

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

LAURA BASSO BROLLO

**ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO NA COLETA
COMPULSÓRIA DO MATERIAL GENÉTICO NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL**

**CURITIBA
2021**

LAURA BASSO BROLLO

**ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO NA COLETA
COMPULSÓRIA DO MATERIAL GENÉTICO NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Britta Scandelari.

CURITIBA

2021

LAURA BASSO BROLLO

**ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO NA COLETA
COMPULSÓRIA DO MATERIAL GENÉTICO NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formadas pelos
professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2021

DEDICATÓRIAS

*A todas as pessoas que foram e que são presas injustamente no Brasil, às vítimas, que até o momento não tiveram seus casos solucionados, e em especial à **RACHEL GENOFRE**.*

*Aos meus pais **ELIANA** e **ANDRÉ** que sempre me apoiarem nesta jornada.*

AGRDECIMENTOS

Primeiramente quero agradecer ao meus pais por me apoiarem durante todo o meu curso e me incentivarem a seguir meu propósito de vida, que me ensinaram a nunca desistir dos meus sonhos, mas a lutar por eles.

Também quero agradecer ao meu orientador desta Monografia Professor Dr. Gustavo Britta Scandelari por ter aceitado me orientar, por ter me auxiliado por quase um ano, indicando caminhos para conseguir finalizar este trabalho e por ter me apoiado na escolha do tema.

Agradeço as aulas de processo penal ministradas pela Professora Me. Thathyana Weinfurter Assad Clementi na instituição, que demonstrou em sala a controvérsia existente no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal e que me inspirou a realizar a presente Monografia.

Por fim, agradeço a todas as amizades que construí durante a faculdade que me apoiaram e me auxiliaram a chegar até aqui e que levarei para o resto da vida.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, que prevê a coleta obrigatória de material genético de acusados de crimes dolosos, com violência grave ou de crimes hediondos. A análise é feita com base nos direitos fundamentais do acusado, para verificar se esses direitos são violados pela identificação obrigatória. Da mesma forma, visa demonstrar o que são direitos fundamentais, quais deles podem ser violados por lei, como podem ser restringidos e como ocorre a identificação genética criminal, como funciona o Banco Nacional de Perfis Genéticos, como foram introduzidos no Brasil e, por fim, a análise sobre identificação obrigatória com base na da Lei da Ponderação desenvolvida pelo jurista alemão Roberto Alexy

Palavras-chaves: Identificação genética. Banco Nacional de Perfis Genéticos. Direitos fundamentais. Restrições aos direitos fundamentais. Lei da ponderação.

ABSTRACT

The present work aims to analyze article 9-A of the Law of Penal Execution, which provides for the mandatory collection of genetic material from accused of intentional crimes, with serious violence or hideous crimes. The analysis is made based on the fundamental rights of the accused, to check if these rights are violated by mandatory identification. Likewise, it aims to demonstrate what fundamental rights are, which of them can be violated by law, how they can be restricted and how criminal genetic identification occurs, how the National Bank of Genetic Profiles works, how they were introduced in Brazil, and finally, the analysis on mandatory identification based on the Weighting Law developed by the German jurist Roberto Alexy

Keywords: Genetic identification. National Bank of Genetic Profiles. Fundamental Rights. Restriction of fundamental rights. The Principled Weighting.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Ponderação entre o direito da personalidade e a liberdade de radiodifusão.....	45
Figura 2 - Estrutura do DNA.....	53
Figura 3 - Eletroforese.....	55
Figura 4 - Demonstração do resultado da eletroforese.....	55

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Número de amostras no Banco Nacional de Perfis Genéticos.....	65
Gráfico 2 - Taxa de coincidências na Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.....	66

LISTA DE SIGLAS

BNPG	Banco Nacional de Perfis Genéticos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CODIS	Combined DNA Index System
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DNA	Ácido desoxirribonucleico
FBI	Federal Bureau of Investigation
INTERPOL	Organização Internacional de Polícia Criminal
LEP	Lei de Execução Penal
NDIS	National DNA Index System
NDNAD	National DNA Database
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PF	Polícia Federal
RIBPG	Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos
SENASP	Secretaria Nacional de Segurança Pública
STF	Supremo Tribunal Federal
STR	Repetições Curtas em Tandem

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1	DIFERENÇA ENTRE DIREITO E GARANTIA	15
2.2	CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL	16
2.2.1	O direito fundamental sobre a perspectiva de Ronald Dworkin	17
2.3	ESPÉCIES DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	20
2.3.1	Princípio do devido processo legal	21
2.3.2	Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade	22
2.3.3	Princípio da não autoincriminação	23
2.3.4	Direito a não identificação criminal	25
3	RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
3.1	ÂMBITO DE PROTEÇÃO	28
3.2	CONCEITO DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
3.3	TIPOS DE RESTRIÇÕES	32
3.4	LIMITES DOS LIMITES	35
3.4.1	Princípio da proporcionalidade	36
3.4.2	Princípio da razoabilidade	37
3.5	COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	38
3.5.1	Sentido estrito	39
3.5.2	Sentido amplo	40
3.5.3	Solução ao problema da colisão	41
3.6	LEI DA PONDERAÇÃO	43
4	A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA CRIMINAL E O BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS	49
4.1	A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	49

4.1.1 Breve evolução histórica sobre a identificação criminal	50
4.1.2 Como ocorre a identificação genética	52
4.1.3 Legislação	57
4.2 O BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS	61
4.2.1 Breve história sobre o banco de perfil genético	61
4.2.2 Funcionamento do Banco Nacional de Perfis Genéticos e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos	64
4.2.3 Legislação	66
5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA	70
5.1 ANÁLISE ACERCA DA COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO SOBRE A PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY	70
5.1.1 Discussão sobre a identificação genética para fins criminais	72
5.1.2 Conflito de princípios	74
5.1.2.1 Dos direitos do acusado	74
5.1.2.2 Dos direitos conflitantes com o direito do acusado	76
5.1.3 Solução a partir da lei da ponderação	78
5.1.3.1 Primeiro passo: análise do não cumprimento dos direitos do acusado	78
5.1.3.2 Segundo passo: análise do cumprimento dos direitos da vítima	80
5.1.3.3 Terceiro passo: análise do cumprimento do direito vítima sobre o não cumprimento dos direitos do acusado	81
5.2 CASOS CONCRETOS	84
5.2.1 Caso Archie Williams	84
5.2.1.1 Análise sobre o caso	86
5.2.2 Caso Rachel Genofre	87
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é o terceiro país com a maior população carcerária no mundo, possuindo 773.151 pessoas presas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos com 2,1 milhões e da China com 1,7 milhão. Do total de pessoas presas no Brasil, 268.438 pessoas, correspondente a 34,7% do total da população carcerária, estão presas de forma provisória, ou seja, não possui qualquer condenação, sendo que essa prisão provisória pode ser por conta do flagrante, de forma preventiva, temporária, entre outros¹.

Ademais, apesar da taxa elevada de presos no Brasil, o país possui uma baixa porcentagem de esclarecimento de crimes dolosos cometidos, sendo que apenas 33% dos delitos são esclarecidos, conforme dados juntados pela Instituto Sou da Paz no ano de 2019².

Além disso, há um alto índice de pessoas que vão presas injustamente, por um “erro” judiciário ou por falha na investigação, dados que não são computados pelo Depen (Departamento Penitenciário Nacional) ou pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), sendo dados considerados “invisíveis”, mas que são significantes, tendo em vista que há vários casos no Brasil de pessoas que foram e são presas injustamente³.

No Brasil foi criado, a partir do advento da Lei n. 12.654 de 2012⁴, o Banco Nacional de Perfis Genético - sendo posteriormente instituído pelo Decreto n. 7.950/13⁵ a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) - criado com o objetivo de armazenar os materiais genéticos coletados para a apuração de

¹ Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. **Conectas Direitos Humanos**. 18 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em 21 abr. 2021.

² NEXO, Qual a taxa de esclarecimento de assassinatos no Brasil. **Sou da Paz**. Publicado em 28 set. 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/noticias/nexo-qual-a-taxa-de-esclarecimento-de-assassinatos-no-brasil/>. Acesso em 21 abr. 2021.

³ MIRANDA, André; TINOCO, Dandara. As injustiças da justiça brasileira. O Globo Brasil. 26 jan. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/as-injusticas-da-justica-brasileira-18541969>. Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

⁵ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 março 2013.

crimes e para instrução de investigação de pessoas desaparecidas⁶. A RIBPG trabalha juntamente com a Secretarias de Segurança Pública, com a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) e com Polícia Federal (PF), possuindo atualmente, desde o XII Relatório da RIBPG, 20 (vinte) laboratórios genéticos⁷.

Da mesma forma, restou estabelecido pela referida lei a obrigatoriedade de condenados por crimes dolosos graves contra a vida ou crimes considerados hediondos, cederem seu material genético para armazenamento nos Bancos Nacionais. Com a determinação de coleta compulsória e a criação do referido Banco Nacional de Perfis Genéticos, houve um aumento no número de casos solucionados, apesar de não ser um número ainda expressivo.

Todavia, com a determinação de coleta compulsória, várias críticas surgiram, tendo em vista que parte da doutrina e da jurisprudência compreenderam que há violação aos direitos do acusado, quando essa determina que o acusado entregue seu material genético de forma compulsória. Para Aury Lopes Jr, por exemplo, a intervenção corporal sem o consentimento do acusado é a mesma coisa do que autorizar a tortura para obter confissão, visto que geraria uma prova ilícita⁸.

Em contrapartida, o doutrinador Eugênio Pacelli compreende que ao mesmo momento que existe os direitos do acusado, a norma também tem que preservar os direitos fundamentais da vítima⁹.

O assunto acerca da constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal¹⁰, instituído pela Lei n. 12.654 de 2012¹¹, é discutido pela doutrina e pela jurisprudência de forma massiva, sendo que, por conta das

⁶ Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

⁷ XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/segurancapublica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfisgeneticos.pdf/view>. Acesso em: 27 nov. 2020.

⁸ JUNIOR, Aury Lopes, **Direito Processual Penal**, 16ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 533.

⁹ PACELLI, Eugênio, **Curso de Processo Penal**, 21ª Ed, São Paulo: Atlas, 2017, p. 205.

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

¹¹ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

decisões divergências adotadas pelos Tribunais e por esses determinarem pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma, o que não é de competência desses, o Ministro Gilmar Mendes compreendeu que esse assunto possui repercussão geral, levando o tema para julgamento a partir do Recurso Extraordinário n. 973.837, no qual será decidido se a norma infringe ou não os direitos fundamentais do acusado¹².

Deste modo, é de grande relevância a análise dos direitos fundamentais do acusado sobre o estabelecido pelo artigo supramencionado, que determina a coleta compulsória do material genético para a identificação criminal, verificando quais são os direitos supostamente violados, como é realizada a identificação genética, assim como, verificando como é o funcionamento do Banco Nacional de Perfis Genéticos e analisando o referido artigo a partir da Lei da Ponderação de Robert Alexy.

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Recurso Extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Segunda turma. Recurso Extraordinário n. 973.837, Recorrente: Cristhian Moreira Silva Santos. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Gilmar Mendes. 23 jun. 2016.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a incluir em seu texto legal direitos e garantias constitucionais ao cidadão. No Texto II da Constituição da República Federativa do Brasil¹³ esses direitos e garantias foram classificados em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direito à nacionalidade e direitos políticos e à filiação política¹⁴.

Segundo o doutrinador e ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes¹⁵, os direitos e garantias constitucionais foram instituídos para proteger os cidadãos do poder diretivo do Estado, com a finalidade de limitar o poder político.

A tarefa de conceituar o que são os direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal é uma tarefa complexa, que exige um estudo aprofundado sobre o assunto, todavia, é possível definir esses princípios, de forma genérica, como uma busca pela proteção da dignidade da pessoa humana¹⁶.

Neste capítulo será estudado o conceito de direitos fundamentais, assim como será conceituado alguns destes direitos, para que assim seja possível aplicá-los ao caso concreto.

2.1 DIFERENÇA ENTRE DIREITO E GARANTIA

Como o próprio nome diz, direitos fundamentais são aqueles bens e direitos que estão previstos na Constituição para assegurar a dignidade à pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, ao devido processo legal, entre outros. Por outro viés, a garantia é a ferramenta que resguarda e assegura a aplicação destes direitos previstos no texto da Constituição¹⁷.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 302.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 28.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 135.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

Todavia, como menciona o doutrinador Rodrigo Padilha¹⁸, em determinadas situações as garantias, que são denominadas como simples, não conseguem resguardar os direitos fundamentais, deste modo é necessário que seja utilizada as garantias mais incisivas, chamadas de remédios constitucionais, como por exemplo o *habeas corpus*.

Sendo assim, conclui o doutrinador que as garantias podem ser divididas da seguinte forma, garantias fundamentais gerais, como o devido processo legal, e garantias fundamentais instrumentais ou específicas, que podem ser divididas em administrativas, quando o agente administrativo intervém, e em judicial, quando a autoridade atua como agente judicial¹⁹.

Portanto, observa-se que direitos fundamentais garantem a dignidade à pessoa humana, à vida, à liberdade, entre outros, enquanto a garantia vem justamente para resguardar a eficácia e aplicação desses direitos, podendo isso ocorrer de forma simples ou através de remédios constitucionais.

2.2 CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos constitucionais podem ser fundamentados de duas formas, a formal e a material, a fundamentação formal, dispõe sobre aqueles direitos que foram postos pelo legislador-constituente na Constituição Federal²⁰, enquanto a fundamentação material, dispõe sobre aqueles direitos que estão fora do texto legal, mas que podem ser definidos como fundamentais.

Deste modo, é possível analisar que os direitos fundamentais não são apenas aqueles elencados no texto da Constituição Federal, mas também aqueles que estão fora dela.

Assim define o doutrinador em suas próprias palavras:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, acompanhando Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa (na sua dimensão individual ou coletiva) que, por decisão expressa do legislador-constituente, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais. [...] direitos fundamentais em

¹⁸ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2020, p. 237.

¹⁹ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método 2020, p. 237.

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.²¹

O jurista alemão, Robert Alexy²², da mesma forma, divide o conceito de direito fundamental, o qual dispõe que são aqueles que estão descritos na Constituição, mas também aqueles que não estão nela, o que, segundo ele, gera um grande problema, momento em que se pode definir que direitos fundamentais também podem estar expressos em leis que não a Constituição, e, por conta disto, o rol de normas que podem ser classificadas como fundamentais fica amplo. Sendo assim, o jurista descreve que o direito apenas vai ser fundamental quando “for possível uma correta fundamentação referida a direito fundamental”²³.

Portanto, em uma definição mais genérica, toda a norma em que é possível realizar uma fundamentação como direito fundamental, é considerada como tal. Em outra perspectiva, em uma definição mais profunda, é necessário demonstrar o motivo pelo qual aquilo que está na Constituição é válido²⁴. Desta forma, conclui o jurista em seu livro:

No caso de uma norma diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida.²⁵

Pode-se concluir, portanto, que um direito apenas irá ser fundamental quando este estiver de acordo com o que a Constituição Federal dispõe e quando for possível fundamentá-la como fundamental.

2.2.1 O direito fundamental sobre a perspectiva de Ronald Dworkin

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 325.

²² ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 75.

²³ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 75.

²⁴ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 77.

²⁵ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 77.

Feita esta análise preliminar sobre o conceito de direitos fundamentais e como identificar quando uma norma é ou não fundamental, é necessário ser estudado a visão do jurista americano Ronald Dworkin sobre o assunto.

Para Ronald Dworkin, determinados direitos fundamentais demonstrados na Constituição são “vagos”, ou seja, podem ser interpretados e aplicados de diversas maneiras. Por conta disso, o fato de algumas normas serem “vagas”, acaba por gerar um problema, considerando que dá margem aos legisladores estaduais interpretarem a norma da maneira que entenderem²⁶, ocorrendo uma controvérsia política e jurídico, visto que nem mesmo os juristas mais dotados concordam quanto à aplicação do direito ao caso concreto.²⁷

Assim menciona o jurista²⁸:

Eles também discordam quando tentam aplicar esses direitos, independentemente de como tenham sido definidos, a questões complexas de administração política, tais como as práticas educacionais que foram o tema dos casos de segregação.

Por conta dessa problemática instituída pelas normas “vagas”, surgem duas formas de interpretação, a “estrita” e a “liberal”, sendo que a primeira ocorre quando a norma é interpretada na sua forma literal. Esta forma pressupõe que, no caso de uma norma “vaga” feita pelo legislador, a interpretação dessa ficará a cargo dos entes estatais, como já mencionado, ou seja, a partir dos princípios instituídos pela Constituição, irão definir o que entender sobre determinada norma.²⁹

Todavia, menciona Dworkin³⁰, que apenas pode-se aplicar o que está na Constituição quando se chega a uma conclusão sobre os direitos que estão elencados nela, ou seja, apenas pode-se aplicar os princípios e verificar se estes são aplicados ao caso concreto, quando, primeiramente, conceituarmos ele.

²⁶ Aqui é importante ressaltar que no modelo Norte Americano, os Estados Federativos são livres para fazerem sua própria legislação.

²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 209.

²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 209.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 210.

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 213-214.

Deste modo, para que o Tribunal decida sobre uma cláusula “vaga”, é necessário que seja adotada uma das duas filosofias. A primeira é chamada de *ativismo judicial*, que menciona que a cláusula “vaga” deve ser aceita pelos Tribunais, tendo esses a obrigação de fazerem princípios, como o da lealdade, e revê-los usualmente para que esses sejam adequados ao novo entendimento do Tribunal. O segundo é chamado de *moderação judicial*, que menciona que os Tribunais devem manter as decisões, mesmo que essa ofenda a visão que os próprios juristas têm sobre o princípio constitucional.

Enquanto o ativismo entende que o cidadão tem direitos morais em face do Estado, o moralismo entende que não, mas que apenas há direitos judiciais que a Constituição lhe assegura. Para este entendimento, deu-se o nome de teoria cética³¹.

É importante destacar o seguinte entendimento do jurista:

As cláusulas difíceis da *Bill of Rights*, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparando para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.³²

Conclui-se que, pelo entendimento de Ronald Dworkin, há cláusulas “vagas” na Constituição e que essas, para serem aplicadas, precisam ser interpretadas e que, para que isso ocorra, é necessário conceituar, demonstrando o que de fato a norma diz, sendo que apenas após esta conceituação os Tribunais poderão aplicá-las, mas sempre observando as questões morais políticas, adotando a filosofia do ativismo judicial.

Deste modo, considerando o entendimento dado pelo jurista, é necessário que algumas normas da Constituição Federal sejam conceituadas e interpretadas a partir da filosofia do ativismo judicial, para que haja uma aplicação correta perante as demais normas ordinárias.

³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 217.

³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 231.

2.3 ESPÉCIES DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Como mencionado anteriormente a Constituição da República Federativa do Brasil possui direitos e garantias fundamentais divididas em diversas espécies. São elas: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direito à nacionalidade e direitos políticos e à filiação política.

