

A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil*

The functionalization as an evolutive tendency of the International Law and its contribution to the brazilian genetic profile database statute

Antonio Henrique Graciano Suxberger**

RESUMO

O presente artigo analisa as tendências evolutivas de funcionalização e humanização do Direito Internacional Público. Menciona a relevância da compreensão dada pelas instâncias e organizações do Direito Internacional para a adequada compreensão de temas da legislação pátria que se referem a garantias cuja positivação interna dá-se de modo idêntico ou assemelhado ao estabelecido em Convenções internacionais. Como exemplo da relevância da funcionalização do Direito Internacional, aborda-se o tratamento legislativo dado pelo Brasil à coleta de material biológico para identificação do perfil genético, a fim de demonstrar que a compreensão das inovações legislativas observou, estritamente, às orientações emanadas, dentre outras fontes, da Corte Europeia de Direitos Humanos. O estudo realiza revisão bibliográfica e documental da doutrina pátria sobre o tema e se vale de julgados das Cortes internacionais para concluir pela compatibilidade da Lei 12.654, de 2012, com a Constituição brasileira e, também, com as Convenções de Direitos Humanos sobre o tema. A importância do trabalho reside no fato de que, de modo geral, a doutrina brasileira tem sustentado a inconstitucionalidade da previsão legislativa de coleta de material para perfil genético, desconsiderando, assim, o importante papel do Direito Internacional para a construção de soluções interpretativas aos problemas do direito interno.

Palavras-chave: Tendências do Direito Internacional. Banco de dados de perfil genético. Intimidade. Garantia de não autoincriminação. Presunção de Inocência.

* Recebido em 31/10/2015
Aprovado em 02/11/2015.

** Artigo convidado. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília — UniCEUB. Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha, 2009) e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (2005). E-mail: suxberger@gmail.com

ABSTRACT

This paper analyses the functionalization and humanization as evolutive tendencies of International Law. It argues the relevance of the interpretation provided by organisms of International Law to the strict and correct comprehension of subjects presented in the internal Law on rights and privileges stated similar or even identical to International Human Rights Conventions.

As an example of the International Law's functionalization, the paper assays the genetic profile database and its legal treatment in Brazil, in order to demonstrate that the Brazilian Act (Federal Statute 12.654/2012) is strictly according to the standards established by the European Court of Human Rights. From a literature review and document analysis about the subject, this paper also considers cases from the European Court of Human Rights and Inter-American Court of Human Rights to conclude that Federal Statute 12.654 is according to the Brazilian Constitution and the International Conventions of Human Rights. The importance of this essay lies on the consideration that the majority of Brazilian authors have been challenged the constitutionality of the genetic profile database statute, disregarding the International Law's contribution to interpretative solutions to internal legal issues.

Keywords: International Law tendencies. Genetic profile database. Intimicy. Privilege against self-incrimination. Presumption of innocence.

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. O banco de dados de perfil genético e a crítica generalizada à coleta do material biológico no Brasil. 3. A juridicidade da coleta compulsória de material genético para fins criminais. 4. Dos contornos fixado ao tema pela Lei 12.654. 5. A compatibilidade da coleta do material genético do condenado com as garantias do direito ao silêncio e da presunção de inocência. Referências.

1. INTRODUÇÃO¹

O estudo do Direito Internacional tem apresentadas tendências usualmente indicadas como evolutivas.² Essas tendências são assim compreendidas a partir da

1 O autor agradece as contribuições iniciais de Rejane Zenir Jungbluth Teixeira Suxberger, que resultaram num melhor esclarecimento das ideias sustentadas neste artigo, e as sempre valorosas sugestões de Bruno Amaral Machado quando da conclusão do artigo.

2 MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista CEJ*, v. 4, n. 11, p. 23-26, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.jfjus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/344/546>>. Acesso em: 2 out. 2015.

universalização do Direito das Gentes, quando se deixa de observar um Direito Internacional unicamente euro-americano para alcançar uma pretensão efetivamente universalizante. Seguidamente, mereceu destaque a tendência de *regionalização* do Direito Internacional, compreendida como a criação de espaços regionais nos quais as comunidades políticas e de Estados encontram formas de solidariedade e de cooperação qualificadas. A *institucionalização* guarda referência à consolidação de organismos internacionais e, por conseguinte, a maior presença do Direito Internacional por intermédio desses organismos. A *funcionalização* refere-se ao fato de que o Direito Internacional cada vez mais extrapola o plano estritamente internacional para prestar-se igualmente a tratar das relações jurídicas internas, isto é, “assume tarefas de regulamentação e de solução de problemas, como a saúde, o trabalho, o ambiente etc.”.³ A *humanização* do Direito Internacional faz-se presente por intermédio da Declaração Universal de 1948, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, respectivamente de 1950 e de 1969, e da criação (e consolidação) da Justiça Penal Internacional.

Além dessas cinco tendências evolutivas, Valério Mazzuoli⁴ acrescenta a objetivação, a codificação e a jurisdicionalização. A *objetivação* do Direito Internacional é compreendida como a superação do dogma voluntarista presente nos arranjos havidos entre Estados. A *codificação* do Direito Internacional mostra-se pungente na positivação de diversos textos pela Comissão de Direito Internacional. Por fim, a *jurisdicionalização* do Direito Internacional é consectário da criação de diversos Tribunais, de variadas naturezas, cuja submissão dá-se por cláusulas facultativas com forte tendência a se tornarem mandamentos de observância obrigatória pelos Estados.

Dentre essas tendências, interessa revisitar, de modo particular, os fenômenos da *funcionalização* e da *humanização* como tendências atuais do Direito Internacional. Com efeitos, as Cartas Constitucionais hoje vigentes, indiscutivelmente, guardaram inspiração recíproca que,

3 MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista CEJ*, v. 4, n. 11, p. 23-26, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.jfjus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/344/546>>. Acesso em: 2 out. 2015.

4 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 70.

muitas vezes, se valerem de experiências comparadas e situadas no mesmo contexto histórico e social para a consagração de garantias e direitos.

