



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO – UFERSA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS – CCSAH
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – DCSA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEOPOLDA JAMILE PEREIRA SALES DE MENEZES

**A LEI N. 12.654/2012 E SUA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL: uma análise
sobre o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a obrigatoriedade na coleta de DNA de
condenados**

Mossoró/RN
2020

LEOPOLDA JAMILE PEREIRA SALES DE MENEZES

A LEI N. 12.654/2012 E SUA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL: uma análise sobre o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a obrigatoriedade na coleta de DNA de condenados

Artigo apresentado ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito da UFERSA.

Orientador: Prof. Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis.

Mossoró/RN
2020

LEOPOLDA JAMILE PEREIRA SALES DE MENEZES

A LEI N. 12.654/2012 E SUA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL: uma análise sobre o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a obrigatoriedade na coleta de DNA de condenados

Artigo apresentado ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da UFERSA.

Orientador: Prof. Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis.

APROVADO EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis (UFERSA)
Presidente

Prof. Dr. Felipe Araújo Castro (UFERSA)
Primeiro Membro

Prof. MSc. Delmiro Ximenes de Farias (FATENE)
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

À Deus, que de forma inexplicável me mantém tranquila e sã nos momentos mais difíceis, especialmente neste ano tão desafiador.

À minha família: À minha mãe Maria Perpétua Pereira Sales, por seu apoio incondicional, seu carinho e dedicação contínuos; À meu irmão Ciro Jonathan Pereira Sales de Menezes, por sua amizade, por me incentivar e acreditar em mim sempre. À meu pai Edilson Alves de Menezes (*in memoriam*), que não pôde estar presente pessoalmente para acompanhar esta longa caminhada, mas com certeza ajudou a me guiar durante ela. Vocês sempre serviram de inspiração para mim e com toda certeza têm papel imprescindível nesta e em todas as conquistas alcançadas em minha vida.

À Ulisses Levy Silvério dos Reis, que aceitou o desafio de me orientar neste trabalho e me ajudou a atravessar essa etapa com muita paciência e dedicação, principalmente tendo em vista as adversidades que nos foram apresentadas durante esse período.

Aos docentes de toda a graduação por enriquecerem grandemente essa caminhada, por compartilharem seus conhecimentos e experiências profissionais. Também a todos os demais funcionários do curso de Direito, auxiliares de serviços gerais, técnicos administrativos, vigilantes. Todos vocês foram essenciais nessa jornada.

Agradeço também ao 4º Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública de Mossoró/RN, onde tive a oportunidade de estagiar e a grande honra de conviver não só com grandes profissionais, mas também pessoas maravilhosas. Posso garantir que aprendi muito com todos e de fato quem usa o termo “família” para definir a convivência com vocês não o faz em vão, pois desde o primeiro dia me senti parte de uma.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos meus amigos, que fizeram toda essa experiência mais leve: Ana Letícia, Kamila Shirley, Isadora Marja, Nathália Alves, Natália Moreira, Thaís Maidana, Beatriz Paz e Maria Oliveira, pela paciência comigo nos momentos mais difíceis. Agradeço também aos amigos que ganhei durante essa jornada e que espero levar para a vida: Ana Carolina, Carol Rebouças, Esterfny Juliana, Sara Bandeira, Niellys Priestley, Larissa Nogueira, Livia Albuquerque e, minha eterna dupla de UFERSA, Raquel Saldanha.

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisas admiráveis.” (José de Alencar)

A LEI N. 12.654/2012 E SUA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL: uma análise sobre o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a obrigatoriedade na coleta de DNA de condenados

Leopolda Jamile Pereira Sales de Menezes¹
Ulisses Levy Silvério dos Reis²

Resumo: Este trabalho analisará as alterações trazidas pela Lei n. 12.654/2012. Problematisa-se: a Lei n. 12.654/2012, ao possibilitar a coleta obrigatória de material genético de condenados por crimes hediondos ou cometidos dolosamente com grave violência contra a pessoa para fins de identificação criminal, fere o direito fundamental à privacidade e o princípio da não autoincriminação? A relevância deste tema é demonstrada pelo aumento do número de perfis cadastrados no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), que tem crescido de forma elevada, e também pela matéria ser objeto de atenção do Supremo Tribunal Federal. O artigo foi dividido em três partes: primeiramente, foram analisados os fundamentos jurídicos que levaram à criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos no Brasil (RIBPG); em seguida, investigou-se as razões jurídicas suscitadas no debate levado ao Supremo Tribunal Federal, contrapondo os argumentos das partes processuais pelas lentes da Constituição Federal de 1988; finalmente, confrontou-se os argumentos suscitados com julgamentos do STF acerca de casos nos quais o direito fundamental à privacidade e o princípio da não autoincriminação foram desenvolvidos jurisprudencialmente. A pesquisa foi elaborada a partir do método dedutivo, partindo-se da análise da legislação local, da jurisprudência nacional e da literatura especializada. Conclui-se que Lei n. 12.654/12, ao introduzir a coleta de DNA de indivíduos condenados por crimes hediondos ou cometidos dolosamente com grave violência contra a pessoa para fins de identificação criminal e criar o BNPG e a RIBPG, trouxe um relevante instrumento de melhoria na eficácia da persecução penal brasileira, mas que, da forma que está atualmente disposta no ordenamento jurídico, viola os direitos da privacidade e o princípio da não autoincriminação.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; coleta obrigatória; DNA; identificação criminal; direito à privacidade; princípio da não autoincriminação.

THE ACT 12.654/2012 AND ITS CONSTITUTIONAL CONTROVERSY: an analysis on the National Bank of Genetic Profiles and the mandatory collection of convicted's DNA

Abstract: This paper will analyze the changes brought by Act no.12,654/2012. It will be questioned: Does the Act no. 12.654/2012, by enabling the mandatory collection of genetic

¹ Discente do 11º período do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), campus Mossoró/RN.

² Professor Adjunto C-1 da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). É vice-líder do Grupo de Pesquisa em História do Constitucionalismo Brasileiro: a construção social da cidadania e a mudança constitucional no Brasil entre 1920 a 1988 (DGP/CNPq/UFERSA).

material from those convicted for heinous crimes or willful crimes committed with serious violence against the person for the purpose of criminal identification, violate the fundamental right to privacy and the principle of non-self-incrimination? The relevance of this subject is demonstrated by the increase in the number of profiles registered in the National Bank of Genetic Profiles (BNPG), which has grown at a high rate, and also by the matter being subject of attention in the Supreme Court. The article was divided into three parts: first, the legal foundations that led to the creation of the National Bank of Genetic Profiles (NBGP) and the Integrated Network of Genetic Profile Banks (INGPB) in Brazil; then, there were analyzed the legal reasons raised in the debate brought to the Supreme Court through the Extraordinary Appeal 973.837/MG, opposing the arguments brought by the procedural parties through the lens of the 1988's Federal Constitution; finally, the arguments raised by the parties were confronted with other Supreme Court judgments about cases in which the fundamental right to privacy and the principle of non-self-incrimination were developed jurisprudentially. This research used the deductive method, with the analysis of the local legislation, the national jurisprudence and the specialized literature. It is concluded that Law no. 12,654/12, by enabling the mandatory collection of DNA from individuals convicted for heinous crimes or willful crimes committed with serious violence against the person for the purpose of criminal identification, and creating the BNPG and RIBPG, brought a relevant instrument that improves the effectiveness of Brazilian's criminal prosecution, however, in the way it is currently disposed in the legal system, violates the right to privacy and the principle of non-self-incrimination.

