www.conteudojuridico.com.br

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

ISIS TAINÁ ORNELAS DE ARAÚJO

A POSSIBILIDADE DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DE FORNECIMENTO DE MATERIAL GENÉTICO DE FORMA COMPULSÓRIA PARA FINS DE INVETIGAÇÃO CRIMINAL

Brasília/DF
2017

www.conteudojuridico.com.br

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO

ISIS TAINÁ ORNELAS DE ARAÚJO
CPD: 021772

A POSSIBILIDADE DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DE FORNECIMENTO DE MATERIAL GENÉTICO DE FORMA COMPULSÓRIA PARA FINS DE INVETIGAÇÃO CRIMINAL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário UNIEURO, **ORIENTADOR**: Professor Mestre **Heitor Vinícius Bento Pessoa**.

Brasília/DF
2017

www.conteudojuridico.com.br

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus,
por ser essencial em minha vida, e a minha
mãe Geovana, minha base.

www.conteudojuridico.com.br

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e por ter me proporcionado chegar até aqui.

À minha família pela paciência e dedicação, em especial minha mãe por ser a grande responsável ela minha formação pessoal.

À meu marido Eduardo pelo incentivo e apoio.

Ao meu pai Francisco e meus irmãos Luiz Fellipe e Carlos Eduardo que sempre acreditaram em minha capacidade.

Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao Prof. Heitor Vinicius, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

www.conteudojuridico.com.br

“A ciência deve servir à lei.
A aplicação da lei não deve conduzir a ciência”.

Harray T. Edwards

www.conteudojuridico.com.br

RESUMO

A presente monografia tem com foco principal analisar a lei 12.654/2012, publicada em 29 de maio de 2012, que altera outras duas leis, sendo elas a Lei 12.037/2009, denominada como Lei de Identificação Criminal e a Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal. A pesquisa analisa as questões técnicas, éticas e jurídicas relacionada ao uso de dados genéticos no direito processual brasileiro de forma que as regulamentações técnicas legais não causem um desequilíbrio entre as garantias e direitos individuais e os interesses coletivos relacionados à segurança pública. A Lei ora analisada trouxe para o direito processual brasileiro a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético como forma de identificação criminal, instituindo assim o banco nacional de perfis genéticos. Essa por sua vez é uma técnica moderna de identificação e é utilizada em vários países. O estudo feito em torno do assunto aborda a obrigatoriedade do fornecimento de material biológico de forma compulsória para fins de identificação criminal. Os resultados desta pesquisa sugerem que, os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto diante os interesses coletivos, e a criação do banco de dados criminais é viável nos limites e nos moldes que a lei prevê.

Palavras-chave: Material biológico. Coleta. Identificação Criminal. Banco de dados. Perfil genético.

www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....01
1 ASPECTOS DA IDENTIFICAÇÃO HUMANA.....04
1.1 IDENTIFICAÇÃO: ORIGEM E EVOLUÇÃO.....05
1.2 PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL.....09
2 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.....13
2.1 SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL.....14
2.2 SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PAÍSES.....14
2.3 PROCEDIMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO E DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.....16
2.4 MEDIDA DE INTERVENÇÃO CORPORAL.....17
2.5 AFETAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....18
3 BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO.....23
3.1 CLASSIFICAÇÃO.....23
3.2 FUNCIONAMENTO.....25
3.3 ADMINISTRAÇÃO.....26
4 ANALISE DA PROBLEMÁTICA.....27
4.1 DIREITOS CONSTITUCIONAIS A LUZ DO FORNECIMENTO COMPULSÓRIO DE MATERIAL GENÉTICO.....29
4.2 JURISPRUDÊNCIA.....32
CONCLUSÃO.....37
REFERÊNCIAS.....39

INTRODUÇÃO

A investigação criminal no Brasil vem sendo instituída desde 2002 pelo Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Segurança Pública, com objetivo de esclarecer crimes e minimizar o ciclo da criminalidade. Em 2012 foi implementado o banco de dados de perfil genético pela Lei n° 12.654 de 28 de maio de 2012.

A identificação humana é imprescindível desde a fase investigativa até a fase jurisdicional. É um requisito básico na investigação, e um dos elementos essenciais, conforme prever no artigo 41 do CPP (denuncia ou queixa) ou artigo 381, I, do CPP (sentença).

A análise constitucional da Lei n° 12.654/12, que traz importantes inovações para a matéria processual penal do direito brasileiro. A referida lei altera artigos das leis n° 12.037/2009, Lei de identificação Criminal e Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal.

A monografia tem a seguinte problemática: É possível a coleta de material genético de forma compulsória para fins de identificação criminal?

De fato é possível o fornecimento de material genético de forma compulsória para fins de identificação criminal nos termos da lei, ainda que viole vários direitos e garantias constitucionais, no entanto tal procedimento poderá ser solicitado pelo juiz sempre que julgar necessário, pautado no interesse social.

O trabalho é fruto de realização de pesquisa doutrinaria, jurisprudencial e legislativa. Foram pesquisados, acórdãos e decisões monocráticas disponíveis nos sites dos Tribunais, dando uma ênfase as decisões dos Tribunais Superiores, analisando a pratica e a teoria, acerca do problema proposto. A jurisprudência aqui exposta servirá de fonte para a realização do presente trabalho.

Ademais, a metodologia adotada foi bibliográfica, de forma mista, extraindo dados de estudo feito na sociedade e em casos específicos.

Este tema tem como objetivo visa analisar as variáveis formas e métodos de identificação humana. E o objetivo especifico é analisar as correntes doutrinarias a qual defendem ou não o fornecimento de material biológico de forma compulsória para identificação criminal.

Cumpre ressaltar que diante de tantos métodos de identificação, deve sempre observa a integridade física da pessoa humana, e os direitos e garantias fundamentais as quais são afetados pela identificação genética.

Vale salientar que o objetivo principal é verificar a legalidade do fornecimento de material biológico para fins de identificação criminal ao passo que tal procedimento seja realizado de forma menos invasiva.

Os exames genéticos que abasteceram os bancos de dados, são para fins de aplicação no âmbito civil, quanto criminal. Porém, é no âmbito criminal que vem sendo frequentemente discutido tal técnica de identificação.

O direito a não autoincriminação, será analisado no decorrer deste trabalho, uma vez que possui diversas opiniões a respeito. A principal delas é o direito ao silencio, consagrada na Constituição federal e no Pacto internacional de São Jose da Costa Rica.

Ademais existe ainda outras manifestações, como o direito de não declarar contra si mesmo e o direito de não ceder seu corpo contra sua vontade para realização de perícias, entre outras.

Não resta dúvidas que as medidas de intervenção corporal submetem as pessoas a ferir um direito fundamental, que todos tem de não produzir provas contra si mesmo, a qual é elemento indispensável, amparado pela Constituição Federal.

Desta forma, o primeiro capitulo, analisa-se os aspectos da identificação humana, sua origem e evolução histórica, apontando os dispositivos legais em nosso ordenamento jurídico.

Depois, passo para a identificação criminal e os direitos fundamentais as quais se relaciona, ou seja, a garantia jurídico-constitucional que visa à proteção da pessoa humana. Uma análise crítica da lei que prever a identificação criminal, para utilização do processo penal, sobretudo na fase investigativa e as medidas de intervenção corporal e sua afetação aos direitos fundamentais.

No terceiro capitulo, uma análise no âmbito da investigação criminal e o regime jurídico dos bancos de dados, sua classificação, funcionamento e administração.

Já no quarto capitulo, faz-se uma análise da problemática e os direitos constitucionais a luz do fornecimento compulsório do material genético, apresentando jurisprudência neste sentido.

Cumpre ressaltar, que o fornecimento de material genético para fins de investigação criminal trazida pela lei acaba criando conflito entre os interesses públicos e as garantias individuais.

O trabalho é fruto de realização de pesquisa doutrinaria, jurisprudencial e legislativa. Serão pesquisados, acórdãos e decisões monocráticas disponíveis nos sites dos Tribunais, dando uma ênfase as decisões dos Tribunais Superiores, analisando a pratica e a teoria, acerca do problema proposto. A jurisprudência aqui exposta servirá de fonte para a realização do presente trabalho.

Para concluir, esta pesquisa foi de suma importância para mim, no sentido de que o exame de DNA não pode isoladamente configurar prova de inocência, nem sozinho será um prova de culpabilidade, sendo apenas uma inovação benéfica para os inocentes ou uma forma de descobrir o verdadeiro autor do delito, por isso tal técnica deve ser implementada. Apesar de o fornecimento de material genético para fins de investigação ser uma forma invasiva, se faz importante para a sociedade e para a ciência ao passo que junta com as demais provas do processo podendo auxiliar na análise da autoria do crime.

Ante o exposto, estabelecidos os pontos do tema que será analisado, passar-se-á, a seguir, ao desenvolvimento do memo.

1- ASPECTOS DA IDENTIFICAÇÃO HUMANA

É de conhecimento geral que a vida em sociedade, exige que todos saibam quem somos e as pessoas as quais nos relacionamos ao longo da vida. Em outras palavras, a pessoa humana enquanto integrante de um grupo social, tem a necessidade de ser reconhecida individualmente, por aquilo que é e que faz.

Com tudo, apenas a identificação humana não se faz satisfatória, uma vez que não apresenta quais são as características da pessoa. Segundo Adriano De Cupis, o bem que satisfaz essa necessidade é a da identidade, que "consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais". (SILVA, 2014, p. 31)

As relações sociais, trabalhista, comerciais, contratuais ou em qualquer outra relação é necessário que sejam realizadas com o máximo de segurança, para isso o Estado mantém um completo banco de dados civil dos cidadãos, localizado nos Institutos de Identificação.

Em verdade a identificação oficial tem por finalidade emprestar credibilidade e confiança acerca da pessoa com quem se está se relacionando, de modo que a identificação civil representa uma fonte estatal, com uma presunção de legitimidade e segurança, sobre a identidade de cada indivíduo.

