
**A REPERCUSSÃO GERAL DA ALEGAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 9-A DA LEI DE EXECUÇÃO
PENAL**

***OVERALL REPERCUSSION OF THE CLAIM OF
UNCONSTITUTIONALITY OF PENAL EXECUTION LAW, ART. 9-A***

RODRIGO GRAZINOLI GARRIDO

Doutor em Ciências na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Mestre em Ciências Farmacêuticas na Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Especialista em Análises Clínicas na Universidade do Grande Rio – UNIGRANRIO. Especialista em Bioética na Universidade Federal de Lavras - UFLA. Especialista em Gestão Escolar no Centro Universitário Barão de Mauá - Jardim Paulista (CBM). Graduado em Segurança Pública na Universidade Federal Fluminense - UFF. Biomédico, Licenciado em Biologia.

RESUMO

Buscou-se lançar luz sobre os fundamentos que sustentam a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei de Execução Penal que tornou obrigatória a identificação do perfil genético dos condenados por crime hediondos e a introdução desses dados no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG). Tal alegação levou à interposição de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e reconhecimento da repercussão geral pelo STF. Para tanto, foi feita uma análise do BNPG e as contradições constitucionais, bioética e criminológicas do referido repositório. Fez-se também uma revisão doutrinária sobre o instrumento da Repercussão Geral usada pelo STF. Assim, parece que a forma pela qual tornou-se obrigatória a doação de material genético de certo grupo de condenados, sem uma perfeita determinação do tempo pelo qual tais dados serão mantidos no BNPG afrontaria princípios constitucionais básicos, como o da

autoincriminação e o de permanecer em silêncio. Apesar de legislações como esta ser encontrada em outros países e vir ao encontro das demandas sociais em tempo de controle, parecem temerárias flexibilizações de direitos como propostas pela Lei 12.654/2012. Conclui-se que admitir a flexibilização dos princípios constitucionais ferirá de morte a CRFB/88, pois, o sentido de tais princípios constitucionais protetivos, são absolutamente claros, e necessários dentro de uma Estado Social Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: genética forense; banco de perfis genéticos; repercussão geral

ABSTRACT

It was sought to shed light on the grounds that support the claim of unconstitutionality of the Criminal Enforcement Law, art. 9-A, which made it compulsory to identify the genetic profile of those convicted of heinous crimes and the introduction of these data in the National Gene Profiling Bank (BNPG). This claim led to the filing of an extraordinary appeal against the judgment of the Court of Justice of the State of Minas Gerais and recognition of the overall repercussion by the STF. To do so, an analysis of the BNPG and the constitutional, bioethical and criminological contradictions of said repository was made. A doctrinal revision was also made on the instrument of the General Repercussion used by the Supreme Court. Thus, it seems that the way in which the donation of genetic material from a certain group of convicts has become mandatory without a perfect determination of the time by which such data will be kept in the BNPG would face basic constitutional principles, such as self-incrimination and remaining in silence. Despite laws such as this being found in other countries and meeting social demands in time of control, there are reckless flexibilizations of rights as proposed by Law 12,654 / 2012. It is concluded that admitting the flexibilization of constitutional principles will kill CRFB / 88, since the meaning of such constitutional principles is absolutely clear and necessary within a Democratic Social State of Law.

KEYWORDS: forensic genetics; genetic database; overall repercussion.

INTRODUÇÃO

A despeito das tecnologias de vigilância estar entre as discussões mais atuais, desde a instalação do Estado Moderno, há coleta de informações sobre populações, no intuito de governá-las (RICHTER, 2016). As tecnologias vêm mudando, mas o controle social se mantém, de forma que ainda são comuns as propostas de atuação diretamente sobre os corpos, como no estabelecimento de Bancos de Perfis Genéticos para persecução penal.

Bancos de perfis genéticos com fins de persecução penal vêm sendo estabelecidos há mais de vinte anos nos EUA e no Reino Unido e são atualmente utilizados em todo o mundo por mais de sessenta países. No Brasil, a partir da Lei nº 12.654/2012 passou-se a admitir ou mesmo obrigou-se a coleta e armazenamento de dados em bancos de perfis genéticos com interesse criminal (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

Ainda segundo esses autores, esta ferramenta estabelece uma nova forma de investigação, contribuindo para a resolução de crimes. Entretanto, há muitas contradições constitucionais e bioéticas sobre a coleta, o depósito e a utilização de dados genéticos, principalmente por permitir uma aplicação discriminatória na forma de uma Criminologia Genética.

Essas contradições levaram à interposição de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e reconhecimento da repercussão geral pelo STF. Mais especificamente, o recurso questiona a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, que tornou obrigatória a doação de material biológico para a identificação do perfil genético dos condenados por crime hediondos e a introdução desses dados no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), instituído posteriormente pelo Decreto 7.950/2013.

Assim, por meio de pesquisa exploratória, a ser desenvolvida a partir de documentação indireta de fontes secundárias como livros e artigos e de fontes primárias da legislação brasileira, buscou-se avaliar os fundamentos que sustentam a alegação de inconstitucionalidade do referido dispositivo e os procedimentos utilizados pelo STF no reconhecimento da repercussão geral.

