

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES –
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, EXTENSÃO E
PÓS-GRADUAÇÃO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU -
MESTRADO EM DIREITO**

VICTÓRIA KAROLINE DA LUZ SILVEIRA

**VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA DO BANCO DE
DADOS DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL: A COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS A PARTIR DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY**

SANTO ÂNGELO

2023

VICTÓRIA KAROLINE DA LUZ SILVEIRA

**VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA DO BANCO DE
DADOS DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL: A COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS A PARTIR DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY**

Dissertação de Mestrado em Direito para obtenção do título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Pró-Reitoria de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Dias da Costa Lyra

Coorientadora: Prof(a). Dr(a). Taciana Marconatto Damo Cervi

**SANTO ÂNGELO
2023**

VICTÓRIA KAROLINE DA LUZ SILVEIRA

**VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA DO BANCO DE
DADOS DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL: A COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS A PARTIR DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY**

Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Santo Ângelo, como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa II - Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito, sob orientação do Professor Doutor José Francisco Dias da Costa Lyra e coorientação da Professora Doutora Taciana Marconatto Damo Cervi.

Comissão Julgadora:

Prof. Dr. Francisco Dias da Costa Lyra (orientador)

Prof(a). Dr(a). Taciana Marconatto Damo Cervi (Coorientadora)

Prof(a). Dr(a). Thami Covatti Piaia
Examinador Interno

Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho
Examinador Externo

Santo Ângelo (RS), 18 de abril de 2023.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me dado forças para chegar até aqui e me guiar em todos os momentos. Por sempre colocar pessoas maravilhosas em meu caminho, as quais me fazem acreditar em um mundo melhor e me encorajam a prosseguir.

Sou grata aos meus pais, Mariluci e Antônio, por terem me proporcionado as melhores oportunidades, por me ensinarem valores e por me presentear com a riqueza do estudo, sacrificando seus sonhos em favor dos meus, sem nada pedir ou reclamar.

Agradeço ao meu namorado/companheiro, Lucas, que diariamente partilhou comigo meus anseios e realizações, sonhos e realidades, estimulando-me sempre a continuar nas horas de desânimo, tolerando minha ausência em momentos importantes, sempre torcendo por mim e estando comigo independentemente da situação.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra e a minha coorientadora Prof^a. Dr^a. Taciana Marconatto Damo Cervi por todo o incentivo, confiança e pela paciência despendida em cada orientação, elementos essenciais que tornaram possível a conclusão deste trabalho. Obrigada por todos os ensinamentos compartilhados de forma admirável.

Por fim, agradeço a todos os professores que fizeram parte da minha trajetória, aguçaram meu senso crítico, fomentaram meu desejo pela docência e minha paixão pela pesquisa e pelo ensino.

***Se as coisas são inatingíveis... ora!
não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
a mágica presença das estrelas!
Das Utopias (Mário Quintana)***

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AC. - Acórdão

ADN - Ácido desoxirribonucleico

ART.º - Artigo

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DNA - Deoxyribonucleic acid

HC - Habeas corpus

MP - Ministério Público

ONU - Organização das Nações Unidas

STF - Supremo Tribunal Federal

STPO - Strafprozessordnung

TC - Tribunal Constitucional

TRE - Tribunal da Relação de Évora

TRP - Tribunal da Relação do Porto

RESUMO

A presente pesquisa tem como tema a vedação à autoincriminação e segurança jurídica do banco de dados de perfil genético no Brasil: a colisão de direitos fundamentais a partir da ponderação de Robert Alexy. A problemática do estudo centra-se em compreender a coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos nacional para fins de identificação criminal, a partir da Lei 12.654/2012. A referida lei trata da identificação genética criminal e autoriza a coleta compulsória de material genético do acusado para fins de prova, e do condenado por crime hediondo ou por crime doloso contra pessoa, cometido com grave violência, para fins de armazenagem em bancos de dados que tem por objetivo ajudar a elucidar crimes futuros. Por outro lado, o artigo 5º, LXIII da Constituição Federal Brasileira de 1988 refere que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, tal dispositivo legal é respaldado pelo princípio fundamental da vedação à autoincriminação, em outra interpretação, significa dizer que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Assim sendo, a partir destas duas premissas iniciais, identifica-se uma colisão de princípios na Constituição Federal de 1988. Isso posto, busca-se então, resposta ao seguinte questionamento: A utilização do banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal possui uma relação excludente com o princípio constitucional da vedação à autoincriminação, neste caso, seria possível aplicar a Técnica da Ponderação diante da referida colisão entre princípios na Constituição Federal de 1988? Desse modo, o objetivo geral do trabalho é interpretar a Técnica da Ponderação a partir de Robert Alexy na Constituição Federal de 1988 e a sua aplicação diante da possível relação excludente entre a utilização do banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal e o princípio constitucional da vedação à autoincriminação. A metodologia empregada na elaboração do presente inclui os métodos de abordagem dedutivo, analítico e complexo-paradoxal, já para o procedimento utiliza-se o método hermenêutico bibliográfico.