A partir das espécies elencadas acima, pode ser conceituado diversos direitos e garantias tidas como fundamentais. Todavia, para o presente trabalho é necessário apenas elencar quatro deles: devido processo legal, presunção de inocência, não autoincriminação e o direito a não identificação criminal. Todos os quatro direitos estão elencados na Constituição Federal³³, mais especificamente no rol no artigo 5º e fazem parte da espécie dos direitos em caráter judicial e garantias constitucionais do processo - que foram estabelecidas para a proteção do acusado perante a Administração Pública ou outro órgão jurisdicional.³⁴

De acordo com os referidos princípios, ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens, sem que passe por um processo justo, com direito ao contraditório e ampla defesa, como elencado pelo artigo 5º, inciso LIV³⁵. Da mesma forma, quando houver uma ação penal contra determinada pessoa, essa terá que ser tratada como inocente até que haja uma sentença condenatória transitada em julgado, artigo 5º, inciso LVII³⁶, o acusado terá o direito de ficar em silêncio durante o seu interrogatório, sendo ele policial ou judicial, artigo 5º, inciso LXIII³⁷, e a pessoa cível não será submetida a identificada criminalmente, salvo em virtude da lei, conforme artigo 5º, inciso LVIII³⁸.

Deste modo, passa-se a analisar os princípios constitucionais elencadas acima, de forma detalhada.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 410.

³⁵ Artigo 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

³⁶ Artigo 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

³⁷ Artigo 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

³⁸ Artigo 5º, LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

2.3.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é conhecido genericamente, como o princípio que garante o contraditório e a ampla defesa para qualquer pessoa que estiver em um processo judicial, para que haja um processo justo para ambos os litigantes.

Para compreender o que o referido princípio estabelece, é necessário entender que há dois sentidos, o formal e o material. O sentido formal assegura o respeito aos procedimentos e ritos, englobando a defesa e a igualdade entre as partes, neste sentido a questão demandada deve ser levada para apreciação judicial (processo), sendo essa própria para o caso (devido) e com prévia previsão (legal), como mencionado pelo doutrinador Guilherme Peña³⁹. Já o sentido material, assegura a matéria em si, como a justiça, a equidade, a solução honesta e razoável⁴⁰.

No começo da história deste princípio, a expressão americana *due process of law*, partia de um caráter estritamente processual, posteriormente começou a ser adotado a partir do cunho substancial, chamado de *substantive due process*, que compreende a interpretação da norma pela esfera da razoabilidade e da proporcionalidade⁴¹.

Segundo o doutrinador Guilherme Peña⁴², o princípio não protege unicamente o procedimento, mas todo o conteúdo da legislação, por conta disto o entendimento isolado de *due process of law* estaria incorreto.

Ademais, além dessas garantias, o referido princípio também assegura às partes um processo célere, ou seja, que o processo seja julgado em um tempo razoável e proporcional. Desta forma conclui o doutrinador Alexandre de Moraes⁴³:

³⁹ PEÑA, Guilherme Moraes, **Curso de direito constitucional**, 10ª Ed. rev. São Paulo: Atlas, 2018, p. 124.

⁴⁰ MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 301.

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 158.

⁴² PEÑA, Guilherme Moraes, **Curso de direito constitucional**, 10ª Ed. rev. São Paulo: Atlas, 2018, p. 124.

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 121.

Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões.

Portanto, vê-se que a garantia do devido processo legal, assegura diversos direitos para as partes no processo, sendo ele administrativo ou judicial, como o direito ao contraditório, a ampla defesa, à normas proporcionais e razoáveis, à celeridade processual, entre outros.

2.3.2 Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, compreende, em um sentido genérico, que o acusado não poderá ser tratado como culpado até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ademais o referido princípio também compreende o fato de que o ônus de comprovar a culpa do réu fica à acusação, sendo que o réu não terá o dever de comprovar sua inocência, mas apenas de se defender das acusações feitas pelo Ministério Público ou querelante. Deste modo, o acusado apenas poderá ser declarado culpado quando a sua conduta típica, ilícita e reprovável for comprovada pela acusação.⁴⁴

É possível dizer que a observação deste princípio faz com que o devido processo legal seja cumprido, visto que a presunção de inocência decorre do *due process of law*. Porém, caso esse princípio não seja observado pela autoridade julgadora ocorrerá o total arbítrio estatal, afastando os direitos e garantias constitucionais⁴⁵.

Por conta desta conceituação, surgiu diversas controvérsias acerca da validade da prisão cautelar, considerando que de certa forma poderia violar o direito de não ser tratado como culpado, pelo fato de ter sido preso. Entretanto o Supremo Tribunal de Justiça entendeu, na decisão do RHC n. 3.715-6/MG⁴⁶, que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional, visto que ao mesmo

⁴⁴ MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 315-316.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 137.

⁴⁶ Minas Gerais, Superior Tribunal de Justiça, RHC nº 3.715-6/MG, Relator: Adhemar Maciel, 11/690.

tempo em que tem o direito do acusado de ser tratado como inocente, também há o direito de proteção para apuração da verdade real, destaca-se:

É que o preso, por sofrer restrição em sua liberdade de locomoção, não deixa de ter o direito de ampla defesa diminuído. Mas, por outro lado, pode estar em jogo valor que também deve ser protegido para a apuração da verdade real.

Portanto, como será visto ao decorrer deste trabalho, o princípio de ser tratado como inocente não deve ser aplicado de forma única e isolada, mas em conjunto com os demais princípios existentes.

Deste modo, muito além da presunção de inocência, o referido princípio tem como objetivo resguardar o réu do dever de não ter que provar sua inocência.

2.3.3 Princípio da não autoincriminação

O direito de permanecer em silêncio ou o da não autoincriminação, que também está previsto no artigo 8º, §2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁷⁴⁸, segundo a doutrina majoritária brasileira, decorre diretamente do princípio do devido processo legal, uma vez que esse impõe limites ao Estado para alcançar o fim da presunção legal⁴⁹.

O referido princípio estabelece que toda pessoa terá o direito de permanecer em silêncio durante o interrogatório policial, judicial ou legislativo, não podendo esse ser responsabilizado ou declarado culpado por não falar durante esses atos. Porém, muito além do direito de permanecer em silêncio, este princípio também garante o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo.

⁴⁷ Artigo 8º, §2º. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

⁴⁸ BRASIL. **Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro de 1998**. Aprova a solicitação de reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do instrumento, de acordo com o previsto no § 1º do art. 62 daquele instrumento internacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 04 dezembro 1998.

⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 163.

Deste modo, é necessário que o acusado seja previamente informado sobre os seus direitos, em principal acerca do direito de permanecer em silêncio, momento em que no interrogado este poderá decidir se ficará em silêncio ou se falará perante a autoridade interrogante⁵⁰.

Entretanto, como menciona o doutrinador, a atitude da autoridade policial de informar o suspeito de seus direitos, não é uma prática comum no Brasil. Com isso, também é comum que esse princípio não ser observado e o condenado não permanecer em silêncio, simplesmente por compreender que tem o dever de responder as perguntas feitas pela autoridade, seguindo o velho entendimento comum de que “quem cala, consente”, o que de fato não pode ser levado como verdade.

É possível observar a importância do referido princípio, que dá ao acusado o direito de escolher se irá ou não responder os questionamentos feitos, considerando que esse também tem o direito de não produzir prova contra si mesmo, disto vem a afirmativa dada pelo doutrinador:

E não se limita a “ficar calado”, indo, pois, muito além podendo se manifestar pelo direito de não se submeter a exames de corpo de delito; de não soprar o bafômetro; de não apresentar documentos a autoridade fiscal que sejam comprobatórios de prática de crimes contra a ordem tributária (ou quaisquer outros); e de não apresentar qualquer elemento tais como roupas, armas ou utensílios domésticos a autoridade policial que os solicitar.⁵¹

Ademais, como destaca o doutrinador Alexandre de Moraes⁵², o direito de o acusado permanecer em silêncio, não o resguarda do alcance compulsórios do Estado, podendo ser submetido à busca de sua pessoa ou propriedade, de dar as impressões digitais para cooperar com as investigações e de ser intimado e conduzido para o interrogatório. Porém, irá caber ao suspeito a escolha de cooperar ou não com a acusação, pois, como a citação de Greenawalt,

⁵⁰ MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 326.

⁵¹ MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 325.

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 126.

mencionada por Alexandre de Moraes⁵³, “não é constitucionalmente razoável e exigível que alguém traia a si mesmo - *nemo debet prodere se ipsum*”⁵⁴.

Ainda conclui o doutrinador:

Dessa maneira, desde que com absoluto respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado, os órgãos estatais não podem ser frustrados ou impedidos de exercer seus poderes investigatórios e persecutórios previstos na legislação, mantendo a constitucionalidade desse diálogo equitativo entre acusação e indivíduo na persecução penal, com estrita obediência das expressas previsões legais e absoluto respeito ao devido processo.⁵⁵

Portanto, é de suma importância que seja observado o direito ao silêncio que o acusado tem, para que seja proporcionado um processo adequado e razoável, respeitando o princípio do devido processo legal e, assim, os direitos fundamentais.

2.3.4 Direito a não identificação criminal

Para finalizar com a conceituação dos princípios supramencionados, é fundamental que o direito a não identificação criminal de uma pessoa civil seja analisado.

A Constituição Federal⁵⁶ também dispõe no seu artigo 5º, inciso LVIII⁵⁷, o direito de a pessoa civil não ser submetida a identificação criminal, no texto da Constituição, a identificação criminal refere-se a registro, guarda, para ter a identificação do acusado. Deste modo, cita o doutrinador Sylvio Motta⁵⁸ que o problema da identificação criminal não é de fato os dados guardados, mas a forma em que eles são colhidos.

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 126.

⁵⁴ Greenawalt, kent. **Silence as a Moral and Constitutional Right**. William & Mary LR, v. 23, n. 15, p. 35-41, 1981.

⁵⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 127.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

⁵⁷ Artigo 5º, LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

⁵⁸ MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 319.

Todavia ressalta que, considerando o tipo de crime cometido pela pessoa, este critério, da forma, não precisa ser observado, visto que não resultaria em qualquer ofensa⁵⁹.

A partir do princípio da unidade da constituição pode-se concluir que o referido artigo foi criado com o objetivo central de evitar a identificação criminal e apenas autoriza em razão da “potencialidade ofensiva do delito imputado, quer pela ausência de qualquer outra forma de identificação civil confiável”⁶⁰.

Além do disposto no artigo 5º, inciso LVIII da CRFB/88⁶¹, também foi criada pelo legislador a Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009⁶², o qual trata da identificação criminal do civilmente identificado, dispondo sobre as formas de identificação civil e criminal, as hipóteses em que haverá a identificação, assim como quando haverá a exclusão dos referidos dados.

Conforme disposto no artigo 2º⁶³ da referida Lei, a pessoa civil pode ser identificada através dos seguintes documentos oficiais. Além disso, a identificação criminal poderá ocorrer nas hipóteses previstas no artigo 3º⁶⁴ da Lei.

Ademais, é importante ressaltar que a identificação criminal deve ser realizada, pela autoridade policial, de forma que não haja constrangimento do acusado, conforme disposto no artigo 4º⁶⁵ da lei supramencionada.

⁵⁹ MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 319.

⁶⁰ MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 319.

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

⁶² 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

⁶³ Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Art. 4º Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

Para que ocorra identificação criminal será utilizado tanto do método datiloscópico e o fotográfico, assim como a partir da coleta de material genético, conforme mencionado no artigo 5º⁶⁶ da norma.

Outrossim, como ficará demonstrado, a presente lei ainda prevê acerca dos bancos de dados genéticos e da rede integrada dos bancos, regulamentando sua função e fiscalização.

Deste modo, conclui-se que a identificação criminal pode ocorrer de diversas forma, através de fotografias até pela extração de material genética, todavia é necessário que esta identificação ocorra dentro da norma, sem que haja qualquer constrangimento há quem está sendo identificado, respeitando os direitos deste.

⁶⁶ 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. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

3 RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior, foi feita a análise acerca alguns dos direitos fundamentais existentes na Constituição Federal⁶⁷. Frisou-se, em especial, os do acusado, quais sejam o do devido processo legal, da presunção de inocência, da não autoincriminação e o da não identificação criminal.

Conforme será abordado ao longo do trabalho, o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal⁶⁸, dispõe que o condenado, por determinados crimes, deverá ceder obrigatoriamente seu material genético para fins de identificação criminal, podendo ser punido caso se recuse, como dispõe o § 8º do referido artigo⁶⁹.

Deste modo, é necessário que sejam analisadas as possibilidades de restrição dos direitos fundamentais, para que assim seja concluído se a referida determinação legal acaba por restringir aos direitos fundamentais do acusado ou não.

Nesta toada, neste capítulo, será definido o conceito de restrição e limitação dos direitos fundamentais. Também serão estudadas as hipóteses de cabimento destas restrições, a possibilidade de colisão entre direito e a Lei da ponderação criada por Robert Alexy.

3.1 ÂMBITO DE PROTEÇÃO

Para que seja possível visualizar o que e quando ocorre a restrição dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, é necessário que, inicialmente, seja definido qual é o âmbito de proteção desses direitos e garantias.

Quanto ao âmbito de proteção há duas teorias, a primeira, chamada de “teoria interna”, o qual afirma que o direito já nasce com a restrição, não havendo uma distinção entre o âmbito de proteção e os limites impostos a esse direito, o

⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

⁶⁸ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

⁶⁹ Artigo 9º-A, § 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

que, segundo Ingo Wolfgang⁷⁰ gera um “risco de restrições arbitrárias da liberdade”. A segunda, chamada “teoria externa”, efetua uma divisão entre o direito em si e as suas restrições, na qual a primeira é chamada de *prima facie*, o direito sem as restrições, e a segunda corresponde a posição definitiva, quando o direito já está com as suas restrições⁷¹.

Deste modo, conclui o doutrinador, é necessário buscar identificar se a esfera normativa do direito abrange determinada situação social, visto que não basta apenas interpretar a norma, mas também é essencial que se faça uma investigação para verificar se determinada situação se encontra no âmbito de proteção do direito fundamental analisado⁷².

Além disto, segundo o doutrinador Gilmar Mendes⁷³, o âmbito de proteção abrange “os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e a consequência comum, a proteção fundamental.”. Ou seja, esta definição está diretamente ligada com o que menciona a teoria externa, momento que é necessário que seja analisado todos os pressupostos que contemplam o direito *prima facie* e o que esse protege.

Portanto, é essencial para a definição do âmbito de proteção de determinado direito, que sejam identificados os bens jurídicos protegidos e a amplitude desta proteção, e verificado as restrições existentes na Constituição Federal, identificadas as reservas legais de índole restritiva⁷⁴.

Para demonstrar melhor o entendimento acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais do acusado, veja-se um exemplo, a Constituição brasileira dispõe que todos têm direito à liberdade de locomoção, conforme inciso XV do artigo 5º⁷⁵, *in verbis*:

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 383.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 384.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 384.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 192.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 194.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

Artigo 5º, XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Observa-se que a referida norma protege o direito de locomoção de todas as pessoas que estão no Brasil, além de proteger o direito de qualquer pessoa que entrar, permanecer ou sair com os seus bens no Brasil. Porém da mesma forma é possível verificar a restrição existente no direito fundamental, posto que esse menciona “nos termos da lei”, ou seja, dá a lei ordinária o direito de restringir esse direito.

Como será visto, é possível restringir os direitos fundamentais, de diversas formas, pode ocorrer da própria constituição limitá-los ou delegar a limitação para as legislações ordinárias. Entretanto, para que isso ocorra é necessário que, primeiramente, seja identificado o âmbito de proteção desses direitos e o que o princípio está protegendo, como demonstrado.

3.2 CONCEITO DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto no tópico anterior, para que seja possível identificar as restrições/limitações aos direitos fundamentais, é essencial que primeiro seja analisado qual o objeto jurídico de proteção destes direitos. Desta forma, neste parágrafo será analisado o que são restrições e limitações aos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que os direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição não são e não podem ser absolutos, ou seja, esses podem sofrer restrição. Segundo Flávio Martins⁷⁶, caso esses fossem absolutos, poderia ocorrer um abuso por parte do titular desse direito. Ainda, o doutrinado destaca que a própria Declaração Internacional de Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas), de 1948⁷⁷, estabelece que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, conforme artigo 29:

⁷⁶ MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**, 4ª Ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 687.

⁷⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1948declaraçãouniversaldosdireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2021.

[...] No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e 2. liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. [...]

Segundo o jurista alemão Robert Alexy⁷⁸, apenas são restringíveis os direitos fundamentais e as posições *prima facie* garantidas pelos princípios, e a norma apenas poderá restringir direitos fundamentais, se essa for compatível com a Constituição, visto que se for inconstitucional apenas haverá uma intervenção.

Observa-se que, apenas é possível evidenciar a restrição, quando é feita a distinção entre regras e princípios. Regras, segundo o jurista alemão é uma restrição ao direito fundamental quando existe uma liberdade e surge, com a restrição, uma não-liberdade ou um não-direito sobre o mesmo conteúdo⁷⁹.

Já os princípios que restringem direitos, para que tomem esta posição, devem ter um sopesamento entre o princípio atingido e o princípio que o restringe e, a partir desse, é necessário que surja no lugar da liberdade ou um direito fundamental *prima facie*, uma não-liberdade, ou um não-direito de igual conteúdo⁸⁰.

Deste modo, conclui o jurista:

[...] restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental. O que significa restringir a realização de um princípio de direito fundamental é algo demonstrado de forma paradigmática por meio das normas mandatárias e proibitivas.⁸¹

Segundo o doutrinador Ingo Wolfgang⁸², a restrição aos direitos fundamentais pode ser conceituada como ações ou omissões por parte do legislador que dificulta o acesso ao bem jurídico protegido, podendo afetar o seu

⁷⁸ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 282.

⁷⁹ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 284.

⁸⁰ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 285-286.

⁸¹ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 286.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 385.

exercício ou diminuir o dever do Estado sobre estes Direitos Fundamentais restringidos.

Portanto, conclui-se os direitos fundamentais podem sofrer restrições, para que não se tornem absolutos, assim como essas restrições apenas podem ocorrer por normas que forem consideradas constitucionais e que será evidenciado quando realizado por regras ou por princípios.

3.3 TIPOS DE RESTRIÇÕES

Concluída a análise sobre o conceito de restrição dos direitos fundamentais, passa-se a analisar quais as formas de restrições.

Segundo o jurista Alemão Robert Alexy⁸³, as restrições à direitos fundamentais são divididos em duas categorias, àquelas limitações impostas pela própria Constituição Federal, denominada “restrições diretamente constitucionais” e aquelas estabelecidas por leis infraconstitucionais, denominada de “restrições indiretamente constitucionais”.

Para este doutrinador é necessário que seja realizada a diferenciação entre restrição e cláusula restritiva, uma vez que a primeira se trata de um direito fundamental completo, enquanto a segunda é uma perspectiva da norma, ou seja, a cláusula restritiva é parte de uma norma fundamental completa, dizendo que aquilo que é garantido, a norma “*prima facie*” pode sofrer restrição⁸⁴.