2 BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS NO MUNDO E A IMPLANTAÇÃO DO BNPG

O Ácido Desoxirribonucleico (DNA) foi descoberto em 1869 pelo bioquímico suíço Johann Friedrich Miescher, mas foi apenas em 1953 que os cientistas James Watson e Francis Crick identificaram a estrutura tridimensional dessa molécula. A partir daí, diversos foram os avanços biotecnológicos que auxiliaram no desenvolvimento de vários fatores relacionados diretamente ao ser humano. Além de novas técnicas de diagnóstico e prevenção de doenças, surgiram métodos de identificação humana por meio material genético.

Dessa forma, a identificação humana por DNA permitiu um significativo avanço nas questões de paternidade, desastres em massa, desaparecimentos e a construção de bancos de perfis genéticos com fins de persecução penal. Ainda na década de 1990, os pioneiros na criação de bancos de perfis genéticos e utilização desse material para identificação e persecução criminal foram o Reino Unido e os Estados Unidos da América (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

De acordo com dados da INTERPOL (2017), mais de setenta países possuem banco de dados de perfis genéticos. Contudo, a legislação acerca da inserção dos perfis genéticos e das comparações nos bancos de dados apresentam diferenças entre eles. Em alguns países, por exemplo, apenas criminosos condenados são incluídos no banco de dados e em outros, especificamente condenados por alguns crimes mais graves vão para o banco.

É claro que o advento dos bancos de dados de perfis genéticos com fins penais em diversos países poderia ser interpretado como um dispositivo de controle, que permite a vigilância constante da população pelo Estado (DELEUZE, 1990; ALMEIDA e GARRIDO, 2016). O aumento da vigilância está cada vez mais evidente na modernidade tardia, onde o medo do crime, do terrorista, do hacker é cada vez mais presente (BAUMAN, 1999).

Os países da União Europeia, p.ex., a partir de 2005, com o Tratado de Prüm, passaram a compartilhar de informações, inclusive genéticas, entre suas agências de segurança. Inicialmente, o tratado contava com Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Holanda e Áustria, posteriormente, mais 20 países europeus se

tornaram signatários, como descrito pelo Center for European Policy Studies (GARIDO e RODRIGUES, 2015).

No oriente, a China estabeleceu seu banco de dados de DNA em 2004, porém Hong Kong possui sua própria base desde 2001. Ge e colaboradores (2014) estimam que em mais de 20 milhões de perfis compoendo o banco chinês. Já na África do Sul teve seu banco de perfis genéticos com fins criminais estabelecido ainda não oficialmente em 1997. Contudo, somente após a “Lei DNA” de 2013, foi estabelecida a expansão, regulação e administração de um banco de dados nacional, conhecido como National Forensic DNA Database of South Africa (NFDD). Também na Austrália, segundo dados da Australian Criminal Intelligence Commission, há bancos de dados de DNA em cada um dos seus seis estados e dois territórios e um Crim Trac’s National Criminal Investigation DNA database (NCIDD), permitindo as comparações dos perfis genéticos (FGPI, 2017).

Na vizinhança do MERCOSUL, a Argentina possui o Banco Nacional de Dados Genéticos, organismo autônomo e autárquico da estrutura do Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação Produtiva. Este repositório teve sua origem através da Lei 23.511 de 1987 no Serviço de Imunologia o Hospital Carlos G. Durand. O objetivo inicial era atuar na identificação de vítimas de crimes contra a humanidade promovidos pelo governo totalitário que persistiu naquele país até 1983. Posteriormente, em 2009, pela lei 26.548, foi modificado para permitir o uso forense (GARIDO e RODRIGUES, 2015).

No Brasil, antes do estabelecimento do banco, ocorreu-se a implantação do CODIS (Combined DNA Index System) em 2009. Esse software foi criado em 1998 nos EUA e permite comparar entre dos perfis genéticos cadastrados no sistema o que, além de contribuir com a descoberta de paradeiros, proporciona uma identificação rápida de criminosos reincidentes (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

A partir do software CODIS, os perfis genéticos são inseridos no banco de dados sob a forma de alelos das sequências de DNA denominadas microssatélites (STR – short tandem repeat). Estas regiões são altamente polimórfica, ou seja, apresentam variações que possibilitam diferenciar pessoas. A análise dos STRs é feita por uma técnica de biologia molecular chamada Reação em Cadeia da

Polimerase (PCR) que promove a amplificação do material genético de interesse com iniciadores (primers) específicos (BUTLER, 2005).

Em 2012, foi promulgada a Lei 12.654, alterando a Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execução Penal. No entanto, foi apenas um ano depois que o Decreto nº 7.950/2013 institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

Assim, tornou possível a identificação criminal pelo material genético a partir da sua coleta e armazenamento em bancos de dados. O ponto nevrálgico dessa legislação seria ter tornado obrigatória a coleta do material biológico e a identificação do perfil genético de 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.