Para além das próprias Cartas Constitucionais, é inegável a influência igualmente exercida pelos Tratados e Convenções de Direitos Humanos na elaboração do rol de direitos e garantias fundamentais consagrados nas Constituições. A Constituição brasileira é exemplo disso, ao espelhar o estado do debate sobre diversas garantias no direito comparado e positivá-las em atenção a essas discussões e proposições já insculpidas em normas internacionais. De modo particular, as discussões havidas em meados da década de 1980 no Brasil não descuraram do que trouxeram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, entre outros.

A título ilustrativo, dois exemplos se prestam a essa constatação. O primeiro deles refere-se ao estabelecimento pela Constituição brasileira⁵ da dignidade humana como fundamento da própria República (artigo 1.º, inciso III). Se, na ordem constitucional anterior — Constituição de 1967⁶ —, essa relevante expressão se referia à ordem econômica e, particularmente, à valorização do trabalho (artigo 160, inciso II), a Carta de 1988 estabelece-a como fundamento da República e da própria afirmação do Estado Democrático de Direito, de modo a bem espelhar a influência do debate de sua positividade na Declaração Universal de 1948, isto é, como fundamento reconhecido e inerente à própria qualidade humana. O segundo exemplo refere-se ao destaque atribuído pela Constituição brasileira aos direitos sociais como direitos fundamentais (Capítulo II do Título II da Constituição). Essa afirmação topográfica e inegavelmente valorativa buscou superar ou obviar todo o debate sobre o caráter de fundamentalidade desses direitos já reconhecidos no âmbito internacional. Se essa opção de positividade representou maior efetividade ou concreção desses direitos e garantias, isso é tema que

escapa ao estudo proposto neste artigo. Por ora, basta afirmar a influência recíproca inegável desses diplomas normativos internacionais na consolidação dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica interna.

Com base nessa constatação, vê-se que os temas que guardam identidade de positividade, isto é, que guardam preceitos positivados de modo assemelhado ou mesmo idêntico nas Convenções internacionais e Constituições nacionais reclamam igual consideração recíproca nas construções atinentes à definição de seu sentido e alcance. Justamente por isso, a *funcionalização* do Direito Internacional busca servir de ponte à construção de soluções e à oferta de ferramentas interpretativas para a consolidação de interpretações jurídicas que, devidamente contextualizadas, não se afastem por completo da consideração última de que também a ordem constitucional interna, notadamente em relação aos direitos e garantias, hão de guardar um mínimo de consonância com sua leitura na ordem internacional.

Desse modo, o tópico das relações entre o Direito Internacional Público e o Direito interno estatal merece revisitação, a fim de que, para além do debate a respeito do *status* das normas internacionais ou mesmo do diálogo entre normas internas e internacionais, igualmente se preste à construção de soluções interpretativas que considerem a experiência comparada como fonte ou gênese na leitura do sentido e do alcance de direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Esse esforço atende à percepção de que os limites entre direito nacional e direito internacional encontram-se mais tênues, por força do adensamento das tradicionais fontes do direito internacional. A internacionalização do direito, entendida como processo de operacionalização comum do fenômeno jurídico por diferentes atores, em diferentes territórios, é indicada por Marcelo Dias Varella como o modo pelo qual o direito internacional é hoje construído a partir de macro e microprocessos de expansão de suas fontes e sujeitos tradicionais.⁷

Defende-se, pois, uma interpretação constitucionalmente adequada de preceitos da ordem jurídica interna que, se resultantes da reprodução ou de aproximação de enunciados igualmente presentes na ordem internacional, observe o sentido e o alcance estabelecidos pelas instâncias formalizadas do Direito das Gentes sobre

5 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

6 BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

7 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2103. p. 14-23.

esses mesmos preceitos. Afinal, se a característica de universalização dos direitos e garantias passa por sua *humanização*, não se mostra adequada a maior ou menor garantia de implementação a depender dos influxos dessa ou daquela ordem interna que positiva, em seus textos normativos, preceitos de forma assemelhada ou idêntica a que fazem as Convenções e Tratados firmados pelos Estados. Nisso reside a relevância da *funcionalização* do Direito Internacional, a permitir o socorro interpretativo a respeito do sentido e do alcance de normas e garantias internas ainda que cotejadas com diplomas igualmente internos.

A ordem jurídica brasileira trouxe exemplo recente da necessidade dessa funcionalização do Direito Internacional justamente por meio do aprimoramento da identificação por meio do perfil genético em casos de investigação criminal e composição de banco de dados. Como se verá a seguir, a consideração do tema pela Corte Europeia de Direitos Humanos assegura instrumental adequado a melhor interpretação dos institutos positivados na ordem interna e consentaneidade com as demandas mais atuais a respeito do uso da tecnologia quando em aparente confronto com o direito à intimidade.

Trata-se da Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, que altera a Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execução Penal, “para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências”.⁸ Ao prever a possibilidade de submissão da pessoa para coleta de material biológico e documentação do perfil genético, seja para fins de identificação criminal, seja para inserção em banco de dados de perfil genético, diversas vezes, na doutrina nacional, indicaram a inconstitucionalidade do diploma legal por contrariedade a preceitos da Constituição brasileira que encontram previsões assemelhadas, quando não idênticas, a enunciados constantes de Convenções e Tratados Internacionais. O Direito Internacional pode, pois, prestar instrumental interpretativo para a correta compreensão das inovações trazidas pela Lei 12.654? Responder a essa pergunta é o objetivo do presente artigo.

Para tanto, buscar-se-á o estado do tema — a cole-

ta de material biológico para fins de documentação do perfil genético para fins de identificação criminal e sua possível inserção em banco de dados genéticos — nas Cortes Europeia e Americana de Direitos Humanos. Na sequência, com base na leitura dos institutos trazidos pela nova legislação, buscar-se-á indicar sua compatibilidade ou não com os preceitos constitucionais — e por sinédoque — e das Convenções e Tratados de Direitos Humanos, em particular a dignidade da pessoa, a garantia da não autoincriminação e a presunção de inocência. A metodologia utilizada foi a de análise documental das decisões dos mais relevantes Tribunais internacionais e do percurso por eles trilhado no enfrentamento do tema, além de revisão bibliográfica da doutrina específica sobre o tema. A revisão da totalidade dos casos que versaram sobre a identificação criminal por meio do perfil genético demandou análise dos casos já submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O tema insere-se no debate mais amplo que coloca, de um lado, a demanda por uma intervenção penal eficaz, isto é, orientada por um consequencialismo, e de outro lado a promoção das garantias penais construídas a partir do Direito Penal liberal.

