

# DADOS GENÉTICOS NO PROCESSO PENAL: TENTANDO TRAÇAR LIMITAÇÕES ÀS HIPÓTESES DA LEI 12.654/12

Vinicius Gomes de Vasconcellos<sup>1</sup>  
Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS

**Resumo:** O presente trabalho pretende analisar a utilização de exames genéticos com fins probatórios no processo penal, de modo a elucidar a complexidade da tensão que surge a partir da ingerência resultante na esfera de direitos do acusado. Assim, estudar-se-á o modelo implementado recentemente ao ordenamento brasileiro pela Lei 12.654/12. Serão examinados os reflexos de tais alterações no campo jurídico criminal, buscando-se critérios para a limitação do poder punitivo estatal.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Exames Genéticos. DNA. Lei 12.654/12.

**Sumário:** Introdução; 1. DNA e Investigação Criminal: o exame genético durante a persecução criminal de suspeito. As alterações na Lei 12.037/09 (identificação criminal); 2. Banco de dados genéticos para condenados: a extração de DNA como efeito da condenação por crime hediondo ou doloso com violência grave contra pessoa; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

**Abstract:** The present study aims to examine the use of genetic tests for proof purposes in criminal proceedings, in order to clarify the complexity of the tension that arises from the resulting interference in the suspect's sphere of rights. Therefore, it will be studied the model recently implemented in Brazilian legal system by Law 12.654/12. The reflections of such changes in the criminal field will be examined, looking up to figure limiting conditions for the state punitive power.

**Keywords:** Criminal procedure. Genetic tests. DNA. Law 12.654/12.

## INTRODUÇÃO

A reforma legislativa empreendida pela Lei 12.654/12 almejou regular a utilização de exames de DNA no processo penal brasileiro, posto que tal cenário se mostrava carente de positivação específica anteriormente. Conforme Lopes Jr., duas são as possibilidades agora previstas: 1) durante a investigação e a instrução criminal, a extração de material genético do investigado, com o fim de ser prova para um caso concreto e determinado; e, 2) depois da condenação definitiva, a coleta de informações genéticas para banco de dados, de modo a servir de parâmetro para futuras apurações de crimes de autoria incerta.<sup>2</sup> Tais hipóteses foram reguladas de

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (Espanha). Bacharel em Direito pela PUCRS. Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC (2009/2012), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*, n° 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

modo distinto, ao passo que a principal diferença é o âmbito de legitimidade para a imposição. No caso de suspeitos, tal medida pode ser decretada diante de qualquer fato supostamente criminoso, tendo como requisito somente uma decisão judicial que reconheça a necessidade para as investigações. Por outro lado, o material genético de condenados definitivamente só pode ser extraído e adicionado a banco de dados em hipóteses de crimes hediondos ou dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa.

Com o fim de traçar tal cenário, a Lei 12.654/12 inseriu novos dispositivos em dois textos legais que já existiam no ordenamento jurídico brasileiro. Para tratar da utilização de exames de DNA na investigação de delitos, foi alterada a Lei 12.037/09, que regula a identificação criminal de suspeitos; por outro lado, com o fim de criar um banco de dados genéticos de condenados, foi inserido novo artigo na Lei de Execuções Penais (7.210/84). Portanto, criaram-se dois modelos de hipóteses para utilização de tais informações no processo penal pátrio, que possuem suas respectivas características e seus requisitos para serem impostos, de modo que o estudo do regime introduzido por tal inovação deve se dar considerando e distinguindo tais panoramas.

Importante perceber que a Lei 12.654/12 ingressou no campo jurídico-penal nacional gerando intensos debates, inclusive em relação à sua constitucionalidade, principalmente em razão de violações aos direitos à intimidade e à não autoincriminação, além da dignidade da pessoa humana. Essas questões não serão abordadas especificamente neste trabalho, mas, pode-se dizer que, em nosso ver, as críticas levantadas são plausíveis e têm o condão de fragilizar a adequação constitucional do novo texto legal, ou, ao menos, de alguns dispositivos e suas supostas interpretações.<sup>3</sup> Entretanto, sabe-se que a utilização de exames de DNA é provavelmente inevitável, especialmente em razão do ingresso de tal possibilidade no ordenamento, ao passo que a Lei em estudo já está em vigor. Desse modo, neste estudo pretende-se traçar limites para o uso de dados genéticos de acusados e condenados, sem questionar sua constitucionalidade, mas sim tentando esclarecer seus pressupostos e fundamentos, de modo a almejar uma redução, por menor que

---

<sup>3</sup> MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n° 98, p. 339-360, set. 2012.

seja, da tensão causada pela violação e relativização de direitos fundamentais, basilares ao processo penal em um Estado Democrático de Direito.