A doutrina brasileira adota a mesma classificação feita pelo jurista Alemão, classificando as restrições à direitos fundamentais como limitações internas ou imanentes, diretas ou imediatas, legais simples ou qualificadas.

A limitação interna ou imanente ocorre quando o direito fundamental é restringido por um direito que está contido na própria Constituição, mas não de forma expressa⁸⁵. Pode-se tomar como exemplo o direito à liberdade de expressão, disposta no inciso IX do artigo 5º da CRFB/88⁸⁶:

⁸³ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 286.

⁸⁴ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 286.

⁸⁵ MARTINS, Flávio, **Curso de direito constitucional**, 4ª Ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 687-688.

⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

Artigo 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Esse direito fundamental é restringido quando o titular deste ofende outra pessoa, por exemplo, sendo racista, pois a prática de racismo é considerada crime pelo inciso XLII do próprio artigo 5º da CRFB/88⁸⁷:

Artigo 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Ou seja, toda pessoa tem direito à liberdade de expressão sem sofrer qualquer censura, desde que desta expressão não ocorra, por exemplo, racismo.

Nota-se, pelo exemplo mencionado acima, que há um direito fundamental estabelecido pela Constituição e no mesmo diploma legal há uma restrição a esse direito, que seria, como disposto no exemplo, a punibilidade de quem praticou atos racistas.

Já a limitação direta ou iminente, ocorre quando determinado direito é restringido por outro direito constitucional de forma expressa. Diferentemente da limitação anterior, que era algo implícito, esta será explícita, ou seja, a restrição será clara, como por exemplo a garantia à propriedade, disposto no inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal⁸⁸, o qual sofre uma restrição pelo inciso XXIII do mesmo artigo, momento em que menciona que a propriedade terá que ter uma função social⁸⁹.

Vejamos os dois direitos citados no exemplo acima:

Artigo 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade;
Artigo 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Em contrapartida a restrição legal simples ocorre quando a constituição dá poderes para o legislador ordinário efetuar a restrição perante o direito

⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

⁸⁹ MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 220.

fundamental ali disposto, dando mais liberdade a esse, nas palavras de Gilmar Mendes⁹⁰ seria quando “o legislador impõe a determinados direitos respaldado em expressa autorização constitucional”. Por exemplo, pode ser observada a ponderação, quando a Constituição Federal expõe no texto legal a frase “nos termos da lei”, “nos casos ressalvados pela Constituição”, entre outros.

Já a restrição legal qualificada, diferentemente da simples, estabelece pressupostos mais específicos para o legislador seguir, para que haja a restrição do direito fundamental⁹¹. O doutrinador Gilmar Mendes⁹² assim menciona:

Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada quando a Constituição não se limite a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja previsto em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

Toma-se como exemplo o texto legal do artigo 5º, inciso XII da CRFB/88⁹³, vejamos:

Artigo 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Segundo o referido inciso, apenas caberia ao legislador ordinário legislar acerca do modo e da forma de execução da quebra do sigilo telefônico, ficando integralmente diligenciado ao judiciário autorizar ou não a interferência.

Todavia, quando o texto do direito fundamental estabelece uma reserva legal qualificada, a restrição existente na norma ordinária deve seguir algumas regras. São elas: não pode ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, deve ser razoável e deve ser proporcional.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 387.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 206.

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

Assim, é possível visualizar que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por outros direitos fundamentais e por normas ordinárias, quando autorizado pelo direito de forma expressa.

É importante destacar que, em princípio, não poderia ocorrer restrição dos direitos fundamentais por lei ordinária, quando não há reserva legal. Todavia, em algumas hipóteses a jurisprudência, em principal o Supremo Tribunal Federal admite tal restrição, quando essa for proporcional, razoável e quando esteja devidamente fundamentada.

Como mencionado pelo doutrinador Gilmar Mendes⁹⁴, um exemplo de restrição sem a reserva legal, é em relação ao artigo da Lei de Execução Penal⁹⁵ que dá direito ao preso de se comunicar com o mundo exterior, desde que não comprometam a moral e os bons costumes, posto que a Constituição prevê a liberdade a correspondência, mas a referida norma acaba por restringir o direito fundamental em prol da segurança pública.

Deste modo, conclui-se que a restrição dos direitos fundamentais pode ocorrer por outros direitos, de forma expressa ou implícita, por leis complementares, quando determinada pelo próprio direito, ou, quando não determinada, visando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

3.4 LIMITES DOS LIMITES

Como mencionado no tópico anterior, é possível que os direitos fundamentais sofram restrições de leis ordinárias, entretanto é necessária uma limitação destas restrições, para evitar que a base do direito fundamental restringido seja afetada e que este deixe de existir.

Segundo o jurista alemão Robert Alexy⁹⁶, há duas teorias que defendem esta restrição da restrição, a absoluta e a relativa. A absoluta defende que os direitos fundamentais possuem um núcleo e que esse não pode sofrer qualquer tipo de intervenção por parte da restrição. Já a teoria relativa compreende que

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 210-211.

⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

⁹⁶ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 298-299.

as restrições que não violam a proporcionalidade não irão violar o conteúdo essencial e principal dos direitos fundamentais.

O núcleo essencial, mencionado pelo jurista alemão, diz respeito ao núcleo intangível e irredutível do direito, que não admite nenhuma restrição. Contudo, o princípio do não esvaziamento do núcleo essencial do direito fundamental não está previsto na Constituição Brasileira, mas é adotada pelo Supremo Tribunal Federal⁹⁷.

Portanto, a limitação da limitação existe para que haja a proteção deste núcleo essencial e da cláusula pétrea, que é algo que não pode, em nenhuma hipótese, ser suprimido da Constituição⁹⁸.

3.4.1 Princípio da proporcionalidade

Como alude o jurista alemão, é necessário que a norma restritiva seja proporcional para que seja considerado constitucional. Por conta disso se faz necessário analisar o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade encontra-se conexo com o princípio do devido processo legal - *due process of law* - esse princípio protege o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, momento em que atua na proibição de excessos e de insuficiência, possuindo assim uma *dupla face*.

No âmbito da proibição de excesso, tem-se que é vedado pelo referido princípio que determinada norma feita pelo legislador seja desproporcional, inadequada ou desnecessária. Já no âmbito da proibição de insuficiência, entende-se pelo fato do Estado ter deixado de fazer algo, “frustrando seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente”⁹⁹.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado a partir da apreciação da necessidade, adequação e, ainda, segundo Ingo Wolfgang¹⁰⁰, pela proporcionalidade no sentido estrito.

⁹⁷ MARTINS, Flávio, **Curso de direito constitucional**, 4ª Ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pag. 691.

⁹⁸ MARTINS, Flávio, **Curso de direito constitucional**, 4ª Ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pag. 691.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, pag. 392.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, pag. 392.

Não obstante, a norma será necessária quando não tiver outro meio mais eficaz que esse, que tenha menos restrições aos direitos fundamentais. Será adequado quando a norma for apta para atingir os objetivos estabelecidos¹⁰¹. E, por fim, haverá proporcionalidade em sentido estrito quando houver razoabilidade e justa medida nos meios utilizados¹⁰².

Mas é importante destacar que apenas o que é adequado pode ser necessário, sendo que o que é necessário não será inadequado, considerando que quando uma norma é necessária não tem como essa não ser também adequada¹⁰³.

Então, para que a proporcionalidade seja analisada é necessário que três etapas sejam seguidas. A primeira, dispõe acerca do “exame da adequação ou identidade”, a qual diz respeito à análise dos meios adotados e aqueles previstos no diploma legal. A segunda etapa dispõe acerca da necessidade de verificar se há algum meio mais eficaz e que não intervenha de modo tão rigoroso no direito fundamental atingido, “existem meios de proteção mais eficientes, mas pelo menos tão pouco interventivos em bens de terceiro?”. Por fim, a terceira etapa, diz respeito a uma ponderação entre o impacto das ameaças e os riscos existente com a necessidade de preservar os direitos fundamentais¹⁰⁴.

Portanto, para que uma norma restritiva seja considerada válida é necessário que essa esteja de acordo com o princípio da proporcionalidade, que por sua vez tem que ser analisado a partir das subespécies da necessidade e adequação, devendo ainda passar pelas etapas de verificação da proporcionalidade existente.

3.4.2 Princípio da razoabilidade

Usualmente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são utilizados em conjunto, como se fossem fundidos, um pertencendo ao outro,

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 226-227.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, pag. 393.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pag. 227.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, pag. 396.

todavia esse entendimento é de certa forma errôneo, considerando que estes princípios são diferentes.

O princípio da razoabilidade foi criado a partir do direito anglo-saxônico, sendo dividido em duas subdivisões, interno, quando há uma compatibilidade entre o meio e o fim, e externo, quando há uma legitimidade dos fins, como um critério de aferição do legislativo¹⁰⁵.

O referido princípio tem como base a vedação do absurdo, diferentemente do princípio da proporcionalidade, não há uma harmonização entre os direitos fundamentais¹⁰⁶.

Entretanto, há uma semelhança entre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito e o da razoabilidade, momento em que o primeiro irá verificar se as vantagens produzidas sobrepõem as desvantagens, e a segunda é tida como um método de ponderação de bens¹⁰⁷.

Portanto, o princípio da razoabilidade faz uma ponderação entre as situações, assim com determina uma compatibilidade entre o meio e o fim, deste modo, para que uma situação seja considerada razoável é necessário que haja uma comparação com o que essa situação atinge, para ver se há uma compatibilidade, ponderação entre as duas situações.

3.5 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme visto durante todo esse capítulo, os direitos fundamentais podem ser restringidos de diversas formas, seja por outros direitos, por lei ordinária ou pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Neste momento, será estudada as formas de colisão dos direitos fundamentais, segundo o entendimento adotado pelo doutrinador Alemão Robert Alexy.

Para o jurista alemão, como já mencionado, os princípios são normas com deveres *prima facie*, ou seja, que podem ser contrapostos com outros deveres,

¹⁰⁵ PEÑA, Guilherme Moraes, **Curso de direito constitucional**, 10ª Ed. rev. São Paulo: Atlas, 2018, p. 153.

¹⁰⁶ LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 397.

diferente da regra que determinam deveres definitivos¹⁰⁸. Portanto, quando há princípios, como ocorre no caso dos direitos fundamentais, tendo em vista que não podem ser considerados regras, mas princípios, esses podem colidir com outros direitos.

A colisão dos direitos fundamentais pode ocorrer tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

3.5.1 Sentido estrito

A colisão dos direitos fundamentais ocorre em sentido estrito quando o direito fundamental de um titular tem consequências negativas em relação ao direito fundamental de outro. Desta forma, esta colisão poderá ocorrer tanto em relação a dois direitos fundamentais idênticos ou diferentes.¹⁰⁹

Quando ocorre a colisão entre dois direitos fundamentais idênticos, distingue-se a colisão em quatro tipos. A primeira, quando ambos os direitos são de defesa, estando os titulares do mesmo lado, já a segunda compreende-se quando um direito é de defesa e outro de proteção a outrem, como, por exemplo, no caso do policial que atira no sequestrador para salvar a vida do refém, havendo colisão entre o direito à vida do sequestrador e o do refém¹¹⁰.

O terceiro ocorre quando o direito possui tanto um lado positivo como um lado negativo, em que, segundo o próprio exemplo dado pelo jurista, vê-se no direito a crença, pois, as pessoas têm tanto o direito de crer como o direito de não crer¹¹¹.

Por fim, o quarto tipo ocorre quando ao lado do direito fundamental possui tanto o lado jurídico quanto o fático. Dar-se-á como exemplo, no caso das custas processuais, o judiciário poderia considerar, através do princípio da igualdade,

¹⁰⁸ CARDOSO, Diego Brito; **Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na Visão de Robert Alexy**. Revista Constituição e Garantia de Direitos, publicado em 02 set. 2016.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

que todos possuem condição de pagar, todavia isso seria injusto com a pessoa que não tem condições financeiras, sendo assim, segundo a igualdade fática, algo desigual¹¹².

A partir do exposto, poderá haver tanto a colisão entre os mesmos direitos fundamentais de diversas formas, tanto quando esses colidem igualmente, como em lados opostos, ou em sentidos distintos.

Todavia, também pode ocorrer a colisão entre dois direitos fundamentais distintos, como é o caso do direito à liberdade, tendo em vista que em alguns momentos esse direito pode colidir com outro, ou no caso do direito da autonomia privada do empregador que, em algumas situações, colide com o direito a tratamento igual do empregado¹¹³.

Destarte, a colisão de direitos distintos também ocorre de forma corriqueira, posto que todas as pessoas possuem direitos fundamentais a serem resguardados, podendo assim ocorrer a colisão entre direitos de pessoas distintas.

3.5.2 Sentido amplo

Por outro lado, a colisão de direitos em sentido amplo trata de situações de direito coletivo, ou seja, uma colisão que acarreta consequências negativas ao bem coletivo. Pode-se utilizar como exemplo situações relativas ao meio ambiente, pois todos possuem direito à luz, todavia também possuem o direito/dever de preservar o meio ambiente, deste modo, há uma colisão entre esses dois deveres de ter acesso à luz e de proteger e preservar o meio ambiente¹¹⁴.

¹¹² ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

Ademais, outro exemplo que pode ser utilizado é referente ao comércio de cigarros, como bem citado no artigo escrito por Diego Brito Cardoso¹¹⁵, tendo em vista que é direito da empresa a “liberdade de exercício profissional dos produtores de cigarro”, todavia há uma colisão entre o direito referente a saúde da população, por conta disso que os produtores de cigarro precisam colocar nas embalagens advertências sobre o uso do produto.

Isto posto, é cabível resumir que, a colisão ampla tem em vista o bem coletivo, momento em que, em algumas situações, é necessário que o direito coletivo prevaleça sobre o direito individual, quando há iminente conflito entre esses.

3.5.3 Solução ao problema da colisão

Para o doutrinador Alemão, para que o problema acerca desta colisão seja solucionado, é necessário que um ou ambos os direitos sejam “sacrificados”, sendo necessário tomar decisões acerca da “estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”¹¹⁶. Ocorre que alguns princípios possuem peso maior que outros e, por conta disso, em uma colisão um deve prevalecer sobre o outro¹¹⁷.

São utilizados como exemplo (sobre a resolução do problema acerca da colisão entre direitos) dois casos analisados pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

O primeiro caso é denominado como Lei da Colisão, em que foi analisado a situação do acusado que não foi à audiência, pois, pela emoção ocasionada pela situação, esse tinha enorme risco de sofrer um infarto ou um derrame. Nesta premissa dois direitos entraram em colisão, o do Estado em garantir a aplicação da norma penal e, de outro lado, o direito do acusado sobre a sua saúde.

¹¹⁵ CARDOSO, Diego Brito; **Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na Visão de Robert Alexy**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. 02 set. 2016.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

¹¹⁷ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 94.

Para o jurista Alemão nenhum dos direitos deveria prevalecer sobre o outro, devendo neste caso haver um sopesamento entre os interesses, decidindo assim qual dos interesses tem maior peso no caso concreto. Desta maneira, caso se compreenda que o direito do acusado tem um peso maior sobre o direito do Estado, no caso concreto, então esse último direito irá violar o princípio da proporcionalidade e o direito do acusado¹¹⁸.

Assim menciona Robert Alexy¹¹⁹:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

O segundo caso analisado pelo jurista, é denominado de caso Lebach, no qual a emissora de televisão ZDF iria transmitir um documentário contando sobre o assassinato de quatro soldados em Lebach. Entretanto, um dos acusados e presos pelo assassinato dos soldados, estava para sair da prisão e entrou na justiça contra a exibição do referido documentário, pois segundo ele, infringia seu direito, tendo em vista que a sua ressocialização estaria ameaçada¹²⁰.

O Tribunal Alemão, para solucionar o conflito entre os princípios, dividiu o processo em três etapas. A primeira etapa, foi analisada a situação de tensão entre os princípios, quais sejam o de proteção à personalidade, conforme artigo 2º, §1º da Constituição Alemanha¹²¹¹²², e o de liberdade de informação, disposto

¹¹⁸ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 95.

¹¹⁹ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 96.

¹²⁰ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 99-100.

¹²¹ "Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral."

¹²² ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Publicado pelo Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), Berlim, 2019.

pelo artigo 5º, §1º da Constituição da Alemanha¹²³¹²⁴. Nesta etapa é necessário observar que há uma colisão entre os princípios, no qual um não pode se superposto ao outro, sendo necessário haver o sopesamento.

Na segunda etapa, após verificar que há uma colisão, o Tribunal sustentou uma precedência, ou seja, constatou que o noticiário não é um fato atual, mas sim uma repetição de um fato que ocorreu no passado.

Já na terceira etapa, onde foi realizada a decisão final pelo Tribunal, concluiu-se após a análise das etapas anteriores, que o direito da emissora não estava revestido pelo interesse atual e que o fato desta colocar no ar o documentário sobre o crime colocaria em risco a liberdade do acusado. Em vista disto, decidiram que o direito do acusado à liberdade acaba se sobrepondo ao direito à liberdade da emissora.

Ou seja: uma notícia repetida (T1), não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.¹²⁵

Assim sendo, conclui-se que a colisão entre os princípios pode ser solucionada a partir da análise do caso concreto, para primeiro verificar se há uma colisão entre os princípios, posteriormente, realizar um sopesamento entre os princípios, verificando se há alguma exceção que pode ser aplicado ao caso em apresso. Inobstante, é analisado qual princípio deve se sobrepor ao outro, a partir das exceções encontradas.

3.6 LEI DA PONDERAÇÃO

Conforme mencionado no tópico anterior - acerca da colisão entre direitos fundamentais - para que haja a solução deste conflito é necessário que ocorra um sopesamento entre os direitos, para verificar qual irá se “sobrepor” de acordo

¹²³ “Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.”

¹²⁴ ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Publicado pelo Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), Berlim, 2019.

¹²⁵ ALEXYY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 103.

com o caso concreto. Esta análise é realizada a partir do princípio da proporcionalidade, que acaba por permitir a ponderação entre os direitos conflitantes e faz com que ambos sejam observados e aplicados ao caso concreto¹²⁶.

Sobre o referido assunto, Robert Alexy¹²⁷, tendo em vista tal princípio, criou mais uma lei denominada Lei da Ponderação, que estabelece graus aos princípios, ou seja, graus de hierarquia entre os princípios e de intensidade de sua realização.

Segundo a teoria desenvolvida pelo jurista alemão, é necessário dividir em duas escalas, as cardiais abstratas e as abstratas ordinais.

Na escala cardinal, pode-se atribuir dois valores de duas formas: atribuir números iguais, ou seja, igual hierarquia, ou números distintos, ou seja, hierarquia diferentes. Caso seja atribuído números de iguais valores, não chegará a resultado algum, todavia caso seja dado número distintos, o problema estaria resolvido.