Não se questiona que esta nova forma de investigação criminal possa contribuir para a resolução de crimes. No entanto, é preciso reconhecer quais os caminhos que levaram à demanda social por esse tipo de legislação e considerar as contradições legais, criminológicas e bioéticas que envolvem o controle de corpos por meio da coleta, estocagem e utilização do material genético, sobretudo da coleta obrigatória do condenado (DE ALMEIDA e GARRIDO, 2016). Até porque, já foi reconhecido que a aprovação dessa legislação foi realizada sem a devida discussão democrática (SCHIOCCHET, 2014).

3 BIOÉTICA, CRIMINOLOGIA E LEGALIDADE DO BANCO DE PERFIS GENÉTICOS

A genética forense, alcançou posição de destaque nas varas criminais e de família, tornando-se um recurso “irresistível e imperioso” e passando a fundamentar as decisões dos magistrados. Segundo Machado (2011), os genes passam a revelar “a verdade da essência humana (quem somos, quem seremos) ou a verdade da conduta humana (quem é culpado e quem é inocente)”.

No que se refere aos bancos de perfis genéticos, a capacidade probante da genética forense se mostra potencializada. Dessa forma, Callegari, Wermuth e Engelman (2012) consideram que é comum cair na armadilha de querer antecipar o risco, evitando que se transforme em situação real de perigo e, assim, aplicando a medida penal sobre cogitações ou predisposições.

Na verdade, a questão relacionada à constitucionalidade dos bancos de dados de DNA é anterior à publicação da Lei nº12.654 (SCRIBONI, 2012). O presidente da Academia Brasileira de Direito Constitucional considerava o projeto inconstitucional, uma vez que a lei obrigaria a cessão do material genético e, assim, a autoprodução de prova contra o doador. Contudo, outras vezes negavam inconstitucionalidade, reconhecendo na doação na obrigatoriedade um direito do Estado, visando o interesse público. Além disso, consideravam que a negativa do fornecimento de dados de identificação já encontra punição na Lei de Contravenções Penais. E, nada se relacionaria com produção de prova contra si, uma vez que a doação obrigatória se daria após uma condenação e não para tal. Da mesma opinião compartilhava um Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Este acrescentava que a ao tornar compulsória a doação, proteger-se-ia 99,9% da população, excluindo os criminosos perigosos.

Radicalmente contrário, Romano (2014) se mostrou assombrado pela possibilidade de identificação criminal pelo DNA, introduzida pela Lei nº 12.654/2012. Em um conjunto de inconstitucionalidades mencionadas por este autor, pontua-se que a identificação criminal deve ser utilizada apenas nas condições excepcionais sob a luz do artigo 5º LVIII da Constituição Federal. Além disso, acredita que o Banco de Perfis Genéticos também coloca em risco as garantias constitucionais quanto ao direito à intimidade do indivíduo (artigo 5º X). Assim, em suas palavras: “É o ressurgimento perigoso, no direito brasileiro, da escola de Lombroso, do direito penal do autor.”.

Não há dúvida que o estabelecimento de bancos genéticos auxiliam na investigação criminal, haja vista o número de casos resolvidos pelo FBI com essa tecnologia (FBI, 2017). Em países como EUA e Reino Unido, que se utilizam de banco de dados de perfis genéticos há mais de vinte anos, a taxa de elucidação de homicídios alcança 65% e 90%, enquanto no Brasil não ultrapassa 8% (ENASP,

2012). Contudo, devem-se tomar os cuidados necessários para que o domínio de informações genéticas não implique em uma nova visão biológica do crime (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

Além disso, de acordo com Garrido e Rodrigues (2015), não se pode afastar de plano que a doação obrigatória contraria o princípio *nemo tenetur se detegere*, pois os dados inseridos no banco após a condenação, servirão exatamente para produção de prova em eventuais outras investigações que tiverem evidências depositadas, dependendo de comparação. Seria como se estes condenados, obrigados a doar material para o BNPG, passassem a ser os primeiros suspeitos de todos os crimes com evidências no banco.

É claro que não se deve sustentar radicalmente argumentos de que os dados genéticos serão diretamente utilizados para ações discriminatórias relacionadas a características físicas ou propensões a doenças, muito menos que determinaria características comportamentais, especialmente vinculadas a condutas violentas. A legislação brasileira sobre o banco de perfis genético garante que as amostras dos bancos de dados serão sigilosos e que os marcadores genéticos utilizados não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais, exceto determinação genética de gênero. Contudo, é sabido que a frequência de determinados alelos autossômicos, bem como de marcadores de linhagem vinculam determinados grupos com origem geográfica semelhante, que coevoluiu (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

De forma geral, a doação e análise de material genético deve sempre seguir as recomendações da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, com vistas ao respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (UNESCO, 2003), valorizando-se principalmente o consentimento dos doadores. Por outro lado, a Declaração da UNESCO abre a possibilidade de serem estipuladas restrições ao princípio do consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos (UNESCO, 2003).

Assim, a lei brasileira e congêneres alienígenas tornaram compulsória a coleta para certos grupos. Todavia, a lei pátria garantiu que a obtenção do material

biológico fonte de DNA seja feita por técnica indolor, reafirmando o princípio da não maleficência.

