

## ENFRENTAMENTO CONSTITUCIONAL DA LEI Nº 12.654/2012 À LUZ DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Constitutional Confrontation of Law No. 12.654/2012 in light of the Diffuse Control of  
Constitutionality

**Indiara Monique Frizon Taparello<sup>1</sup>**

Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira – Luís Eduardo Magalhães/Bahia

indy\_frizon@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9361698689903128>

**RESUMO:** O trabalho possui como objeto de estudo o enfrentamento constitucional da Lei nº 12.654/2012 à luz controle difuso de constitucionalidade. Como metodologia, o relato desta análise, em três capítulos, lida com algumas decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça Estaduais em sede de controle concreto de constitucionalidade, trabalhando com os limites e possibilidades constitucionais que justificam a utilização do perfil genético do Ácido Desoxirribonucléico (DNA), frente aos direitos fundamentais dos indivíduos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, é no campo da abordagem dedutiva que se desenvolve a pesquisa. Uma discussão acerca das generalidades do controle de constitucionalidade, presente no primeiro capítulo, concentra as discussões sobre a compreensão a aplicabilidade do controle difuso de constitucionalidade. No segundo capítulo, direciona-se o estudo à nova sistemática criminal implementada pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que acrescentou o art. 9º-A à Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984 (Lei de Execução Penal). No terceiro capítulo, um estudo da colisão existente entre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, frente às inovações trazidas pela Lei nº 12.654/2012, em especial sobre a colheita compulsória do material genético, para compreender os limites constitucionais de sua implementação. O controle difuso de constitucionalidade surge como umas das formas de se analisar o atual posicionamento dos Tribunais acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012.

**Palavras-chave:** Identificação Criminal. Direitos Fundamentais. Lei nº 12.654/2012. Perfil Genético. Controle Difuso de Constitucionalidade

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Constitucional Aplicado e Direito Penal. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF). Professora de Direito Constitucional e de Introdução ao Estudo do Direito no Centro Universitário Arnaldo Horácio Ferreira (UNIFAAHF). Assessora Técnico-Jurídica no Ministério Público do Estado da Bahia.

---

**ABSTRACT:** The work has as object of study the constitutional confrontation of Law nº 12.654/2012 in the light of diffuse control of constitutionality. As a methodology, the report of this analysis, in three chapters, deals with some decisions handed down by the State Courts of Justice in the context of concrete control of constitutionality, working with the constitutional limits and possibilities that justify the use of the genetic profile of Deoxyribonucleic Acid (DNA) , against the fundamental rights of individuals enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Therefore, it is in the field of the deductive approach that the research is developed. A discussion about the generalities of constitutionality control, present in the first chapter, concentrates the discussions on understanding the applicability of the diffuse control of constitutionality. In the second chapter, the study is directed to the new criminal system implemented by Law nº 12.654, of May 28, 2012, which added art. 9º-A to Law nº 7.210, of July 11, 1984 (Criminal Execution Law). In the third chapter, a study of the existing collision between the fundamental rights and guarantees of individuals, against the innovations brought by Law nº 12.654/2012, in particular on the compulsory collection of genetic material, to understand the constitutional limits of its implementation. The diffuse control of constitutionality emerges as one of the ways to analyze the current position of the Courts regarding the constitutionality of Law nº 12.654/2012.

**Keywords:** Criminal Investigations. Fundamental Rights. [Brazilian] Law No. 12.654/2012. Genetic Profiling. Constitutional Control.

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; 1.1 CONTROLE DIFUSO; 2 A SISTEMÁTICA CRIMINAL DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA; 2.1 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL; 2.2 O DNA HUMANO E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS; 2.3 A LEI Nº 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012; 2.3.1 A Colheita Compulsória; 3 ENFRENTAMENTO CONSTITUCIONAL DA LEI Nº 12.654/2012; 3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARADIGMAS DE ANÁLISE; 3.1.1 O Direito à Liberdade Física, Integridade Física e à Intimidade; 3.1.2 O Estado de Inocência; 3.1.3 Dignidade da Pessoa Humana; 3.1.4 O Direito Fundamental à Não Autoincriminação e o Direito ao Silêncio; 3.2 DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

## **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa tem por objeto de estudo o enfrentamento constitucional da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, à luz controle difuso de constitucionalidade. Trata-se da sistemática processual-penal que acrescentou o art. 9º-A à Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Sob essa perspectiva, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever a possibilidade de utilização do perfil genético do Ácido Desoxirribonucleico (DNA) nas investigações criminais, assim como estabeleceu a obrigatoriedade de sua utilização no caso de condenação criminal, finalizando a identificação humana.

---

Ademais, a Lei nº 12.654/2012 surgiu como norma regulamentadora do art. 5º, LVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, considerando que passou a prever nova forma de identificação criminal, agora por meio da colheita do DNA, destinado ao armazenamento em um banco de dados de perfil genético.

Este trabalho terá como escopo a análise desta modalidade de identificação criminal, a partir de um enfrentamento constitucional do tema, sob o enfoque material, considerando, para tanto, os Direitos Fundamentais à Liberdade Física, Integridade Física, Intimidade, o Estado de Inocência, a Dignidade da Pessoa Humana, o Direito Fundamental à Não Autoincriminação e o Direito ao Silêncio.

Em que pese a matéria ainda não tenha sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do exercício do controle concentrado de constitucionalidade, seu enfrentamento é objeto do Recurso Extraordinário nº 973837, que teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo plenário virtual.

Levando em considerações tal perspectiva, a presente pesquisa será direcionada para a análise das decisões proferidas em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade, visto que, por contemplar requisitos mais amplos, confere maior possibilidade de processamento no sistema jurídico vigente.

Quanto à metodologia, para a construção dos argumentos, optou-se por dividir o trabalho em três capítulos de desenvolvimento. No primeiro capítulo, para realizar as considerações gerais sobre o Controle de Constitucionalidade, perpassando pelas espécies de inconstitucionalidade quanto à origem do vício, modalidades de controle quanto à via utilizada e o controle difuso propriamente dito.

Prosseguindo, no segundo capítulo, a abordagem será destinada à sistemática criminal implementada pela Lei nº 12.654/2012, a qual trouxe nova possibilidade de identificação criminal para o ordenamento jurídico, qual seja: a identificação genética. Para tanto, destaca-se um breve histórico sobre o panorama brasileiro, passando para o estudo conceitual do DNA Humano e das intervenções corporais, finalizando com a compreensão dos principais pontos fixados pela legislação.

Fixadas essas premissas, no terceiro capítulo será realizado o enfrentamento constitucional do tema, a fim de analisar a possível existência de colisão entre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, postos no ordenamento jurídico pela Carta Magna, com a sistemática de identificação criminal inaugurada pela Lei nº 12.654/2012, especialmente no tocante à compulsoriedade da colheita do material genético. Inicialmente, será trazido à colação

---

os direitos fundamentais objeto de maior questionamento quanto à possível afronta, para, posteriormente, visualizar as recentes decisões proferidas em sede de Controle Difuso de Constitucionalidade.

Com essas considerações, o intuito da pesquisa é o de que, a partir do enfrentamento constitucional do tema, bem como, por meio da visualização de algumas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, este estudo possa colaborar de alguma maneira com as discussões levantadas.

## **1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O Controle de Constitucionalidade revela-se como um dos instrumentos mais importantes do ordenamento jurídico, tendo em vista que realiza verdadeiro “filtro” de normas infraconstitucionais, na medida em que toda e qualquer norma que esteja em desconformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil deve ser extirpada do ordenamento jurídico.

Ademais, conforme ressalva feita por Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, Hans Kelsen “nos trouxe a ideia da existência de um escalonamento de leis, de uma verdadeira hierarquia entre as normas que compõem a ordem jurídica de um Estado, na qual as de hierarquia inferior extraem seu fundamento de validade das normas superiores”. A partir disso, chega-se à constituição jurídico-positiva, que se encontra no ápice da pirâmide normativa estatal (DANTAS, 2015).

É possível notar que parcela das legislações que adentram no ordenamento jurídico brasileiro revelam-se, muitas vezes, incompatíveis com os preceitos veiculados pela Constituição Federal de 1988, situação que gerar insegurança jurídica.

Diante disso, o Controle de Constitucionalidade, como o próprio nome sugere, destina-se a controlar/acompanhar/fiscalizar a compatibilidade das legislações infraconstitucionais com a CRFB/88. Nesta perspectiva, Dirley da Cunha Junior lembra que “a supremacia da Constituição é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura respeito à ordem jurídica, seja porque proporcionar a efetivação dos valores sociais” (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 218).

O referido autor traz importante definição, ao lembrar que o controle “enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e

---

conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados” (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 218).

Nesta mesma perspectiva, Guilherme Penã de Moraes leciona que se trata de:

Juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a Constituição. (MORAES, 2014, p. 141).

Importante notar que o princípio da supremacia da constituição decorre da rigidez constitucional, cuja peculiaridade permite a alteração do texto, todavia, mediante a observância de determinados requisitos de ordem formal e material. Nesta esteira, Dirley da Cunha Junior destaca que a rigidez constitucional decorre exatamente da “previsão de um processo especial e agravado, reservado para a alteração das normas constitucionais, significativamente distinto do processo comum e simples, previsto para a elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias”. (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 220).

Além disso, o Controle de Constitucionalidade pode ser um controle político, jurisdicional ou misto. Conforme consagrado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o controle político é realizado nas “Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais Comissões”, bem como por meio do “veto oposto pelo Executivo a projeto de lei” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1029).

O controle jurisdicional, conforme elucidado por José Afonso da Silva, “é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público”. Já o controle misto “realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional” (SILVA, 2014, p. 51).

Outrossim, é importante lembrar que existe diferença entre controle de legalidade, controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade. Moraes lembra que:

O primeiro é imanente ao Direito Administrativo, pois destinado à aferição da validade de norma infralegal em face da Legislação, o segundo é inerente ao Direito Internacional, porquanto direcionado à análise da validade de norma legal em face de tratados e convenções sobre direitos humanos, e o terceiro é intrínseco ao Direito Constitucional, porque dirigido à apreciação da validade de norma infraconstitucional em face da Constituição. (MORAES, 2014, p. 141).

Quanto às espécies de inconstitucionalidade em relação ao vício de origem, é possível mencionar duas perspectivas: material e formal. Tais vícios possuem caracterizações próprias,

---

conforme abaixo demonstrado. Nas referências de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1040).

Assim, verifica-se que a discussão se assenta sobre o conteúdo das normas infraconstitucionais, se há compatibilidade com os preceitos fixados a Constituição. Logo, caso não haja, surge a inconstitucionalidade material (também conhecida como “nomoestática”).

Já o vício formal (conhecido como “nomodinâmica”), é verificado quando a lei ou ato normativo infraconstitucional padecerem de um vício em sua forma, ou seja, no processo legislativo que culminou em sua elaboração ou, até mesmo, quando proveniente de autoridade competente. Aqui, não se fala em conteúdo, mas sim em formalidades.

Na lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1038-1039).