Entretanto, é importante ressaltar que não será possível atribuir valores distintos no caso concreto e esta análise ser utilizada para todos os demais casos, pois, como exemplificado pelo jurista alemão, o direito à liberdade sempre iria se sobrepor ao direito de informar, ou seja, na mínima fumaça de violação ao direito à liberdade, iria ser restringido o direito de informar.

Para acabar com tal problema, o jurista compreendeu que é necessário que mais uma escala deveria ser observada, a abstrata ordinal. A referida escala além de ser analisada a questão de hierárquica de valores, também será observado a intensidade de sua realização.

Tirando como exemplo o caso dos militares, já demonstrado, o direito à personalidade, denominado P1 teria atribuição 0,8, sobre a hierarquia, enquanto o direito à liberdade de imprensa, denominada P2, teria atribuição 0,4. Após, teria que ser observado qual precedente seria melhor aplicado, de proibição do direito à liberdade de imprensa, denominada R1, ou de permissão, denominada R2. Desta forma, foi desenvolvida pelo jurista a seguinte tabela:

¹²⁶ LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹²⁷ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 162.

Figura 1 - Ponderação entre o direito da personalidade e a liberdade de radiodifusão:

	P_1 (proteção da personalidade) = 0,8	P_2 (liberdade de radiodifusão) = 0,4
R_1 (proibição)	0,4	0,3
R_2 (permissão)	0,3	0,9

Fonte: Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais¹²⁸.

Como é possível vislumbrar na imagem acima, foi atribuído grau 0,8 ao direito de personalidade e 0,4 à liberdade de informação, acerca da hierarquia entre as normas. Todavia, como não é possível apenas analisar a hierarquia, foi atribuído grau 0,4 de possibilidade de proibição ao direito de personalidade e 0,3 à liberdade de informar, na mesma seara, acerca da permissão dos referidos direitos, foi atribuído grau 0,3 para o P1 e 0,9 para o P2.

Desta forma, é necessário multiplicar o valor sobre a hierarquia de P1 com o grau de proibição desse, o qual dará o valor de 32, e multiplicar o valor da hierarquia de P2 com o grau de proibição de P2, que dá 12, por fim, soma os dois que dará R1 igual a 44. Já o R2 será calculado da seguinte forma, valor da permissão de P1 multiplicado com o da hierarquia de P1, que dará 24, e o valor da permissão de P2 com o grau de hierarquia deste, que dará 36, por fim, soma os dois que será R2 igual a 60¹²⁹.

Assim, o que deve ser escolhido é o R2, ou seja, a permissão do direito de liberdade de imprensa, mesmo que o direito de personalidade tenha uma hierarquia maior, tendo em vista que seu grau de permissão de aplicação é maior que o grau de permissão do direito à personalidade.

Porém, há um problema sobre a conta acima demonstrada, pois não é possível “auferir resultado a partir de uma quantificação fixa”. O máximo que pode ocorrer é uma demonstração - ilustração - sobre o resultado¹³⁰.

Conclui o jurista alemão¹³¹:

¹²⁸ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 161.

¹²⁹ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 162.

¹³⁰ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 162.

¹³¹ ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 162-163.

Por isso, pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais. A impossibilidade de uma tal ordenação "rígida" não implica a impossibilidade de uma ordenação "flexível" e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento.

O jurista Alemão Robert Alexy utiliza-se do método de graus, mas não dando de fato graus ao princípio, mas apenas utilizando da lógica acerca da ponderação entre os princípios, chegando em uma conclusão lógica para solucionar o problema da colisão entre os direitos.

Segundo este jurista, a Lei da Ponderação é compreendida como parte de um princípio mais amplo denominado princípio da proporcionalidade, segundo o qual é composto por três outros princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da idoneidade ou da adequação, verifica se o meio utilizado é adequado para atingir o fim pretendido¹³², sendo que, caso o meio não seja adequado para promover a aplicabilidade dos dois princípios, então esse meio não será utilizado.¹³³

Já o princípio da necessidade estabelece que será utilizado o meio necessário para o cumprimento da finalidade daquele direito, ou seja, aquele menos restritivo ao direito e menos gravoso¹³⁴. Em outras palavras, será utilizado o meio adequado para intervir em determinado princípio, quando há colisão, de uma forma que cause menos danos a esse¹³⁵.

¹³² MARQUE, Andréa Neves Gonzaga, Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹³³ ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 110.

¹³⁴ MARQUE, Andréa Neves Gonzaga, Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 13 abr. 2021.

¹³⁵ ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 110.

E, por fim, como já mencionado nesta monografia, haverá proporcionalidade em sentido estrito quando houver razoabilidade e justa medida nos meios utilizados¹³⁶.

A lei da ponderação, que engloba os três princípios acima mencionados, é considerada pela doutrina como uma técnica utilizada em casos difíceis em que há colisão entre princípios de mesma hierarquia, sendo que esta técnica é utilizada até mesmo nas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e que é dívida em três etapas¹³⁷.

O primeiro passo da lei da ponderação, é comprovar o grau de cumprimento ou algum prejuízo do princípio analisado¹³⁸. Também é nesse estágio em que é juntado todos os argumentos que fundamentam a solução adotada, facilitando a compreensão para posterior “comparação entre os elementos normativos”¹³⁹.

O segundo passo estabelece ser a necessidade de analisar a importância do cumprimento do princípio em apreço¹⁴⁰. Segundo Roberto Barosso, nessa etapa será analisado as normas identificadas no primeiro passo, com o exame das circunstâncias do caso concreto¹⁴¹.

O terceiro e último passo, é onde irá ocorrer de fato a ponderação, tendo em vista que será definido se “a importância do cumprimento de princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro”¹⁴². Nesta fase, os diferentes grupos serão analisados em conjunto para verificar o peso que cada elemento em disputa e quais irão se sobrepor ao outro. Posteriormente, é

¹³⁶ ¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 393.

¹³⁷ BAROSSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 203.

¹³⁸ ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 111.

¹³⁹ BAROSSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 203.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 111.

¹⁴¹ BAROSSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 203.

¹⁴² ALEXY, Robert, **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 111.

decido o grau de cada elemento adequadamente para a situação em apreço, sempre observando o princípio da proporcionalidade¹⁴³.

Conclui-se que, quando há colisão entre princípios ou direito, para que essa colisão seja solucionada, é necessário que a lei da ponderação seja utilizada, na qual deverá ficar evidenciado os efeitos do não cumprimento e do cumprimento de determinado direito, para que, posteriormente, verificar qual princípio ou direito irá se sobrepor ao outro, mas sempre observando a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁴³ BAROSSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 204.

4 A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA CRIMINAL E O BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS

A palavra identificar significa, segundo o dicionário brasileiro, “tomar idêntico; fazer (de duas ou mais coisas) uma só; estabelecer a identidade de”¹⁴⁴.

O método de identificar coisas, pessoas ou situações faz parte do cotidiano de todas as pessoas, seja na hora de identificar determinado alimento, reconhecer uma pessoa, entre outras coisas. Este método também é aproveitado no meio criminal, pelo Estados, como um método para verificar quem cometeu determinado crime, ou o que aconteceu e quem estava no momento de um delito, por exemplo.

Neste capítulo, será investigado como ocorre a identificação criminal, os métodos de identificação, dando uma maior atenção para a identificação genética, estudando a sua evolução no Brasil, assim como as normas legais para que haja a identificação genética, demonstrando ainda como essa ocorre. Também neste capítulo será demonstrado a evolução do Banco Nacional de Perfis Genéticos no mundo e no Brasil, investigando, ainda, sobre as normas vigentes no Brasil que autorizam a utilização do banco de dados genéticos e como se dá o seu funcionamento.

4.1 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

No âmbito criminal, é essencial que as provas sejam comprovadas de forma inequívoca, momento em que não há espaços para meras semelhanças e é preciso que algo seja exatamente igual ao alegado. Isto ocorre, com o objetivo central de não trazer dúvidas para o entorno do processo. Por conta disso, desde a antiguidade é utilizado o método da identificação criminal, o qual obriga a identificação de pessoas que sejam iguais ao que foi relatado, não cabendo meras semelhanças¹⁴⁵.

¹⁴⁴ AMORA, Antônio Soares, **Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa**, 19ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 369

¹⁴⁵ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz; **Histórico dos processos de identificação - Parte I Processos de identificação**. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 23 de nov. 2020.

A técnica da identificação sempre foi utilizada pela sociedade, e começou a partir da identificação pelo nome e, nos tempos atuais, também ocorre a partir do DNA colhido.

4.1.1 Breve evolução histórica sobre a identificação criminal

Desde a antiguidade, a sociedade sempre teve a necessidade de identificar e vigiar os indivíduos que eram tidos como criminosos, por conta disso, a identificação criminal sempre foi utilizada¹⁴⁶.

O método de marcar com ferro quente a pele de pessoas e de animais é considerado um dos métodos mais antigos existente, sendo que era marcado o rosto dos criminosos com o símbolo que identificasse o crime que esse havia cometido¹⁴⁷.

Os membros do Instituto de Identificação do Paraná, Araújo e Pasquali¹⁴⁸, no artigo publicado no site do instituto, citam a Lei de Manu, que é considerada a primeira organização de sociedade:

Quem manchasse o leito de seu pai espiritual seria assinalado com desenhos representativos das partes sexuais da mulher; o que tomasse licores espirituosos, marcado com a bandeira do destilador; o que roubasse ouro de um sacerdote, com a pata de cão; o que assassinasse um Brâmane, com a figura de um homem sem cabeça.

Posteriormente era utilizado da tatuagem, mutilações de membros do corpo, entre outros, quando no século XIX tornou-se mais valorizado as técnicas de vigilância e controle pelo Estado para com a população taxada como perigosa, sendo criada a chamada “leitura” do corpo¹⁴⁹.

¹⁴⁶ MIRANDA, Diana Catarina Oliveira, **Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares**. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/45768>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz; **Histórico dos processos de identificação - Parte I Processos de identificação**. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 23 de nov. 2020.

¹⁴⁸ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz; **Histórico dos processos de identificação - Parte I Processos de identificação**. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 23 de nov. 2020.

¹⁴⁹ MIRANDA, Diana Catarina Oliveira, **Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares**. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/45768>. Acesso em: 23 nov. 2020.

O método utilizado no século XIX para identificação criminal, foi criada por Bertillon, o qual utilizava como critério características morfológicas e cromáticas, ou seja, o formato do corpo do indivíduo e a cor da pele desse, trazendo perspectiva racistas à identificação criminal, e, obviamente, taxando pessoas negras como potenciais criminosos, considerando que o método traçava um “perfil criminal”¹⁵⁰.

Já no final do século XIX e no começo do XX surgiu a tecnologia da denominada “impressão digital” ou mais bem chamado de “datiloscopia”, em que é realizada a impressões das digitais que toda pessoa possui, que é única e ninguém possui digitais idênticas¹⁵¹.

Com a descoberta do DNA (Ácido Desoxirribonucleico), que é uma molécula presente do corpo do indivíduo que carrega toda informação genética sobre esse¹⁵², em 1988 o FBI (*Federal Bureau of Investigation*) começou a utilizar do material genético para identificação forense. Então, iniciou-se o sequenciamento genético, denominado de STR's (*short tandem repeats*¹⁵³), fazendo a comparação do material encontrado na cena do crime (chamado de vestígio) com o de suspeitos, por exemplo, para encontrar verossimilhança entre os sequenciamentos¹⁵⁴.

¹⁵⁰ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos processos de identificação humana: das características antropométricas ao DNA.** Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rodrigo_Garrido3/publication/271530735_Evolucao_dos_Processos_de_Identificacao_Humana_das_caracteristicas_Antropometricas_ao_DNA/links/5e721d6192851c93e0ab74a5/Evolucao-dos-Processos-de-Identificacao-Humana-das-caracteristicas-Antropometricas-ao-DNA.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁵¹ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz; **Histórico dos processos de identificação - Parte I Processos de identificação.** Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 25 de nov. 2020.

¹⁵² MAGALHÃES, Lana, **DNA**, disponível em: <https://www.todamateria.com.br/dna/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

¹⁵³ O termo em inglês significa em português “repetições curtas em tandem”, entretanto o termo em inglês é utilizado de forma individual e será demasiadamente utilizado para explicar a identificação criminal a partir do material genético.

¹⁵⁴ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli, **Evolução dos processos de identificação humana: das características antropométricas ao DNA.** Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rodrigo_Garrido3/publication/271530735_Evolucao_dos_Processos_de_Identificacao_Humana_das_caracteristicas_Antropometricas_ao_DNA/links/5e721d6192851c93e0ab74a5/Evolucao-dos-Processos-de-Identificacao-Humana-das-caracteristicas-Antropometricas-ao-DNA.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

A identificação genética surgiu no Brasil em meados dos anos de 1990, para a finalidade de investigação de paternidade, mas logo também começou a ser utilizada para a identificação forense¹⁵⁵.

A identificação criminal no Brasil apenas tomou força após a criação e vigência da Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009¹⁵⁶, a qual trata sobre a identificação criminal de civis identificáveis. Apenas a partir da Lei n. 12.654/12¹⁵⁷ houve o regulamento da utilização da genética para a identificação criminal, quando também foi criada a o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, como será demonstrado no decorrer desse trabalho acadêmico.

4.1.2 Como ocorre a identificação genética

A ciência genética é uma área que vem crescendo em larga escala nos últimos anos, com o avanço da biotecnologia, começou-se a utilizar desta ciência em prol da sociedade, considerando que essa estuda o DNA (ácido desoxirribonucleico) das pessoas.

Deste modo, esta tecnologia vem sendo utilizada para investigação criminal, como uma técnica para identificar quem estava na cena do crime ou determinar quem não estava no local, por exemplo.

Em palavras técnicas, cita-se o trecho do artigo científico de António Amorim¹⁵⁸:

À genética forense cabe, pois, o estudo de amostras biológicas ou outras, sejam amostras de referência ou amostras problema, com vista à obtenção de perfis genéticos. Será o estudo e, sobretudo, a análise comparativa dos perfis genéticos obtidos que permitirá à genética forense apoiar os tribunais na superior e dought administração da justiça. (grifo nosso)

¹⁵⁵ VASCONCELOS, Yuri. **Origem desvendada: empresa cria software que torna mais precisos os exames de paternidade.** Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/origem-desvendada/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

¹⁵⁶ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

¹⁵⁸ AMORIM, António. **Genética forense.** Academia das Ciências de Lisboa (ACL), Lisboa, 2015.

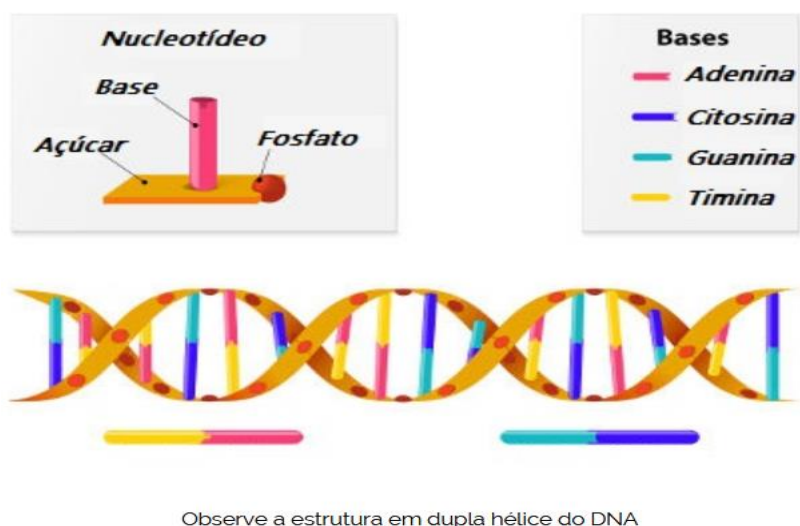
Antes mesmo de adentrar no tema em relação ao banco de nacional de perfis genético, é necessário que primeiro seja estudado como que ocorre a identificação de um perfil genético, como que é possível verificar a verossimilhança entre o vestígio e a amostra armazenada no banco de dados.

O DNA (ácido desoxirribonucleico) é encontrado no núcleo da célula e é capaz de identificar as características físicas e fisiológicas de um indivíduo, essa molécula é helicoidal, o qual possui duas fitas compostas da seguinte forma:

O DNA é uma molécula helicoidal com duas fitas complementares compostas cada uma por um grupo fosfato ligado a um açúcar desoxirribose, que se liga a uma base nitrogenada de dois anéis denominada purina, que pode ser adenina (A) ou guanina (G), ou a uma base nitrogenada de apenas um anel denominada pirimidina, que pode ser timina (T) ou citosina (C).¹⁵⁹

O conjunto da base, com o fosfato e o açúcar formam um nucleótipo, na qual pode-se encontrar bases nitrogenadas de adenina, citosina, guanina e timina¹⁶⁰.

Figura 2 - estrutura do DNA



Fonte: página Brasil Escola¹⁶¹

¹⁵⁹ SILVA, Adriana de Lourdes da; DORNELAS, Higor Gonçalves; CALIGIORNE, Sordaini Maria; MARINHO, Pablo Alves; **Bancos de Perfis Genéticos Criminais no Brasil: Histórico e Evolução**. Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics. Forensic sciences. 25 de maio de 2020, p. 502.

¹⁶⁰ SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "O que é DNA?"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/biologia/o-que-e-dna.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁶¹ SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "O que é DNA?"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/biologia/o-que-e-dna.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

A repetições de nucleótidos na molécula de DNA é denominada de STR's (*short tandem repeats*) ou microssatélites, que são utilizadas para identificação do perfil genético, considerando que nenhuma pessoa tem a mesma quantidade de repetições genéticas que outra.

Feita essa compreensão inicial, é importante destacar o que menciona Antônio Amorim:

Desde já se subentende que quando falamos de perfil genético podemos estar a falar de diferentes tipos de perfis, tais como perfil ou haplótipo de DNA mitocondrial, perfil de STR autossômico, perfil de STR dos cromossomos X ou Y, de entre outros. Regra geral, quando falamos de perfil de DNA de um indivíduo, sem quaisquer outras alusões, estamos a falar do seu perfil de STR autossômicos.¹⁶²

Como pode-se observar pela citação acima há vários tipos de perfis genéticos, como o de STR (*short tandem repeats*) dos cromossomos X ou Y, ou seja, que identificam o sexo dos indivíduos. Todavia, para esse trabalho iremos analisar como ocorre o processo de identificação do perfil genético de STR (*short tandem repeats*) autossômicos, que são aqueles cromossomos que não são sexuais. Já cromossomos é a sequência de DNA que carregam os genes¹⁶³.

Para que seja possível fazer essa identificação genética, é necessário que seja analisado o vestígio deixado na cena do crime, por exemplo, que pode ser a saliva, um fio de cabelo, amostra de sangue, entre outros. Nesse vestígio é possível encontrar a molécula de DNA e assim fazer o perfil genético do material analisado. Essa identificação pode ocorrer de duas formas, através da técnica de eletroforese ou através da genotipagem.