No entanto, a despeito de se considerar um afronto aos Direitos Humanos, a adição de dados de não condenados e sua manutenção indeterminada após cumprimento das penas, esta prática parece inexorável, mesmo nos países que restringem tal período, como Portugal. Na palavra de juristas e cientistas, fica claro que em futuro próximo, serão alargadas as restrições impostas pela lei (MACHADO, 2011).

Há muitos pontos de vista conflitantes entre países detentores de bancos de dados de DNA com fins criminais no que diz respeito à manutenção dos dados. No Reino Unido, desde a implantação do sistema, as amostras de condenados são mantidas no banco depois de cumpridas as penas. Contudo, esta prática suscitou em 2008 a condenação do Estado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *S. AND MARPER vs. THE UNITED KINGDOM* (UK, 2008). Depreende-se daí que os Estados titulares de amostras de DNA de indivíduos presos, mas que são posteriormente absolvidos ou tenham as acusações retiradas, não devem manter as informações biométricas custodiadas.

No Brasil, apesar de inúmeras questões suscitarem questionamentos quanto à constitucionalidade do BNPG, o que objetivou Recurso Extraordinário impetrado junto ao STF foi o art. 9º-A introduzido à Lei no 7.210/1984 - Lei de Execução Penal - pela Lei 12.654/2012, que tornou obrigatória a doação de material biológico para a identificação do perfil genético dos condenados por crime hediondos. O STF reconheceu a Repercussão Geral da matéria, modelo de controle da constitucionalidade que será melhor apresentado a seguir.

4 SOBRE A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O presente estudo busca analisar o BNPG, incluindo sua compatibilidade com a constituição federal brasileira de 1988. O tema BNPG chegou ao STF via recurso extraordinário, recurso que permite ao recorrente questionar a compatibilidade de uma decisão *a quo* com o texto constitucional. O recurso

extraordinário é um instituto que faz parte do controle de constitucionalidade brasileiro. O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, após a CRFB/88, passou a ser dividido em controle de constitucionalidade preventivo¹ e controle de constitucionalidade repressivo difuso e concentrado².

O que mais interessa ao presente estudo é justamente o modelo difuso de controle de constitucionalidade repressivo. Esse modelo nasceu nos Estados Unidos da América e foi trazido para o Brasil, já na primeira constituição republicana de 1891, por influência de Rui Barbosa.

Por esse modelo, qualquer cidadão, com capacidade postulatória, teria legitimidade ativa para propositura de uma ação objetivando a realização do controle difuso de constitucionalidade. Outra peculiaridade desse modelo é que qualquer membro do Poder Judiciário possui competência para fazer o controle difuso de constitucionalidade.

Em âmbito do STF, a forma mais comum de controle difuso, também conhecido como *incidenter tantur*³, ocorre via Recurso Extraordinário. Por esse instituto, um cidadão pode recorrer a corte máxima sempre que uma decisão, via de regra, exarada por um tribunal regional federal ou tribunal de justiça (órgãos de segundo grau), que reexaminou uma sentença de primeiro grau em sede recursal, estiver violando texto expresso da constituição. A previsão do Recurso Extraordinário se encontra no artigo 102, III da CRFB/88:

¹ O Controle de constitucionalidade preventivo de constitucionalidade, como o próprio nome diz, visa evitar que uma norma jurídica, eivada de inconstitucionalidade, adentre ao ordenamento jurídico. Apesar de alguma discussão, é pacífico na doutrina dois exemplos desse modelo preventivo. O primeiro, seriam as comissões de constituição e justiça, que emitem parecer prévio sobre a constitucionalidade de um projeto de lei ou de emenda à constituição, antes da sua votação no plenário do parlamento. O segundo exemplo, seria o veto presidencial, que ocorre quando o presidente da República veta um texto legal, aprovado pelo plenário no Parlamento, sob o fundamento de que o mesmo estavam eivados de inconstitucionalidade.

² Apesar de encontrarmos uma forma embrionária de controle de constitucionalidade concentrado já no texto constitucional de 1946, somente na CRFB/88 que o modelo concentrado é efetivamente implementado, além da mera representação de inconstitucionalidade até então existente. Com isso, nasciam a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, e, por último, já via emenda à constitucional nº 3, a arguição por descumprimento de preceito fundamental.

³ O controle difuso de constitucionalidade difuso também é conhecido como *incidenter tantun* pois não se consubstancia no pedido principal, mas sim um incidente processual, ou mais precisamente, seria a causa de pedir da ação. Em um caso concreto de pedido de repetição de indébito tributário com fundamento na inconstitucionalidade de uma lei hipotética "X", o pedido será a devolução dos valores pagos em razão de norma inconstitucional, e a causa de pedir será a inconstitucionalidade da referida norma.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal⁴.

A repercussão geral foi instituída em nosso ordenamento jurídico pátrio, com o advento da emenda à constituição número 45 de 2004, onde foi acrescentado o parágrafo terceiro ao artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88:

§3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros.