Qual quer pessoa pode requerer seu registro civil, trata-se de um direito fundamental do cidadão, sendo uma forma de identificar individualmente cada pessoa. Ademais, aquele que cometer qualquer delito e não porta ou não tiver sua identificação civil, este por sua vez deverá ser identificado criminalmente.

É necessário a diferenciação entre as pessoas para que estabeleça uma identidade, determinando características próprias para sua individualização, ou seja, torna-la única em relação as demais.

A identidade é a soma de características que individualizam uma pessoa, distinguindo-a das demais, enquanto o emprego de meio adequados para determinar a identidade ou não identidade das pessoas é o processo de identificação. Todas as pessoas de alguma forma já foram identificadas, desde o seu nascimento.

A identidade pessoal pode ser analisada por três grupos de problemas, conforme cita Emilio de Oliveira.

> A personalidade, a unidade de pessoa e a personalidade, defendendo que é por meio dessas temáticas que se extrai a condição do ser humana enquanto agente racional "capaz de estados epistêmicos de consciência e capaz de assumir-se como sujeito e autor de posicionamentos avaliativo-normativos com relação às ações próprias e alheias". (SILVA, 2014, p. 10)

Através de um critério convencional adequado, é possível analisar para quais finalidades pretende utilizar a noção de identidade. Destaca-se que a criação de critério convencional afim de aferir a identidade humana é de suma importância para o Estado.

> Nota-se que, ao lado do interesse pessoal de afirmar a própria identidade, está o interesse social de individualizar, diferenciar e identificar os componentes de uma sociedade, de modo que há quem defenda que a identificação constitua dever do Estado. (SOBRINHO, 2003, p.82)

A identificação civil é a mais frequente em nosso cotidiano, como a certidão de nascimento, carteira de identidade, são identificações obrigatórias no Brasil.

Em que pese a identificação civil é primordial para o Estado, uma vez, que é detentor de uma banco de dados com maior número de informações e característica possíveis de cada cidadão, garantindo segurança nas relações entre se e que mantem com o Estado.

No Brasil a base cientifica entre a identificação civil e a criminal é a mesma, no entanto com finalidades diferentes. As duas trabalham conjuntamente, podendo, tecnicamente, ter um sistema de arquivamento em uma mesma base, distinguidas apenas por tipo civil e tipo criminal, tal separação serve para facilitar as pesquisas feitas pelos peritos para identificação. (CORRÊA, 2004, p.05)

Por fim, o Estado consegui obter mais informações e fatos ligados a cada pessoa por meio da identificação cível, uma vez que é espedido individualmente para cada cidadão.

Por esse motivo os dois sistema de identificação são interligados, facilitando assim os trabalhos realizados pelos peritos em identificação.

1.1 – IDENTIFICAÇÃO: ORIGEM E EVOLUÇÃO

Estabelecer a identidade de uma pessoa desde os tempos primitivos é uma preocupação humana, pois é uma frequente necessidade da vida social. Os processos de identificação experimentaram evolução conforme desenvolveram-se os meios de registros e manutenção das informações.

Quando há uma necessidade especifica de imputarmos uma responsabilidade a alguém, é importante traçar um paralelo entre “identificação” e “reconhecimento”. Em sentido estrito para o termo “identificação”, é preciso que fique claro que ele levará a obrigação de estabelecermos uma identidade inequívoca, enquanto que o “reconhecimento” nos traz a ideia de comparação, sem o pressuposto da punição no caso de uma ambiguidade. Sendo assim não basta que as coisas sejam parecidas ou semelhantes, é obrigatório que sejam unívoca entre os elemento em questão.

Sempre foi uma preocupação para o Estado, ter uma fonte confiável de dados, além de identificação dos cidadãos, identificar e manter registros daqueles que foram autores de atos ilícitos, havendo registros de práticas de mutilações para tornar possível à todos sabre que o indivíduo era autor de delitos.

Um dos métodos mais antigos de identificação é o nome. Utilizado pelo homem para reconhecer a pessoa a quem se refere e as coisas. Além do mais, é o termo que identifica uma pessoa na vida em sociedade, bem como o indivíduo adquire bens, tira documentos e exerce seu papel na sociedade, constituindo um direito de personalidade. (SILVA, 2014, p. 31)

Por consequência, existem pessoas com o mesmo nome, mesma idade e característica semelhantes, daí a necessidade de associar a outras característica físicas do indivíduo, não bastando apenas a soma desses dois caracteres, a qual são a base de todos os documentos de identidade.

De outro modo, surgiu o emprego do ferrete, de mutilações e tatuagens como forma de identificação. O código de Manu, na Índia, determinava que as pessoas as quais praticavam atos ilícitos fossem marcadas por meio de ferro, de forma que o símbolo marcado representava o crime cometido, era um instrumento de ferro aquecido. Ainda no século XVIII, o Código de Hamurabi, previa a identificação por meio de amputação de partes do corpo como mão de ladrão e língua de caluniadores. (SILVA, 2014, p. 32)

A tatuagem, a qual é um forma de introdução de uma substancia corante de pele por meio de agulhas, foi proposta como meio de identificação feita pelo filosofo inglês Jeremy Bentham, que toda a pessoa, logo ao nascer, fosse tatuada o nome no próprio braço, na parte interna do antebraço direito para identificar civilmente uma pessoa e números para a identificação criminal. (ARAÚJO; PASQUALI, 2006, p. 5)

O uso da tatuagem para fins de identificação, tanto cível como criminal, não obteve aprovação social pela inconveniência de sua aplicação, por ser doloroso, e estar sujeito a infecções cutâneas e ser de fácil alteração, uma vez que, já existem processos cirúrgicos que possibilitam o desaparecimento. (ARAÚJO; PASQUALI, 2006, p. 05)

Cumpre ressaltar, que tais métodos, eram visivelmente perceptíveis pela sociedade uma vez que qualquer um poderia identificar criminosos, deste modo, percebe que havia mais um caráter punitivo da pena que a finalidade tão somente de identificação.

Logo surgiu a fotografia, em se tratando de uma descoberta recente, não havendo ainda uma forma objetiva de classificar a fisionomia humana que possibilitasse sua busca independente de qualquer outro dado, a fotografia é utilizada até nos dia atuais, de maneira que auxilie em vários procedimentos identificativos, pois sempre acompanha a informação sobre qualquer delito, seja ilustrando o criminoso ou a cena do crime. (ARAÚJO; PASQUALI, 2006, p. 06)

Por consequência, analisando os métodos apresentado até aqui, a fotografia pode ser usada tanto para a identificação criminal quanto para cível, que forma que não é invasiva a integridade física da pessoa. Os demais, métodos haviam aplicação de crueldade, por esse motivo foram sendo substituídos por métodos que adotam forma cientifica, trazendo mais seguridade nas informações e principalmente visando respeitar a dignidade humana.

Ademias, o primeiro procedimento cientifico de identificação, chamado de antropometria, é um sistema baseado nas medidas do corpo humano, como medir o diâmetro máximo e mínimo da orelha, do crânio, os dentes, os olhos, mãos, pés, assim como outros partes do corpo. (ARAÚJO; PASQUALI, 2006, p. 14)

Houve ainda identificação por arcada dentária, o método defendia que o estudo dos dentes é de fundamental importância para a determinação da identidade, uma vez que em cadáveres carbonizados, os dentes precisam de temperaturas elevadas para serem calcinados. Apesar de ter aplicação tanto na identificação civil quanto criminal, está por sua vez não foi uma forma eficiente de arquivamento e recuperação de suas informações.

Com o fim de alguns processo desumanos e dolorosos com por exemplo o ferrete, a mutilação e a tatuagem, o sistema policial passou a não consegui provar com segurança a identidade de um delinquente. Baseando em uma visão estatística-social criou a "Antropometria" diz que o homem faz entre suas dimensões corporais a sua personalidade. A técnica baseava no esqueleto humano, pois não sofria constante mudanças, principalmente após os 21 anos. Assim a antropometria consistiu em medir as seguintes parte: diâmetro antero-posterior da cabeça; diâmetro transversal da cabeça; diâmetro bi-zigomático; comprimento do pé esquerdo; comprimento do dedo médio esquerdo; comprimento do dedo mínimo esquerdo; comprimento do antebraço; estatura; envergadura e busto. Passaram também a arquivar as impressões digitais do polegar, indicador, médio e anular da mão direita. (ARAÚJO; PASQUALI, 2006, p. 09)

Tal método teve como ponto positivo a união de vários processos de identificação, citados anteriormente, que até então utilizados separadamente não conseguiam estabelecer a identificação de uma pessoa.

Na tentativa de estabelecer leis válidas para resolver todos os casos de uma mesma espécie e minimizar os erros e deduções advindas destas analises, surge a Papiloscopia, ciência que tem por objetivo estabelecer a identificação humana por meio das papilas dérmicas. (ARAÚJO; PASQUALI, p. 13)

A papila é uma pequena bolsa de formação neurovascular, que pode conter vasos sanguíneos ou corpúsculos do tato, que se projeta a partir da parte mais profunda da pele, a derme, formando relevos irregulares na camada mais superficial, a epiderme, servindo para

aumentar a aderência entre estas duas camadas. A papila tem formação cônica e varia em número, direção, dimensão e forma, que pode ser encontrada em várias partes do corpo. (ARAÚJO; PASQUALI, p. 17)

O estudo da papila se divide em: Quiroscopia é o processo de identificação por meio das impressões palmares; Podoscopia é o processo de identificação por meio das impressões plantares; e a Datiloscopia que é o processo de identificação por meio das impressões digitais. (SILVA, 2014, p. 37)

Com tudo, a datiloscopia passa a ser um método mais confiável e simples de realizar e sendo possível aplicar tanto para fins cíveis quanto criminais.

