



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

EVA OLIVEIRA BOMFIM SANTOS

**BANCO DE PERFIS GENÉTICOS E EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE DNA DE
CONDENADOS: (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12**

Salvador

2018

EVA OLIVEIRA BOMFIM SANTOS

**BANCO DE PERFIS GENÉTICOS E EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE DNA DE
CONDENADOS: (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais.

Salvador

2018

EVA OLIVEIRA BOMFIM SANTOS

**BANCO DE PERFIS GENÉTICOS E EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE DNA DE
CONDENADOS: (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Ciências Criminais da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais.

Salvador, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Examinador

Examinador

Dedico esse trabalho aos meus pais, aqueles que me deram os olhos e me ensinam todos os dias a usá-los.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pela oportunidade da existência.

Aos meus pais, irmãos e minha avó, fontes de amor incondicional. Obrigada por me fortalecerem todos os dias.

Aos amigos, que entendem todas as ausências necessárias.

“A essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos.”

Hannah Arendt

RESUMO

A presente monografia possui como tema o uso da prova genética no campo da persecução criminal no Brasil e a instalação dos bancos de perfis genéticos prevista pela Lei 12.654, publicada em 2012, que veio a alterar a Lei de Identificação Criminal de 2009, bem assim a Lei de Execução Penal. Expõe-se as importantes alterações que a norma trouxe no campo do direito processual penal, como por exemplo, a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético como nova modalidade de identificação criminal e a instituição de um banco de dados nacional de perfis genéticos. Além disso, será feito um estudo acerca das provas genéticas no processo penal, sua relevância e as peculiaridades da utilização da prova genética no Brasil. Apesar do decurso de 06 anos desde a publicação da referida lei, esta ainda gera dúvidas quanto à sua constitucionalidade no tocante à extração compulsória do DNA de condenados sem a sua concordância, em razão da aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou princípio da não autoincriminação. O presente estudo tem como alicerce pesquisas bibliográficas, com base em leis, doutrinas e artigos científicos de pensadores que refletem acerca do assunto em estudo.

Palavras-chave: Meios de prova. Extração compulsória de DNA. Identificação Criminal. Banco de perfis genéticos. Inconstitucionalidade. Princípio do *nemo tenetur se detegere*.

ABSTRACT

This monograph has as its theme the use of genetic testing in the field of criminal prosecution in Brazil and the installation of genetic profiling banks under Law 12.654, published in 2012, which amended the Criminal Identification Law of 2009, as well as Criminal Execution Law. The important changes that the standard has brought will be exposed in the field of criminal procedural law, such as the collection of biological material to obtain a genetic profile as a new modality of criminal identification and the establishment of a national database of genetic profiles. In addition, a study will be made about the genetic tests in the criminal process, their relevance and the peculiarities of the use of the genetic evidence in Brazil. Despite the fact that six years have elapsed since the publication of the aforementioned law, it still raises doubts as to its constitutionality regarding the compulsory extraction of the DNA of convicted persons without their agreement, due to the application of the principle of *nemo tenetur se detegere*, or principle of not self-incrimination. The present study is based on bibliographical research, based on laws, doctrines and scientific articles of thinkers that reflect on the subject under study.

Keywords: Means of proof. Genetic testing. Compulsory extraction of Dna. Bank of genetic profiles. Criminal Identification. Unconstitutionality. Principle of *nemo tenetur se detegere*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BNPG	Banco Nacional de Perfis Genéticos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CODIS	Combined DNA Index System
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
DPDNA	Divisão de Pesquisa Forense
FBI	Federal Bureau of Investigation
FNAEG	Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques
LEP	Lei de Execução Penal
PF	Polícia Federal
RIBPG	Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos
SENASP	Secretaria Nacional de Segurança Pública

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PROVA NO PROCESSO PENAL.....	12
2.1 Teoria geral das provas	13
2.1.1 Fontes de Prova, meios de prova e meios de obtenção de prova	13
2.2 Princípios Constitucionais Aplicáveis.....	14
2.2.1 Princípio do nemo tenetur se detegere (não autoincriminação).....	18
2.3 Intervenções Corporais: provas invasivas e não invasivas	21
2.4 Provas em espécie	24
2.4.1 Prova pericial e a busca pela verdade.....	27
2.4.2 Relevância da cadeia de custódia da prova penal	30
3 PROVA GENÉTICA E AS IMPLICAÇÕES DA LEI 12.654/12 NA PERSECUÇÃO CRIMINAL.....	34
3.1 Particularidades da Prova Genética	35
3.1.1 Confiabilidade e valoração.....	37
3.1.2 Limites à obtenção da prova genética.....	41
3.2 Aplicação da atenuante da confissão com o uso da prova genética	43
3.3 Bioética e Direito	44
3.4 Análise da Lei nº 12.037/09 e alterações trazidas pela Lei nº 12.654/12	45
3.4.1 Identificação Criminal pelo DNA.....	47
3.4.2 Extração compulsória de DNA e Lei de Execução Penal.....	49
4 BANCO DE PERFIS GENÉTICOS DE CONDENADOS.....	52
4.1 Perfis Genéticos	54
4.2 Bancos de Perfis Genéticos no âmbito internacional.....	56