A doutrina ainda destaca que a inconstitucionalidade formal poderá ser de duas subespécies: inconstitucionalidade formal orgânica e inconstitucionalidade formal propriamente dita. A primeira ocorrerá quando o órgão legislativo que editou a legislação não tiver competência para tanto. Já a segunda, verifica-se quando a edição de uma lei ou ato normativo deixar de observar as regras procedimentais previstas constitucionalmente, seja relativo à capacidade de iniciativa, ou rito de tramitação (DANTAS, 2015, p. 162).

Após ficar esclarecido que a inconstitucionalidade pode ser verificada sob duas vertentes, passar-se-á para a análise de quais são as vias (caminhos, meios, instrumentos) utilizadas para se arguir os vícios encontrados e, conseqüentemente, obter o seu reconhecimento no mundo jurídico.

Todavia, antes de adentrar no mérito da questão, impende destacar que o controle de constitucionalidade poderá ser preventivo (prévio) ou repressivo (posterior). Na lição de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas:

Será preventivo quando realizado antes que as propostas de emenda constitucional ou os projetos de lei ou ato normativo sejam editados. Tem por escopo evitar que a norma editada de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico pátrio. Será repressivo, ao contrário, quando o controle for realizado depois da edição da emenda à constituição ou da norma infraconstitucional. Esta última modalidade de controle, também denominada de controle superveniente, tem por objetivo, como é lógico e intuitivo, afastar a aplicação de norma inconstitucional já editada (DANTAS, 2015, p. 165)

---

Assim, tem-se que o controle prévio é realizado pelo Legislativo (próprio parlamentar e pelas Comissões de Constituição e Justiça), Executivo (por meio do Veto Presidencial) e Judiciário (Mandado de Segurança impetrado por parlamentar). Na mesma perspectiva, o controle posterior pode ser realizado de forma Política (Cortes ou Tribunais Constitucionais ou Órgão de Natureza Política), Jurisdicional (difuso e concentrado), e misto.

O objeto aqui analisado diz respeito ao controle repressivo (aquele realizado diretamente sobre a lei) e jurisdicional (sistema difuso e concentrado).

Como se pode notar, o controle repressivo de constitucionalidade, do tipo judicial ou jurisdicional, apresenta-se sob duas modalidades: o controle difuso e o controle concentrado. Enquanto o controle difuso pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, o controle concentrado apenas pode ser executado por alguns Tribunais.

Além disso, tem-se que, em regra, o sistema difuso de controle é exercido pela via incidental, ao passo que o sistema concentrado de controle é exercido pela via principal.

Conforme lembrado por Marcelo Novelino, o controle concentrado (ou reservado) é “atribuído exclusivamente a determinado tribunal. Idealizado por Hans Kelsen e consagrado originalmente pela Constituição da Áustria (1920), esse tipo de controle proliferou na Europa, ficando conhecido como sistema austríaco ou europeu” (NOVELINO, 2017, p. 178).

O controle concentrado pode ser verificado em cinco situações: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADI (prevista no art. 102, I, “a”, CRFB/88 – regulamentada pela Lei nº 9.868/99); b) Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC (prevista no art. 102, I, “a”, CRFB/88 - regulamentada pela Lei nº 9.868/99); c) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (prevista no art. 102, § 1º, CRFB/88 - regulamentada pela Lei nº 9.882/99); d) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO (prevista no art. 103, § 2º, CRFB/88 - regulamentada pela Lei nº 12.063/2009); e) Representação Interventiva – ADI Interventiva (prevista no art. 36, III, c/c art. 34, VII, CRFB/88 – regulamentada pela Lei nº 12.562/2011). Como se pode notar, o controle concentrado é realizado por meio de ações específicas, com amplo rol de legitimados.

Entretanto, a legislação que será posteriormente analisada (Lei nº 12.654/2012) ainda não fora objeto de análise por meio do controle concentrado. Mas é imprescindível destacar, de plano, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria (por unanimidade), objeto do Recurso Extraordinário (RE) 973837, oportunidade na qual vai decidir acerca da constitucionalidade da referida lei.

---

## 1.1 CONTROLE DIFUSO

Conforme visto nos tópicos anteriores, o controle difuso de constitucionalidade é realizado, em regra, por via incidental. Isso significa afirmar que sua apreciação é mais corriqueira. Como veremos a seguir, não existem ações específicas para a utilização desta espécie de controle, pelo contrário, o pedido é feito no bojo das mais variadas ações.

Quanto a origem histórica, Paulo Roberto de Figueiredo Dantas anota que:

O controle difuso, também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, [...] foi criado nos Estados Unidos da América (daí também ser denominado de modelo norte-americano) e aplicado pela primeira vez no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, decidido pelo então presidente da Suprema Corte Norte-Americana, John Marshall (DANTAS, 2015, p. 166).

A partir disso, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, lembram que o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se pela “verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1088).

Nas explicações tecidas no tópico anterior, verificou-se que o controle difuso, também chamado de concreto ou incidental, é exercido por qualquer órgão judicial. Além disso, também deve ser observada a cláusula de reserva de plenário (também denominada de “full bench”), considerando que o art. 97 da CRFB/88 prevê que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

No ordenamento jurídico pátrio, além de estar previsto no art. 102, inciso III, da CRFB/88 (dispositivo que trata do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da questão da inconstitucionalidade suscitada em um caso concreto por meio do Recurso Extraordinário), a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 também traz importantes dispositivos, que, todavia, foram modificados pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

O doutrinador Dirley da Cunha Júnior afirma que:

A fiscalização incidental da constitucionalidade pode ser provocada e suscitada (a) pelo autor, na inicial de qualquer ação, seja de que natureza for (civil, pena, trabalhista, eleitoral e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública), qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou (b) pelo réu, nos atos de resposta (contestação, reconvenção e exceção) ou nas ações incidentais de contra-ataque (embargos à execução, embargos à terceiros, etc). (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 260)

---

A partir de tais apontamentos, nota-se que a legitimidade é ampla, ou seja, o controle difuso pode ser exercido por qualquer das partes que compõe a relação jurídica processual, tais como autor/réu, terceiro interveniente, Ministério Público (quando atuar no feito) e o próprio juiz ou tribunal poderá reconhecer de ofício.

Em regra, os efeitos das decisões limitam-se às partes envolvidas no processo, visto que apresentam interesses meramente particulares. Entretanto, determinados assuntos extrapolam os interesses individuais, razão pela qual faz-se necessário estender os efeitos de determinadas decisões. No controle de constitucionalidade não é diferente, considerando que as leis e os atos normativos possuem caráter geral e abstrato.

Conforme fixado por Marcelo Novelino, a sentença proferida em sede de controle difuso, declarando a inconstitucionalidade de determinada lei, produzirá efeitos pretéritos, tornando-a nula de pleno direito (“ex tunc”). Além disso, seus efeitos ficarão restritos às partes do processo, não se estendendo à terceiros. (NOVELINO, 2017, p. 181-182).

Destaca-se, desde já, que as Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999 estabelecem a possibilidade de limitações dos efeitos no tempo. Não obstante isso, o STF já entendeu que é possível conferir efeitos “ex nunc” ou “pro futuro” em sede de controle difuso. Tal entendimento ficou consagrado no julgamento do RE 197.917 (“leading case”).

Como visto, o STF poderá realizar o controle difuso de constitucionalidade por meio da apreciação de Recurso Extraordinário interposto naquela Corte. Posto isso, o art. 178 do Regimento Interno do STF estabelece que será feita a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da CF/88.

O art. 52, X, da CRFB/88 prevê que compete ao Senado Federal (mediante Resolução) suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Importante lembrar que essa suspensão pode-se dar em relação a leis federais, estaduais, distritais e municipais.

Digno de nota, que a suspensão determinada pelo Senado Federal só se aplica em sede de controle difuso de constitucionalidade, visto que no controle concentrado as decisões já produzem automaticamente efeitos “erga omnes” (em face de todos).

Conforme destacado por Marcelo Novelino, no sistema jurídico brasileiro contemporâneo é possível notar uma “tendência de ‘abstrativização’ do controle de constitucionalidade, a qual pode ser compreendida como um movimento no sentido de conferir

---

ao controle concreto (ou incidental) características e efeitos típicos do controle abstrato” (NOVELINO, 2017, p. 188).

No julgamento da ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, de relatoria da Min. Rosa Weber, julgadas em 29/11/2017 (Info 886), ficou consignado o entendimento de que as decisões adotadas pelo Plenário do STF, em controle difuso, também são revestidas de eficácia *erga omnes* e vinculante.

Assim, o art. 52, X, da CF/88 sofreu mutação constitucional, ou seja, o Senado Federal apenas confere publicidade ao julgamento.

## **2 A SISTEMÁTICA CRIMINAL DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA**

### **2.1 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL**

É preciso diferenciar identidade e identificação. Para tanto, Rogério Greco definiu identidade como sendo “o conjunto de propriedades particulares (sinais, marcas) e caracteres que individualizam uma pessoa, distinguindo-a das demais”. (GRECO et al, 2013, p. 49).

Já a identificação, conceituou do seguinte modo:

É o conjunto de técnicas, métodos e sistemas usados para determinar a identidade de alguém. É o emprego de meios adequados para determinar a identidade ou a não identidade. Vale mencionar a observação de José Mauro de Moraes: ‘normalmente a identificação judiciária não é realizada por médicos, mas por técnicos identificadores, que utilizam vários meios e procedimentos, e em geral a dactiloscopia’ (GRECO et al, 2013, p. 49).

Em virtude dessas considerações, podemos concluir que a identificação se revela pelos aspectos que provam a identidade. Nos dizeres de Greco:

O material de estudo pode ser o indivíduo vivo ou o cadáver, em seu conjunto ou em partes, e ainda coisas (pelos, unhas, cabelos, ossos), sempre com o objetivo de determinar a identidade do indivíduo. Nesse processo diagnóstico é que se qualifica e individualiza-se o ser (GRECO et al, 2013, p. 49).

Convém ponderar que, a Magna Carta de 1988 cria restrições à identificação criminal, de modo que não está se referindo à identificação civil. No mais, seguindo a classificação posta pela doutrina de Medicina-Legal, o processo de identificação ainda pode ser dividido em duas partes distintas, quais sejam: a) identificação médico-legal ou pericial; b) identificação policial ou judiciária.

Para o jurista acima citado, tais subdivisões são utilizadas sob aspectos diferentes, revelados das mais diversas formas, vejamos:

---

A identificação médica destina-se ao estudo da raça, do sexo, da idade, da altura, do peso, dos sinais individuais (má formações, cicatrizes, dentes, tatuagens, digitais, mecânica corporal, íris, voz, forma e cor dos cabelos, altura, sinais particulares) e dos sinais profissionais (também chamados de estigmas). Já a identificação policial ou judiciária não exige, rigorosamente, conhecimentos médicos e utiliza-se, entre outros métodos, da antropometria (criada por Bertillon) e da datiloscopia (GRECO et al, 2013, p. 50).

Como se verificará, o processo de identificação criminal é um ato complexo, que demanda conhecimentos técnicos. Mister salientar que, a identificação pode, ainda, ser difundida sob outras facetas, todavia, não será objeto do presente estudo. Posto isso, cumprenos assinalar que, tanto a identificação civil quanto a identificação criminal compõem o gênero: identificação humana. Segundo os especialistas André Luiz Nicolitt e Carlos Ribeiro Wehrs, é exatamente nessa perspectiva que surge a identificação criminal:

[...] como forma de garantir-se o seguro conhecimento e confirmação dos indivíduos envolvidos na prática de infrações penais, bem como para evitar-se a imposição de sanções penais a inocentes e garantir a aplicação do princípio da individualização da pena (NICOLITT; WEHRS, 2014, p.128).

