



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E BANCO DE DADOS GENÉTICOS

Maria Clara dos Santos e Silva

Rio de Janeiro  
2017

MARIA CLARA DOS SANTOS E SILVA

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E BANCO DE DADOS GENÉTICOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2017



## INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E BANCO DE DADOS GENÉTICOS

Maria Clara dos Santos e Silva

Graduada pelas Faculdades Integradas  
Vianna Júnior. Advogada.

**Resumo** – o banco de dados genéticos, instituído pela Lei n. 12.654/12, tem sido utilizado para identificação criminal, elucidação de crimes e identificação de pessoas desaparecidas. Entretanto, o seu uso para fins de investigação criminal merece uma análise mais detida. Existem garantias e princípios constitucionais que devem ser observados no inquérito penal e no processo penal. O uso do banco de dados genéticos faz com que surjam conflitos entre esses princípios e garantias. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo mostrar as inovações trazidas pela Lei n. 12.654/12, determinar se são eficazes e estabelecer se devem ser consideradas constitucionais.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Investigação criminal. Banco de dados genéticos. Constitucionalidade.

**Sumário** – Introdução. 1. (In)constitucionalidade da Lei n. 12.654/2012. 2. Da possibilidade jurídica do uso de material genético para instruir investigações criminais. 3. Do respeito à presunção de inocência e ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade do uso de banco de dados genéticos para fins de identificação e investigação criminais. Procura-se demonstrar se o uso de perfil genético do investigado evita que haja condenações equivocadas, impedido que pessoas inocentes cumpram pena por crimes que não cometeram. Entretanto, questiona-se o possível desrespeito ao princípio constitucional da não autoincriminação.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudências acerca do tema de modo a discutir se o princípio ou garantia, ora em comento, é irrestrito ou poderá ser limitado quando em colisão com outros princípios.

A Constituição Federal estabelece que é direito do preso permanecer calado, dessa forma, não se pode exigir que o acusado de forma ativa participe de qualquer procedimento probatório que o incrimine. Porém, o direito ao silêncio representa apenas uma parcela do direito

a não produzir provas contra si mesmo, o que torna controvertido o tema em análise, surgindo então diversas correntes que tentam delimitar seu alcance.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as garantias do acusado durante a investigação criminal, determinando quais meios de obtenção de provas são considerados ilícitos e quais são permitidos. Pretende-se, ainda, analisar se o uso de banco de perfil genético pode ser considerado meio idôneo para identificação do acusado, assim como fundamento para uma possível condenação. Ressalta-se, porém, que o referido material genético também poderá ser usado para absolver o réu, afastando uma sentença equivocada.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando os princípios constitucionais que repercutem no Direito Penal e no Direito Processual Penal, examinando a aplicação de tais princípios na investigação criminal.

Segue-se refletindo, no segundo capítulo, os meios probatórios considerados lícitos e ilícitos, bem como as garantias do acusado durante a investigação criminal, examinando se tais garantias e princípios constitucionais poderão sofrer limitação aos serem ponderadas em eventuais colisões entre si.

O terceiro capítulo destina-se a examinar se poderá ser usado o banco de perfil genético com a finalidade de identificação criminal nas investigações policiais, bem como na fundamentação de sentenças. Determina-se, então, a constitucionalidade da coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, especificando como se dá a sua aplicação.

O estudo é desenvolvido por meio de análise da legislação pátria e de Direito Comparado, abordando correntes doutrinárias e jurisprudências sobre o tema, buscando fundamentar a presente pesquisa de forma contextualizada com a realidade do Brasil.

Dessa forma, utiliza-se bibliografia atinente ao tema, assim como a legislação, para sustentar a teste aqui esposada.

