



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais - FAJS

CARLA SANTANA AIRES DA ROCHA

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO DIANTE DA LEI N° 12.654: UMA
DISCUSSÃO A RESPEITO DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DO BANCO DE
DADOS GENÉTICO BRASILEIRO**

**BRASÍLIA,
2013**

CARLA SANTANA AIRES DA ROCHA

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO DIANTE DA LEI N° 12.654: UMA
DISCUSSÃO A RESPEITO DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DO BANCO DE
DADOS GENÉTICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de
Moura.

BRASÍLIA,
2013

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que abriram as portas do meu futuro e me presentearam com a riqueza do estudo, sacrificando sonhos em favor dos meus, sem nada pedir ou reclamar; aos meus irmãos, que compartilharam meus anseios e realizações, sonhos e realidades, estimulando-me sempre a continuar nas horas de desânimo, tolerando minha ausência em momentos importantes, respeitando meu temperamento nos dias de fracasso; ao meu orientador, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão dessa monografia; aos amigos e colegas, pelo incentivo e apoio constantes.

RESUMO

A Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, promoveu modificações nas Leis n^{os} 12.037, de 1^o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execuções Penais, no que se refere ao emprego de banco de dados de perfis genéticos na persecução penal para os indivíduos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1^o da Lei n^o 8.072/90. Ocorre que com o advento dessa lei, deve-se em especial esclarecer, se e como o direito da não auto-incriminação é afetado nessa forma de busca da verdade no processo penal, e como são os limites na sua perseguição. Com isso, surge o questionamento de como pode ser resolvido o conflito de garantias entre os interesses do acusado e da sociedade, ou seja, se é possível que a lei seja aplicada obedecendo ao princípio da proporcionalidade. Assim é feita uma comparação entre o sistema nacional e os sistemas estrangeiros, que já estão em funcionamento desde a descoberta da identificação por meio de perfis genéticos, os quais tiveram várias mudanças de legislação ao longo do tempo, de acordo com a resposta da sociedade, diante dos resultados obtidos durante a utilização dos bancos de dados. São analisadas as vantagens e desvantagens desse sistema, bem como os efeitos práticos e legais de sua utilização como os objetivos a que se propõe o presente trabalho.

Palavras chave: bancos de dados de perfis genéticos, não auto-incriminação e proporcionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 DIREITO PENAL E SUAS FUNÇÕES	7
1.1 Funções do Direito Penal	7
1.1.1 <i>Abolicionismo</i>	11
1.1.2 <i>Garantismo Penal</i>	13
1.1.3 <i>Lei e ordem</i>	16
1.2 Objetivo do Processo Penal	18
1.2.1 <i>A verdade no processo penal</i>	19
1.3 Contextualização Histórica do Princípio da Não Autoincriminação (<i>Nemo tenetur se detegere</i>).....	21
1.3.1 <i>Repercussões da aplicação do Nemo tenetur se detegere</i>	26
2 BANCOS DE DADOS GENÉTICO-CRIMINAIS: SISTEMAS E QUESTÕES ACERCA DE SUA UTILIZAÇÃO	32
2.1 Sistemas internacionais: criação e evolução dos bancos de ADN	33
3.1.1 <i>Aplicação em diferentes ordenamentos</i>	35
3.1.2 <i>Casos concretos</i>	38
2.2 Sistema Nacional	39
3.2.1 <i>Lei nº 12.654</i>	41
3.2.2 <i>Efeitos práticos da implementação do banco de dados genético-criminal</i>	42
3.2.3 <i>Casos concretos de utilização do ADN</i>	43
3 APLICABILIDADE DA LEI 12.654 FRENTE AOS PRINCÍPIOS	45
3.1 Aplicação da legislação nacional frente aos princípios da proporcionalidade e da não auto-incriminação.	48
3.2 Análise crítica quanto à implementação do sistema	50
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	58
ANEXO A	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir as principais consequências promovidas pela Lei 12.654 na Lei de Execução Penal sobre a identificação criminal do civilmente identificado. Especialmente, em relação aos princípios afetados, no que se refere ao uso de banco de dados de perfis genéticos na persecução penal para os indivíduos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90.

A Lei nº 12.654 de 2012 alterou a Lei nº 12.037, ao incluir no artigo 5º, parágrafo único, autorizando a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético, e o armazenamento dos perfis coletados em bancos de dados, para futura identificação criminal, caso seja necessário. O acesso ao banco é feito por requerimento da autoridade policial que recebe autorização judicial caso tenha sido instaurado inquérito.

Quanto à importância do assunto, convém salientar que é um tema bastante relevante para a sociedade e para o Direito, pois essa reforma legislativa trouxe mudanças para a persecução penal de forma a melhorar o trabalho forense, mas também gera discussões entre os operadores do direito quanto a sua aplicação, já que envolve conflito de interesses e garantias, além de respeito aos limites da busca pela verdade real.

O intuito é analisar as situações problemas originadas pela Lei 12.654, quando entram em conflito os interesses da sociedade na persecução penal e o interesse do acusado, no que concerne a sua aplicação diante do princípio da não auto-incriminação e da proporcionalidade. O trabalho tem o objetivo de apresentar uma forma de solução desse conflito, validando o emprego do banco de dados de perfis genéticos no Brasil, de forma a contribuir para a persecução penal, mas também como uma ferramenta que não suprimi as garantias dos acusados, com finalidade de deliberar quanto à constitucionalidade da Lei nº 12.654 e sua válida aplicação dentro da sociedade brasileira.

Para a análise do tema, foi necessário estruturar o trabalho em quatro capítulos.

O primeiro capítulo tratará das funções do direito penal, abolicionismo, garantismo, lei e ordem, discorrendo sobre sua definição como teorias que tem por objetivo propostas para o melhor desempenho do sistema penal, bem como suas principais características. O capítulo tenta esclarecer o objetivo do processo penal, dentro da persecução penal na busca pela verdade e seus limites, com vista a facilitar a compreensão dos objetivos da lei 12.654.

Já com os conceitos firmados quanto à verdade processual, o segundo capítulo apresenta a evolução histórica do princípio da não auto-incriminação, sua definição, como

vem sendo empregado e suas repercussões dentro de sua área mais aplicada, o direito ao silêncio, abordando sua interpretação quanto ao uso do banco de dados de perfis genéticos. Esse capítulo visa uma explicação do funcionamento do princípio da não auto-incriminação como limite no processo penal, que se consolidou no direito ao silêncio, e seu comportamento diante da nova prática que gerou o banco de dados genético.

O terceiro capítulo expõe a evolução histórica e o atual uso dos bancos de dados de perfis genéticos em diferentes países, como sua aplicação é moldada nas diferentes legislações. É feita ainda uma exposição do sistema "CODIS", utilizado nos Estados Unidos, pelo FBI, e também são apresentados casos concretos de utilização desses sistemas. Aborda o funcionamento do sistema nacional e como era o emprego de provas envolvendo perfis genéticos até a Lei 12.654. Há uma comparação nas legislações aplicadas nos países, promovendo uma discussão quanto a sua adaptação nos ordenamentos, e sua mudança ao longo do tempo.

Tem o propósito de demonstrar os efeitos práticos da sua implantação, concluindo com uma comparação objetiva entre os sistemas nacional e estrangeiro, onde a utilização do sistema foi essencial na resolução de crimes para a condenação ou absolvição do indivíduo.

Por fim, o último capítulo analisa a aplicação da Lei 12.654 frente ao princípio *nemo tenetur se detegere*, bem como outros princípios garantidores que são afetados na implantação da lei, gerando o conflito de interesses na previsão do ordenado, quanto às garantias da sociedade, e as garantias do acusado de não se auto-incriminar, preservando a segurança jurídica.

Pretende sugerir uma aplicação razoável da lei, e a possibilidade de evolução do sistema brasileiro, colocando seus pontos de vantagens e desvantagens. Dentre as questões mais importantes podem ser citadas as normas de seguranças a serem observadas para assegurar as garantias, bem como quais dessas são afetados pelo sistema, de forma a garantir confiabilidade, uma vez que o emprego do sistema deve ser permeado pelo princípio da proporcionalidade, devidamente analisado no capítulo.

É feita uma análise quanto à efetiva utilização dos bancos de dados genéticos sob aspectos práticos e legais, o caráter constitucional dessa norma, se fere as garantias de não auto-incriminação do acusado ante ao interesse social, como uma tentativa de reduzir a criminalidade.

1 DIREITO PENAL E SUAS FUNÇÕES

A presente monografia tem como objeto o estudo à relação entre o princípio *nemo tenetur se detegere* e a publicação da Lei nº 12.654/2012 tendo em vista a importância que o tema assume no pensamento jurídico contemporâneo. Referida lei apresenta uma inovação na ordem jurídica com a introdução do parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 12.037/2009, regulando a criação de um banco de dados genético para condenados por crimes violentos para identificação criminal, por meio da obrigatoriedade da coleta de material genético daqueles indivíduos agentes de crimes hediondos.¹

Esse objeto de estudo envolve vários ramos do direito, porém, de forma mais específica, o direito penal, quanto ao seu objetivo, e o direito processual penal, pois abrange o procedimento penal, no caso da persecução penal, que vai ser diretamente influenciada com a aplicação da nova lei, bem como as garantias envolvidas nessa aplicação.

A intenção é analisar uma nova face do garantismo no direito penal, além do direito ao silêncio, que já é amplamente discutido. Para que possa ser inserida a discussão para aplicação e ampliação do sistema, definido na Lei nº 12.654 em nosso país, é necessário individualizar e conceituar os objetivos de ambos o processo e o direito penal, bem como os princípios como guias e limitadores do objeto do estudo, para depois correlacioná-los, sendo o primeiro a análise do objeto do direito penal e seu propósito.

1.1 Funções do Direito Penal

O trabalho é iniciado com a tentativa de definição da finalidade do direito penal. A importância dessa definição se concentra na necessidade de informação de como este evoluiu, pois as formas do Direito Penal aceitas dentro da sociedade determinam o que pode ou não ser usado dentro da persecução penal.

Com o advento da lei 12.654 foi aceito dentro da sociedade uma forma mais ampla de uso da prova por meio do material genético de forma automática, já que antes era considerado excessivo no Brasil o uso de banco de dados genético. Assim tanto a definição do Direito Penal como a compreensão do seu processo de evolução são de extrema importância para entender como foi aceita a mudança introduzida pela lei 12.654, bem como seu possível

¹ Hipótese do inciso IV do art. 3º. Da Lei 12.037/2009.

progresso, situação que seria correspondente ao que se verificou em outros países que começaram da mesma forma.

Por natureza, o homem vive e coexiste em comunidade e esse convívio social é regulado pelo Direito, sendo que os dois se pressupõem mutuamente (*ubi societas ibi jus et jus ubi societas*). Assim “é importante fator de estabilidade e de harmonia nas relações sociais, enquanto soluciona os conflitos individuais e sociais, impondo, por assim dizer, um *ratio* à própria realidade humana”.² Porém, em razão da convivência do homem, surgiram conflitos de interesses quando os de um se viam contra o do outro, ou quando os interesses do Estado estavam contrários aos interesses dos indivíduos.

Com a Revolução Industrial, quando a sociedade tornou-se um perigo para si mesma, a riqueza e a miséria foram concentradas em áreas restritas, fazendo com que o crime aumentasse. Tornou-se necessário um controle social, exercido pelo Direito Penal, aonde foi investido o direito de punir, ou seja, instituir sanções penais contra o indivíduo infrator.

A sua evolução passou por exageros: o arbítrio da nobreza e as restrições impostas pelas garantias mínimas dos direitos humanos, e apesar da progressão em vários aspectos, na tentativa de impor respeito às leis e buscar igualdade em tratamento, as discussões sobre garantismo e poder punitivo do direito penal ainda não tem conclusão, apesar das transformações da sociedade inclusive em função desta.³

Desde então o direito vem evoluindo como uma expressão da sociedade onde todos têm direitos e deveres, pois acompanha a sociedade em suas mudanças e seus hábitos durante o passar dos anos. Nesse contexto, Nilo Batista define que para a compreensão dos diferentes direitos, como, por exemplo, o direito assírio, romano ou brasileiro no séc. XIX, é preciso saber como as pessoas, daquela sociedade específica, viviam naquela época e como se organizavam em todas as áreas: para produção e distribuição de bens e mercadorias, bem como sua ordem econômica, política e social.

Todos esses fatores contribuem para estruturar aquele respectivo direito⁴ que foi construído com base nas informações intrínsecas daquela sociedade.

As atividades que o direito desempenha na sociedade, ao longo de sua evolução, são objeto de estudo da sociologia jurídica. A compreensão desse direito por meio de seu estudo é fundamental, ou seja, a distinção de como o direito penal é atribuído ao Estado e como o

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: 2 ed. Revista dos Tribunais, 2002, v. 1, p. 34.

³ LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: 7 ed. Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 1-2.

⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: 3 ed. Revan, 1999. p. 19.

sistema penal é aplicado frente a sociedade, é feita pelo conhecimento do direito de tal época envolvendo certa sociedade, a forma como se dividiam, organizavam e viviam na sua ordem política, seus costumes e suas tradições.

Alcançando esse conhecimento, conseqüentemente a criminologia estuda o processo de criação das normas aplicadas pelo direito penal e como elas são aplicadas ao indivíduo que apresenta comportamento desviante. Sua evolução durante o tempo e os vários tipos de sociedade que empregaram normas como meio de direção, pois “não existem fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral dos fenômenos”.⁵

As regras, que são ligadas ao direito de cada época e cada corpo social, passam por constantes mudanças de acordo com as mudanças das sociedades que gerem, de forma que a história do direito não crie um composto de noções universalmente válidas. O Direito Penal vem para efetivar funções concretas dentro da sociedade, para a sociedade que se organizou de uma maneira específica e no futuro vai se moldar de acordo com o direito atual. Como argumenta Miranda Rosa “se o direito é condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta, entretanto, age também como elemento condicionante”.⁶

O direito surge "das necessidades humanas decorrentes da vida em sociedade (...) que visa garantir as condições indispensáveis à coexistência dos elementos que compõem o grupo social".⁷ É a necessidade de aplicar sanções mais severas a práticas de ilícitos jurídicos graves quando as sanções civis não são suficientes para coibir tais práticas, que são de maior lesividade à vida social.

Trata-se da finalidade do direito de proteger os bens considerados mais importantes para a sociedade, necessários para sua sobrevivência. Nilo Batista apresenta o direito penal com objetivo de "proteção dos bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena".⁸

Assim surge o conjunto de normas jurídicas que constituem o direito penal, um sistema de proteção a sociedade e de seus bens jurídicos fundamentais. Simplificadamente o propósito do direito penal é definido por Fernando Capez como:

Segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos a coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e

⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Para além do bem e do mal*, trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 92.

⁶ ROSA, Miranda, *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 57.

⁷ MIRABETTE, Julio; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal - Parte Geral Arts. 1 a 120 do CP*. São Paulo: 28 ed. Atlas S.A., 2012, p. 2.

⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p.116.

descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias a sua correta e justa aplicação.⁹

Em outra definição, Frederico Marques reconhece o direito penal como conjunto de normas que colocam o crime como fato, tendo à pena como consequência da sua prática, bem como as outras relações jurídicas que derivam dessa consequência, de forma a estabelecer a aplicabilidade do poder de punir do Estado. Garantindo também as medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face daquele.¹⁰ É caracterizado como "conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos da natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica".¹¹

Na maioria das definições podemos ver que está incluído no objetivo do direito penal a garantia de estabelecer princípios que limitam o poder punitivo do Estado a fim de evitar abusos, pois as normas penais não definem apenas os comportamentos delituosos, mas delimitam a estrutura do poder do Estado, fixando regras e princípios fundamentais.

O que se pretender é criar um sistema que dá garantias para ambas as partes, garantia do poder punitivo tanto quanto as garantias em face do exercício desse poder, evitando assim a marginalização completa de um deles.¹² "O direito penal é uma espada de duplo fio, pois é lesão de bens jurídicos para proteção de bens jurídicos".¹³

Em seu objeto o direito penal tem que se conduzir pelos seus comandos legais, mandando ou proibindo. Não é arbitrário, pois precisa ser delimitado, por exemplo, no Brasil, pelo princípio da reserva legal, previsto na Constituição Federal de 1988.¹⁴ Da mesma forma que determina a conduta a ser punida, não pode ser socialmente injusto em seu conteúdo, pois tem que realizar a justiça social.