A necessidade de se identificar os indivíduos ficou acentuada a partir da modificação do panorama social, que demandou um maior controle sobre as ações praticadas. Mário Sérgio Sobrinho ensina que:

Com a Revolução Industrial e a transformação da vida rural em urbana, aliadas ao crescimento da população nas cidades, das relações comerciais, deterioração de alguns hábitos de vida e a percepção de baixos salários, iniciou-se, naturalmente, o aumento de problemas como a deficiência habitacional dos trabalhadores, criminalidade violenta, entre outros. Tais sintomas ampliaram a necessidade da ampliação da identificação civil dos indivíduos, criada a partir do embrião da identificação criminal (SOBRINHO, 2003, p. 45-46).

Assim, após as primeiras impressões de que algo precisava mudar, ao final de 1902, no Brasil, surgiu a identificação criminal, antes mesmo da própria identificação civil de pessoas, que se iniciou em 1907 (NICOLITT; WEHRS, 2014, p.128).

Conforme informado por Marcos Alexandre Coelho Zilli, a identificação restringia-se à enumeração e citação das características físicas de cada indivíduo. Posteriormente, na Idade Média, a identificação dos criminosos se dava mediante a perfuração dos olhos, amputação dos dedos e das orelhas. Com a evolução da ciência, novos métodos passaram a ser estudados, como por exemplo, a antropometria, a fotografia “sinalética” e a datiloscopia, cada qual com suas peculiaridades, desenvolvidas de acordo com as necessidades e os instrumentos que estavam disponíveis à época. Ao longo dos estudos, percebeu-se que a datiloscopia era mais eficaz e segura do que os demais procedimentos. (apud NICOLITT; WEHRS, 2014, p.129).

---

Não obstante isso, outros métodos também foram desenvolvidos, conhecidos pelos nomes de seus idealizadores, visando aprimorar os já existentes. O doutrinador Mário Sérgio Sobrinho, assim sintetiza em sua obra:

a) Matheios: mensuração de partes do rosto; b) Anfosso: levantamento de perfis cranianos e medição do ângulo formado pelos dedos indicador e médio; c) Capdeville: medição e anotação de dados relacionados com os olhos; d) Leninsohn: fotografia do fundo dos olhos e medida das dimensões dos ossos do corpo; e) Frigério: imutabilidade e variabilidade do pavilhão auricular; f) Tamassia: permanência e invariabilidade das ramificações venosas no dorso da mão; g) Ameuille: análise dos desenhos das ramificações venosas da região frontal; h) Amoedo: levantamento e classificação das impressões dentárias; i) Sistema poroscópio de Locard ou Poroscopia: considerado como complementar ao sistema datiloscópio, demonstra a imutabilidade absoluta dos poros, a qual pode ser utilizada para identificação; j) Identificação por ondas cerebrais: permitia a identificação humana por meio da análise da frequência das ondas cerebrais, diferentes para cada indivíduo (SOBRINHO, 2003, p. 33).

Além disso, o referido autor ainda cita a biometria, que permite a identificação das pessoas por meio da análise de suas características.

Zilli lembra que em 1891, foi instalado o sistema de identificação fotográfico oficial no Estado de São Paulo, seguido pela criação de um Gabinete Antropométrico, em 1898 (*apud* NICOLITT; WEHRS, 2014, p.130). Já no ano de 1902, foi promulgada a Lei nº 947, regulamentada pelo Decreto nº 4.764, de 05 de fevereiro de 1903, sendo esta legislação que introduziu definitivamente a identificação criminal no Brasil, mais especificadamente, as impressões digitais.

Ocorre que, foi somente com a publicação do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), que surgiu a compulsoriedade da identificação criminal no Brasil. Nos termos do art. 6º, VIII, do referido diploma, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá “ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”.

Visando resguardar os direitos e garantias fundamentais, abarcados pelo constituinte originário, o art. 5º, inciso LVIII, da Carta Magna trouxe uma nova perspectiva, determinando que o civilmente identificado não seria identificado criminalmente, salvo nas hipóteses previstas em lei. Importante ainda notar que a Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, a Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013 (Lei do Crime Organizado), limitaram a aplicabilidade da identificação criminal, visando adequar o texto constitucional às peculiaridades de cada caso.

Após a promulgação do texto constitucional, foi publicada a Lei nº 10.054, de 8 de dezembro de 2000, que criou possibilidades de submissão à identificação criminal ao portador

---

de documento civil original. Muitos foram os debates em torno da constitucionalidade de tal previsão, considerando os aspectos compulsórios.

Nesta perspectiva, o doutrinador Badaró, manifestou-se pela constitucionalidade da “norma regulamentadora, uma vez que, ao estabelecer um regime diferenciado para a criminalidade considerada violenta, o legislador adotou um critério já utilizado em diversas situações” (*apud* NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 134).

Em sentido contrário, Nicolitt e Wehrs assim entendem:

[...] independentemente da intenção ao criar-se rol de crimes específicos, a identificação criminal se afigura procedimento constrangedor e aflitivo, nos parecendo ter o legislador infraconstitucional, com a previsão de rol de crimes específicos em que a identificação seria obrigatória, reduzido a intenção do constituinte (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 134).

Posteriormente, novos parâmetros foram introduzidos na processualística penal, com a criação da Lei nº 12.037/2009, que alterou as hipóteses de identificação criminal ao civilmente identificado, estabelecendo novas possibilidades, agora, revestidas de caráter subjetivo.

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.

Tais previsões perduraram até o surgimento de uma nova sistemática, que trouxe mudanças significativas ao panorama da identificação criminal no Brasil. E, nessa esteira, as técnicas de investigação e de prova criminal apresentam-se em um cenário revolucionário, desencadeado pelo desenvolvimento da biotecnologia. Como tentativa de combater a crescente criminalidade no país, foi publicada a Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, elaborada com a finalidade de introduzir no processo penal brasileiro a possibilidade de identificação criminal pelo exame de DNA, bem como a manutenção de um banco destinado a armazenar perfis genéticos dos condenados

## 2.2 O DNA HUMANO E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS

Ao longo dos anos, novos métodos estão sendo desenvolvidos para efetivação de análise dos perfis genéticos, considerando sua grande utilização nas mais diversas áreas do

---

conhecimento. Para tanto, parte-se da complexa compreensão do que vem a ser identificação genética, usualmente denominada de DNA.

Acerca do assunto, salienta Greco que:

[...] é a assinatura genética dos seres vivos. Dentro de cada célula há material nuclear que pode ser do tipo DNA ou RNA (seres vivos mais rudimentares, como vírus ou bactérias) e cada ser vivo possui uma sequência de genes que compõe o seu DNA diferenciado e específico para os organismos mais complexos, como o homem. Só há uma única possibilidade de o DNA ser igual em duas pessoas, qual seja, quando estas são irmãs gêmeas do mesmo ovo ou zigoto (gêmeos univitelinos). Quando se aventa o aspecto paternidade, pode-se ter certeza se um organismo humano é filho(a) biológico(a) de outro ser se parte (metade) de seus cromossomos tem DNA da parte investigada (GRECO et al, 2013, p. 30).

Em breve síntese, dentre outras classificações, os estudiosos ainda classificam o DNA em “codificante” e “não-codificante”, repartição esta que interessa fundamentalmente à justiça. (SÁNCHEZ apud NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 38). A grande importância do DNA “não-codificante” para a investigação criminal, é que não existem dois indivíduos com o mesmo código genético, excluindo-se, tão-somente, o caso dos gêmeos univitelinos. Assim, estaria viabilizado o processo de individualização dos indivíduos.

Posto isso, calha observar que existem diferentes métodos de análise do DNA, sendo que cada um possui sua credibilidade, bem como, revela sua falibilidade. Os testes desses meios foram realizados ao longo dos anos, em situações que demandavam maior eficácia para resolução do problema. Como acentuam Nicolitt e Wehrs, um dos primeiros casos em que foi utilizada a análise do DNA na investigação criminal, foi no ano de 1985, em uma localidade inglesa (Narborough), onde estava sendo investigado o crime de estupro e assassinato de duas meninas. Na ocasião, foi aplicado o método “DNA fingerprinting”. (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 40).

Inobstante isso, a utilização do material genético não serviu apenas para incriminar os agentes responsáveis, mas, também figurou como instrumento de libertação de inocentes. Considerando que o DNA se encontra em praticamente todas as células de um organismo vivo, sua extração pode se dar a partir de qualquer amostra biológica.

Nos termos do art. 2º, I, da Declaração Internacional dos Dados Genéticos Humanos, os dados genéticos são “informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas”. Já o inciso IV define amostra biológica: “qualquer amostra de material biológico (por exemplo: células do sangue, da pele e dos ossos ou plasma sanguíneo) em que estejam presentes ácidos nucleicos e que contenha a constituição genética característica do indivíduo”. Por fim, segundo o inciso XII,

---

exame genético é o “método que permite detectar a presença, ausência ou modificação de um determinado gene ou cromossomo, incluindo um teste indireto para um produto genético ou outro metabolito específico”.

As amostras biológicas podem ser encontradas das mais diversas formas, tais como no sangue, nas unhas, no sêmen, na saliva, no cabelo, nos pelos, dentre outros. Pequenas amostras são suficientes para a efetivação do processo de identificação, sendo que, o sangue é uma das mais encontradas no local do crime, especialmente nos delitos em que houve emprego de violência física.

Merece ser trazido à colação os ensinamentos de Emílio de Oliveira e Silva, ao destacar que: “é verdade que isso irá comportar variáveis distintas, pois a amostra pode ser obtida diretamente do corpo humano, mas também estar previamente dele destacado. Além disso, é possível que o material biológico seja proveniente de fonte conhecida ou desconhecida [...]” (SILVA, 2014, p. 118).

É na doutrina espanhola que se localiza um debate mais aprofundado sobre o assunto, que, nos dizeres de Nicolas Gonzáles-Cuéllar, as intervenções corporais são:

[...] medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obtenção de consentimento, por meio de coação física se preciso for, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele (apud NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 06)

A par disso, Nicolitt e Wehrs definem intervenções corporais como “ingerências sobre o corpo vivo da pessoa humana que afetam seus direitos fundamentais” (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 8).

Na visão de Greco, “não se deve levar a um rigor extremo a ideia de incolumidade física. A colheita de um fio de cabelo, de um pedaço de unha ou, até mesmo, de um pouco de sangue não causa dor, muito menos vexame ou qualquer inconveniente grave” (GRECO et al, 2013, p. 30).

Uma vez fixado o critério de conceituação, importante trazer à baila os requisitos de legitimação da intervenção corporal. Em síntese, a doutrina prescreve os seguintes: a) legalidade; b) decisão judicial; c) proporcionalidade (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 20).

Conforme lição do jurista Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2003, p. 224), a doutrina e a jurisprudência, tanto na Europa continental quanto no Brasil, não costumam fazer distinção entre os termos proporcionalidade e razoabilidade. Há que se salientar que, existem doutrinadores que distinguem tais expressões, tais como Humberto Bergmann Ávila (*apud* NICOLITT; WEHRS, 2014, p.21), entendendo que, na proporcionalidade há um exame

---

abstrato dos bens jurídicos e, na razoabilidade há um exame concreto, em função das peculiaridades de cada caso.