## 1 – GARANTIAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO INQUÉRITO PENAL E AO PROCESSO PENAL

O direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação (ou determinar-se), conforme a sua própria consciência e livre arbítrio. Em outras palavras, tal direito consiste num poder de atuação em busca de sua realização

pessoal e felicidade. Entre nós esse direito compreende: a) a liberdade de ação; b) a liberdade de locomoção; c) a liberdade de opinião (ou de pensamento); d) a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; e) a liberdade de informação; f) a liberdade de consciência e de crença; g) a liberdade de reunião; h) a liberdade de associação e i) a liberdade de opção profissional<sup>1</sup>.

Entre o Estado Democrático e o direito às liberdades existe uma relação de dependência mútua no sentido em que aquele viabiliza a existência deste, e vice-versa. Em apertada síntese, segundo preleciona Paulo Gustavo Gonetbranco<sup>2</sup>, liberdade e igualdade são dois elementos essenciais da dignidade da pessoa, que por sua vez é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, um regime democrático mais fortalecido significa dizer que as liberdades estão mais asseguradas, ou vice-versa.

O professor José Afonso da Silva<sup>3</sup> entende que “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem e, conseqüentemente, mais liberdade conquista”.

O art. 5º, II, da Constituição<sup>4</sup> afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Esse artigo traz em seu bojo de forma expressa o chamado Princípio da Legalidade, e também de uma maneira implícita o direito à liberdade de ação, de maneira relativizada por aquele. A relativização desse direito se torna necessária, haja vista que, se ele fosse um direito absoluto, permitiria a “sujeição dos mais fracos pelos mais fortes”<sup>5</sup>.

Dessa forma, o princípio da legalidade se mostra como o único instituto válido para restringir tal direito. Nesse ponto, nas palavras de José Afonso da Silva<sup>6</sup>, “desde que a lei [...] provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formado segundo

---

<sup>1</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 666.

<sup>2</sup> GONETBRANCO apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,liberdades-constitucionais-breves-anotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

<sup>3</sup> SILVA apud Ibid.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 9 out. 2016.

<sup>5</sup> PINHO apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,liberdades-constitucionais-breves-anotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

<sup>6</sup> SILVA, op. cit., nota 3.

processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade jamais será prejudicada. Afinal, nesse caso, os limites a ela opostos pela lei são legítimos”.

Tal pensamento permite deduzir que a legalidade da restrição à liberdade só é válida quando parte de um poder legislativo constituído pela escolha do povo, por meio de um processo formal e material legislativo pré-estabelecido numa constituição derivada da soberania popular.

Contudo, Dirley da Cunha Júnior<sup>7</sup> assinala quanto à interpretação do inciso supracitado no que tange ao termo “lei”, que esse deve ser entendido como as normas derivadas “de regular processo legislativo” previsto no art. 59 e incisos do mesmo diploma normativo.

Além disso, ele destaca o fato de que essas normas derivadas de um regular processo legislativo não possuem forças suficientes para restringir essa liberdade de ação ao “conteúdo mínimo ou essencial”, ou seja, não pode reduzir esse direito ao ponto de torná-lo incapaz de atingir seus fins.

Cumpra salientar também que a Constituição<sup>8</sup> prevê, no artigo 5º, diversas garantias de segurança das liberdades públicas em matéria penal e processual penal: algumas estão expressas, outras somente implícitas. Dentre esse princípios e garantias, no tocante ao uso do banco de dados genéticos para fins de investigação criminal, destacam-se: liberdade, garantia ao contraditório e ampla defesa, garantia da inadmissibilidade de provas ilícitas, garantia ao silêncio ou a não incriminação.

As garantias do contraditório e da ampla defesa estão previstas no art. 5º, LV, da Constituição nos seguintes termos: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes<sup>9</sup>.

Tais garantias completam e dão sentido e conteúdo à garantia do devido processo legal, pois seria demasiado garantir a regular instauração formal de processo e não assegurar o contraditório e a ampla defesa àquele que poderá ter a sua liberdade ou o seu bem cerceado; ademais, também não haveria qualquer indício de razoabilidade e justiça numa decisão, quando

---

<sup>7</sup> CUNHA JÚNIOR apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais*: breves anotações. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,liberdades-constitucionais-breves-anotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

<sup>8</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>9</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 704.

não se permitiu ao indivíduo às mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa. São, por conclusão, garantias que se casam numa união indissolúvel<sup>10</sup>.