Palavras-chave: Banco de dados genéticos; colisão de princípios; constituição federal; técnica da ponderação.

ABSTRACT

This research has as its theme the prohibition of self-incrimination and the genetic profile database in Brazil: Analysis based on the Ponderation Technique in the face of the collision of principles in the Federal Constitution of 1988. The problem of the study focuses on understanding the collection of genetic material and the creation of a database of national genetic profiles for the purposes of criminal identification, as of Law 12,654/2012. The said law deals with criminal genetic identification and authorizes the compulsory collection of genetic material from the accused, for purposes of proof, and from the convicted person, for a heinous crime or for a felony crime against a person, committed with serious violence, for storage purposes in data that aims to help elucidate future crimes. On the other hand, article 5, LXIII of the Brazilian Federal Constitution of 1988 states that the prisoner will be informed of his rights, including the right to remain silent, such legal device is supported by the Fundamental Principle of Prohibition of Self-incrimination, in another interpretation, means to say that no one is obliged to produce evidence against himself. Therefore, based on these two initial premises, a collision of principles is identified in the Federal Constitution of 1988. That said, an answer to the following question is sought: The use of the Genetic Profile Database for criminal identification purposes does it have an excluding relationship with the constitutional principle of prohibiting self-incrimination, in this case, would it be possible to apply the Weighting Technique in the face of the aforementioned collision between principles in the Federal Constitution of 1988? In this way, the general objective of the work is to interpret the Technique of Weighting of Interests from Robert Alexy in the Federal Constitution of 1988 and its application in the face of the possible exclusionary relationship between the use of the Database of Genetic Profiles for purposes of criminal identification and the constitutional principle of prohibiting self-incrimination. The methodology used in the elaboration of the present one includes the deductive, analytical and complex-paradoxical methods of approach, as for the procedure, the bibliographic hermeneutic method is used.

Keywords: Genetic database; principle collision; federal constitution; weighting technique.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	9
2 INTERVENÇÕES CORPORAIS COMO ATIVIDADE PROBATÓRIA NO DIREITO PENAL.....	14
2.1 Breve contexto histórico acerca das intervenções corporais como atividade probatória no direito penal	16
2.2 A inter-relação entre direito penal e materiais genéticos: Formas de utilização e conceitos operacionais	24
2.3 O sujeito como titular de dados genéticos e sua regulamentação jurídica na sociedade tecnológica.....	34
2.4 Apontamentos sobre o banco de dados genéticos e a Lei 12.654/2012 e os princípios norteadores das provas no processo penal	48
3 A TECNICA DA PONDERAÇÃO SOB A ÓTICA DE ROBERT ALEXY.....	62
3.1 Colisão entre Direitos Fundamentais e a ponderação	64
3.2 A Ponderação em sentido estrito.....	80
3.3 Direitos Fundamentais colidentes na Constituição Federal de 1988: Aplicase a ponderação?!.....	91
4 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO VERSUS A SEGURANÇA JURÍDICA DO BANCO DE DADOS	104
4.1 Direitos Fundamentais: Vedação à autoincriminação e Segurança jurídica do banco de dados.....	106
4.2 A Ponderação aplicada a colisão dos direitos fundamentais: Vedação à autoincriminação e Segurança jurídica do banco de dados	116
4.3 Precedentes internacionais norteadores para a coleta de material genético e intervenções corporais para fins de prova no processo penal brasileiro.....	132
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
REFERÊNCIAS.....	151

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo das relações entre direito e ciência implicam em um olhar multidimensional das várias realidades experienciadas, sendo assim, a interpretação deste trabalho pode ser situada em diferentes dimensões racionais, nesse sentido, o principal viés da pesquisa possui relação diretamente com o tema escolhido, qual seja: a vedação à autoincriminação e segurança jurídica do banco de dados de perfil genético no Brasil: a colisão de direitos fundamentais a partir da ponderação de Robert Alexy. Com isso, quer-se compreender a coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos nacional para fins de identificação criminal, a partir da Lei 12.654/2012, bem como a possível colisão principiológica que surge em observância a Constituição Federal de 1988 e os direitos nela respaldados.