Toda via, a datiloscopia foi introduzida no Brasil por meio do Decreto n. 4.764, de 5 de fevereiro de 1903, a qual o regulamentava a Lei n. 947, de 29 de dezembro de 1902. Conforme define *apud* Emilio de Oliveira:

> Adotou-se, aqui o Sistema de Vucetich, mediante o qual a classificação das impressões digitais é feita com base na presença, ausência e posicionamento da imagem de um triângulo, chamado de "delta". Assim, os desenhos digitais são divididos em quatro tipos de fundamentais: i) Arco, ausência de delta; ii) Presilha Interna: presença de delta à direita do observador; iii) Presilha Externa: presença de delta à esquerda do observador; iv) Verticilo: presença de dois deltas, sendo um à direita e outro à esquerda. (SILVA, 2014, p. 37)

Desde então a identificação criminal passa a forma um banco de dados de registro criminal utilizando uma base de dado a respeito dos autores de atos ilícitos, de maneira a auxiliar em futuras investigações criminais.

Ainda pode ser utilizado a coleta de material genético para fins de identificação criminal. Tal método busca analisar os materiais genéticos que muitas das vezes são encontrados na cena do crime, comparando com o perfil genético do acusado.

Como se pode notar, muitos autores preferem adotar o termo "perfil genético" uma vez que enfatiza o aspecto da hereditariedade dos mercadores genéticos.

1.2 – PREVISÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL

A identificação humana é imprescindível, principalmente no âmbito criminal. É regra, o exposto no artigo 5°, LVIII, da Constituição Federal 1988, que determina "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal". Ademais, a própria Constituição prever exceções à regra, admitindo que a lei determine situações as quais a identificação criminal se fará necessária.

Entretanto, antes da Constituição federal de 1988, prevalecia o entendimento de que a identificação criminal era obrigatória. Tal interpretação se fazia do artigo 6°, VIII, do Código de Processo Penal, que a instrução do Inquérito Policial o delegado de polícia deveria, entre outra providências, ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais.

Durante um longo período, identificação criminal foi entendido como procedimento legítimo no caso de todos os autores de infrações penais, havendo inclusive a decisão do Superior Tribunal Federal, súmula 568, determinando que a identificação criminal do indiciado pelo processo datiloscópico não constituía qualquer constrangimento ilegal. (SILVA, 2014, p. 49)

Tal decisão foi alterada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu artigo 5°, tratando de direito e garantias fundamentais, determinou em seu inciso LVIII a excepcionalidade da identificação criminal de modo que aqueles que já fossem civilmente identificados não seriam submetidos à identificação criminal, salvo nos casos previstos em lei.

Conforme previsão constitucional, a identificação criminal foi tratada em diversas lei, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, dispõem, que o "adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação criminal compulsória pelos órgãos policiais, de proteção judiciais, salvo para efeitos de confrontação, havendo dúvida fundada". (BRASIL, LEI 8.069/90)

Não obstante a Lei de Crime Organizado, Lei n° 9.034/95, afirma que "a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil". (BRASIL, LEI 9.034/95)

A Lei n° 10.054/2000 que regulamentou a identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe de forma taxativa as hipóteses nas quais o já civilmente identificado, será submetido a identificação criminal. Está por sua vez, revogou o artigo 5° da lei de organização criminosa. Ademais, está lei foi ab-rogada pela Lei n° 12.850/2013, que não ficou previsto o procedimento especifico para identificação dos integrantes das organizações criminosas. (SILVA, 2014, p. 51)

Foi promulgada em 1° de outubro de 2009 a Lei 12.037, que trata-se de uma nova regulamentação para a identificação criminal. A nova lei estabeleceu os documentos as quais são aceitos para comprovar a identidade civil, sendo, a carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, carteira de identificação funcional, passaporte, ou qualquer outro documento público que possibilite a identificação pessoal.

Sendo assim a identificação criminal será realizada, excepcionalmente, apenas em casos em que o civilmente identificado apresentar:

> Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
>
> I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
>
> II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
>
> III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
>
> IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
>
> V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
>
> VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.
>
> Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. (Art. 3°, Lei 12.037/2009)

Admite-se o emprego dos métodos de identificação datiloscópico, fotográfico e genético, conforme previsto no artigo 3°, IV, da Lei 12.037/2009.

A lei de identificação criminal em seu artigo 4°, estabeleci que no procedimento de identificação a autoridade competente deverá tomar as providencias necessárias para evitar o constrangimento do identificado. No mesmo sentido, o artigo 6° vedou a menção à identificação criminal em atestado de antecedentes criminais, ou outras informações não destinada ao juízo penal, antes do transito em julgado. Ademais o artigo 7° diz ser facultado ao réu ou indiciado, no caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, requerer o desentranhamento de sua identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil. (SILVA, 2014, p. 52)

A lei 12.037/2009 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de realizar a identificação criminal quando ela for essencial à investigação, independentemente do delito investigado.

Ademias, identificação criminal pode ser realizada nas hipóteses do artigo 3° da lei, não havendo necessidade de autorização judicial.

> Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
>
> I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
>
> II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
>
> III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
>
> IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
>
> V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
>
> VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.
>
> Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. (BRASIL, LEI 12.037/2009, ARTIGO 3°)

Fora dessas hipóteses quando a medida identificadora for essencial à investigação, existe uma clausula de reserva jurisdicional, impedindo a autoridade policial, o representante do Ministério Público e a defesa a requerer ao juiz a realização da identificação. (SILVA, 2014, p. 53)

Por fim, a identificação criminal será realizada sempre que necessário nos parâmetros estabelecidos por lei.

2 – IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

O banco de dados criminais pode ser formado por informações, como qualificação pessoal, identificação civil, identificação criminal, modus operandi, antecedentes, podendo servir para diversos fins, previsto em lei.

A identificação criminal pode ser conclusiva, quando impressões papilares (digitais, plantares e palmares), arcada dentária, desenho do palato, desenho dos seios faciais, impressões labiais, íris, DNA; ou não conclusivas quando tipagem sanguínea (ABO,RH), marcas e tatuagens, identificação visual, tamanho do pé (antropométricas), impressão auricular. (GARRIDO; GIOVANELLI, 2012, p. 149)

De outro modo, o estudo da identificação parte para a análise genética do DNA, visando detectar a informações genéticas de cada pessoa. Tal método foi desenvolvido por Jeffreys, que propôs a aplicação para fins forenses, enfatizando as vantagens na solução de crimes. (SILVA, 2014, p. 39)

A realização de exame genético, foi um avanço na investigação criminal, tornando esta, indispensável, uma vez que apresenta diversas vantagens em relação a diversos métodos de identificação.

> Ressalte-se que vestígios biológicos como a saliva, pelos, cabelos, fragmentos de tecidos humanos, sangue e esperma são comumente encontrados em locais de crime, sobretudo em delitos nos quais houve o emprego de violência física. Esse material pode ser utilizado para o esclarecimento do caso penal, identificando o autor e a vítima da inflação, ao mesmo tempo em que diminui as chances de erros judiciários. (SILVA, 2014, p. 40)

Contudo, cumpre analisar quais os parâmetros estabelecidos pela legislação para admitir a identificação criminal, verificando as suas hipótese de cabimento, os métodos empregados, propagação probatória, bem como a afetação dos direitos fundamentais que a identificação humana pode ocasionar.

A implantação de um banco de dados de perfil genético, consiste numa evolução necessária para auxiliar a investigação criminal, ao passo que a sociedade vive em constante mutação e surge novas demandas de infrações penais.

2.1 – SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

A Lei 12.037/2009, trata da identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro. Ademias, foi a partir da criação da lei 12.654/2012, que a coleta de perfil genético passa a ser mais uma forma de identificação criminal, alterando a lei anterior. Está por sua vez constitui uma técnica moderna de identificação, com regras próprias de utilização.

O sistema jurídico brasileiro sustenta a necessidade e obrigatoriedade de o acusado submeter-se a determinado tipo de prova determinado pelo juízo ou até mesmo pelas autoridade policiais. Contudo o Código de Processo Penal não traz regra expressa a respeito do dever do acusado, colaborar ou não na realização de provas.

Existe um grande conflito entre o interesses social (dever dos poderes públicos) e o interesse individual (proteção dos direitos fundamentais) no Processo Penal brasileiro. Ademais deve haver uma harmonia entre ambos os interesses, ou seja, não é certo permitir que o direito estatal sobreponha, pois poderia ocorrer um método de autoritarismos que violaria as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana. De igual modo, não poderia haver uma prevalência absoluta e ilimitada do interesse individual, pois a persecução penal estaria fracassada.

Destarte, pode-se dizer que a inexistência do dever de colaborar decorrente do "nemo tenetur de detegere" não é absoluta, uma vez que, encontra alguns limites, sob pena de aniquilar, em determinados casos, a presunção penal eficaz do Estado.

Dentre as provas serem produzidas no processo há aquelas que dependem da cooperação do acusado e as que não dependem de sua colaboração. Há também uma divisão entre provas invasivas e ou não. No ordenamento brasileiro constitui prova invasiva por exemplo o exame de sangue.

2.2 – SISTEMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PAÍSES

O sistema de identificação criminal por meio de análise de material genético já era possível em outros países, com objetivo de esclarecer a autoria de alguns crimes.

O Código de Processo Penal de Portugal, estabelece que:

> Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspecionam-se os vestígios que posso ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, as pessoas o cometem ou sobre as quais foi cometido" (art. 171°, 1). E, dispõe expressamente que, "se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciaria competente" (art. 172°,1), garantindo-se apenas que "os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter (art. 172°,3). (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE PORTUGAL)

Percebe-se que o código de processo penal prevê em seu ordenamento jurídico a necessidade de coleta de matérias biológicos para que sejam comparados com os materiais ora descartados nos local do crime, prevendo ainda ordem judicial para aquele que se negar realizar exame.