4.3 Banco de Perfis Genéticos no Brasil.....	61
4.3.1 Criação, procedimento, método, armazenamento e gestão dos bancos de dados genéticos.....	63
4.3.2 Tempo de permanência dos dados nos BPG e delitos que envolvem a extração compulsória.....	67
4.3.3 Estágio atual dos bancos de perfis genéticos para fins criminais	68
4.4 Recusa do condenado à extração do DNA e princípio da não autoincriminação.....	70
4.5 (In)constitucionalidade da extração compulsória do DNA.....	74
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a prova no processo penal brasileiro, com ênfase na utilização da prova genética. O escopo principal dessa pesquisa serão as alterações trazidas ao ordenamento jurídico a partir da publicação da lei nº 12.654/2012, que alterou a lei nº 12.037/2009 (dispõe da identificação criminal do civilmente identificado) e inclui dispositivo na Lei de Execução Penal.

Será feita a busca pela demonstração de que, em que pese haver benefícios que podem ser obtidos com a criação de um banco de dados genético-criminal na resolução de crimes que parecem impossível de serem solucionados, este também gera controvérsias quanto à sua constitucionalidade. Desta forma, serão analisadas as mudanças geradas com a aprovação da nova lei no âmbito do processo penal, da constitucionalidade da extração compulsória de DNA em condenados por alguns crimes e a análise de eventuais afrontas ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e outros princípios e garantias constitucionais.

Em decorrência disso, o primeiro capítulo deste trabalho abordará aspectos gerais da prova no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de uma exposição doutrinária. Primeiramente será abordada a teoria geral da prova, as suas fontes, meios de prova e meios de obtenção de prova, além de se fazer uma análise acerca dos princípios constitucionais aplicáveis ao tema, dando ênfase o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Posteriormente, dentro do mesmo capítulo, será feita análise das intervenções corporais e provas invasivas e não invasivas, além de destacar, dentro do tema provas em espécie, as provas periciais.

O segundo capítulo discorrerá sobre a prova genética no campo processual penal brasileiro, sua aceitabilidade, além de salientar as condições de valoração e confiabilidade da mesma e os limites que lhes são impostos. Ainda neste capítulo será trazida uma discussão acerca da possibilidade ou não da aplicação da atenuante da confissão ao indivíduo que contribui com seu material genético e, por fim, é feita análise da Lei 12.564/12, que veio a alterar o instituto da identificação criminal e acrescentar o art. 9º-A na LEP, em que há a previsão de extração compulsória do material genético para condenados.

Ao final, no terceiro capítulo, referir-se-á às controvérsias doutrinárias acerca dos bancos de dados de perfis genéticos. Primeiramente será exposto o que são e como atual os bancos de dados, o que são perfis genéticos e como eles podem se diferenciar do DNA em si, como se deu a sua implementação e as condições dos mesmos no âmbito internacional, para somente após isso fazer um estudo acerca dos Bancos de Dados no Brasil.

Ainda no derradeiro capítulo, analisar-se-á como foi o processo de criação e implementação dos bancos no Brasil, em decorrência da legislação do ano de 2012; além disso será exposto o procedimento, método, armazenamento e gestão daqueles. Bem assim, será destacado o tempo de permanência dos dados nos BPG e quais são os tipos de delitos que a legislação determina que os condenados sejam submetidos à extração do material genético para compor o Banco.

Por fim, será pormenorizada a discussão acerca da constitucionalidade ou não da extração compulsória de DNA de condenados (previsto na lei 12.564/12), sendo que se faz necessário observar o procedimento adotado e se foi realizado com consentimento do suposto autor do delito, bem como será analisada a possível afronta ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Destarte, o presente estudo será realizado mediante pesquisas bibliográficas de cunho doutrinário, além de pesquisas nos arquivos legislativos, artigos e teses acadêmicas.

2 PROVA NO PROCESSO PENAL

O processo penal, de acordo com Aury Lopes Jr., é um instrumento de reconstrução aproximada de um determinado fato histórico, em que as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado.

É através das provas que o juiz fará a atividade recognitiva e produzirá o convencimento externado na sentença, assim o processo penal e a prova integram o “modo de construção do convencimento do julgador”.¹

Consoante lição de Leandro Prado:

a expressão “prova” tem sua origem do latim *probatio*. Seu significado corresponde à verificação, ensaio, inspeção, exame, razão, confirmação, aprovação, argumento. A derivação do verbo provar (do latim *probare*), que significa: verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, demonstrar, persuadir. No sentido jurídico, é o conjunto de meios para se chegar a certeza. Na esfera criminal, esse conjunto de atos deve convencer de tal forma o julgador, que seja capaz de sobrelevar o princípio constitucional da presunção de inocência, assertiva obviamente válida em caso de sentença condenatória, porquanto para a prolação de sentença absolutória basta a dúvida.²

Assim, é inegável a importância das provas na persecução criminal, justamente por trazer uma maior aproximação com a realidade dos fatos e possibilitar o convencimento do magistrado acerca da existência ou inexistência de determinado delito.

Corroborando com esse entendimento acerca da função precípua das provas, é válido salientar o que discorre Vicente Greco sobre o tema:

No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.³

A prova, ainda num sentido amplo, possui três acepções diferentes: prova como atividade probatória; prova como resultado e prova como meio.