O contraditório, numa acepção mais informal, é a garantia que assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito. A ampla defesa, lado outro, é garantia que proporciona à pessoa contra quem se imputa uma acusação a possibilidade de se defender e provar o contrário<sup>11</sup>.

É óbvio que para o sucesso dessas garantias é necessário que a pessoa tome conhecimento dos fatos que lhe atingem para poder, ouvida a respeito, deles se defender e apresentar as provas necessárias. Negar essa possibilidade é abuso manifesto, é arbitrariedade inequívoca, pois viola acintosamente a Constituição e o Estado Democrático de Direito<sup>12</sup>.

Mudando sua posição, o STF passou a entender que “a garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo”. (RE 388.359, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-3-07, DJ de 22-6-07)<sup>13</sup>.

No tocante à garantia da inadmissibilidade de provas ilícitas, segundo a Constituição<sup>14</sup>, são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Cuida-se de uma garantia instituída para proteger basicamente o indivíduo da prepotência dos poderes responsáveis para repressão penal, obstaculizando a possibilidade de produzir provas ilícitas e clandestinas ou mesmo forjar elementos probatórios com intuito unicamente condenatório<sup>15</sup>.

Por derradeiro, a mais importante dessas garantias, no que tange ao tema do presente artigo, é a garantia do silêncio ou não autoincriminação.

Declara a Constituição em vigor que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de um advogado (art. 5º, LXIII)<sup>16</sup>.

O STF já decidiu a respeito, entendendo que “o privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 705.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.

<sup>15</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 709.

<sup>16</sup> Ibid., p. 710.

entende lhe ser desfavorável”. (HC 83.096, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 18-11-03, DJ de 12-12-03)<sup>17</sup>.

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio (ou a garantia contra a autoincriminação), não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação - e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto, a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse<sup>18</sup>.

A Lei n. 10.792/03, que alterou vários dispositivos do CPP, veio, enfim, consolidar o que já era uma realidade, aos menos em âmbito doutrinário: o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito de entrevistar-se com o seu advogado antes do referido ato processual (art. 185, §5º); o direito de permanecer calado e não responder a perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa (art. 186, *caput*, e parágrafo único)<sup>19</sup>.

As alterações ora mencionadas foram depois incorporadas pelas leis subsequentes que cuidaram da matéria específica, incluindo as Leis n<sup>os</sup> 11.719/08 e 11.900/09. Daí por que implicitamente revogado o art. 198, CPP<sup>20</sup>.

A regra da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária, ressalvadas hipóteses previstas em lei e não invasivas da integridade física e psíquica do agente, decorre, além do próprio sistema de garantias individuais instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa contida no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, promulgado em 22 de novembro de 1969 e integrado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, no que se refere explicitamente ao direito ao silêncio e à proteção contra ingerências atentatórias da dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid., p. 42.

## 2. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Praticada a infração penal, nasce para o Estado a pretensão punitiva, consubstanciada no direito-dever de aplicar a sanção penal ao autor da conduta criminalmente proibida ou, mais tecnicamente, na exigência de subordinação do direito de liberdade ao direito de punir<sup>22</sup>.

Por força da indisponibilidade do direito de liberdade, o ordenamento jurídico brasileiro veda a imediata aplicação da sanção penal ao agente, submetendo a satisfação da pretensão punitiva a um prévio controle jurisdicional.

Segundo preceitua o art. 5º, LIV, da CRFB/88<sup>23</sup>, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, nenhuma pena pode ser imposta sem um processo titularizado por um juiz.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>24</sup>, o Direito Processual tem um caráter instrumental, ou seja, é um meio, um instrumento para fazer atuar o Direito Penal, uma vez que este é desprovido de coação direta e o Estado autolimitou o seu *jus puniendi*. Logo, não se concebe a aplicação de pena sem processo. *Nulla poena sine judicio; nulla poena sine judice* – nenhuma pena pode ser imposta sem processo; nenhuma pena pode ser imposta senão pelo juiz.