Keywords: Fundamental rights; mandatory collection; DNA; criminal identification; right to privacy; principle of non-self-incrimination;

1 INTRODUÇÃO

A política criminal brasileira, na busca de garantir a efetividade da legislação penal, por vezes extrapola os limites delimitados pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) à persecução penal. Nesse ponto, a Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, foi responsável por introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal³, podendo o procedimento ser realizado inclusive de forma compulsória. A norma modificou a Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009 (Lei de Identificação Civil), e a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Acontece que tal coleta, apesar de poder contribuir com a resolução de crimes e atingir uma persecução penal mais eficiente, pode ir de encontro aos direitos fundamentais, com destaque para os direitos da privacidade e o princípio da não autoincriminação. Com relação ao direito da privacidade, a identificação genética, mesmo que resultante de uma coleta indolor, é considerada bem mais invasiva que as outras formas de identificação

³ A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal se dá, conforme estabelecido na Lei n. 12.654/2012, por método indolor. A técnica consiste na utilização de um cotonete de haste longa (suabe) no interior da boca do investigado/condenado, extraindo-se uma camada de células da mucosa, e por meio destas, sendo recolhida a amostra biológica.

comuns, já que se trata de uma obtenção do DNA do indivíduo, podendo revelar traços genéticos e pessoais deste. Por fim, nos termos do princípio da não autoincriminação, destaca-se a questão do indivíduo que, ao ser obrigado a realizar a coleta do material genético, pode estar produzindo, eventualmente, provas em seu desfavor.

A relevância deste tema é demonstrada pelo aumento do número de perfis cadastrados no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), que tem crescido de forma elevada. Conforme o último relatório semestral da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, em maio de 2018, observaram-se 3.624 de perfis genéticos oriundos de indivíduos cadastrados criminalmente no BNPG; já em maio de 2020, esse número passou para 65.654. Ou seja, no espaço de dois anos, o número de perfis cadastrados criminalmente no BNPG se tornou dezoito vezes maior.

O assunto é objeto de atenção do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) 973.837/MG, com repercussão geral reconhecida. O RE foi proposto pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais contra uma decisão do Tribunal de Justiça local, que sustentou não haver conflito entre a normativa e a Constituição. A parte recorrente alega que o art. 9º-A da Lei n. 7.210/1984, introduzido pela Lei n. 12.654/2012, seria inconstitucional, violando direitos individuais, como os direitos à privacidade e à não autoincriminação.

Essa aparente contradição entre a busca de maior efetividade da persecução penal e a defesa dos direitos fundamentais permite que se elabore o seguinte problema de pesquisa: A Lei n. 12.654/2012, ao possibilitar a coleta obrigatória de material genético de condenados por crimes hediondos ou cometidos dolosamente com grave violência contra a pessoa para fins de identificação criminal, fere o direito fundamental da privacidade e o princípio da não autoincriminação?

A pesquisa foi elaborada a partir do método dedutivo, partindo-se da análise da legislação e da jurisprudência nacional, utilizando-se também como base a investigação a literatura especializada (artigos acadêmicos e obras monográficas).

O trabalho foi dividido em três seções. Na primeira, serão analisados os fundamentos jurídicos-discursivos que levaram à criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos no Brasil, instituídos pelo meio do Decreto n. 7.950, de 12 de março de 2013; no segundo momento, serão investigadas as razões jurídicas suscitadas no debate levado ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário 973.837/MG, contrapondo os argumentos das partes processuais à luz da Constituição Federal de 1988; finalmente, na terceira seção, serão confrontados os argumentos suscitados com

julgamentos do STF acerca de casos nos quais os direitos fundamentais da privacidade e da não autoincriminação foram desenvolvidos jurisprudencialmente.

Por fim, esse estudo tem como objetivo contribuir com o aperfeiçoamento de um tema tão atual e relevante na esfera jurídico-social, com a busca pelo equilíbrio entre o interesse público com uma persecução criminal eficiente e o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

2 O BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS E A REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS NO BRASIL

A identificação criminal já se utilizou de diversas modalidades, das mais simples às mais complexas, como, por exemplo, o registro apenas do nome, a amputação de algum membro, a marcação a ferro ou a realização de tatuagens. No entanto, com o avanço da ciência e suas tecnologias, surgiram formas mais eficazes de identificação, garantindo procedimentos mais eficazes e menos invasivos, como a fotografia, o retrato falado e a datiloscopia.

Rabello afirma que “o conceito prático de identificação é absoluto, não permitindo aceitar-se como válida uma conclusão no sentido de um determinado ser seja mais ou menos idêntico a si mesmo e diferente dos demais”⁴. Ou seja, ao contrário do simples reconhecimento, a identificação deve ser algo absoluto, inequívoco.

Costa⁵ traz que um bom método de identificação deve obedecer a quatro requisitos: unicidade, imutabilidade, classificabilidade e praticabilidade⁶. Veloso de França⁷ ainda adiciona a perenidade como um quinto requisito, referindo-se à possibilidade de alguns componentes resistirem à ação do tempo.

Sobre a matéria, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVIII, garante que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Isto é, tendo em vista a ausência de lei específica na época da promulgação

⁴ RABELLO, Eraldo. **Curso de Criminalística**. Porto Alegre: Sagra DC Luzzatto, 1996, p. 3.

⁵ COSTA, Luís Renato da Silveira, In JOBIM, Luís Fernando, COSTA, Luís Renato, SILVA, Moacir da, et al. **Identificação Humana**. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2012, p. 08.

⁶ Sauthier resumidamente conceitua os quatro requisitos: “A unicidade é o conjunto de atributos que tornem o indivíduo diferente dos outros; a imutabilidade determina que os elementos registrados devem permanecer sempre, sem mudar e sem sofrer a ação de qualquer fator endógeno ou exógeno; já a classificabilidade traz que o método deve permitir não só uma classificação adequada, como também fácil; por fim, a praticabilidade, permitindo que o método disponha de elementos de fácil obtenção e registro.” (SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/2012**. - Curitiba, PR: CRV, 2015, p. 23).

⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1998, p.30.

constitucional, a identificação criminal passou a ser proibida quando realizada a civil, sem exceções.

Em pouco tempo, porém, surgiu o primeiro dispositivo que regulamentou a matéria: a Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995 (Lei de Combate ao Crime Organizado), que previa, em seu art. 5º, que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas seria realizada independentemente da identificação civil. Esse dispositivo, no entanto, estava circunscrito aos casos de crime organizado, tornando-se um problema por não delimitar quais tipos de delito se encaixariam nesse caso.

Com a necessidade de uma legislação específica para a matéria, foi criada a Lei n. 10.054, de 07 de dezembro de 2000, que trouxe em seu texto as possibilidades em que a pessoa poderia ser submetida à identificação criminal mesmo já estando civilmente identificada por documento original⁸.

Entretanto, a Lei n. 10.054/2000 à época foi alvo de muitas críticas doutrinárias por seus critérios adotados para tal regulamentação, entre eles Bulos⁹. Por isso, alguns anos depois, a matéria foi objeto de uma nova norma, que revogou a anterior e passou a regulamentar o procedimento de identificação criminal. Trata-se da Lei n. 12.037, de 01 de outubro de 2009. Tal Lei passou a dispor, em seu art. 3º, de um novo rol de possibilidades de identificação criminal mesmo quando já apresentado documento de identificação¹⁰.

⁸ “Art. 3º O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando: I - estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público; II - houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade; III - o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais; IV - constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; V - houver registro de extravio do documento de identidade; VI - o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil”.

⁹ “Ao entrar em vigor na data de sua publicação, isto é, em 2-10-2009, a Lei n. 12.037 revogou totalmente, a Lei n.10.054/2000, que, como defendemos nas edições anteriores deste Curso, padecia do vício de inconstitucionalidade formal e material. Na forma, conspurcava o princípio da isonomia, o vetor da razoabilidade (proporcionalidade ou proibição de excesso) e, principalmente, o ditame da dignidade da pessoa humana. Na substância, feria o devido processo legal material (CF,art. 5º, liv), malsinando a ideia de direito inerente à constitucionalização do inciso LVIII do art. 5º. Portanto, merece aplausos a revogação da Lei n.10.054/2000, que deixava impune a alta criminalidade, a qual ficava isenta de identificação. (...)” (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 642)

¹⁰ “Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado”.

Mas, com os avanços biotecnológicos e da ciência forense, não demorou muito para que a nova legislação sobre a matéria sofresse alterações. Em 28 de maio de 2012, foi publicada a Lei n. 12.654, adicionando um novo método de identificação criminal: a tipagem genética.