### 2.3 A LEI Nº 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012

As técnicas de investigação e de prova criminal apresentam-se em um cenário revolucionário, desencadeado pelo desenvolvimento da biotecnologia, que, através do perfil genético do DNA, pode possibilitar o esclarecimento da autoria criminosa.

Na visão de André Luís Callegari, Maique Ângelo Dezordi Wermuth e Wilson Engelmann, “tornou-se senso comum no debate jurídico-penal contemporâneo a preocupação com o enfrentamento aos riscos representados pelas novas formas assumidas pela criminalidade” (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 15).

Essa nova sistemática de identificação criminal no Brasil surgiu com a criação da Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012, que alterou as Leis nº 12.037, de 1ª de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984, introduzindo novo meio probatório e a possibilidade de utilização da prova genética obtida por meio da extração de DNA.

Uma das preocupações que vem instigando debates doutrinários sobre o assunto refere-se à compulsoriedade da extração do DNA, prevista pela nova legislação para determinadas hipóteses, justamente pelo posicionamento assumido pelos Tribunais Superiores com relação às intervenções corporais perpetradas pelo Estado em face do particular.

Não obstante isso, a nova legislação também alterou os efeitos da condenação penal, nos casos de crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou, por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Trata-se da compulsoriedade de extração de material biológico para formação de banco de dados genéticos. O Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, alterado pela Lei nº 9.817/2019, regulamentou os bancos de dados.

Conforme apontamentos de Emílio de Oliveira e Silva,

[...] a identificação genética na investigação criminal vem sendo entendida como uma ferramenta indispensável na atividade investigativa, que pode aumentar o controle da investigação e diminuir a discricionariedade de quem a coordena, na medida em que se estabelecem critérios científicos e objetivos para o esclarecimento do caso penal. Por outro lado, a identificação genética também pode gerar exclusão social e discriminações éticas, uma vez que seu emprego sistemático amplia o controle penal do ser humano a um nível celular, convertendo o Estado Democrático de Direito em Estado de Polícia (SILVA, 2014, p. 85).

---

Neste mesmo raciocínio, o autor acima citado, ainda, entende que a solução não está simplesmente em extirpar o exame genético da atividade investigativa, mas também não quer dizer que ele pode ser utilizado de forma abusiva e ilegal, a ponto de transformar os benefícios dessa tecnologia em sacrifícios a direitos e garantias fundamentais. Neste mesmo sentido, são os bancos de perfil genético, que, por si só não violam os direitos e as garantias, mas, se não for utilizado da maneira correta pode ocasionar transgressões constitucionais (SILVA, 2014, p. 85).

E, neste sentido, acrescenta o mesmo autor que:

Empregar o exame genético para fins criminais demanda cuidados que visam à conciliação da eficiência da atividade investigativa com a preservação de direitos e garantias fundamentais. Pensa-se que a maneira mais adequada de atingir esse objetivo é compreender a investigação criminal sob uma perspectiva democrática [...] superando a dicotomia entre direitos fundamentais e segurança pública (SILVA, 2014, p. 85-86).

Diante de tantos impasses, os autores ainda observam que, não obstante tratar-se de meios técnicos cujo estágio é experimental, outras numerosas questões são questionadas sobre esse assunto (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 52).

Com efeito, questionam a possível onerosidade na produção das provas, que, poderia até gerar uma desigualdade processual, posto que algumas pessoas não possuem condições de arcar com tais gastos. Além disso, essas “provas indiscutíveis” podem trazer indicações preciosas (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 52-53).

Seja pela colheita compulsória do material genético, pela valoração absoluta dos resultados, pela onerosidade na produção da prova, ou, pelo armazenamento dos dados em um banco nacional, certo é que em todas essas perspectivas deve ser observada a compatibilidade constitucional, sob pena de se colocar em risco a supremacia objetivada pelo legislador constituinte.

A proposta do legislador brasileiro se assemelha ao *Combined DNA Index System* (CODIS), software criado pela polícia americana (Federal Bureau of Investigation - FBI), para gerenciar os dados armazenados no banco de perfis genéticos. A finalidade desse sistema é a realização de pesquisas com material genético recolhido dos infratores na cena do crime, facilidade que auxiliaria na redução de crimes de autoria desconhecida no Brasil.

Em essência, tem-se que os “Bancos de dados constituem um sistema computadorizado de arquivamento de registros” (DATE *apud* SILVA, 2014, p. 137). Na verdade, trata-se de um modelo de organização gerenciado por meio de um programa de computador, no qual se permite o armazenamento, compartilhamento, atualização, manipulação

---

e acesso imediato a determinadas informações (SILVA, 2014, p. 137), que, no caso em análise, são informações genéticas.

A regulamentação da temática ocorreu com a publicação do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, que instituiu o “Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos - RIBPG”, em consonância com o art. 7º-B da Lei nº 12.654/2012. Esta Rede Integrada fica vinculada diretamente ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Na verdade, tais bancos contêm informações genéticas pré-disponíveis à investigação, permitindo que, no momento que for inserido um perfil genético no banco, seja realizada a confrontação com os já existentes (cadastrados), possibilitando a análise de coincidência entre eles. Ademais, nesses bancos de dados estão inseridos os “perfis genéticos de investigados, acusados e condenados, além de vestígios biológicos encontrados em locais de crime” (SILVA, 2014, p. 143).

Segundo Emílio de Oliveira,

[...] há três operações de confrontação básica que podem ser realizadas nos bancos de dados. A primeira delas é a comparação entre perfis genéticos de pessoas conhecidas (amostras referências). A segunda é o confronto entre perfis genéticos de vestígios biológicos encontrados em locais de crime (amostras questionadas). A terceira operação é o cotejamento das amostras referências com as amostras questionadas (SILVA, 2014, p. 143).

Mesmo diante dos questionamentos em relação à confiabilidade dos bancos de dados, certo é que, “a obediência aos padrões de qualidade estabelecidos nas normas de acreditação laboratorial torna mínima a probabilidade do cometimento de erros, até porque a coincidência entre dois perfis pode ser submetida a uma contra perícia” (SILVA, 2014, p. 144).

### 2.3.1 A Colheita Compulsória

Como explanado nos capítulos anteriores, uma das formas de se obter o material genético dos suspeitos, para armazená-los em um banco de dados de perfil genético, é por meio das intervenções corporais.

Diante da recusa em fornecer esses materiais, o próprio legislador infraconstitucional estabeleceu uma forma polêmica de obtenção: a colheita compulsória. Introduzido pela Lei nº 12.654/2012, e modificado pela Lei nº 13.964/2019, o art. 9-A da Lei nº 7.210/1984 estabelece que:

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil

---

genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

Neste caso, a situação diferencia-se da extração do DNA para realização da identificação criminal, tendo em vista que, no caso dos condenados pelos crimes descritos no diploma legal acima citado, a extração do material será obrigatória, bem como sem a necessidade de autorização judicial, revelando-se como nova consequência da condenação criminal (NICOLITT; WEHRS, 2014, p.146)

Verifica-se, portanto, que dois são os momentos previstos pela lei para a extração do material genético: uma destinada à identificação criminal, realizada durante a fase investigativa, e outra, após a condenação criminal, imposta como um dos efeitos resultantes. Portanto, neste último caso, o banco de dados tem uma função diversa, servindo para armazenar os dados genéticos dos indivíduos considerados perigosos, finalizando facilitar a investigação de futuros delitos que se presume possam ser por eles praticados (NICOLITT; WEHRS, 2014, p.146).

Dentre todos esses aspectos, um dos maiores questionamentos suscitados pela doutrina refere-se à constitucionalidade dessas normas. Em uma breve leitura, fica claro que a vontade do legislador é viabilizar a investigação criminal, seja pela colheita inicial do material genético, seja pela sua utilização após a condenação criminal do indivíduo.

E todas essas inquietações surgem a partir da compreensão dos postulados constitucionais, revelados, no presente estudo, por meio dos direitos e garantias fundamentais.

### **3 ENFRENTAMENTO CONSTITUCIONAL DA LEI Nº 12.654/2012**

#### **3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARADIGMAS DE ANÁLISE**

Não basta apenas observar a nova sistemática processual penal sob uma perspectiva constitucional, mas também encará-la como expressão das mudanças sociais, pois as “sociedades se modificam, os padrões de comportamento, os valores, o cotidiano se alteram. Assim também são alterados os padrões decisórios e as práticas, procedimentos e valores que os informam”. (FREITAS FILHO, 2003, p. 74).

O art. 5º, LVIII, da CRFB estabelece que: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Ora, o final do artigo revela a possibilidade de se identificar, de outros modos e métodos, o civilmente identificado.

---

Tal artigo constitucional é um verdadeiro exemplo de norma de eficácia limitada, classificação esta proposta pelo saudoso José Afonso da Silva, tendo em vista que é desprovida de aplicabilidade direta e imediata, necessitando de regulamentação. Na verdade, o constituinte originário deixou à cargo do legislador ordinário a tarefa de regulamentar, ou seja, complementar os preceitos estabelecidos em determinadas normas constitucionais (SILVA, 1996, p. 260).

Neste sentido, Barroso destaca que “[...] a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos; concede-os ele própria. Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-o” (BARROSO, 2003, p. 108).

Assim, a Lei nº 12.654/2012 surgiu como norma regulamentadora do art. 5º, LVIII, da CRFB, considerando que passou a prever nova forma de identificação criminal, agora através da colheita do DNA, destinado ao armazenamento em um banco de dados de perfil genético.

De acordo com as necessidades sociais, o legislador ordinário irá regulamentar as normas constitucionais. Tal raciocínio parte da Teoria Tridimensional do Direito, proposta por Miguel Reale, da qual as normas surgem após a ocorrência de fatos sociais que são valorados. Com efeito, leciona o autor que onde houver um fenômeno jurídico, há, necessariamente, um fato subjacente; um valor significativo a este fato; e, por fim, uma regra ou norma, que integra os elementos anteriores (*apud* BARROSO, 2003, p. 78).

Por derradeiro, tem-se que as Constituições modernas também definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal, que podem ser compreendidos em quatro categorias, quais sejam: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos (BARROSO, 2003, p. 95).

A origem dos direitos individuais é marcada pelo jusnaturalismo, sendo a primeira manifestação legislativa na Declaração de Direitos Inglesa, de 1689. Ademais, seus fundamentos estão ligados ao pensamento iluminista francês e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (BARROSO, 2003, p. 96).

Leciona Barroso que:

Os direitos individuais, frequentemente denominados de liberdades públicas, são a afirmação jurídica da personalidade humana. Trabalhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado (BARROSO, 2003, p.96-97).

Confira-se das compreensões estudadas, que os direitos fundamentais individuais exigem, em determinados casos, uma atuação Estatal, e em outros, uma omissão ou um não fazer.

---

As garantias constitucionais foram criadas para proteger os direitos propriamente ditos. Vários são os significados atribuídos à essa expressão, sendo que, numa perspectiva, “as garantias constitucionais funcionam como instrumentos, próprios do Estado de Direito, de limitação do poder político, em proveito das pessoas” (MORAES, 2014, p. 556).