O processo trata-se de verdadeira garantia aos acusados, pois, para assegurar a defesa e tutelar o direito de liberdade, o Estado autolimitou o exercício do *jus puniendi*, condicionando a imposição da sanção penal a uma precedente apreciação jurisdicional acerca da procedência da pretensão punitiva estatal e sua consequente prevalência sobre o *jus libertatis* do agente<sup>25</sup>.

O fato de a sanção penal somente poder ser aplicada processualmente impõe ao Estado a consecução de atividades destinadas a obter a aplicação da pena: a *persecutio criminis*, consubstanciada por duas fases: a investigação criminal e a ação penal<sup>26</sup>.

A investigação criminal constitui atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo, cujo objetivo precípua é fornecer ao órgão da acusação substrato para a

---

<sup>22</sup> FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Angela C. Cangiano. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 1 mar. 2017.

<sup>24</sup> TOURINHO FILHO apud IMMICH, Micheli. *Noções Preliminares de Direito Processual Penal*. Disponível em: <<https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/336954829/noco-es-preliminares-de-direito-processual-penal>>.

Acesso em: 1 mar. 2017.

<sup>25</sup> FULLER, op. cit., p. 29.

<sup>26</sup> Ibid., p. 30.

propositura da ação penal que, uma vez instaurada, enseja o desenvolvimento do devido processo legal<sup>27</sup>.

A ação penal, para sua propositura e instauração, por implicar natural constrangimento ao *status libertatis* do indivíduo, exige a presença de justa causa (art. 395, III, do Código de Processo Penal<sup>28</sup>), sob pena de a coação ser considerada ilegal, o que ensejaria a impetração de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal (art. 648, I, do CPP)<sup>29</sup>.

A justa causa para a ação penal é caracteriza-se pela exigência de elementos de convicção que proporcionem suporte fático e demonstrem a viabilidade da acusação (indícios de autoria e prova da existência da infração penal), não bastando, para sustentar o constrangimento da ação penal, a imputação, na denúncia ou queixa, de um fato revestido de tipicidade<sup>30</sup>.

Enquanto instrumento precípua de investigação, o inquérito propicia a existência de justa causa para a propositura e a instauração da ação penal, atendendo assim, ao imperativo da segurança na ação da justiça e salvaguardando os indivíduos contra acusações levianas, temerárias ou desprovidas de qualquer lastro<sup>31</sup>.

Entretanto, cumpre destacar que o inquérito policial não é indispensável à propositura da ação penal, podendo a acusação formar o seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos informativos<sup>32</sup>.

No que tange às características do inquérito, de acordo com a jurisprudência nacional, em regra, não há aplicação do contraditório e da ampla defesa no âmbito da investigação criminal, tratando-se de um procedimento inquisitivo.

Quanto a seu caráter sigiloso, ponto positivo é evitar o que o professor Aury Lopes Júnior<sup>33</sup> classifica como estigmatização social e jurídica. A identidade do sujeito é formada pelo seu convívio em sociedade e sua maneira de relacionar-se com os demais. As informações que a sociedade recebe a respeito de determinada pessoa, formam a identidade desta com aquela, numa espécie de banco de dados social que sem dúvida alguma, trará consequências para o sujeito.

---

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 1 mar. 2017.

<sup>29</sup> FULLER, op. cit., p. 30.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55.

<sup>33</sup> LOPES apud CAMPOS, Flávio. *O sigilo da investigação criminal como garantia constitucional do indiciado*. Disponível em: <<https://flaviocampos10.jusbrasil.com.br/artigos/148854730/o-sigilo-da-investigacao-criminal-como-garantia-constitucional-do-indiciado>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

Sendo assim, mais um motivo para o sigilo do inquérito policial.