Quando o Poder Constituinte derivado instituiu o dispositivo constitucional mencionado, criando a repercussão geral, inovou no ordenamento jurídico, trazendo uma exceção no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88 que afirma que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. E mesmo na ausência de lei, o juiz deverá, de acordo com a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB exarar a decisão correta com base em seu artigo 4º que afirma que *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*.

Com o advento do §3º do artigo 102 da CRFB, houve a instituição da repercussão geral da questão da constitucionalidade como um novo requisito de admissibilidade a ser enfrentado pelo STF para poder adentrar no mérito do recurso extraordinário. Assim, o STF ganhou uma importância prerrogativa de selecionar os

⁴ Conforme aponta STRECK (2014, p. 585), diferente do que ocorre no direito lusitano, espanhol, francês e alemão, o recurso extraordinário brasileiro não apenas decide as questões envolvendo a compatibilidade constitucional questionada, mas também a questão do mérito da ação. Nesses países, onde apenas é adotado o controle concentrado de constitucionalidade, após a cassação da sentença, a corte constitucional devolverá ao tribunal de origem para que este emita nova decisão.

casos que entende que deva julgar⁵ (SARLET; MARINONI e MITIDIEIRO, 2015, p.997).

A criação desse requisito, não previsto originalmente no texto constitucional, é, nas palavras Mendes e Streck (p. 2989)

[...] uma resposta “darwiniana” do sistema jurídico ao modo fragmentário de decidir vigente no país. O instituto ingressa no ordenamento de modo similar às Súmulas com efeito vinculante. Embora as críticas que possa provocar, parece não restar dúvida que a Repercussão Geral se apresenta como um importante instrumento que pode vir a fortalecer a integridade e coerência da jurisprudência.

Assim, quando interposto o recurso extraordinário, a Presidência do STF fará a primeira aferição da existência de repercussão geral, que após, será distribuída, por sorteio, para um relator, que dentre outros requisitos processuais recursais para a sua admissibilidade, fará nova averiguação da existência de repercussão geral. Admitindo existir a repercussão geral, o relator poderá ouvir manifestação de terceiros (*amicus curiae*) que possam auxiliar na cognição dos ministros. O relator irá elaborar seu relatório, e enviará o mesmo, eletronicamente, para os demais ministros da corte, que terão 20 dias para se manifestar. Se após o prazo 2/3 dos ministros não se manifestarem pela procedência da repercussão geral, esta será declarada presumida e levada a julgamento. Se a maioria da corte entender de forma contrária ao relator, o recurso extraordinário será redistribuído por sorteio a um ministro diferente, para continuação do julgamento de mérito do recurso.

Importante mencionar que o STF poderá sobrestar o julgamento de todas ações em trâmite, cujo fundamento seja o analisado no recurso extraordinário julgado, e após o seu julgamento, poderá ser julgado com base na decisão do STF, tendo em vista sua decisão ser *erga omnes*, ou, como afirma STRECK (2014, p. 591), “promovendo verdadeira vinculação vertical da decisão proferida pela Corte Superior”.

⁵ Tradicionalmente o Brasil não optava em conceder tais prerrogativas a qualquer tribunal, ou seja, de escolher os casos que entende existir relevância para julgar. Se os requisitos legais estivessem previstos, o tribunais, incluindo o STF deveriam julgar o mérito da ação ou recurso. No modelo norte-americano, a Suprema Corte tem essa possibilidade de escolher os casos a ela submetidos que tenham um real relevância e que por isso mereceriam ser apreciados pela corte máxima estadunidense.

Diante da importância da repercussão geral do recurso extraordinário, o recorrente deverá sempre mencionar, explicitamente, os fundamentos que demonstram a existência da repercussão geral, sob pena do mesmo ser inadmitido, não cabendo qualquer forma de presunção (STRECK, 2014, p. 594).

Uma importante crítica ao instituto da repercussão geral diz respeito a escolha do recurso extraordinário a ser analisado, sempre que existam vários outros que versem sobre a constitucionalidade do mesmo instituto. Com isso, quando múltiplos recursos extraordinários são distribuídos com fundamentos com idêntica controvérsia constitucional, O presidente do STF ou o relator sorteado irá selecionar o recurso ou os recursos que irão nortear a discussão na corte, e irá determinar o sobrestamento dos demais, devolvendo-os para os seus respectivos tribunais de origem. A crítica pertinente consiste em entender como essa escolha será feita, pois nem sempre o recurso melhor fundamentado, embasado, será o escolhido, podendo com isso haver algum prejuízo para o(s) recorrente(s).

Por mais que cause um estranhamento inicial, resta inegável a importância do requisito da repercussão geral, pois, o número de recursos extraordinários interpostos ao STF praticamente obstaculiza uma boa prestação jurisdicional da corte máxima brasileira, principalmente em relação a sua função precípua, a de guardião da constituição, e de órgão julgador do controle de constitucionalidade repressivo concentrado.

Os recursos extraordinários correspondem hoje a noventa por cento da quantidade de processos no STF, o que demonstra realmente a necessidade de um instituto que limite o acesso a corte suprema brasileira, visando assim diminuir consideravelmente o problema de acúmulo processual no STF. Com isso, conforme mencionado, poderá o STF se focar nas questões constitucionais mais relevantes ao país (MENDES e STRECK, ano, p. 2988).