O reconhecimento e a defesa do direito ao silencio e da não autoincriminação, nos Estados Unidos ocorreu na época do Tribunal Warren, na década de 60. Nesta época houve uma importante sentença em defesa de direitos, dentre eles o da proteção da não autoincriminação. (SANGUINÉ, 2015, p. 10)

No que diz respeito especificamente à aplicação do "nemo tenetur se detegere" às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção, o direito norte-americano entende que não há violação do referido princípio em sua produção, como regra geral. (MASSON; MARÇAL, 2017)

A jurisprudência do tribunal Europeu dos Direito Humanos diz:

> considera que o direito a não se auto-incriminar concerne principalmente ai respeito à vontade do acusado de permanecer em silencio. Está admitido, em princípio, pelo "nemo tenetur se detegere", de maneira que fica fora do campo de ação do privilégio contra a autoincriminação a utilização no processo de informações que, embora obtida pelas acusação como o uso de poderes coercitivos, tenham uma existência independente da vontade do suspeito, como os documentos recolhidos por força de uma mandado judicial. A coleta forçada de amostras biológicas do imputado, tais com a coleta de sangue, de urina e de tecidos para uma biópsia ou para exame de DNA, de

> hálito mediante o uso de bafômetro para um motorista suspeito de embriaguez, seriam em princípio legítimas, dado que o material usado na análise forense é obtido com procedimentos minimamente invasivos (pense-se nas coletas de sangue, cabelos ou tecidos corporais) ou por meio de procedimentos não invasivos, mas que exigem a colaboração do imputado (a coleta de urina, saliva, de padrões vocais para comparação, etc.), desde que os órgãos investigadores se sirvam de métodos respeitosos de dignidade humana e do seu direito à saúde. (Alemanha, caso Jalloh c., j. 11.06.2006, § XVIII e ss)

No mesmo sentido segue o Código de Processo Penal Alemão que permite a realização de exames genéticos no suspeitos para fins criminais, de modo que o indivíduo não tem o dever de colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento ativo, deve suporta investigações corporais que possam contribuir definitivamente ao reconhecimento de sua culpabilidade.

2.3 PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO E DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

A finalidade da identificação feita pelo Estado é para individualizar cada indivíduo através de suas características para que nenhum venha passar-se por outro.

Como previsto na Constituição Federal, a regra se faz pela identificação civil, sendo a exceção a identificação criminal.

A prova pode ser considerada como todo e qualquer elemento trazido ao processo, pelo juiz, pelas partes e por terceiro interessado. A produção antecipada de prova no processo penal está prevista nos artigos 156, I; 366 do Código de Processo Penal e Súmula 455 do STJ.

Existe uma confusão entre o processo de identificação criminal a qual visa distinção do sujeito, e aquelas situações nas quais aplica-se o método de identificação admitidas por lei como uma medida cautelar de produção antecipada de prova. (SILVA, 2014, p. 54)

Conquanto, os métodos de identificação humana podem ser aplicados na produção e provas, uma vez que pode encontrar impressões digitais ou ainda material biológico no local do crime. O artigo 3°, IV, da Lei 12.037/2009, admite que seja realizada identificação criminal para investigações policiais, destinadas para produção antecipada de provas. O código de

Processo Penal admite ainda em seu artigo 156, I, que o juiz pode ordenar mesmo antes de iniciar a ação penal, quando consideradas urgentes e relevantes.

Como se pode notar, existe uma distinção entre a identificação criminal e o emprego de seus métodos para produção de provas cautelares. Para Emilio de Oliveira:

> No primeiro caso, a identificação serve para "conhecer ou confirma a identidade das pessoas apontadas como autoras de delitos e, posteriormente, fixar-lhes eventuais e anteriores envolvimento com outros crimes". Na segunda hipótese, os métodos de identificação são utilizados como meios de provas em situações consideradas urgentes e relevantes, daí por que ela estar submetida ao crivo de um decisão judicial que deve observa a necessidade, e adequação e a proporcionalidade da medida. (SILVA, 2014, p.54)

Não resta duvidas que tal desarranjo se propaga pois tanto a identificação criminal quanto a antecipação de produção de prova podem constituir medidas de intervenção corporal, violando os direitos e garantias fundamentais, sendo está a razão para analisar as possíveis intervenções no corpo humano.

2.4 MEDIDA DE INTERVENÇÃO CORPORAL

São vários os métodos para estabelecer a identidade humana, principalmente no âmbito penal, como o uso dos métodos de datiloscopia, fotografia e genético.

Alguns doutrinadores distinguem as medidas de mera inspeção ou registro corporal e as intervenções propriamente ditas. As medidas de meras inspeções são meras interferência superficial no corpo humano, são os métodos fotográficos antropométricos ou papiloscópios. Já as medida de intervenção propriamente ditas são medidas que afetam diretamente o corpo humano, pois há uma inserção corporal, para extrair material genético ou explorar o espaço corporal interno. (SILVA, 2014, p. 56)

A doutrinadora Maria Elisabeth, prepõe uma classificação da intervenções corporais, dividindo-as em dois grupos.

> O primeiro englobaria os procedimentos invasivos, com intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, como exames de sangue ou identificação dentária; o segundo grupo, por sua vez, abarcaria as intervenções não invasivas, como a impressão datiloscópica, os exames de DNA oriundos de fios de cabelo e os exames fecais. (QUEIJO, 2003, p.221)

Em outras palavras, a intervenção corporal, consiste em um instrumento investigativo, utilizado para fins de comprovação de autoria ou materialidade, podendo ser realizado em testemunhas e vítimas, não sendo restrita aos acusados.

Ademais o termo intervenção corporal não é somente o processo de identificação criminal, mas também, diversos atos que tenham repercussão probatória e que afetam o corpo humano.

É de suma importância as medida interventivas, uma vez que em alguns casos só pode ser solucionados por meio de tais intervenções corporais.

No Brasil, as medidas de intervenção são utilizadas para fins probatórios, exemplo disso é a coleta de ar para aferir a alcoolemia.

As medidas de intervenções corporais são definidas nas palavras de Nicolas Gonzalez como:

> As medidas de intervenção que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessariamente de obter seu consentimento e, se necessário, por meio da coação direta, como o fim de descobrir circunstancias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou o estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele. (GONZALEZ In: MASSON; MARÇAL, 2017)

Observe-se que, essas são situações nas quais o indivíduo sem perder suas condições de sujeito de direito, deve se submeter ou suporta determinadas interferências corporais, com finalidades probatórias.

De mais a mais, não há previsão expressa na legislação penal acerca do dever do acuso de colaborar, nas intervenções corporais, para obtenção de prova, não havendo portanto sanção para aquele que se recusar a colaborar.

O problema surge quando não existe o consentimento do acusado para a realizado da intervenção corporal. Além do mais, tem divergências doutrinarias quanto à legitimidade o Estado para obriga-lo a submeter a tais procedimentos sem a sua concordância.

2.5 - AFETAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não resta dúvida que uma das técnica mais eficaz no meio das provas é o DNA, a qual possui grande aplicação na legislação processual penal brasileira.

As medida de intervenção corporal resulta na sujeição da pessoa a procedimentos que possuem finalidade a obtenção de informações com relevância criminal, a partir do corpo humano. A propósito, a execução de tais medida de intervenção afeta iminentemente direitos fundamentais.

Além do mais, no Estado Democrático de Direito, a proteção do ser humano transcende a entidade corpórea afim de alcançar a dignidade humana, e não o seu corpo. Segundo Carvalho:

> Desse modo, as intervenções corporais que se mostrem necessárias e que não contradigam as práticas sociais normais da vida de relação, não podem ser absolutamente afastadas, sem qualquer consideração de violarem ser absolutamente afastadas, sem qualquer consideração de violarem ou não a dignidade humana, em nome de uma incondicional proteção da entidade corporal do acusado. Detalhando um pouco mais: a utilização das partes do corpo humano, cujo destaque ou descarte se fazem de maneira socialmente aceitável ou natural, apreendidas ou extraídas para fins de provas, não podem ser proibidas de modo absoluto, quando não violarem as demais entidades humanas: a psíquica, a moral, a espiritual ou a almática, enfim, a dignidade humana. (CARVALHO In: BONATO, 2011, P. 524)

Cumpri ressaltar, que qualquer interpretação de caráter absoluto aos direitos fundamentais relacionados à proteção do corpo humano impediria a aplicação de medidas de ingerência, já que a intenção dessas medidas é a afetação corporal.

A análise de violação dos direitos fundamentais deve ser avaliado no caso concreto, observando os limites e o âmbito de cada direito. Contudo, é indispensável observar se o

procedimento está pautado nos pressupostos que autorizam a realização da medida, além dos princípios basilares constitucional do processo.

A Constituição Federal em seu artigo 5°, XLI, XLVI, "a", LIV, LXVI e LXVIII prevê o direito à liberdade física ou liberdade ambulatorial, a qual consiste na autodeterminação da pessoa para produzir movimentos físicos.

Incontestavelmente, as medidas de intervenção corporal de certa forma limita a liberdade da pessoa para que seja coletado o material, ainda que seja por pouco tempo.

Contudo admite-se a limitação à liberdade física para realização de medida de ingerência no corpo humano, ao passo que tal procedimento esteja pautado na lei e nos direito fundamentais, de modo que a medida cumpra sua finalidade não extrapolando o tempo necessário para realização do procedimento. (SILVA, 2014, p. 60)

O direito à integridade física está previsto no artigo 5°, XLVII, alínea "e" da Constituição Federal, que proíbe penas cruéis, bem como no inciso XLIX, assegura aos presos a integridade física e moral. Tal direito garante ao acusado que os métodos de intervenção corporal não altere sua integridade física.

As medidas interventivas são restrições ao direito à integridade física de uma pessoa, uma vez que submetem a extração de sangue, inspeções nas cavidades corporais, exames de raio-X e ultrassonografia constituem intervenções corporais que, em grau de intensidades diferentes, ocorrendo uma vulneração ao corpo humano, especialmente quando essas medida ocorrem sem o consentimento do afetado. (SILVA, 2014, p. 61)

Outrossim, a coleta de saliva ou cabelos, são intervenções que pouco ou nada prejudica a saúde do sujeito. Ainda que não tenha definição legal quanto ao material biológico deve ser coletado, a análise do DNA através da saliva ou do fio de cabelo são métodos indolores. Verifica-se o artigo 9°, "a", da Lei de Execução Penal, inserido pela Lei 12.654/2012, que determina que a identificação genética das pessoas condenadas será feita mediante "técnica adequada e indolor". (SILVA, 2014, p. 62)

Penso no mesmo sentido do autor, uma vez que a coleta de matéria genético para fins de investigação poderá ser realizada de forma menos indolor ao acusado, já que é possível

analisar o DNA através de um simples fio de cabelo, porque optar por outro método, não é mesmo.