Noutra conceituação, tem-se que “figuram como formalidades que asseguram o exercício dos direitos fundamentais, pelo mecanismo da coerção, das condutas contra eles direcionadas, a permanecer nos limites da ordem jurídica, com a finalidade de proteger os seus titulares [...]” (MORAES, 2014, p. 556).

Diante disso, verifica-se que os direitos fundamentais são dispositivos declaratórios, que constituem um fim em si mesmo e, possuem conteúdo positivo ou negativo em relação ao Estado (“*facere*” ou “*no facere*”). Lado outro, as garantias constitucionais são disposições assecuratórias, que desenvolvem uma função instrumental, que possuem sempre conteúdo positivo (MORAES, 2014, p. 557).

Emílio de Oliveira e Silva lembra que:

[...] qualquer tipo de interpretação que confira um caráter absoluto aos direitos fundamentais relacionados à proteção do corpo humano impossibilitaria a aplicabilidade das medidas de ingerência, já que o pressuposto dessas medidas é exatamente a afetação corporal. Na realidade, essa absolutização de direitos, além de ser um equívoco hermenêutico, impede que outros direitos fundamentais de igual importância convivam harmoniosamente no mesmo ordenamento jurídico (SILVA, 2014, p. 59).

Feitos os apontamentos de praxe, essenciais para o deslinde do presente estudo, a partir de agora serão analisados os direitos fundamentais supostamente atingidos pela ingerência corporal, introduzida pela Lei nº 12.654/2012. Para tanto, faz-se necessário o conhecimento do conteúdo, dos limites e do âmbito de proteção de cada direito.

### 3.1.1 *O Direito à Liberdade Física, Integridade Física e à Intimidade*

Alguns desses direitos, tais como a liberdade física, integridade física e a intimidade, revelam-se como verdadeiros direitos da personalidade, conceituados por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho como: “[...] aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (GABLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 150).

Inicialmente, Nicolitt e Wehrs lembram que “[...] não há norma constitucional que autorize a restrição do direito à inviolabilidade e à integridade corporal, e tampouco dos direitos

---

de defesa, da presunção de inocência ou da garantia contra a autoincriminação”. (NICOLITT; WEHRS, 2014).

O direito à liberdade física, também conhecido como liberdade ambulatorial, consiste na “autodeterminação da pessoa para produzir movimentos físicos” (SILVA, 2014, p. 60). Esse direito recebeu especial atenção do ordenamento jurídico brasileiro, já que, além de estar previsto na legislação infraconstitucional, também está contemplado na Magna Carta, no art. 5º, XLI, XLVI, “a”, LIV, LXVI, LXVIII.

É notório que a restrição ao direito à liberdade física é uma consequência inevitável aos processos interventivos, pois para que sejam executados, é imprescindível reduzir a liberdade ao espaço físico (delegacias, salas de laboratório) ou limitar seus movimentos corporais no instante em que a intervenção é promovida (coleta de sangue, saliva, ultrassonografia (SILVA, 2014, p. 60).

Mesmo sendo inegável que a liberdade física será exposta, ainda que em curto período de tempo, Emílio de Oliveira e Silva lembra que “tal restrição ambulatorial não deslegitima a aplicação das medidas de ingerência no corpo humano”. O autor compara tal situação com a possibilidade de decretação da prisão preventiva, que também limita a liberdade física da pessoa, mas nem por isso é evitada de inconstitucionalidade (SILVA, 2014, p. 61).

Ademais, o art. 5º, *caput*, da CRFB assegura o direito à liberdade, assim como no inciso II, afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, logo, resta plenamente clara a possibilidade de limitação do direito de liberdade, exigido por via de lei.

O direito à integridade física é definido como “incolumidade corpórea da pessoa humana” (MORAES, 2014, p. 563), referindo-se à “inviolabilidade do corpo humano contra ingerências que possam causar danos à integridade corporal, funcional, bem como à saúde da pessoa” (SILVA, 2014, p. 61). A finalidade deste direito é, dentre outras coisas, permitir o saudável desenvolvimento humano, protegido contra lesões corporais, psíquicas e morais.

Para José Afonso da Silva, “agredir o corpo humano é um modo de agredir vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo” (SILVA, 2007, p. 199). Esse direito está previsto expressamente na CRFB, especificamente no art. 5º, XLVII, “e”, que proíbe penas cruéis, bem como no inciso XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral.

Como se percebe, é inevitável que haja colisão entre o direito à integridade física e as intervenções corporais, posto que as últimas são formas de interferência e exposição da esfera

---

física de um indivíduo, deixando-o vulnerável. Essa inquietação é maior ainda, no caso da colheita compulsória do material genético dos condenados, que ocorrem sem o seu consentimento.

Logo, é notório que algumas intervenções corporais em nada prejudicam a saúde do indivíduo, tais como a coleta da saliva ou cabelo, pois não necessitam de um processo agressivo para sua obtenção. Ressalta a doutrina que, embora a Lei nº 12.654/2012 diga que será utilizada uma técnica “adequada e indolor”, o certo é que não existe uma definição legal sobre o método de extração, ponderando, assim, que a análise do DNA contido na saliva ou cabelo poder ser utilizada no Brasil, por serem técnicas indolores (SILVA, 2014, p. 62).

Nessa perspectiva, Carvalho manifesta-se por inexistir “um direito absoluto para negar a utilização do corpo humano como prova, a não ser quando isso viole a dignidade humana” (apud SILVA, 2014, p. 62).

Em sentido contrário, as intervenções corporais não consentidas afetam diretamente o direito à integridade física, quando realizadas compulsoriamente (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 11).

Já o direito à intimidade está previsto expressamente no art. 5º, X, da CRFB. Segundo a doutrina, “trata-se de uma manifestação da personalidade individual cujo conhecimento é reservado ao titular daquele direito, o qual pode exercer seu controle e evitar que terceiros tomem ciência de informações sobre sua esfera íntima” (SILVA, 2014, p. 64).

Quando se fala em direito à intimidade, deve-se ter em mente que qualquer procedimento de ingerência expõe a pessoa a outrem, situação que muitas vezes pode causar constrangimento. Muitas vezes, a pessoa identificada não quer que terceiros saibam de alguma característica que lhe é peculiar, tais como cicatrizes, deformidades físicas, bem como, expor suas cavidades corporais, como a boca, dentre outros (SILVA, 2014, p. 65).

Inexiste um padrão estabelecido para se saber quais partes do corpo podem ou não podem ser submetidas à intervenção, pois tal determinação está diretamente relacionada com a criação, personalidade, medos e crenças de cada indivíduo. Seria razoável, sob o manto constitucional, submeter uma pessoa a determinado procedimento, se o seu íntimo não quer?

A resposta é de difícil elucidação, ainda mais quando tal formulação é analisada sob o enfoque pré-estabelecido, de que já existem outros procedimentos que impõe ao indivíduo determinadas coisas, que na maioria das vezes não deseja cumprir. Muitos são os exemplos previstos na legislação, tais como a decretação de uma prisão, seja ela processual ou após o trânsito em julgado, bem como, as revistas íntimas realizadas nos presídios.

---

Destaca-se que, o artigo 2º da Lei de Identificação Genética, que acrescentou o § 1º, à Lei nº 12.037/2009, estabelece que as informações inseridas nos bancos de dados deverão obedecer às normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. Ocorre que, em relação às normas constitucionais, a CRFB tratou o genoma humano como um direito do meio ambiente, inexistindo outra previsão expressa sobre o patrimônio genético. No que se refere às normas internacionais, tem-se a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (Anexo 1), de 1997, bem como a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 2004 (SILVA, 2014, p. 66).

Nesta perspectiva internacional, a doutrina esclarece que:

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos tem a finalidade de garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na coleta, tratamento, uso e conservação das informações genéticas. Entretanto, sua aplicação não abrange o uso do exame genético para fins criminais ou de determinação de paternidade, os quais obedecerão aos limites previstos na legislação de cada país (art. 1, “c”). Não obstante, tal declaração não deixa de ser um importante marco orientador para a proteção das informações genéticas, sobretudo no que toca às recomendações sobre a confidencialidade dos dados do genoma humano, tal como a dissociação de dados de pessoa identificável e a privacidade das informações genéticas. Afinal, a análise do genoma humano pode revelar muito mais sobre o indivíduo do que a exposição física de partes do seu corpo, causando-lhe transtornos pessoais e familiares, além de estigmatizações e discriminações sociais (SILVA, 2014, p. 66).

Por este motivo, a doutrina propõe a existência de um direito à intimidade genética, definida como “o direito de determinar as condições de acesso à informação genética” (SÁ *apud* SILVA, 2014, p. 66), direito este previsto no art. 14, “a”, da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos.

Essas ressalvas visam questionar quais são os limites da nova sistemática criminal, ou seja, quais as informações serão inseridas nos bancos de dados genéticos.

A Lei nº 13.964/2019 modificou o art. 9-A da Lei nº 7.210/84, ao acrescentar o § 1º- A cujo teor determina que a regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

Além disso, o § 5º também foi incluído no referido dispositivo legal, prevendo que a amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

Na verdade, o adequado seria se o legislador tivesse definido qual região genética será analisada e qual tipo de informação forense que com ela se espera obter, finalizado não conferir ao perito a subjetividade de tal decisão (CASABONA *apud* SILVA, 2014, p. 68).

---

### 3.1.2 O Estado de Inocência

Advindo do direito fundamental à presunção inocência, contemplado no art. 5º, LVII, da CRFB, revela-se como verdadeiro vetor constitucional.

Postulado do direito processual penal, o princípio da presunção de inocência surgiu no final do século XVIII, “em pleno iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII” (RANGEL, 2014, p. 23).

Mas, foi apenas com a Revolução Francesa que foram compilados os direitos e garantias fundamentais do homem, em apenas um único diploma: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No art. 9º, está previsto que todo homem é considerado inocente, até o reconhecimento de sua culpabilidade, bem como serão reprimidos os atos abusivos (RANGEL, 2014, p. 24).

Calha observar que a Constituição Federal não presume a inocência, mas em seu art. 5º, LVII declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (RANGEL, 2014, p. 23). Em exímia colocação, Rangel lembra que “[...] uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência” (RANGEL, 2014, p. 25).

Ao efetuar a condenação, o magistrado presume a culpa; sendo que ao absolver, presume a inocência, está última passível se reforma pelo Tribunal, por se tratar de presunção *juris tantum*. Conclui o autor acima citado, apontando que em nada fere a Constituição Federal se o réu for presumido culpado ou inocente, afigurando-se ilógico dizer que o réu é presumido inocente em uma condenação (RANGEL, 2014, p. 25).

O doutrinador Rangel deixa claro que o disposto no art. 5º, LVII, da CRFB “não pode ser entendido como princípio da presunção de inocência, mas sim como regra constitucional que inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público” (RANGEL, 2014, p. 32).

Logo, não é o réu que tem de provar sua inocência, mas sim o Estado (Ministério Público) que deve provar a sua culpa (RANGEL, 2014, p. 26).

### 3.1.3 A Dignidade da Pessoa Humana

Nota-se que todos os direitos fundamentais analisados anteriormente estão diretamente ligados à dignidade humana, buscando nela seu fundamento de validade.