À vista disso, sopesando tais premissas, quer-se responder ao seguinte questionamento: A utilização do Banco de Dados de Perfis Genéticos para fins de identificação criminal possui relação uma excludente com o princípio constitucional da vedação à autoincriminação, neste caso, seria possível aplicar a Técnica da Ponderação diante da referida colisão entre princípios na Constituição Federal de 1988? Para tanto, o objetivo geral do trabalho é interpretar a Técnica da Ponderação a partir de Robert Alexy na Constituição Federal de 1988 e a sua aplicação diante da possível relação excludente entre a utilização do banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal e o princípio constitucional da vedação à autoincriminação.

Para compreender a importância da presente pesquisa, ressalta-se que a escolha do tema está ainda vinculada à relevância e atualidade que o assunto pode alcançar no campo jurídico, político e social. Como base, importa salientar, que a doutrina aponta os direitos fundamentais como aqueles considerados essenciais à existência digna do ser humano. Entretanto, uma das características inerentes aos direitos fundamentais é precisamente sua limitabilidade, ou seja, nenhum direito fundamental pode ser considerado absoluto. Dessa forma, estes limites serão perceptíveis quando opostos a outros direitos também considerados fundamentais.

Dentro deste contexto, apresenta-se a Técnica da Ponderação de Robert Alexy, como meio de solução de conflitos na colisão de direitos fundamentais. Analisar-se-á, pontualmente neste trabalho, a possível relação excludente entre o princípio da

segurança jurídica da utilização do banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal e o princípio constitucional da vedação à autoincriminação. Neste viés, a presente pesquisa busca verificar a possibilidade de aplicar a Técnica da Ponderação, sem, contudo, desrespeitar os princípios constitucionais efetivadores da dignidade da pessoa humana. Destarte, quer-se pensar nas possibilidades de relações existentes entre direito e ciência, neste caso especificadamente, o material genético, analisando ambos os campos como sistemas sociais, abertos e interdependentes, que podem manter vínculos de comunicação e troca de informações.

Em suma, a pesquisa tem como objetivo principal interpretar a Técnica da Ponderação na Constituição Federal de 1988 e a sua aplicação diante da possível relação excludente entre a utilização do banco de dados de perfis genéticos para fins de identificação criminal e o princípio constitucional da vedação à autoincriminação, estando apta a integrar, portanto, à linha de pesquisa II (Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos) do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo, pois o presente trabalho contribuirá, de alguma maneira, para esclarecer a colisão entre princípios constitucionais e a aplicação da ponderação em casos concretos, conforme a ótica dos autores trabalhados.

No Brasil, a Lei 12.654/12 instituiu importantes inovações para a matéria de direito processual penal brasileiro, a partir do momento em que previu a coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos nacional para fins de identificação criminal. A referida lei trata da identificação genética criminal e autoriza a coleta compulsória de material genético do acusado para fins de prova, e do condenado por crime hediondo ou por crime doloso contra pessoa, cometido com grave violência, para fins de armazenagem em bancos de dados que tem por objetivo ajudar a elucidar crimes futuros. Por outro lado, o artigo 5º, LXIII da Constituição Federal brasileira refere que “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” (BRASIL, 1988, s.p.), tal dispositivo legal é respaldado pelo princípio fundamental da vedação à autoincriminação, também chamado de *nemo tenetur se detegere*, o que significa dizer que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, ou seja, se autoincriminar.

Com efeito, a fim de buscar resposta ao problema da pesquisa já mencionado no início destas considerações, salienta-se que a pesquisa se divide em três capítulos

e detém diferentes métodos de abordagem em cada capítulo, com a finalidade de construir uma linha de raciocínio para a pesquisa e, por fim, enfrentar o problema central com as hipóteses suscitadas, na busca da investigação, verificação e confirmação de uma possível resposta solução ao problema da pesquisa.