Logo é estabelecida a relação entre o direito penal e o direito processual penal, que "incumbe, portanto, definir competências, fixar procedimentos e estabelecer as medidas processuais necessárias à realização do direito penal".¹⁵

Desse modo, não pode haver crime sem processo, que esclarece se há se esse realmente ocorreu, se suas provas são legítimas, se o autor é ou não culpável ou se agiu em

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01

¹⁰ MARQUES, Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: 2 ed. Bookseller, 1997, v. 4, p. 24.

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: 15 ed. Atlas, 1978. v. 1, p. 12.

¹² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: 11 ed. Impetus, 2009, v. 1, p. 6.

¹³ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, v.1, p. 01.

¹⁴ Constituição Federal, art. 5, inciso XXXIX, onde diz "Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Disponível em <http://www.planalto.gov.br>.

¹⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro, 5 ed. Saraiva, 2009, p.05.

legítima defesa, assegurando o devido processo para o acusado e também a prestação jurisdicional de aplicar a justiça como forma de compensação aqueles que tiveram o seu bem jurídico violado.¹⁶

Na evolução de ambos, do direito e processo penal, houve erros e acertos, comuns a todo processo de desenvolvimento, e como forma de saná-los surgiram assim doutrinas, teorias e ideologias para guiar o processo penal em sua aplicação.

1.1.1 Abolicionismo

Dentro dessas teorias esta a corrente abolicionista, sustenta que o sistema penal possui efeitos mais negativos que positivos, e acreditam na eliminação total de qualquer espécie de controle formal decorrente do delito. De forma a dar lugar a outros meios informais de soluções de conflitos.¹⁷ Dentre outros representantes do pensamento abolicionista, seu principal defensor foi Louk Hulsman, ele apresenta o abolicionismo penal como uma alternativa a justiça criminal.

Segundo a idéia abolicionista, o direito penal moderno impossibilita a resolução dos conflitos, o autor compara o atual sistema de penas com as práticas supersticiosas, como por exemplo, a astrologia e práticas religiosas. Ele justifica que o conteúdo das leis sempre será incerto, já que os legisladores são conduzidos por motivos não homogêneos, e a prática legislativa se transforma em uma troca de compromissos políticos.

Também chama atenção para a chamada cifra negra, a diferença entre os crimes comunicados nas estatísticas policiais em relação às estatísticas dos tribunais, incorporando também atualmente pesquisas de auto-denúncias e de vítimas¹⁸. Assim uma grande maioria de crimes não é perseguida e ocorre a seleção de casos para servir como exemplo.¹⁹

Desse modo a prisão não é considerada útil, mas sim como uma ferramenta que despersonaliza e dessocializa o preso. O sistema penal, de outro lado, é muito burocratizado, pois não escuta bem as pessoas envolvidas nos conflitos, reconstruindo os fatos de maneira superficial, o que tem como consequência a aplicação também de medidas fictícias, irreais;

¹⁶ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: 11 ed. Impetus, 2009, v. 1, p.6.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*; tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: 5 ed. Revan, 2001, p. 75.

¹⁸ PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal - a atualidade do abolicionismo penal*. São Paulo: Revan, 2004, p. 48/49.

¹⁹ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline B. de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: 2 Ed. Luam, 1997, p. 21.

logo o processo não é o fato real; se interessando apenas por um acontecimento isolado, e dando pouca importância para o contexto do agente.²⁰

O conflito não compreende mais as pessoas envolvidas, e não oferece oportunidade de contato entre a vítima e o agressor. Assim, o sistema penal tem apenas uma reação punitiva, e o autor coloca que foi "concebido só para o mal, para a violência".²¹

Este propõe a abolição do sistema penal, pela adoção de três atitudes possíveis: o aumento de políticas preventivas do delito, com sua atuação na situação problema antes que ela efetivamente ocorra; o resgate dos indivíduos envolvidos como seus causadores, propondo uma discussão até que seja possível o acordo a fim de chegar a um denominador comum. Caso as primeiras soluções falhem, passe-se a adoção judiciária não penal, onde outras esferas do poder judiciário poderiam intervir, tais como, cível, administrativa e comercial.²²

A corrente abolicionista acredita que o poder está presente nas relações e não apenas concentrado no Estado, portanto seu poder de resolver conflitos é limitado. Aqueles envolvidos em situações problemas devem acolher seu poder de resolução e procurar conciliação, sem envolver o sistema penal, considerado por Hulsman tão desfavorável para o indivíduo que se encontra sobre seu poder.

Nesse sentido, a proposta de abolição do sistema penal seria uma resposta possível nas sociedades atuais com a mudança de pensamento e investimentos em outras áreas de prevenção e resolução de conflito, ao invés do cárcere. Como diz Foucault, as punições e a prisão derivam de uma tecnologia política do corpo, assim os corpos indesejáveis são segregados para o prosseguimento do modelo econômico vigente. Daí a carcerização da comunidade carente, ao invés de solucionar o problema da criminalidade, que tem como consequência seu agravamento.

O etiquetamento do sistema os leva a voltar para seu lugar de origem, sem chances de entrar no mercado formal, fazendo com que, na maioria das vezes, retornem para a criminalidade.²³

Conclui-se que, uma vez que o modelo de controle social, para o abolicionismo, não tem resultados satisfatórios, é papel dos aplicadores do direito produzirem alternativas para o modelo atual. Essa teoria deve ser considerada, pois tem grande importância quanto às formas

²⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline B. de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: 2 Ed. Luam, 1997, p. 99/100.

²¹ Idem.

²² Ibidem, p. 116.

²³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir, Nascimento da Prisão*. (Trad.) Raquel Ramallete. 25 ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 42.

de solução de conflito mais práticas. Seria necessária uma grande transformação cultural da sociedade de modo que fosse possível colocar em prática a proposta do abolicionismo penal.

Com o advento da lei 12.654 a necessidade de uma maior funcionalidade na resolução de conflitos se torna mais aparente, e o a nova forma de utilizar o banco de dados genético é a prova disso, não é de forma direta a aplicação do abolicionismo, mas uma de suas raízes, quanto à forma mais prática, nesse caso para o esclarecimento mais rápido de um conflito.

1.1.2 Garantismo Penal

O estudo das doutrinas ganha importância, pois somente com a elucidação de seus objetivos é possível entender mais uma parte da aceitação da utilização do banco de dados genético. Como uma delas, o garantismo penal surgiu diante das arbitrariedades do Estado, que fazia com que os direitos individuais fossem preteridos em nome da proteção do Estado e do ordenamento democrático. É possível perceber que ocorreu um nivelamento das garantias, como vai ser demonstrado, sem proteger demais e sem dar total liberdade ao Estado para persecução penal.

Classificado por Luigi Ferrajoli como um modelo normativo de direito, "um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos".²⁴ O garantismo se torna então uma teoria jurídica com diferentes graus e categorias distintas, é uma "aproximação teórica que mantém separados o 'ser' e o 'dever ser' no direito".²⁵

Ferrajoli coloca como terceiro significado o garantismo como uma filosofia política que requer do direito e do Estado uma justificativa quanto à finalidade dos interesses e garantias que são tutelados. Trata-se de uma separação entre os pontos de vista interno externo na valoração do ordenamento, uma separação entre justiça e validade.²⁶

O garantismo tem como objetivo a diminuição do *jus penales puniende* e aumento da liberdade do homem como ferramenta de restrição ao poder estatal, pois não é mais aceito a idéia de direito baseada unicamente nos parâmetros estatais. Para esse processo de minimalização do poder estatal, Ferrajoli prega que devem ser usadas técnicas, os axiomas garantistas que nivelem a balança entre o positivismo, que com sua forma tradicional formalista não responde a demanda necessária para produção jurídica extra-estatal. E o

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: 2 ed. Revista do Tribunais, 2006, p. 786.

²⁵ Idem.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: 2 ed. Revista do Tribunais, 2006, p. 787.

sociologismo exacerbado que não apresenta soluções satisfatórias para os problemas colocados quando se tem como prioridade o privilégio social.²⁷

São proposições prescritivas, "não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer, não enunciam condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer".²⁸ Ao aplicar o direito deve-se valer de dez axiomas, princípios norteadores de direito penal, que trazem garantias relativas à pena, ao delito e ao processo.

A função dessas garantias não é principalmente permitir ou legitimar, mas sim deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo por meio do condicionamento e vinculação. Ferrajoli empregou termos que designam condições e requisitos necessários para atribuição de uma pena.

Assim *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação e culpabilidade*, excluído o primeiro, são garantias penais, e *juízo, acusação, prova e defesa* são garantias processuais. Todos resultam em dez axiomas fundamentais que definem o modelo garantista de direito como forma de limitação do poder penal absoluto.²⁹

Em relação à pena 1) *nulle poena sine crime* é o princípio da retributividade, o Estado só pode punir se houver confirmada a prática de infração penal, pois a pena só é consequência em relação ao delito que foi verificado; 2) *nullum crimen sine lege* é o princípio da legalidade no sentido lato ou estrito, portanto, a lei penal deve ser certa e escrita de forma a vedar o costume incriminador e a analogia incriminadora, decorre daí o princípio da taxatividade; 3) *nulla lex poenalis sine necessitate* é o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, a lei penal deve ser usada para o combate aos comportamentos indesejados quando esses afetarem bem jurídicos de maior importância.³⁰

As garantias relativas ao delito 4) *nulla necessitas sine injuria* é o princípio da lesividade ou ofensividade exige que do fato praticado ocorra relevante lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado; 5) *nulla injuria sine actione* é o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação, que proíbe a criação de tipos penais que punam o modo de pensar ou estilo de vida do indivíduo, pois para ser penalmente relevante o dano deve se concretizar com ações humanas observáveis passíveis de descrição, de forma que se enquadrem na lei penal; 6) *nulla actio sine culpa* é o princípio da culpabilidade ou da

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: 2 ed. Revista do Tribunais, 2006, p. 90.

²⁸ Idem.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: 2 ed. Revista do Tribunais, 2006, p. 89.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: 2 ed. Revista do Tribunais, 2006, p. 91/92.

responsabilidade pessoal, com pelo menos três consequências materiais: não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado, a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor e a culpabilidade é a medida da pena.³¹

Por ultimo, as garantias relacionadas ao processo 7) *nulla culpa sine iudicio* é o princípio da jurisdicioriedade onde não há o reconhecimento de culpa sem que o órgão jurisdiciorial a reconheça; 8) *nullum iudicium sine accusatione* é o princípio acusatório, a não afirmação de ofício do direito do poder judiciário, que deve ser provocado, ligado ao princípio da inércia; 9) *nulla acusation sine probatione* é o princípio do ônus da prova ou da verificação, pois não há acusação sem a existência de prova da sua autoria e 10) *nulla probatio sine defensione* é o princípio do contraditório, onde as partes tem direito de expor suas razões e produzir provas para serem apreciadas pelo órgão jurisdiciorial.³²

São regras que evoluíram, sendo incorporadas e aplicadas nos sistemas jurídicos. Na verdade, sua aplicação surgiu juntamente com outros traços de evolução da sociedade, como, por exemplo, a Declaração de Direitos Humanos, documento feito durante a Revolução francesa que determinou os direitos individuais e coletivos dos homens. Feita formalmente, é um exemplo de aplicação justa do direito penal e do processo penal quando estabelece em seu art.8 que "a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias e ninguém pode se punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada".³³

O garantismo tem como base os princípios fundamentais do direito, assim toda norma jurídica deve ser interpretada conforme esses princípios garantidores, que servem como uma conscientização dos direitos dos homens presentes na lei e nos pactos internacionais obedecendo à norma positiva, mas não indo contra ela de forma extrema. As garantias são direitos que a Constituição de um país confere aos cidadãos, contudo elas encontram um dilema quanto ao limite entre o estado e o indivíduo.³⁴

Nesse ponto as teorias do garantismo penal se colocam como meio termo entre a liberdade individual, seu extremo abolicionista, e o poder punitivo do estado, e seu extremo antiliberal. Com esse nivelamento, dentro da aplicação tanto do direito penal como do processo penal, é garantida a satisfação dos dois lados da lide, quando garante o acesso a justiça para efetivamente estabelecê-la, pois aquele que precisa punir o indivíduo transgressor

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: 2 ed. Revista do Tribunais, 2006, p. 91/92.

³² Idem.

³³ Disponível em www.direitoshumanos.usp.br. Acesso em 21 de julho de 2013.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: 2 ed. Revista do Tribunais, 2006, p. 92.

o faz da forma correta respeitando todas as garantias e direitos fundamentais do homem sem exacerbar o poder punitivo do Estado.

1.1.3 Lei e ordem

O movimento lei e ordem é uma política criminal, também traduzida pela expressão "tolerância zero". Foi baseada na teoria sociológica norte americana *Broken Windows*, onde seus autores, James Q. Wilson, cientista político, e George Kelling, psicólogo criminalista, usaram a idéia das janelas quebradas para explicar como a criminalidade poderia se infiltrar em uma comunidade por meio da perda da qualidade de vida. Sustentavam que:

(...) se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente concertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Agora, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio e tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade.³⁵

Assim supostamente estaria explicado o aumento da criminalidade em uma determinada área, pois com o aumento de pequenas violações não controladas, seria gerada nos autores uma habitualidade para esses pequenos crimes. O sujeito que realizasse um delito de menor potencial ofensivo, como uma pichação, e não fosse repreendido, iria se sentir inatingível pela norma penal, o que ensejaria crimes mais graves pelo mesmo sujeito e por outros autores. Para os autores a desordem e o crime estão diretamente ligados, o primeiro como forma de desenvolvimento para o segundo. Daí a expressão "lei e ordem".³⁶

Surgiu na década de noventa nos Estados Unidos, a idéia de repressão máxima, assim "a pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas são seus objetivos".³⁷ O movimento tinha como objetivo combater todos os tipos de delitos, desde os mais simples, e acabou por incluir também os sem-teto, os mendigos e vagabundos, que

³⁵ RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. Revista do Ministério Público, nº 49. Porto Alegre: Metrópole, 2003, p. 176.

³⁶ COSTA E RODRIGUÊS, Renata Almeida e Verônica. *Lei e ordem e o direito penal do inimigo: mais do mesmo*. Novatio Iuris, Ano I, nº 01, junho. Porto Alegre: Esade, 2008, p.114.

³⁷ NETO, João Baptista Nogueira. *A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica*. Disponível em http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/729/1/jo%C3%A3o%20batista_final.pdf. Acesso em 20 nov 2013.

apesar de não terem cometido delito algum, eram considerados desordeiros na comunidade e acabavam sendo levados.

A tolerância zero foi difundida na administração de Nova York pelo prefeito Rudolph Giuliani, que propôs o repressivismo de forma excessiva para a contenção da criminalidade. Segundo o prefeito, a essa teoria deu-se o sucesso de seus mandatos, acreditava que com o combate agressivo a pequenas infrações, contribuíam para a redução inclusive dos delitos graves.³⁸

Seu plano de ação foi voltado a categorias de indivíduos, como os "borradores de pára-brisas", que de acordo com Giuliani, denegriam a imagem da cidade, o que não transmitia confiança para os que a visitavam.³⁹ Essa prática encontra uma similar no Brasil, na Política Criminal de Drogas, que foi dirigida ao *hyppies*, como nos caso dos "borradores de pára-brisas" sua ação foi generalizada, e apesar de não se tratar de um fato típico, suas condutas foram consideradas como problema, fonte de conflitos, e seu controle era fundamental o que determinou as ações policiais.⁴⁰

Os adeptos da lei e ordem vêm uma única solução para controlar a criminalidade: o endurecimento das penas, pois além de tirar o sujeito delinquente do convívio das "pessoas de bem", também faria justiça à vítima. A doutrina da tolerância zero se propagou em função do forte apelo social, pela idéia de reconquista do espaço público.⁴¹

Percebe-se que o movimento veio do clamor de classes mais favorecidas da sociedade por segurança, mas sua forma extremista pretendia a dizimação dos pobres das ruas das cidades, colocando-os juntos com os indivíduos que haviam realmente cometido delitos graves, apenas para mantê-los longe da vista da sociedade.