Conquanto a Lei tenha sido editada em 2012, somente no ano de 2015 o tema ganhou relevância prática, com a paulatina instalação dos bancos de dados de perfil genético a partir do material coletado nos estabelecimentos prisionais. Por isso, a atualidade da discussão, especialmente porque os Tribunais brasileiros estão sendo iterativamente instados a dizer da conformidade das disposições legais com a Constituição.

2. O BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO E A CRÍTICA GENERALIZADA À COLETA DO MATERIAL BIOLÓGICO NO BRASIL

A Lei 12.654 teve tramitação célere no Poder Legislativo. Originou-se de projeto apresentado no Senado Federal, autuado sob o número 93, de autoria do parlamentar Ciro Nogueira, no ano de 2011 (PLS 93/2011). Sem maiores considerações sobre a compatibilidade das inovações trazidas com o ordenamento pátrio, o PLS 93/2011 justifica-se por meio da proliferação dos bancos de dados de perfil genético nos países desenvolvidos e, por conseguinte, a necessidade de o Brasil

8 BRASIL. Lei nº 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: 2 out. 2015.

igualmente incorporar essa inovação tecnológica útil ao aprimoramento da persecução penal.⁹

A notícia do primeiro banco de dados de perfil genético é da Islândia, ainda na década de 1990. O banco de dados lá instalado recebeu recursos públicos e dados do setor sanitário, como coleções de tecidos heterogêneos acumulados em hospitais, universidades e pesquisas de organizações comerciais. A finalidade inicial da organização desses dados era a criação de dados terapêuticos. Por isso, o estabelecimento de parcerias com grandes laboratórios. Com essa mesma concepção, vários países, igualmente, iniciaram ações para formação de bancos de dados genético, a exemplo do Reino Unido, Estônia, Japão, Suécia, Singapura, Áustria.¹⁰

A extensão do uso dos dados para fins de investigação criminal deu-se na sequência da ampliação do uso dos meios tecnológicos na persecução penal. Os Estados Unidos, por exemplo, dispõem de banco de dados com mais de dez milhões de perfis genéticos de indivíduos condenados. Vinte e seis dos cinquenta estados, além da coleta de amostras de condenados, também coletam material para levantamento do DNA de detidos ou suspeitos. A maior parte dos países integrantes do Conselho da Europa já admitem a coleta compulsória de material biológico para inclusão em banco de dados de perfil genético. Os bancos nacionais encontram-se hoje previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia e Suíça. Como se verá a seguir, a coleta e o armazenamento de perfis de DNA de pessoas condenadas são permitidos, como regra geral, por períodos limitados de tempo após a condenação.

A recepção da Lei 12.654 pela doutrina no Brasil, em geral, não foi positiva. A título ilustrativo, veja-se a abordagem de Diogo Machado de Carvalho, quando afirma que o banco de dados genéticos tem finalidade duvidosa e carrega nítido objetivo determinista. Carvalho asse-

vera que a intervenção corporal obrigatória, despida de um concreto fim processual obrigatório, “não encontra consonância com um juízo de proporcionalidade apto a amparar a obrigatoriedade de tamanha intromissão”.¹¹

Também Alberto Ribeiro Mariano Júnior, em artigo específico sobre o tema, entende que a coleta de material para identificação do perfil genético não se mostra compatível com os preceitos estabelecidos na Constituição brasileira de 1988, notadamente os postulados da presunção de inocência e da proibição de autoincriminação.¹² No mesmo sentido, é o pensamento de Wagner Marteleto Filho, para quem as restrições advindas das garantias contra a autoincriminação e a cooperação inconsciente desautorizam as previsões da Lei 12.654.¹³

Especificamente sobre a coleta de material biológico de condenados definitivamente para exame e alimentação de banco de dados de perfis genéticos, André Nicolliti visualiza contrariedade aos incisos III, XLVII e XLIX do artigo 5.º da Constituição brasileira. Nicolliti sustenta que a coleta do material implica, assim, hipótese de tortura, aproxima-se da proibição de pena de morte e contraria a garantia da integridade física e moral, por entender que tais garantias projetam “dimensão que se traduz na vedação a qualquer pena corporal, ou seja, traça uma esfera de proteção do corpo, esfera esta incompatível com a submissão coercitiva a uma intervenção corporal”.¹⁴

Mohamad Ale Hasan Mahmoud e Maria Thereza Rocha de Assis visualizam, em relação às inovações trazidas pela Lei 12.654, reflexos jurídico-penais da ideia de uma modernidade líquida, tal como mencionada por Baumann, e concluem que as previsões legais contrariam, frontalmente, a dignidade humana tal como consagrada pela Constituição brasileira.¹⁵

11 CARVALHO, Diogo Machado de. *As intervenções corporais no processo penal: entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. passim.

12 MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. A (des)regularização da obtenção do material genético no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 63, p. 78–92, dez./jan. 2014.

13 MATELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

14 NICOLLITI, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA): as inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. *Boletim do IB-CCRIM*, São Paulo. n. 245, p. 15-16, abr. 2013. p. 16.

15 MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, n. 98, p. 339-358, set./out. 2012.

9 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 93, de 2011*. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Autor da proposição: Senador Ciro Nogueira. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99463>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

10 GUEDES, Gabriel Pinto; FELIX, Yuri. A identificação genética na lei nº 12.654/2012 e os princípios de direito processual penal no estado democrático de direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 53, p. 157–179, abr./jun. 2014. p. 160.