No tocante ao primeiro âmbito, prova como atividade probatória, para DINAMARCO, corresponde ao conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o

¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.342.

² PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores. Niterói/RJ: Impetus, 2006, p. 3.

³ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159.

juízo.⁴ A intenção, portanto, é, pelo complexo de atos, formar a convicção da entidade julgadora acerca da existência ou inexistência de uma situação fática.

Já a prova como resultado, caracteriza-se pela formação ou convicção do julgador formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação, ou seja, é a convicção acerca do que foi aduzido pelas partes. Nesse âmbito, o juiz, ao chegar a sentença, fez-se prova de que o réu é ou não o autor do crime.

Por último, tem-se a prova como meio, que são os instrumentos que são utilizados para formar a referida convicção.

2.1 Teoria geral das provas

Inicialmente, no tocante às generalidades acerca do tema “provas”, cabe expor qual a natureza jurídica destas. Para o doutrinador Paulo Rangel, “podemos dizer que sua natureza jurídica é de um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos que não pode ser confundido com o ônus da prova”.⁵

As provas desenvolvem um papel importante na persecução criminal, desde a fase investigativa, até o momento da decisão judicial. Seu objeto, portanto, “é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo”, como leciona Frederico Marques.⁶

2.1.1 Fontes de Prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

O objeto da prova são os fatos, porém nem todos. Apenas os fatos que interessam ao processo e que as partes demonstrem interesse em torná-los conhecidos. Logo, os fatos que não são pertinentes ao caso concreto, devem ser excluídos da atividade probatória e, conseqüentemente, do exame do julgador.

É relevante também diferenciar os “meios de prova” de “fontes de prova”. Meios de prova, como define Greco Filho, “são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”⁷, sendo

⁴ DINARMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43.

⁵ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 419.

⁶ MARQUES, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”, Vol. II, Campinas: Bookseller, 1997, p. 254.

⁷ GRECO FILHO, op. cit., pág. 199.

que o Código de Processo Penal, em seus artigos 158 a 250, dispõe de vários meios de prova, que constituem os chamados meios legais de prova, porém tal enumeração não é taxativa.

No que se refere aos meios de prova, Paulo Rangel classifica o conceito de meios de provas como:

[...] todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam. O depoimento da testemunha é o meio de prova de que se utiliza o juiz para formar sua convicção sobre os fatos controvertidos. A inspeção judicial é meio de prova. O indício é um meio de prova. Enfim, tudo aquilo que o juiz utiliza para alcançar um fim justo no processo é considerado meio de prova.⁸

Já a expressão “fonte de prova” é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue extrair a prova, podendo ser fonte pessoal (peritos, acusado, testemunhas, ofendido) ou fonte real (documentos, por exemplo). Assim sendo, fonte de prova é o que deriva do fato em si.

Já os meios de obtenção de prova são aqueles que não são por si só fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais ou declarações dotadas de força probatória. Exemplos de meios de obtenção de prova são: busca e apreensão, delações premiadas, interceptações telefônicas. Ou seja, são apenas os caminhos que levam até a prova em si.

Outro tema bastante relevante relacionado à prova no processo penal é o que diz respeito aos princípios constitucionais que são aplicáveis neste âmbito, que serão abordados a seguir, com ênfase no princípio basilar do presente trabalho, o da não autoincriminação, que guarda relação estreita com o tema “provas genéticas e extração compulsória de DNA”.

2.2 Princípios Constitucionais Aplicáveis

O tema “provas” está intimamente relacionada aos institutos da Constituição Federal do Estado Brasileiro, sendo sujeita aos princípios e garantias constitucionais nela presentes.

⁸ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 443.

Precipuamente, é necessário que se estabeleça uma definição sobre o termo “princípio”. Para MELLO, este se revela como

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁹

A respeito deste tema, princípio, no sentido jurídico, significa uma ordenação que se irradia e imanta o sistema normativo, proporcionando alicerce para interpretação, integração, conhecimento e eficiente aplicação do direito positivo.¹⁰

Já CANOTILHO define princípios como normas que exigem a realização de algo, na melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.¹¹

Desta forma, extrai-se ainda dos entendimentos destes renomados constitucionalistas supramencionados que os princípios possuem grau máximo de juridicidade e violações a eles revelam mais gravidade que transgredir uma norma-regra.

Cabe expor uma citação de Boschi acerca do tema:

Já de acordo com a moderna hermenêutica, os princípios, muito mais do que meras ferramentas auxiliares do processo interpretativo (*ratio legis*), sendo espécies de normas, revestidas de força normativa (atuando no papel de lei), solvem os conflitos entre as regras ou colmatam (suprem as deficiências) do ordenamento jurídico.¹²

Alguns princípios constituem verdadeiras garantias fundamentais, também possuindo força normativa, como é o exemplo do devido processo legal e do contraditório, sendo o alcance extensões a aplicação exigível em todo curso do processo criminal.

Compreendida, portanto, a semântica e importância dos princípios no ordenamento, passe-se a analisar esse instituto no âmbito penal-constitucional e, conseqüentemente, no que toca a provas no processo penal.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. Ed. RT, São Paulo, p. 230.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. Ed. RT, 2013, p. 33.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 1255.