Para Coutinho a teoria tenta fazer crer que "controlando os desordeiros, prendendo-os, excluindo-os, o problema será resolvido"⁴². Isso é apenas uma imagem bonita cobrindo a realidade, pois não resolve o problema da criminalidade, dando a falsa sensação de segurança a uma pequena parte da sociedade.

Diante de um novo contexto social surgem novas hipóteses de regramento como meio de solução. A sociedade exige do Estado, em especial do direito penal, uma atitude em forma de proteção. O movimento lei e ordem tem um objetivo claro de punir e garantir justiça a

³⁸ GIULIANI, Rudolph. *O líder: a autobiografia do mais famoso prefeito de Nova York*. Rio de Janeiro: Campus, 2002, prefácio.

³⁹ Ibidem, p. 41.

⁴⁰ DIAS e ANDRADE, Jorege Figueredo e Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 45.

⁴¹ WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução, André Tales. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 30.

⁴² COUTINHO E CARVALHO. J.N. Miranda e Edward Rocha de. *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?* Boletim IBCCrim, São Paulo, n° 131, v. 11, out. 2003, p.6/7.

vítima, contudo foi executado de forma errada e passou longe de sua suposta finalidade, apesar de primar pela segurança da coletividade, na sua execução, se descuidou da segurança das liberdades individuais e das garantias que devem ser observadas na condução da persecução penal.

1.2 Objetivo do Processo Penal

O direito processual penal é aplicação do direito penal por meio de normas e princípios que regulam o direito penal objetivo, um sistema de órgãos de jurisdição e seus auxiliares, bem como a persecução penal. Assim quando é praticado um fato definido como crime, o Estado exerce o direito de punir, instituindo sanções penais ao infrator, por meio de procedimentos, que são submetidos a princípios e regras jurídicas.⁴³

Como define Aury Lopes Jr.

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).⁴⁴

Assim, o processo penal busca, de forma aproximada, uma reconstrução do fato, através das provas. Cria condições para que o juiz desempenhe sua atividade cognitiva, permitida pela prova, e dos modos de construção do convencimento. Devem então ser aplicadas formas para valorizar o entendimento do juiz, sendo o banco de dados genéticos um exemplo perfeito, desde que respeitados os limites impostos na busca pela verdade no processo penal.

Logo "a gestão da prova é regida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir dos princípios informadores".⁴⁵ Os princípios são necessários para que sejam observadas as garantias dentro da Constituição a aplicação do Código de Processo Penal. Sem eles a busca pela verdade processual não teria limites, e as limitações iminentes afetam a construções do convencimento do juiz.

⁴³ MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 16 Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004, p.31.

⁴⁴ LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.517.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 521.

1.2.1 A verdade no processo penal

Para compreender a garantia resguardada pelos princípios no Processo Penal, como, por exemplo, o *nemo tenetur se detegere* é preciso voltar para o primeiro ato do processo penal. A partir do momento que uma pessoa é acusada, com indício de ser autor em um ato tipificado, ela é passível de punição, e, para a validade do processo, adquire o direito de se defender da acusação.

São dois sentidos que vão de encontro um ao outro, como já foi explanado, o Estado em busca da verdade para exercício seu poder punitivo, e o acusado preparando sua defesa.

A busca pela verdade⁴⁶ dos fatos direciona e define o resultado do conflito exposto anteriormente, pois seu resultado é o objetivo da apuração do que realmente aconteceu de forma mais próxima da realidade. A descoberta da verdade é um dos propósitos do Direito Processual Penal, ou seja, a investigação do fato e sua autoria. Contudo essa verdade é relativa, pois resulta de percepções humanas, que são falíveis, sendo que a verdade absoluta, apesar de ideal, é inatingível, relativa e aproximativa.

A verdade obtida no processo é probabilística, com o objetivo de se aproximar da realidade no maior grau possível⁴⁷, fazer da prova um meio de convencimento do juiz. O caminho dentro do processo para alcançar essa realidade é feito com regras, que procuram favorecer a aproximação da verdade, sem ter forma apenas garantistas, mas dentro dos limites da ética e da legalidade, desse modo “a investigação dos fatos não deve ser influenciada, nem dificultada pelo comportamento das partes; e sua apuração deve verificar-se de modo processualmente válido e não a qualquer custo”.⁴⁸

É importante lembrar que, antes de ser objetivo no processo penal como verdade judicial, a verdade é apenas verdade. Assim, para o estudo em questão, é necessária a reflexão sobre o conceito de verdade formal e verdade real ou material.

Distingue-se a verdade formal da verdade material ou real, afirmando que a primeira “resulta do processo, embora não se possa encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente, e verdade material aquela a que chega o julgador,

⁴⁶ “Verdade, do latim *veritate*, significa realidade, conformidade com o real”. MANZANO, Luís Fernando de Morais. *Verdade formal versus verdade material*. São Paulo: Revista dos Tribunais – Ano 97 – Setembro de 2008 – Vol. 875, p. 433.

⁴⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.30.

⁴⁸ *Ibidem*, p.38.

reveladora dos fatos tal como ocorreram”⁴⁹, dentre outras definições “ a verdade formal pode ser investigada de forma mais abrangente, embora até mesmo fora dos limites legais, tenderia a aproximar-se mais da realidade efetivamente ocorrida”⁵⁰ à medida que “a verdade formal seria representada por uma verdade contida, mais restrita e mais distante da realidade fenomênica, embora produzida dentro dos parâmetros legais”⁵¹.

Na doutrina a vinculação do Processo Penal sempre foi ao conceito de verdade material⁵², com a justificativa de que no processo penal as penas são mais severas, e devem ser aplicadas apenas aquele que realmente praticou o fato condenável. Assim seria necessária a busca pela verdade com mais profunda evidência, contudo a busca pela verdade no Processo Civil também trazem consequências tão graves quanto no Processo Penal, conclusão que fez a diferença entre verdade material e formal minguar.

A verdade que se busca em ambos os processos é uma só, a verdade absoluta, pois o processo é um instrumento de pacificação social, ou seja, a solução da lide que se formou, seja no Cível ou no Penal.⁵³ Também na forma gramatical, sendo que a palavra verdade significa realidade, a expressão “verdade real” é um pleonismo.

A verdade no processo é alcançada por meio de provas e, como meio de verificação no processo penal, tem várias definições como “resultado da atividade probatória identificando-se como o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não de um determinado fato”⁵⁴.

Entretanto a verdade processual deve ser averiguada dentro das limitações legais, e *a priori* não há incompatibilidade entre o princípios *nemo tenetur se detegere* e a busca pela verdade judicial, pois se essa for feita dentro dos parâmetros da legalidade e da ética há uma conciliação entre ambos, representando o respeito à dignidade da pessoa humana.

O acusado, como sujeito da relação jurídico processual exerce uma série de atos no procedimento e se guia sempre na busca de provas da sua inocência, sendo que o Ministério Público carrega o ônus de provar o fato com a autoria do acusado, enquanto este tem resguardado seu direito de não fazer o mesmo, permanecendo em silêncio sem gerar provas para sua incriminação.

⁴⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 246.

⁵⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

⁵¹ Idem.

⁵² BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

⁵³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Verdade formal versus verdade material*. São Paulo: Revista dos Tribunais – Ano 97 – Setembro de 2008 – Vol. 875, p. 441.

⁵⁴ HENRIQUE E BADARÓ, Gustavo e Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000, p. 158.

Logo, “a faculdade posta à disposição dos acusados em não empregar suas forças para produzir provas auto-inculpadoras”.⁵⁵ O Ministério Público tem o ônus probatório e carrega a obrigação de obedecer às garantias do processo dadas ao acusado, ou seja, os limites impostos.

Cabe lembrar que a busca da verdade não é um fim em si mesma, ou o fim do processo, mas um meio para alcançar a justiça, que deve ser realizada dentro dos limites, com observância de direitos e garantias, se tornando uma verdade possível, "esse respeito às regras do jogo cria condições de possibilidade de equilíbrio entre o relativismo cético e a mitologia da verdade real".⁵⁶

A verdade é a legitimação da decisão que se dá através da observância das regras, que estruturam o rito judiciário e protegem a verdade de maior valor, que forma uma decisão justa, e também o outro extremo do ofensor, que tem suas garantias e direitos de pessoa humana respeitados.

Consequentemente o direito penal e processo penal formam uma unidade, pois as medidas processuais são necessárias para a aplicação do direito penal, e a exclusividade de punir do Estado.

É importante que a persecução penal respeite as regras impostas por ambos, para a validade de seu resultado, garantido uma resposta ao ofendido e respeitando os direitos do ofensor e a busca por meios que se comprometem a ampara o ofendido e consequentemente lhe garantindo justiça, ao mesmo tempo em que se encarrega de confirmar a identidade do culpado.

Como nas teorias explanadas, apesar de não se adequarem completamente a realidade ou não terem sido bem executadas, passando por exageros, todas tem como principal objetivo a justiça: garanti-la para os dois lados do conflito, o que tem direito a prestação jurisdicional e o que tem direito a cumprir uma pena adequada para a infração que cometeu, caso realmente a tenha cometido.

Para que esse objetivo seja alcançado é necessária que na busca dos fatos, sejam usados todos os recursos disponíveis atualmente, as inovações tecnológicas, que apesar de passarem uma idéia de mero procedimento, em verdade estão sendo desempenhadas para preservar e assegurar as garantias das partes, resultando na melhor solução para o conflito criado.

⁵⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. São Paulo: 2005, p. 51.

⁵⁶ LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.561.

1.3 Contextualização Histórica do Princípio da Não Auto-Incriminação (*Nemo tenetur se detegere*)

O primeiro dos princípios a serem explorados tem ligação direta com o objeto de estudo, pois define o que é a não auto-incriminação e quais são seus limites, determinação essa que influencia toda pesquisa, pois em volta desses limites está a resposta, ou o mais próximo dela, da correta aplicação perante a Lei nº 12.654.

O *Nemo tenetur se detegere* garante o direito do acusado de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, funcionando como limite ao Estado na busca pela verdade no processo penal, e sendo também um dos princípios que mais causa divergência em sua aplicação⁵⁷. Em sua tradução literal, a expressão *Nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir e no direito anglo-americano, o princípio é expresso pelo *privilege against self-incrimination*, dentre outros significados que foram surgindo ao logo do tempo.⁵⁸

Na antiguidade o princípio, ainda não definido, se manifestava em diferentes arranjos: no código de Hamurabi o acusado poderia ser ouvido sob juramento, especialmente se não houvesse outras provas, e no direito hebreu admitia-se o juramento para prova de inocência, quando a confissão era tida por um estado de loucura; porém eram poucas essas ocasiões.⁵⁹

As práticas mais comuns eram, por exemplo, aquelas das Leis de Manu, onde não era permitido ao acusado calar-se ou mentir, sob pena de ser considerado culpado. No Egito o interrogatório era admitido, mas a tortura era empregada para garantir a conclusão pré-determinada.⁶⁰ Percebe-se então que o interrogatório, quando era conhecido como meio de prova, não era de forma proporcional para as partes envolvidas, e sim uma forma de assegurar a verdade que o julgador havia pré-concebido, dessa forma não era cabível o direito ao silêncio.

O *Nemo tenetur se detegere* surgiu com o modelo acusatório. Com origem no direito grego era "um sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e a acusação privada para os delitos menos graves".⁶¹ Na república romana surgiu como uma inovação no direito processual "a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário

⁵⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra auto-incriminação*. São Paulo: Bookseller, 2005, p. 51.

⁵⁸ Ibidem, p. 39.

⁵⁹ Disponível em <http://www.brasilecola.com/historiag/codigo-hamurabi.htm>. Acesso em 10 de ago de 2013.

⁶⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

⁶¹ LOPES, Aury Jr. *Direito Processo Penal*. São Paulo: 9 ed. Saraiva, 2012, p.117.

da coletividade (*accusator*)".⁶² Naquela aplicação do sistema, o juiz tinha atuação passiva e se mantinham afastados da iniciativa e da gestão de provas, o princípio *ne procedat iudex ex officio*⁶³ era utilizado, e com os magistrados votando ao final sem deliberar.

Na atualidade, a forma acusatória têm sujeitos penais definidos, com a responsabilidade em relação à formação da prova para o Ministério Público, mantendo o juiz na situação de imparcialidade. O modelo inquisitório surgiu como substituição ao modelo acusatório, pois se chegou à conclusão de que os particulares não podiam ser responsáveis pela persecução criminal diante da sua inatividade, que comprometia a eficácia do combate a delinquência. Ele foi adotado inicialmente pelo direito canônico na igreja.

No modelo inquisitório a repressão criminal era tida como interesse público, e o juiz era incumbido simultaneamente de inquirir, acusar e julgar⁶⁴, tendo como consequência a perda da imparcialidade do juiz e a limitação das possibilidades de defesa do acusado, "é da essência do sistema inquisitório um desamor total pelo contraditório".⁶⁵ O acusado conseqüentemente era compelido a confessar. Acerca do exposto, Aury Lopes Jr. deixa claro que o sistema que vigora no Código de Processo Penal é o inquisitivo, porém "não é o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neo-inquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório [...]".⁶⁶

Outra mudança fundamental entre os dois modelos anteriormente descritos é na forma de o acusado ser considerado objeto de prova. Como já foi explanado, atualmente isso não é permitido, pois o acusado é resguardado por garantias fundamentais. No modelo inquisitivo eram permitidos quaisquer meios, como por exemplo, a tortura, para que fosse confessada uma verdade pré-concebida, e que seria confirmada no interrogatório.⁶⁷

Além do exemplo citado, para que o réu confessasse, havia também a impossibilidade de constituir um advogado para sua defesa, sendo essa garantia tida como fundamental para que o direito ao silêncio fosse reconhecido, tendo que se o acusado não falasse em sua defesa, não teria ninguém que o fizesse.

O modelo de processo inquisitório vigorou nas legislações européias dos séculos XVII e XVIII, e a repressão criminal competia em exclusividade ao Estado. Assim, com o modelo

⁶² LOPES, Aury Jr. *Direito Processo Penal*. São Paulo: 9 ed. Saraiva, 2012, p.117.

⁶³ "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais". Art. 2º do Código de Processo Civil.

⁶⁴ TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I. p. 88.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processo Penal*. São Paulo: 9 ed. Saraiva, 2012, p.122.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, v. I. p. 522.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p.64/65.

acusatório, o princípio *Nemo tenetur se detegere* firmou-se como direito do cidadão frente ao direito de poder estatal, limitando sua atividade, como medida de respeito à dignidade da pessoa humana e na busca pela verdade processual.

O princípio se firmou no período do Iluminismo, pois a época instituiu o reconhecimento de garantias no processo penal, tornando-se o ambiente perfeito para seu desenvolvimento e consolidação, entretanto era uma garantia relativa apenas ao resguardo do acusado no interrogatório, já que na época não se aplicava outros meios.⁶⁸

Nesse período o acusado não era exclusivamente um objeto de prova, mas também um indivíduo com direitos a serem resguardados, assim foi combatido o emprego da tortura, e de outros meios para fazer com que o acusado confessasse, auto-incriminando-se. Uma das obras que mais se opôs ao emprego da tortura foi *Dos delitos e das penas*, de Beccaria, afirmando que “há contradição entre a lei e os sentimentos naturais no juramento de dizer a verdade imposto ao acusado”.⁶⁹

Apesar da evolução, algumas legislações inclusive legitimaram a violência contra o acusado que silenciasse no interrogatório, como, por exemplo, a Instrução de 1767⁷⁰, elaborada por Catarina II da Rússia, e o Código austríaco de 1803⁷¹. Em verdade o princípio em questão era considerado como uma ordem contrária ao direito. Mas essas normas conviviam com outras que asseguravam a aplicação do direito a não auto-incriminação, como o art. 45 do *Body Liberties*⁷² de 1641, que proibia o emprego de tortura para obtenção de confissão, considerada uma prática atroz e inumana, mas ainda estava longe de reconhecer o *privilege against self incrimination*.