Acontece que os principais métodos utilizados para este procedimento, até a criação da Lei n. 12.654/2012, eram a fotografia e a dactiloscopia¹¹. Observou-se, no entanto, que tais métodos possuem grandes deficiências. Os métodos que dependem das características físicas, por exemplo, podem ser contrariados hoje em dia, tendo em vista os avanços científicos trazidos pelas cirurgias plásticas, pela remoção de tatuagens e pelas cicatrizes. Já a dactiloscopia, apesar de estar de acordo com as quatro características trazidas por Costa e ser um método bastante eficaz e mais utilizado, não cumpre o critério da perenidade, pois uma digital encontrada na cena de um crime sofre, com os efeitos cronológicos, bem mais que, por exemplo, um fio de cabelo.

Além do mais, com o advento dos avanços biotecnológicos, foi observada uma tendência internacional da utilização de tipagem do perfil genético como forma de identificação criminal e a criação de um banco de dados para seu registro. Esta tendência elevou consideravelmente o número de resolução de crimes.

O Reino Unido e os Estados Unidos foram os pioneiros na implantação dessa forma de identificação criminal. A base de dados britânica foi criada em 1995 e, de acordo com dados de 2006, desde sua implantação, a taxa de resolução de crimes subiu de 20% para 40%¹². Atualmente, com a ampliação do banco de dados, esse número é ainda maior. Segundo o mais recente relatório da NDNAD (National DNA Database)¹³, até o dia 31 de março de 2020, o Reino Unido contava com 6.568.035 perfis de indivíduos e 647.378 perfis de vestígios retirados de cenas do crime. Entre 2019 e 2020, a chance de um perfil de vestígio ter a combinação confirmada com o perfil de um indivíduo era de 65,52%, com um total de 22.916 combinações durante esse período.

¹¹ Sauthier analisa as brevemente as formas de identificação da seguinte forma: A fotografia, como se sabe, é muito presente em documentos pessoais do indivíduo, sendo bastante utilizada para identificação imediata, seja ela civil ou criminal; já a dactiloscopia nada mais é que o processo de identificação por meio das impressões digitais. (SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/2012**. - Curitiba, PR: CRV, 2015).

¹² Projeto de Política Pública de implantação do CODIS no Brasil. BRASIL. **Projeto Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos - A Implantação do CODIS (Combined DNA Index System) no Brasil**. Brasília, DF, 2009, 18p.

¹³ INGLATERRA. **The National DNA Database Biennial Report for 2018-2020**. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/913015/NDNAD_Strategy_Board_AR_2018-2020_print.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

Já nos Estados Unidos, o banco de perfis foi criado em 1994, com todos os seus estados inseridos na base de dados nacional, o NDIS (National DNA Index System), cada um com sua respectiva legislação. A base de dados faz uso do software CODIS (Combined DNA Index System). Segundo o FBI¹⁴, de sua implementação até outubro de 2020, o NDIS passou conta com 14.352.673 perfis de criminosos condenados, 4.150.548 perfis de presos e 1.062.454 perfis de DNA forense retirados de cenas de crimes, com o CODIS produzindo 533.268 combinações confirmadas e auxiliando em mais de 526.035 investigações.

Portanto, vista a melhoria nos números na resolução de crimes nos países que adotaram a coleta de perfis genéticos como forma de identificação genética, conforme justificação apresentada pelo Senador Ciro Nogueira¹⁵ - autor do projeto de lei do Senado n. 93/2011 - foi publicada, em 28 de maio de 2012, a Lei n. 12.654.

Tal dispositivo trouxe diversas alterações à legislação brasileira vigente. Entre tais alterações, destaca-se a adesão de um parágrafo ao art. 5º da Lei de Identificação Criminal, que previamente incluía o processo datiloscópico e o fotográfico como formas de identificação criminal, e que, com o advento da Lei estudada, passou a contar com a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético na hipótese do inciso IV do art. 3º, ou seja, quando esta for fundamental às investigações policiais - mediante despacho da autoridade judiciária competente, por ofício ou por representação da defesa, da autoridade policial ou do Ministério Público.

Além disso, a Lei n. 12.654/2012 alterou a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), que passou a vigorar acrescida do art. 9º-A. A inovação trazida por este foi a submissão obrigatória de condenados por crimes praticados de forma dolosa com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer crime hediondo, à identificação do

¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FBI. **CODIS - NIDS Statistics - FBI**. Disponível em: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>. Acesso em: 28 nov. 2020.

¹⁵ “O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (Combined DNA Index System) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países.[...] Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que o DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime. Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo.” (BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011**. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo. Senador Ciro Nogueira, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=618717&ts=1594015491473&disposition=inline>. Acesso em 25 nov. 2020).

perfil genético, por meio de coleta de DNA, com procedimento adequado e indolor. Tal perfil deve ser armazenado em um banco de dados sigiloso, podendo as autoridades policiais, com inquérito já instaurado, realizar o requerimento ao juiz competente para obter acesso a esse banco de dados de identificação de perfil genético.

Ou seja, além da coleta de perfis genéticos (até mesmo compulsoriamente) quando essencial para a investigação policial, a coleta se torna obrigatória para condenados por crimes hediondos ou dolosos que envolvam violência grave contra pessoa. Destaca-se ainda que em 24 de dezembro de 2019 foi publicada a Lei n. 13.964, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”, trazendo algumas alterações ao dispositivo estudado. Entre essas alterações tem destaque a introdução do § 8º, no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, transformando a negativa do condenado ao procedimento de identificação do perfil genético em falta grave.

Por fim, a Lei n. 12.654/2012 ainda previu a criação de um Banco Nacional de Perfis Genéticos para Fins Criminais, previsto no art. 5º-A da Lei n. 12.037/2009. Este artigo dispõe que os dados contidos nos perfis genéticos, como dito anteriormente, devem ser armazenados em um banco genético de forma sigilosa, devendo este ser gerenciado por unidade oficial de perícia criminal e respondendo civil, penal e administrativamente quem utilizá-los para fins diversos dos previstos em Lei ou em decisão judicial proferida. Destaca também que quaisquer informações genéticas contidas nos bancos de dados não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, com exceção do seu gênero biológico. Além disso, os perfis só seriam excluídos dos bancos de dados ao fim do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito, conforme estabelecido no art. 7º-A da Lei de Identificação Criminal, também acrescido pela Lei n. 12.654/2012. Assim como o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, tal dispositivo foi alterado pelo “Pacote Anticrime”, agora havendo a exclusão dos perfis no BNPG em casos de absolvição do acusado (perfis coletados ainda no processo de investigação/instrução) e, em casos de condenação, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena, mediante requerimento.

Enfim, conforme o art. 7º-B da Lei n. 12.037/2009, a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

A inserção de tais artigos levou à regulamentação do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), criado em 12 de março de 2013, por meio do Decreto n. 7.950/2013, oportunidade em que também foi instituída a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

De acordo com a norma citada, o Banco Nacional de Perfis Genéticos foi instituído com a finalidade principal de armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes (art. 1º, § 1º). Já a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos visa permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos estados e do Distrito Federal (art. 1º, § 2º). Ambos funcionam no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública (art. 1º).

Como visto, com o advento da Lei n. 12.654/2012, a coleta da tipagem de perfis genéticos passou a contar com duas finalidades: para identificação genética e como forma de alimentar o BNPG e a RIBPG. Ou seja, a coleta presta-se à identificação imediata e mediata.

No primeiro caso, a coleta e a tipagem são realizadas antes da condenação do investigado, buscando uma identificação imediata para um crime ainda sem resolução (em fase pré-processual ou de instrução). Este perfil é analisado e armazenado no banco de referência, permitindo seu acesso para resolução de crimes passados e futuros.

No segundo caso, trata-se da coleta obrigatória, realizada em fase de execução penal referente a crimes hediondos ou dolosos que envolvam violência grave contra a pessoa. Nessa situação, por já haver uma condenação transitada em julgado, a tipagem será armazenada no banco de perfis e utilizada para fins de investigação ou identificação de outros crimes sem resolução ou que venham a ocorrer futuramente.