A Lei 11.690 de 2008<sup>34</sup> acrescentou o parágrafo sexto ao artigo 201 do Código de Processo Penal, que estatui:

O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Trata-se de especificação do que foi estabelecido no inciso X do artigo 5º da Constituição. É dever do Estado zelar pelo direito à intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, inclusive no processo penal. Indaga-se então se tais direitos fundamentais estão apenas à disposição do ofendido<sup>35</sup>.

O inciso X do artigo 5º não faz distinção entre acusado e ofendido. Os mesmos esforços despendidos para preservar-se a imagem do ofendido devem existir em favor do acusado, o que deve ser observado não só na fase processual, mas na pré-processual, onde o juízo de admissibilidade nem sequer fora exercido<sup>36</sup>.

Por tais razões, exige-se que o operador do direito penal pugne por um inquérito mais sigiloso, que garanta o respeito à imagem do indiciado e seja eficaz à elucidação dos fatos e busca da verdade real, seja ela para fundamentar a acusação ou o arquivamento<sup>37</sup>.

Tal sigilo não alcança o membro do Ministério Público, por ser o responsável pela pelo exercício da ação penal e destinatário das provas colhidas em tais diligências. Outrossim, o sigilo não atingirá o defensor do indiciado, por disposição expressa presente no art. 7º, XIV da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia)<sup>38</sup>.

As provas produzidas na fase pré-processual destinam-se ao convencimento do Ministério Público, e não do juiz. Com a exigência do contraditório e da ampla defesa na fase processual, as provas colhidas na fase policial deverão ser repetidas durante a instrutória da ação penal. Daí, a previsão, expressa, do art. 155, caput do Código de Processo Penal, em redação dada pela Lei n. 11.690/08<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 1 mar. 2017.

<sup>35</sup> CAMPOS, op. cit., nota 33.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 412.

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, inciso X da CRFB), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI da CRFB), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias<sup>40</sup>.

Diante de tais considerações, surge uma questão: nulidades e ilicitudes presentes no inquérito contaminam o processo penal?

A investigação policial, a par de sua importância, costuma ser campo fértil para reducionismos e generalizações, especialmente quando a discussão envolve vícios ocorridos no inquérito policial e suas consequências<sup>41</sup>.

Não são incomuns as afirmações de que irregularidades verificadas no decorrer do inquérito policial não contaminam a ação penal. Esse raciocínio se baseia no fato de o inquérito policial consistir supostamente em procedimento apenas informativo, sem incidência dos postulados do contraditório e da ampla defesa. Prevalece o entendimento que os defeitos na investigação policial consistem em meras irregularidades que não afetam a substância do ato nem sequer atingem o processo penal subsequente<sup>42</sup>.

Todavia, mostra-se necessário investigar com mais atenção o regime aplicável aos vícios do inquérito policial, e conseqüentemente os efeitos de seu reconhecimento.

O inquérito policial, enquanto espécie de investigação preliminar, exige uma responsabilidade ética do Estado pela condução da investigação e posterior julgamento, devendo ser fiel às normas legais vigentes no país e conforme a sua Constituição<sup>43</sup>.

O fato de o inquérito ter natureza administrativa não o blindava contra as garantias processuais e constitucionais, na medida em que o próprio artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal estende a sua incidência à fase de investigação. Ademais, o princípio do devido processo legal tem plena incidência em qualquer procedimento ou processo administrativo, ou seja, qualquer procedimento administrativo é pautado pela estrita legalidade dos atos da

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 345.

<sup>41</sup> HOFFMAN, Henrique. *Inquérito policial se sujeita a nulidades que contaminam o processo penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-24/academia-policia-inquerito-policial-sujeita-nulidades-processo-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Nulidades e ilicitudes do Inquérito não contaminam o Processo Penal?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/limite-penal-nulidades-ilicitudes-inquerito-nao-contaminam-processo-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

administração<sup>44</sup>.