Portanto, não resta dúvida que o STF necessita julgar um número infinitamente menor de processos, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade, seja em sede de controle difuso de constitucionalidade. Contudo, a finalidade precípua de mecanismos gerais como a repercussão geral, e até a súmula vinculante, deveria ter em mente, mais do que simplesmente perseguir o princípio da celeridade processual, garantir a previsibilidade das decisões judiciais.

Não deve a repercussão geral ser pensada como mero instituto para obstaculizar o acesso à justiça, mas para aprimorar tal acesso.

Assim, segue a sina do direito brasileiro. Por desconhecimento hermenêutico, do direito constitucional e de filosofia geral e do direito, o direito ainda se fecha em si mesmo, confundido os sistemas constitucionais, sem entender o que seja efetivamente um caso concreto e principalmente com uma escolha por amostragem absolutamente ilegítima e até inconstitucional, vamos fragilizando o acesso à justiça e principalmente o direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada.

Contudo, esse é o atual modelo, devendo os pensadores e aplicadores do direito procurar contribuir para que o modelo adotado seja, com o passar dos anos, melhor aprimorado, fortalecendo assim o próprio texto constitucional, e por conseguinte, o próprio Estado Social Democrático de Direito brasileiro.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO BNPG

A análise sobre a constitucionalidade do BNPG se mostra absolutamente necessária, tendo em vista o norte hermenêutico constitucional sempre foi garantista, com um texto constitucional sempre preocupado com direitos e garantias fundamentais.

Em relação a questão de produção de provas contra si mesmo, este é um princípio constitucionalmente assegurado pela Constituição Brasileira de 1988 com a combinação dos incisos LV e LXIII do artigo 5º que afirma:

LV - 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; [...] 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.

Apesar dos dispositivos constitucionais supramencionados não versarem exatamente sobre a produção específica de provas, principalmente em relação a produção de provas ligadas aos avanços da genética e do Biodireito, a jurisprudência pátria sempre entendeu tais dispositivos da forma mais protetiva possível.

O direito de não se autoincriminar corresponde para o Supremo Tribunal Federal – STF um verdadeiro corolário do chamado devido processo legal⁶, não podendo ser olvidado nem pelo Poder Constituinte Derivado, nem para o Legislador infraconstitucional e muito menos pelos membros do Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ também já se manifestou diversas vezes sobre esse assunto, seguindo o entendimento do STF, corroborando com o entendimento da vedação a obrigatoriedade do réu em produzir provas contra si mesmo. Esse entendimento do STJ foi sufragado no Recurso Repetitivo versando sobre a obrigatoriedade do bafômetro, entendeu que ninguém poderia *“ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar”*⁷.

⁶ Sobre a importância do direito de não se incriminar e dele derivar do princípio do devido processo legal, o STF afirmou que: *“A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria “persecutio criminis”. – O exame da cláusula referente ao “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação)”*. (HC 111567, Relator Celso de Melo

⁷ O STJ firmou o entendimento da vedação da autoincriminação afirmando: PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. 1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (nemo tenetur se detegere). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. 4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. 6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção

Não se nega a possibilidade de evolução do direito, enquanto ciência, do direito, pensado como ordenamento jurídico, e também o direito pensado como resultado da produção jurisdicional, mas sempre dentro de uma razoabilidade e também dentro dos limites previstos no texto constitucional.

O Poder Judiciário brasileiro vem sofrendo fortes críticas em razão, na melhor das hipóteses, de um ativismo judicial exacerbado, mas que por muitas vezes é tão exacerbado que acaba por usurpar a função legiferante do Poder Legislativo.

Sobre essa atual postura mais ativa do que deveria do Poder Judiciário, muito se deve aos problemas facilmente perceptíveis por que passa o Poder Legislativo brasileiro, envolvido, principalmente no século XXI, com diversos problemas relacionados a casos de corrupção e uma fragilidade e “apequenamento” diante, principalmente, do Poder Executivo.

Com isso, sempre que um dos Poderes Republicanos diminui seu poder de influência, e como não existe vácuo na política, um outro Poder Republicano irá ocupar esse espaço. Assim, não apenas o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário, vêm ganhando em relevância e influência, ao ponto de praticamente todos os assuntos relevantes para a sociedade estarem sendo decididos pelo STF.

Nietzsche já afirmava existir dentro de cada indivíduo o que ele chamava de vontade de poder, algo que o pensamento kelseniano sempre tentou camuflar e negar, acreditando existir uma ficta neutralidade do magistrado. Portanto, se existe essa vontade de poder, onde aumentamos essa vontade quando temos bons encontros, e diminuímos quando temos maus encontros, por óbvio que sempre vamos buscar termos bons encontros.

Se existe esse vácuo deixado pelo Poder Legislativo, ao preenche-lo, o Poder Judiciário, principalmente o STF e seus ministros, irão aumentar suas respectivas vontades de poder, pois o âmbito de sua influência irá aumentar sobremaneira.

legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 9. Recurso especial a que se nega provimento. (Recurso Repetitivo – temas 446 e 447.