### **1. DNA e Investigação Criminal: o exame genético durante a persecução criminal de suspeito. As alterações na Lei 12.037/09 (identificação criminal).**

Inicialmente, atentar-se-á à utilização da identificação genética na investigação criminal, durante a persecução de suspeitos de delitos. Como já dito, tal possibilidade se introduziu a partir da alteração da Lei 12.037/09, que regula a identificação criminal de acusados. Sabe-se que a Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso LVIII, determina que o civilmente identificado (por meio de sua carteira de identidade, por exemplo), não pode ser submetido à identificação criminal, por se tratar de medida invasiva que carece de necessidade no caso de já se saber os dados do indivíduo em questão. Entretanto, o dispositivo constitucional abre exceção: salvo nas hipóteses previstas em lei. E é aí que se coloca a Lei 12.037/09.

Conforme seu artigo 3º, embora apresentando documento, o acusado poderá ser sujeito à identificação criminal em hipóteses ali reguladas. Dentre elas, o inciso IV aponta: quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. Foi exatamente nesta brecha que se possibilitou a utilização de exames genéticos, conforme o parágrafo único do artigo 5º introduzido pela Lei 12.654/12. Ou seja, o texto aprovado e em vigor aponta que a coleta de material biológico pode se dar quando for necessária para as investigações e autorizada judicialmente.

Percebe-se que esses dois requisitos não parecem capazes de limitar e, assim, legitimar a utilização de material genético em um processo penal democrático, em razão de sua insuficiência e abstração, capaz de possibilitar as mais diversas (e injustificadas) motivações. Assim, pensamos que a adequada interpretação desta possibilidade se pauta pela atenção aos seguintes pressupostos: <sup>4</sup> 1)

---

<sup>4</sup> Embora alguns requisitos citados possam apresentar características semelhantes, que poderiam ser englobadas em um único pressuposto (como a subsidiariedade e a presença de indícios razoáveis), optou-se por especificar e separar cada ponto, de modo a ressaltar sua concreta importância para a decretação legítima da medida.

imprescindibilidade para a investigação; 2) subsidiariedade da medida; 3) presença de indícios razoáveis; 4) proporcionalidade; e, 5) decisão judicial especificamente motivada.

Primeiramente, analisa-se o requisito previsto na lei (artigo 5º, parágrafo único, combinado com 3º, inciso IV, ambos da Lei 12.037/09) da necessidade para a investigação do crime. Trata-se de hipótese abstrata e genérica, que pode englobar os mais diversos (e injustificados) motivos, de modo que sua adequada especificação e sua análise crítica se fazem essenciais. Tal fundamento deve ser apontado pela autoridade policial ou pelo acusador (Ministério Público), com base em características do caso concreto, e reconhecido motivadamente pelo juiz em sua decisão. Assim, deve haver congruência, ou seja, uma relação direta entre o meio empregado e o fim a ser perseguido,<sup>5</sup> que ressalte a efetiva contribuição que pode ser obtida por meio do exame genético para a investigação em curso. Por exemplo, não se pode admitir a coleta de material biológico do acusado para fins comparativos, se o caso não deixou vestígios e, assim, não há material de base obtido no local do delito para ser cotejado, de modo a atestar a inutilidade da medida.

Além disso, resta claro que, em razão de seu agudo caráter invasivo, a utilização de dados de DNA do acusado deve se pautar pela subsidiariedade, ou seja, precisa ser a *ultima ratio* do sistema, ao passo que, como bem aponta Lopes Jr., “não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal”.<sup>6</sup> Neste diapasão, a utilização de exames genéticos não pode ser autorizada se existirem outros meios de se provar o objeto pretendido, que fragilizem em menor escala a esfera de direitos do investigado. Pode-se citar o regime das interceptações telefônicas no processo penal brasileiro, outra medida invasiva (pode-se dizer que até em menor intensidade do que aquela objeto deste estudo), que se mostra melhor regulado ao apontar que elas não serão admitidas se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, conforme o artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/96.