### 3. A CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DE CONDENADOS

A Lei n. 12.654/2012, publicada em 29 de maio de 2012, alterou a Lei n. 12.037 de 01 de outubro de 2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado) e a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação<sup>45</sup>.

Entretanto, a citada Lei n. 12.654/2012 somente entrou em vigor 180 dias após a sua publicação, ou seja, no dia 26 /11/2012<sup>46</sup>.

Dentre as alterações promovidas pela Lei no 12.654/12 merece maior destaque a previsão legal para que, ainda na fase da instrução criminal, possa ser realizada a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético do investigado<sup>47</sup>. O parágrafo único, incluído no art. 5º, da Lei n. 12.037/09<sup>48</sup>, possui inequívoco caráter facultativo, pois “a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”, ficando a utilização de tal medida a critério e apreciação do magistrado.

Desse modo, a necessidade da referida coleta de material biológico deverá ser oportuna e criteriosamente avaliada, pois estar-se-á invadindo a intimidade do indivíduo.

Destaca-se, todavia, que o problema maior trazido pela nova lei são as alterações promovidas na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84). Segue a redação do artigo incluído<sup>49</sup>:

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

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> BRASIL. Senado Federal. *Secretária de informação legislativa*. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=265012>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>46</sup> BRASIL. Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>47</sup> PEREIRA, Gustavo Lázaro. A identificação criminal em face da nova Lei 12.654/12: Breves apontamentos. *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, Garça, SP, n. 2, 2012. Disponível em: <[http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/vR49hgyhSNG7iKT\\_2013-12-4-17-43-58.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/vR49hgyhSNG7iKT_2013-12-4-17-43-58.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>48</sup> BRASIL. Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>49</sup> BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Lado outro, de uma rápida leitura do dispositivo é forçoso concluir que estão obrigados à extração de DNA para identificação de seu perfil genético os indivíduos já condenados por crime doloso que tiverem sido praticados com emprego de grave violência à pessoa, ou por crime hediondo ou equiparado.

A referida lei ainda dispõe que as informações genéticas serão armazenadas em banco de dados sigiloso, pretendendo o Estado esboçar o perfil genético e comportamental de criminosos<sup>50</sup>.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal (STF) decidir se é constitucional, ou não, a referida coleta. Objeto do Recurso Extraordinário (RE) n. 973837, a discussão da matéria teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte<sup>51</sup>.

Recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Minas Gerais, a defesa de um acusado sustenta que a medida em questão viola o princípio constitucional da não autoincriminação, além do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>52</sup>.

Relator do caso, o ministro Gilmar Mendes frisou em sua manifestação que são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, armazená-los em bancos de dados, traçar seu perfil genético e fazer uso dessas informações. Citou, inclusive, casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, segundo os quais as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> PEREIRA, op. cit., nota 47.

<sup>51</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>52</sup> BRASIL apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

O ministro explicou ainda que, no caso brasileiro, a Lei 12.654/2012 introduziu a coleta de material biológico em duas situações distintas: na identificação na fase criminal e na execução penal dos crimes praticados com violência ou por crimes hediondos.

Na primeira hipótese, o juiz deve determinar a medida, após avaliar se ela é mesmo indispensável para as investigações, e os dados podem ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito cometido. Quanto aos dados dos condenados, esses devem ser coletados como consequência da condenação, sem previsão para a eliminação do perfil. Em ambos os casos os perfis são armazenados em bancos de dados e podem ser utilizados para identificação de pessoas desaparecidas e/ou para instruir investigações criminais.<sup>54</sup>

Em razão do reconhecimento da repercussão geral, a decisão a ser tomada pelo STF quanto ao mérito do recurso deverá ser também aplicada aos casos análogos que, até o trâmite final do RE, permanecem sobrestados nas demais instâncias<sup>55</sup>.