De um modo geral, a Lei 12.654 foi recebida com muitas críticas pela doutrina, que, de modo majoritário, entende que a previsão do banco de dados de perfil genético mostra-se incompatível com preceitos da Constituição brasileira. Os preceitos indicados pelos autores que sustentam a inconstitucionalidade da Lei, contudo, guardam semelhança, ou mesmo identidade, com preceitos insculpidos tanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Os Estados compromissados com essas Cartas, ao contrário do que sustentado pelos mencionados autores à luz da Constituição brasileira, não só positivam a possibilidade de coleta do material biológico para perfil genético, como igualmente trazem a previsão do respectivo banco de dados. Afinal, os preceitos invocados pelos críticos da Lei 12.654 guardam distinção substancial na posituação brasileira ou a intelecção dada a eles afastou-se da necessária *funcionalização* e da *humanização* do Direito Internacional Público que devem influenciar o modo de leitura dos preceitos garantidores estabelecidos na ordem interna?¹⁶

3. A JURIDICIDADE DA COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS

A coleta de material biológico para documentação do perfil genético, como forma de identificação criminal, conquanto só tenha sido positivada no direito pátrio no ano de 2012, como visto, já vem sendo tratada amiúde no direito comparado há, aproximadamente, uma década. Reino Unido, Estados Unidos da América, Alemanha, Itália e outros países centrais, com base nos incrementos permitidos pelos avanços tecnológicos a influenciar sobremaneira a investigação criminal e a formação de provas para a persecução penal, depararam-se com a temática da coleta obrigatória de perfil genético ainda na década de 2000.

Interessa neste artigo, especialmente, a discussão instaurada sobre os limites da coleta e da manutenção de dados de perfil genético na Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Em 4 de dezembro de 2008, a CEDH julgou o caso que ficou conhecido como *S. and Marper versus United Kingdom*.¹⁷ Tratava-se de caso que mencionava duas situações ocorridas no Reino Unido (Applications n. 30562/04 e 30566/04), mais especificamente na Grã-Bretanha e na Irlanda do Norte.

O primeiro, referente à criança identificada como S., cuidava de pessoa nascida no ano de 1989 que, no ano de 2001 (quando, então, contava 11 anos de idade), foi detida pela prática de fato equiparado a roubo. Suas impressões papiloscópicas (digitais) e material genético foram colhidos. S. foi absolvido (*acquitted*) em 14/6/2001. Já Michael Marper, nascido em 1963, foi preso em 13/3/2001 e acusado de assediar sua parceira (o fato guardaria tipicidade assemelhada ao constrangimento ilegal acrescido de violência real no direito brasileiro). Igualmente, suas impressões papiloscópicas e material genético foram colhidos. A persecução penal de Marper não foi adiante, uma vez que ele e sua parceira se reconciliaram, fato que ensejou, por força das disposições do ordenamento britânico, a “descontinuidade” da persecução penal.

S. e Marper formularam, expressamente, pedido para descarte (destruição) das impressões papiloscópicas e dos materiais genéticos colhidos, mas o pleito foi recusado pela Polícia. Essa recusa foi, então, judicializada por S. e Marper. O caso chegou até a Casa dos Lordes (House of Lords), instância máxima do Judiciário britânico em 22 de julho de 2004.

Quando o tema foi analisado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a Grande Sala do Tribunal Europeu fixou que a manutenção “ilimitada e indiscriminada” de dados genéticos (DNA) equivale a uma ingerência desproporcional na vida privada daquelas pessoas a que pertencem os dados tomados. A Corte destacou o fato de que o material colhido foi mantido “indefinidamente”, independentemente da natureza ou da gravidade do delito imputado ao investigado/acusado.

Convém destacar que o parâmetro de controle para a apreciação da CEDH foi justamente o artigo 8.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁸, cujo teor

16 BRASIL. Lei nº 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: 2 out. 2015.

17 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. and Marper vs. Reino Unido* (n. 30562/04 e n. 30566/04). Sentença de 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20EN.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

18 CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção dos Di-*

abaixo se transcreve¹⁹:

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício desse direito senão quando essa ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

A decisão da Corte Europeia destacou a importância da utilização de meios tecnológicos avançados, como o confronto de perfil genético, para o enfrentamento do crime. No entanto, delimitou a apreciação do caso quanto à justificativa para a manutenção dos dados de perfil genético. Convém transcrever alguns excertos da decisão:

106. However, while it recognises the importance of such information in the detection of crime, the Court must delimit the scope of its examination. The question is not whether the retention of fingerprints, cellular samples and DNA profiles may in general be regarded as justified under the Convention. The only issue to be considered by the Court is whether the retention of the fingerprint and DNA data of the applicants, as persons who had been suspected, but not convicted, of certain criminal offences, was justified under Article 8 § 2 of the Convention.²⁰

reitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos). Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

19 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. and Marper vs. Reino Unido* (n. 30562/04 e n. 30566/04). Sentença de 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20EN.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

20 Tradução: “entretanto, embora se reconheça a importância dessa informação [uso do DNA para prova criminal] para a configuração do crime, a Corte precisa delimitar o escopo desse exame. A questão não é se a manutenção de digitais, amostras de células ou perfil de DNA podem, em geral, ser tida como justificada nos termos da Convenção. A única questão a ser considerada pelo Tribunal é se a retenção das impressões digitais e do perfil de DNA dos recorrentes, como pessoas que foram consideradas suspeitas, mas não condenadas, por certos crimes, justifica-se à luz do Artigo 8.º, § 2.º, da Convenção”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. and Marper vs. Reino Unido* (n. 30562/04 e n. 30566/04). Sentença de 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20EN.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

[...]108. As regards, more particularly, cellular samples, most of the Contracting States allow these materials to be taken in criminal proceedings only from individuals suspected of having committed offences of a certain minimum gravity. In the great majority of the Contracting States with functioning DNA databases, samples and DNA profiles derived from those samples are required to be removed or destroyed either immediately or within a certain limited time after acquittal or discharge. A restricted number of exceptions to this principle are allowed by some Contracting States (see paragraphs 47-48 above).²¹

[...]125. In conclusion, the Court finds that the blanket and indiscriminate nature of the powers of retention of the fingerprints, cellular samples and DNA profiles of persons suspected but not convicted of offences, as applied in the case of the present applicants, fails to strike a fair balance between the competing public and private interests and that the respondent State has overstepped any acceptable margin of appreciation in this regard. Accordingly, the retention at issue constitutes a disproportionate interference with the applicants’ right to respect for private life and cannot be regarded as necessary in a democratic society. This conclusion obviates the need for the Court to consider the applicants’ criticism regarding the adequacy of certain particular safeguards, such as too broad an access to the personal data concerned and insufficient protection against the misuse or abuse of such data.

126. Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention in the present case.²²

21 Tradução: “relativamente, de modo mais particular, às amostras de células, a maioria dos Estados-partes permitem que esses materiais sejam colhidos no curso de persecução penal apenas de indivíduos suspeitos de terem cometido infrações com certa gravidade mínima. Na grande maioria dos Estados-partes com bancos de dados de perfil genético em funcionamento, amostras de perfil genético devem ser retiradas ou destruídas, imediatamente, ou em determinado lapso temporal limitado após a absolvição ou extinção do processo [sem condenação]. Um número limitado de exceções a esse princípio são permitidos por alguns Estados-partes (ver parágrafos 47-48 acima)”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. and Marper vs. Reino Unido* (n. 30562/04 e n. 30566/04). Sentença de 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20EN.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

22 Tradução: “125. Em conclusão, o Tribunal considera que a abrangente e indiscriminada natureza dos poderes de retenção das impressões digitais, amostras de células e perfis de DNA de pessoas suspeitas, mas não condenadas por crimes, como ocorre no presente caso dos recorrentes, peca por violar um justo equilíbrio entre o interesse público e o interesse particular e que o Estado demandado ultrapassou qualquer margem aceitável de consideração a esse respeito. Consequentemente, a retenção em causa constitui uma ingerência desproporcional ao direito dos recorrentes de respeito à vida privada e não pode ser tida como necessária numa sociedade democrática. Essa conclusão afasta a necessidade da Corte apreciar

O controle de convencionalidade atentou-se para a legislação britânica (*Criminal Justice and Police Act 2001*) em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O caso *S. e Marper versus Reino Unido* é o mais importante precedente sobre a normatização da coleta e manutenção de banco de dados de perfil genético no mundo ocidental.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), instalada nos termos do Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no Brasil por meio do Decreto 678/1992²³, ainda não teve oportunidade de enfrentar o tema de modo tão minudente como fez o Conselho da Europa. É certo que a CIDH já decidiu temas atinentes ao uso da prova que verse sobre perfil genético. Por exemplo, no caso *Fornerón e hija versus Argentina*, julgado em 27 de abril 2012, a CIDH tratou do uso de material genético para fins de prova de paternidade²⁴. A CIDH, igualmente, já tratou do uso de material genético como prova especialmente nos casos que versam sobre desaparecimentos forçados e outros crimes próprios de regimes políticos de exceção (por exemplo, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador*²⁵, *Caso Rochac Hernández y otros versus El Salvador*²⁶). Contudo, especificamente sobre a coleta de material genético para alimentação e manutenção de banco de dados genéticos, com finalidade de subsidiar apurações criminais, ainda

não há manifestação expressa e conclusiva da CIDH.

Por isso, a relevância da decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, até mesmo como orientação para a consideração do tema na legislação pátria, conquanto não se submeta o Brasil à Convenção Europeia de Direitos Humanos. A *funcionalização* do Direito Internacional não apenas autoriza, mas, igualmente, reclama que a compreensão do tema guarde solução aproximada entre os diplomas internacionais que versam sobre idênticas garantias.

4. DOS CONTORNOS FIXADOS AO TEMA PELA LEI 12.654

No Brasil, o tema da identificação criminal, que conforma a garantia constitucional que proíbe a identificação criminal da pessoa civilmente identificada (artigo 5.º, inciso LVIII), exige tratamento por lei ordinária e tal tarefa é hoje desincumbida pela Lei 12.037, de 1.º de outubro de 2009.²⁷

A Lei 12.654/2012²⁸ prevê a “coleta do perfil genético” como modo ou instrumento de identificação criminal. Nesse ponto o diploma legal incorre numa impropriedade técnica. O próprio artigo 2.º da Lei de 2012 menciona que “os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos”. A coleta, entretanto, só pode ser do material biológico. É a partir desse material biológico que se extraem as informações que identificam o perfil genético da pessoa. Desse modo, perfil genético não se “coleta”; ele é obtido, justamente, por meio de exame genético cujas informações são armazenadas em banco de dados.²⁹

as críticas dos recorrentes dirigidas à adequação de certas garantias específicas, como o acesso demasiado amplo aos dados pessoais e a proteção insuficiente contra o mau uso ou abuso dessas informações. 126. Assim, houve violação ao Artigo 8.º da Convenção no presente caso”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. and Marper vs. Reino Unido* (n. 30562/04 e n. 30566/04). Sentença de 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20EN.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

23 BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

24 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentença de 27 de abril de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

25 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentença de 1 de março de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

26 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Sentença de 14 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

27 BRASIL. *Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009*. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5.º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

28 BRASIL. *Lei nº 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: 2 out. 2015.

29 SILVA, Emílio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

Como já destacado, a Lei 12.654 promoveu modificações tanto na Lei de Identificação Criminal (12.037) quanto na Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 1984). Uma vez que o assunto não recebeu regulamentação num único diploma legal, sua compreensão reclama a consideração de todo o regime legal do banco de dados de perfil genético, a fim de se evitar conclusões açodadas sobre a eventual incompatibilidade com o programa constitucional brasileiro e com as disposições consagradas nas Convenções de Direitos Humanos que versam sobre o tema.

O enfrentamento do tema, na ordem a seguir, conquanto reclame a referência concomitante às diversas leis envolvidas, mostra-se como alternativa mais clara ao tema. São três os pontos que versam sobre a coleta do material genético e a manutenção dos dados de perfil genético: (a) a coleta do material para fins de identificação criminal; (b) a coleta de material daqueles condenados definitivamente; (c) o regime de acesso ao banco de dados.