Cumpre ressaltar que o direito a integridade física não impede a realização da intervenção corporal para fins criminais. Nesse sentido Emílio de Oliveira defende que:

> O próprio encarceramento produz danos à saúde da pessoa e nem por isso a aplicação da pena privativa de liberdade é deslegitimada pelo ordenamento jurídico. Ademais, a observação dos procedimentos técnicos-científicos na execução do método de ingerência corporal torna mínima a vulneração ou lesão a integridade física. (SILVA, 2014, p.62)

Do mesmo modo defende Carvalho quando diz inexistir "um direito absoluto para negar a utilização do corpo humano como prova, a não ser quando isso viole a dignidade humana. (CARVALHO In: BONATO, 2011, p.524)

Quanto ao direito à intimidade, está previsto no artigo 5°, X, da Constituição Federal, onde trata de uma manifestação da personalidade individual da qual o conhecimento é destinado ao titular do direito, podendo o mesmo evitar que terceiros ciência de informações sobre sua intimidade. Nas palavras de Carvalho, "é o direito de interditar às demais pessoas ao conhecimento dos pensamentos, emoções, sentimentos e sensações, bem como dos atos e acontecimentos que o titular não queira revelar aos outros". (CARVALHO, 2004, p. 54)

Considerando que tais medida depreende uma ingerência no corpo, para alguns indivíduos consideram um constrangimento a exibição de partes do corpo, muitas das vezes pelo simples fato de ter uma cicatriz, deformidade ou até mesmo mostrar cavidade corporais, como a boca, ânus ou a vagina.

Ademais, o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade, a jurisprudência brasileira entende que, apesar de ter previsão constitucional, é admitida a sua relativização em algumas circunstancias, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

O princípio da não autoincriminação, encontra-se expresso no âmbito internacional na Convenção Americana de Direitos Humano (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 8°, trata-se das garantias judiciais, "a presunção de inocência do acusado até que seja legalmente comprovada sua culpa". (Art. 8°, 2, PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA)

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio pode ser visto de forma implícita no artigo 5° da Constituição Federal, inciso LV, que garante a ao réu “o direito à ampla defesa”; inciso LVII, que garante “a presunção de inocência do réu até o transito em julgado da sentença penal condenatória” e o inciso LXIII, que garante ao réu “o direito de permanecer calado”.

No mesmo sentido o doutrinador Guilherme Nucci, afirma que o princípio “nemo tenetur se detegere” decorre da conjunção dos princípios constitucionais de presunção da inocência e da ampla defesa, juntamente como o direito humano fundamental que permite o réu de manter-se calado. (NUCCI, 2007, p. 90)

Visto isso, o réu não é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Contudo, a verdade real prevista no ordenamento jurídico brasileiro, cabe ao acusador, o Estado, o ônus de fornecer provas para que o acusado seja condenado, devendo respeitar o direito do acusado de não se autoincriminar.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a atuação estatal através da intervenção corporal ainda não chegou a ter um nível de problematização para que se possa definir os limites e as responsabilidades quanto as ingerências no corpo humano. Assim isso se refletiu na Lei 12.654/2012, a qual as lacunas na definição de um regime jurídico para a intervenção corporal coercitiva impedem a suma aplicação, não pela violação ao direito do silencio, porem ao ofender o princípio da legalidade, sob a ótica da taxatividade.

3 – BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO

O banco de dados constituem um Sistema digital de arquivamento de registros. Esse sistema é um modelo de organização gerenciado por meio de um programa de computador, a qual se permite o armazenamento, compartilhamento, atualização, manipulação e acesso rápido a determinadas informações.

A medida que esse banco de dados é alimentado, ou seja, quando são inseridas informações genéticas, cria-se o denominado banco de dados de perfil genético.

Existem discursões quanto a terminologia mais adequada para o banco de dados. Segundo Laura Albarellos, que criou a terminologia “banco de dados”, diz que a palavra “banco” está associada à arquivo de suporte físico, como arquivos de papel, dinheiro, órgãos,

tecidos, sangue, medula óssea, o que faz supor uma maior proteção e segurança no armazenamento desses materiais. (ALBARELLOS, 2009, p. 45)

Frise-se que a discussão sobre a terminologia se faz válida na medida em que sua discursão seja sobre o conteúdo do armazenamento, ou seja, se é a informação genética (virtual) ou material, biológico (físico) que será acautelado no banco de dados.

Por sua vez existe uma vulnerabilidade das informações genéticas, ao passo que tais dados estão expostos na rede mundial de computadores, podendo ser alvos de ataques virtuais. Isso é um risco a intimidade genética do ser humana, ser exposta.

3.1 – CLASSIFICAÇÃO

Os bancos de dados genéticos podem ser classificados conforme o seu conteúdo ou finalidade.

A classificação se faz necessária uma vez que facilita a busca nos diversos tipos de bancos de dados genéticos e suas distinta áreas de aplicação, como cível ou criminal.

Emílio de Oliveira classifica quanto ao conteúdo, de acordo com o material genético armazenado como: 1) informações alfanuméricas; 2) DNA extraído; ou 3) amostra de material biológico. (SILVA, 2014, p. 138)

Cumpre ressaltar que só é considerado banco de dados de perfil genético aquele que contém dados alfanuméricos inseridos em uma plataforma informatizada. Os bancos de dados que contenham DNA extraído ou material biológico, são denominados de arquivo biológicos, uma vez que armazenam apenas amostras normalmente congeladas, as quais não possuem acesso automatizado à informação genética. (SILVA, 2014, p.139)

A Lei 12.654/2012 não é estrita no sentido de afirmar se o banco de dados a qual a mesma implementa é biológico ou somente constitui dados virtuais, ou ainda se aplica ambos modelos, ou seja biobanco que também apresenta informações genética codificadas.

Está previsto na Lei 12.654/2012 a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Emílio de Oliveira faz uma crítica ao verbo expresso em lei:

> O verbo coletar também é empregado no mesmo diploma, no artigo 2° da Lei n. 12.654/2012, ao afirmar que "os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfil genético". Trata-se de uma uso equivocado da terminologia técnica, uma vez que a coleta só pode ser do material biológico, mediante o qual se extraem informações que identificam o perfil genético da pessoa. Logo, perfil genético não se coleta. Ele é obtido mediante o exame genético cujas informações são armazenadas em um banco de dados. (SILVA, 2014, p.139)

Existem lacunas na lei de identificação criminal, uma vez que não define qual o tipo de banco de dados deve ser aplicado. Isso possibilita o armazenamento de informações e matéria genético, simultaneamente.

Interessante se faz notar que não resta duvidas que a lei exige a criação de um banco de dados operando simultaneamente com um banco de dados de perfil genético. Considerando que trata-se de dados pra fins criminais, sua estrutura deve-se basear nos princípios do processo penal, garantindo o contraditório e a ampla defesa.

Em relação a finalidade, os bancos de dados de DNA podem ser gerais, judiciais ou forenses ou profissionais.

Os bancos de dados forenses ou profissionais são compostos de arquivos biológicos coletados de pessoas cuja área de atuação profissional represente risco a sua saúde. Assim as amostras são coletadas de forma consentida e usada somente em caso de necessidade, sendo exemplo desse caso o arquivo biológico das forças armadas estadunidenses. (ALBARRELLOS, 2009, p.50)

Ademais, os bancos de dados judiciais e forenses têm finalidades civis, quando referem-se a pessoas desaparecidas por meio da comparação entre o DNA da pessoa não identificada, com supostos familiares, estes per sua vez não tem aplicação no ordenamento brasileiro, ou finalidade criminais, que auxiliam a investigação criminal, propiciando a identificação de pessoas por meio de cruzamento de informações genéticas recolhidas em locais de crimes e amostras biológicas de pessoas investigadas ou condenadas.

Para Casabona e Malanda, a finalidade desses bancos de dados seria exclusivamente informativa, destinando-se à melhor orientação aos órgãos investigativos.

Assim tais bancos de dados não terias finalidade probatória. (CASABONA; MALANDA, 2010, p.154)

3.2 FUNCIONAMENTO

Como vimos, o exame genético só pode ser verificado quando existe vestígios biológicos no local do crime que pode ser comparado com o material da pessoa investigada ou de seus familiares, que tenham vinculo genético. Portanto nos casos em que não existem suspeitos, não será possível realizar o exame genético, não sendo possível faz o confronto de dados.

O banco de dados de perfil genético perfaz essa deficiência investigativa, pois contêm informações genéticas disponíveis a investigação, permitindo assim uma comparação automática entre perfis de DNA. Sendo assim, sempre que um novo perfil genético é cadastrado no banco de dados, automaticamente será confrontado com os já cadastrados, permitindo analisar se são oriundos de um mesma fonte.

Além do mais os dados que compõem o banco de dados de perfil genético, geralmente são de investigados, acusados e condenados ou ainda de vestígios biológicos encontrados em locais do crime.

Existem três formas de confrontações básicas que podem ser realizadas nos bancos de dados. A primeira é as amostras referencias, que faz a comparação entre os perfis genéticos de pessoas já conhecidas. A segunda operação é o confronto entre perfis genéticos encontrados nos locais de crime, sendo denominadas amostras questionadas. A terceira e última forma de operação é a junção das duas outra formas anteriores, consiste no cotejamento das amostras referencias com as amostras questionadas. (SILVA, 2014, p. 143)

Nesta diapasão, pode-se questionar a confiabilidade e o poder discriminante dos bancos de dados, não somente quanto as normas técnicas referentes desde a cadeia de custódia quanto ao exame propriamente dito, mas também nos critérios utilizados nas comparações. Tais paramentos de confronto não são tão exigentes, não tendo uma correspondência segura na

análise, sendo possível atribuir um único perfil genético a mais de um pessoa. (BONACCORSO, 2010, p.81)

De toda forma, o banco de dados de perfil genético tem caráter funcional, no entanto não se pode condenar com apenas esta prova, ao passo que o perfil genético cadastrado pode ser confundido com de outra pessoa, principalmente com de um parente. Contudo, apesar dos riscos, este método de identificação criminal vem solucionando diversos crimes, auxiliando o Processo Penal.