No que tange à finalidade dessa coleta e da formação do referido banco de dados, existem inúmeros crimes cuja execução deixa materiais genéticos como vestígios que se tornam provas decisivas para sua elucidação. É o caso, por exemplo, do sêmen do autor em crimes de estupro; as gotas de sangue do agressor na hipótese de um homicídio consumado em que a vítima tentou se defender, e os fios de cabelo do agente no caso de um crime de furto.

Vale ressaltar que em situações como essas será possível a comparação dos vestígios deixados com as informações constantes desse banco de dados para que se possa então descobrir o verdadeiro autor do crime<sup>56</sup>.

Ressalta-se que a mencionada lei permitiu a coleta de material biológico da pessoa para obtenção de perfil genético durante as investigações para apurar a autoria de crime, assim como quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes por ela elencados.

Durante a instrução criminal quem determina a coleta é somente a autoridade judiciária. A lei prevê, no entanto, que essa decisão poderá ser tomada de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do MP ou mesmo da própria defesa, se for de fato essencial às investigações policiais<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> DIREITO, Dizer o. *Comentários à Lei 12.654/2012* (coleta de material biológico do investigado ou condenado). Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>57</sup> Ibid.

A Lei n. 12.654 previu que os dados coletados deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. As informações genéticas contidas nesses bancos 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<sup>58</sup>.

Os materiais 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.

Os resultados deverão constar em laudo pericial contendo as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos, firmado por perito oficial devidamente habilitado. No término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito ocorrerá a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados<sup>59</sup>.

Destaca-se ainda que em 18 unidades da Federação que participam da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos (RIBPG) já é realidade a identificação de criminosos, além do auxílio das investigações com o emprego de bancos de perfis genéticos.

Conclui-se que a sua principal finalidade é compartilhar informações, entre laboratórios de perícia sobre vestígios e suspeitos de praticar determinados crimes<sup>60</sup>.

Em 2009 a mencionada Rede - e que já reúne cerca de 2.500 perfis genéticos, foi criada por uma iniciativa conjunta do Ministério da Justiça e Secretarias de Segurança dos estados. Encontram-se no Banco Nacional, dentre os dados de interesse criminal, 1.524 perfis genéticos de vestígios de crimes, 53 de criminosos condenados e mais de 26 identificações criminais. As amostras de referência são coletadas segundo a Lei de Execução Penal ou a Lei de Identificação Criminal, enquanto os vestígios são coletados pela perícia forense nos locais em que ocorreu o crime, ou mesmo no próprio corpo das vítimas<sup>61</sup>.

Além disso, uma outra finalidade do banco de perfis genéticos é a identificação de pessoas desaparecidas. Já foram recolhidos um total de 579 restos mortais, 306 amostras de familiares e uma referência direta de pessoa desaparecida. Após serem cruzadas, essas

---

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> BRASIL. Porta Brasil. *Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

<sup>61</sup> Ibid.

informações já auxiliaram a identificação de uma pessoa desaparecida no Estado do Rio de Janeiro<sup>62</sup>.

A identificação de pessoas desaparecidas ocorre por meio da alimentação sistemática dos perfis genéticos de quatro tipos diferentes de amostras biológicas: pessoas de identidade desconhecida, cadáveres e restos mortais não identificados, referências diretas de pessoas desaparecidas e familiares de pessoas desaparecidas<sup>63</sup>.

Guilherme Jacques, perito criminal e coordenador do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, explica que a Rede depende não apenas da coleta adequada das amostras biológicas deixadas pelos infratores nos locais de crime ou no corpo das vítimas, mas também da coleta em criminosos já condenados e outros ainda suspeitos.<sup>64</sup>

Jacques<sup>65</sup> explica que “os vestígios são confrontados entre si, o que já permite a detecção de crimes seriais. Mas sua identificação segura depende do confronto com o os perfis genéticos dos indivíduos condenados e os identificados criminalmente”.