"No man shall be forced by torture to confess any crime against himself nor any other unless it be some capital case where he is first fully convicted by clear and sufficient evidence to be guilty. After which if the cause be that nature, that is very apparent there be other conspiritors, or confederates

⁶⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo*. São Paulo: 2003, p. 8.

⁶⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 36.

⁷⁰ Estabelecia que “se o acusado não respondesse ao interrogatório, deveria ser punido, com penas das mais severas, para servir de exemplo”. GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milão: La Giuffrè, 1972, p. 14.

⁷¹ Nesse diploma foi estipulado que se “o acusado se recusasse a responder, deveria ser advertido do dever e que sua abstenção seria punida. Se o silêncio persistisse, o acusado deveria permanecer três dias a pão e água e a advertência deveria ser reiterada e ser castigado com bastão de três em três dias, começando com dez golpes e aumentando progressivamente o número de cinco até chegar trinta golpes”. GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milão: La Giuffrè, 1972, p. 15.

⁷² Disponível em <http://www.winthropsociety.com/liberties.php>. Acesso em 18 set 2013.

with him, then he may be tortured, yet not such tortures as be barbarous and inhumane."⁷³

Com o tempo, o direito ao silêncio passou a ser admitido com ressalvas, e reconhecido em vários, sendo a Inglaterra, o primeiro país dentre os europeus. A evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* conduziu à exclusão da presunção de culpabilidade contra o acusado que aderisse ao direito ao silêncio, com a máxima de que homens e mulheres não podia ser a fonte de informação quando se tratasse de sua persecução, sendo “vedado exigir que alguém respondesse a perguntas específicas sobre seu comportamento ou atos da vida privada, submetendo-o a risco de infâmia ou persecução penal”⁷⁴, contudo, se a prática do crime fosse conhecida não vigorava o princípio.

Um dos fatores que diminuiu o desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*, foi a demora do reconhecimento do direito de constituir advogado, algo que só foi permitido na Inglaterra no ano de 1836, e um dos fatores que ajudou a consolidar o direito foi o *Jervis's Act* de 1848⁷⁵, pois exigia que o acusado fosse informado, pelo magistrado, quanto ao direito de permanecer em silêncio durante o *pretrial*, e que suas respostas poderiam ser usadas contra ele. Conforme Helmholz⁷⁶, o desenvolvimento do *privilege against self-incrimination* se deve a dois fatores: o fim do processo do *accused speaks* e a retirada da obrigação de manter o sigilo por obrigação para desqualificação da parte.

Já no séc. XX, a Suprema Corte americana, após vários casos, sendo o mais conhecido *Miranda versus Arizona*, inscreveu na V Emenda Constitucional: “No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.⁷⁷

O caso *Miranda versus Arizona* deu origem aos chamados *Miranda rights*, ou seja, o direito de consultar um advogado antes e durante o interrogatório e o direito de não se auto-incriminar, sendo o equivalente brasileiro encontrado no art. 5º da Constituição, 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".

⁷³ "Nenhum homem deve ser forçado por tortura a confessar qualquer crime contra ele mesmo, nem qualquer outro a não ser alguns casos capitais, onde ele é totalmente primeiro condenado por provas claras e suficientes para ser culpado. Depois caso se for a natureza da causa, e muito evidente haver outros aliados, ou confederados com ele, então ele pode ser torturado, mas não por meio de torturas bárbaras e desumanas".

⁷⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13.

⁷⁵ HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press. 1997, p. 179. <Disponível em www.books.google.com.br>. Acesso no dia 19 mai 2013.

⁷⁶ Idem. “Nenhuma pessoa deve ser obrigada, em qualquer processo criminal, a servir de testemunha contra si mesmo”

⁷⁷ Disponível em www.usconstitution.netl. Acesso em 19 mai 2013.

Em 1966 um acusado, Ernesto Miranda, assinou uma confissão para os crimes de estupro e rapto após duas horas de interrogatório, foi condenado de 20 a 30 anos de prisão. Sua defesa recorreu à Suprema Corte alegando que o acusado não teve conhecimento dos direitos de permanecer calado ou de se fazer acompanhar por um advogado. A Corte decidiu favorável a Miranda, com o objetivo de afastar a ignorância do suspeito a ser usado como fator de contribuição para a obtenção de confissões involuntárias. O caso foi submetido a um novo julgamento, mas sua confissão foi retirada como prova. Miranda foi novamente condenado a prisão por 20 a 30 anos.⁷⁸

Os diplomas internacionais contemporaneamente também reconheceram o princípio *Nemo tenetur se detegere*: na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em São José da Costa Rica, em 1969, no art. 8º, inciso segundo, letra g, “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada”⁷⁹; também, usando o mesmo texto, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁸⁰ estabelece expressamente o princípio em foco.

No presente, o princípio assume caráter garantístico no processo penal, conservando o direito do acusado para decidir se coopera ou não com a investigação conduzida pela autoridade judiciária, como define Brito, Fabretti e Lima “É uma prerrogativa ligada ao interesse do acusado, pois não existe obrigatoriedade de produção de prova contra si mesmo. O silêncio não é representação de culpa nem de presunção de inocência.”⁸¹

Entretanto, com a evolução laboratorial, situação diretamente inclusa no tema deste trabalho, existe uma tendência a redefinir o conceito e reduzir as garantias do referido princípio, dando predominância ao interesse do Estado e da sociedade na persecução penal, sem, contudo acarretar em uma grave violação aos direitos fundamentais do indivíduo acusado.

1.3.1 Repercussões da aplicação do *Nemo tenetur se detegere*

O princípio *Nemo tenetur se detegere* assegura ao acusado o direito de não se auto incriminar, pressupõe o respeito à voluntariedade do réu, perfeitamente interpretado por

⁷⁸ Disponível em <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>>. Acesso em 19 mai 2013.

⁷⁹ Disponível em www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm. Acesso em 19 mai 2013.

⁸⁰ Art. 14, n. 3, g. Disponível em www.portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm. Acesso em 19 mai 2013.

⁸¹ BRITO, FABRETTI E LIMA. Alex Couto de, Humberto Barrinuevo e Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

Beccaria como “outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como se o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir com sua própria destruição”.⁸²

Atualmente, o princípio da não auto-incriminação incorpora também outros princípios para a sua aplicação, como a dignidade da pessoa humana⁸³, o direito a intimidade⁸⁴, à intangibilidade corporal⁸⁵, etc. Assegura a esfera da liberdade do indivíduo, que não se resume ao direito ao silêncio, é um direito fundamental do cidadão, se inserindo dentro dos direitos de primeira geração.

Deve-se salientar que, mesmo estando entre os direitos de primeira geração, onde é resguardado o indivíduo perante o Estado, o interesse público na garantia desse direito é grande, pois o *nemo tenetur se detegere* se insere no direito de defesa como cláusula do devido processo legal. Nesse sentido não é apenas o direito do indivíduo, mas também o interesse público para o seu correto exercício.

Apesar de sua manifestação mais tradicional se encontrar no direito ao silêncio, e toda a sua evolução ser entorno dos depoimentos e juramentos que ofendiam esse direito, com as evoluções em áreas biológicas, que trouxeram novos meios de provas para o processo penal, também passou a incluir o direito de se negar a fazer exames para a identificação por perfis Genéticos de ADN.⁸⁶

Diante dessa evolução, o princípio em estudo, tem sido considerado, de forma geral, como direito fundamental do cidadão, e de forma específica, do acusado, com diferentes decorrências, não se podendo usar apenas uma, como sinônimo apenas do direito ao silêncio, pois seria gerada uma aplicação restritiva de um princípio muito mais abrangente.

Como determina Maria Elizabeth Queijo “cuida-se do direito a não auto-incriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao

⁸² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007, p.36.

⁸³ Constituição Federal de 1988, art. 1º, inciso III.

⁸⁴ “A Constituição Federal de 1988 assegura o respeito à intimidade em seu art. 5º, X, o que no estudo atual, se trata, mais especificadamente da proibição de intervenções corporais”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinrtti Castanho de. *O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 24.

⁸⁵ É contemplado pelo art. 5, X que assegura o respeito à intimidade.

⁸⁶ “É a partir de 1985, graças aos trabalhos realizados por Alec Jeffreys, uma geneticista inglês, que o uso do ADN na investigação se generalizam”. COSTA, Susana. *A identificação em laboratório: a identificação de perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transacional e a apropriação local*. Coimbra: Almedina, 2003, p.26.

direito ao silêncio”⁸⁷, conseqüentemente é resguardada a dignidade humana, em seus vários aspectos.

É importante ressaltar que, quando se tratar do direito ao silêncio, apesar dos diferentes entendimentos na doutrina, essa é uma área, dentro deste princípio, um pouco mais consolidada, e sua aplicação já é reconhecida de modo geral; por exemplo, não é assegurado o direito á mentira, sendo matéria reconhecida de repercussão geral pelo STF⁸⁸, que julgou o Recurso Extraordinário:

O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes.⁸⁹

Porém, como foi dito, o direito ao silêncio não é o alvo dentro do estudo desse trabalho, mas sim uma ocorrência que deve ser mencionada e esclarecida. O objeto oferece uma nova perspectiva, na recente forma de aplicação do princípio de proteção ao acusado, onde são cogitadas as provas que são subordinadas a colaboração daquele, pois, como foi dito, o direito ao silêncio não representa a única decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*⁹⁰, principalmente nos exames de sangue de ADN e nos exames de alcoolemia, onde o acusado voltaria a ser usado como objeto de prova, agora, porém de forma mais razoável e racional.

Com esse novo recurso, duas tendências entram em confronto: de um lado a perseguição pela verdade penal, que garante à efetivação do acesso a justiça, daquele que teve seu direito violado, e o de outro as repercussões do princípio *Nemo tenetur se detegere* para as provas de dependem da cooperação do acusado.⁹¹

⁸⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.55.

⁸⁸ As decisões do STF quanto abrangência do princípio *nemo tenetur se detegere*: a impossibilidade de ser o indiciado forçado a fornecer padrões gráficos de próprio punho, para exames periciais (HC 77.135); a possibilidade de faltar com a verdade quanto à identidade do réu (HC 75.257); a não obrigatoriedade em participar de reconstituição do fato (HC 69.026); não obrigatoriedade em fornecer os padrões vocais necessários à subsidiar prova pericial (HC 83.096); a não obrigatoriedade de submissão a exame de dosagem etílica (HC 93.916). Habeas Corpus disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 19 mai 2013.

⁸⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. RE 640139 RG, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 22.09.2011, DJe-198, divulg. 13.10.2011, public. 14.10.2011, ement. V. 2607-05. P. 885. Acesso em 19 mai 2013.

⁹⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.44

⁹¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. São Paulo: 2005, p. 207.

É preciso determinar o que mudou durante os séculos que pode tornar possível tal colaboração. Quais limites e formas mudaram para que se possa alcançar a verdade real no processo penal, diante do interesse individual do acusado e do interesse público, qual seja, da sociedade na persecução penal, assim “com relação às provas que dependem da colaboração do acusado, modernamente argumenta-se contra o princípio *nemo tenetur se detegere*, que, ele fosse aplicado em toda a sua extensão, levaria à completa inviabilização da apuração da verdade material”.⁹²

Também é necessário analisar os dois extremos e achar um equilíbrio entre eles, visto que, não se prevalecendo o interesse individual, a descoberta da verdade real seria inviável, e no lado oposto, prevalecendo o interesse público de forma absoluta, não haveria limites na persecução penal, abrindo-se então espaço para violações de direitos que aconteceram no processo inquisitório. Portanto é preciso estabelecer os limites do *ius puniende*, função desempenhada pelo princípio da não auto-incriminação, uma das barreiras a atividade investigatória e probatória, assim consequentemente, também uma barreira ao poder punitivo do Estado.⁹³

O direito a prova, se observadas às regras para que esta seja lícita, beneficia ambas as partes. Nessa linha, Paolo Tonini define o direito à prova como "uma síntese que inclui o direito de todas as partes a buscar fontes de evidência, a solicitar a admissão dos seus meios, para participar no seu recrutamento e apresentar uma avaliação no final".⁹⁴ Além disso, é reconhecimento de um direito subjetivo a prova, onde as partes, titulares no processo penal, devem estar envolvidas ativamente na constituição do material probatório que servirá de base para o convencimento e decisão do juiz.⁹⁵

Deve-se esclarecer então o que se constitui como um tipo de prova permitido quando falamos de perfis genéticos. A prova proibida é "toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito, a que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico. Por ser proibida, ofende, molesta, opõe-se ao direito".⁹⁶

A prova proibida se divide em ilegítima, quando é produzida sem o amparo da lei processual, ou ilícita, aquelas obtidas contra a lei, por meios que afrontem os costumes e sejam contrárias à moral, e ofensivas a princípios gerais do direito.⁹⁷ Por exemplo, aquelas

⁹² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.44.

⁹³ Ibidem, p.45

⁹⁴ TONINI, Paolo. *La prova penale*. 3 ed. Milão: Cedan, 1999. p. 45.

⁹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84.

⁹⁶ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo; Saraiva, 2004, p. 50.

⁹⁷ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo; Saraiva, 2004, p. 54

que são obtidas mediante tortura, ofensa a integridade física ou moral da pessoa, coação grave e intromissão abusiva na vida privada do indivíduo.

Nesse estudo, é importante informar que, antes da Lei 12.654, a obtenção ou comparação de perfis genéticos sem autorização judicial era considerada uma ofensa a integridade física e moral da pessoa, a dignidade da pessoa humana, a intimidade e a intangibilidade do corpo humano. Assim o uso de ADN como meio probatório era limitado, diante da burocratização do direito processual penal, e a extração compulsória de ADN em acusados não era permitida, bem como a conservação dos perfis já obtidos, já que não eram previsto na Lei de Execuções Penais.⁹⁸

A produção de provas deve observar alguns princípios, as garantias individuais citadas, bem como o da não auto-incriminação. O acusado podia resistir pessoalmente à pretensão acusatória, alegando a defesa pessoal negativa, onde se encontra o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, uma recusa, de não fazer, o direito de não colaborar.⁹⁹

É criado assim, no processo penal, um intenso conflito entre o interesse individual do acusado, a proteção dos direitos fundamentais, e os interesses da sociedade ofendida, dever dos poderes públicos de providenciar uma resposta. Diante disso, deve haver uma harmonia entre ambos os interesses, uma vez que não pode ocorrer a sobreposição de um na persecução penal, por exemplo, se não houvesse vedações aos meios probatórios, existiria um meio autoritário violando as garantias constitucionais. Por outro lado também não pode prevalecer apenas o interesse individual, pois nesse caso a persecução penal estaria fadada ao fracasso.¹⁰⁰

Em regra geral, as provas invasivas, como a extração de ADN, contra a vontade do acusado não podem ser realizadas. Eram autorizadas em casos excepcionais na ocorrência de delitos graves, autorizados somente por decisão judicial fundamentada. Atualmente nesses casos com a lei 12.654, o acusado envolvido em crimes hediondos terá seu perfil coletado e comparados com os perfis existentes no banco de dados, pois como foi considerado pelo STF é "reduzidíssima a invasão a sua integridade física"¹⁰¹.

Conforme afirma Tóvil, é possível verificar uma tendência seguidora a do direito estrangeiro, não conferindo ao investigado seus direitos de forma ilimitada em face do Estado e da sociedade. Afirma que "a pequena intervenção no corpo do investigado pouco afeta a sua

⁹⁸ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em 24 jul 2013.

⁹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v.1. p. 547.

¹⁰⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 241/242.

¹⁰¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo107.htm>. Acesso em 20 jul 2013.

dignidade e privacidade, sendo que a restrição dos direitos está plenamente justificada diante do bem maior do interesse público na apuração do hediondo crime cometido".¹⁰²

Desse modo, tem-se uma evolução do princípio da não auto-incriminação, que passou por completo descaso, e alcançou um nível muito alto de protecionismo, mas agora, diante das novas tecnologias, como, por exemplo, os bancos de dados genéticos alcançam um centro na balança, quanto temos seu uso aplicado de forma proporcional, sempre observando as garantias das partes envolvidas.