O processo da eletroforese ocorre quando o DNA é colocado em um gel de agarose, na qual os genes menores passam por uma espécie de uma “rede” com facilidade e os maiores, que contém uma maior variabilidade de repetições, ficam retidos, formando padrões de traços¹⁶⁴. O distanciamento entre os genes

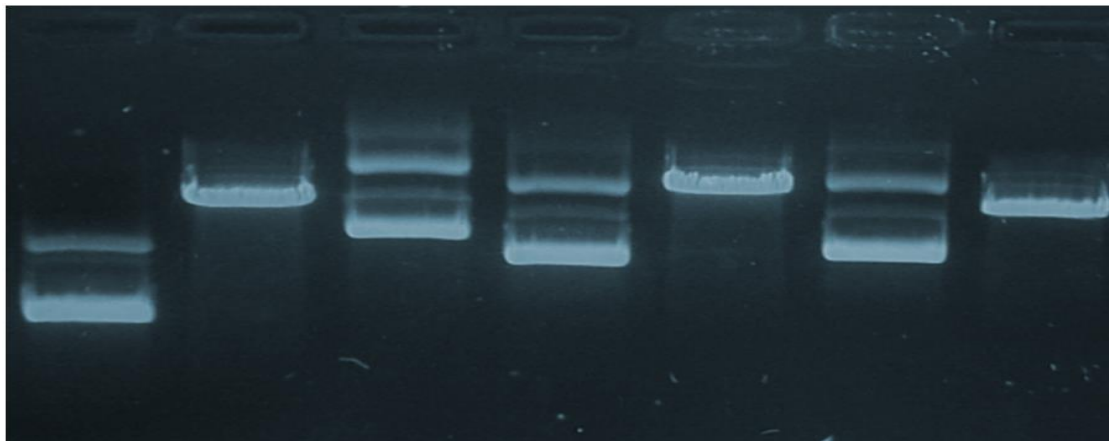
¹⁶² AMORIM, António. **Genética forense**. Academia das Ciências de Lisboa (ACL), Lisboa, 2015.

¹⁶³ SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "Conceitos básicos em Genética"; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/biologia/conceitos-basicos-genetica.htm>. Acesso em: 29 nov. 2020.

¹⁶⁴ SOARES, Fernanda. Como identificar um criminoso pelo DNA? Genética Forense. **Genética para curiosos**. Disponível em: <http://geneticaparacuriosos.blogspot.com/2017/01/como-identificar-um-criminoso-pelo-dna.html>. Acesso em: 22 nov. 2020.

cria uma espécie de padrão, a qual acaba guiando o pesquisador sobre o perfil genético identificado.

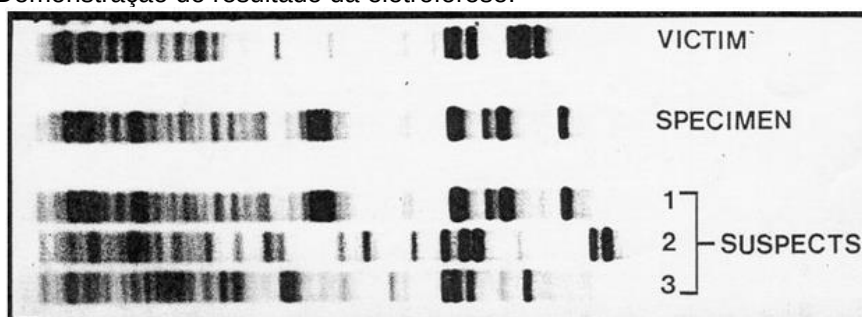
Figura 3 - Eletroforese.



Fonte: Brasil Escola¹⁶⁵.

Como cada pessoa possui um número de repetições e uma forma diferente de repetições, apenas será possível verificar se determinada amostra é da pessoa investigada, se o número e a forma de repetições forem exatamente as mesmas, ocorrendo o chamado de “*matches* genéticos”.

Figura 4 - Demonstração do resultado da eletroforese.



Fonte: UFRGS¹⁶⁶

Como pode-se observar pela imagem acima, a primeira sequência formada é da vítima e o segundo é do vestígio encontrado, logo abaixo possui a

¹⁶⁵ MORAES, Paula Louredo. "Teste de DNA"; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/biologia/teste-de-dna.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁶⁶ Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Biociências. Departamento de biologia molecular e biotecnologia. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/depbio/discipl/BIO12002/Exercicios.html>. Acesso em: 29 nov. 2020.

sequência genética de três suspeitos. Como mencionado, para que haja a identificação genética, é necessário que o número de repetições seja exatamente igual, sendo assim, no exemplo demonstrado acima, o vestígio encontrado é do primeiro suspeito, visto que são exatamente iguais o número de repetições.

Já o segundo método, chamado de Genotipagem, é realizado por máquinas modernas que detectam no material analisado, detectando o número de repetições existentes no material¹⁶⁷. Todo o processo demonstrado acima, é feito de forma automática por um sistema de software, o qual já faz o comparativo do vestígio encontrado com a amostra analisada.

Portanto, é utilizando um desses dois métodos que é realizada a identificação do perfil genético existente no vestígio deixado no local.

A identificação genética é utilizada em três ocasiões, quando há a identificação humana, por exemplo, quando é encontrado um corpo desconhecido e é feita a análise do material genético para identificar a pessoa. Quando há vestígios na cena de um crime, por exemplo, na qual é realizada a investigação genética para identificar quem cometeu o delito, por exemplo. E, quando há crimes sexuais, em que é realizado a coleta do material genético do culpado, no corpo da vítima ou nas vestes dessa.

Desta forma menciona Antônio Amorim¹⁶⁸:

A definição de perfis genéticos, no âmbito da genética forense, permitirá a realização de perícias que vão desde as perícias de investigação de parentesco biológico, passando por perícias de criminalística biológica, designadamente em casos de crimes sexuais e homicídios, até às perícias de identificação de desconhecidos ou de identificação de espécie animal em remanescentes cadavéricos.

Conquanto, como explicado, apenas é possível fazer a identificação genética quando há outro material para ser comparado, ou seja, não é analisando um material genético que irá saber exatamente quem é a pessoa, pois é preciso que esse material seja comparado com o de outros indivíduos para que seja possível verificar a verossimilhança entre esses.

¹⁶⁷SOARES, Fernanda. Como identificar um criminoso pelo DNA? Genética Forense. **Genética para curiosos**. Disponível em: <http://geneticaparacuriosos.blogspot.com/2017/01/como-identificar-um-criminoso-pelo-dna.html>. Acesso em: 22 nov. 2020.

¹⁶⁸ AMORIM, António. **Genética forense**. Academia das Ciências de Lisboa (ACL), Lisboa, 2015.

Por exemplo, foi encontrado no lugar o material genético X, a qual foi analisado a forma e o número de repetições existentes. O perito irá recolher o material genético de possíveis suspeitos para verificar se algum deles bate com o material genético X. Com isso, é possível identificar quem cometeu ou não o delito.

Mas, muito além de colher material genético de suspeitos, atualmente no Brasil, está sendo adotado um banco nacional de perfis genéticos, no qual armazena materiais de diversas pessoas, em especial de pessoas que já foram condenadas por crimes hediondos, como será visto ao longo deste trabalho.

Ademais, é importante destacar que a coleta do material genética, seja do suspeito ou de quem irá integrar o banco de dados genéticos supramencionado, como dispõe a legislação, deve ser realizado por um método indolor para quem está cedendo, não podendo causar nenhum dano a esse.

4.1.3 Legislação

Após ser estudada a história da identificação criminal e genética, e como ocorre esta identificação a partir da molécula de DNA, é necessário que se volte o estudo para as normas brasileiras acerca da identificação genética.

Apesar da identificação genética ser utilizado há alguns anos no Brasil, com a identificação de paternidade, essa apenas começou a ser empregada na fase de execução penal após a instituição da Lei n. 12.654/12¹⁶⁹, que incluiu na Lei de Execução Penal¹⁷⁰ o artigo 9º-A, o qual dispõe:

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

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

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

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

Com a instituição do referido artigo, tornou-se obrigatório a coleta de material genético de condenados por crimes violentos contra a vida e por crimes hediondos, conforme o rol do artigo 1º da Lei no 8.072/90¹⁷¹. Além disso, também determina que o perfil genético identificado seja armazenado em Bancos de Dados sigilosos, podendo a autoridade policial, sendo ela federal ou estadual, requerer ao juiz competente o acesso ao banco, caso haja inquérito instaurado, conforme a legislação supracitada.

Posteriormente, com a Lei n. 13.964/19¹⁷², denominada “pacote anticrime”, houve a inclusão de alguns parágrafos ao artigo 9º-A da Lei de Execução Penal¹⁷³, o qual dispõe:

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

[...]

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Como pode-se observar, ficou instituído que os dados genéticos devem ter proteção e garantia mínima, sendo que o titular do dado tem o direito de ter acesso às suas informações contidas no banco, assim como aos documentos da cadeia de custódia que gerou o dado, para que possa exercer o seu direito ao contraditório. Da mesma forma, determina-se que os condenados que não foram

¹⁷¹ BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 julho 1990.

¹⁷² BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 dezembro 2019.

¹⁷³ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

submetidos a identificação genética, devem ser subordinados enquanto estão cumprindo a pena em que foram condenados. Também foi trazido pela lei supramencionado, no parágrafo 8º, a punição aos condenados que se recusarem a se submeter à identificação genética criminal.

Além disso, o “pacote anticrime” também trouxe alterações na Lei n. 12.037/09¹⁷⁴, determinando mudanças em diversos artigos, mas em principal no artigo 7º-A, o qual dispõe, atualmente, que poderá haver a exclusão do perfil genético em duas situações, quando houver a absolvição do acusado e no caso da condenação, quando já decorridos mais de 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá:

I - no caso de absolvição do acusado; ou

II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

É importante destacar que a identificação genética forense, supramencionada, pode ocorrer de duas formas, tanto na fase de investigação criminal, no qual a parte contrária poderá requer ao juiz o recolhimento do material genético, que poderá ser deferida ou indeferida pelo juiz e dependerá do consentimento do acusado, observando o princípio da não autoincriminação, e na fase de execução penal, na qual o condenado será obrigado a ceder seu material genético, para que esse seja armazenado no banco nacional de perfis genéticos.

A identificação genética criminal é tida como uma prova pericial, de intervenção corporal. A prova pericial é requerida quando a questão controvertida está fora da compreensão ordinária, necessitando assim de um perito para a análise¹⁷⁵. Já na prova pericial de intervenção corporal é extraída através do exame de corpo de delito, que ocorre quando foi deixado, na cena do crime, por exemplo, vestígios, conforme artigo 158, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁷⁶:

¹⁷⁴ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

¹⁷⁵ JUNIOR, Aury Lopes, Direito Processual Penal, 17ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2020, p. 468.

¹⁷⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 3 outubro 1941.

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

O exame de corpo de delito é utilizado para examinar o corpo da vítima, o cadáver, objetos subtraídos, substâncias ilícitas existentes no organismo, entre outros¹⁷⁷.

Além disso, o exame de corpo de delito pode ser tanto direto, quando é realizado no objeto material do crime, como indireto, quando não há objeto, que será realizado a perícia a partir de depoimentos prestados por testemunhas ou através da análise de documentos encontrados¹⁷⁸.

É importante ressaltar que a perícia tem que ser realizada por um perito oficial ou, na falta deste, por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma superior preferencialmente na área da perícia, como disposto no artigo 159, §1º do Código de Processo Penal¹⁷⁹:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.
§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

É a partir dos vestígios deixados que será realizada, pelo perito, a identificação genética, tanto da vítima, em caso de desconhecimento dessa, como do provável autor do crime, caso tenha sido deixado algum material que possa ser utilizado para a realização do perfil genético.

Por mais que a identificação genética demonstre de quem é tal vestígio, é importante ressaltar que todas as provas produzidas em juízo são relativas, ou seja, não são absolutas e por si só não podem incriminar ou absolver uma pessoa por si própria. Da mesma forma, na identificação genética criminal quando há o “match”, entre o vestígio e a pessoa comparada, apenas demonstra que o perfil genético encontrado é de determinada pessoa, mas não comprova

¹⁷⁷ JUNIOR, Aury Lopes, Direito Processual Penal, 17ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2020, p. 475.

¹⁷⁸ PACELLI, Eugênio, Curso de Processo Penal, 34ª Ed, São Paulo: Atlas, 2020, p. 325.

¹⁷⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 3 outubro 1941.

a sua culpabilidade ou sua inocência, posto que esta prova deve ser confrontada com as outras demonstradas nos autos da ação criminal¹⁸⁰.

Neste sentido, menciona o doutrinador Aury Lopes Júnior¹⁸¹:

Em síntese, a prova técnica, por mais sedutor que possa parecer o discurso da “verdade científica”, não é prova plena nem tem maior prestígio que as demais. Deve ser analisada no contexto probatório e pode ser perfeitamente refutada no ato decisório.

Portanto, como será mais analisado no decorrer desse trabalho, é essencial que a prova pericial e genética seja analisada com as demais provas existentes nos autos, para que seja possível fazer um julgamento adequado para o caso em apreço.

4.2 O BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS

O banco nacional de perfis genéticos é um armazenado de informações genéticas que servem para comparar o perfil genético de um indivíduo com os contidos no banco¹⁸².

Nesta parte do trabalho, será analisado o surgimento do banco nacional de perfis genéticos, a sua utilização no Brasil e a legislação que regula o armazenamento de informações genéticas.

4.2.1 Breve história sobre o banco de perfil genético

Como mencionado, para identificar de quem se trata determinado perfil genético, é necessário que haja a comparação de perfis genético, para que assim ocorra o denominado “*match*” genético, que significa “combinação” na língua portuguesa.

O denominado “*match*” pode ser explicado da seguinte forma:

¹⁸⁰ JUNIOR, Aury Lopes, *Direito Processual Penal*, 17ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2020, p. 469.

¹⁸¹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**, 17ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2020, p. 487.

¹⁸² MATTE, Ursula; GOLDIM, José Roberto; BANCOS DE DNA: Considerações éticas sobre o armazenamento de material genético. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/bancodn.htm>. Acesso em: 25 nov. 2020.

Uma 'correspondência' de DNA indica que o perfil de DNA de um indivíduo no NDNAD - banco de material genético - corresponde a um perfil de DNA obtido de uma cena de crime. Desde que as amostras não tenham sido contaminadas ou misturadas, o DNA não está degradado e um perfil completo pode ser obtido, uma correspondência indica uma alta probabilidade - embora não seja certeza - de que o DNA na cena do crime veio desse indivíduo.¹⁸³

Como demonstrado na citação acima, para que haja a correspondência é necessário que o perfil genético seja comparado com outro, daí que surge os bancos de perfis genéticos, pois é nestes bancos que são armazenados materiais genéticos de diversas pessoas que podem ser comparados com vestígios encontrados na cena de um crime, por exemplo.

Os primeiros países a utilizarem bancos de matérias genéticas foram o Reino Unido e os Estados Unidos, ambos na década de 90. No Reino Unido em 1994 foi criado o NDNAD (*National DNA Database*), uma base de dados de DNA, na qual constava dados de pessoas que tinham cometido algum tipo de delito, salvo os mais graves e hediondos. Um ano depois da criação do banco de dados, o órgão já continha cerca de 5,2% na população Inglesa de perfis genético cadastrados¹⁸⁴.

Já nos Estados Unidos em meados de 1998, foi criada a denominada NDIS (*National DNA Index System*), com a utilização do CODIS (*Combined DNA Index System*), que é um software desenvolvido pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*) que armazena e compara perfis genéticos¹⁸⁵.

No Brasil, a identificação através do DNA (ácido desoxirribonucleico) começou com o teste de paternidade em meados de 1994, mas foi entre os anos de 2000 e 2010 que começou a utilização da identificação genética para a resolução de criminas, realizando armazenamentos de informações genéticas¹⁸⁶. Em 2010 o Estado de São Paulo lançou o primeiro banco genético

¹⁸³ WALLACE, Helen, The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1490298/>. Acesso em: 27 nov. 2020.

¹⁸⁴ WALLACE, Helen, The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1490298/>. Acesso em: 27 nov. 2020.

¹⁸⁵ SILVA, Adriana de Lourdes da; DORNELAS, Higor Gonçalves; CALIGIORNE, Sordaini Maria; MARINHO, Pablo Alves; **Bancos de Perfis Genéticos Criminais no Brasil: Histórico e Evolução**. Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics. Forensic sciences. 25 de maio de 2020. Pag. 503.

¹⁸⁶ RICHTER, Vitor Simonis. Identificação Genética e Crime: a introdução dos bancos de DNA no Brasil. UFRJ - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2016. Pag. 109.

para identificação criminal. Este poderia ser acessado por 14 (quatorze) Estados e pela Polícia Federal¹⁸⁷.

No ano de 2010, o FBI (*Federal Bureau of Investigation*), agência de investigação dos Estados Unidos da América, cedeu ao Brasil o software CODIS, para que pudesse ser utilizado pelas autoridades brasileiras, para a identificação e armazenamento de perfis genéticos. Entretanto, foi a partir de 2012 que começou a ter a coleta e armazenamento de material genético¹⁸⁸, quando foi criada a Lei n. 12.654/12¹⁸⁹, que incluiu o artigo 9º-A na Lei de Execução Penal¹⁹⁰, determinando que condenados por crimes com violência de natureza grave contra pessoa e por crimes hediondos, tipificado no rol do artigo 1º da Lei nº 8.072/90¹⁹¹, sejam obrigados a ceder seu material genético para fins de identificação criminal.

Atualmente o Brasil possui uma Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), que foi instituída pelo Decreto n. 7.950/13-MJ, com o objetivo de armazenar os materiais genéticos coletados para a apuração de crimes e para instrução de investigação de pessoas desaparecidas¹⁹². A RIBPG trabalha juntamente com a Secretarias de Segurança Pública, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) e Polícia Federal (PF), possuindo atualmente, desde o XII Relatório da RIBPG, 20 (vinte) laboratórios genéticos¹⁹³.

¹⁸⁷ SP terá banco genético para investigar crimes. Folha de S. Paulo, 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0109201010.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

¹⁸⁸ SILVA, Adriana de Lourdes da; DORNELAS, Higor Gonçalves; CALIGIORNE, Sordaini Maria; MARINHO, Pablo Alves; **Bancos de Perfis Genéticos Criminais no Brasil: Histórico e Evolução**. Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics. Forensic sciences. 25 de maio de 2020. Pag. 503.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

¹⁹¹ BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 julho 1990.

¹⁹² Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

¹⁹³ XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/segurancapublica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfisgeneticos.pdf/view>. Acesso em: 27 nov. 2020.

O Banco de Perfis Genéticos do Brasil além de estar interligado com todos os Estados brasileiros, também está vinculado com a INTERPOL, podendo contribuir com investigações em outros países¹⁹⁴.

4.2.2 Funcionamento do Banco Nacional de Perfis Genéticos e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos

O Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) foram instituídos pelo Decreto n. 7.950 de 12 de março de 2013¹⁹⁵, tendo o BNPG o objetivo de armazenar perfis genéticos para auxiliar as ações investigativas (artigo 1º, § 1º do Decreto), e o RIBPG de permitir o compartilhamento de perfis genéticos para a comparação com os bancos genéticos existentes da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 1º, § 2º do Decreto).