O primeiro capítulo intitulado “O impacto da tecnologia nas intervenções corporais como atividade probatória no direito penal” analisa o breve contexto histórico acerca das intervenções corporais no direito penal e os seus reflexos nos direitos fundamentais ao longo dos anos. Logo em seguida, apresenta-se uma abordagem sobre os aspectos conceituais e a inter-relação entre direito e materiais genéticos bem como, acerca dos dados genéticos e sua regulamentação jurídica na contemporaneidade. Posteriormente, busca-se encerrar o presente tópico com os principais e essenciais apontamentos sobre o banco de dados genéticos e a Lei 12.654/2012, que dispõe e regulamenta a coleta de material genético e a criação de um banco de dados de perfis genéticos nacional para fins de identificação criminal, trazendo importantes inovações para o direito processual penal brasileiro.

Na sequência, o segundo capítulo intitulado “A Técnica da Ponderação sob a ótica de Robert Alexy” introduz a teoria da Ponderação entre os princípios jurídicos como marca característica do desenvolvimento da Teoria dos direitos fundamentais, com intuito de instigar a possibilidade de aplicação da Técnica da Ponderação na Constituição Federal de 1988, quando identificada a existência de uma possível relação colidente entre o princípio da segurança jurídica advindo da utilização do banco de dados de perfis genéticos e o princípio constitucional da vedação à autoincriminação. À vista disso, o capítulo em questão estuda a distinção estrutural entre regras e princípios, compreendidos por Alexy, como mandamentos a serem otimizados, parametrização das normas do sistema jurídico aos comandos derivados dos direitos fundamentais. Assim sendo, o segundo capítulo tem seu desfecho, em última análise, concluído que a ponderação deve buscar, sempre que possível, a priorização da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, condensando e sintetizando os valores fundamentais que estejam a ordem constitucional vigente.

Por fim, o terceiro capítulo intitulado “A colisão entre o princípio da vedação à autoincriminação versus o princípio da segurança jurídica do banco de dados”, objetiva interpretar as relações entre a aplicação da Técnica da Ponderação na Constituição Federal de 1988 tratada no segundo capítulo com a utilização do banco de dados de perfis genéticos e o princípio constitucional da vedação à autoincriminação, tratados no

primeiro capítulo, para ao final reafirmar as hipóteses trazidas ao longo da pesquisa, visando cumprir com os objetivos apresentados e responder o questionamento proposto, dando sentido e formando o desfecho adequado ao trabalho como um todo.

O método de abordagem utilizado para o desenvolvimento da presente pesquisa, em grande parte foi o método dedutivo. Entende-se que a dedução parte de uma premissa maior, dotada de uma nova ideia e busca determinar sua equivalência, dedutibilidade, compatibilidade ou incompatibilidade com outras ideias, advindas de enunciados ou sistemas teóricos que já foram consolidados. Por este motivo, a finalidade dos estudos construídos a partir da dedução é justamente estabelecer relações teóricas. Utilizou-se também, o método analítico, para delimitar campos e conceituar termos essenciais que contribuíram para a resolução da problemática posta. Nesse sentido, informa-se que o método analítico foi explorado no primeiro, segundo e terceiro capítulo da pesquisa, objetivando esclarecer os conceitos presentes na Lei 12.654/2012 – Lei do Banco de dados genéticos, os que se referem ao princípio constitucional da vedação à autoincriminação, bem como aos correspondentes a ponderação.

Ademais, esclarece-se acerca de um terceiro método de abordagem aplicado nesta pesquisa: o complexo-paradoxal. A complexidade se mostra um desafio, uma vez que entende e aceita as incertezas, os mistérios e a multiplicidade de dimensões da realidade e por conseguinte, dos objetos de estudo (MORIN, 2015). Na presente pesquisa, apresentou-se a complexidade a partir da análise e da hermenêutica, buscando estabelecer relações entre dois campos do saber – Direito e Genética –, partiu-se da premissa de construção de conhecimentos comuns a estes campos do saber, objetivando-se identificar possibilidades de fundamentos que possam promover a coexistência e a compreensão entre eles.

E, por fim, mas não menos importante, o método de procedimento adotado nesta pesquisa foi o método bibliográfico. Assim, constituiu-se o desenvolvimento do estudo em uma pesquisa teórico-empírica, ou seja, uma pesquisa que observa, interpreta, reinterpreta e relaciona teorias já consolidadas em estudos científicos posteriores, publicados em forma de livros ou artigos científicos. Por conseguinte, as fontes consultadas durante a construção do referencial teórico são fontes bibliográficas e o procedimento se deu a partir da leitura, a análise, a interpretação e possíveis interrelações entre as teorias abordadas ao longo da pesquisa.