Não é mais caso de considerar a pessoa como meio de prova, pois, como foi muito bem colocado pelo desembargador Júlio Cear Gutierrez "na coleta de material para exame de DNA, preciso distinguir entre a prova invasiva, que exigiria intervenção no organismo humano, e a não invasiva, que pode ser realizada através de vestígios humanos".¹⁰³ Também citou em sua decisão o entendimento do STF, que estabelece os direitos a inviolabilidade da intimidade e direito ao silêncio do réu como relativos, característica dos direitos fundamentais, e não podem ser tomados de forma absoluta, mas ponderados entre os valores tutelados pelo Estado.

¹⁰² TOVIL, Joel. *A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal*. 2008. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 22, p. 87/114.

¹⁰³ Processo nº 0479876-73.2013.8.13.0024. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=7B924AE9830EE4A7A4028244ED316DB7.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0479876-73.2013.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 03 set 2013.

2 BANCOS DE DADOS GENÉTICO-CRIMINAIS: SISTEMAS E QUESTÕES ACERCA DE SUA UTILIZAÇÃO

A evolução e o emprego dos bancos de dados genético ao redor do mundo aconteceu primeiro no Reino Unido, em 1987, com o caso de Lynda Mann. Em 21 de novembro de 1983, Lynda Mann, de quinze anos, deixou sua casa, na cidade de Narborough, na Inglaterra, com a intenção de visitar uma amiga, e não retornou. Seu corpo foi encontrado na manhã do dia seguinte, violentada e estrangulada.¹⁰⁴

Utilizando os exames disponíveis na época, descobriu-se que o sêmen encontrado no corpo de Lynda era de um indivíduo com tipo sanguíneo A, contudo não foram encontradas maiores evidências sobre a autoria do crime e o caso permaneceu sem solução.¹⁰⁵

Em 31 de julho de 1986, Dawn Ashworth, outra adolescente de quinze anos sumiu ao voltar para casa por um atalho. Seu corpo foi encontrado em uma floresta com sinais de espancamento e violência sexual, tendo como causa da morte estrangulamento. Pela situação, o *modus operandi* era idêntico ao ataque de três anos antes, e a análise dessa segunda amostra de sêmen, revelou ser também de tipo sanguíneo A.¹⁰⁶

O primeiro suspeito foi um jovem, chamado Richard Buckland, de 17 anos, que mostrou conhecimento sobre o estado do cadáver de Dawn Ashworth, e confessou o seu assassinato, mas negava ter participado no primeiro crime. Contudo ao analisarem o sangue de Richard, foi constatado que não era do tipo confirmado nos dois casos, contradição que levou a polícia a procurar o professor da Universidade de Leicester, Dr. Alec Jeffreys, que havia publicado meses antes um artigo sobre identificação genética de pessoas, sustentando inclusive seu uso forense.¹⁰⁷

Dr. Jeffreys analisou os perfis de ADN encontrados nas vítimas e os comparou com o do réu confesso, contudo o resultado concluiu que nenhuma das amostras coincidia com o do acusado. Por outro lado, os perfis genéticos eram idênticos, levando a conclusão que as adolescentes foram mortas pela mesma pessoa.¹⁰⁸

Contudo, agora que a tecnologia genética havia inocentado um réu confesso, a polícia de Northamptonshire iniciou uma análise genética em massa da população da cidade. Foram recrutados homens entre 16 e 34 anos, residentes nas cidades próximas aos locais dos crimes,

¹⁰⁴ DNA murderer in sentence appeal. Disponível em http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/leicestershire/7765210.stm. Acesso em 10 de set de 2013.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem.

e todos passaram por uma identificação genética, gerando mais de 4.000 (quatro mil) perfis genéticos. Porém, mesmo após a análise do material genético de todos os homens da região, nenhum dos perfis coincidia com o encontrado nas vítimas.¹⁰⁹

Em primeiro de agosto de 1987, um parente de um policial ouviu uma conversa em um bar, em que Ian Kelly confessou aos amigos ter doado amostra para polícia sob a identificação de Colin Pitchfork, pois este não queria se submeter ao exame. Ambos foram presos no dia dezanove de setembro de 1987, e a amostra de sangue de Colin foi analisada, coincidindo com a do assassino de Lynda Mann e Dawn Ashworth. Conlin confessou os assassinatos e foi sentenciado a prisão perpétua.¹¹⁰

Sendo esse o primeiro caso onde a identificação genética foi usada, houve grande publicidade para essa tecnologia: a individualização genética proporcionada pelo exame de ADN, pois em uma mesma situação, o assassino fora identificado e um suspeito inocentado.¹¹¹

2.1 Sistemas internacionais: criação e evolução dos bancos de ADN.

O caso acima revolucionou as ciências forenses, e a utilização de identificação genética passou a ser usada como rotina em processos de reconhecimento de paternidade. Partindo do caso de Lynda Mann e Dawn Ashworth, foi possível a organização do primeiro banco de dados de ADN, diante do reconhecimento da sua eficiência, assim dez anos depois já estava em uso no Reino Unido um banco de dados nacional de ADN.

Perceberam que as evidências biológicas (manchas de sangue e sêmen, cabelo, etc.), que são frequentemente encontradas no local do crime, eram passíveis de exame para a extração do ADN, permitindo a identificação do indivíduo a quem as amostras pertenciam. O exame de ADN não pode, em todos os casos, provar sozinho a culpabilidade de uma pessoa, mas estabelece uma conexão irrefutável entre o indivíduo e o local do crime, ou até mesmo com a vítima.

Os estudos de laboratórios criminais norte-americanos mostraram que mais de 40% dos vestígios encontrados no local do crime, sendo homicídio ou violência sexual, eram adequados para análise, mas o serviço britânico de ciências forenses indicou que mais de 50%

¹⁰⁹ DNA murderer in sentence appeal. Disponível em http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/leicestershire/7765210.stm. Acesso em 10 de set de 2013.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem.

dos crimes contra o patrimônio também tinham vestígios biológicos. Contudo, em poucos casos existiam vestígios passíveis de comparação.¹¹²

Como solução ao problema surgiu a idéia de criação de um banco de dados de ADN. A partir daí, mesmo sem um suspeito conhecido, a maioria dos crimes é investigada pelos exames de ADN, o que resultou em uma alta taxa de sucesso, já que os bancos de dados existentes, no Reino Unido e nos Estados Unidos, possuíam milhões de perfis genéticos armazenados, de pessoas que já estavam no sistema.¹¹³

O primeiro banco de dados foi o do Reino Unido, estabelecido em 1995, e está num estágio mais desenvolvido. Nos dados publicados pelo Serviço de Ciências britânico, em 2006¹¹⁴, é comprovada a eficiência dos bancos de dados de perfis genéticos. A taxa de resolução de crimes, onde no local são encontrados vestígios e inseridos no banco de dados, subiu de 26% para 43%. Já as taxas publicadas em 2010 estão em 58% de resultados positivos.¹¹⁵

Nos Estados Unidos, o banco de dados foi implantado em 1998, e cada estado tem ordenamentos que foram mudando para dar mais eficiência ao banco de perfis genéticos. Atualmente, todos os estados americanos fazem uso do banco de dados central chamado NDIS (*National DNA Index System*), que utiliza o software CODIS (*Combined DNA Index System*).¹¹⁶

Além dos países citados, que foram os primeiros na implantação do banco de dados de perfis genéticos, a lista de países que também usam esse tipo de sistema atualmente é bem maior, e continua crescendo: Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Colômbia, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Holanda, Hong Kong, Hungria, Itália, Islândia, Letônia, Noruega, Nova Zelândia, Panamá, Polônia, Portugal, República Tcheca, Singapura, Suécia e Suíça.

Um dos principais fatores para o sucesso do banco de dados genético é a forma como seu uso é determinado, ou seja, como é regulamentado pela legislação. A maioria dos países

¹¹² Disponível em http://www.dnaresource.com/documents/2004_2_13.pdf. Acesso em 10 set de 2012.

¹¹³ SERINGHAUS, Michael. *The Evolution of DNA Databases: Expansion, Familial Search, and the Need for Reform*. Yale Law School. Disponível em <http://www.genome.duke.edu/seminars/journal-club/documents/Seringhaus_Oct09.pdf>. Acesso em 10 set de 2013.

¹¹⁴ National DNA Database Annual Report 2007. National Policing Improvement Agency. Disponível em <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117784/ndnad-ann-report-2007-09.pdf>. Acesso em 10 de set de 2013.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ CODIS Program and the National DNA Index System. Disponível em <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>>. Acesso em 10 de set de 2013.

começa implantando seus bancos de dados de perfis genéticos por meio de uma legislação mais restritiva, armazenando apenas os condenados por crimes hediondos.

Porém diante dos resultados nos países que já fazem uso do banco de dados por um determinado tempo, sua abrangência tende a aumentar incluindo mais perfis genéticos, provenientes de indivíduos que se envolveram em crimes mais simples, tornando o banco de dados mais eficiente.¹¹⁷

2.1.1 Aplicação em diferentes ordenamentos

É importante a distinção entre ADN, uma molécula com muitas informações, e o perfil genético, apenas uma informação extraída do ADN. Apesar do ADN, na sua totalidade pode revelar várias informações sobre o organismo de um indivíduo, como propensão a doenças, etc. No caso do perfil genético para identificação utilizado nos bancos de dados, este vem de regiões não-codificantes do ADN, assim, são incapazes de revelar características físicas ou de saúde de uma pessoa, tendo como única aplicação a individualização.¹¹⁸

Essa é uma forma de garantir a segurança dos bancos de dados genéticos, garantindo que as informações ali contidas não permitam nada além da identificação do indivíduo, de forma que suas informações não causem discriminação genética,¹¹⁹ uma situação explorada no filme *Gattaca*, de 1997, onde as pessoas eram classificadas geneticamente e aqueles que não foram geneticamente configurados pelos pais eram considerados geneticamente inferiores.

Por exemplo, se considerarmos um delito cometido, e com a análise do local os peritos encontram uma mancha de sêmen que acreditam pertencer ao criminoso, o material então é submetido a exames laboratoriais no órgão de perícia oficial, onde é obtido o perfil genético da amostra, que é escrito da seguinte forma: X,Y – D5S818 12,15 – D7S820 7,9 – D18S51 13,15 – D3S1358 16,16 – D13S317 12,18 – FGA 22,24 – D16S539 8,9 – TPOX 6,7 – CSF1PO 9,13 – D21S11 28,32.¹²⁰

Contudo nada nesses números indica características físicas da pessoa (cor dos olhos, dos cabelos, etnia, altura, habilidades, etc.), é apenas uma sequência de números, marcadores

¹¹⁷ WICHENHEISER, R. The Business Case for Using Forensic DNA Technology to Solve and Prevent Crime. *Journal of Biolaw & Business*, vol.7, 2004. Disponível em: <<http://www.dnaresource.com/documents/BusinessCaseforDNA.pdf>>. Acesso em 10 set de 2013.

¹¹⁸ COSTA, Susana. *A identificação em laboratório: a identificação de perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transacional e a apropriação local*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 30

¹¹⁹ Ibidem, p. 31

¹²⁰ COSTA, Susana. *A identificação em laboratório: a identificação de perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transacional e a apropriação local*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 47

que são utilizados na identificação, e como são variados, tem um alto poder de individualização, o que torna sua porcentagem de acerto altíssima.¹²¹ A cada marcador genético tipado, é colocado mais nove na porcentagem de 9,9999999% de resultado.

Para que o perfil genético seja utilizado é necessário um meio de comparação do perfil genético tipado, aquele encontrado na cena do crime, com a amostra de um suspeito como referência. Se não há suspeito não é possível chegar a uma conclusão com um único perfil genético. Dessa lógica surgiu a idéia de criação de banco de dados genético, como já foi explanado.

O funcionamento dos bancos de dados, quando implantando, é simples, e na maioria dos países feito da mesma forma, mudando apenas sua abrangência que é determinada pelo ordenamento de cada país. Existem dois bancos de dados: o primeiro, com os perfis genéticos obtidos de amostras encontradas em locais do crime; e o segundo, com as amostras de referência, que depende da legislação vigente.¹²²

A maioria dos países começou determinando que apenas os condenados de crimes hediondos fossem identificados criminalmente no banco de dados de perfis genéticos, e vão mudando sua legislação com o passar do tempo, de acordo com o aceite da sociedade. Quanto maior for o banco de dados de perfis de referência, maior a eficiência do primeiro banco de dados.

A sua eficácia é verificada pelo banco de dados da Inglaterra, sendo o maior atualmente, com uma maior abrangência, pois permite que as pessoas detidas pela polícia sejam identificadas por meio de ADN, além dos doadores livres, o que garante uma taxa de elucidação de homicídios de mais de 80%.¹²³ Como se observa, cada país fez uma adaptação em seu regulamento para o uso do banco de dados de perfis genéticos.

Para administração do banco de dados na Inglaterra é utilizado um "Código de Prática", que autoriza a autoridade policial a realizar a coleta e identificação por meio de amostras corporais, como sangue e cabelo, de forma a gerar perfis genéticos que possam ser usados como material de comparação aquele já encontrado no local do crime.¹²⁴ São dispostos

¹²¹ COSTA, Susana. *A identificação em laboratório: a identificação de perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transacional e a apropriação local*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 50

¹²² Disponível em <<http://www.dna.gov/solving-crimes/cold-cases/howdatabasesaid/howcodisworks/>>. Acesso em 09 set 2013.

¹²³ National DNA Database Annual Report 2007 – 2009. National Policing Improvement Agency. Disponível no endereço eletrônico <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117784/ndnad-ann-report-2007-09.pdf>. Acesso em 09 set 2013.

¹²⁴ Disponível em <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117587/pace-code-d-2011.pdf>. Acesso em 09 set 2013.

tudo o procedimento, desde a coleta, até a forma de administração do banco depois de inseridos os perfis.

O ordenamento francês, no seu código de procedimento penal, no título XX, permite a coleta de amostras biológicas como parte de uma investigação preliminar, uma investigação do crime ou flagrante delito, ou uma investigação preliminar sobre as pessoas contra as quais existem indícios graves, o que torna provável que eles tenham cometido um dos crimes mencionados na investigação, ou os inocentado, gerando uma economia processual.¹²⁵

Em Portugal, a lei nº 5 de 2008 aprovou a criação de um banco de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, contudo o recolhimento de material genético só é autorizado mediante decisão judicial.¹²⁶

A experiência no Chile, Colômbia e Espanha foram relatadas por autoridades ligadas a implantação dos bancos de dados naqueles países as autoridades brasileiras no encontro do Grupo Ibero-Americano em análise de DNA (GITAD) e da Rede Nacional de Genética Forense, que ocorreu em 2007, principalmente quanto as forma de coleta de material genético: os procedimentos utilizados. “Há técnicas que impossibilitam conclusões sobre raça e outras características a partir da amostras. É importante que isso seja divulgado”, ressaltou o chefe do Laboratório de DNA do Instituto Nacional de Criminalística, PCF Guilherme Silveira Jacques, um dos organizadores da reunião.¹²⁷

Uma característica que todos os países citados têm em comum é a evolução do uso dos bancos de dados genéticos em suas legislações. Em sua maioria começaram de modo restritivo, não permitindo que uma ampla abrangência nos perfis que devem ser coletados, mas todos, ao se depararem com os resultados em crimes, que antes virariam *cold cases*, e agora tem solução, tendem a diminuir os limites para a coleta de forma a aumentar o banco de dados de perfis genéticos.

É possível observar de forma muito clara esses níveis de utilização dos bancos de dados, por exemplo, a Inglaterra e os Estados Unidos, que fazem uso dessa ferramenta desde seu descobrimento, até Portugal, que ainda matem um limite maior para coleta de material genético.

¹²⁵ Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154>>. Acesso em 09 set 2013.

¹²⁶ Disponível em <<http://www.dre.pt/pdf1s/2008/02/03000/0096200968.pdf>>. Acesso em 09 set 2013.