Ademais, é fundamental que existam indícios razoáveis de que o acusado tenha certa vinculação com o fato que se pretende esclarecer, ou seja, a presença de

---

<sup>5</sup> KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 64.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*, nº 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

*fumus commissi delicti*.<sup>7</sup> Assim, a intervenção corporal não pode ser o primeiro passo em uma investigação criminal,<sup>8</sup> pois, como bem aponta Susana Kappler, não se admite a sua utilização “de forma genérica e indiscriminada, com o único objetivo de buscar um suspeito, mas este deve existir já anteriormente”.<sup>9</sup> Aqui também pode-se apontar a disposição legal referente às interceptações telefônicas no Brasil, ao passo que está previsto sua impossibilidade no caso em que não houver indícios razoáveis da autoria ou participação (do investigado) em infração penal, prevista no artigo 2º, inciso I, da Lei 9.296/96. Neste sentido, bem conclui a autora citada:

(...) a adoção de uma medida tão importante como uma análise genética nunca pode ter caráter autônomo, mas sim instrumental ou subordinado à investigação penal em curso e necessário para a averiguação de um fato punível de que existam indícios razoáveis de sua realização. A medida de análise genética não é e nem poderia ser o primeiro passo da investigação, mas sim consequência de outros que afirmem sua necessidade.<sup>10</sup>

Também pode-se apontar como requisito uma análise de proporcionalidade, que, em regra, é dividida pela doutrina em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>11</sup> Alguns destes pontos já foram analisados anteriormente, permeando os demais pressupostos estudados. Entretanto, quer-se frisar, por meio da proporcionalidade, a necessidade de atenção quanto à gravidade do delito em investigação, para que se legitime uma medida invasiva, como uma coleta de material biológico e o posterior exame genético.<sup>12</sup> Assim, pensa-se que a imposição de um exame de DNA não pode ser admitida em investigação de um suposto crime sem gravidade, mesmo que não exista tal limitação no texto legal. Pode-se citar, novamente, a Lei de interceptações telefônicas, que prevê sua inadmissibilidade quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção, conforme o artigo 2º, inciso III, da Lei 9.296/96. De outra banda, Maria Elizabeth Queijo defende a utilização dos patamares que definem

---

<sup>7</sup> Sobre isso, ver: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>8</sup> Neste sentido se posiciona o Tribunal Constitucional Espanhol, nas SSTC 37/1989, de 15 de fevereiro, e 207/1996, de 16 de dezembro.

<sup>9</sup> KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN...* p. 166 (tradução livre)

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>11</sup> CALLEGARI, André L.; WERMUTH, Maiquel A. D.; ENGELMANN, Wilson. *DNA e Investigação Criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73-88; KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN...* p. 164.

<sup>12</sup> Assim se posiciona o Tribunal Constitucional espanhol, nas sentenças 37/1989 e 207/1996.

os crimes de menor potencial ofensivo, de modo a vedar as intervenções corporais com fins probatórios para infrações com pena máxima inferior a dois anos.<sup>13</sup> Adicionalmente, pode-se citar a limitação à prisão preventiva instituída pela Lei 12.403/11, que impossibilita sua decretação em casos de supostos crimes com pena máxima inferior a quatro anos ou culposos (artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal brasileiro).<sup>14</sup> Neste sentido, parece ser adequada a utilização, por analogia, do dispositivo citado, de modo a inviabilizar a imposição de exames genéticos em investigações de delitos com pena máxima cominada inferior a quatro anos de reclusão e culposos, pois tal medida só assim terá sua invasividade justificada.

Por fim, elenca-se como pressuposto da utilização de dados genéticos a existência de decisão judicial especificamente motivada, a qual se afirma como direito do acusado e que deveria ser natural a todas as decisões em um processo penal (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira). Assim, o julgador deve analisar detalhadamente cada requisito essencial à imposição da medida, fundamentando em provas, indícios e circunstâncias do caso concreto, de modo a apontar cabalmente sua necessidade e sua subsidiariedade, além dos demais pressupostos aqui examinados. Neste sentido, vale citar a decisão de 04 de fevereiro de 2003 do Tribunal Supremo da Espanha, levantada por Susana Kappler:<sup>15</sup>

Desde nossa perspectiva constitucional e jurisprudencial (...) a prova de DNA não pode ser admitida como válida quando a decisão da intervenção não está amparada por uma resolução judicial, devidamente motivada e escrupulosamente proporcional à natureza do delito e aos meios disponíveis para a investigação.

Agora que já delimitados os requisitos para a utilização de exames genéticos no processo penal brasileiro, buscando-se uma melhor adequação à proteção de direitos fundamentais essenciais ao Estado Democrático de Direito, serão apontadas outras questões que carecem de análise detalhada. Pensa-se que três pontos ressaltam a partir do exame do texto legal agora em vigor: a ausência de limitações temporais

---

<sup>13</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412.