Junto à obtenção de perfis de vestígios de crimes, é a partir das coletas para identificação mediata e imediata que é “alimentada” a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e, conseqüentemente, é ampliado o Banco Nacional de Perfis Genéticos para fins criminais.

Segundo o último relatório semestral da RIBPG¹⁶, com a data base de 28 de maio de 2020, os perfis genéticos criados pelos laboratórios da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos são enviados ao Banco Nacional de Perfis Genéticos, onde são realizadas comparações, a nível nacional, com os perfis elaborados pelos 20 laboratórios (18 laboratórios estaduais, 1 distrital e 1 da Polícia Federal) que até o momento compõem a Rede, e também a nível internacional, com o recebimento de outros perfis por meio da Interpol¹⁷.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG):** Dados estatísticos e resultados - nov/2019 a mai/2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view>. Acesso em: 07 nov. 2020.

¹⁷ International Criminal Police Organization (Interpol) é uma organização inter-governamental que conta atualmente com 194 países-membros, permitindo compartilhamento e acesso a informações de crimes e criminosos e disponibilizando amplo apoio técnico e operacional. (INTERPOL. **What is Interpol?**. Disponível em: <https://www.interpol.int/Who-we-are/What-is-INTERPOL>. Acesso em 07 nov. 2020).

Ainda segundo o relatório semestral, tem-se a quantidade de 77.685 perfis genéticos no BNPG relacionados à esfera criminal, sendo de 64.352 condenados, 12.051 vestígios de crimes, 767 identificados criminalmente, 132 restos mortais identificados e 383 por força de decisão judicial. Ou seja, subtraído o número de vestígios, tem-se o total de 65.634 indivíduos cadastrados criminalmente no BNPG, um valor quase quatro vezes maior quando comparado ao mesmo período de 2019¹⁸.

Na categoria de condenados, os maiores números vêm do estado de Pernambuco (13.082 perfis), São Paulo (10.058 perfis) e Maranhão (4.580 perfis). O Rio Grande do Norte, por ter iniciado há pouco tempo o processo de coleta, possui apenas 306 perfis de condenados no BNPG.

Ainda segundo o relatório, até maio de 2020, a RIPBG apresentou o número de 1.928 coincidências confirmadas: 1.508 entre vestígios e 420 entre vestígio e indivíduo cadastrado criminalmente, auxiliando no total de 1.406 investigações. Além disso, a taxa de coincidências (divisão do total de coincidências na RIBPG pelo total de perfis genéticos de vestígios no BNPG) subiu de 10,16% para 16%, acompanhando o crescimento no número de perfis genéticos que entram na Rede, principalmente de indivíduos.

Portanto, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos surgem em um contexto de evolução biotecnológica, visando maior efetividade na resolução de crimes, buscando acompanhar o crescente número de atividade criminal no país e, conseqüentemente, reduzir o número de casos não resolvidos.

No entanto, para alguns, ao inserir o art. 9º-A na Lei de Execução Penal e a consequente extração compulsória, na execução penal para crimes hediondos ou cometidos dolosamente com violência grave contra a pessoa, a Lei n. 12.654/2012, ao buscar uma persecução penal mais eficiente, pode ter contrariado alguns direitos fundamentais, com destaque para os direitos da não autoincriminação e o da privacidade. Esta discussão será travada nas próximas seções.

3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 973.837/MG E AS RAZÕES JURÍDICAS DAS PARTES PROCESSUAIS

Com advento da Lei n. 12.654/2012 e suas alterações às Leis de Identificação Criminal e de Execução Penal, não demorou para surgirem questionamentos sobre sua constitucionalidade, já que a prerrogativa de uma coleta compulsória de material genético

¹⁸ Segundo o Relatório semestral, em Maio de 2019 o número de indivíduos cadastrados criminalmente no BNPG era de 18.073.

para fins de identificação criminal – em casos de condenação por crimes cometidos, dolosamente, com violência grave contra a pessoa ou delitos hediondos – buscando uma persecução penal mais eficaz e, conseqüentemente, maior garantia da segurança pública, pode ser vista igualmente como uma violação de outros direitos fundamentais, principalmente os da privacidade e da não autoincriminação.

O Recurso Extraordinário 973.837/MG, interposto em 2016, possui como relator o Min. Gilmar Mendes e trata sobre o tema 905: “Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal”.

No caso concreto, tem-se que o recorrente foi condenado por crimes praticados, dolosamente, com violência contra a pessoa e por crimes hediondos. Em sede de execução penal, o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) requereu a coleta do seu perfil genético para fins de identificação criminal. No entanto, em primeiro grau, esse pedido foi indeferido com a justificativa que o artigo que prevê tal procedimento de forma obrigatória seria inconstitucional. O órgão ministerial decidiu, então, recorrer à segunda instância, oportunidade na qual foi dado provimento ao agravo e retificada a manifestação do juízo *a quo*.

Com isso, o condenado, por meio da Defensoria Pública de Minas Gerais, interpôs recurso extraordinário contra o acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) nos autos do Agravo em Execução Penal n. 1.0024.05.793047-1/001¹⁹, reiterando a defesa que o previsto no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, introduzido pela Lei n. 12.654/2012, e a obrigatoriedade de fornecimento de material biológico (DNA) para fins de identificação criminal violaria direitos à privacidade e a prerrogativa de não se autoincriminar (arts. 1º, III, 5º, II, X, LIV e LXIII, da CF/1988).

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade e a repercussão geral da questão tratada²⁰, sendo o assunto objeto de discussões nos mais diversos

¹⁹ “AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DO APENADO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RETROATIVIDADE. ISENÇÃO DE CUSTAS. DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO. - A Lei nº 12.654/12 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. - A criação de banco de dados com material genético do apenado não viola o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), vez que decorre de condenação criminal transitada em julgado [...]” (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0024.05.793047-1/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/08/2014)

²⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. COLETA DE PERFIL GENÉTICO PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS

sistemas jurídicos estrangeiros. A incorporação e o armazenamento do perfil genético de condenados no BNPG e, conseqüentemente, da RIBPG não é aceita unanimemente, havendo diversas decisões de Tribunais de Justiça afastando a incidência do supracitado art. 9º-A da Lei n. 7.210/1984.

Os autos do recurso encontram-se conclusos ao relator, Min. Gilmar Mendes, já contando com a participação de vários *amici curiae*, com audiência pública realizada, mas ainda sem data definida para julgamento. Tendo em vista que a questão ainda não foi resolvida, é relevante analisar os principais argumentos utilizados pelas partes e como estes tratam a controvérsia constitucional.

Analisando-se os argumentos da recorrente, destaca-se a questão da violação da garantia da não autoincriminação e da garantia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme o art. 5º, II, da Constituição, pois, apesar de o art. 9º-A da Lei de Execução Penal (introduzido pela Lei n. 12.654/2012) determinar que a coleta de material genético para fins de identificação criminal e seu armazenamento no BNPG é obrigatória para condenados por crimes praticados dolosamente, com violência grave contra a pessoa ou crimes hediondos, o indivíduo não pode ser coagido a fornecer material que considere que venha a ser prejudicial para si. Relata a recorrente ainda que, já havendo o processo e a condenação, não há dúvidas quanto à identificação do condenado, sendo desnecessária a coleta de material genético para tal fim.

A recorrente sustenta também que a Lei da Identificação Criminal, que regulamenta o art. 5º, LVIII, da CF/1988, dispõe, em seu art. 3º, sobre as hipóteses do indivíduo com identificação civil ser submetido à identificação criminal, sendo a coleta apenas passível conforme seu inciso IV, ou seja, quando essencial para as investigações policiais, mediante autorização judicial ou de ofício pela autoridade judicial, o que não seria cabível no caso concreto e na maioria das situações similares.