¹²⁷ Revista Perícia Federal. *Banco de Dados de Perfis Genéticos, o DNA serviço da justiça*. Ano IX - Número 26 - junho 2007 a março/2008, p. 6.

2.1.2 Casos concretos

Além do primeiro caso narrado, vários outros foram sendo descobertos ao longo da utilização de banco de dados de ADN, tanto para ajudar a descobrir e confirmar a identidade do indivíduo que cometeu o crime, quanto para inocentar aqueles que foram erroneamente acusados. São vários casos resolvidos, até mesmo por pura coincidência, no sistema, e adiante se encontram alguns que exemplificam as duas situações.

Por exemplo: o caso de Roy Tutil que em 1968, com 14 anos, desapareceu após pegar uma carona para casa, em Surrey, Inglaterra. Três dias depois seu corpo foi encontrado em Letherhead, com sinais de estrangulamento e violência sexual. Em 1999, trinta e um anos depois, Brian Lunn foi detido por dirigir sob efeito de álcool, seu perfil genético foi inserido no banco de dados nacional de ADN (NDNAD, *National DNA Database*) do Reino Unido.¹²⁸

Ao rodar o perfil genético no sistema, houve compatibilidade entre seu perfil e aquele encontrado no corpo de Roy Tutil. Após trinta anos Brian Lunn foi condenado pelo assassinato do jovem.¹²⁹

Outro caso de coincidência no sistema ocorreu em 2001, em uma cidade na Inglaterra, onde John Wood foi preso por furtar dez libras de uma loja de conveniência. O exame de ADN, já considerado rotina no processo inglês, foi realizado e seu perfil genético foi inserido no banco de dados de perfis genéticos da Inglaterra; foi constatado que o seu era idêntico ao de uma amostra de sêmen coletada após violência sexual em duas vítimas, de nove e onze anos em 1988. Após treze anos John Wood foi condenado pelo estupro destas duas crianças.¹³⁰

Contudo o uso de perfis genético, como já foi mencionado, também ajuda a inocentar, como no caso de Robert Clark. Em julho de 1981 uma mulher foi estuprada e teve o carro roubado na Geórgia, EUA. Alguns dias após o crime o carro foi encontrado em poder de Robert Clark que foi detido por roubo do veículo. Ele não foi considerado suspeito do estupro, pois não correspondia a descrição feita pela vítima, porém o acusado não soube explicar como adquiriu o carro. Robert Clark foi condenado em 1982.¹³¹

¹²⁸ Disponível em <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-84553/Science-reaches-past-brings-justice-boy-came-home.html>>. Acesso em 10 set 2013.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Revista Perícia Federal. *Banco de Dados de Perfis Genéticos, o DNA serviço da justiça*. Ano IX - Número 26 - junho 2007 a março/2008, p. 8.

¹³¹ Disponível em <http://www.innocenceproject.org/Content/Robert_Clark.php>. Acesso em 10 set 2013.

Em dezembro de 2003, a pedido de uma entidade chamada Innocence Project¹³², uma organização dedicada a inocentar pessoas que foram condenadas erroneamente por meio de teste de ADN, com objetivo de realizar uma reforma na justiça criminal a fim de evitar futuras injustiças; foi realizado um exame de comparação entre o ADN de Robert e a amostra encontrada na vítima vinte e dois anos antes.¹³³

Ambos os perfis genéticos foram inseridos no sistema e Robert Clarck foi inocentado após vinte e um anos preso. O ADN coletado da vítima pertencia a outro criminoso, que foi condenado por violência sexual em 1985, identificado como Tony Arnold, que já tinha seu perfil genético armazenado no banco de dados de ADN, por ter sido identificado anos antes.¹³⁴

Esses são alguns dos inúmeros casos que ocorrem nos sistemas do Reino Unido e Estado Unidos, e nos outros países onde já existem bancos de ADN, muitos acontecem porque a quantidade de reincidentes é alta, assim quando a pessoa que já cometeu um crime, mas não pode ser identificado, comete novamente uma infração acaba fornecendo o perfil genético para comparação. Passamos agora a exposição do sistema brasileiro.

2.2 Sistema Nacional

Como parte central do estudo é necessária a exposição da situação brasileira quando o uso dos bancos de dados de perfis genéticos. Em 18 de maio de 2009, a Polícia Federal do Brasil e o FBI (*Federal Bueral of investigation*) assinaram um acordo internacional com o objetivo de ceder o uso do software CODIS.

Foi necessário um ano dedicado a aquisição de equipamentos para que o Banco Nacional de Perfis Genético fosse implantado em 19 de maio de 2010, quando foi iniciado o treinamento de peritos criminais responsáveis pela administração do banco nacional e dos estaduais. Por meio da cooperação o Brasil já iniciou sendo o segundo maior do mundo em laboratórios inclusos, sendo um total de 15, um da polícia federal e 14 das secretarias de segurança pública.¹³⁵

Porém a eficiência dessa ferramenta era limitada pela falta de legislação que determinasse o funcionamento do banco de dados, quanto ao cadastramento de perfis

¹³² Disponível em <<http://www.innocenceproject.org/>>. Acesso em 10 set 2013.

¹³³ Disponível em <http://www.innocenceproject.org/Content/Robert_Clark.php>. Acesso em 10 set 2013.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2009-05-17/brasil-fara-acordo-com-fbi-para-criacao-de-banco-de-dados-com-perfis-geneticos>>. Acesso em 10 set 2013.

genéticos: quem deve ser cadastrado, de que forma, como deve ser coletado o material biológico, como deve ser a inclusão no sistema, etc. Apesar de não ser um empecilho completo para seu funcionamento, causa uma morosidade na sua eficácia, pois era necessária autorização judicial para o acesso ao banco de dados, tirando a característica de praticidade encontrada nos sistemas pioneiros.

De acordo com os dados apresentados pelo PCF Guilherme Jacques, antes do CODIS ser adotado no Brasil, a taxa de elucidação de homicídios era de 6% uma das mais baixas do mundo. No Rio de Janeiro são ainda mais baixas, caindo para 3 a 4%, e em São Paulo 24% dos inquéritos eram arquivados, com uma taxa de resolução de 12%. Nos países onde já existia ordenamento regulamentando a área de ADN, as taxas de resolução são bem maiores: na Argentina é de 45%, nos Estados Unidos de 65%, na França de 80% e na Inglaterra chega a 90%.¹³⁶

Um dos exemplos mais óbvios de quanto o país seria beneficiado pelo uso do sistema, está no fato que os criminosos sexuais são, em sua maioria, reincidentes, de acordo com pesquisas americanas, cada agressor comete, em média, oito crimes, e 67% desses criminosos já haviam cometido pelo menos mais uma agressão.¹³⁷

O que inquietava as autoridades e estudiosos sobre a plena utilização dos bancos de dados de perfis genéticos, era o possível desrespeito as garantias do acusado, o direito a não auto-incriminação, a sua intangibilidade corporal, etc.

Mas como coloca o professor Sidney Santos, da Universidade do Pará "sob o ponto de vista técnico, todos os laboratórios de DNA do país já têm condições de, com um suabe (cotonete estéril), fazer todas as análises possíveis, sem causar nenhuma lesão". "Todos os países avançados fazem uso deste tipo de banco de dados por verem neles a possibilidade de obter provas materiais irrefutáveis. A maioria não viola os direitos básicos e tem órgãos de defesa dos direitos humanos mais eficientes que o Brasil" como observou o professor Luis Antônio da Universidade Federal de Alagoas.¹³⁸

Assim os países quando implantam os sistemas de banco de dados de perfis genéticos com restrições, não o fazem apenas por falta de conhecimento, mas sim como uma adequação a sua sociedade e ao seu direito. Como exemplo, citando o presidente da GITAD José Lorente. "Nos países latinos, os direitos individuais se sobrepõem aos direitos coletivos. Já nos

¹³⁶ Revista Perícia Federal - *Banco de Dados de Perfis Genéticos, o DNA serviço da justiça*. Ano IX - Número 26 - junho 2007 a março/2008, p. 6.

¹³⁷ *Undetected Recidivism Among Rapists and Child Molesters*. Crime and Delinquency, v.28, n.3, 1982. Disponível em < http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/soff_recid.pdf>. Acesso em 9 set 2013.

¹³⁸ Revista Perícia Federal. *Banco de Dados de Perfis Genéticos, o DNA serviço da justiça*. Ano IX - Número 26 - junho 2007 a março/2008, p. 7.

países de origem luterana e anglicana ocorre o oposto: os direitos coletivos se sobrepõem aos direitos individuais. Há que se levar isso em conta".¹³⁹

2.2.1 Lei nº 12.654 e o sistema brasileiro

A Lei nº 12.654 de 2012 alterou a Lei nº 12.037, ao incluir no artigo 5º, parágrafo único¹⁴⁰, a autorização para que seja incluída a coleta de material biológico para perfil genético. Essa coleta não é obrigatória em todos os casos, sendo faculdade do juiz a sua autorização, de forma justificada. Mas a possibilidade de identificação inovadora da Lei nº 12.654, é a coleta de material genético para identificação criminal nos casos de crime hediondo¹⁴¹, ou outras formas dolosas quando forem crimes contra a vida, para armazenamento em banco de dados com os perfis genéticos coletados. Diante dessa identificação do condenado, como denomina a lei, tem algumas definições claras quanto a determinação da coleta, o que é de extrema importância, como foi visto anteriormente nos sistemas internacionais.

Em primeiro lugar, ela coloca como obrigatório apenas a identificação criminal para os crimes anteriormente indicados, sendo opcional para os outros, por meio do processo normal de decisão judicial fundamentada. Também determina a gerência do banco de dados de ADN por Unidade de Perícia Criminal¹⁴², no caso o Instituto de Criminalística, ou os laboratórios das Secretarias de Segurança, ou Institutos de identificação.

Quanto ao procedimento, o banco de dados deve ter caráter sigiloso, e as autoridades periciais só terão acesso ao laudo, com as evidências de perfis genéticos deve ser firmado por Perito Oficial¹⁴³, mediante autorização judicial¹⁴⁴, forma essa que curva o banco de dados a burocracia do judiciário, diminuindo sua utilidade no sistema de justiça criminal, sendo também excluídos a Polícia Civil e o Ministério Público do domínio do banco.

¹³⁹ Revista Perícia Federal. *Banco de Dados de Perfis Genéticos, o DNA serviço da justiça*. Ano IX - Número 26 - junho 2007 a março/2008, p. 7.

¹⁴⁰ "Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do artigo 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético."

¹⁴¹ 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 desoxirribonucléico, por técnica adequada e indolor.

¹⁴² Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

¹⁴³ § 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

¹⁴⁴ §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.

O banco de dados de ADN nacional, não carrega a característica de compartilhamento de informações para as instituições que necessitam, o que faz com que sua implementação sejam alvo de muitas críticas, pois se distancia também do objetivo dos bancos de dados genéticos aplicados em outros países, e justamente dos resultados satisfatórios que aqueles conseguiram com a implementação de seus bancos de dados de perfis genéticos.

2.2.2 Efeitos práticos da implementação do banco de dados genético-criminal

Os parâmetros empregados para esclarecer os fatos na busca pela verdade real mudam com a possibilidade de utilização de exames de ADN para inclusão de perfis genéticos em bancos de dados. Para que a aplicação desses bancos de dados seja viável, devem ser analisados aspectos jurídicos que o tornem aplicáveis no ordenamento brasileiro.

Inicialmente é importante ressaltar que o Estado deve uma resposta a toda ação criminosa. O que faz possível essa resposta é a busca pela verdade dos fatos, feita por meio da análise dos vestígios, que acontece através da persecução criminal, para punir adequadamente o agente criminoso ou inocentar falsamente acusado.¹⁴⁵

Esses vestígios, dependendo da avaliação, se tornam provas no processo, e somam ao convencimento do magistrado sobre como o fato ocorreu.¹⁴⁶ A aplicação do exame de ADN deve ser submetida aos princípios gerais do processo penal, e os bancos de dados por consequência também os respeitam.¹⁴⁷

A discussão é iniciada quando surge a possibilidade de submissão obrigatória de indivíduos para coleta de material biológico com obtenção de perfis genéticos, para finalidade de identificação criminal e futura investigação, que é o caso dos bancos de dados genéticos criminais.

A coleta compulsória configura uma prova ilícita, já definida ao longo do trabalho, e inadmissível no ordenamento nacional, pois fere as garantias previstas constitucionalmente.

¹⁴⁵ MAGALHÃES, Luzivan Falcão Cabral. *A ilicitude probatória em conflito – a proporcionalidade como meio de superação*. Disponível em: <<http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1468>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

¹⁴⁶ MAGALHÃES, Luzivan Falcão Cabral. *A ilicitude probatória em conflito – a proporcionalidade como meio de superação*. Disponível em: <<http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1468>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

¹⁴⁷ BONACCORSO, Norma Sueli. *Aspectos jurídicos do exame de DNA*. Disponível em: <<http://www.peritocriminal.com.br/juriddna.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

Há autores que se posicionam a favor da coleta obrigatória argumentando que, o interesse social é maior e justificada, pois garante a proteção da sociedade.¹⁴⁸

Tal prática não pode ser adotada, pois "no Estado Democrático de Direito o sistema jurídico deverá sempre ser permeado pelo princípio da razoabilidade"¹⁴⁹. É criado então um impasse entre as garantias e direito do acusado e da sociedade, o que interfere, como já foi dito, diretamente na busca pela verdade real, já que muitos criminosos poderiam usar tais garantias para se esvair da pena que lhes é devida pela infração cometida, por exemplo, ao negar o fornecimento de material biológico. Também não é possível que a imposição do Estado seja de tamanha forma a forçar a coleta.

Com o exemplo do ocorrido nas legislações estrangeiras, as normas para utilização do banco de dados deve ser regulamentada para que se torne viável a população como um todo, aquele que ofende, mas tem seus direitos resguardados, e aquele que ocupa lugar de ofendido tem direito a uma resposta judicial.

Não é possível a coleta de perfis genéticos de toda a população brasileira, é completamente inviável, mas por meio de observação da característica comum entre os países que já usam o sistema de banco de dados, é possível a mudança do ordenamento atual, para incluir o fornecimento compulsório de material biológico, quando forem casos de suspeita, com indícios de prova e materialidade, quanto ao cometimento de crimes mais graves, como, por exemplo, o homicídio e estupro, com acesso mais amplo, como forma de cooperação entre os órgãos, sem a necessidade de autorização judicial até mesmo para o simples acesso ao sistema.

2.2.3 Casos concretos de utilização do ADN

Alguns casos no Brasil merecem destaque pelo uso de material biológico como meio de prova. Em novembro de 2000 foi encontrado um cadáver de uma mulher no campus de uma universidade em Fortaleza, com *causa mortis* determinada como estrangulamento, asfixia e traumatismo craniano. O suspeito foi preso, e os peritos concluíram que o local já havia passado por perícia, realizada por outra equipe, que alterou a cena do crime.¹⁵⁰

¹⁴⁸BONACCORSO, Norma Sueli. *Aspectos jurídicos do exame de DNA*. Disponível em: <<http://www.peritocriminal.com.br/juriddna.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

¹⁴⁹BONACCORSO, Norma Sueli. *Aspectos jurídicos do exame de DNA*. Disponível em: <<http://www.peritocriminal.com.br/juriddna.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

¹⁵⁰DALTON, Gustavo de Carvalho. *Análise forense de DNA*. Perícia Federal, Brasília: APCF, ano IV, n. 13, dezembro/2002, p. 14.

Mesmo com essas condições os exames foram realizados e foram coletadas amostras de sangue, e vestígios de pêlos e cabelos. Pela sua análise foi negada a possibilidade de pertencerem ao suspeito que estava sob custódia policial. Também foram enviados a perícia uma calça jeans e um par de tênis que o suspeito usava no dia do crime, e que talvez pudessem auxiliar na sua correta identificação.¹⁵¹

Nas roupas foram encontradas manchas de sangue, contudo as amostras que haviam sido coletadas no local do crime estavam comprometidas pela primeira perícia criminal, devido ao uso de pó utilizado na busca de impressões digitais, o que tornou impossível a realização de um exame comparativo.¹⁵²

Foram então providenciadas amostras de sangue dos pais da vítima e do suspeito, a análise do primeiro resultou em presença de material genético proveniente de pessoa "cujo alelos são compatíveis para ser filho(a) do casal", no caso, a vítima, e no exame para comparação com as manchas encontradas nas roupas do suspeito foi encontrada 99,9996% de probabilidade de pertencerem a vítima. Essa prova material acabou por incriminar o suspeito nas investigações.