<sup>14</sup> Salvo casos de reincidência ou violência doméstica (conforme incisos II e III do artigo citado).

<sup>15</sup> KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de...* p. 167 (tradução livre) Assim, também as sentenças 49/1999, 37/1989 e 207/1996 do Tribunal Constitucional Espanhol.

bem definidas para a conservação dos dados genéticos, a possibilidade de atuação de ofício pelo julgador e a regulação da necessidade de vinculação causal para a utilização da prova produzida.

Ao se estudar os dispositivos introduzidos ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.654/12, percebe-se que não houve a adequada regulação dos limites temporais de tal ingerência sobre a pessoa investigada ou condenada, de modo que questiona-se: até quando o poder estatal pode manter dados genéticos de cidadãos em seus bancos de informações criminais? A única referência à exclusão dos padrões de DNA do acusado se dá na nova redação do artigo 7º-A da Lei 12.037/09, em razão do transcorrer do lapso temporal necessário à prescrição do delito investigado. Tal lacuna se mostra demasiadamente grave, pois a possibilidade de cancelamento do cadastro pode se dar em diversas hipóteses, como o arquivamento da investigação, o não recebimento da denúncia, a absolvição do réu, dentre inúmeras outras situações. Denise Hammerschmidt aponta que a legislação espanhola prevê inclusive a possibilidade de recurso a instâncias superiores em caso de negativas injustificadas da exclusão.<sup>16</sup> Na busca de sanar tal problema, se mostra adequada a proposta de Lopes Jr. ao defender a aplicação, por analogia, do disposto no artigo 7º da Lei 12.037/09, o qual permite a retirada de identificações fotográficas do acusado nos casos anteriormente citados de modo exemplificativo.<sup>17</sup>

Também merece considerações a possibilidade de o julgador atuar de ofício, pois, conforme o artigo 3º, inciso IV, da Lei 12.037/09, pode haver a identificação criminal (inclusive por DNA) quando 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. Pensa-se que tal autorização possui questionável constitucionalidade, em face do modelo acusatório desenhado pela Constituição Federal brasileira, ao passo que fragiliza a fundamental imparcialidade do juiz.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidad*. Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 156.

<sup>17</sup> LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*, nº 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

<sup>18</sup> Tal ponto permeia debate de profunda complexidade, que foge às pretensões deste trabalho, de modo que se remete a: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

Por fim, outro ponto que instiga interessantes debates é a vinculação causal da prova produzida, pautada pelo princípio da especialidade,<sup>19</sup> pois parece adequada a posição que sustenta a utilização dos dados genéticos obtidos com base na regulação prevista na Lei de identificação criminal (12.037/09) com fins de investigação<sup>20</sup> somente no caso penal em análise, que pautou a decisão judicial autorizadora. Como bem aponta Lopes Jr., essa postura se mostra adotada pelos novos dispositivos introduzidos, ao passo que há a previsão da exclusão dos dados em razão do transcorrer do lapso temporal da prescrição do delito,<sup>21</sup> ou seja, fica clara a vinculação das informações genéticas com o delito examinado no caso concreto em tela. Pode-se citar como exemplo a utilização de dados genéticos conservados em bancos hospitalares, com fins terapêuticos, ou o uso de informações de DNA concedidas voluntariamente pelo acusado em um outro processo. Em ambos os casos, não parece razoável o empréstimo dos padrões biológicos, de modo que sua utilização seria ilícita, tornando a prova assim produzida nula. Pode-se citar, como exemplo, decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, de 24 de setembro de 2007, que atestou a invalidade dos resultados obtidos sem consentimento do acusado ou autorização judicial, por análise a partir de mostra de sangue concedidas para um hospital, com fins terapêuticos.<sup>22</sup> Trata-se, por óbvio, de questão complexa que permeia debates dos mais diversos e possibilita inúmeros posicionamentos, de modo que aqui somente se traçaram breves delineamentos que carecem de estudo mais aprofundado, o qual foge das pretensões deste trabalho.<sup>23</sup>

## **2. Banco de dados genéticos para condenados: a extração de DNA como efeito da condenação por crime hediondo ou doloso com violência grave contra pessoa.**

---

<sup>19</sup> Lopes Jr. aponta que tal princípio foi adotado pelo Tribunal Supremo da Espanha, em decisão de 03 de outubro de 1996, de modo a restringir o uso dos dados obtidos em intervenção por meio de interceptação telefônica somente ao delito investigado. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal...* p. 586)

<sup>20</sup> Diversa é a situação relativa ao material genético obtido do condenado em definitivo, conforme as novas disposições introduzidas na Lei de Execuções Penais (7.210/84), pois aí sim há a finalidade de criação de banco de dados para investigações futuras, abertas e indeterminadas, sem vinculação com um caso concreto.