3.3 ADMINISTRAÇÃO

No Brasil, conforme o artigo 144 da Constituição Federal, os governos estadual e federal exercem funções substancial no sistema de segurança pública, a gestão do banco de dados incumbe as unidades de perícia oficial do âmbito estadual, polícia civil, e nacional, polícia federal.

Conforme o decreto 7.950/2013, prevê que o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos vinculada ao Ministério da Justiça.

A administração do banco de dados genéticos é atribuída a instituições públicas ou privadas que são responsáveis pelo armazenamento, conservação, controle, manipulação, acesso e eliminações das informações genéticas e de suas amostras biológicas. (SILVA, 2014, p. 157)

Ante o exposto, foi possível analisar os princípios gerais do direito que constituem consideráveis disposições legal que enriquecem as regras aplicáveis ao direito, sanando as lacunas da lei e esclarecimento da problemática, aborda nesta monografia.

4 – ANALISE DA PROBLEMÁTICA

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade da Lei 12.654/2012, em razão do fornecimento de material genético de forma compulsória, que por

sua vez trouxe inovações a matéria processual penal do direito brasileiro. Tal Lei altera artigos das leis 12.037/09, Lei de Identificação Criminal e Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal.

Deste modo, extração judicialmente autorizada, do material poderá ser feita por "técnica adequada e indolor", conforme disposto na Lei 7.210/1984 em seu artigo 9°, "a".

A grande problemática analisada neste trabalho é se não houver disposição por parte do investigado de fornecer o material genético, poderá haver a coleta compulsória?

Vale destacar que o referido tema é bastante polêmico e divide a doutrina, vejamos:

A primeira corrente defende que a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético "deve ser lida à luz do princípio da vedação à autoincriminação, de maneira, que, havendo recusa do capturado ou indiciado, não se poderá obrigá-lo ao fornecimento". (TÁVORA, 2013, p.124)

Repare-se que ocorre no processo civil a distribuição dinâmica do ônus da prova, expresso no artigo 373, § 1° do Código de Processo Civil, ao passo que no processo penal o indivíduo encontra-se sob a cobertura da presunção de não-culpabilidade. Portanto, pode se dizer que a carga probatória está nas mãos do acusador, assim o sujeito passivo desta lide não pode ser obrigado a auxiliar o Estado, em uma carga probatória que não lhe pertence.

A depender a forma de coleta do material biológico, avalia-se a validade de identificação do perfil genético. Segundo Renato Brasileiro:

> Como o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, nem tampouco a se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético. Todavia, se estivermos diante de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, não há qualquer óbice a sua coleta, sem que se possa arguir eventual violação ao princípio do "nemo tenetur se detegere". (LIMA, 2015, p. 129-130)

A segunda corrente defende a realização de exame de DNA de forma compulsória. Sergio Moro defende que,

> Deve ser afastado como óbice a velha máxima latina de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Como foi demonstrado, não existe base para um direito genético da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio. Não há [...] argumentos jurídicos, históricos, morais e mesmo de direito comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genético de não produzir provas contra si mesmo. A invocação de pretenso direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileira é mais fruto de um 'slogan" do que de uma robusta argumentação jurídica. Portanto, há a possibilidade legal e constitucional, com limites no princípio da proporcionalidade, como os sugeridos, de colheita compulsória de material biológico do acusado e do investigado para exames genéticos em casos criminais. (MORO, RT 853/429-441)

Como se pode notar, os direitos fundamentais não são absolutos, bem como o surgimentos da lei 12.654/2012 no ordenamento jurídico brasileiro outorgou a intervenção corporal, ainda que sem o consentimento do imputado, de forma a obter o material genético.

A lei não diz expressamente, sobre os casos em que o imputado se recusa a fornecer o material genético, mas este poderá ser feito de forma compulsória. A referida Lei apenas assegura que para o fornecimento do material genético deve ser utilizada técnica adequada e indolor.

Ademias, a aplicação da regra estabelecida para a coleta de material biológico de para a obtenção do perfil genético, deve ser impreterivelmente respeitado a integridade física e a dignidade da pessoa humana.

Diante da duas corrente acima citadas, é importante analisar o caso concreto, a necessidade de aplicação da medida, a autorização judicial para coleta do material genético, e que seja utilizado o método adequado. Vejo que é possível e apropriado tal procedimento como o intermédio da proporcionalidade.

Vale lembrar a coleta de material genético que por sua vez pode ser feio até mesmo com a retirada de um fio de cabelo do investigado pode ser menos invasivo que um busca pessoal, ou mais conhecidas como "baculejos", esse sim pode ser uma forma mais ofensiva, uma vez que não é necessário uma ordem judicial para sua realização, e se faz apenas em fundadas suspeitas, previsto no artigo 240, § 2°, do Código de Processo Penal.

De mais a mais, a identificação do perfil genético será armazenado em banco de dados sigiloso, conforme artigo 7°, "b", da Lei de Identificação Criminal, somente poderá ser utilizada no caso coberto pela decisão judicial, que autoriza a coleta do material genético, com

base no princípio da especialidade da prova. Assim, há um vinculação causal, que o legislado busca definir como o limite da disponibilidade do material genético a prescrição do crime, ou seja, o uso está vinculado como crime e a disponibilidade temporalmente regulamentada pela prescrição ou absolvição.

A propósito, o banco de dados de perfis genéticos está fundado no princípio da proporcionalidade, medida que se aplica somente aos condenados por crimes gravíssimos, não há que falar que o mesmo viola a presunção da inocência, se as pessoas sujeitas a extração já foram condenadas. O banco nacional de dados de identificação de perfil genético, auxilia na apuração de inúmeros crimes cuja autoria não se tem notícia, sendo possível a condenação do culpado ou ainda a absolvição do inocente, o que visa depurar do nosso ordenamento jurídico o erro judiciário.

Contudo, o artigo 5°, "a", § 2°, da Lei 12.037/2009 afim de resguarda os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, não só os dados obtidos serão sigilosos, como também, aquele que utilizar para outros fins responderá civil, penal e administrativamente. Além do mais, as informações genéticas armazenadas não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais da pessoa, salvo em caso de determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos, conforme artigo 5°, § 1°, da Lei 12.037/2009.

4.1 – DIREITOS CONSTITUCIONAIS A LUZ DO FORNECIMENTO COMPULSÓRIO DE MATERIAL GENÉTICO

O ordenamento jurídico brasileiro admiti algumas espécies de intervenção corporal, sendo habitualmente utilizadas na identificação criminal, o grafotécnico, previsto no artigo 174, do Código de Processo Penal, os testes de alcoolemia e o exame do bafômetro/etilômetro, previsto nos artigos 277, C/C 306, § 1°, I, ambos do Código de Transito Brasileiro.

Há um inquestionável alcance do princípio constitucional que consagra o direito ao silêncio, que por sua vez está previsto no artigo 5°, inc. LXIII da Constituição Federal, diz que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado".

Na realidade, estão criando um conceito do direito ao silencio, que por sua vez encontra-se discursões nos tribunais, visto somente no Brasil, como nota Pacelli, “um conceito absolutamente novo da não autoincriminação, ausente nos demais povos civilizados”. E como um certo asteísmo, diz: “esperamos que, no futuro, não se vá reconhecer eventual direito subjetivo ao homicídio, para fins de evitação da prisão pela prática de outro crime qualquer.” (OLIVIERA, 2011)

Contudo, o problema sobre o uso de perfil genético para investigação criminal ocorre quando o investigado se nega a fornecimento do material biológico. Nesses casos, quando não se tem o consentimento do acusado, poderá afetar a investigação, quando a prova pericial se faz indispensável para o esclarecimento do delito. Assim, o estado poderá reagir de quatro maneira, quando houver a recusa do investigado.

A primeira é renunciar ao exame genético. Esse é o posicionamento adotado por doutrinadores que entendem que a coleta de amostra biológica não consentida viola o princípio da não autoincriminação. Dessa forma, somente quando houver o consentimento do investigado, poder é utilizar a prova pericial, caso contrário a mesma seria obtida de forma ilícita.

A segunda opção, se dá a partir da resistência do investigado em fornecer o material genético, quando a polícia atua coletando amostras biológicas notável em seu corpo. Assim, poderia ser analisado vestígios de material genético deixado em objetos que outrora foi descartado pelo acusado.

A terceira hipótese, visa obter autorização judicial para realização de busca em locais onde poderia encontrar material genético do investigado. Isso ocorre nos casos em que existem um cumprimento de busca e apreensão afim de obter amostras biológicas nos objetos encontrados. Este por sua vez pode acontecer de os objetos coletados não sejam passiveis de análise, ou ainda colher amostra biológica de terceiro que não tem nenhuma relação com o crime.

E a última hipótese, consiste na coleta indiscriminada dessas amostras biológicas, incorrendo em um debate a respeito aos limites dos meios persecutórios estatais.

Em que pese, o não consentimento do investigado para a coleta de seu material genético, poderia ser considerado um meio de coerção, direita ou indireta. De fato existe uma grande discursão a respeito dessa coerção, uma vez que a Lei não expressa as consequências do não consentimento, gerando uma insegurança jurídica.

Admite-se a obrigatoriedade da ingerência corporal como meio de prova no processo penal, no caso de recusa, ou seja o não consentimento do investigado, admite três consequências jurídicas.

A primeira consiste em interpretar a negativa do réu como indícios de culpabilidade, ou seja, o ônus de não querer submeter ao exame pericial passa a valorar essa recusa do acusado como prejudicial, cuja negativa do investigado é interpretado como uma "ficta confessio".