1º-III e 5º-II, X, LIV e LXIII DA CONSTITUIÇÃO. 1. A identificação criminal é direito do Estado voltado à promoção da segurança pública. 2. Ausência de ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que a obrigação encontra-se amparada em lei, em consonância com o princípio da proporcionalidade e de outros direitos constitucionais envolvidos, assim como em orientação da UNESCO sobre o tema. 3. Coleta feita por método indolor e pouco invasivo. Possibilidade de obtenção do material independentemente da anuência do agente e por meio não coercitivo. Ausência de afronta à prerrogativa contra a autoincriminação. - Parecer pelo não-provimento do recurso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Acórdão de Repercussão Geral. Diário de Justiça Eletrônico, 10 out. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov.. 2020).

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)²¹, entidade que integra os autos como *amicus curiae*, reafirma os argumentos trazidos pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, complementando que as alterações trazidas pela Lei n. 12.654/2012 estariam relativizando garantias fundamentais e que a criação de um banco de dados dos perfis genéticos de condenados não deveria ser considerada uma inovação na segurança pública, mas sim mais uma forma de discriminação fundada em um pensamento ultrapassado.

A Clínica de Direitos Humanos BIOTECJUS (CDH/UFPR) e o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO)²², que também integram o processo na condição de *amici curiae*, destacam a importância da matéria, por se tratar de uma discussão em diversos ordenamentos jurídicos, principalmente analisando o impacto de tal procedimento persecutório na defesa dos Direitos humanos, ressaltando que a questão ultrapassa limites jurídicos e atinge discussões biotecnológicas e dilemas bioéticos.

Além disso, destacam que o DNA é composto por partes não codificantes e codificantes, o que deixa claro que as informações extraídas dele podem ser qualificadas como dados pessoais, pois permitem a distinção e a identificação individual. Salientam que é dever do Estado e de qualquer envolvido no procedimento, desde a coleta até o armazenamento do DNA, certificar uma proteção maior ao seu conteúdo para que ele não venha a ser utilizado de forma indevida ou venha a ser acessada por pessoas sem autorização, respeitando o direito à privacidade, disposto pelo art. 5º, *caput* e inciso X, da CF/1988. No entanto, eles alegam não existir qualquer dispositivo que venha a orientar de forma específica como deve se dar essa proteção dos dados armazenados. Casabona²³ defende que o acesso aos dados deve se dar da forma mais restrita possível, pois, com a exposição de tais informações, o indivíduo ficaria “transparente”, sujeito às mais diversas formas de discriminação.

Outro argumento trazido é o de que não se observa uma explicação adequada e compreensiva para o indivíduo portador dos dados, pois este deveria ser informado sobre qual o objetivo de tal coleta, quais os seus riscos, como eles serão utilizados, e quanto tempo

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Pedido de ingresso como *amicus curiae* (19130/2017) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Diário de Justiça Eletrônico, 10 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Pedido de ingresso como *amicus curiae* (4550/2017) da Clínica de Direitos Humanos (CDH/UFPR) e o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS RIO). Diário de Justiça Eletrônico, 09 fev. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²³ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do Gene ao Direito**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 1999, p. 56.

permanecerão no BNPG, sendo esse último ponto um problema em específico também citado pelos defensores da inconstitucionalidade do dispositivo.

Enfim, a Associação Federal dos Defensores Públicos (ANADEP)²⁴, também habilitada aos autos como *amicus curiae*, complementou o que foi dito pela CDH/UFPR e pelo ITS RIO, afirmando que o procedimento de coleta compulsória previsto no art. 9º-A da Lei de Execução Penal seria uma forma de intervenção corporal coercitiva e que, de acordo com o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, tal coleta e seu respectivo armazenamento viriam a interferir com o respeito à privacidade, conforme estabelecido no art. 8º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, só não estando sendo violado este artigo quando estiver o procedimento de acordo com a normatização local. Portanto, tendo a Constituição Federal de 1988 previsto a prerrogativa de não autoincriminação e o direito à privacidade, a alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.654/2012 estaria em desacordo com ela.

Partindo para um outro ponto de vista e analisando-se os principais argumentos dos defensores da constitucionalidade do dispositivo estudado, observa-se principalmente a questão da busca do Estado em prestar um melhor serviço na garantia da segurança pública por meio de uma persecução penal mais eficaz, já que a Constituição Federal traz a segurança como um dos direitos fundamentais, em seus arts. 5º e 6º, com seu art. 144 complementando que esta se trata de um dever do Estado, além de direito e responsabilidade de todos.

O Ministério Público de Minas Gerais²⁵ alega primeiramente que a evolução biotecnológica sempre buscou beneficiar a humanidade, inclusive no âmbito jurídico do Estado de Direito, e que a identificação criminal por meio de coleta de material genético é ainda mais eficaz e segura que as comumente utilizadas, além de ser realizada por método indolor²⁶. Para reafirmar esse ponto, apresentam o aumento nos números de resolução de

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Pedido de ingresso como *amicus curiae* (24444/2017) da Associação Federal dos Defensores Públicos (ANADEP). Diário de Justiça Eletrônico, 10 abr. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Petição de apresentação de manifestação (67129/2016) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.. Diário de Justiça Eletrônico, 24 nov. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁶ Segundo o Instituto Nacional de Criminalística, a coleta do material se dá por meio de esfregaço da mucosa oral com suabe. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Parecer e Respostas às Questões do Tribunal pelo Perito do Instituto de Criminalística. Diário de Justiça Eletrônico, 06 fev. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov. 2020).

crimes em outros países desenvolvidos que já utilizam de um banco de perfis genéticos e sobre a possibilidade da obtenção de resultados similares no Brasil.

Ressalta ainda que, no processo de discussão do projeto da Lei n. 12.654/2012, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em momento algum observou hipótese de afronta à Constituição Federal²⁷.

Além disso, salienta que não haveria que se falar em lei infraconstitucional indo de encontro com a Constituição, pois ela, em seu art. 5º, LVIII, traz que, em hipóteses previstas em lei, a identificação criminal pode ser realizada mesmo que o indivíduo já seja civilmente identificado. Ou seja, ficaria a critério do legislador definir os métodos cabíveis de identificação criminal e seria exatamente por isso que ocorreu a edição da Lei n. 12.654/2012.

Outro argumento trazido pelo MPMG é o de que não se pode se falar que a criação do art. 9º-A da Lei de Execução Penal violaria os direitos da não autoincriminação, pois a Constituição traz em seu art. 5º, LXIII que o preso será informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, com garantia de assistência familiar e de advogado. No entanto, caso o direito da vedação à autoincriminação extrapole o real significado do “direito ao silêncio”, tal garantia passaria a ser uma prerrogativa insuperável para o acusado. O órgão, portanto, que o direito à não autoincriminação não estaria sendo violado, pois este estaria limitado a não obrigar o acusado a contribuir ativamente com a produção da prova para uma investigação/ação penal em curso e, no caso analisado, o fornecimento de DNA para armazenamento em um banco de perfis genéticos para fins criminais é previsto como uma consequência da condenação e um comportamento passivo pelo condenado (não ativo).

O *parquet* enfatiza ainda que coleta só é realizada após uma sentença condenatória transitada em julgado e o material armazenado só será utilizado como base para crimes futuros. Nesse caso, a prova capaz de justificar a condenação de um acusado em uma investigação futura será de exclusividade do Estado acusatório e não do investigado, pois cabe à polícia investigativa colher material na cena do crime para que seja realizada a comparação com os perfis presentes no banco, podendo inclusive beneficiar o condenado que venha a ser

²⁷ “Não observei vícios de constitucionalidade, juridicidade ou de técnica legislativa na matéria abrangida pelo PL 2458/2011. Tampouco posso dizer que haja qualquer discordância do Projeto para qualquer dos preceitos listados no inciso IV do artigo 32 do RICD. Assim sendo, amparado por uma profunda reflexão, transversal às matérias de direito e de ciências naturais, registro a seguir um texto emblemático da conclusão a que chegamos após estudo detido acerca da matéria.” (BRASIL. **Parecer do Relator, Dep. Vicente Candido (PT-SP), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação deste e pela rejeição do PL 4335/2008, do PL 188/1999, do PL 417/2003, do PL 4487/2008, do PL 2371/2011, do PL 2624/2011 e do PL 1820/1996, apensados.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=978441&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2458/2011. Acesso em 17 nov. 2020).

suspeito em uma outra investigação criminal, por permitir uma identificação mais segura. Tal posicionamento é apoiado por Nucci²⁸.