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*, nº 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

<sup>22</sup> KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN...* p. 76.

<sup>23</sup> Sobre isso ver: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal...* p. 584-591.

Cenário de características diversas se desenha com relação à coleta de material biológico com fins de alimentação de banco de dados genéticos de condenados. Tal modificação se deu a partir da introdução de novo dispositivo na Lei de Execuções Penais – LEP (7.210/1984) ocasionada pela Lei 12.654/12. Inicialmente, cabe salientar que, ao dizer condenados, o texto legal pressupõe a existência de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, sem mais possibilidades de recursos.

O objetivo da obtenção do DNA é fundamentalmente distinto da hipótese anteriormente analisada (que ocorre durante a investigação criminal, ou seja, para um caso concreto e específico), pois almeja a utilização do banco de dados para exames comparativos em relação a fatos futuros, de forma aberta e indeterminada. E, para o acesso, a autoridade policial necessitará de autorização judicial competente. Assim, também aponta-se diferença do caso anterior, pois aquele necessitava de decisão judicial para a coleta do material genético, e este, para a utilização dos dados do banco, já que a coleta se torna obrigatória.

E aí se traça primeira crítica à nova regulação, pois o artigo 9º-A introduzido à LEP prevê a submissão à identificação do perfil genético como efeito obrigatório da sentença penal condenatória, sem espaço para a discricionariedade do juiz, e, portanto, limitando em muito a individualização da pena às características do caso concreto. Mahmoud e Assis Moura apontam que há distinção aos efeitos da sentença, previstos nos artigos 92 e 93 do Código Penal brasileiro, pois nestes há a necessidade de motivação específica para a imposição na sentença, assim, sustentam que a extração compulsória de material genético é contrária à Constituição Federal brasileira.<sup>24</sup>

A única restrição à coleta de DNA do condenado em definitivo se dá em razão da natureza do crime objeto da condenação, pois, conforme o artigo 9º-A da LEP, ela se limita aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa (conforme Lopes Jr.,<sup>25</sup> lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima), ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de

---

<sup>24</sup> MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, nº 98, p. 339-360, set. 2012.

<sup>25</sup> LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*, nº 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

25 de julho de 1990, ou seja, hediondos. Assim, ficam excluídos os delitos culposos e, em aparente contradição, aqueles “assemelhados a hediondos”, como tráfico de drogas ou tortura e terrorismo, quando praticados sem violência grave contra pessoa. Neste sentido, também resta suprimido o roubo mediante grave ameaça ou violência leve, por exemplo, pois o fim do critério apontado foi exatamente afastar a simples lesão corporal leve, conforme parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, quando da análise da Lei 12.654/12.

Tal critério de seleção sofre pesadas críticas, juntamente com a criação de um banco de dados, pois gerar-se-ia um lastro de informações de “futuros suspeitos”, com uma latente aceitação de um questionável direito penal do autor,<sup>26</sup> inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Neste sentido, concluem Mahmoud e Assis Moura que “a modificação da Lei de Execução Penal assenta-se num ideal político-criminal de direito penal máximo, que não pode ser chancelado pela ordem constitucional vigente”,<sup>27</sup> pois viola os princípios da humanidade das penas, da igualdade e da culpabilidade. Assim também se posiciona o editorial do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ao apontar que “a inconstitucionalidade se agiganta no referido art. 9º-A”, por esta razão e por não haver previsão de exclusão dos dados, criando uma perpetuidade que não se compatibiliza com o artigo 5º, inciso LXVII, alínea “b”, da Constituição Federal.

Tal lacuna ressalta ainda mais a insuficiência da nova regulamentação, posto que em nenhum momento determina hipóteses de exclusão dos dados. Ou seja, a simples leitura do texto pode acarretar a ideia de que tal banco genético seria eterno, o que, por óbvio, viola diversos pressupostos de um processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito. Aqui interessante é a proposta de Lopes Jr. no sentido de utilizar, por analogia, o instituto da reabilitação, previsto nos artigos 93 e seguintes do Código Penal, de modo a apagar os registros após o decorrer de dois anos da extinção ou do cumprimento da pena.<sup>28</sup> Outra opção, adotada na Espanha (artigo 9º da Lei Orgânica 10/2007) e apontada por Susana Kappler, determina a

---

<sup>26</sup> Sobre isso, ver: MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 59, mar.-abr. 2006.