## CONCLUSÃO

No Brasil, quanto ao uso do banco de dados genéticos na instrução criminal, tendo em vista que a Lei n.12.654/2012 não prevê a coleta do material biológico do acusado durante o processo penal, ou seja, após as investigações em sede policial, não é possível que tal coleta seja realizada. Por se tratar de norma restritiva de direitos fundamentais do acusado, não pode ser interpretada de forma ampliativa. Entretanto, destaca-se que a coleta de perfil genético é permitida para que seja provada a inocência do réu.

Apesar de a lei não ter condicionado expressamente a coleta de material biológico ao trânsito em julgado, a exigência de que o réu já tenha sido condenado decorre do princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII.

Quanto aos crimes equiparados a hediondos, não é permitida a coleta de material biológico, pois sempre que a lei quis estabelecer tratamento uniforme entre os crimes hediondos e

---

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> JACQUES apud BRASIL. *Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

equiparados, ela o fez expressamente, como é o caso do art. 2º da Lei n.º 8.072/90.

A Lei n. 12.654/2012, apesar de extremamente relevante na elucidação de crimes e identificação de pessoas desaparecidas, trata-se, porém, de uma lei de reduzida efetividade, pois não há nenhuma consequência para o investigado ou condenado caso se negue a permitir a coleta do material biológico.

Toda pessoa tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. Logo, o indivíduo que se nega a permitir a coleta de material biológico para se autodefender exerce um direito garantido constitucionalmente e, por tal razão, não pode ser responsabilizado criminal ou disciplinarmente por isso.

O Estado não poderá, sob pena de inconstitucionalidade, impor, coativamente, que a pessoa ceda material genético para a coleta, durante a fase de investigação criminal, ainda que mínimo, como a saliva.

A Lei n. 12.654/2012, portanto, prevê mera faculdade para o investigado ou condenado que, se assim quiser, poderá permitir a coleta de seu material biológico.

Forçoso concluir, então, que se trata de Lei de reduzida efetividade.

Vale mencionar que é pacífico o entendimento do STF de que, por conta do princípio da não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, o acusado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que possam prejudicá-lo. Ora, esse mesmo raciocínio será, certamente, aplicado para o fornecimento de material biológico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 1 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 9 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Porta Brasil. *Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. *Secretária de informação legislativa*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=265012>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 666.

DIREITO, Dizer o. *Comentários à Lei 12.654/2012* (coleta de material biológico do investigado ou condenado). Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Angela C. Cangiano. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONETBRANCO apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,liberdades-constitucionais-breves-annotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

HOFFMAN, Henrique. *Inquérito policial se sujeita a nulidades que contaminam o processo penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-24/academia-policial-inquerito-policial-sujeita-nulidades-processo-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

JACQUES apud Porta Brasil. *Banco de perfis genéticos reúne mais de 2.500 amostras*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

LOPES apud CAMPOS, Flávio. *O sigilo da investigação criminal como garantia constitucional do indiciado*. Disponível em: <<https://flaviocampos10.jusbrasil.com.br/artigos/148854730/o-sigilo-da-investigacao-criminal-como-garantia-constitucional-do-indiciado>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Nulidades e ilicitudes do Inquérito não contaminam o Processo Penal?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-19/limite-penal-nulidades-ilicitudes-inquerito-nao-contaminam-processo-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Gustavo Lázaro. A identificação criminal em face da nova Lei 12.654/12: Breves apontamentos. *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, Garça, SP, n. 2, 2012. Disponível em: <[http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/vR49hgyhSNG7iKT\\_2013-12-4-17-43-58.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/vR49hgyhSNG7iKT_2013-12-4-17-43-58.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

PINHO apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,liberdades-constitucionais-breves-anotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

SILVA apud CARVALHO, Rayanna Silva. *Liberdades Constitucionais: breves anotações*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,liberdades-constitucionais-breves-anotacoes,42324.html>>. Acesso em: 10 out 2016.

TOURINHO FILHO apud IMMICH, Micheli. *Noções Preliminares de Direito Processual Penal*. Disponível em: <<https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/336954829/nocoos-preliminares-de-direito-processual-penal>>. Acesso em: 1 mar. 2017.