Além de demonstrar que o uso de perfis genéticos já rendeu bons resultados para a solução de um crime, também põem em perspectiva o que poderia ser feitos com a utilização dos bancos de dados, como uma forma de colocar em prática o princípio da celeridade, ao mesmo tempo, que proporciona uma resposta rápida a situação da vítima, e inclusive a do acusado.

¹⁵¹ DALTON, Gustavo de Carvalho. *Análise forense de DNA*. Perícia Federal, Brasília: APCF, ano IV, n. 13, dezembro/2002, p. 15.

¹⁵² Idem.

3 APLICABILIDADE DA LEI 12.654 FRENTE AOS PRINCÍPIOS

Ao assegurar que o objeto do direito penal não é taxativo, uma vez que a Constituição Federal e o Código Penal definem princípios que inteiram o direito penal, inserindo limites, como, por exemplo, quando adota o princípio da legalidade¹⁵³ ou proporcionalidade¹⁵⁴ etc., é importante o desenvolvimento no trabalho sobre princípios, um elemento de valor no desenvolvimento do direito, desde daqueles que receitam elementos gerais norteadores das atividades humanas.

O Estado Democrático de Direito cria uma sociedade justa obedece à dignidade humana de forma a não colocar em risco os valores fundamentais da sociedade, e daí nascem os princípios norteadores do Direito Penal¹⁵⁵. Os princípios são uma fonte formal mediata do Direito Penal, assim “quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”¹⁵⁶.

Esses princípios seguem o que já está normatizado e se fundamentam nos argumentos éticos extraídos do material legislativo e buscando a vontade a lei, de forma a conduzi-la pela correta aplicação.

A maior parte dos princípios está explícita na Constituição, enquanto outros decorrem da lógica do arranjo de valores previstos na Constituição, e são garantias individuais que protegem o cidadão contra possíveis reações públicas ou privadas arbitrárias. Como observa Claus Roxin “proteger o bem jurídico duplamente: através do direito penal e ante o direito penal, cujo uso excessivo provoca precisamente as situações que pretende combater”¹⁵⁷.

Conclui Binder:

Neste sentido, quem quiser construir um modelo processual deve responder ao duplo problema da eficiência e da garantia. Portanto, na construção desse modelo aparecerá um ponto de equilíbrio ou perfeição que se converte no ideal de sua construção e que consiste (em termos puramente formais) em uma máxima eficiência na aplicação da coerção pena, embora com respeito absoluto à dignidade humana.¹⁵⁸

¹⁵³ Inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, que diz: *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

¹⁵⁴ Um exemplo de sua aplicação está no art. 68 do Código Penal, que determina o critério trifásico de aplicação da pena, fornecendo ao julgador formas para que seja possível a individualização da pena do agente, aplicando aquela proporcional ao fato cometido.

¹⁵⁵ CAMPOS, Pedro Franco; e BECHARA, Fábio Ramazzini. *Princípios Constitucionais do processo penal – Questões polêmicas e atuais.* O’FUMU. São Paulo, ano 19, n.27, 2005, p. 112.

¹⁵⁶ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais do direito penal.* Lisboa: Veja, 1993, p. 28.

¹⁵⁸ BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.32.

Os princípios, que ao serem estudados de forma a alcançar sua compreensão, são de extrema relevância para a adequada aplicação do direito, pois surgiram dos valores compartilhados pela sociedade e passaram a integrar o ordenamento jurídico, funcionam como um espelho para a ideologia da sociedade, sendo o costume uma de suas principais fontes. De acordo com Mirabete¹⁵⁹ “o costume é uma regra de conduta praticada de modo geral, constante e uniforme, com a consciência de sua obrigatoriedade”; quanto aos princípios gerais do Direito, Bobbio¹⁶⁰ define como “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais normais”.

O princípio não foi instituído para representar diretamente o bem jurídico a ser protegido, mas funciona de maneira eficiente como modo de proteção aqueles bens jurídicos que integram a sociedade com um alto nível de valor (vida, liberdade, integridade física e psíquica, etc.¹⁶¹), no princípio não há valoração positiva em atos de se calar ou omitir um fato, eles apenas ganham essa característica para impedir a ofensa de direitos, quanto a sua definição, Paulo Bonavides “são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.¹⁶²

Depreende do exposto que os princípios são fundamentais para aplicação do direito penal, pois, agem para garantir que sejam aplicados aos dois lados da lide no processo penal tenham seus direitos preservados, conclusão essencial para progredir na fundamentação do tema abordado, quando se confirma o dilema do processo penal: os direitos fundamentais em conflito com a efetividade da coerção penal, sendo que os primeiros devem ser limitados para a maior efetividade da segunda.

Não ocorrem apenas conflitos entre os interesses da sociedade e do acusado, esse conflito origina o problema real, um conflito entre dois ou mais princípios, conforme Canotilho, “considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte do outro titular”.¹⁶³

Assim, sempre que a Constituição proteger dois conflitos dois valores que se contradizem, ocorrerá à colisão. Se verificada essa situação, o intérprete do direito deve utilizar meios para que seja oferecida uma solução, mesmo que se tratem de direitos fundamentais.

¹⁵⁹ MIRABETE, *Júlio Fabbrini, Manual de direito penal – Parte Geral*. São Paulo: 10 ed. Atlas, 1996, p. 47.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011, p.158.

¹⁶¹ Constituição Federal, art. 5, *caput*.

¹⁶² BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: 28 ed. Malheiros, 2013, p. 514.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 643.

Não é possível que seja estabelecida uma hierarquia entre os direitos fundamentais, já que eles não se encaixam em níveis de importância, sacrificando aqueles que são considerados inferiores, pois "a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico".¹⁶⁴ Em vez disso, deve-se estabelecer uma conciliação entre os princípios, dando maior relevância a um, mas sem descartar o outro.

Algumas soluções doutrinárias, mesmo limitadas, são usadas para nortear a aplicação da justiça. Uma delas é o direito irredutível, onde ocorre a transferência de limitações impostas ao direito, pois aquele que é insuscetível de restrição é o primordial à ordem constitucional. Essa solução é criticada por não abranger o conflito entre dois direitos irredutíveis, o que tira a possibilidade de que seja possível uma forma eficaz de solução.¹⁶⁵

Outro meio capaz de solução é o da concordância prática. Quando ocorrer uma colisão entre direitos fundamentais, existiria uma legitimação para intervenção na esfera do direito que não for submetido expressamente a algum tipo de limitação, e o conflito seria resolvido por meio dessa concordância.¹⁶⁶ Estaria restrita então, de forma temporária, a eficácia de um dos direitos em conflito.

Sempre que ocorrer a colisão de princípios constitucionais é necessária a ponderação de interesses, uma vez que o intérprete do direito deve analisar os valores de acordo com o caso em questão, de forma a harmonizá-los, mas resguardando a unidade constitucional, e prevalecendo um princípio que defende um bem maior.¹⁶⁷

Canotilho se posiciona da seguinte maneira: "o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição em sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar".¹⁶⁸

Entretanto a concordância prática não se harmoniza completamente, pois não é possível explicar se as restrições expressas também se aplicam a direitos individuais, passíveis de restrição legal.¹⁶⁹ Também não é delimitado o alcance dessas restrições, se podem ser

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 283.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 284.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 284-285.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 182.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 232.

¹⁶⁹ A limitação de direitos fundamentais é justificada pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos seguintes termos: "Artigo XXIX: 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível; 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido

identificadas pelo legislador ou pela administração do judiciário, assim deve ser usada apenas quando outros meios não forem aptos, de forma a evitar que a esfera de proteção a alguns direitos seja reduzida.¹⁷⁰

Verifica-se, portanto, que a ponderação e a idéia do equilíbrio entre os direitos colidentes é a melhor forma para resolução desses conflitos. Chegamos assim ao princípio da proporcionalidade, que será tratado a seguir, que tem a finalidade de preservar a parte essencial dos direitos, mas exige o sacrifício de um, se adequando a cada caso. Logo, a limitação imposta não pode ser superior ao benefício que se pretende alcançar.¹⁷¹

3.1 Aplicação da legislação nacional frente aos princípios da proporcionalidade e da não auto-incriminação.

Com dois sentidos quanto à forma de acusação e os meios para alcançar a verdade, entre o Estado e os limites, é preciso encontrar proporcionalidade para aplicação, de forma a um não prevalecer sobre outro. O princípio da proporcionalidade tem ligação direta entre os dois fatores citados, pois com o princípio da não auto-incriminação servindo de limite para o Estado é necessário um fator de equilíbrio entre eles. Dessa forma é garantido o propósito do direito penal, pois o Estado não pode punir como bem quiser¹⁷², e do processo penal, que respeita os direitos fundamentais no caminho, ou não, da punição, pois é necessária a investigação para chegar a tal conclusão.

De forma geral “os princípios tem função de assegurar a continuidade e estabilidade da ordem jurídica e de homogeneizar o sistema jurídico”¹⁷³, sendo o princípio da proporcionalidade a forma específica que expõe, através de outros princípios, como chegar a esse fim. Também é conhecido como princípio da proibição do excesso¹⁷⁴, e tem como principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, pois dispõem de critérios para determinar as restrições máximas que podem ser impostas pelo Estado ao cidadão na sua

reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática; 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas”.

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 285.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 183.

¹⁷² JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal – Entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 4.

¹⁷³ CARVALHO, Luis Castanho Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e (em face da) Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 3 ed., p.8

¹⁷⁴ SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.123.

esfera individual, quais sejam, intervenções desnecessárias ou excessivas que sobrecarregam o cidadão mais do que o necessário para a proteção do interesse público.¹⁷⁵

O princípio da proporcionalidade reside em uma posição notória no direito constitucional, como foi dito, na esfera dos direitos fundamentais, de forma a determinar os limites imanescentes de colisão.¹⁷⁶

Como já foi apontado, surgem vários conflitos de interesses quando os bancos de dados genético-criminais são utilizados, dependendo de cada ordenamento jurídico. Daí vem a aplicação do princípio da proporcionalidade, que assume o papel de orientador, intérprete da legislação, conforme a situação.

Para solucionar os conflitos, que ocorrem geralmente entre princípios constitucionais, que ocuparem a mesma hierarquia, é recomendado ao aplicador do direito, atenção ao princípio da proporcionalidade. Assim um dos princípios envolvidos no conflito prevalece, mas o outro é violado num grau mínimo, sem que o seu núcleo seja atingido. Ao aplicar essa ponderação, a intervenção do direito fundamental deve ser justificada, de acordo com a intensidade da violação, quanto maior a intervenção ao princípio, maior as razões para justificá-la.¹⁷⁷

Deve ser aplicada a justa medida, sendo proibido o excesso quando um princípio provocar algum tipo de ineficácia de outro.¹⁷⁸ O princípio da proporcionalidade é considerado uma garantia especial, que ao ser aplicado deve obedecer aos parâmetros de necessidade, forma adequada e justa medida, pois eles garantem a eficácia de vários direitos fundamentais, otimizando aqueles conflitantes a alcançar o fim desejado.¹⁷⁹

O princípio atua como meio de proteção aos direitos fundamentais, como forma de aperfeiçoar-los para situações fáticas e jurídicas, ao autorizar limitações razoáveis, após uma ponderação de valores, adotando as seguintes etapas.

¹⁷⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.35.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 397.

¹⁷⁷ NASCIMENTO, Marina Carvalho Brasil. *Colisão de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade*. 2003. 107 p. Monografia. (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 64-65.

¹⁷⁸ NASCIMENTO, Marina Carvalho Brasil. *Colisão de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade*. 2003. 107 p. Monografia. (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, p. 52.

¹⁷⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 93-94.

Inicialmente é preciso comparar o peso que a Constituição atribui aos direitos em conflito de forma genérica, sem discutir o caso. Na circunstância em discussão temos o princípio da não auto-incriminação em conflito com a segurança pública.¹⁸⁰

A seguir, deve ser confrontado o peso dos princípios ante a Constituição no caso concreto. Assim, temos uma colisão entre o bem jurídico penal e o direito a intimidade, entre a liberdade e a segurança do processo.¹⁸¹

Já em posse do peso genérico e específico dos direitos em conflito, a última etapa é estabelecer qual valor é preponderante naquela situação, e qual o grau de restrição necessário ao direito não preponderante, utilizando os princípios da proporcionalidade, da adequação e da necessidade.¹⁸²

Não haverá desrespeito ao princípio da não auto-incriminação se forem observadas as diretrizes básicas do princípio da proporcionalidade, já que serão asseguradas as liberdades civis. Deve-se lembrar que a delinquência não tem limites, e devem ser utilizados os meios possíveis para evitá-la, e diminuí-la, algo que pode ser alcançado por meio do uso dos bancos de dados de perfis genéticos.¹⁸³

3.2 Análise crítica quanto à implementação do sistema

Os bancos de dados de perfis genéticos para identificação criminal e a análise de vestígios obtidos nas cenas dos crimes chamam atenção por contribuírem para a compreensão dos fatos da forma mais justa, tendo com consequência a redução criminal.

A implementação do sistema no ordenamento brasileiro resultou em mudanças significativas para a legislação criminal. Seu principal ponto são os conflitos de interesses que tratam da preservação da privacidade do acusado, em seu direito de não produzir provas contra si mesmo, e da proteção da sociedade contra a criminalidade.

Foram tomados os cuidados necessários a implantação do sistema, por exemplo, a retenção das amostras no sistema, que foi feita para preservar a identidade das pessoas, tendo acesso apenas as autoridades determinadas. Porém a proteção poder ser considerada excessiva quando foi estabelecida a necessidade de autorização judicial para que as autoridades policiais envolvidas em uma investigação tenham acesso ao banco de dados, limitando a praticidade do

¹⁸⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 20

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ GUILLÉN, Margarita. *Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation*. *Journal of Medical Ethics*, v. 26, p. 266-271, 2000, p. 271.

sistema que, em outros países, ocorre de forma mais automática, ainda garantindo a privacidade do acusado.

Como foi dito no primeiro capítulo, o direito acompanha a sociedade em seus valores, toda a evolução do direito penal é baseada na importância que a sociedade dá a determinada virtude. Foi constatado que, nos países que implantaram o sistema, de acordo com os seus resultados, o ordenamento que o regulamenta mudou, passando ao uma maior abrangência, de acordo com a aceitação da sociedade, que sentiu em seu meio as mudanças. Assim é fundamental aumentar o entendimento dos cidadãos, para que adquiram confiança no funcionamento do sistema, mostrando que as diretrizes de segurança são observadas para evitar o uso indevido das informações armazenadas.

Também deve ser esclarecido que as garantias do acusado são observadas, não se trata de um procedimento obrigatório de forma a desrespeitar o direito à intimidade da pessoa, pois os métodos usados para a coleta de material não são de forma alguma degradantes ao indivíduo. Ao fazer a pesagem explanada no tópico anterior, de bens jurídicos protegidos, é possível verificar que a coleta de material biológico não pode ser considerada apenas como meio de auto-incriminação do indivíduo, visto que também pode ser o caminho para provas sua inocência, como meio de celeridade ao processo. Ao mesmo tempo garante o interesse da sociedade, o que resulta na garantia de segurança jurídica para todos os envolvidos.

No exame usado para tipagem do ADN há mínima, se não nenhuma, violação a integridade física a pessoa, e a redução de privacidade consequente não é um empecilho, pois as medidas de segurança utilizadas acabam por garanti-la novamente .

Com esse novo meio de identificação criminal, são economizados tempo e dinheiro na persecução criminal, pois as investigações são melhor direcionadas, evitando averiguações desnecessárias. Alcança inclusive crimes que foram arquivados, auxiliando tanto na absolvição como na condenação, conforme os casos concretos anteriormente narrados.