4.1. Coleta de material genético para identificação criminal

A primeira delas refere-se à possibilidade de realização da coleta de material genético da pessoa submetida à identificação criminal por meio de decisão judicial. Confira-se a redação do art. 5.º da Lei 12.037, com destaque à redação estabelecida ao parágrafo único do dispositivo justamente por força da Lei 12.037:

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3.º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. [NR]³⁰

O dispositivo legal define a abrangência da identificação criminal no Brasil, para afirmar que ela abrange a coleta das impressões papiloscópicas e, também, a identificação fotográfica (novidade da Lei 12.037 em relação ao regime legal anterior da identificação criminal). Somente à luz do banco de dados de perfil genético a

previsão inserta no artigo 3.º, inciso IV, da Lei 12.037, passa a guardar sentido normativo. Diz o referido inciso que a identificação criminal da pessoa civilmente identificada dar-se-á quando “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”. É dizer: trata-se de identificação criminal determinada judicialmente. A ordem, por óbvio, sobrepõe-se a eventual recusa da pessoa submetida à identificação, até porque a ausência de identificação criminal da pessoa autoriza, no ordenamento pátrio, a providência extrema da prisão processual, nos termos do parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Ora, só faz sentido exigir a manifestação do Poder Judiciário, para fins de determinação de identidade, naqueles casos em que a coleta do material para essa identificação flexibilize, toque, vulnere ou atinja temas ou valores hábeis a receber a chamada cláusula de reserva de jurisdição. Não é demais afirmar o dever de evitar a banalização da manifestação jurisdicional, que, na investigação criminal, há de ser reservada aos casos de proteção de direitos e garantias fundamentais do investigado ou suspeito. Vale frisar que, nesse aspecto, a Constituição brasileira, por mandamento expresso, guarda previsão até mais rígida que muitos dos países submetidos à Convenção Europeia de Direitos Humanos ou à Convenção Americana de Direitos Humanos, pois diversos países autorizam a determinação de custódia independentemente de comando judicial. Exemplo de tal peculiaridade encontra-se no ordenamento norte-americano, que, nesse ponto, equilibra-se com a necessidade de pronta apresentação do detido à autoridade judicante.

É possível, decerto, que a simples coleta de impressões papiloscópicas ou mesmo a fotografia do investigado ou suspeito derive de decisão judicial. A previsão do inciso IV do artigo 3.º da Lei 12.037, contudo, parece efetivamente vocacionada aos casos em que haja necessidade de decisão judicial para sobreposição da vontade ou de submissão do particular à atuação do Estado orientada, no caso específico, pela presença de interesse público que precede a recusa do particular para sua identificação.

De modo mais simples, naqueles casos em que a atuação estatal invasiva mostre-se essencial (e, por isso, submetida a cláusula de subsidiariedade), reclama-se a

30 BRASIL. Lei nº 12.037, de 01 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: 2 out. 2015.

decisão judicial. Não é por outra razão que a hipótese de realização da identificação criminal, por força do inciso IV do artigo 3.º, mostra-se aberta: a decisão judicial que aprecia a efetiva imprescindibilidade da identificação à investigação criminal é medida dirigida justamente à tutela dos direitos do investigado ou suspeito e, por isso mesmo, substancia garantia desse investigado ou suspeito.

4.2. Coleta de material genético de pessoas condenadas definitivamente

A Lei 12.654 estabeleceu a obrigatoriedade de coleta de material genético de condenados definitivamente por crimes dolosos praticados com grave violência a pessoa ou por crimes hediondos ou a eles equiparados. Confira-se a redação do artigo 9.º-A da Lei de Execução Penal, com sua redação determinada pela Lei 12.654, cuja inconstitucionalidade muitas vezes é indicada na doutrina pátria:

Art. 9.º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1.º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2.º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.³¹

A leitura do dispositivo legal autoriza algumas assertivas sobre o seu sentido e alcance.

A primeira delas refere-se ao momento de coleta do material genético. Uma vez que, após o julgamento do HC 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009³², não mais se admite o início da execução da pena

antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nota-se que a coleta do material genético dá-se, apenas, após o trânsito em julgado da sentença condenatória que reconheceu a prática de crime doloso com violência de natureza grave contra pessoa ou de crime hediondo ou a esse equiparado.

Convém repetir com ênfase: a coleta só se dá após o trânsito em julgado da sentença que reconheceu a pessoa submetida ao fornecimento de material genético como incurso em crime hediondo, a esse equiparado, ou em crime doloso praticado com violência grave contra pessoa. Não se trata, pois, de qualquer crime, mas, efetivamente, dos crimes mais graves previstos na legislação interna. Não se trata, ainda, de pessoa suspeita, indiciada ou acusada, mas de pessoa definitivamente condenada como incurso nesses crimes gravíssimos (os mais graves, repita-se, da legislação pátria). Não se trata de coleta no curso de processo pendente de decisão definitiva, mas de coleta realizada por ocasião da classificação do sentenciado por ocasião do início do cumprimento de sua reprimenda. Veja-se que o artigo 9.º-A da Lei de Execução Penal insere-se no Título II (Do Condenado e do Internado), Capítulo I (Da Classificação), o que só ocorre, repita-se, após a definitividade da sentença condenatória.

Veja-se que, atualmente, a técnica de extração de material para elaboração do perfil genético dá-se com um bastonete, com algodão, que recolhe saliva do sentenciado. A saliva colhida, de modo indolor e minimamente invasivo, basta à realização da identificação e delineamento do perfil genético. O avanço tecnológico mostra-se, enfim, menos oneroso ao sentenciado que a usual coleta das impressões papiloscópicas.

4.3. Acesso ao banco de dados de perfil genético

Se o regime legal de identificação criminal por coleta de material para obtenção do perfil genético da pessoa civilmente identificada reclama sempre decisão judicial e, mais, se somente a pessoa definitivamente condenada pelos crimes mais graves previstos na legislação pátria fornecerá material genético para “alimentar” banco de dados de perfil genético, pergunta-se: qual o regime legal de acesso a esse banco de dados de perfil genético?

31 BRASIL. *Lei nº 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: 2 out. 2015.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078-7/ MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf>

jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

A resposta encontra-se nos artigos 5.º-A, 7.º-A e 7.º-B, da Lei de Identificação Criminal, com a redação determinada pela Lei 12.654. Mostra-se útil transcrever o texto legal, pois a discussão sobre seu sentido normativo reclama a compreensão literal do preceito:

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

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

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

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

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

‘Art. 7o-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.’³³

O banco de dados de perfil genético, portanto, insere-se na incumbência de órgão oficial de perícia. O legislador brasileiro teve o cuidado de restringir a finalidade do banco de dados de perfil genético: trata-se de banco de dados dirigido estritamente à identificação criminal. Não se admite qualquer utilização para fins etiológicos, de definição comportamental ou para fins de eugenia ou de definição criminológica ou criminógena do sujeito ali identificado.