A BNPG é instituída por uma unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça e Segurança Pública, sendo administrado por um perito oficial, com experiência em genética, e nomeado pelo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública (artigo 1º, §4º do Decreto).

A RIBPG contém um Comitê Gestor, o qual gerencia as ações do banco de dados de perfis genéticos para a integração destes dados no âmbito da União, sendo que nesse possui cinco representantes do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, um representante do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos e cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica (artigo 2º do Decreto).

Ademais, além da atribuição do BNPG para a investigação criminal, esse também é utilizado para auxiliar a busca de pessoas desaparecidas. Neste ponto, é importante esclarecer que, havendo a doação voluntária pelos parentes da pessoa desaparecida, os dados dessas pessoas apenas poderão ser

¹⁹⁴ XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/segurancapublica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfisgeneticos.pdf/view>. Acesso em: 27 nov. 2020.

¹⁹⁵ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 março 2013.

utilizados para aquela finalidade específica, como disposto no artigo 8º do Decreto.

Outrossim, o BNPG e a RIBPG são auditados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, para verificar se as atividades dispostas pelo Decreto estão sendo cumpridas conforme determinado, como disposto pelo artigo 9º do Decreto.

A RIBPG atualmente possui cerca de 20 (vinte) laboratórios genéticos cadastrados, como já mencionado, sendo que o banco genético é gerido pela perícia médica especializada e polícia científica, juntamente com a Secretarias de Segurança Pública e Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP).

Desde a criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), já foram colhidos 65.634 dados de condenados e 12.051 dados de vestígios, havendo um aumento de 81.029% e de 791% sucessivamente, de 2014 até 2020, conforme última atualização em maio de 2020¹⁹⁶.

Gráfico 1 - Número de amostras no Banco Nacional de Perfis Genéticos

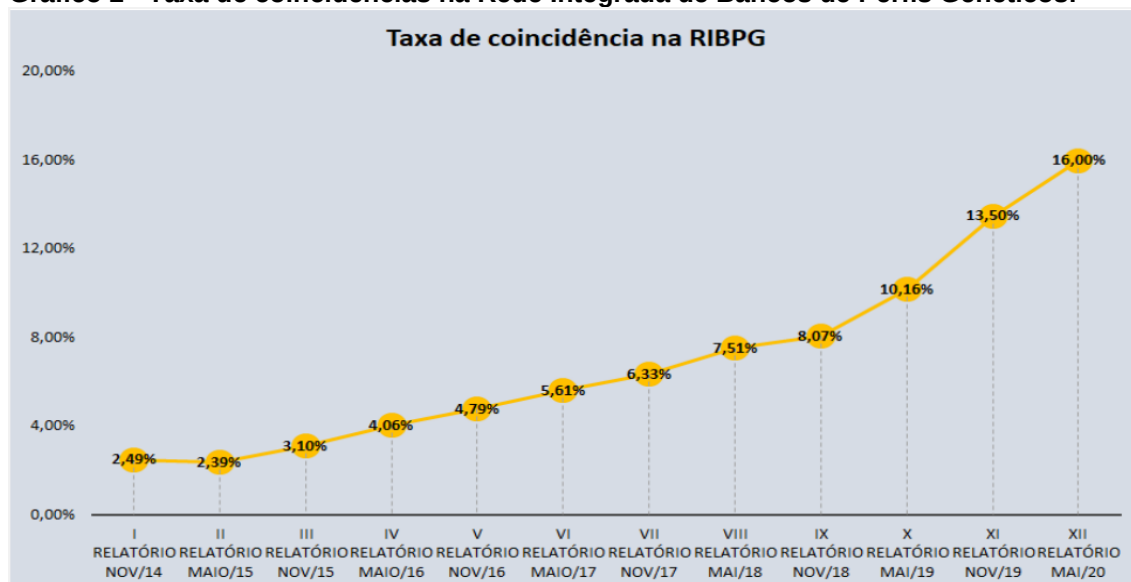


Fonte: XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, Justiça e Segurança Pública, 2020.

¹⁹⁶ XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/segurancapublica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfisgeneticos.pdf/view>. Acesso em: 27 nov. 2020, p. 26.

Com o aumento do número de cadastros criminais no banco de perfis genéticos, houve notório auxílio em 1.406 investigações, tendo até maio de 2020, 1.928 coincidências confirmadas¹⁹⁷.

Gráfico 2 - Taxa de coincidências na Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.



Fonte: XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, Justiça e Segurança Pública, 2020.

Além dos dados mencionados acima, o BNPG e o RIBPG também auxiliam na resolução de crimes famosos, como é o caso da menina Rachel Genofre, como será demonstrado¹⁹⁸.

4.2.3 Legislação

Como supramencionado, o Banco Nacional de Perfil Genético e a Rede Integrada de Banco de Perfil Genético foram criadas pelo Decreto n. 7.950 de 12 de março de 2013¹⁹⁹, o qual instituiu os objetivos e estrutura dos bancos,

¹⁹⁷ XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/segurancapublica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfisgeneticos.pdf/view>. Acesso em: 27 nov. 2020, p. 27-30.

¹⁹⁸ Investimentos do governo federal no Banco Nacional de Perfis Genéticos permite identificar responsável por mais um crime complexo. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1569330798.87>. Acesso em: 28 nov. 2020.

¹⁹⁹ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 março 2013.

conforme demonstrado no tópico anterior, após a criação da Lei n. 12.654 de 28 de maio de 2012²⁰⁰, onde houve o regulamento da identificação genética criminal, a norma também alterou o disposto na Lei n. 12.037 de 1º de outubro de 2009²⁰¹.

A principal alteração promovida pela norma, foi no artigo 5º-A Lei n. 12.037²⁰², a qual restou disposto que os dados acerca do perfil genético devem ser armazenados em bancos de dados, regulamentando assim a armazenagem das identificações criminais. Assim menciona o referido artigo:

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.

Como demonstrado pelo artigo supracitado, o perfil genético deverá ser armazenado em bancos de dados gerenciado por um instituto oficial de perícia criminal, devendo estes dados serem sigilosos, não podendo revelar qualquer traço somático ou comportamental, respeitando os direitos humanos instituídos pela constituição e por tratados internacionais.

Ademais, a referida lei também instituiu que a identificação criminal não poderá ser considerada como antecedente criminal, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

²⁰¹ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

²⁰² 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

Outro artigo que foi incluído pela referida lei, foi o artigo 7º-B, a qual dispõe que a identificação genética será armazenada em um banco sigiloso, como regulamentado pelo Poder Executivo:

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

Da mesma forma, a Lei tinha regulamentado acerca da exclusão do material genético, o qual dispunha que essa poderia ocorrer com término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Entretanto, o artigo foi alterado pela Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019²⁰³, denominada popularmente como “pacote anticrime”.

O “pacote anticrime” que foi sancionada pelo então Presidente Jair Messias Bolsonaro, trouxe diversas alterações para a legislação brasileira, assim como alterou e incluiu artigos na Lei n. 12.037/09²⁰⁴, que versa acerca da identificação criminal.

A referida lei, do pacote anticrime, alterou o artigo 7º-B da Lei n. 12.037/09²⁰⁵, determinando que poderá haver a exclusão do material genético do banco de dados quando houver absolvição do acusado e quando decorrido 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá:

I - no caso de absolvição do acusado; ou

II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.

Ainda, houve a inclusão do artigo 7º-C que autorizou a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, dispondo nos parágrafos sobre o funcionamento e regulamentação do referido banco.

²⁰³ BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 dezembro 2019.

²⁰⁴ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

²⁰⁵ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

Portanto, pode-se observar que, a criação do Banco Nacional de Perfil Genético é algo recente, considerando que foi criado em meados de 2012, com a entrada em vigor da Lei 12.654/12²⁰⁶ e com o Decreto nº 7.950²⁰⁷, sendo que esse último regulamentou o funcionamento do banco de dados genéticos. Além disso a Lei do “pacote anticrime” também alterou dispositivos da Lei 12.037/09²⁰⁸ sobre como opera o banco de dados genéticos.

²⁰⁶ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

²⁰⁷ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 março 2013.

²⁰⁸ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL COMPULSÓRIA

Durante o desenvolver do presente trabalho foi analisado o conceito de direito fundamental, o conceito de alguns princípios em específico, como o do devido processo legal, da presunção de inocência, o da não autoincriminação e sobre o direito a não identificação criminal. Assim como, foi estudado como que pode ocorrer uma restrição a direitos fundamentais, quais as formas possíveis para tanto, os tipos de restrições, a teoria da colisão e a lei da ponderação desenvolvidas por Robert Alexy.

Ainda, foi analisada a identificação genética forense de forma minuciosa, na qual ficou demonstrado como que essa ocorre, o que a legislação brasileira determina sobre a identificação genética e como funciona o Banco Nacional de Perfis Genéticos.

Tendo em vista que o objetivo deste trabalho é realizar uma análise constitucional acerca do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal²⁰⁹, que determina a coleta de material genético de forma compulsória, para determinados tipos de crimes, ao banco nacional de perfis genéticos, nesta parte do trabalho essa análise será realizada a partir da Lei da Colisão e da Ponderação adotada pelo jurista alemão Robert Alexy.

Ademais, também serão elucidados dois casos concretos em que a identificação criminal ocorreu de forma benéfica para a sociedade.

5.1 ANÁLISE ACERCA DA COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO SOBRE A PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY

Conforme já frisado neste trabalho, a Lei n. 12.654/12²¹⁰ acrescentou na Lei de Execução Penal²¹¹ o Artigo 9º-A que determina a entrega compulsória, ou

²⁰⁹ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

²¹⁰ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

²¹¹ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

seja, obrigatória, de material genético para fins de identificação do perfil genético, para pessoas que tiverem sido condenadas em crimes dolosos contra a vida ou nos denominados crimes hediondos, tipificado no artigo 1º da Lei n. 8.072/90²¹².

Para melhor visualização, veja-se novamente o que dispõe o referido artigo:

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

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

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.²¹³

O tema acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do referido assunto, é extremamente debatida entre os Tribunais brasileiros e entre os doutrinadores. Atualmente o assunto sobre a inconstitucionalidade está para ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 973.837²¹⁴, em que é relator o Ministro Gilmar Mendes, que reconheceu em 2016 a repercussão geral do assunto.

O Relator do Recurso Extraordinário decidiu que, o presente caso possui repercussão geral tendo em vista que diversos Tribunais, sem analisar a cláusula de reserva de plenário, estavam decidindo acerca da constitucionalidade ou não

²¹² BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 julho 1990.

²¹³ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

²¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Recurso Extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Segunda turma. Recurso Extraordinário n. 973.837, Recorrente: Cristhian Moreira Silva Santos. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Gilmar Mendes. 23 jun. 2016.

da norma, posto que em alguns casos o Tribunal afastava a obrigatoriedade do artigo e em outros declarava plenamente válida²¹⁵.

Ademais, como certamente decidido pelo Ministro Gilmar Mendes ao determinar a repercussão geral do tema, destacou que em diversos Tribunais de outros países, o tema da mesma forma discutido, uma vez que também há a obrigatoriedade da coleta de material genético dos acusados de determinados tipos de delitos, para a identificação criminal.²¹⁶

Portanto, é necessário compreender qual a discussão acerca deste tema, para que possamos fazer uma análise mais efetiva sobre esse.

5.1.1 Discussão sobre a identificação genética para fins criminais

Há uma enorme discussão acerca da possibilidade de coleta obrigatória do material genética de pessoas condenadas, tendo em vista que para alguns doutrinadores e estudiosos a coleta de forma compulsória fere os direitos fundamentais do acusado estabelecidos pela Constituição Federal.

O doutrinador Aury Lopes Júnior²¹⁷ compreende que não há qualquer problema em relação da coleta de material genética a partir de vestígios

²¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Recurso Extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Segunda turma. Recurso Extraordinário n. 973.837, Recorrente: Cristhian Moreira Silva Santos. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Gilmar Mendes. 23 jun. 2016.

²¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Recurso Extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Segunda turma. Recurso Extraordinário n. 973.837, Recorrente: Cristhian Moreira Silva Santos. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Gilmar Mendes. 23 jun. 2016.

²¹⁷ JUNIOR, Aury Lopes, Direito Processual Penal, 16ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 533.

encontradas na cena do delito ou na casa do acusado, por exemplo, posto que faz parte da investigação criminal. Entretanto esse compreende que, quando o ato de entrega do material genético ocorre de forma compulsória há um enorme problema, tendo em vista que, segundo ele, há uma grave violação ao direito da não autoincriminação.

Segundo o doutrinador, o fato de ser obrigatório ao acusado a coleta de seu material genético, seria o mesmo que autorizar a tortura para tirar uma confissão do Réu²¹⁸.

Para os adeptos a esse entendimento, compreende-se que é um retrocesso ao Direito Positivo e “restringir a criminalidade” através de “fatores patológicos”, pois faz com que o Estado possua informações genéticas sobre o indivíduo à disposição, sem que haja qualquer limitação a esse poder de coação, visto que essas informações poderiam ser utilizadas a qualquer tempo pelo Estado, violando os princípios constitucionais da perpetuidade da pena²¹⁹.

Em contrapartida, o doutrinador da Pacelli²²⁰, apesar de não aprofundar no tema, compreende que é lícita a intervenção corporal, quando feita de uma forma segura ao acusado, que esteja prevista em lei e que seja destinada a solucionar delitos que infringiram direitos fundamentais da vítima, visto que o direito penal também é destinado para proteger esses direitos.

Compreende-se, a partir deste entendimento que, o banco nacional de perfis genéticos acaba por garantir “o respeito ao princípio da efetividade processual, contribui para o alcance da segurança e a redução da criminalidade, e ainda concretiza a ideia de busca pela verdade real.”²²¹.

Para os estudiosos que compreendem que não há violação aos direitos fundamentais do acusado, é utilizado como fundamentação o princípio da proporcionalidade, assim como a lei da ponderação de Robert Alexy, tendo em vista que há uma colisão entre princípios e direitos constitucionais tanto do acusado, como da vítima e do Estado.

²¹⁸ JUNIOR, Aury Lopes, Direito Processual Penal, 16ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2019, p. 533.

²¹⁹ LEMOS, Cristiane Chaves. **A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal.** 42 f. Graduação de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

²²⁰ PACELLI, Eugênio, Curso de Processo Penal, 21ª Ed, São Paulo: Atlas, 2017, p. 205.

²²¹ AUGUSTI, Mariana. **Identificação criminal por perfil genético (Lei n. 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a atuação do Ministério Público.** Revista Jurídica, ESMP-SP, São Paulo, 04 nov. 2015. V.7, p. 117.

5.1.2 Conflito de princípios

Conforme demonstrado no parágrafo anterior (acerca da discussão tida em relação a identificação criminal de forma compulsória) verifica-se que há uma colisão de princípios.

O acusado possui seus direitos constitucionais ao devido processo legal, da não autoincriminação, da presunção de inocência e da não identificação criminal, direitos que, para alguns doutrinadores, acabam sendo infringidos pela necessidade de o acusado ter que entregar de forma compulsória seu material genético para integrar o banco nacional de perfis genéticos.

Todavia, por outro lado, também há o direito à efetividade processual, da busca pela verdade real²²² e da tutela jurisdicional do Estado.

Conforme já estudado neste trabalho, verifica-se que há uma colisão entre direitos, quando esses são da mesma hierarquia, em que de um lado, um direito autoriza determinada atitude, enquanto o outro proíbe tal atitude.

Deste modo, é necessário verificar, antes de adentrar ao mérito da análise efetiva sobre a identificação criminal, se de fato há uma colisão entre os princípios supramencionados.

5.1.2.1 Dos direitos do acusado

Segundo parte dos estudiosos, como destacado no item anterior, parte do princípio de que o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal²²³ infringe diversos direitos do acusado, momento em que determina a coleta compulsiva para determinados tipos de delitos. O direito que é considerado violado é o principal da não autoincriminação, tendo em vista que a entrega compulsória do material

²²² AUGUSTI, Mariana. **Identificação criminal por perfil genético (Lei n. 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a atuação do Ministério Público**. Revista Jurídica, ESMP-SP, São Paulo, 04 nov. 2015. V.7, p. 117.

²²³ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

genético para identificação criminal poderia produzir prova contra esse acusado, sendo considerado um ato “atentatório ao estado de inocência”.²²⁴

Além disso, partindo do mesmo entendimento adotado por essa corrente, é possível verificar violação a outros direitos do acusado, como o da presunção de inocência e da não identificação criminal.

O princípio da presunção de inocência pode ser considerado como violado, pois, conforme mencionado no tópico 2.3.2, esse determina que o acusado será considerado inocente até a decisão transitada em julgado e, ainda, que esse não terá que provar sua inocência, mas sim a parte acusatória. Deste modo, o referido princípio estaria sendo violado pelo artigo 9º-A da LEP²²⁵, uma vez que perante outros delitos, o condenado não seria considerado inocente e, ainda, teria que provar sua inocência a partir da entrega do material genético.

Já o princípio da não identificação criminal, estabelece que o civilmente identificado não poderá ser identificado de forma criminal, senão nas formas estabelecidas no rol taxativo da Lei 12.037/09²²⁶, sendo que a coleta compulsória do material genético acabaria por violar o referido artigo, uma vez que identificaria o acusado de forma compulsória.

Ademais, destaca-se que alguns Tribunais e doutrinadores, compreende que a coleta compulsória acaba por gerar prova ilícita, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que acaba por violar o direito da não autoincriminação, também conhecido como o direito de ficar em silêncio²²⁷.

Portanto, conclui-se que, segundo o entendimento doutrinário e de estudiosos acerca do tema, que compreende que o artigo supramencionado é inconstitucional, pois estaria violando o direito à não autoincriminação, é possível

²²⁴ GRANT, Carolina, **Limites e Possibilidades Constitucionais à Criação do Banco de Perfis Genéticos Para Fins de Investigação Criminal no Brasil**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, revista 6. Publicado em 12 set. 2012, pág. 349.

²²⁵ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

²²⁶ 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

²²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal. (1ª Região). PENAL. PROCESSO PENAL. INVESTIGAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. ART. 3º, IV E 5º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 12.037/09. COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. Quarta turma. Apelação criminal n. 0000089-71.2019.4.01.3822. Relator: Desembargador Federal Néviotn Guedes. 07 de maio de 2019. e-DJF1 28/01/2020 PAG.

verificar outras supostas violações a outros princípios, quais sejam da presunção de inocência e da não identificação criminal.

5.1.2.2 Dos direitos conflitantes com o direito do acusado

O Estado possui o dever de buscar a denominada verdade real, assim como de efetivação nas decisões tidas e nas investigações tidas pela Administração Pública.