Há uma padronização nos procedimentos de segurança, de forma a evitar que injustiças possam ser cometidas, mas é possível constatar o mesmo garantismo exacerbado, presente em nossa Constituição, na legislação reguladora do banco de dados de perfis genéticos. Tal como foi apresentado no tópico acerca da Lei 12.654, esse ordenamento acaba por podar várias das características que fazem dos bancos de dados tão eficientes, mas isso se dá aos costumes da própria sociedade.

A economia processual vinda da utilização dos bancos de dados de perfis genético chega até a última palavra no processo, que aceita ou não as provas apresentadas, pois mesmo que nem em todas as ocasiões com os bancos de dados, as provas não vão ser absolutas, mas

em certas ocasiões podem ser irrefutáveis, condicionando o papel do magistrado às perícias realizadas. Aqui a verdade real é uma averiguação científica, a prova científica não é verdade indiscutível como regra, mas tem suas exceções.

No quesito de obtenção de perfis genéticos, para coleta de material biológico apenas dos envolvidos em crimes hediondos, é a melhor forma de aplicação para o início da implantação do sistema, sendo que esse é passível de evolução. Contudo, parte de sua utilidade é desperdiçada quando falamos no tempo em que o perfil genético fica armazenado no banco de dados, que como já foi esclarecido, é apenas durante o tempo de prescrição do delito, se tornando improdutivo caso o delituoso venha a reincidir na conduta criminosa, o que acontece, por exemplo, na grande maioria de crimes sexuais, como foi demonstrado anteriormente.

Como consequência, mesmo que o indivíduo tivesse o perfil genético armazenado, após a prescrição do delito ele seria apagado do sistema, e se aquela pessoa voltasse a cometer um crime, o caso sob investigação não teria resultados satisfatórios, principalmente nos casos em que não houver suspeitos, visto que o banco de dados sofreu um desfalque e não tem mais como comparar o perfil genético.

São muitas as dificuldades quanto à aplicação dessa técnica, e muitas das limitações impostas em nosso ordenamento, vem do receio de atingir direitos fundamentais, como o da não auto-incriminação, mas tudo tem possibilidade de progresso. O surgimento de novos recursos desenvolvidos pela genética pede ações para uma melhor forma de regulamentação dessa nova tecnologia, para que seja possível sua administração pela justiça da melhor maneira possível.

No texto constitucional, é assegurado o direito à inviolabilidade do corpo ao indivíduo, assim o acusado não pode ser obrigado a permitir a coleta de material genético por meio de agulha em seu corpo, contudo essa não é a forma usada para a coleta do material, que atualmente é um procedimento completamente não invasivo.

Na Constituição Federal existe a prerrogativa do direito ao silêncio, disposta no art. 5º "o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado". Esse direito é corroborado pelo apresentado na Convenção Americana Sobre direitos Humanos, na qual o Brasil é signatário, que traz em seu texto, art. 8º, inciso segundo, que toda pessoa tem direito de não ser obrigado a se declarar culpada ou depor contra si mesma.

Porém a recusa de confissão ou de depoimento deve ser comparada com a recusa de um indivíduo de submeter seu perfil genético para cadastramento? O indivíduo deve ser protegido contra as ameaças a sua integridade física, mas não é o caso em questão, onde essa

não se encontra ameaçada. Por isso ninguém deve ser obrigado a produzir prova contra si mesma, mas a análise científica não merece o mesmo tratamento, pois, como o entendimento adotado pelos países signatários da convenção, a prova contra si mesmo se dá nos casos de testemunho ou declaração de culpa, ou seja, testemunhos de natureza comunicativa, que não compreende a produção de prova pericial.

Pelo exposto essa norma infraconstitucional está em concordância com a Constituição, e não contraria as exigências impostas pela própria, nem as garantias fundamentais resguardadas.

CONCLUSÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar a aplicação da Lei nº 12.654, diante o princípio *nemo tenetur se detegere*, especialmente quanto a criação de banco de dados genético e o conflito de interesses existente entre o acusado, a sociedade e o Estado. Esse objetivo se mostrou importante porque, com o emprego dos bancos de dados no Brasil, surgem questões a serem esclarecidas, como por exemplo, o conflito de interesses entre o acusado e seu direito de não produzir provas contra si mesmo, resguardado pelo princípio da não auto-incriminação, e o interesse da sociedade em ter uma resposta para aquela ação criminosa.

Após a Lei nº 12.654 o Brasil passou a contar, já tardiamente, com um banco de dados de perfis genéticos nacional para identificação criminal, com o objetivo de auxiliar nas investigações sobre crimes hediondos. O sistema CODIS (*Combined DNA Index System*) é usado por mais de trinta países, e trabalha por meio de um processo de abastecimento de perfis genéticos coletados de indivíduos que praticaram crimes hediondos e que serão comparados com vestígios genéticos encontrados na situação do crime, como sangue, sêmen, cabelo, etc. Essa determinação de identidade genética se tornou uma ferramenta indispensável para a investigação criminal nos crimes que deixam vestígios biológicos.

Com isso no primeiro capítulo, abordou-se as visões a respeito das funções do direito penal, cada uma delas com um objetivo próprio. No abolicionismo é posta a idéia de autonomia de resolução de conflitos por meio dos indivíduos, apresentando uma proposta de que o direito penal não tem condições de resolver os conflitos de forma satisfatória, contribuindo de forma negativa para a sociedade. No garantismo são indicados axiomas garantistas, que asseguram um procedimento justo ao acusado e ao ofendido, e propõem o nivelamento da balança entre o positivismo, em sua forma tradicional formalista que não responde a demanda necessária para produção jurídica extra-estatal, e o sociologismo exacerbado que não apresenta soluções satisfatórias para os problemas colocados quando se tem como prioridade o privilégio social.

O movimento Lei e Ordem têm um objetivo claro de punir o ofensor e garantir justiça a vítima, contudo foi executado de forma equivocada e perdeu razão ao tentar alcançar sua finalidade de todas as formas. Apesar de primar pela segurança da coletividade, na sua execução não zelou pela segurança das liberdades individuais e das garantias que devem ser observadas na condução da persecução penal.

Além disso, no processo penal foram apreciados os limites na busca pela verdade real, que não pode ser obtida por quaisquer meios, sendo necessário respeitar os limites impostos na sua busca. Dentre os limites fixados na busca da verdade real estão os princípios, como o da não auto-incriminação, que garante ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo, aplicado principalmente quando se fala no direito ao silêncio.

Antes o princípio da não auto-incriminação se concentrava exclusivamente no direito ao silêncio, agora com os bancos de dados de perfis genéticos ele se encontra em uma nova situação para sua aplicação.

Visto isso, avaliou-se mais precisamente os objetivos do princípio da não auto-incriminação. Com o advento da Lei 12.654 se origina o receio de que, com o acusado compelido a doar material biológico para inserção de perfil genético no banco de dados nacional, restaria desconsiderado o princípio da não auto-incriminação, pois o acusado estaria gerando provas que possivelmente seriam usadas contra ele, aqui se trata do direito da voluntariedade do réu, que decide ou não se vai colaborar.

O *nemo tenetur se detegere* é exercido para proteger o acusado de ser usado como meio de prova. Contudo o princípio passou por uma evolução, passando de uma proteção excessiva, a situação atual que, diante das novas tecnologias, é aplicado de forma proporcional, observando as garantias das partes envolvidas.

No capítulo seguinte, indicou-se o modelo internacional com vista a efetuar uma contextualização da lei brasileira. Foram apresentadas as formas de aplicação dos sistemas de bancos de dados em diferentes ordenamentos. Apesar de a identificação por perfis genéticos ser utilizada no Brasil por pouco tempo, a sua eficiência é comprovada nos países que já fazem uso dessa tecnologia, a partir de resultados na maior solução de crimes e diminuição na criminalidade. Naqueles países, onde o banco de dados já é regulamentado, a sociedade aceitou a mudança de seus ordenamentos, as primeiras legislações feitas sobre o assunto, para dar maior abrangência à lei. Além dos casos narrados ao longo do trabalho, outras situações foram beneficiadas pelo uso da identificação criminal por meio de perfis genéticos.

De modo geral, como visto tanto no primeiro caso das meninas Lynda Mann e Dawn Ashworth, que provou a eficiência do sistema de comparação, ou de Robert Clark, que foi inocentado, após passar vinte anos preso, o sistema se mostrou eficaz para comprovar a culpabilidade de um suspeito, ou para inocentar aquele que foi acusado, proporcionando celeridade processual no primeiro, e regularizando situações equivocadas.

O ordenamento brasileiro prevê alguns procedimentos que reduzem a possibilidade de resultados maiores, por exemplo, ao determinar a exclusão do perfil genético do indivíduo

cujo crime prescreveu, causando dano ao banco de dados de comparação. E também quanto ao cesso ao banco de dados, que vai ser administrado por autoridade policial, mas seu acesso deve ser por meio de autorização judicial, o que mantém a burocratização do processo penal, e retira a praticidade do sistema.

O último capítulo discorreu sobre as principais problemáticas em torno da Lei nº 12.654, suas vantagens e desvantagens, bem como as possíveis soluções para o conflito de interesses formado pela aplicação de seu ordenado.

Percebe-se que houve restrições ao texto da lei pela característica garantista presente nos ordenamentos brasileiros, como a retirada do perfil genético do indivíduo após a prescrição do delito. É estabelecido de um lado o interesse do acusado e do outro o do Estado e da sociedade em apurar a autoria de um crime.

A realização de exames de ADN é atualmente um procedimento corriqueiro nas instituições estrangeiras ligadas a área forense. Apesar de em nosso país a utilização de banco de dados de perfis genéticos ainda levantar dúvidas na sociedade, devido a potenciais ameaças a ambos o direitos da não auto-incriminação e dos interesses da sociedade na persecução penal, a ponderação sobre esses interesses conflitantes é feita com a aplicação do princípio da proporcionalidade, que se faz necessária para a aplicação coerente dos direitos.

Com o princípio da proporcionalidade é possível verificar que, quando se afere o peso do critério mais apropriado para implementar o sistema de banco de dados, observa-se que, analisando os prós e contras da supressão parcial de um dos direitos fundamentais, o princípio da não auto-incriminação não se sobrepõe aos interesses da sociedade quanto da utilização dos banco de dados de perfis genéticos.

Contudo, também não é suprimido, pois não há ofensa na disposição da Lei nº 12.654, já que ao doar material genético o indivíduo não está se auto-incriminando, e mesmo que o material confirme aquela pessoa como autora do delito, não são ofendidos a sua dignidade humana nem a inviolabilidade de seu corpo, garantias que acompanham o *nemo tenetur se detegere*. Vale lembrar também da natureza comunicativa a qual se refere a Constituição, o que não inclui a prova pericial.

Apenas pelo fato de já ter sido estabelecida uma legislação regulamentando o assunto, e apesar de suas características garantistas acabarem por limitar a eficácia dos bancos de dados de identificação criminal, não se trata do detrimento do *nemo tenetur se detegere* em benefício da sociedade, pois as garantias fundamentais do acusado são preservadas. Fato é que a aplicação do princípio da proporcionalidade difere conforme a sociedade, suas questões éticas e legais, que definem a aceitação de sobreposição de um determinado princípio a outro.

Assim cada uma decide qual sistema é mais apropriado para aquele determinado momento, como tentativa de redução de criminalidade e solução de crimes.

A Lei nº 12.654 obedece às garantias determinada pela CF, e com a aplicação do princípio da proporcionalidade consegue se adaptar a garantia de não auto-incriminação do acusado ante ao interesse social. Apesar dos problemas apresentado na regulamentação da lei, já é um passo significativo para a persecução criminal no Brasil, e diante da grande possibilidade de evolução, é plausível acreditar que a abrangência da lei nacional pode se estender, a exemplo do ocorrido em outros países. Assim, ao final, pode-se concluir que a lei é constitucional, pois não implica ofensa ao princípio e se mostrou um avanço razoável na persecução penal.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARROS, Marco Antônio. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: 3 ed. Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BRITO, FABRETTI E LIMA. Alex Couto de, Humberto Barrinuevo e Marco Antônio Ferreira. *Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2011.
- Boddy Liberties. Disponível em <<http://www.winthropsociety.com/liberties.php>>. Acesso em 18 de set 2013.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: 28 ed. Malheiros, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAMPOS e BECHARA, Pedro Franco e Fábio Ramazzini. *Princípios Constitucionais do processo penal – Questões polemicas e atuais*. UmFUMU. São Paulo, ano 19, n.27, 2005.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- _____. *Processo Penal e (em face da) Constituição – Princípios Constitucionais do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 3 ed.
- Constituição Americana. Disponível em <www.usconstitution.net>. Acesso em 19 mai 2013.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 19 mai 2013.

COSTA E RODRIGUÊS, Renata Almeida e Verônica. *Lei e ordem e o direito penal do inimigo: mais do mesmo*. Novatio Iuris, Ano I, nº 01, junho. Porto Alegre: Esade, 2008.

COSTA, Susana. *A identificação em laboratório: a identificação de perfis genéticos de ADN. Entre a harmonização transacional e a apropriação local*. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTINHO E CARVALHO. J.N. Miranda e Edward Rocha de. *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?* Boletim IBCCrim, São Paulo, nº 131, v. 11, out. 2003.

Declaração de Direitos Humanos. Disponível em <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 21 de julho de 2013.>

DIAS e ANDRADE, Jorege Figueredo e Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: 2 Ed. Revista do Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir, Nascimento da Prisão*. (Trad.) Raquel Ramalhete. 25 Ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GUILLÉN, Margarita. *Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation*. *Journal of Medical Ethics*, v. 26, p. 266-271, 2000.

GIULIANI, Rudolph. *O líder: a autobiografia do mais famoso prefeito de Nova York*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: 11 Ed. Impetus, 2009, v. 1.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milão: La Giuffrè, 1972.

Habeas Corpus disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 19 mai 2013.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. São Paulo: 2005.

HELMHOLZ, R. H. *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press. 1997, p. 179. Disponível em <www.books.google.com.br>. Acesso no dia 19 mai 2013.

HENRIQUE E BADARÓ, Gustavo e Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline B. de. *Penas perdidas. O sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: 2 Ed. Luam, 1997.

JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal – Entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, v.1.

LOPES, Aury Jr. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: 7 Ed. Lumen Juris, 2011, v. 1.

_____. *Direito Processo Penal*. São Paulo: 9 ed. Saraiva, 2012, p.122.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Verdade formal versus verdade material*. São Paulo: Revista dos Tribunais – Ano 97 – Setembro de 2008 – Vol. 875.

MARQUES, Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: 2 ed. Bookseller, 1997, v. 4.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRABETTE e FABBRINI. Julio e Renato N. *Manual de direito penal - Parte Geral Arts. 1 a 120 do CP*. São Paulo:28 ed. Atlas S.A., 2012,.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 16º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de direito penal – Parte Geral*. São Paulo: 10 ed. Atlas, 1996.

MIRANDA versus ARIZONA. Disponível em <<http://www.uscourts.gov>>. Acesso em 19 mai 2013.

NASCIMENTO, Marina Carvalho Brasil. *Colisão de direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade*. 2003. 107 p. Monografia. (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília.

NETO, João Baptista Nogueira. *A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica*. Disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/1884/729/1/jo%C3%A3o%20batista_final.pdf> Acesso em 20 nov 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. *Para além do bem e do mal*, trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: 15 ed. Atlas, 1978. v. 1.

Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Art. 14, n. 3, g. Disponível em <www.portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em 19 mai 2013.

PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal - a atualidade do abolicionismo penal*. São Paulo: Revan, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: 2 Ed. Revista dos Tribunais, 2002, v. 1.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro, 5 Ed. Saraiva, 2009.

ROSA, Miranda, *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais do direito penal*. Lisboa: Veja, 1993.

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. Revista do Ministério Público, nº 49. Porto Alegre: Metrópole, 2003.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18 Ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução, André Tales. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*; tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: 5 Ed. Revan, 2001.

ANEXO A



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012.

Vigência

Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“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.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

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

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

Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

“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.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

Brasília, 28 de maio de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Luiz Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.5.2012