¹² BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 23.

São vários os princípios relacionados ao processo penal que se relacionam diretamente ao estudo das provas, dentre eles podemos citar o princípio da presunção de inocência, busca da verdade, proporcionalidade, comunhão da prova, princípio da autorresponsabilidade das partes, liberdade probatória, princípio do favor rei, inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito e, por fim, o princípio do nemo tenetur se detegere.

Ressalte-se, desde logo, que far-se-á uma abordagem aprofundada apenas do princípio do nemo tenetur se detegere em tópico específico, uma vez que este é o tema do presente trabalho, sendo que os demais apenas serão abordados de forma mais concisa.

O princípio da presunção de inocência é um dos que mais se destacam no estudo das provas, tendo em vista que não se pode presumir que nenhum acusado seja culpado, senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, após o término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa e contraditório).

O princípio da presunção de inocência divide-se em duas regras fundamentais: a regra probatória (ou regra do juízo), que diz respeito à incumbência da produção da prova no processo penal pelo órgão acusador; e regra de tratamento, que diz respeito à proibição de tratamento do acusado na persecução penal como se já tivesse sido condenado definitivamente.¹³

O princípio da busca da verdade no processo penal passou por diversas mudanças e, atualmente, se reconhece que não há como se atingir uma verdade absoluta acerca dos fatos, buscando-se a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso. Prevalece, portanto, que o que vigora atualmente é o princípio da busca da verdade e não da verdade real ou material.¹⁴

Quanto ao princípio da proporcionalidade, este diz respeito a necessidade de atuação estatal com razoabilidade, para contenção dos excessos do poder público.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 44-45.

¹⁴ LIMA, op. cit., p. 67-68.

A comunhão das provas diz respeito à possibilidade da prova introduzida no processo penal poder ser utilizada por qualquer das partes e pelo juízo, não pertencendo com exclusividade à uma das partes.

Já pelo princípio da autorresponsabilidade das partes pode-se extrair que as partes assumem as consequências da sua atividade ou inatividade probatória, assim as partes assumem as consequências da sua inatividade, erro ou negligência, em relação à prova das suas alegações.¹⁵

No tocante à liberdade probatória, tal princípio pode ser dividido em três aspectos: liberdade quanto ao momento da prova; quanto ao tema da prova; quanto aos meios de prova. No primeiro âmbito, liberdade quanto ao momento da prova, há a o entendimento pacífico que as provas do direito processual penal podem ser produzidas em qualquer momento, a exemplo do que aduz o art. 231 do Código de Processo Penal. Com relação à liberdade quanto ao tema da prova, esta pode ser produzida sobre qualquer fato pertinente ao processo, com a ressalva das provas irrelevante, impertinentes ou protelatórias (que devem ser analisadas especificamente pelo juiz). Por fim, com relação aos meios de prova, as partes podem se valer tanto de meios nominados, como de meios inominados, não vigorando a taxatividade das provas.¹⁶

A inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI. Este princípio, para LIMA, “funciona como forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais”.¹⁷

A proibição supramencionada configura uma das mais importantes limitações ao direito probatório para o Estado acusador, uma vez que não se autoriza qualquer obtenção de prova que transgrida cláusulas de ordem constitucional, repelindo qualquer prova que resulte de violação de direito material ou processual.¹⁸

O princípio do *favor rei*, também chamado de *favor libertatis*, se caracteriza pelos mecanismos que compõem um conjunto de privilégios processuais

¹⁵ Ibid., p. 646.

¹⁶ Ibid., p. 650-652.

¹⁷ Ibid., p. 620.

¹⁸ LIMA, op. cit, p. 620.

estabelecidos em favor dos acusados, justamente pela situação de desigualdade que enfrentam durante a persecução criminal, estando em posição inferior àquela ocupada pela acusação.¹⁹ Este princípio está intimamente ligado à igualdade substancial (isonomia), conferindo tratamento desigual aos que estão em situação de desigualdade, se compararmos o sujeito acusado com o órgão acusador.

2.2.1 Princípio do *nemo tenetur se detegere* (não autoincriminação)

Ainda dentre os princípios que integram o tema “Provas” na persecução criminal, destaca-se o princípio do *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter) ou garantia da não autoincriminação, que tem como alicerce principal a presunção da inocência e que está previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso LXIII, da CF/88.

Este inciso prevê que “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, o chamado direito ao silêncio.

Ainda, ultrapassando as fronteiras do ordenamento jurídico brasileiro, este princípio está previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁰, artigo 14.3, ‘g’, e na Convenção Americana de Direitos Humanos²¹, artigo 8º, § 2º, ‘g’, sendo o Brasil signatário de ambos, senão vejamos:

Artigo 14.3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:
g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

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;

No entanto, o referido direito ao silêncio, previsto tanto no ordenamento brasileiro, como no Pacto e Convenção acima mencionados, é apenas uma das várias

¹⁹ Ibid., p. 653.

²⁰ ONU, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 10 de julho de 2018.

²¹ OEA, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2018.

incidências e desdobramentos do princípio do “*nemo tenetur se detegere*”, que pressupõe que ninguém produzirá provas contra si mesmo.