A entidade afirma que o direito à privacidade do indivíduo também não é violado, já que, conforme esclarecimentos do Instituto Nacional de Criminalística²⁹, o perfil genético utilizado é extraído das partes não codificantes e a única característica do indivíduo revelada pelo perfil genético é o sexo biológico (cromossomos XX ou XY), não constando quaisquer informações sobre etnia, doenças ou características físicas ou comportamentais, sendo tal perfil associado apenas a um código somente conhecido pela instituição responsável.

E, por fim, a entidade afirma que o Direito, com algumas exceções, não permite princípios absolutos e, no caso de colisão entre eles, se deve aplicar o princípio da proporcionalidade. Estando-se, portanto, diante de uma possível colisão entre dispositivos presentes na Constituição Federal de 1988 – a identificação criminal (art. 5º, LVIII) e o direito à segurança (arts. 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 144) em oposição ao direito à não autoincriminação (art. 5º, LXIII) e o direito à privacidade (art. 5º, X) – e sendo aplicado tal princípio, deve-se prevalecer o primeiro grupo de direitos, pois prezam pela defesa não só do indivíduo, evitando falhas no Judiciário, mas também da sociedade em geral, promovendo uma maior resolução nos crimes e um menor número de reincidências.

Apresentados os principais argumentos em conflito, é importante destacar que as já citadas alterações trazidas com a publicação da Lei n. 13.964/2019, o chamado “Pacote Anticrime”, devem ocasionar novas discussões no decorrer do julgamento, pois trazem mudanças tanto nos argumentos dos defensores da constitucionalidade quanto para os da inconstitucionalidade.

Por fim, dado o constante debate sobre a dificuldade em estabelecer os limites da intervenção estatal sobre os indivíduos enquanto se busca garantir uma persecução penal eficaz, na seção seguinte serão confrontados os argumentos suscitados pelas partes com casos

²⁸ “Em suma, colher material genético para a identificação criminal de qualquer condenado não é procedimento suficiente para prejudicá-lo; ao contrário, busca-se assegurar a sua perfeita individualização. Se, no futuro, ele tornar a cometer um crime e o Estado, de posse do material colhido no local do delito ou da vítima, puder confrontar com os dados constantes do banco genético, encontrando-se o autor, cuida-se do aperfeiçoamento do sistema investigatório. O acusado não forneceu, obrigatoriamente, material algum para *fazer prova contra si mesmo*. O ponto de vista é outro: o Estado colheu dados noutras fontes e confrontou com perfil genético já existente.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Ed. Vol. 2. Forense. Rio de Janeiro, 2016. p. 173-174).

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Parecer e Respostas às Questões do Tribunal pelo Perito do Instituto de Criminalística. Diário de Justiça Eletrônico, 06 fev. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov. 2020).

relacionados aos direitos fundamentais da privacidade e da não autoincriminação já desenvolvidos jurisprudencialmente pelo STF.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS DIREITOS À PRIVACIDADE E NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Alexy³⁰ sustenta a existência de uma dimensão objetiva e outra subjetiva para os direitos fundamentais: na primeira, observa-se a essência do Estado Democrático de Direito, operando como diretriz para uma melhor convivência em sociedade; já a segunda garante ao seu titular um direito concreto, a possibilidade de exigir tal direito de outrem (Estado ou particular) por meio de ações negativas ou positivas.

Estabelecer um equilíbrio entre a relação indivíduo e Estado, a autossuficiência de uma pessoa e seus deveres perante a sociedade, sempre foi um grande desafio. E tal dificuldade não é diferente no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente quando diante da esfera penal. Dias Neto³¹ afirma que tal situação pode ser simbolizada como um pêndulo, movendo-se entre dois pólos: o efficientismo, com sua busca por uma persecução criminal mais eficaz, e o garantismo de Ferrajoli³², com sua proteção aos direitos individuais. É a partir das duas dimensões dos direitos fundamentais que são estabelecidas, respectivamente, as proibições e exigências de intervenção penal do Estado.

Como o enfoque deste estudo é observar como as inovações trazidas pela Lei n. 12.654/2012, ao inserir o art. 9º-A na Lei de Execução Penal, pode violar os direitos da privacidade e da não autoincriminação, a seguir serão analisados dois processos julgados recentemente pelo STF que dispõem sobre esses dois direitos: o Recurso Extraordinário 971.959/RS e o Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, ambos com repercussão geral reconhecidas.

O Recurso Extraordinário 971.959/RS³³ traz em seu conteúdo o tema 907: “Constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro”, ou seja, a constitucionalidade da norma que tipifica como crime a fuga do local do acidente.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

³¹ DIAS NETO, Theodomiro. “O direito ao silêncio: Tratamentos do direito alemão e norte-americano”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 05, n. 19, jul/set 1997, p. 179 e 180, *apud*, TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito a não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 26.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. - 3ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 971.959**. Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4985877>. Acesso em: 26 nov. 2020.

No caso concreto, o condutor abandonou o local onde ocorreu uma colisão com outro veículo, sendo posteriormente condenado por tal conduta. Porém, no julgamento da apelação o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou o réu inocente por considerar inconstitucional o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, já que tal dispositivo violaria o direito à não autoincriminação. O Ministério Público do Rio Grande do Sul decidiu, então, interpor o recurso extraordinário.

Analizando-se o acórdão³⁴, tem-se que o relator do RE 971.959/RS, o ministro Luiz Fux, votou pelo provimento do recurso alegando que o tipo penal previsto no dispositivo tratado tem como bem jurídico tutelado a administração da Justiça, ficando esta prejudicada em caso de fuga do local do acidente de trânsito. Alega ainda que a jurisprudência do STF sempre valorizou a garantia da não autoincriminação, mas também passou a considerar que não há direitos absolutos, sendo admitida sua mitigação em certos casos, trazendo que tal entendimento foi consolidado com o julgamento do RE 640.139/DF³⁵ (tema 478: alcance do princípio da autodefesa frente ao crime de falsa identidade), ao estabelecer que o princípio da não autoincriminação não abrange o indivíduo que alega falsa identidade perante autoridade policial com o objetivo de ocultar maus antecedentes. Por fim, afirmou que a mera permanência do condutor no local do acidente em momento algum o obriga a atribuir expressamente qualquer responsabilidade para si.

Ainda no julgamento, o Ministro Gilmar Mendes divergiu do relator afirmando que o STF já determinou que o direito ao silêncio deve ser aplicado de forma ampla, não restrita. Destacou o ministro que a permanência do acusado no local do acidente sem dúvida alguma contribui para a comprovação da autoria, não cabendo a tese de que, simplesmente por estar o indivíduo em silêncio, ele não estaria produzindo provas contra si. Complementando tal posicionamento, o Ministro Marco Aurélio também divergiu do relator, declarando que a

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 971.959**. Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4985877>. Acesso em: 26 nov. 2020.

³⁵ “EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes.” (RE 640139 RG, Relator Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 22/09/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-05 PP-00885 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 668-674)

garantia da não autoincriminação não se restringe ao mero silêncio, mas sim como forma de preservação do indivíduo para não produzir, ativa ou passivamente, provas contra si.

Por maioria de votos, o Tribunal deu provimento ao recurso, fixando-se a seguinte tese: “A regra que prevê o crime do artigo 305 do CTB é constitucional posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e as hipóteses de exclusão de tipicidade e de antijuridicidade”³⁶, sendo vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram em desfavor da tese.

Já o Recurso Extraordinário 1.055.941/SP teve como relator o Ministro Dias Toffoli e tratou do tema 990: “Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário”.