Os dados têm caráter sigiloso, isto é, a fixação do sigilo é estipulada legalmente e funda-se — vale destacar — na conformação legal do direito constitucional à intimidade (ou à vida privada), tal como positivado no inciso X do artigo 5.º da Constituição, também na

Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A previsão inserta na Lei 12.037³⁴ (com a redação estabelecida pela Lei 12.654) substancia verdadeira garantia legal de salvaguarda da intimidade daquela pessoa submetida à identificação criminal por meio da coleta de material para documentação do perfil genético. Tal assertiva, decerto, vai na contramão do que sustentam os autores mencionados no item dois do presente trabalho. Isso porque a previsão legal, que assegura o caráter de oficialidade do banco, estabelece a finalidade desse banco e ainda exige a manifestação jurisdicional para o cotejo do dado com o banco. Tais cuidados — ou elementos que dificultam o acesso ao banco — protegem, salvagam e garantem a intimidade do particular em face da atuação persecutória do Estado. Não houvesse essa previsão legal, aí sim se poderia cogitar de malfezimento do direito à intimidade, o qual, aliás, projetar-se em diversas outras garantias de igual ou maior jaez: como o sigilo bancário, o sigilo fiscal, etc.

O legislador interno indicou, ainda, que o cotejo dos dados extraídos do banco de perfil genético dá-se apenas e tão-somente por meio de perícia oficial. Demais disso, atento às diretrizes internacionais — máxime o caso aqui mencionado da Corte Europeia de Direitos Humanos — ocupou-se de não manter indefinidamente o dado de perfil genético. Ao revés, fixou limite temporal para o dado a ser mantido no banco de perfis genéticos (prazo prescricional do delito).

O caráter sigiloso do banco de dados, uma vez mais, em iteração que bem demonstra a preocupação do legislador ordinário com a salvaguarda dos direitos constitucionais do investigado ou suspeito submetido à identificação criminal e a tendência de *funcionalização* do Direito Internacional, é estabelecido no artigo 7.º-B da Lei 12.037³⁵, embora isso já pudesse ser extraído de disposições lidas diretamente da Constituição brasileira.

33 BRASIL. Lei nº 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: 2 out. 2015.

34 BRASIL. Lei nº 12.037, de 01 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: 2 out. 2015.

35 BRASIL. Lei nº 12.037, de 01 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: 2 out. 2015.

5. A COMPATIBILIDADE DA COLETA DO MATERIAL GENÉTICO DO CONDENADO COM AS GARANTIAS DO DIREITO AO SILÊNCIO E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Fixado o regime legal dos bancos de dados de perfil genético pela ordem jurídica interna, vê-se, agora de modo claro, que o tema não admite tratamento solitário ou isolado da previsão inserta no art. 9.º-A da LEP. É dizer: não há como ler o dispositivo de modo dissociado das previsões insertas na Lei de Identificação Criminal. Isso porque não há sentido jurídico ao se afirmar a inconstitucionalidade (máxime se o parâmetro de confronto encontra positividade assemelhada em Convenções internacionais) da coleta de material de perfil genético se não se tem em conta o *modo* pelo qual esses dados serão acessados posteriormente.

O regime legal da coleta de material de perfil genético guarda absoluta consonância com a previsão constitucional — e internacional — da presunção de inocência. A presunção de inocência guarda positividade tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8.º, número 2) quanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 6.º, número 2.º), cujos textos, aliás, guardam estrita similitude (“Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”).

A fórmula dúbia e truncada estabelecida no texto constitucional brasileiro — “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”³⁶ — acabou sendo consolidada nos anos de jurisprudência que se seguiram após a Constituição de 1988 e, também, pela dicção inequívoca do Pacto de São José da Costa Rica, o que mais uma vez mostra a importância da *funcionalização* e da *humanização* do Direito Internacional na compreensão das garantias fundamentais estabelecidas no ordenamento interno.

A presunção de inocência, de qualquer modo, por mais alargada que seja a compreensão que se dê a esse postulado, só tem lugar até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ora, a legislação interna impõe a coleta do material de perfil genético somente após a definitividade da condenação criminal. E, como já destacado, não se trata de qualquer condenação cri-

minal. O legislador atentou para a orientação indicada pela CEDH para que a providência extremada ocorra, apenas, em casos de considerável gravidade.

Veja-se a parcimônia do legislador brasileiro: a coleta do material para banco de dados de perfil genético só ocorre nas condenações definitivas dos crimes mais graves da legislação nacional, isto é, crimes dolosos praticados com violência grave contra a pessoa ou crimes hediondos ou a esses equiparados. A inclusão em banco de dados de perfil genético, repita-se, não se dá para qualquer pessoa, mas apenas daquela reconhecidamente condenada como incurso nos crimes mais graves da legislação interna.

Pelo raciocínio sustentado por aqueles que sustentam a inconstitucionalidade da submissão do condenado ao fornecimento do material biológico, não só a coleta de material genético vulneraria a presunção de inocência, mas igualmente as impressões dactilares (ou papiloscópicas), se colhidas sem o consentimento do condenado. É que a garantia, segundo quem assim sustenta, não se refere ao grau de invasão ou submissão do condenado ao fornecimento do dado de identificação, mas sim ao fornecimento da identificação em si. Como se observa, entretanto, o argumento não resiste a um confronto detido sobre o tema.

Atende ao interesse público primário — mediante condições prévia e juridicamente estabelecidas por lei e com a devida observância da cláusula de reserva de jurisdição — a manutenção de dados (dentre eles, os indicativos do perfil genético) que identifiquem aqueles que incorram (isso reconhecido de modo definitivo por decisão judicial) na prática dos crimes mais graves da legislação interna. E, de qualquer sorte, a manutenção desses dados dar-se-á, apenas, e tão-somente enquanto presente o interesse do Estado na punição do fato ensejador da grave condenação.