Neste mesmo sentido, LIMA²² explica que o princípio ora abordado é mais amplo que a intimidação à confissão, não podendo ser equiparado apenas ao direito ao silêncio:

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.

Outrossim, corroborando com este entendimento, QUEIJO salienta que o princípio da não autoincriminação objetiva proteger o indivíduo contra excessos praticados pelo Estado no decorrer da persecução criminal, incluindo-se o amparo contra violências físicas e morais, com vista a compelir o indivíduo a cooperar com as investigações e apurações delitos supostamente praticados.²³

Para Luigi Ferrajoli, o referido princípio é a primeira máxima do garantismo processual penal, de modo que uma das consequências deste princípio é a de impor a negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível atinentes às situações penais.²⁴

Dentre os vários âmbitos de incidência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, destacam-se os seguintes direitos: o direito ao silêncio (como autodefesa do acusado); direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; inexigibilidade de dizer a verdade (não existe o crime de perjúrio no ordenamento jurídico brasileiro); o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

Ainda seguindo o entendimento de Lima²⁵, “sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento”, não se admitindo também medidas coercitivas contra o acusado com

²² LIMA, op. cit., p. 69.

²³ QUEIJO, 2003, p. 55 apud LIMA, 2017, p. 70.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 560.

²⁵ LIMA, op. cit., p. 73.

vista a obriga-lo a participar de produção de provas em que dele demandem algum comportamento ativo, não se podendo, com a recusa do acusado, ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade.

O doutrinador Eugênio Pacelli²⁶ vale-se do mesmo pensamento, de que o princípio ora abordado atua ainda na tutela da integridade física do réu, na medida em que autorizaria expressamente a não participação dele na formação da culpa.

Nesse diapasão, em que pese o caráter não absoluto dos princípios que regem o direito processual penal, deve aquele ser ao máximo preservado, com o fim de haver maior proteção do indivíduo acusado contra as arbitrariedades estatais na busca incessante pela utópica ‘verdade real’ do processo penal.

O Estado possui, quase sempre, todas as ferramentas necessárias e aptas à resolução de questões criminais e reunião de provas contra o autor das infrações, não fazendo sentido a utilização do próprio acusado para que se produza provas acerca do que lhe está sendo imputado.

O professor Nucci²⁷ expõe em sua obra Manual de Processo Penal a mesma percepção acerca da inadmissibilidade de produção de provas contra si por parte do acusado, como se vê:

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal (NUCCI, 2014, p. 65).

Em matéria probatória, a defesa do acusado se divide em defesa técnica (obrigação e garantia do defensor em todos os atos do processo) e autodefesa. No tocante à autodefesa ou defesa pessoal do acusado, esta se caracteriza como a sendo “a possibilidade de o sujeito passivo resistir pessoalmente à pretensão acusatória, seja através de atuações positivas ou negativas”.²⁸

A autodefesa positiva é um direito disponível do acusado ou investigado, de praticar atos, declarar, submeter-se a exames periciais. Já a negativa é caracterizada

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 384.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 65.

²⁸ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p.366.

por um não fazer, uma recusa. É nesse âmbito que se insere o princípio que garante a não produção de provas contra si mesmo, uma vez que o acusado poderá se recusar a praticar qualquer ato que entenda prejudicial à sua defesa.

Também nesse contexto surge diferenciação acerca dos comportamentos praticados pelo indivíduo durante a investigação criminal ou até mesmo no curso processual, que podem ser divididos em ativos e passivos. No tocante às provas que dependam de comportamentos ativos do acusado, este tem o direito de não colaborar, não podendo ser coagido à prática deste comportamento (autodefesa negativa). No entanto, no que se refere à produção de prova que dependa meramente de uma tolerância do acusado, ou seja, uma colaboração passiva, é majoritário o entendimento de que não há violação do princípio ora estudado, sendo aquele um mero objeto de verificação.

Assim, especificamente no que se refere à Lei 12.654 promulgada no ano de 2012, que será abordada com mais profundidade em momento oportuno, alguns doutrinadores, a exemplo de Aury Lopes Jr.²⁹, a consideram como violadora do princípio do *nemo tenetur se detegere*, justamente por prever a extração compulsória do DNA do acusado ou do condenado para comprovação do delito (ou de futuros), considerada uma intervenção corporal invasiva e que dependeria da anuência do sujeito passivo.

2.3 Intervenções Corporais: provas invasivas e não invasivas

Para entender a extensão do princípio da não autoincriminação no que diz respeito à não produção de prova incriminadora invasiva, primeiramente se faz necessário entender o que se extrai do conceito de intervenção corporal e distinguir as provas invasivas das provas não invasivas.

Intervenções corporais são medidas de investigação que são realizadas sobre o corpo das pessoas, sendo imprescindível o consentimento destas, e possuem a finalidade de descobrir circunstâncias indispensáveis ou apenas importantes para a investigação ou processo penal.

²⁹ LOPES JR., op.cit., p.367.

Embora se tenha superado o tratamento do imputado como objeto do processo penal e a previsão deste como sujeito de direitos, há a previsão na legislação, tanto brasileira como estrangeira, de determinadas ingerências corporais com finalidade probatória.