No caso concreto, a sentença de primeiro grau foi condenatória, tendo como base de sua fundamentação os dados bancários e fiscais obtidos como provas e que o compartilhamento de tais dados entre a Receita Federal e o órgão ministerial seria lícito, por estar conforme o disposto no art. 6^o³⁷ da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, com a devida abertura do prévio processo administrativo fiscal. No entanto, o Tribunal Regional Federal da 3^a Região reverteu a decisão de primeiro grau sustentando que o compartilhamento seria ilícito e, como a materialidade delitiva do caso só havia sido comprovada por meio desses dados, o processo seria nulo. O Ministério Público Federal decidiu, portanto, interpor recurso extraordinário, arguindo a licitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal para fins penais sem prévia autorização judicial e o restabelecimento da sentença proferida em primeiro grau, pois tal procedimento não violaria os direitos à privacidade e a inviolabilidade do sigilo de dados, previstos nos incisos X e XII, do art. 5^o, da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, o Supremo decidiu estender a aplicação desse Recurso também para o compartilhamento de dados pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF)³⁸.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 971.959**. Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4985877>. Acesso em: 26 nov. 2020.

³⁷ “Art. 6^o As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.” (BRASIL. **Lei Complementar n. 105**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, 2001).

³⁸ “A UIF brasileira é responsável, assim como era o antigo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), por produzir e gerir inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro e

Em sua fundamentação³⁹, o ministro Alexandre de Moraes votou favoravelmente ao provimento do recurso, afirmando que o art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seus incisos X e XII, trouxe a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, sendo essa proteção estendida também ao sigilo de dados - inclusive bancários e fiscais - e que, apesar de tais dados estarem constantes nas instituições financeiras, na Receita Federal ou na UIF, ainda assim são partes da intimidade e da vida privada. No entanto, alegou o ministro que os direitos individuais não podem ser considerados absolutos nem serem utilizados como “escudos protetores” para prática de condutas ilícitas e estando delimitados a outros direitos estabelecidos na própria Constituição⁴⁰. Ele declarou, ainda, que, nas hipóteses de proteção dos direitos gerais e sendo respeitadas a excepcionalidade e a razoabilidade, o sigilo de dados pode ser relativizado. Também destacou a importância da quebra de sigilo financeiro na resolução de casos de corrupção, tanto no Brasil como em outros países, e que o compartilhamento seria na verdade apenas a utilização de provas lícitas, emprestadas e essenciais para constituir a materialidade delitiva.

O Ministro Ricardo Lewandowski também votou pelo provimento do recurso⁴¹, destacando que a matéria analisada é semelhante à do RE 601.314/SP⁴², referente ao

ao financiamento do terrorismo” (BRASIL. **O que é a Unidade de Inteligência Financeira?**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/banners-rotativos/o_que_faz.pdf. Acesso em 27 nov. 2020).

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.055.941**. Relator: Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828>. Acesso em: 27 nov. 2020).

⁴⁰ Conforme o seu próprio voto: “A proclamação dos direitos individuais, entretanto, nasceu para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecer a obrigatoriedade de as condutas individuais operarem dentro dos limites impostos pelo direito”

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.055.941**. Relator: Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828>. Acesso em: 27 nov. 2020).

⁴² RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01. 1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação

fornecimento de informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º, da Lei Complementar n. 105/2001, oportunidade na qual foi declarada a constitucionalidade do tratado dispositivo, considerando dispensável autorização judicial para que a Receita obtivesse informações bancárias/fiscais de contribuintes. Seguindo tal raciocínio, para o Ministro, o compartilhamento de tais dados, para fins de persecução criminal, também seria lícito.

Já Ministro Celso de Mello⁴³ votou pelo não provimento do recurso, destacando a importância do direito à privacidade e intimidade como importantes formas de manifestação dos direitos à personalidade, entendendo que a quebra do sigilo fiscal para fins penais pode ocorrer, porém de forma delimitada, devendo conter apenas uma descrição objetiva do fato supostamente delituoso e outras informações referentes à pessoa física ou jurídica, mas sem o envio de documentos protegidos por sigilo, como, por exemplo, extratos bancários, declaração de imposto de renda e livros contábeis. Afirmou ainda que a exigência de regra de jurisdição para sigilo bancário/fiscal inibe o poder público de extrapolar os limites a ele estabelecidos.

Vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, foi dado provimento ao Recurso, com o restabelecimento da sentença proferida em primeiro grau, e, conseqüentemente, a fixação de tese de repercussão geral, na qual ficou estabelecida a constitucionalidade do compartilhamento de dados pela UIF e pela Receita Federal do Brasil, mesmo que sem prévia autorização judicial, mas devendo ser mantido o sigilo de tais dados e o tal compartilhamento ser realizado estritamente através de comunicações formais⁴⁴.

do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. 7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 601314, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.055.941**. Relator: Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828>. Acesso em: 27 nov. 2020).

⁴⁴ Ementa Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC). Fixação das seguintes teses: 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de

Enfim, feitas as análises do RE 971.959/RS, julgado em novembro de 2018, e do RE 1.055.941/SP, julgado em dezembro de 2019, observa-se que em casos similares o Plenário tem mantido seu entendimento com relação aos direitos da não autoincriminação e da privacidade na esfera penal, conforme os julgamentos anteriores citados pelos ministros em seus votos - como o RE 640.139/DF e RE 601.317, julgados em 2011 e 2016, respectivamente - também referentes aos direitos constitucionais tratados neste estudo. Tal entendimento revela que o STF, apesar de destacar a importância dos direitos individuais, não os considera absolutos, prezando pelos direitos coletivos, pelo papel do Estado em garantir uma segurança pública de qualidade. Ou seja, na metáfora pendular de Dias Neto, o STF tem a tendência de seguir para o pólo do eficientismo, estando os defensores da inconstitucionalidade do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, no RE 973.837/MG, diante de um desafio à sua frente para mudar tal posicionamento do Supremo.

É fácil notar que o tema estudado é alvo das mais diversas discussões, com os mais variados argumentos de ambas as partes. Tendo em vista a comum demora na elucidação dos mais diversos crimes no Brasil e observados os ótimos resultados obtidos nos países que já implementaram esse tipo de tecnologia como forma de identificação, resta-se claro que a implementação de uma Rede Integrada e, conseqüentemente, de um Banco Nacional de Perfis Genéticos, é algo necessário no Brasil. No entanto, ainda há de se esclarecer algumas questões sobre o procedimento de coleta previsto pelo art. 9º-A, pois, enquanto na teoria a ideia é agradável ao propor uma investigação criminal mais fácil e rápida, na prática o procedimento pode apresentar falhas e violar direitos fundamentais.

Com relação ao direito à privacidade, estando todo sistema passível de falhas e as auditorias nos laboratórios e bancos que compõem a RIBPG sendo realizadas apenas a cada dois anos⁴⁵, não se há uma concreta garantia de que será mantido o devido anonimato e sigilo dos dados, assim como não está garantido que o material não possa ser utilizado com finalidade diversa da prevista em lei, tendo em vista que não há um procedimento específico para seu armazenamento e descarte. Já com relação ao princípio da não autoincriminação, há

comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. (RE 1055941, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020)

⁴⁵ Resolução nº 12 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, de 1º de agosto de 2019. **Dispõe sobre os requisitos técnicos para a realização de auditorias nos laboratórios e bancos que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-12-de-1-de-agosto-de-2019-209846387?inheritRedirect=true&redirect=%2Fconsulta%3Fq%3Dgen%25C3%25A9tico%26publish%3Dpast-year%26delta%3D75>. Acesso em 28 nov. 2020.

de se notar que, ao se estabelecer a coleta obrigatória, é retirado o direito de escolha do indivíduo, podendo o material ser utilizado para investigação de outros crimes e passando a ser uma prova potencialmente condenatória, não uma mera identificação criminal, interpretando-se que tal princípio estaria delimitado ao silêncio e condutas ativas. A questão da violabilidade de tais direitos fica ainda mais evidente com a implementação do § 8º, no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, pela Lei n. 13.964/2019, que estipulou como falta grave a recusa do condenado a se submeter ao procedimento de coleta, sendo tal medida desproporcional.