Segundo Eugenio Paceli, no Brasil, admite que a recusa de realizar a intervenção corporal possa ser interpretada como indícios de culpabilidade, o que exigiria, previsão legal para a medida. (OLIVEIRA, 2004, p. 219)

Entretanto, tal argumento fere o princípio da não culpabilidade, uma vez que a recusa ao procedimento inverte o ônus da prova processual. Nesse sentido, a recusa não pode ser utilizada em seu desfavor, não lhe é exigida qualquer conduta ativa que possa prejudicar.

A segunda consequência é recusa em submeter-se ao exame acarreta responsabilizar a pessoa por crime de desobediência, ou seja, no caso da pessoa negar-se a realizar o exame pericial responderá por algum tipo de infração penal. Contudo, a imputação do crime de desobediência poderia ter mais vantagens quando comparada a gravidade da sanção prevista, que o motivo a qual levou a realização da ingerência corporal.

A terceira e última consequência diz sobre o emprego de coerção física para a obtenção da amostra biológica. Essa é criticada por ofender de foto os direitos e garantias fundamentais. Todavia, já abordamos essa discursão anteriormente.

O lapso decorrente do inadequado processo legislativo, refletem nas lacunas deixas pela Lei 12.654/2012, que não definiu as diversas maneiras de coleta do material biológico, nem se quer estabeleceu as consequências da recusa a realização da intervenção corporal.

Nas palavras de Emilio de Oliveira "faltou um regime jurídico que garantisse ao indivíduo a idoneidade e segurança do procedimento investigatório e probatório, sem que isso

pudesse representar comportamento arbitrário por parte dos agentes estatais". (SILVA, 2014, p. 131)

Em que pese, as intervenções corporais prevista em nosso ordenamento jurídico traz grandes discursões nos tribunais, uma vez que a lei não é clara, deixando lacunas para que seja discutida. Observa-se que até o método a ser aplicado fica a critério do entendimento do juiz.

4.2 – JURISPRUDÊNCIA

A Constituição Federal garante a não autoincriminação em seu artigo 5°, inciso LXIII, no entanto a legislação brasileira admite a coleta de material genético como forma de identificação criminal. Tal procedimento é permitido tanto na fase de investigação quanto após a condenação por crimes dolosos com grave violência ou hediondos.

Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> AGRAVO EM EXECUÇÃO - DIREITO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO - LIMITES - DECISÃO DE RETRATAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A LEI 12.654/12 - RESPEITO AO ART. 5º, INCISO LVIII DO CF - RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há de se falar em desrespeito ao inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal quando a decisão proferida pelo Magistrado Primevo se deu com base em hipótese prevista em lei. 2. Existem limites até mesmo para os princípios constitucionais, quando estes se encontram em colisão com outras garantias constitucionais. Neste sentido, o princípio constitucional da não auto-incriminação pode ser flexibilizado frente à garantia da segurança pública e individual, também previstas constitucionalmente. 3. Negado provimento ao recurso.
>
> (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS - TJ-MG - AGEPN: 10024057930505001 MG, Relator: Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 07/07/2015, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/07/2015)

Sendo assim, o confronto entre direitos e garantias fundamentais, entende-se que a proteção do corpo humano não é um direito absoluto, ora comparado com o direito a garantia da segurança pública, que por sua vez é um direito coletivo.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO. ARTIGO 9º-A DA LEI DE EXECUCOES PENAIS. INCLUÍDO PELA LEI Nº 12.654/12. SUSCITADO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O E. CONSELHO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO. PLEITO JÁ ANALISADO EM SEDE DE OUTRO AGRAVO INTERPOSTO PELO SENTENCIADO. 1. Tendo o pleito de não submissão a Exame Criminológico sido devidamente analisado por esta e. Turma Criminal no bojo de outro Agravo na Execução interposto pelo sentenciado, resta prejudicada sua análise. 2. O e. Conselho Especial, em sede de incidente de inconstitucionalidade suscitado, entendeu pela constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84 (incluído pela Lei nº 12.654/12). Enquadrando-se o sentenciado nos requisitos nele previstos, de rigor a manutenção da determinação para que seja ele submetido à identificação de seu perfil genético. 3. Recurso conhecido e não provido.
>
> (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERITÓRIOS - TJ-DF - RAG: 20150020006125, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Data de Julgamento: 17/12/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/01/2016 . Pág.: 155)

Em analise não vejo que inconstitucionalidade na lei 12.654/2012, uma vez que o indivíduo não estará tão somente produzindo prova contra si, mas para que tal medida fosse imposta o mesmo delíquio, e na forma da lei está sujeito a identificação criminal por meio fornecimento de material genético.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça, indeferiu liminar que alega ser inconstitucional a obrigatoriedade de fornecimento de material genético pra registro em banco de dados do poder público.

> HABEAS CORPUS Nº 407.627 - MG (2017/0167688-6) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS PACIENTE : IGOR ALESSANDRO DE SENA COSTA (PRESO) DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de habeas corpus, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, interposto em favor de IGOR ALESSANDRO DE SENA COSTA em face de acórdão da 7.ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, nos autos do agravo em execução n.º 1.0024.09.492912-2/005, denegou a ordem. Eis a ementa do julgado: "AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO - ART. 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL - VINCULAÇÃO - VIOLAÇÃO A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO - INOCORRÊNCIA. 1. No termos do art., 300 do Regimento Interno deste Eg. Tribunal, a decisão que acolhe ou rejeita Incidente de inconstitucionalidade, se

proferida por maioria de dois terços, é de aplicação obrigatória em casos análogos. 2. A coleta de material biológico nos termos do art., 9º-A da Lei de Execução Penal não viola o Princípio da Presunção de Inocência ou o de não autoincriminação, porquanto já reconhecida a culpabilidade do agente, em decisão transitada em Julgado." (fl. 69). Insurge-se o recorrente contra o deferimento da prova de coleta de material genético, alegando, violação à garantia constitucional a não autoincriminação. Ressalta a presença de periculum in mora porquanto "A autoridade coatora deu provimento ao recurso interposto ao fundamento de que seu Órgão Especial rejeitou o incidente de inconstitucionalidade e decidiu pela constitucionalidade do 9º-A da Lei nº 7.210/84, determinando a comunicação imediata à Vara de Execuções Criminais de origem acerca do que foi decidido, o que, inclusive, já ocorreu, fls.52/58." (fl. 2). Assevera que "foi reconhecida a repercussão geral da matéria no RE 973837/MG pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, não sendo prudente se determinar a coleta compulsória do material genético enquanto tal questão não for apreciada definitivamente por seu juiz constitucional, no caso, o excelso Supremo Tribunal Federal. (fl. 3). Pede, liminarmente, e no mérito, seja concedida a ordem de habeas corpus, ainda que de ofício, para que seja determinado o não cumprimento do v. acórdão proferido pela autoridade coatora, até que o excelso Supremo Tribunal Federal se pronuncie de forma definitiva sobre a inconstitucionalidade do art. 9º-A da Lei nº 7.210/84. É o relatório inicial. Decido. Preliminarmente, vale referir que, a despeito do meu convencimento pessoal em consonância, a propósito, com julgados do Supremo Tribunal Federal (RHC 119.149/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 06/04/2015; RHC 118623/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, 04/12/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012; v.g.) , as Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que é inadequado o manejo de habeas corpus contra ato decisório do Tribunal a quo impugnável pela via do recurso especial (HC 162.282/MG, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe de 25/06/2015; HC 318.858/ES, Rel. Min. MARIA THEREZA, Sexta Turma, DJe de 18/06/2015; HC 314.011/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe de 23/06/2015; HC 313.786/PA, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 26/06/2015, v.g.). Portanto, a errônea impetração de mandamus originário, no caso, por si só, já impede a identificação do requisito do fumus boni iuris e, consequentemente, o deferimento da medida liminar. Ainda que assim não fosse, o direito invocado pela parte Impetrante não é de reconhecimento que se mostra prontamente inequívoco, pois não reputo configurado o fumus boni iuris para o deferimento da medida urgente requerida. O acórdão recorrido apresenta fundamentação fática e jurídica suficiente à sua manutenção, não havendo, em princípio, manifesta teratologia que justifique a sua suspensão. Confira-se, a propósito, o seguinte excerto extraído do voto-condutor do julgado recorrido:"Com efeito, a possibilidade de identificação criminal por meio da coleta de material genético foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio por melo da Lei 12 654/2012, que acrescentou à Lei de Execução Penal o art , 9º in verbis: Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grava contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no ô 072 de 25 de julho de 1990. Serão submetidos, obrigatoriamente, â identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxtriibonucleico, por técnica adequada e Indolor. § 1º - A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido peto 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 Depreende-se que a norma em questão determina que os condenados definitivamente por crimes cometidos com violência grave ou por crimes hediondos deverão ser submetidos, obrigatoriamente, a identificação do material biológico, por técnica adequada e indolor Ressalta-se, a propósito, que não se desconhece a controvérsia acerca do tema, que inclusive no Recurso Extraordinário nº 973.837 teve reconhecida a repercussão geral. E, em que pese não ter sido ainda julgado o mérito do mencionado