Como exemplo de intervenções corporais, podem ser citados: exame de sangue, exame ginecológico, exame de reto, de urina, saliva, endoscopia, radiografia, identificações datiloscópicas de impressões dos pés, unhas e palmar, dentre outras perícias.

Estas intervenções podem ser divididas em: provas invasivas e provas não invasivas, classificadas desta forma por conta do método utilizado na intervenção.

As provas invasivas são aquelas que utilizam um método que pressupõe a penetração no organismo, seja por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização ou extração de alguma parte dele ou tão somente resultando na invasão física do corpo humano, a exemplo dos exames de sangue, ginecológico, identificação dentária, endoscopia.³⁰

Já as provas não invasivas são aquelas que se valem de um método de mera verificação ou inspeção corporal, não havendo qualquer penetração no corpo do indivíduo e nem implica em extração de parte dele, como por exemplo, exames de DNA realizados em fios de cabelos encontrados no chão ou na saliva presente em latas de bebidas.

Assim, nota-se que a forma da coleta da prova, ou seja, o método e técnica utilizada, é que vai determinar se a prova será invasiva ou não invasiva. Como exemplo desta afirmação, podem ser citadas as células bucais presentes na saliva do indivíduo e utilizadas para exame de DNA: se as células forem colhidas do interior da cavidade bucal, a prova será invasiva; mas se elas forem extraídas de objetos dispensados pelo acusado/condenado que contenham resquícios de saliva, como pontas de cigarro, chicletes, a prova colhida será não invasiva.

³⁰ LIMA, op.cit, p. 76.

Independentemente de a prova ser invasiva ou não invasiva, se houver o consentimento do sujeito passivo, advertindo-o previamente acerca do direito de não produzir prova contra si mesmo, a intervenção corporal poderá ser realizada.

No que diz respeito à expressão “consentimento”, ela pode ser entendida, de forma ampla, como qualquer acordo específico, expresso e informado dado livremente por um indivíduo para que seu corpo possa ser submetido a algum tipo de intervenção, mais especificamente no que diz respeito à coleta de DNA, o consentimento do sujeito passivo deve prever que os dados genéticos sejam recolhidos, tratados, utilizados e conservados.

Desta forma, havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção, como já afirmado, justamente porque a autodefesa é disponível e, portanto, renunciável.³¹

O problema, na verdade, não está no consentimento do acusado, mas sim na recusa em colaborar na produção da prova e na submissão a intervenções corporais, que não deve gerar nenhum prejuízo jurídico-processual.

Não é permitido ao Estado, mediante os órgãos que atuam na persecução criminal, invadir à integridade física do acusado, utilizando-se de meios coercitivos, para produzir provas sem o seu consentimento. E ainda, “submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita)”.³²

Desta forma, havendo a recusa do indivíduo em se submeter à alguma intervenção corporal, deve ser distinto o tratamento oferecido às provas invasivas e não invasivas.

É pacificado o entendimento de que para provas que não são invasivas é dispensável o consentimento do acusado:

Em se tratando de prova não invasiva (inspeções ou verificações corporais), mesmo que o agente não concorde com a produção da prova, esta poderá ser realizada normalmente, desde que não implique na colaboração ativa por parte do acusado. Além disso, caso as células corporais necessárias para realizar um exame pericial sejam encontradas no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos, etc.), no corpo ou vestes da vítima ou

³¹ LOPES JR., op. cit., p.433.

³² Ibid., 434.

em outros objetos, poderão ser recolhidos normalmente, utilizando os meios normais de investigação.³³

Entretanto, sendo a prova invasiva, não se admite um comportamento ativo do acusado e a produção forçada da prova contra a vontade dele, podendo ser invocado o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Quando se tratar de intervenções corporais que resultem em extração de elementos do corpo do indivíduo, violando a integridade ou intimidade física e moral, além da dignidade da pessoa do sujeito passivo, mostra-se importante discutir a relação e limites entre o direito à produção da prova e o direito fundamental da não autoincriminação.

Se ocorrer a coação por parte do Estado no que tange à produção de prova pelo acusado sem a sua anuência, esta pode ser considerada prova ilícita³⁴.

Abordadas, portanto, as generalidades das provas no processo penal, com ênfase na incidência e importância do princípio da não autoincriminação e a diferenciação entre provas invasivas e não invasivas, passará agora a ser feita uma análise das espécies de prova, sendo destacada a abordagem das provas genéticas e a licitude das provas invasivas, a cadeia de custódia das provas penais e a relação entre direito e bioética.

2.4 Provas em espécie

No processo penal brasileiro vigora o princípio da liberdade das provas, como já explicado anteriormente, sendo facultado às partes a utilização de provas além daquelas taxadas no ordenamento jurídico processual.

No entanto, as provas habitualmente utilizadas são: prova pericial e exame de corpo de delito; interrogatório do acusado; confissão; declarações do ofendido; prova testemunhal; reconhecimento de pessoas e coisas; reconstituição do delito; acareação; prova documental; busca e apreensão.

³³ LIMA, op. cit. p. 77.

³⁴ LIMA, op. cit. p. 79.

A seguir será feita uma explanação acerca de algumas das provas previstas no CPP, porém, será feita análise mais aprofundada acerca das provas periciais no tocante à prova genética e sua importância para a persecução criminal.