Por fim, é nítido que a questão analisada neste estudo não é a primeira e provavelmente não será a última a levantar discussões sobre o choque entre direitos fundamentais, principalmente em se tratando de uma questão relacionada à esfera penal. No entanto, apesar da evolução biotecnológica levar a melhores resultados na obtenção de uma persecução penal eficaz e a necessidade da implementação de um banco nacional de perfis genéticos com fins criminais no Brasil, a obrigatoriedade na coleta de material genético para fins de identificação criminal pode violar direitos individuais, devendo, portanto, ser analisada de forma cuidadosa para, enfim, ser devidamente discutida no Supremo Tribunal Federal.

5 CONCLUSÃO

A coleta de material genético de indivíduos para fins de identificação criminal é uma questão discutida nos mais diversos ordenamentos jurídicos, estando-se diante de um debate que ultrapassa fronteiras. Ao mesmo tempo que auxilia na solução de crimes, garantindo uma persecução penal mais eficaz, também leva a questionamentos sobre sua constitucionalidade.

No aspecto nacional, conforme visto, não foi muito diferente. Observando-se a rápida evolução biotecnológica e os bons números obtidos pelos países que decidiram implementar uma rede integrada de perfis genéticos na esfera criminal, foi desenvolvida a Lei n. 12.654/2012, que, ao alterar as Leis de Identificação Criminal e de Execução Penal e estabelecer a criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos, buscou seguir o mesmo caminho desses países, mas acabou levantando questionamentos se a identificação criminal realizada por meio de coleta obrigatória do DNA de condenados por crimes hediondos ou cometidos dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa, prevista no acrescido art. 9º-A da Lei de Execução Penal, iria de encontro com os direitos fundamentais da privacidade e da não autoincriminação.

Analisou-se neste trabalho o principal caso no Brasil, o Recurso Extraordinário 973.837/MG, no qual alega a Defensoria Pública do estado de Minas Gerais que o art. 9º-A da

Lei de Execução Penal, acrescido pela Lei n. 12.654/2012, é inconstitucional por violar o direito da não autoincriminação, já estando a identificação clara em decorrência de todo um processo já ter ocorrido, e especificando que a Lei n. 12.037/2009 já é bastante específica ao dispor sobre as possibilidades de identificação criminal e, por fim, que o material coletado poderia vir a servir futuramente como prova contra o indivíduo. Com o decorrer do processo e a entrada de diversos *amici curiae*, também foi levantada a questão sobre tal dispositivo violar o direito à privacidade, pois o DNA possui partes codificantes que podem revelar características somáticas e comportamentais da pessoa, além do que o material poderia ser utilizado com finalidade diversa da prevista em lei. Já o Ministério Público de Minas Gerais, parte recorrida, argumenta que não há violação alguma de direitos fundamentais, sendo a coleta realizada apenas após uma sentença condenatória transitada em julgado, devendo ser considerada apenas como uma das consequências da condenação, com a criação do perfil do condenado podendo vir inclusive a beneficiá-lo durante outra investigação/instrução. Afirmou ainda o *parquet* que não há violação alguma contra a privacidade, pois a região analisada do DNA é a não codificada, sendo revelado no perfil apenas o sexo biológico do indivíduo. Ainda não se tem previsão para inclusão do processo em pauta de julgamento.

Apurou-se que, com base em julgamentos anteriores que tratam sobre o princípio da não autoincriminação e o direito à privacidade - RE 971.959/RS e RE 1.055.941/SP, respectivamente - o Supremo Tribunal Federal tem entendido que os direitos individuais são inegavelmente essenciais, mas não absolutos, e não devem servir de escudo para a prática de delitos. Em ambos os processos, dispositivos tiveram suas constitucionalidades questionadas por supostamente violar princípios individuais, mas o Supremo, ao analisá-los e ponderar os argumentos das partes com base no previsto na Constituição, prezou pelos direitos coletivos, ou seja, pela garantia de uma segurança pública de qualidade. Portanto, o Plenário costuma seguir o caminho em favor do eficientismo na persecução penal em face do garantismo ao indivíduo.

Entende-se, assim, que a implementação de um Banco Nacional de Perfis Genéticos e uma Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos é necessária no Brasil, tendo em vista a comum demora na elucidação de crimes e a necessidade de melhoria na Segurança Pública. No entanto, apesar de necessária a defesa dos direitos coletivos, não se pode relativizar os direitos individuais da privacidade e da não autoincriminação, que são violados com a aplicabilidade do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, com a possibilidade de falhas na garantia de sigilo e anonimato dos perfis, assim como a possibilidade de utilização com finalidade diversa da estabelecida em lei (não havendo um procedimento específico de

armazenamento e descarte do material genético). Além disso, a utilização do material para investigação de outros crimes passa a ser uma prova potencialmente condenatória, não uma simples identificação criminal.

Por fim, resta claro que a implementação de um banco de perfis genéticos para fins criminais é necessária no país, mas tal disposição deve ser implementada de forma lenta e observando a devida proporcionalidade, devendo-se analisar aspectos não só jurídicos, mas também sociais e bioéticos. Trata-se, portanto, de um processo que deve ser analisado e discutido de forma interdisciplinar para que seja realizado um devido julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n. 7.950, de 12 de março de 2013. **Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. **Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm. Acesso em 28 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.054, de 07 de dezembro de 2000. **Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências**. (Revogada pela Lei nº 12.037, de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10054.htm. Acesso em 04 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009. **Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 02 de nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.654, de 28 de Maio de 2012. **Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995. **Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas**. (Revogada pela Lei nº 12.850, de 2013). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Institui o Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG): Dados estatísticos e resultados - nov/2019 a mai/2020**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-re-de-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view>. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. **O que é a Unidade de Inteligência Financeira?**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/banners-rotativos/o_que_faz.pdf. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. **Parecer do Relator, Dep. Vicente Candido (PT-SP), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação deste e pela rejeição do PL 4335/2008, do PL 188/1999, do PL 417/2003, do PL 4487/2008, do PL 2371/2011, do PL 2624/2011 e do PL 1820/1996, apensados**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=978441&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2458/2011. Acesso em: 17 nov. 2020

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011. **Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo**. Senador Ciro Nogueira, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=618717&ts=1594015491473&disposit ion=inline>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Projeto Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos - A Implantação do CODIS (Combined DNA Index System) no Brasil**. Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Resolução nº 12 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, de 1º de agosto de 2019. **Dispõe sobre os requisitos técnicos para a realização de auditorias nos laboratórios e bancos que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-12-de-1-de-agosto-de-2019-209846387?inheritRedirect=true&redirect=%2Fconsulta%3Fq%3Dgen%25C3%25A9tico%26publish%3Dpast-year%26delta%3D75>. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.055.941**. Relator: Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018828>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601.314**. Relator: Min. Edson Fachin. Órgão Julgador: Plenário. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2689108>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 640.139**. Relator: Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4069490>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 971.959**. Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4985877>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do Gene ao Direito**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 1999.

COSTA. Luís Renato da Silveira, In JOBIM, Luís Fernando, COSTA, Luís Renato, SILVA, Moacir da, et al. **Identificação Humana**. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2012.

DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio: Tratamentos do direito alemão e norte-americano**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 05, n. 19, jul/set 1997, p. 179 e 180, apud, TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito a não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FBI. **CODIS - NIDS Statistics** - FBI. Disponível em: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>. Acesso em: 28 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** / Luigi Ferrajoli. - 3ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1998

INGLATERRA. **The National DNA Database Biennial Report for 2018-2020**. Disponível em:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/913015/NDNAD_Strategy_Board_AR_2018-2020_print.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

INTERPOL. **What is Interpol?**. Disponível em: <https://www.interpol.int/Who-we-are/What-is-INTERPOL>. Acesso em: 07 nov. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo em Execução Penal 1.0024.05.793047-1/001**, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 15 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Ed. Vol. 2. Forense. Rio de Janeiro, 2016.

RABELLO, Eraldo. **Curso de Criminalística**. Porto Alegre: Sagra DC Luzzatto, 1996,

SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/2012**. - Curitiba, PR: CRV, 2015.