Em relação ao objeto da presente pesquisa, a constitucionalidade BNPG, o que se discute é se alguém poderá ser compelido a fornecer material genético, contra a sua vontade, para que fique arquivado em um banco de dados genético público.

A discussão existe pois resta inequívoco que ao fornecer os dados para o BNPG, o réu estaria realizando prova contra si mesmo, o que violaria a jurisprudência tradicional do STF e também do próprio STJ conforme mencionado.

Cumprе mencionar que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, tratado esse garantidor de direitos humanos, e que incluiu, em seu artigo 8º, 2, “g”, vedação a autoincriminação e o direito ao silêncio:

Artigo 8º - Garantias judiciais (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) **g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; (grifos nossos)**

A hermenêutica filosófica ensina que, apesar de sempre existir a pré-compreensão, esta individual, não se pode atribuir qualquer sentido aleatoriamente a um texto, adequando-o aos nossos interesses.

De acordo com Gadamer (2002, p. 72), devemos compreender o singular através do todo e o todo através do singular. Diante disso, retirar os princípios da ampla defesa e da não incriminação para analisa-los fora do sistema constitucional brasileiro atual, viola a regra hermenêutica mencionada por Gadamer, e só se justifica se for esse o intuito, ou seja, a meta é realmente atribuir um sentido que seja pessoal e casuístico. Portanto, conforme mencionado, o correto sempre será compreender um texto a partir de si próprio (GADAMER, 2002, p. 73).

Além disso, o constituinte originário optou por elencar no texto constitucional o §4º no artigo 60, que a doutrina e a jurisprudência pátria passaram a denominar cláusula pétrea, cuja ideia é da imutabilidade de tais princípios, por se consubstanciarem em valores básicos da República brasileira.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais.**

Sobre essa imutabilidade, Sarlet (2006, p. 133) defenderá o princípio da vedação ao retrocesso social, entendendo que o princípio da dignidade da pessoa humana, onde os direitos e garantias individuais seriam corolários, não poderiam ser suprimidos do texto constitucional muito menos da legislação infraconstitucional. Sobre o tema, Castanheira Neves (*apud* SARLET, 2006, p. 134) defenderá um respeito incondicional da dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível o seu sacrifício para o benefício da comunidade, do grupo, da classe, pois o detentor da dignidade não é a sociedade, o grupo, mas a pessoa individual.

Diante disso, parece insofismável que o BNPG, ao obrigar que indivíduos sejam obrigados fornecer seus dados genéticos, acabam por violar não apenas o direito de não se autoincriminar e ao silêncio, mas principalmente viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

O tema da constitucionalidade do BNPG será decidido pelo STF em sede de um recurso extraordinário, onde o STF entendeu, de forma correta, existir repercussão geral, ou seja, o interesse no resultado da controvérsia não diz respeito apenas ao recorrente, mas também a toda a coletividade. Com isso, seja qual for a decisão do STF, terá efeito *erga omnes*, possibilidade concedida ao Excelso Pretório de ampliar os efeitos do controle difuso de constitucionalidade, que a princípio teria efeitos apenas *inter partes*. Esse é um fenômeno que vem transformando o controle difuso de constitucionalidade brasileiro em verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa versou sobre a constitucionalidade do BNPG, tema esse de grande repercussão e importância, tanto para o direito penal e processual penal mas principalmente para o direito constitucional.

Não resta dúvida de que o BNPG seria uma ferramenta de grande importância para a persecução penal, facilitando tanto as investigações policiais como a fundamentação da denúncia pelo Ministério Público como inclusive na cognição do magistrado. Além disso, é possível inserir propostas como estas em um

contexto da modernidade tardia, onde a sociedade com medo acaba a demandar cada vez mais dispositivos de controle.

A dúvida consiste em saber até que ponto a sociedade está disposta a flexibilizar direitos e garantias fundamentais, e até a dignidade da pessoa humana, em prol desse controle.

A história mostra os riscos de admitir a flexibilização dos direitos humanos como no holocausto nos campos de concentração na 2ª Guerra Mundial, no uso de bombas atômicas também na 2ª Guerra Mundial, o uso de armas químicas na Guerra do Vietnã, dentre outros tristes episódios ao longo do século XX e até no XXI.

Além disso, o Poder Judiciário, dentro de um Estado Social Democrático de Direito, tem a importante função de poder contra majoritário, ou seja, ser o garantidor dos princípios constitucionais mesmo contra maiorias passageiras. A vontade do povo nem sempre está de acordo com os ditames constitucionais, pois o povo pode ser movido por paixões, o Judiciário não.

Conforme mencionado ao longo do texto, existem princípios constitucionais que, sendo compreendidos dentro da hermenêutica filosófica aplicada ao Direito, não há dúvida em relação a inconstitucionalidade do BNPG. Interpretar o BNPG como constitucional será uma compreensão que não se coaduna com o texto constitucional, sem tal opção, se for adotada, como um entendimento pessoal do hermenêuta.