O interrogatório judicial é o ato processual em que o magistrado ouve o acusado acerca da sua pessoa e sobre a imputação feita. Nele, o acusado pode indicar meios de prova, para confessar ou permanecer em silêncio, fornecendo elementos acerca da sua qualificação, tendo como função precípua, na verdade, o exercício da autodefesa por parte do acusado.³⁵

Cabe ainda salientar o que dispõe o artigo 186 do Código de Processo Penal acerca do interrogatório do acusado, que prevê que seu silêncio não importará em confissão e não poderá ser atribuído ao seu exercício qualquer prejuízo à defesa:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.³⁶

No tocante à confissão, esta era considerada como a rainha das provas no processo inquisitório medieval, porém hoje seu valor é relativo, como as demais provas. De acordo com HASSAN CHOUKR, deve-se fazer um ajuste da confissão com os termos da CF e CADH, sendo que a confissão somente pode ser valorada se for feita com plena liberdade e autonomia do réu e, ainda, que ele tenha sido informado acerca dos seus direitos constitucionais; que a confissão tenha sido feita em juízo (sob o crivo do contraditório); e que tenha sido assistido por defensor técnico.³⁷

Quanto às declarações do ofendido no curso do processo penal, este não pode ser considerado como uma testemunha, por isso merece tratamento diferenciado, não prestando compromisso de dizer a verdade, tampouco pode se negar a comparecer para prestar depoimento (sob pena de condução) e invocar o direito ao silêncio (pois tal garantia é apenas ofertada ao imputado).³⁸

³⁵ Ibid., p. 669.

³⁶ BRASIL. Lei 3689, 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 10 de julho de 2018.

³⁷ HASSAN CHOUKR, 2005, p. 368 apud LOPES JR., 2017, p. 452.

³⁸ LOPES JR., op. cit., p. 456.

Para LOPES JR., o valor probatório da palavra da vítima é o ponto mais problemático no que toca essa espécie de prova, pois deve-se considerar, a priori, que a vítima está contaminada pelo ‘caso penal’, pois fez parte dele, acarretando interesses nos mais diversos sentidos e, também, verificar a sua qualidade, coerência e credibilidade.³⁹

Já a prova testemunhal é um meio de prova que tem como objetivo principal trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor. Qualquer pessoa pode ser testemunha, desde que possua capacidade física, não importando, para tanto, a capacidade jurídica.⁴⁰

Pode-se considerar como os deveres das testemunhas: dever de depor, dever de comparecer em juízo, além do dever de comunicar ao juízo a mudança de residência.

Importante salientar, ainda, que, em que pese a prova testemunhal seja considerada bastante frágil, a maior parte das ações penais dependem da sua produção e é a base para a maioria das sentenças condenatórias e absolutórias.⁴¹

No que se refere à prova produzida a partir do reconhecimento de pessoas e coisas, pode-se conceituar o reconhecimento como um “ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências”.⁴²

O referido procedimento, previsto no artigo 226 e seguintes do CPP, pode ocorrer tanto na fase processual, como na pré-processual, no entanto o que se questiona é a não observância das autoridades quanto à forma prevista para o reconhecimento. Uma prática bastante comum na praxe forense é fazer “reconhecimentos informais”, em nome do princípio do livre convencimento motivado, porém revela um desprezo à formalidade exigida para o ato probatório, violando o devido processo legal.⁴³

Outra espécie de prova bastante importante para o processo penal brasileiro é a prova documental, que ultrapassa a fronteira dos documentos escritos e papéis

³⁹ LOPES JR., loc. cit.

⁴⁰ LIMA, op. cit., p. 694.

⁴¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 413.

⁴² CORDERO, 2000, p. 106 apud LOPES JR., 2017, p. 487.

⁴³ LOPES JR, op. cit., p. 488.

públicos ou particulares, abrangendo atualmente a possibilidade de juntada no processo de fitas de áudio, vídeo, fotografias e demais objetos móveis que possam ser incorporados ao processo, bem assim que possuam função probatória para o caso concreto.⁴⁴

A busca e apreensão são dois institutos diversos, um trata-se de medida cautelar, enquanto que o outro é um efetivo meio de prova, porém muitos autores e a estrutura em si do CPP tratam a busca e apreensão dentro de um mesmo contexto, qual seja, as espécies de prova. A busca é uma medida instrumental que visa encontrar pessoas ou coisas, um verdadeiro meio de obtenção de prova; enquanto que a apreensão é uma medida cautelar probatória, uma vez que se destina à garantia da prova e, ainda, a depender do caso, se destina à restituição do bem ao seu legítimo dono (função assecuratória).⁴⁵

Por fim, a reconstituição do delito como prova durante a persecução criminal é importante para sanar dúvidas quanto à compatibilidade de uma hipótese histórica com os marcos do fisicamente exigível ou aceitável. Importante salientar que esta espécie de prova pode ser realizada tanto na fase pré-processual como em juízo e, além disso, possui dois limites normativos, quais sejam, não contrair a moralidade ou a ordem pública e respeitar o direito de defesa do sujeito passivo (ou seja, este não pode ser coagido a participar, sob pena de violação do direito de defesa negativo).⁴⁶

Destarte, trazida à baila algumas das espécies de provas importantes para o processo penal, cabe agora analisar com mais relevo as provas periciais, principalmente as provas genéticas, sua extensão e suas limitações, bem como analisar a importância da cadeia de custódia nas provas genéticas e da bioética.