---

Trata-se de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (previsto no art. 1<sup>a</sup> da CRFB).

Nas palavras de André de Carvalho Ramos, “a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa” (RAMOS, 2022, p. 86).

Ramos lembra, ainda, que a dignidade humana é “uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes conteúdo ético”. Além disso, ela “dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer”. (RAMOS, 2022, p. 87).

O referido autor faz importante destaque ao apontar que a dignidade da pessoa humana comporta quatro usos diferentes.

O primeiro uso é na fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos (eficácia positiva do princípio da dignidade humana); um segundo uso é a formatação da interpretação adequada das características de um determinado direito; o terceiro uso é o de criar limites à ação do Estado e mesmo dos particulares (eficácia negativa da dignidade humana); por fim, o quarto uso é a utilização da dignidade humana para fundamentar o juízo de ponderação e escolha da prevalência de um direito em prejuízo de outro (RAMOS, 2022, p. 88-89).

A situação de expor e deixar vulnerável a integridade física importa lesão à dignidade humana. Ademais, “a utilização do homem como meio de obtenção da verdade, nos autos do processo, o transforma em um objeto e traduz-se em sua instrumentalização, em sua coisificação, o que é vedado pela regra de inviolabilidade da dignidade humana” (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 109).

Traz-se à colação os argumentos de Sónia Fidalgo, entendendo que a colheita do material não seria capaz de violar a integridade física, por se constituir uma agressão insignificante. Só haveria violação a esse direito fundamental, no caso de recusa em se submeter a tal procedimento, justamente pela forma como ele seria realizado (apud NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 110).

Mais do que isso, a referida autora ainda explana sobre a possível ofensa à integridade moral, posto que a esfera imaterial de cada indivíduo é diferente, sendo que “lesão à integridade moral ocorre tão só com a perturbação da liberdade de vontade, ou de decisão, e da capacidade de memória, ou de avaliação” (apud NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 110).

---

Concluem Nicolitt e Wehrs que “a dignidade é uma barreira intransponível à realização das intervenções corporais não consentidas”, seja pela obtenção de amostras em si consideradas ou por possível emprego de força física sobre o examinando (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 110).

Não restam dúvidas de que existem inúmeros questionamentos e discussões sobre a ofensa à dignidade humana. Na verdade, entende-se que todos os comportamentos que contrariem os direitos fundamentais ou demais postulados processuais penais, assim como a própria vontade do examinando, correriam o risco de irem à contramão desta regra, portanto, eivadas de inconstitucionalidade.

#### 3.1.4 O Direito Fundamental à Não Autoincriminação e o Direito ao Silêncio

Já visto anteriormente, pode-se dizer que existe um direito fundamental contra a autoincriminação: *nemo tenetur se ipsum accusare*. As dificuldades surgem em sua conceituação, todavia, por meio deste princípio, a Constituição Federal, “veda qualquer colaboração não voluntária do réu para a investigação ou instrução processual” (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 111).

Convém ressaltar que o direito ao silêncio é um desdobramento do princípio do *nemo tenetur se detegere* (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 71), de modo que ambos devem ser compreendidos conjuntamente.

Por ora, tem-se que todos os atos que obriguem o réu a colaborar com a investigação ou instrução processual estariam violando tal princípio, como a própria terminologia revela, ninguém é obrigado a se autoincriminar. Esta garantia está prevista, dentre outros documentos internacionais, no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. No âmbito interno, esse direito encontra-se expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da CRFB.

Além disso, o referido princípio visa proteger “[...] tanto a colaboração passiva como a ativa, quando não voluntária” (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 111). Assim, tanto a ação quanto a omissão do imputado estão protegidas pelo princípio do *nemo tenetur*.

Não obstante isso, ao fazer um comparativo com as informações transmitidas por meio de palavras, Nicolitt e Wehrs explanam que:

[...] a informação sobre o fato existe na mente do sujeito, independentemente de sua vontade: este tão somente impede que sua vontade seja exteriorizada pela palavra, por meio do direito ao silêncio. Da mesma forma, as informações sobre o perfil genético que podem revelar informações sobre o fato existem no corpo do indivíduo, independentemente de sua vontade, e este apenas pode impedir que sejam

---

exteriorizadas pela cessão das amostras biológicas. A memória e o pensamento fazem parte do corpo e se exteriorizam pela palavra ou pela escrita. As informações genéticas também fazem parte do corpo e se exteriorizam pela análise do DNA (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 111).

Continuam os autores supracitados, explicando que:

A plena eficácia do princípio *nemo tenetur*, notadamente como expressão da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, não comporta descontinuidade, nem tampouco graduações, devendo atuar como verdadeira barreira para que o arguido não se torne um objeto no processo e mantenha acesa sua condição de sujeito. O processo não pode ser uma noite capaz de transformar o homem em um inseto, como na metamorfose de Kafka (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 113-114).

Contudo, a problemática vai muito além do próprio momento de colheita do material genético, se consentido ou não. O fato é que os dados colhidos, mesmo que com o consentimento do investigado, serão utilizados futuramente em uma persecução penal, em seu desfavor, como prova de autoria criminal. Neste sentido, Nicolitt e Wehrs se posicionam no sentido de ser impossível obrigar o investigado a fornecer o seu material genético, sob pena de violação ao *nemo tenetur* e a dignidade humana, tendo em vista que, futuramente, ele será utilizado em seu desfavor. Não somente isso, os autores ainda comparam a situação da compulsoriedade da extração do material com a tortura em si, posto que haverá emprego de força sobre o corpo humano para poder vencer a resistência (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 111).

Neste ponto, é importante ressaltar que o Tribunal Pleno do STF já se manifestou em casos de compulsoriedade da extração do DNA, oportunidade na qual foi negada a condução coercitiva do particular para realização do exame, com fundamento na dignidade humana (STF, HC 71.373, j. 10/11/1994). Analisando tal julgado, pode-se perceber que houve um confronto entre os valores da dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade e à intangibilidade do corpo humano contra o direito à dignidade do menor em saber sua paternidade.

Portanto, dúvidas surgem sobre a possibilidade de alguém ser obrigado a participar, sem a sua vontade, de um procedimento que irá resultar na produção de uma prova, que pode ou não ser utilizada em seu desfavor.

Já Alexis Couto de Brito, se posiciona pela inconstitucionalidade do art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, acrescentado pela Lei n. 12.654/2012, “por ignorar absolutamente o princípio de não autoincriminação” (*apud* SILVA, 2014, p. 72).

Ademais, reconhece o jurista Aury Lopes Júnior, que “os direitos fundamentais não são absolutos e, com o advento da Lei n. 12.654/2012, autorizou o legislador brasileiro a

---

intervenção corporal, sem o consentimento do imputado, para obtenção de material genético” (*apud* SILVA, 2014, p. 73).

Lembra Emílio de Oliveira e Silva, que em determinadas situações somente a utilização das intervenções corporais poderá esclarecer o fato investigado, considerando a complexidade da análise. Assim, estaria justificado o uso da medida, sendo que, “impedir que a acusação ou defesa valham-se desses meios probatórios significa cercear sua capacidade argumentativa e de convencimento, uma vez que se inviabiliza provar o alegado” (SILVA, 2014, p. 74).

Infere-se de tais apontamentos, que a jurisprudência brasileira criou uma “suposta imunidade plena contra a atuação probatória do Estado” em relação aos investigados e/ou acusados, situação compreensível pelo próprio contexto social vivido antes da promulgação da Magna Carta de 1988 (SILVA, 214 p. 75).

No Agravo em Execução Penal nº 10024110088234001, de relatoria do Desembargador Catta Preta, o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi de que a criação de banco de dados com material genético do apenado não viola o princípio da não autoincriminação, considerando o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Neste caso, o TJ-MG posicionou-se no sentido de reconhecer a constitucionalidade dessa nova sistemática de identificação criminal, considerando que, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não haveria problema em armazenar os dados genéticos do apenado. Ocorre que, reconhecer a constitucionalidade dos bancos de dados, não significa aceitar a obrigatoriedade no fornecimento do material biológico.

É exatamente por este motivo, que no Agravo em Execução Penal nº 10024057931461002, de relatoria da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, o TJ-MG manifestou-se pela impossibilidade de se “obrigar o indivíduo a fornecer material que entenda lhe ser desfavorável, sob pena de violação da garantia de não autoincriminação e em obediência ao princípio do *"nemo tenetur se detegere"*.

Em outras oportunidades, como por exemplo, nos recursos de Apelação Criminal nº 10324120081579001 e 10433120203255001, o TJ-MG recomendou ao juízo das execuções penais à coleta de dados do condenado para identificação do perfil genético, por tratar-se de providência automática decorrente da condenação. Não somente isso, a compreensão deve ir muito além de uma atuação legislativa, perpassando, também, pelas bases ideológicas do Direito Penal moderno. Assim, conforme destacado por Zaffaroni:

---

O direito Penal, nesse contexto, não pode ser neutro: deve ser parcial, e em qualquer circunstância deve estar a serviço da contenção das pulsões absolutistas do Estado de polícia. Em outras palavras, deve estar sempre ao lado do Estado de Direito, uma vez que, enquanto teoria jurídica, não pode separar-se da prática sem que isso represente um inadmissível risco de desequilíbrio. Ao Direito Penal é proibido renunciar à responsabilidade política na dialética permanente de todo Estado de Direito histórico (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 71).

Fixadas essas premissas, passar-se-á a análise de algumas decisões exaradas pelos Tribunais de Justiça Estaduais, que já apreciaram o tema quando do exercício do controle difuso de constitucionalidade. A partir de tal estudo, será possível visualizar como os operadores do direito estão apreciando a matéria, ou seja, verificar quais são os principais argumentos utilizados no julgamento do caso em concreto, já que a temática ainda não fora debatida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

### 3.2 DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme destacado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou a temática em sede controle difuso, tampouco em processo objetivo de controle de constitucionalidade, contudo, foi reconhecida a repercussão geral do tema. Lado outro, alguns Tribunais de Justiça Estaduais já apreciaram a matéria, razão pela qual destacar-se-á o entendimento por eles esposados.

Conforme será notado adiante, os casos concretos submetidos à análise dos referidos Tribunais de Justiça referem-se a decisões proferidas na fase de execução penal. Assim, é notório que os dispositivos legais questionados são aqueles referentes à colheita compulsória de DNA de criminosos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. Como visto, vários são os direitos fundamentais questionados em face da nova sistemática, entretanto, conforme demonstrado a seguir, apenas alguns deles são mais comumente utilizados para fundamentar as decisões.

Destaca-se, ainda, que a apreciação do caso concreto foi realizada, em alguns julgados, por meio de “Arguição de Inconstitucionalidade”, conceituado por Guilherme Penã de Moraes como “incidente processual, suscetível perante órgão fracionário de tribunal, com o escopo de resolver questão constitucional no processo de controle de constitucionalidade difuso, para assentar uma das premissas da decisão de mérito” (MORAES, 2014, p. 160).