Ademais, é dever do Estado tutelar, ou seja, proteger, os direitos humanos da vítima, desta forma, esse tem que ser visto como o órgão que irá atuar na defesa desses direitos.²²⁸

O princípio da “verdade real” determina que o juiz busque quantas provas forem necessárias para que decida sobre o caso, ou seja, buscando além daquilo que é permitido por lei, como é o caso de ouvir mais testemunhas do que é permitido por lei e que foi inquerida pelas partes. Segundo o referido princípio, o juiz penalista não pode se contentar apenas com as provas trazidas pelas partes, devendo buscar além daquilo que está sendo demonstrado nos autos.²²⁹

Todavia, a busca pela “verdade real” é um mito, considerando que é impossível o alcance de uma verdade certa, como o referido princípio determinada. Deste modo, a “verdade real” pode ser compreendida como a mais próxima da realidade possível.²³⁰

Ressalta-se que a identificação genética para fins criminais coopera com esse princípio, considerando que ajuda na identificação da denominada “verdade real”, posto que, em conjunto com outras provas, pode ser utilizada para a tomada de decisão do juiz ou para a resolução de investigações.

²²⁸ SANTOS, Thatiane Oliveira Pita dos. Os Direitos Humanos e as Vítimas de Crimes Contra a Vida: A atuação seletiva das organizações defensoras dos direitos humanos de Alagoas diante dos crimes contra a vida e a ausência de políticas públicas de assistência às vítimas. *Âmbito Jurídico*. 9 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-e-as-vitimas-de-crimes-contra-a-vida-a-atuacao-seletiva-das-organizacoes-defensoras-dos-direitos-humanos-de-alagoas-diante-dos-crimes-contra-a-vida-e-a-ausencia-de-politicas-publi/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²²⁹ NUCCI, Guilherme Souza. Curso de direito processual penal. 17 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pág. 190.

²³⁰ GRANT, Carolina. **Limites e Possibilidades Constitucionais à Criação do Banco de Perfis Genéticos Para Fins de Investigação Criminal no Brasil**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, revista 6. Publicado em 12 set. 2012, pág. 345.

O segundo princípio que entra em colisão com os direitos do acusado é o da efetividade, disposto no artigo 37 da CRFB/88²³¹, esse princípio determina que o processo tem que ser eficaz, assim com justo e célere, conforme determinado pela Constituição Federal. O referido princípio está contido dentro do princípio do devido processo legal, uma vez que para ser eficaz tem que observar o procedimento apresentado pela legislação²³².

É possível verificar que há uma colisão com os direitos do acusado, uma vez que a identificação criminal de forma compulsória, acaba tornando o processo penal mais eficaz, tendo em vista que a possibilidade de resolução de investigações se torna mais efetiva.

A terceira colisão é referente ao dever do Estados de tutelar o direito da vítima, ou seja, o Estado tem o dever de punir o autor do delito que feriu o direito da vítima²³³, conforme estabelecido pelo inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88²³⁴. Verifica-se que há colisão neste caso, pois no Brasil mais ou menos 70% (setenta por cento) dos homicídios não são solucionados, segundo os dados juntados pelo Instituto Sou da Paz²³⁵.

Por fim, é importante destacar que os referidos princípios não são apenas utilizados em favor da vítima ou do Estado, mas também, em alguns casos concretos, em detrimento do acusado, uma vez que o Brasil é um dos países que mais prende e condena pessoas inocentes, sendo que a principal falha encontrada no mundo do judiciário é na fase do reconhecimento do suspeito. Deste modo, a identificação criminal pelo material genético é uma saída para

²³¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

²³² SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os Princípios da Celeridade e da Efetividade Processual à luz do Modelo Constitucional do Processo. *Diritto & Diritto*. 18 mar. 2012. Disponível em: <https://www.diritto.it/os-principios-da-celeridade-e-da-efetividade-processual-a-luz-do-modelo-constitucional-do-processo/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²³³ SANTOS, Thatiane Oliveira Pita dos. Os Direitos Humanos e as Vítimas de Crimes Contra a Vida: A atuação seletiva das organizações defensoras dos direitos humanos de Alagoas diante dos crimes contra a vida e a ausência de políticas públicas de assistência às vítimas. *Âmbito Jurídico*. 9 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-e-as-vitimas-de-crimes-contra-a-vida-a-atuacao-seletiva-das-organizacoes-defensoras-dos-direitos-humanos-de-alagoas-diante-dos-crimes-contra-a-vida-e-a-ausencia-de-politicas-publi/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

²³⁴ Artigo 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²³⁵ ASIS, Maris. Casos de homicídio no Brasil não são solucionados por falta de estrutura. *Diário da Manhã*. Disponível em: <https://www.dm.jor.br/brasil/2020/09/casos-de-homicidio-no-brasil-nao-sao-solucionados-por-falta-de-estrutura/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

constatar e comprovar a inocência do acusado que foi preso de forma injusta, objetivo que a ONG *Innocence Project* no Brasil tenta mostrar em suas defesas de pessoas inocentes acusadas²³⁶.

5.1.3 Solução a partir da lei da ponderação

Conforme visto no parágrafo anterior, há colisão entre os direitos do acusado e os da vítima, posto que de um lado o acusado tem o direito a não produzir prova contra si mesmo, à presunção de inocência e a não identificação criminal, enquanto de outro lado a vítima tem o direito à efetivação do processo, a busca da “verdade real” e da tutela jurisdicional do Estado. Portanto, é necessário que haja a verificação a partir da lei da ponderação acerca do aluído tema, para verificar se há violação ou não aos direitos do acusado.

Como destacado ao longo desta monografia, Robert Alexy desenvolveu a denominada Lei da Ponderação, para que houvesse a solução do conflito entre princípios da mesma hierarquia.

Observa-se que todos os princípios supramencionados estão dispostos na Constituição Federal, momento em que possuem a mesma hierarquia, ficando comprovada que há uma colisão entre eles.

O segundo critério estabelecido pelo Roberto Alexy para que o problema da colisão seja resolvido, é a análise aos três passos, em que no primeiro será analisado o grau do não cumprimento ou prejuízo dos princípios em análise, o segundo será avaliado o grau de cumprimento dos outros princípios e por fim, no terceiro passo, será realizada a análise se o cumprimento de um se sobrepõe ao não cumprimento do outro.

Deste modo, os princípios acima estabelecidos serão analisados a partir dos três passos da Lei da Ponderação desenvolvida por Robert Alexy.

5.1.3.1 Primeiro passo: análise do não cumprimento dos direitos do acusado

²³⁶ FONTES, Letícia. Em 70% dos casos de presos injustamente, falha acontece no reconhecimento. O Tempo. Publicado em 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/interessa/em-70-dos-casos-de-presos-injustamente-falha-acontece-no-reconhecimento-1.2377338>. Acesso em 19 abr. 2021.

Como foi abordado nos parágrafos anteriores, há uma colisão entre os direitos do acusado com os direitos da vítima e de sua família, quais sejam o da não autoincriminação, presunção de inocência e da não identificação criminal.

Considerando que o primeiro passo é a análise sobre os efeitos do não cumprimento desses direitos supramencionados, tal análise abordando também já o motivo pelo qual não seria possível visualizar uma violação a esses.

Quanto ao princípio da não autoincriminação, destaca-se que o seu não cumprimento acaba não se verificando no caso concreto, tendo em vista que não há violação ao referido princípio, pois trata-se de uma sentença transitada em julgado e que o artigo apenas prevê a identificação criminal, sem qualquer condenação ou propositura de um novo processo²³⁷. Deste modo, é possível vislumbrar que o não cumprimento do referido princípio no caso concreto não afetaria de forma significativa o acusado, uma vez que não é possível constatar qualquer violação.

Quanto ao princípio da presunção de inocência, conforme mencionado acima, a identificação criminal em que o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal²³⁸ faz referência trata-se de uma medida referente a execução da pena, ou seja, sobre uma sentença que já transitou em julgado. Como dispõe o princípio da presunção de inocência, o acusado será considerado inocente até a sentença transitada em julgado. Desta forma, mais uma vez é possível verificar que o não cumprimento desta norma geraria pouco prejuízo ao acusado, uma vez que é utilizado como meio de execução da pena.

Ademais, caso haja a identificação criminal em outro delito, o acusado será processado observando o princípio do devido processo legal, da presunção de inocência e o da não autoincriminação, além disso não poderá ser utilizada apenas a identificação genética como prova, mas terá que haver uma correlação entre outras provas para que ocorra uma possível condenação.

²³⁷ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (2ª CÂMARA CRIMINAL). 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. Processo n. 0411931-10.2014.8.13.0000. Agravante(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado(a)(s): Wilson Carmindo da Silva. Relatora: Desembargadora Catta Preta. Belo Horizonte, publicação da súmula em 15/09/2014.

²³⁸ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

Assim, quanto a identificação criminal, esta destaca-se que quando o identificado já está cumprindo uma pena, sendo que esse já foi criminalmente identificado, portanto, não teria qualquer tipo de violação acerca da identificação genética do sujeito²³⁹. Deste modo, o não cumprimento desse princípio também não ensejaria em um enorme prejuízo ao sujeito, tendo em vista que esse já se encontra identificado de forma criminal pelo Estado.

5.1.3.2 Segundo passo: análise do cumprimento dos direitos da vítima

O segundo passo da Lei da ponderação é analisar os efeitos acerca do cumprimento dos direitos da vítima, conforme mencionado anteriormente os direitos do acusado entram em colisão com esses direitos, quais sejam, da “verdade real”, efetividade processual e de tutela jurisdicional do Estado,

Quanto ao princípio da “verdade real”, conforme mencionado anteriormente, não é possível que seja constatada a verdade real sobre os fatos, mas é possível identificar o mais próximo da verdade. É um direito da sociedade e um dever de o Estado buscar por essa verdade, uma vez que o juiz como parte do Estado deve buscar a verdade dos fatos, o que ocorreu no caso concreto, desde que essas buscas estejam de acordo com os parâmetros permitidos pela legislação vigente.

Deste modo, considerando isso, verifica-se que é necessário que o princípio da “verdade real” seja cumprido, tendo em vista que é o dever do Estado, desde que não ultrapassados os limites estabelecidos pela legislação.

Quanto ao princípio da efetividade, como também já demonstrado, é um dever do Estado buscar a efetividade do processo judicial e da investigação, estando diretamente ligada com o princípio do devido processo legal. Assim menciona Marina Augusti²⁴⁰:

Conforme já mencionado, a identificação criminal por perfil genético e a respectiva instituição de um banco de dados são capazes de garantir a efetiva realização da justiça, sem ferir princípios norteadores de

²³⁹ AUGUSTI, Mariana. **Identificação criminal por perfil genético (Lei n. 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a atuação do Ministério Público**. Revista Jurídica, ESMP-SP, São Paulo, 04 nov. 2015. V.7, p. 120.

²⁴⁰ AUGUSTI, Mariana. **Identificação criminal por perfil genético (Lei n. 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a atuação do Ministério Público**. Revista Jurídica, ESMP-SP, São Paulo, 04 nov. 2015. V.7, p. 125.

nosso ordenamento, desde que previstos mecanismos adequados para a máxima preservação dos direitos individuais envolvidos. Além das previsões e especificidades pendentes, a medida ainda exige a demonstração de sua imprescindibilidade para as investigações, bem como o respeito à sua excepcionalidade.

Neste viés, é possível vislumbrar que o cumprimento ao princípio da efetividade não causa prejuízos ao acusado.

Quanto ao princípio da tutela jurisdicional do Estado, estabelecido no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88²⁴¹²⁴², também é considerado um dever do Estado de ir em busca da solução dos casos trazidos à apreciação desse, sempre observando o princípio do devido processo legal e do estabelecido pela legislação vigente.

Deste modo, o cumprimento deste princípio não causa prejuízos ao acusado, uma vez que esse e todos os demais demonstrados acima, serão analisados sobre a premissa maior de cumprimento do devido processo legal, sempre resguardando os direitos do acusado.

5.1.3.3 Terceiro passo: análise do cumprimento do direito vítima sobre o não cumprimento dos direitos do acusado

Feita a análise sobre o cumprimento e o não cumprimento dos direitos da vítima e do acusado, sucessivamente, no terceiro passo é necessário que seja observado qual o efeito do sopesamento do direito da vítima sobre os direitos do acusado.

Conforme demonstrado neste trabalho, a identificação criminal através de material genético poderá ocorrer de duas formas, tanto como parte da investigação criminal, na qual o juiz irá requerer a coleta do material genético, ou na fase de execução penal, na qual o condenado por alguns tipos de delitos, que são considerados “graves para o direito penal” é obrigado a ceder seu material genético para que seja armazenado no banco nacional de perfis genéticos.

Especialmente em relação à identificação genética na fase de execução, é possível observar uma enorme discussão sobre o assunto, momento em que

²⁴¹ Artigo 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

alguns doutrinadores e juristas compreendem que há violação aos direitos do acusado, enquanto outros compreendem que não há violação, levando em consideração a lei da ponderação.

Desta maneira destaca o doutrinador Guilherme Souza Nucci²⁴³:

Não se trata a identificação criminal de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, direito do Estado, evitando-se com isto o nefasto erro judiciário. Não se confunde, ainda, a identificação criminal com o reconhecimento da pessoa. Neste caso, terceiros poderão apontar o indiciado ou réu como autor do crime. Naquela situação, nada disso tem relevância, pois se busca, apenas, identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo-crime.

Como foi verificado nos parágrafos anteriores, os direitos do acusado não seriam frontalmente violados caso não fossem observados para a aplicação do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal²⁴⁴, tendo em vista que resta demonstrado que não há uma violação direta a esses princípios.

O princípio da não autoincriminação não seria diretamente violado, uma vez que com a coleta do material genético o acusado não está formando prova contra si mesmo, pois não há qualquer processo em andamento. Da mesma forma ocorre com o princípio na presunção de inocência, pois a coleta compulsória apenas ocorre em casos em que houve o trânsito em julgado da sentença condenatória. E por fim, o princípio da não identificação criminal, momento em que o condenado, que cederia o material genético, já estaria criminalmente identificado, posto que já foi acusado e condenado por algum crime.

Sendo assim, os direitos da vítima, em relação ao artigo 9º-A da Lei de Execução Penal²⁴⁵, devem se sobrepor aos direitos do acusado supracitados, uma vez que é dever do Estado buscar a “verdade real”, mesmo que seja apenas o mais próximo da verdade, a efetividade processual e a tutela jurisdicional, ou seja, dar à vítima ou à sua família a solução ao delito cometido.

É importante destacar que o Brasil possui uma baixa porcentagem de esclarecimento de crimes dolosos cometidos, sendo que apenas 33% dos delitos

²⁴³ NUCCI, Guilherme Souza, **Leis penais e processuais penais comentadas** - 5ª edição - São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 692

²⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

²⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

são esclarecidos, conforme dados juntados pela Instituto Sou da Paz no ano de 2019²⁴⁶. Ou seja, os princípios da busca pela “verdade real”, da efetividade e da tutela jurisdicional não estão sendo observados, tendo em vista que há uma grande porcentagem de delitos que ficam sem qualquer solução.

O banco nacional de perfis genéticos foi criado justamente para auxiliar o Estado nas investigações criminais, com o objetivo de possuir maior efetividade na resolução dos crimes.

Ademais, é importante destacar que o Brasil é o país que mais prende no mundo, com 773.151 pessoas presas até fevereiro de 2020, ficando atrás apenas dos Estados Unidos com 2,1 milhões e da China com 1,7 milhão, sendo que de todos as pessoas presas, 34,7% não possui condenação, ou seja, estão em prisão preventiva²⁴⁷.

Com isso, conclui-se que, há uma discrepância entre os dados em relação à resolução de delitos com a quantidade de pessoas presas e o percentual de pessoas que estão em prisão preventiva, pois, como também já mencionado, o Brasil possui muitos casos de pessoas que foram condenadas mesmo sendo inocentes por conta do reconhecimento do suposto autor do crime, conforme prevê o artigo 226 do Código de Processo Penal²⁴⁸²⁴⁹.

Sendo assim, é possível vislumbrar que a identificação genética tanto como meio de investigação, como na fase de execução penal, pode ocasionar uma maior efetividade na resolução de delitos, assim como para que não ocorra erros jurisdicionais em acusar alguém que não é o Autor do delito, o que é um problema recorrente no Brasil e no mundo.

Por fim, é importante ressaltar a diferença entre a coleta do material genético na fase de investigação e na fase de execução penal. Quando a coleta ocorre na fase de investigação, o acusado não é obrigado a ceder seu material genético, por conta do princípio da não autoincriminação, conforme entendimento já

²⁴⁶ NEXO, Qual a taxa de esclarecimento de assassinatos no Brasil. **Sou da Paz**. Publicado em 28 set. 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/noticias/nexo-qual-a-taxa-de-esclarecimento-de-assassinatos-no-brasil/>. Acesso em 21 abr. 2021.

²⁴⁷ Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. **Conectas Direitos Humanos**. 18 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em 21 abr. 2021.

²⁴⁸ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

²⁴⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 3 outubro 1941.

adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça²⁵⁰. Já quando ocorre na fase de execução, conforme disposto pelo artigo 9º-A da Lei de Execução Penal²⁵¹, a coleta pode ocorrer de forma compulsória nos casos previsto no artigo, sem que haja qualquer violação aos princípios constitucionais do acusado, conforme demonstrado nesse capítulo e entendimento adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 69.127 - DF²⁵².

Portanto, conclui-se que o estabelecido pelo artigo 9º-A da Lei de Execução Penal²⁵³ é necessário, adequada e proporcional, assim como não viola os direitos do acusado supramencionados.

5.2 CASOS CONCRETOS

A partir de toda a análise constitucional realizada sobre a identificação criminal, é necessário e de suma importância apresentar dois casos em o acusado, a vítima e a sociedade, como um todo, foram favorecidas pela identificação criminal de duas formas diferentes.

Desta forma, iremos analisar cada um desses casos, para verificar a contribuição da identificação criminal e acerca dos direitos do acusado.

5.2.1 Caso Archie Williams

²⁵⁰ Prova com material genético descartado é permitida mesmo sem consentimento do acusado. Migalhas. 19 mar. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/276524/prova-com-material-genetico-descartado-e-permitida-mesmo-sem-consentimento-do-acusado>. Acesso em 21 abr. 2021.

²⁵¹ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

²⁵² BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça (quinta turma). Penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Crimes de estupro. Condenação em primeira e segunda instâncias. Exame de dna. Alegada prova ilícita. Não ocorrência. Conjunto probatório coeso acerca da condenação. Lei 12.654/12. Coleta de perfil genético. Identificação criminal. Recurso ordinário desprovido. Recurso em Habeas Corpus n. 69.127 - DF. Relator: Ministro Felix Fischer. DJe 26 nov. 2016.

²⁵³ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

Em 1982 o jovem Archie Williams que tinha 22 (vinte e dois) anos na época, foi declarado suspeito pelo assassinato e pelo estupro de uma mulher de 31 (trinta e um) anos.²⁵⁴

A polícia Louisiana não encontrou nenhum vestígio de DNA que era compatível com o de Archie, assim como tanto a mãe como a irmã de Archie, testemunharam no tribunal afirmando que ele estava em casa no momento do assassinato. Entretanto, mesmo com todas as evidências, Archie foi declarado culpado e condenado a prisão perpétua²⁵⁵.