Por conseguinte, não há que se falar de violação da presunção de inocência. Tal garantia já não mais assiste ao condenado definitivamente. A manutenção do dado de perfil genético dar-se-á na medida exata em que se mantiver o poder-dever de punir do Estado em relação ao fato praticado. Por fim, aqui se está a tratar daqueles crimes mais graves da legislação interna, assim inclusive reconhecidos pelo constituinte originário (os chamados hediondos e a eles equiparados).

36 Artigo 5.º, inciso LVII. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

Já em relação ao direito ao silêncio³⁷, positivado no inciso LXIII do art. 5.º 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 artigo 9.º-A da Lei de Execução Penal.

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 mencionado artigo 9.º-A da LEP³⁸, uma vez que o fornecimento do material de perfil genético não se presta, no momento de sua coleta, para qualquer persecução penal em seu desfavor. Ao contrário, cuida-se de procedimento realizado por ocasião da classificação do condenado 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 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 artigo 9.º-A da Lei de Execução Penal, mas sim aos já mencionados artigos 5.º, parágrafo único, 5.º-A, 7.º-A e 7.º-B da Lei de Identificação Criminal.³⁹

Veja-se que o sujeito submetido a identificação criminal por meio de material coletado, para extração do perfil genético, não terá suas informações inseridas no banco de dados de perfil genético. Um exemplo ilustra bem essa assertiva, que encontra lastro exatamente

na literalidade da Lei 12.654: se Mévio é investigado e essa investigação reclama sua identificação criminal, nos termos da Lei 12.037, por meio de coleta de material biológico, para extração de seu perfil genético, ainda que seja ele ao final condenado, esse material coletado não será considerado para fins de inclusão no banco de dados de DNA. A regulação presente na Lei de Execuções Penais, inserta pela Lei 12.654, claro, restringe-se aos crimes ali mencionados e, por conseguinte, ao final do processo em que restou condenado José, fora das hipóteses descritas no artigo 9.º-A da Lei de Execução Penal, seus dados serão excluídos.⁴⁰

A incidência do *Nemo tenetur*, assim, refere-se à eventual determinação judicial de cotejo de material coletado em investigação (não necessariamente do investigado ou mesmo contra sua própria autodeterminação) com aquele constante em banco de dados de perfil genético.

Por ocasião da incidência do art. 9.º-A da LEP, 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 “salvo-conduto” para não identificá-lo em caso de 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.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solução para a compatibilidade do regime legal da coleta de material genético para fins de identificação criminal

37 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

38 BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

39 BRASIL. *Lei nº 12.037, de 01 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: 2 out. 2015.

40 HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidad: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 156.

com a Constituição brasileira mostra-se como exemplo do fenômeno indicado pelos internacionalistas de aumento da complexidade do Direito das Gentes. A compreensão do tema reclama especificação ou objetivação da internacionalização do direito ou, em outros termos, ilustra exemplo próprio da funcionalização do Direito Internacional Público como instrumento de compreensão adequada dos problemas do ordenamento interno.

Por um lado, o exame de DNA, vale dizer, nunca será, isoladamente, prova cabal de culpa. Prestar-se-á, quando muito, para comprovar a presença do indivíduo no local do crime ou mesmo que são deles os vestígios materiais lá deixados (em situações de delitos não-transeuntes, isto é, que deixam vestígios materiais). São circunstâncias que não conduzem, *ipso facto*, a juízo condenatório. Por outro lado, o exame de DNA pode prestar-se como prova, aí sim, cabal de inocência do acusado, ainda que isoladamente.

O ponto crucial, portanto, refere-se ao fornecimento do material genético como forma de identificação genética. Isso, contudo, ocorrerá, apenas, e tão-somente enquanto presente o *jus puniendi* ou *jus punitivum* do fato ensejador da condenação daquele sentenciado. Veja-se que o acesso a esse banco de dados de perfil genético dar-se-á justamente com observância de decisão judicial, a qual, por sua vez, deverá indicar a imprescindibilidade de tal providência para a investigação criminal (artigo 5.º-A, § 2.º, parte final).

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 ao perfil genético. A tanto não se chega, decerto. Aliás, cabe 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.

O destaque e a ênfase 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. Mais do que isso, é preciso que o tema observe justamente o importante instrumental prestado pelo Direito das Gentes, dado que suas instâncias formalizadas já prestaram relevante contribuição à conformação do tema à luz do melhor direito.

Interpretações isoladas ou herméticas dos dispositivos que cuidam da coleta do material, da compulso-

riedade 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, a positivação do tema na legislação pátria atentou — com bastante parcimônia, permita-se a qualificação — justamente aos *standards* fixados pela Corte Europeia de Direitos Humanos e, por conseguinte, à funcionalização do Direito Internacional. 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 de inocência e ao direito ao silêncio, seja no direito interno, seja no Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. *Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009*. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Consti-

tuição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. *Lei nº 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: 2 out. 2015.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 93, de 2011*. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Autor da proposição: Senador Ciro Nogueira. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99463>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.078-7/ MG*. Tribunal Pleno. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

CARVALHO, Diogo Machado de. *As intervenções corporais no processo penal: entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos Humanos)*. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Sentença de 1 de março de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Sentença de 27 de abril de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HU-

MANOS. *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*. Sentença de 14 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf>. Acesso em: 2 out. 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso S. and Marper vs. Reino Unido* (n. 30562/04 e n. 30566/04). Sentença de 4 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Judgments/S.%20AND%20MARPER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20EN.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.

GUEDES, Gabriel Pinto; FELIX, Yuri. A identificação genética na lei nº 12.654/2012 e os princípios de direito processual penal no estado democrático de direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 53, p. 157-179, abr./jun. 2014.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidad: un análisis de la situación jurídica penal en España y en Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

MARIANO JÚNIOR, Alberto Ribeiro. A (des)regulamentação da obtenção do material genético no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 63, p. 78-92, dez./jan. 2014.

MATELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 339-358, set./out. 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista CEJ*, v. 4, n. 11, p. 23-26, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/344/546>>. Acesso em: 2 out. 2015.

NICOLITTI, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 245, p. 15-16, abr. 2013.

SILVA, Emílio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2103.