Não resta dúvida que sempre que interpretamos estamos atribuindo sentido, tendo em vista um texto não possuir um sentido *de per se*. Contudo, não se pode sustentar que no ato de compreender um texto possamos atribuir qualquer sentido a ele, principalmente se for um texto jurídico.

O Direito Ocidental, incluindo o brasileiro, busca sempre uma visão escalonada hierárquica do Ordenamento Jurídico, tendo a constituição a posição de destaque, sendo o norte hermenêutico constitucional. Assim, qualquer compreensão de um texto legal, obrigatoriamente deverá se coadunar com o texto constitucional.

Com isso, optou o constituinte originário por fornecer um corte epistemológico, que irá direcionar toda e qualquer compreensão de um ordenamento jurídico, sendo assim, insustentável defender a possibilidade de uma interpretação *contra legem*, ou seja, nesse caso, que viole dispositivo expresso constitucional.

Não resta dúvida de que a constituição brasileira vigente, é garantista, e privilegia a defesa de direitos e garantias fundamentais ante qualquer persecução criminal, garantindo ao réu ou acusado em geral, o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo.

Assim, para que o BNPG seja constitucional, seria necessário um novo texto constitucional, pois não apenas qualquer outro entendimento seria violador do sentido da constituição brasileira de 1988, como nem por emenda à constituição, poder-se-ia admitir que um réu ou acusado em geral, fosse compelido a produzir provas contra si mesmo. Contudo, mesmo com uma nova constituição, conforme aduzido na presente pesquisa, existem autores que ainda sim negarão a possibilidade de se restringir direitos e garantias constitucionais presentes na constituição anterior, em razão de um princípio implícito denominado princípio à vedação ao retrocesso social.

Portanto, a constitucionalidade do BNPG é muito questionável, e por mais que a sociedade possa defender, a função do jurista é não virar as costas para a sociedade, mas ser fiel ao texto constitucional vigente.

Assim, independentemente da decisão que o STF venha a tomar no caso ora sob análise, o entendimento aqui defendido, é que o BNPG não encontra amparo na constituição federal vigente, devendo o dispositivo legal que o criou e autorizou a coleta compulsória de dados genéticos de réus e/ou acusados em geral ser declarado inconstitucional por violar princípios constitucionais.

Admitir a flexibilização dos princípios constitucionais da não autoincriminação e de permanecer em silêncio, ferirá de morte a CRFB/88, pois, o sentido de tais princípios constitucionais protetivos, são absolutamente claros, e necessários dentro de um Estado Social Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Vigilância Líquida**. Jorge Zahar, 159p, 2013.

BARROSO, L. R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15.04.2017.

_____. **Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm. Acesso em 15.04.2017.

BUTLER, J.M. *Forensic DNA Typing: Biology, Technology and Genetics of STRs Markers*. Elsevier Academic Press, 2nd Ed., 2005.

DE ALMEIDA, B.C. e GARRIDO, R.G. Doação Obrigatória de Material Genético por Condenados: ferramenta de biopoder? In: **Anais do II Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão**, 29 de agosto de 2016 UCP/Campus Benjamin Constant. GT7) Graves Violações de Direitos Humanos e Prisão. p. 65-74, 2016

DELEUZE, G. **Pourparlers**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1990.

FBI. **Combined DNA Index System (CODIS)**. Disponível em: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>. Acesso em: 20 abr 2017.

FGPI. **Forensic Genetics Policy Initiative**. Disponível em: <http://dnapolicyinitiative.org/>. Acesso em: 23 abr 2017

GADAMER, H-G. **Verdade e Método**. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARRIDO, R.G.; RODRIGUES, E. L. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro três anos após a Lei nº 12.654. **Revista de Bioética y Derecho**, v. 35, p. 94-107, 2015.

GE, J., et al. 2014 **Future directions of forensic DNA databases**. Croat Med J. v. 55(2), p. 163-166. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4009716/>

INTERPOL. **Forensics. DNA**. Disponível em: <https://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Forensics/DNA>. Acesso em: 23 abr 2017.

MACHADO, H. **Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN**. Etnográfica, vol 15(1), p.153-166, 2011.

MENDES, G. F.; MÁRTIRE, I. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RICHTER, V. S. **Identificação Genética e Crime: a introdução dos bancos de DNA no Brasil**. Dissertação de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. UFRGS. Porto Alegre, 2016.

ROMANO, R.T. **Identificação Criminal pelo DNA: Uma Experiência Lombrosiana.** Disponível em: <http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>. Acesso em: 06 de jun. 2014.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIEIRO, D. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, I. W.. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIOCCHET, T. Reflexões Jurídicas acerca da regulamentação dos Bancos de Perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal no Brasil. In: **Bases de Dados Genéticos Forenses.** Tecnologia de Controle e Ordem Social. MACHADO, H, e MONIZ, H. (Org.). Coimbra Editora., p. 67-102, 2014.

SCRIBONI, M. Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de maio de 2012, 3p

STRECK, L.. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

UNESCO. **International Declaration on Human Genetic Data.** 2003

UNITED KINGDOM Case of S. and Marper V. **The United Kingdom.** 2008. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted>. Acesso em: 3 de jun. 2014