Recurso Extraordinário (...) Contudo, este eg, Tnbunal, no julgamento da Arguição da Inconstitucionalidade 1,0024.07,521170-6/005, rejeitou o incidente para afirmar a constitucionalidade do art. 9º da Lei 7.210/84- Destaca-se: EMENTA: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 9º-A DA LEI Nº 7 210/34 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL)- IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL - ARMAZENAMENTO DE DADOS EM PERFIL GENÉTICO - VIOLAÇÃO AO PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - NAO OCORRÊNCIA CONSTITUCIONALIDADE É constitucional a norma que prevê a extração obrigatória de DNA de condenados visto que representa avanço científico e a conseqüente segurança na identificação das pessoas não com prometendo o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, porquanto já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado. V.V É Inconstitucional a norma que obriga o condenado a fornecer material para traçar seu perfil genético, o qual será armazenado e colocado à disposição para eventuais investigações policiais, pois constrange o Indivíduo a produz prova contra si mesmo, violando os princípios da presunção de inocência e da não auto-incriminação (Arguição de Inconstitucionalidade nº 1 0024 07 521170-6/005. Rei Des Paulo Cêzar Dias -TJMG - julgado em 22.02 2017] Reconheceu-se, portanto, que a colheita obrigatória de DNA de condenados não compromete o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência ou o da não autoincriminação, pois o agente já teve reconhecida a culpabilidade, em decisão transitada em julgado. E, por fim, consoante redação do art 300 do Regimento Interno deste Eg. Tribunai, a decisão de Incidente de Inconstituclonalidade, quando proferida por maioria de dois terços, será de aplicação obrigatória em casos análogos (...)"(fls. 72/73) Com efeito, não há falar-se em fumus boni iuris, porquanto a Lei n.º 12.654/12 determina a coleta de material genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, tais como: dolosos com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. Nesse sentido já pronunciou esta Corte, confira-se:"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. EXAME DE DNA. ALEGADA PROVA ILÍCITA. NÃO OCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO ACERCA DA CONDENAÇÃO. LEI 12.654/12. COLETA DE PERFIL GENÉTICO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - A condenação do recorrente pelos delitos de estupro e estupro na forma tentada, na hipótese, fundamentou-se em elementos concretos extraídos dos autos que comprovaram a materialidade e a autoria delitivas, de modo que os laudos periciais (exame de DNA) não consistiram no único elemento de prova produzido. Além da confissão extrajudicial, realizada de maneira clara e detalhada, aliada aos depoimentos das duas vítimas - e ainda de uma terceira, corroborada pelo depoimento de um vizinho, - foram uníssonas no sentido de apontar o recorrente como autor dos delitos. Logo, desinfluente a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA teria sido colhida de forma ilegal, até porque o recorrente autorizou a realização do exame (precedente). II - Outrossim, com o advento da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos (arts. 1º e 3º). Recurso ordinário desprovido."(RHC 69.127/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 26/10/2016.) Apesar da relevância da matéria, que trata de eventual violação do art. 5.º, LXIII, da Constituição Federal (proibição de autoincriminação) pelo art. 9º-A da LEP, introduzido pela Lei n.º 12.654/2012, não cabe, em sede de liminar, a discussão sobre a sua constitucionalidade, reputando-se válida e eficaz a lei, para todos efeitos. Nesse contexto, conclui-se que as circunstâncias acima registradas, primo ictu oculi, não

> permitem a constatação da patente ilegalidade sustentada pela defesa e obstam, ao menos por ora, o acolhimento da pretensão urgente formulada. Em juízo de cognição sumária, o caso dos autos não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, porquanto, em que pese a plausibilidade do direito argüido, o pedido liminar é de natureza satisfativa, confundindo-se com o próprio mérito da impetração, cuja análise competirá ao órgão colegiado, em momento oportuno. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar. Solicitem-se informações pormenorizadas ao Tribunal de origem. Após, ouça-se o Ministério Público Federal. Brasília (DF), 17 de julho de 2017. MINISTRA LAURITA VAZ Relatora
>
> (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - HC: 407627 MG 2017/0167688-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 03/08/2017)

Não obstante a defesa alegou violação da garantia constitucional de não incriminação e a presunção de inocência, além de salientar insegurança do procedimento de coleta e a validade do material coletado.

Em que pese, o direito da não autoincriminação, torna-se flexível quando ponderado a garantia da segurança pública, uma vez que ambos têm previsão constitucional.

A sociedade deseja uma melhor segurança pública, com menores índices de criminalidade e justiça mais eficiente. De um outro lado, existe os indivíduos que serão submetidos as regras na lei, desejam que seus direito e garantias sejam violados. Direito e garantias esses previsto na Constituição Federal, lei maior e suprema do país, trazidos no ordenamento como princípios fundamentais. Ocorre que as garantias constitucionais prevista em nosso ordenamento não podem ser esquecidas.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo analisar a Lei 12.654/2012, que traz em seu dispositivo duas inovações no ordenamento jurídico brasileiro: a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético como modalidade de identificação criminal e a instituição de um banco nacional de perfil genético.

Para que fosse atingido o objetivo da presente monografia foi feita uma compilação de matérias relacionados ao tema, extraídas da legislação, doutrinas, artigos e jurisprudência dos tribunais, principalmente dos superiores.

Ademais, a metodologia adotada foi bibliográfica, de forma mista, extraindo dados de estudo feito na sociedade e em casos específicos.

Para se chegar na conclusão do tema foi necessário aborda diversos assuntos.

Sobre a necessidade de individualizar e distinguir as pessoas, pois se trata de um interesse social, ou seja é um fator de segurança jurídica e organização social. Assim a identidade humana impõem ao Estado garantir e proteger a pessoa contra violações que decorrem do direito a personalidade, além do dever de desenvolver e aplicar tecnologias capazes de individualizar e distinguir o cidadão.

Vimos que houve avanços científicos no campo da identificação humana, utilizando a identificação biológica pode acreditar em um elevado grau de acerto, o que só foi possível com os métodos biométricos.

Neste contexto, a aplicação dos métodos de identificação criminal repercute nos direitos fundamentais, uma vez que o procedimento visa obter informações e características a partir do corpo humano. Ademais, a legitimidade, contrapõe a proteção da dignidade humana, a qual não se restringe a proteção da entidade corporal, pois tem dimensões espirituais e psíquica da pessoa.

No Estado Democrático de Direito, a investigação criminal é um dever estatal, que adequa-se aos direitos fundamentais.

Vale destacar que a aplicação da identificação genética para fins criminais, requer que seja observado os princípios da proteção dos dados genéticos, que veda o uso do DNA apenas para a finalidade a que foi solicitada. Contudo, impõe a definição de um regime jurídico que torne o emprego da identificação genética e de seus bancos de dados um recurso investigativo restrito as regras prevista em lei.

Em que pese, a análise realizada é possível o fornecimento de material genético para fins de identificação criminal, porem deve ser realizado utilizando de métodos indolor, como fios de cabelo e salivas, para que não tenha qualquer prejuízo a integridade física do acusado.

No entanto, pode concluir-se que em razão da convivência de liberdade e de interesse público relevante, o poder público é legitimado para aplicação da medidas, desde que respeitados os limites previstos na Constituição.

Dessa forma, o problema em questão é a possibilidade do fornecimento de material genético para fins de identificação criminal de forma compulsória. Ademais é possível o

fornecimento de material genético de forma compulsória para fins de identificação criminal nos termos da lei, ainda que viole vários direitos e garantias constitucionais, tal procedimento poderá ser solicitado pelo juiz sempre que julgar necessário, pautado no interesse social.

A sociedade deseja uma melhor segurança pública, com menores índices de criminalidade e justiça mais eficiente. De um outro lado, existe os indivíduos que serão submetidos as regras na lei, desejam que seus direito e garantias sejam violados. Direito e garantias esses previsto na Constituição Federal, lei maior e suprema do país, trazidos no ordenamento como princípios fundamentais.

Não obstante, cabe ao Estado, como parte ativa do processo penal o dever de acusar e levantar provas contra o investigado, uma vez que a lei não é clara quanto as consequências da recusa.

Por fim, a pesquisa foi conclusiva, devendo considerar que os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto aos interesses públicos legítimos, assim, a criação de um bando de dados criminais no Brasil é provável através da edição da Lei, estabelecendo limites da medidas restritivas das prerrogativas individuais e que regule minunciosamente seu funcionamento.

REFERÊNCIAS

ALBARELLOS, Laura Adriana. Identificación Humana y Bases de Datos Genéticos. Azcapotzalco: Ubijus Editorial, 2009.

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Flaviane de Maggalhães. Investigação Policial e direito à ampla defesa: dificuldade de uma interpretação adequada à constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BONACCORSO, Norma Sueli. Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no brasil. 2010. 231 f. Tese de (Doutorado em Direito Penal) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei n° 8.069 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Lei 12.037, de 1° de outubro de 2009. Lei de Identificação Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Lei n° 12.654, de 28 de maio de 2012. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em: 07 out. 2017.

CALLEGARI, André Luis; WERMUNTH, Maiuel Andelo Deordi; ENGELMANN, Wilson. DNA e investigação criminal no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORRÊA, Luiz Fernando. Ações para combater a criminalidade no país. Revista Perícia Federal. DNA forense: técnicas de coleta em locais de crimes, ano V, n. 18, 2004.

GIOVANELLI, Alexandre; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A perícia criminal no Brasil como instância legitimadora de práticas policiais inquisitoriais. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP, Marília ed. 7, jun. 2011. Disponível em: http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/1672/1420. Acesso em: 16 set. 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial. 9ª Ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. A identificação compulsória pelo perfil genético e a hipérbole do direito ao silêncio. Genjurídico. São Paulo, 1° de junho de 2017. Disponível em:
MEDEIROS, José Roberto. A genética na prova penal. São Paulo: Pillares, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabrini. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2008.

NETO, Mário Canabarro Trois. Direito Penal à não autoincriminação e direito ao silêncio. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. Intervenções corporais no Processo Penal e na Nova Identificação criminal Lei n° 12.654/12. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NOVAES, Luiz Carlos Garcez. A identificação humana por DNA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Breves notas sobre a não autoincriminação. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/. Acesso em: 07 out. 2017.

PASQUALI, Luiz; ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio. Datiloscopia: a determinação dos dedos. Brasília: L. Pasquali, 2006. Disponível em:
http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf.
Acesso em: 21 set. 2017.

PORTUGAL, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo. Acesso em: 16 set. 2017.

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

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANGUINÉ, Lívia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: nemo tenetur se detegere (1). Boletim IBCCRIM nº 221. São Paulo: IBCCRIM, 2011. http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/artigo-nemo-tenetur-se-detegere-1.pdf. Acesso em: 03 set. 2017.

SILVA, Emílio de Oliveira. Identificação Genética para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SOBRINHO, Mário Sérgio. A identificação criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.