Em 1998 o Estado da Louisiana começou a coletar o material genético de pessoas que estavam presas para realizar a identificação criminal, sendo que apenas em 1999 foi criado no Estado uma lei que determinava a coleta de material genético de adultos e jovens presos por crimes sexuais ou certos crimes violentos²⁵⁶.

Com a possibilidade de identificação criminal no Estado, Archie recorreu à ONG *Innocence Project*, organização sem fins lucrativos, que foi fundada em 1992 e busca a resolução de casos em que pessoas foram presas injustamente a partir de testes de DNA no acusado e dos vestígios encontrados.²⁵⁷

Entretanto, apenas em 2019 foi constatado que o DNA encontrado nos vestígios da vítima de 39 anos era, na verdade, de Stephen Forbes, que havia morrido em 1996 e que era condenado por diversos crimes sexuais²⁵⁸.

²⁵⁴ 'Nunca deixei minha mente ir para a prisão', diz homem que ficou 36 anos preso nos EUA após ser condenado injustamente. **Portal G1, GLOBO**. 2 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/10/02/nunca-deixei-minha-mente-ir-para-a-prisao-diz-homem-que-ficou-36-anos-presos-nos-eua-apos-ser-condenado-injustamente.ghtml>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁵⁵ Cumpru 37 anos por crime que não cometeu e agora é favorito no America's Got Talent. **JN**. 28 mai. 2020. Disponível em: <https://www.jn.pt/pessoas/cumpriu-37-anos-por-crime-que-nao-cometeu-e-agora-e-favorito-no-america-s-got-talent-12248362.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁵⁶ HIBBERT, Michelle. State and Federal DNA Database Laws Examined. **PBS**. Disponível em: <https://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/case/revolution/databases.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁵⁷ Innocence Project, About. Disponível em: <https://innocenceproject.org/about/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁵⁸ 'Nunca deixei minha mente ir para a prisão', diz homem que ficou 36 anos preso nos EUA após ser condenado injustamente. **Portal G1, GLOBO**. 2 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/10/02/nunca-deixei-minha-mente-ir-para-a-prisao-diz-homem-que-ficou-36-anos-presos-nos-eua-apos-ser-condenado-injustamente.ghtml>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Archie Williams foi solto em março de 2019, após 37 (trinta e sete anos) na prisão de forma injusta²⁵⁹.

5.2.1.1 Análise sobre o caso

Conforme mencionado, Archie Williams foi beneficiado com a identificação criminal a partir do DNA colido dele e encontrado nos vestígios deixados na cena do crime.

Nos Estados Unidos da América, a identificação criminal apenas começou a ser utilizada a partir de 1987, quando a primeira pessoa foi condenada a partir da comparação de materiais genéticos. A Virginia, em 1989, foi o primeiro Estado a implementar no seu departamento de ciências forenses os testes de DNA nas investigações criminais²⁶⁰.

Em 1992 foi criada a ONG denominada *Innocence Project* por Peter Neufeld and Barry Scheck na *Cardozo School of Law* nos Estados Unidos da América. O referido projeto foi criado por conta dos inúmeros casos existentes nos Estados Unidos de pessoas que foram presas de forma injusta e tem como objetivo principal libertar pessoas inocentes das prisões e reformar o sistema judiciário²⁶¹.

A *Innocence Project* trabalha com a utilização de DNA para a comprovação da inocência das pessoas que foram presas de forma indevida, comparando o DNA coletado dos vestígios encontrados, com o DNA do acusado, a partir disso é possível concluir a inocência da pessoa, assim como localizar no banco de dados Estadual e Federal o verdadeiro culpado pelo crime. Atualmente, já foram resolvidos mais de 300 casos pela *Innocence Project*²⁶².

²⁵⁹ 'Nunca deixei minha mente ir para a prisão', diz homem que ficou 36 anos preso nos EUA após ser condenado injustamente. **Portal G1, GLOBO**. 2 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/10/02/nunca-deixei-minha-mente-ir-para-a-prisao-diz-homem-que-ficou-36-anos-presos-nos-eua-apos-ser-condenado-injustamente.ghtml>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁶⁰ HIBBERT, Michelle. State and Federal DNA Database Laws Examined. **PBS**. Disponível em: <https://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/case/revolution/databases.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁶¹ Innocence Project, About. Disponível em: <https://innocenceproject.org/about/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁶² Innocence Project, About. Disponível em: <https://innocenceproject.org/about/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

No Brasil também existe o projeto com as mesmas finalidades²⁶³ e que faz parte da rede internacional The Innocence Network, que é composto de 67 (sessenta e sete) organizações espalhadas pelo mundo.²⁶⁴

É possível concluir que é de suma importância a identificação criminal para comprovar a inocência de pessoas que foram presas injustamente, pois é a partir dessa análise que ocorre o descarte dos suspeitos e que poderia ter sido utilizado na fase investigativa evitando que a pessoa fosse presa injustamente, como é o caso em apreço.

5.2.2 Caso Rachel Genofre

Em 3 de novembro de 2008 Rachel Genofre foi encontrada morta na rodoviária de Curitiba em uma mala deixada embaixo da escada da rodoviária. Foi constatado que a criança foi morta por estrangulamento e possuía sinais de violência sexual.²⁶⁵

A polícia realizou a investigação de diversos suspeitos, mas nenhum foi confirmado. Após 11 anos do crime, o verdadeiro autor foi identificado, Carlos Eduardo dos Santos que cumpria pena de 22 anos em São Paulo e que já tinha sido condenado por diversos crimes sexuais.²⁶⁶

A identificação criminal ocorreu após o material genético do condenado ter sido coletado e cruzados com os materiais existentes no banco nacional de perfis genéticos. Segundo a SESP (Secretaria de Segurança Pública do Paraná) o material do acusado teve 100% (cem por cento) de compatibilidade com o material encontrado nos vestígios deixados no corpo da menina Rachel.²⁶⁷

Na entrevista coletiva, o delegado da Polícia Civil Riad Braga Farhat, em entrevista coletiva dada para informar a solução do caso da Rachel Genofre,

²⁶³ Innocence Project Brasil, O INNOCENCE PROJECT BRASIL. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/innocence-brasil>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁶⁴ The Innocence Network, About the Innocence Network. Disponível em: <https://innocencenetwork.org/about/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁶⁵ Caso Rachel Genofre. Wikipedia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Rachel_Genofre. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁶⁶ Caso Rachel Genofre. Wikipedia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Rachel_Genofre. Acesso em: 11 abr. 2021.

²⁶⁷ ANVERSA, Mellanie; RAMOS, Durval. Polícia identifica suspeito da morte da menina Rachel Genofre após 11 anos. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 19 set 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/curitiba/policia-identifica-suspeito-da-morte-da-menina-raquel-genofre-11-anos-depois/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

caso tivesse o banco nacional em 2017 o acusado já teria sido encontrado e o caso solucionado.²⁶⁸

²⁶⁸ ANVERSA, Mellanie; RAMOS, Durval. Polícia identifica suspeito da morte da menina Rachel Genofre após 11 anos. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 19 set 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/curitiba/policia-identifica-suspeito-da-morte-da-menina-raquel-genofre-11-anos-depois/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 12.654 de 2012²⁶⁹ que introduziu na Lei de Execução Penal²⁷⁰ o artigo 9º-A, determinou a coleta compulsória de material genético para a identificação criminal, nos casos de condenados por crimes dolosos, com violência de natureza grave, cometidos contra a vida ou por qualquer crime hediondo, dispostos no artigo 1º da Lei n. 8.072 de 1990²⁷¹.

A referida lei gerou uma enorme discussão acerca da sua constitucionalidade, momento em que parte da doutrina e dos juristas compreendem que há violação aos direitos fundamentais do acusado e parte compreende que não há, tendo em vista que a referida norma é necessária, adequada e proporcional.

Como analisado ao longo da monografia, restou demonstrado que há uma colisão entre os direitos do acusado e os coletivos, momento em que de um lado o primeiro possui o direito da não autoincriminação, à presunção de inocência e à não identificação criminal, enquanto de outro lado o Estado tem o dever de buscar a denominada “verdade real”, a efetivação dos processos e das investigações, e os cidadãos o direito à tutela jurisdicional do Estado.

Todavia, como demonstrado a partir da Lei da Ponderação desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy, os direitos coletivos acabam por se sobrepor aos direitos do acusado, momento em que, primeiro, não há de fato uma violação a esses direitos tendo em vista que o identificado já possui condenação, segundo, não possui uma investigação ou processo em andamento, em que o acusado poderia ter seu direito a não autoincriminação violado, terceiro, o material genético não será usado como única prova, caso haja algum processo instaurado por conta da investigação e, quarto, a identificação é benéfica para a sociedade como um todo e para as pessoas que são presas injustamente,

²⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

²⁷⁰ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

²⁷¹ BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 julho 1990.

momento em que auxilia a polícia à realizar a investigação e o poder judiciário para não condenar de forma injusta alguém.

Portanto, a partir dessa análise, verifica-se que o artigo 9º-A da LEP²⁷² não viola os direitos do acusado, tendo em vista que é uma norma necessário, pois auxilia a polícia investigativa e na resolução de crimes, adequado, pois não utiliza de qualquer meio que possa causar constrangimento ou dano ao sujeito, e proporcional, pois não viola os direitos do acusado, garantindo o direito da vítima a busca pela verdade, a efetivação processual e a tutela jurisdicional.

²⁷² BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Publicado pelo Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), Berlim, 2019.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015.

AMORA, Antônio Soares. **Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa**. 19ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

AMORIM, António. Genética forense. **Academia das Ciências de Lisboa (ACL), Lisboa**, 2015.

ANVERSA, Mellanie; RAMOS, Durval. Polícia identifica suspeito da morte da menina Rachel Genofre após 11 anos. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 19 set 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/curitiba/policia-identifica-suspeito-da-morte-da-menina-raquel-genofre-11-anos-depois/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. **Histórico dos processos de identificação - Parte I Processos de identificação**. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 25 de nov. 2020.

ASIS, Maris. **Casos de homicídio no Brasil não são solucionados por falta de estrutura**. **Diário da Manhã**. Disponível em: <https://www.dm.jor.br/brasil/2020/09/casos-de-homicidio-no-brasil-nao-sao-solucionados-por-falta-de-estrutura/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

AUGUSTI, Mariana. Identificação criminal por perfil genético (Lei n. 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para a atuação do Ministério Público. **Revista Jurídica**, ESMP-SP, São Paulo, 04 nov. 2015. V.7.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense.

BAROSSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo. Conectas Direitos Humanos. 18 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo>. Acesso em 21 abr. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Crimes de estupro. Condenação em primeira e segunda instâncias. Exame de dna. Alegada prova ilícita. Não ocorrência. Conjunto probatório coeso acerca da condenação. Lei 12.654/12. Coleta de perfil genético. Identificação criminal. Recurso ordinário desprovido. Quinta turma. Recurso em Habeas Corpus n. 69.127 - DF. Relator: Ministro Felix Fischer. DJE 26 nov. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Recurso Extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Segunda turma. Recurso Extraordinário n. 973.837, Recorrente: Cristhian Moreira Silva Santos. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Gilmar Mendes. 23 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 outubro 1988.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dez. de 1998.** Aprova a solicitação de reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do instrumento, de acordo com o previsto no § 1º do art. 62 daquele instrumento internacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 04 dezembro 1998.

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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 março 2013.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 3 outubro 1941.

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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º outubro 2009.

BRASIL. **Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis n.s 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 maio 2012.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 dezembro 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 julho 1984.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 julho 1990.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (1ª Região). PENAL. PROCESSO PENAL. INVESTIGAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. ART. 3º, IV E 5º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 12.037/09. COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. Quarta turma. Apelação criminal n. 0000089-71.2019.4.01.3822. Relator: Desembargador Federal Néviotn Guedes. 07 de maio de 2019. e-DJF1 28/01/2020 PAG.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de Direitos Fundamentais, Ponderação e Proporcionalidade na Visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, publicado em 02 set. 2016.

Caso Rachel Genofre. **Wikipedia.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Rachel_Genofre. Acesso em: 11 abr. 2021.

Cumpriu 37 anos por crime que não cometeu e agora é favorito no America's Got Talent. **JN.** 28 mai. 2020. Disponível em: <https://www.jn.pt/pessoas/cumpriu-37-anos-por-crime-que-nao-cometeu-e-agora-e-favorito-no-americas-got-talent-12248362.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1948declaraçãouniversaldosdireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3ª ed, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FONTES, Letícia. Em 70% dos casos de presos injustamente, falha acontece no reconhecimento. **O Tempo**. Publicado em 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/interessa/em-70-dos-casos-de-presos-injustamente-falha-acontece-no-reconhecimento-1.2377338>. Acesso em 19 abr. 2021.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos processos de identificação humana: das características antropométricas ao DNA**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rodrigo_Garrido3/publication/271530735_Evolucao_dos_Processos_de_Identificacao_Humana_das_caracteristicas_Antr opometrlcas_ao_DNA/links/5e721d6192851c93e0ab74a5/Evolucao-dos-Processos-de-Identificacao-Humana-das-caracteristicas-Antr opometrlcas-ao-DNA.pdf. Acesso em: 23 nov. 2020.

GRANT, Carolina. Limites e Possibilidades Constitucionais à Criação do Banco de Perfis Genéticos Para Fins de Investigação Criminal no Brasil. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, revista 6. Publicado em 12 set. 2012, p. 345.

Greenawalt, kent. **Silence as a Moral and Constitutional Right**. William & Mary LR, v. 23, n. 15, 1981.

HIBBERT, Michelle. State and Federal DNA Database Laws Examined. PBS. Disponível em: <https://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/case/revolution/databases.html>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Innocence Project, About. Disponível em: <https://innocenceproject.org/about/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Innocence Project Brasil, O INNOCENCE PROJECT BRASIL. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/innocence-brasil>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Investimentos do governo federal no Banco Nacional de Perfis Genéticos permite identificar responsável por mais um crime complexo. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1569330798.87>. Acesso em: 28 nov. 2020.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**, 17ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2020.

LEMOS, Cristiane Chaves. **A coleta de perfil genético como forma de identificação criminal – entre a lógica do controle e a fragilidade processual penal**. 42 f. Graduação de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2014.

LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MAGALHÃES, Lana. DNA. **Toda Matéria**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/dna/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MARQUE, Andréa Neves Gonzaga. **Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 13 abr. 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**, 4ª Ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MATTE, Ursula; GOLDIM, José Roberto; **BANCOS DE DNA: Considerações éticas sobre o armazenamento de material genético**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/bancodn.htm>. Acesso em: 25 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Curso de Direito Constitucional**, 13ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MINAS GERAIS, Superior Tribunal de Justiça, RHC nº 3.715-6/MG, Relator: Adhemar Maciel, 11/690.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (2ª CÂMARA CRIMINAL). 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. Processo n. 0411931-10.2014.8.13.0000. Agravante(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado(a)(s): Wilson Carmino da Silva. Relatora: Desembargadora Catta Preta. Belo Horizonte, publicação da súmula em 15/09/2014.

MIRANDA, André; TINOCO, Dandara. As injustiças da justiça brasileira. **O Globo Brasil**. 26 jan. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/as-injusticas-da-justica-brasileira-18541969>. Acesso em: 21 abr. 2021.

MIRANDA, Diana Catarina Oliveira. **Tecnologias de identificação criminal: trajetórias, usos e práticas sob diferentes olhares**. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/45768>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Paula Louredo. "Teste de DNA"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/biologia/teste-de-dna.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MOTTA, Sylvio, **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**, 27ª Ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NEXO, Qual a taxa de esclarecimento de assassinatos no Brasil. **Sou da Paz**. Publicado em 28 set. 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/noticias/nexo-qual-a-taxa-de-esclarecimento-de-assassinatos-no-brasil/>. Acesso em 21 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme Souza. **Curso de direito processual penal**. 17 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Nunca deixei minha mente ir para a prisão', diz homem que ficou 36 anos preso nos EUA após ser condenado injustamente. **Portal G1, GLOBO**. 2 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/10/02/nunca-deixei-minha-mente-ir-para-a-prisao-diz-homem-que-ficou-36-anos-presos-nos-eua-apos-ser-condenado-injustamente.ghtml>. Acesso em: 11 abr. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 34ª Ed, São Paulo: Atlas, 2020.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PEÑA, Guilherme Moraes. **Curso de direito constitucional**, 10ª Ed. rev. São Paulo: Atlas, 2018.

RICHTER, Vitor Simonis. **Identificação Genética e Crime: a introdução dos bancos de DNA no Brasil**. UFRJ - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. 2016.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. Os Princípios da Celeridade e da Efetividade Processual à luz do Modelo Constitucional do Processo. **Diritto & Diritto**. 18 mar. 2012. Disponível em: <https://www.diritto.it/os-principios-da-celeridade-e-da-efetividade-processual-a-luz-do-modelo-constitucional-do-processo/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SANTOS, Thatiane Oliveira Pita dos. Os Direitos Humanos e as Vítimas de Crimes Contra a Vida: A atuação seletiva das organizações defensoras dos direitos humanos de Alagoas diante dos crimes contra a vida e a ausência de políticas públicas de assistência às vítimas. **Âmbito Jurídico**. 9 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/os-direitos-humanos-e-as-vitimas-de-crimes-contra-a-vida-a-atuacao-seletiva-das-organizacoes-defensoras-dos-direitos-humanos-de-alagoas-diante-dos-crimes-contra-a-vida-e-a-ausencia-de-politicas-publi/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "Conceitos básicos em Genética"; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/biologia/conceitos-basicos-genetica.htm>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. "O que é DNA?"; **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/biologia/o-que-e-dna.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 6ª ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Adriana de Lourdes da; DORNELAS, Higor Gonçalves; CALIGIORNE, Sordaini Maria; MARINHO, Pablo Alves; Bancos de Perfis Genéticos Criminais no Brasil: Histórico e Evolução. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**. Forensic sciences. 25 de maio de 2020.

SOARES, Fernanda. Como identificar um criminoso pelo DNA? Genética Forense. **Genética para curiosos**. Disponível em: <http://geneticaparacuriosos.blogspot.com/2017/01/como-identificar-um-criminoso-pelo-dna.html>. Acesso em: 22 nov. 2020.

SP terá banco genético para investigar crimes. **Folha de S. Paulo**, 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0109201010.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

The Innocence Network, About the Innocence Network. Disponível em: <https://innocencenetwork.org/about/>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Biociências. **Departamento de biologia molecular e biotecnologia**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/depbiot/discipl/BIO12002/Exercicios.html> Acesso em: 29 nov. 2020.

VASCONCELOS, Yuri. **Origem desvendada: empresa cria software que torna mais precisos os exames de paternidade**. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/origem-desvendada/>. Acesso em: 25 nov. 2020.

WALLACE, Helen, **The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy**. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1490298/>. Acesso em: 27 nov. 2020.

XII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/segurancapublica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfisgeneticos.pdf/view>. Acesso em: 27 nov. 2020.