---

Fixadas essas premissas preliminares, imprescindíveis para a completa visualização e compreensão do instituto, serão destacadas algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJ-DFT), vejamos:

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. LEI 7.810/1984. ARTIGO 9ºA. PERFIL GENÉTICO. OBRIGATORIEDADE LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DANOS. SIGILO DE DADOS. DECISÃO MANTIDA.** 1. O crime de homicídio exige a submissão à identificação do perfil genético, nos termos do art. 9ºA da LEP. Por sua vez, o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, ao estabelecer que o civilmente identificado não sofrerá identificação criminal, permite exceções estabelecidas por lei, de modo que a obrigatoriedade de identificação do perfil genético de condenados em determinados crimes não ofende a garantida constitucional. 2. **A obrigatoriedade de identificação do perfil genético já foi analisada pelo Conselho Especial desta Corte, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 2015.00.2.013502-8, sendo rejeitada por unanimidade a inconstitucionalidade do artigo 9º-A, da Lei de Execuções Penais (TJDFT, acórdão 903429, 20150020135028ARI, Relator Desembargador Mario-Zam Belmiro, Conselho Especial, DJ-e de 06/11/2015, p. 41). [...]** (TJDFT, AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL 0719649-69.2022.8.07.0000, 3ª Turma Criminal, Relator Desembargador SEBASTIÃO COELHO, julgado em 21/07/2022). (grifo nosso).

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DO CONDENADO. ART. 9º-A DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DANOS. SIGILO DOS DADOS. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** 1. O Conselho Especial deste e. TJDFT rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada no julgamento de agravo em execução penal a respeito do art. 9º-A, introduzido na Lei de Execução Penal pela Lei 12.654/2012, que dispõe sobre a obrigatoriedade de que os condenados por crimes dolosos e hediondos sejam submetidos à identificação de seu perfil genético como forma de identificação criminal. 2. A retirada do material genético mostra-se compatível com as disposições da Constituição Federal, não afrontando o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo e não maculando o princípio da presunção de inocência. 3. Não se vislumbra qualquer punição ou danos do condenado na submissão à colheita do material, tendo em vista a manutenção do perfil genético em banco de dados de forma sigilosa, conforme se extrai do §1 do art. 9 da Lei 12.654/2012. o 4. Não há óbice legal de que o exame de perfil genético seja realizado antes do trânsito em julgado da condenação, visto que não se encontra legislação que exija o trânsito definitivo para que ocorra a coleta de material biológico. 5. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Decisão mantida.(TJDFT, AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL 0724248-85.2021.8.07.0000, 2º Turma Criminal, Relator Desembargador ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, publicação em 02/12/2021). (grifo nosso).

**RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. PRELIMINAR. REMESSA DOS AUTOS AO CONSELHO ESPECIAL. DESNECESSIDADE. CRIMES DE ROUBO E CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. IDENTIFICAÇÃO. PERFIL GENÉTICO. LEI Nº 12.654/2012. ART. 9º-A DA LEP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NEMO TENETUR SE DETEGERE. INTIMIDADE. DIGNIDADE. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL. DECISÃO DO CONSELHO ESPECIAL.** É desnecessária a remessa dos autos ao Conselho Especial se já existe pronunciamento sobre a constitucionalidade do ato normativo ora em discussão (art. 481, parágrafo único, do CPC). A Lei nº 12.654/2012, que inseriu o art. 9º-A na LEP, a fim de determinar a identificação obrigatória dos

---

condenados definitivamente por crimes hediondos ou cometidos com violência grave à pessoa por meio de perfil genético, não padece de inconstitucionalidade. O diploma legal referido institui limitação à garantia de não identificação criminal do civilmente identificado com fundamento na Constituição da República (art. 5º, inc. LVIII, in fine). A identificação criminal compulsória por meio de perfil genético não viola os princípios da presunção de inocência, da vedação a autoincriminação e da intimidade, pois somente será realizada em condenados definitivamente por crimes de natureza grave, por método não invasivo e para alimentar banco de dados sigiloso. A medida constitui mais uma restrição de direitos impostas aqueles que infringem as normas penais, protetoras de valores caros à sociedade, de modo que não há de se cogitar de afronta à dignidade da pessoa humana. O Conselho Especial desta Corte já se pronunciou pela constitucionalidade na Lei nº 12.654/2012, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 2015.00.2.013502-8. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - RAG: 20150020268833, Relator: SOUZA E AVILA, Data de Julgamento: 10/12/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 15/12/2015 . Pág.: 118). (grifo nosso).

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - RECURSO DEFENSIVO - AFASTAMENTO DA COLETA DE MATERIAL GENÉTICO - IMPOSSIBILIDADE - PREVISÃO NO ART. 9º-A DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJMG - REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF - AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SOBRESTAMENTO - RECURSO DESPROVIDO. - O art. 9º-A da Lei de Execução Penal dispõe sobre a obrigatoriedade de identificação do perfil genético do agente condenado por crimes praticados contra a liberdade sexual e com violência grave contra a pessoa, o que ocorre no caso do reeducando. - O Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre referida questão, reconhecendo a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei de Execuções Penais. - A decisão do STF que reconheceu a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, não determinou a suspensão dos demais processos. (TJMG, Agravo em Execução Penal nº 1.0000.22.162570-0/001, Relator(a): Des.(a) Haroldo André Toscano de Oliveira, julgado em 14/12/2022). (grifo nosso).**

**AGRAVO EM EXECUÇÃO - COLETA DE MATERIAL GENÉTICO PARA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL - VIABILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA NESTE TRIBUNAL - EVENTUAL RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE - PLAUSIBILIDADE. Tendo o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça reconhecido a constitucionalidade do artigo 9º da Lei de Execuções Penais, torna-se obrigatória a aplicação da decisão em casos análogos. É admissível a coleta de material genético para identificação criminal de indivíduo condenado "por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990" (art. 9º-A, da LEP). Nos termos do artigo 50, VIII, da Lei de Execuções Penais, constituiu falta grave o ato de "recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético". (TJMG, Agravo em Execução Penal 1.0301.16.003740-6/001, 3ª Câmara Crimina, Relator Des.(a) Maria Luíza de Marilac, julgado em 07/12/2021). (grifo nosso).**

**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. (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).(grifo nosso).

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 9º-A DA LEI 12.654/2012. BANCO DE PERFIL GENÉTICO. RESTRIÇÃO DO ALCANCE DA NORMA. CONDENADOS EM DEFINITIVO. CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. PRINCÍPIOS DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO REJEITADA.** 1. A coleta de material genético do condenado definitivo só se dá quando a condenação se refere a crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, crime hediondo ou equiparado a hediondo. 2. **Não há que se falar em violação do princípio da presunção da inocência, eis que a coleta, nos termos do art. 9º-A da LEP, pressupõe condenação em definitivo pelos crimes mais graves previstos na legislação penal.** 3. **Também não se verifica vulneração do princípio da não autoincriminação se a garantia guarda relação com a investigação ou persecução penal em curso, a qual reclamará decisão judicial fundamentada para acesso ao banco de dados, de caráter sigiloso.** 4. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.(TJ-DF - ARI: 20150020135028, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 20/10/2015, **Conselho Especial**, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/11/2015 . Pág.: 41). (grifo nosso).

Da acurada análise dos julgados acima transcritos, verifica-se que os referidos Tribunais estão caminhando no mesmo sentido, ou seja, reconhecem a constitucionalidade da nova lei de identificação criminal, sob os mais diversos argumentos, quais sejam: a) Não violação dos princípios da presunção de inocência, da vedação a autoincriminação e da intimidade, pois somente será realizada em condenados definitivamente por crimes de natureza grave, por método não invasivo e para alimentar banco de dados sigiloso; b) A medida constitui mais uma restrição de direitos impostas aqueles que infringem as normas penais, protetoras de valores caros à sociedade, de modo que não há de se cogitar de afronta à dignidade da pessoa humana; c) Existem limites até mesmo para os princípios constitucionais, quando estes se encontram em colisão com outras garantias constitucionais; d) O princípio constitucional da não auto-incriminação pode ser flexibilizado frente à garantia da segurança pública e individual, também previstas constitucionalmente; e e) Inexistência de vulneração do princípio da não autoincriminação, visto que a garantia guarda relação com a investigação ou persecução penal em curso, a qual reclamará decisão judicial fundamentada para acesso ao banco de dados, de caráter sigiloso.

Ademais, no julgamento do ARI 20150020135028 (TJ-DFT), cuja ementa encontra-se transcrita acima, é digno de transcrição os esclarecimentos fixados no parecer ministerial, da

---

lavra do Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger, subscrito pela Vice-Procuradora-Geral de Justiça Dra. Selma Sauerbronn:

Por conseguinte, não há que se falar de violação da presunção de inocência. A uma, porque tal garantia já não mais assiste ao condenado definitivamente; a duas, porque a manutenção do dado de perfil genético dar-se-á na medida exata em que se mantiver o *jus puniendi ou punitiois* estatal do fato por ele praticado; a três, porque se está aqui a tratar daqueles crimes mais graves da legislação pátria, assim inclusive reconhecidos pelo poder constituinte originário (os chamados hediondos). Já em relação ao direito ao silêncio, positivado no inciso LXIII do art. 5º da Constituição, que abrange o privilégio de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere ou Nemo tenetur se ipsum accusare ou Nemo tenetur se ipsum prodere*), igualmente não se vislumbra qualquer vulneração pelo art. 9º-A da LEP.

Com efeito, não se cuida de compelir o condenado a produzir prova contra sua própria autodeterminação. A garantia do *Nemo tenetur* implica a impossibilidade de se exigir condutas ativas ou a colaboração do próprio acusado na produção de provas contra si no curso de persecução penal. Não é o caso do art. 9º-A da LEP, uma vez que o fornecimento do material de perfil genético não se presta, no momento de sua colheita, para qualquer persecução penal em seu desfavor. Ao contrário, cuida-se de procedimento realizado por ocasião da classificação do condenado (*rectius*: interno) para início do cumprimento de sua reprimenda).

A eventual utilização do material coletado pode se dar por ocasião de investigação criminal que coteje material próprio da investigação com aquele mantido no banco de dados de perfil genético (alimentado, repita-se, com o material fornecido pelo condenado definitivo).

Não há como estender o *nemo tenetur* à coleta do material fornecido pelo condenado definitivo. Isso porque a abrangência da garantia do *Nemo tenetur* refere-se, por óbvio, à produção de provas ou elementos de informação de investigações ou persecuções penais em curso. O regime legal, nesse último caso, é diverso. Ele não se refere ao art. 9º-A da LEP, mas sim aos já mencionados artigos 5º, parágrafo único, 5º-A, 7º-A e 7º-B.

(...)

Por ocasião da incidência do art. 9º-A da LEP, a toda evidência, não se trata de obrigar a pessoa a produzir prova contra si mesma, pois não se obriga o acusado a fornecer material genético para ser confrontado no caso em que está sendo processado. O fornecimento obrigatório só acontecerá se o indivíduo for definitivamente condenado. E, nesse caso, ficará 'identificável' até a exclusão do perfil genético do banco, isto é, até a extinção da punibilidade do fato ensejador da condenação definitiva.

De qualquer sorte, o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um 'coringa' ou 'escudo' para a prática de novos delitos. O investigado ou acusado, segundo o *Nemo tenetur*, não pode ser compelido a fornecer material enquanto estiver processado. A obrigação de fornecimento de material para perfil genético, nos termos legais, é posterior, opera-se apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e poderá servir como prova em eventuais processos futuros.