<sup>27</sup> MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, nº 98, p. 339-360, set. 2012.

<sup>28</sup> LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*, nº 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

exclusão a partir do momento do cancelamento dos antecedentes criminais em relação ao delito punido.<sup>29</sup> No cenário brasileiro, tal hipótese poderia se encaixar no transcorrer dos cinco anos para o fim da caracterização de reincidência, conforme o artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Percebe-se que uma das principais diferenças entre a coleta de dados genéticos na investigação e depois da condenação definitiva, é a limitação quanto à natureza do delito na segunda hipótese. Assim, pode-se imaginar a seguinte situação, bem apontada por Denise Hammerschmidt:<sup>30</sup> um indivíduo é investigado por suposto delito de roubo simples com ameaça, ou seja, sem violência de natureza grave contra pessoa nem hediondo, responde a processo e tem material genético coletado com base na Lei 12.037/09; ao fim, é condenado definitivamente e começa a cumprir pena. Questiona-se, então, qual a providência a ser adotada com relação aos seus dados de DNA? Podem ser enviados para adição ao banco de dados? A resposta adequada se mostra negativa, ao passo que a regulação prevista na Lei de Execuções Penais se restringe aos crimes ali determinados e, assim, se impõe a exclusão dos dados ao fim do processo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, conclui-se que a nova legislação apresenta questões passíveis de pertinentes críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade, além de conter lacunas que podem ocasionar graves violações a direitos fundamentais. Assim, não se pode sustentar que o Direito Processual Penal fique alheio às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado. O poder punitivo precisa ser constantemente limitado e criticado, sob pena de uma expansão sem limites da arbitrariedade e do autoritarismo.

---

<sup>29</sup> KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN...* p. 146.

<sup>30</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidad...* p. 156.

Percebe-se que a Lei 12.654/12 surgiu no campo jurídico-penal com o fim de regular a utilização de dados genéticos na persecução criminal brasileiro, mas acarretou diversos questionamentos doutrinários. Assim, pode-se dizer que o legislador brasileiro andou bem ao tentar atualizar o processo penal às novas tecnologias, mas em certos pontos esqueceu de adequar estas inovações aos direitos e garantias fundamentais.

A partir das considerações aqui empreendidas percebeu-se a complexidade do tema tratado, ao passo que envolve a constante tensão entre os objetivos punitivos estatais, em regra incentivados pelo clamor social, e a pretensão do acusado em ver seus direitos assegurados. Assim, restou claro que o tema semeia problemas que carecem de profundos estudos e que, aqui, foram expostos com o objetivo de incentivar o estudo crítico.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thomson Civitas, 2008.
- CALLEGARI, André L.; WERMUTH, Maiquel A. D.; ENGELMANN, Wilson. *DNA e Investigação Criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Salo. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- COERCITIVA identificação criminal pelo DNA? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 238, set./2012, p. 1.
- GARLAND, David. *Culture of Control*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- GLOECKNER, Ricardo; SILVA, David. Dispositivos de segurança e mecanismos liberógenos: a ampliação do controle penal no neoliberalismo. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 45, abril/junho 2012, p. 117/141;
- HAMMERSCHMIDT, Denise. *Identificación genética, discriminación y criminalidad*. Un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008.
- LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim do IBCCrim*, n° 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Lei 12.654/2012 e os Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, nº 98, p. 339-360, set. 2012.
- MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 59, mar./abr. 2006, p. 223-259.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Para um Processo Penal Democrático. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Breves notas sobre a não autoincriminação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 19, n. 222, p. 4-5, maio/2011.
- PRATT, John, et all. (Org.), *The New Punitiveness*. Portland: Willan Publishing, 2005.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROXIN, Claus. Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2009.
- SAAVEDRA, Giovani; VASCONCELLOS, Vinicius. Expansão do Direito Penal e Relativização dos Fundamentos do Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano X, n. 42, jul./set. 2011, p. 123/142.
- SERRANO, Nicolás González-Cuéllar (director). Problemas actuales de la justicia penal. Madrid: Colex, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*. Madrid: Edisofer, 2011.
- SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime*. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do nemo tenetur se detegere. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 20, n. 239, out./2012, p. 13-14.