E, mais adiante, conclui:

Afirmar a inviabilidade desse cotejo por inconstitucionalidade implicaria assumir esfera intocável por decisão judicial ou, em outras palavras, afirmar o caráter absoluto da intangibilidade do material atinente a perfil genético. A tanto não se chega, decerto. Aliás, cabe aqui o destaque de que nenhum país do mundo dá caráter absoluto à intimidade para afirmar que o material para definição do perfil genético é intangível. Nenhum.

O destaque e a ênfase aqui deduzidos prestam-se apenas para sublinhar a necessidade de que o tema seja apreciado e compreendido de modo sistemático e em cotejo com

---

todo o regime legal da coleta de dados para banco de perfil genético. Interpretações isoladas ou herméticas dos dispositivos que cuidam da coleta do material, da compulsoriedade de identificação criminal ou do regime jurídico dos bancos respectivos podem conduzir, por equívoco, à conclusão de que os preceitos legais trazidos pela Lei 12.654 seriam incompatíveis com a ordem constitucional ou mesmo com as Convenções de que o Brasil é signatário.

Ao contrário, vê-se que a positivação do tema na legislação pátria atentou justamente aos Standards fixados pela Corte Europeia de Direitos Humanos e, por conseguinte, pelas legislações dos países centrais sobre o tema. Ademais da consideração própria da análise comparada, vê-se que o regime legal tal como estabelecido para o tema guardou consonância com o sentido e o alcance dados à intimidade, à presunção da inocência e ao direito ao silêncio.

Em verdade, a grande problemática gira em torno de duas situações, assim definidas por Nicolitt e Wehrs: “de um lado, a proteção privilegiada e qualificada aos direitos fundamentais; e, de outro, a satisfação, por parte do Estado, das necessidades da vida em comunidade, além, é claro, das garantias dos direitos fundamentais dos outros” (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 102). Como apontam os autores, a efetividade das normas é um dos grandes problemas do ordenamento jurídico, que, apesar de serem reconhecidas, encontram dificuldade em se inserirem no plano concreto. Assim, “de nada adianta a consagração de direitos, se estes não saírem da esfera da retórica, da proclamação, para integrarem a realidade das relações sociais, condicionando-as” (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 93).

Não somente isso, os autores ainda demonstram que a análise sobre a possibilidade das intervenções corporais não consentidas, assim como as consequências da recusa, dependem do ponto de vista que se tem do processo, ou seja, “uma ótica garantista ou efficientista” (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 99).

Por fim, veja-se a seguinte reflexão:

Como primeira característica digna de nota do “novo” Direito Penal, pode-se salientar uma cada vez maior identificação/solidarização do Direito Punitivo com as vítimas do crime. Deixa-se de ver no Direito Penal um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal – ou seja, como Magna Carta do delinquente – e passa-se a percebê-lo como Magna Carta da vítima (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 27)

Logo, não restam dúvidas de que a doutrina ainda diverge sobre o assunto, bem como, ainda inexistente posicionamento jurisprudencial sedimentado sobre a temática. O que se pode verificar é que, pelo menos em sede de controle concreto de constitucionalidade, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios possuem decisões pelo reconhecimento da constitucionalidade do art. 9-A da Lei nº 7.210/84 (incluído pela Lei nº 12.654/12).

---

Ademais, podem surgir questionamentos acerca da extensão dos efeitos das decisões. Entretanto, a problemática se resolve com as premissas iniciais já explanadas, ou seja, a sentença proferida em sede de controle difuso, declarando a inconstitucionalidade de determinada lei, produzirá efeitos pretéritos, tornando-a nula de pleno direito (“ex tunc”). Além disso, seus efeitos ficarão restritos às partes do processo, não se estendendo à terceiros. No obstante isso, o STF já entendeu que é cabível dar efeitos “ex nunc” ou “pro futuro” em sede de controle difuso (RE 197917).

Soma-se a isso, conforme já explano no primeiro capítulo, o art. 52, X, da CRFB/88 prevê que compete ao Senado Federal (mediante Resolução) suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional (controle difuso) por decisão definitiva do STF. Importante lembrar que essa suspensão pode-se dar em relação a leis federais, estaduais, distritais e municipais.

É imprescindível destacar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, por unanimidade, no Recurso Extraordinário 973837, da temática referente a coleta de DNA com o objetivo de manter banco de dados estatal com material genético. Logo, verifica-se que o objeto central deste estudo será apreciado pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. Logo, é preciso lembrar que com o reconhecimento da repercussão geral, o posicionamento que for adotado pelo STF deverá ser aplicado aos casos análogos, considerando a tendência de abstrativização do controle difuso.

## **CONCLUSÃO**

O objetivo principal deste estudo foi aprofundar em uma temática pouco investigada. Compreender o alcance de uma postura legislativa demanda visualizar possíveis impactos futuros, sem, contudo, perder de vista a mensagem deixada pelo legislador.

As técnicas de investigação e de prova criminal apresentam-se em um cenário revolucionário, desencadeado pelo desenvolvimento da biotecnologia, que, através do perfil genético do Ácido Desoxirribonucleico (DNA), pode possibilitar o esclarecimento da autoria criminosa.

Nesta perspectiva, o legislador infraconstitucional lançou um novo olhar sobre as regras processuais penais de identificação criminal, que, por consequência, modularam as formas de prova até então admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com a criação e vigência da Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012, foi implementada no cenário nacional a

---

possibilidade/obrigatoriedade de identificação criminal pelo exame do DNA, dados estes armazenados em um banco de perfil genético.

Vários foram os questionamentos desencadeados, seja em relação à segurança desses bancos de dados, ou quanto à logística nacional para processamento, bem como as lacunas deixadas pelo legislador. Mas, a grande questão gira em torno do enfrentamento constitucional da nova lei, eis que vários direitos fundamentais foram expostos.

Partindo-se da concepção Kelseniana, não restam dúvidas de que toda ordem jurídica infraconstitucional deve seguir os mesmos parâmetros impostos pela Constituição Federal, não por simples obediência, mas por serem direitos conquistados ao longo de um processo de estigmatização da própria dignidade humana, eis a nobre razão de ser elevada à categoria de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Os parâmetros a serem observados para se analisar a constitucionalidade da lei são os direitos fundamentais da Liberdade Física, Integridade Física, Intimidade, Estado de Inocência, Não Autoincriminação e Dignidade da Pessoa Humana.

Considerando a entrada em vigor da Lei nº 12.654/2012, e o escasso material jurisprudencial, optou-se por analisar o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Verificou-se que os referidos Tribunais possuem decisões cujo parâmetro de fundamentação se aproxima, a fim de reconhecer a constitucionalidade do art. 9-A da Lei nº 7.210/84 (incluído pela Lei nº 12.654/12). Dentre os argumentos utilizados estão: Não violação dos princípios da presunção de inocência, da vedação a autoincriminação e da intimidade, pois somente será realizada em condenados definitivamente por crimes de natureza grave, por método não invasivo e para alimentar banco de dados sigiloso; inexistência de afronta à dignidade da pessoa humana, por se constituir mais uma restrição de direitos impostas aqueles que infringem as normas penais, protetoras de valores caros à sociedade; limitação aos princípios constitucionais, quando estes se encontram em colisão com outras garantias constitucionais; flexibilização do princípio da não auto-incriminação frente à garantia da segurança pública e individual; inexistência de vulneração do princípio da não autoincriminação, visto que a garantia guarda relação com a investigação ou persecução penal em curso, a qual reclamará decisão judicial fundamentada para acesso ao banco de dados, de caráter sigiloso.

Assim sendo, em que pese se tratar de lei publicada há mais de dez anos, as controvérsias geradas pelos seus dispositivos ainda não se encontram solucionadas de forma

---

definitiva. Outrossim, a temática será em breve apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (em sede de controle difuso), visto que fora reconhecida a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 973837.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.

BRASIL. *Decreto nº 4.764, de 05 de fevereiro de 1903*. Dá novo regulamento á Secretaria da Policia do Districto Federa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4764-5-fevereiro-1903-506801-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. *Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013*. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genético. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm)>.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>.

BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Lei dos Crimes Hediondos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>

BRASIL. *Lei nº 12.037, de 1º de Outubro de 2009*. Lei de Identificação Criminal do Civilmente Identificado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm)>.

BRASIL. *Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012*. Prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Execução Penal nº 0719649-69.2022.8.07.0000, 3ª Turma Criminal, Relator Desembargador SEBASTIÃO COELHO, julgado em 21/07/2022. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Execução Penal nº 0724248-85.2021.8.07.0000, 2º Turma Criminal, Relator Desembargador ROBSON

---

BARBOSA DE AZEVEDO, publicação em 02/12/2021. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Recurso de Agravo em Execução nº 20150020268833, Relator Souza e Avila, Julgamento em 10/12/2015, 2ª Turma Criminal, Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/268404442/recurso-de-agravo-rag-20150020268833>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal nº 1.0000.22.162570-0/001, Relator(a): Des.(a) Haroldo André Toscano de Oliveira, julgado em 14/12/2022. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=54&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=identifica%E7%E3o%20perfil%20gen%E9tico&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal 1.0301.16.003740-6/001, 3ª Câmara Crimina, Relator Des.(a) Maria Luíza de Marilac, julgado em 07/12/2021. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=54&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=identifica%E7%E3o%20perfil%20gen%E9tico&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Arguição de Inconstitucionalidade nº 20150020135028, Relator Mario-Zam Belmiro, Julgamento em 20/10/2015, Conselho Especial. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/252939830/arguicao-de-inconstitucionalidade-ari-20150020135028>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal nº 10024057930505001, Relator Kárin Emmerich, Julgamento em 07/07/2015, 1ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/209967725/agravo-em-execucao-penal-agepn-10024057930505001-mg>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal nº 10024110088234001, Relator Catta Preta, Julgamento em 29/05/2014, 2ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122966025/agravo-em-execucao-penal-agepn-10024110088234001-mg/inteiro-teor-122966069>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal nº 10024057931461002, Relatora Beatriz Pinheiro Caires, Julgamento em 03/04/2014, 2ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120530407/agravo-em-execucao-penal-agepn-10024057931461002-mg/inteiro-teor-120530460>>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 10324120081579001, Relator Kárin Emmerich, Julgamento em 10/09/2013, 1ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117336572/apelacao-criminal-apr-10324120081>>

---

579001-mg/inteiro-teor-117336616>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 10433120203255001, Relator Kárin Emmerich, Julgamento em 11/02/2014, 1ª Câmara Criminal. Disponível em:< <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudência/119364211/apelação-criminal-apr-10433120203255001-mg/inteiro-teor-119364260>>.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMENN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

*Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed., Editora Juspodivm: Salvador, 2015.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

*Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*, 2003. Disponível em: <[bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_inter\\_dados\\_genericos.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf)>.

*Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, 1997. Disponível em:< [http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_19/IIIPAG3\\_19\\_1.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19_1.htm)>.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GABLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – parte geral*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Guilherme Penã de. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: lei n. 12.654/2012*. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

---

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, William Douglas Resinente dos; CALHAU, Lélío Braga; KRYMCHANTOWSKY, Abouch Valenty; ANCILLOTTI, Roger; GRECO, Rogério. *Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal: teoria resumida*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

SILVA, Emilio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei nº 12.654/2012*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

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

THE FBI FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. *Combined DNA Index System (CODIS)*. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis>>.