2.4.1 Prova pericial e a busca pela verdade

A prova pericial é considerada uma prova técnica, uma vez que exige o domínio de um saber técnico específico do perito, que é considerado um sujeito de provas,

⁴⁴ Ibid., p. 503.

⁴⁵ BASTOS PITOMBO, 2005, p. 102 e s. apud LOPES JR., 2017, p. 508.

⁴⁶ LOPES JR., op. cit., p. 499.

podendo o juiz carecer de tais conhecimentos, justamente por sua formação jurídica específica.⁴⁷

Desta forma, a perícia realizada por pessoa dotada de conhecimento específico acerca do tema, subministra fundamentos para um conhecimento comum às partes e ao juiz, sobre questões que estão fora da órbita do saber ordinário.⁴⁸

Na perícia não há apenas a documentação do fato em si, não se limitando o perito à constatar os elementos intrínsecos do crime, mas também documenta as circunstâncias que envolveram o fato, ou que lhe são constitutivas, por exemplo, o modo como ocorreu, o tempo da sua ocorrência e o lugar, os instrumentos com que o crime foi praticado, além da forma como tais instrumentos foram utilizados.

A priori, destaca-se que a ciência possui forte influência no direito, no entanto é necessário repensar a exaltação das perícias no campo probatório, não devendo ser tratadas como absolutas, mas sim, deve ser reconhecido que o saber científico possui relatividade e que não existe “a rainha das provas” no processo penal.⁴⁹

Isto porque a qualidade da perícia vai depender das condições em que estiver o lugar ou objeto a ser periciado, sendo indispensável o cumprimento do disposto no artigo 6º do CPP, que prevê que não deverão ser alterados o estado e conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais, justamente para garantia de maior aproximação da prova pericial com a realidade.

Corroborando com o afirmado anteriormente, DENTI afirma que “o progresso da ciência não garante uma pesquisa imune a erros e seus métodos, aceitos pela generalidade dos estudiosos em um determinado momento, podem parecer errôneos no momento seguinte”.⁵⁰

Toda essa importância dada à prova técnica/pericial no processo penal tem estreita relação com o mito da busca pela verdade real, que preconizava a ideia de que a produção da prova teria como pressuposto a fiel reprodução dos fatos ocorridos, tornando imprescindível que a verdade dos fatos seja de fato alcançada para que se chegue à aplicação correta da justiça.

⁴⁷ MORENO CATENA, p. 422 apud LOPES JR., 2017, p. 425.

⁴⁸ CORDERO, 2000, p. 124 apud LOPES JR., 2017, p. 423.

⁴⁹ LOPES JR., op. cit., p. 424.

⁵⁰ Cf. LOPES JR., 2017, p. 424.

No entanto, o conceito de verdade real ou substancial é objeto de discussões doutrinárias, em que diversos juristas manifestam a impossibilidade de alcance da verdade real, afirmando que seria mais correto a denominação “busca da verdade processual de caráter aproximativo da realidade”, como sendo objeto da produção de provas.

Como exemplo, pode-se mencionar os autores Francesco Carnelutti, Enrico Ferri e Luigi Ferrajoli, sendo comum o entendimento entre eles de que defender a busca da verdade real, além de não ser possível, legitimaria uma investigação no âmbito criminal sem limites, sem observância das formalidades e regras, característica dos Estados totalitários, com violação de direitos e garantias fundamentais do cidadão, tudo em busca da verdade substancial e sob o manto da preponderância do interesse público.

Para a autora Ariane Trevisan Fiori:

Insistir no mito da busca da verdade real, em nossa opinião, é, além de nunca se chegar a esta, decorrente de uma limitação do próprio ser humano, aceitar a investigação sem limites, característica dos Estados autoritários. Falar em verdade real é buscá-la através da violação da integridade humana do cidadão, devendo ser arrancada a qualquer preço, tudo em nome da fadada segurança jurídica. Segurança esta que nunca será absoluta.⁵¹

E ainda Aury Lopes Jr. aduz que:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).⁵²

Para Ferrajoli, é extremamente arbitrária a busca de uma verdade absoluta, uma vez que, geralmente, serão utilizadas investigações e métodos probatórios praticados por quaisquer meios, sem qualquer observância de regras e limites processuais, tudo para se chegar à referida verdade.

Nesse sentido, afirma:

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser

⁵¹ FIORI, Ariane Trevisan. A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 41.

⁵² LOPES JR., op. cit., p. 372.

perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção.⁵³

E o supracitado autor entende que a verdade a ser perquirida no processo penal de modelo formalista, alicerçado num sistema penal garantista, é uma verdade formal ou processual, provável, referencial, opinativa, aproximativa (plausível) e de correspondência da realidade dos fatos, e por isso, relativa.

Assim, correlacionando os dois temas, compreende-se que a relevância dada às provas técnicas/periciais tem estreita relação com a busca pela verdade real, uma vez que muitos doutrinadores consideram a prova pericial como a mais importante das provas e que fielmente traduz a realidade dos fatos.

No entanto, como já declinado, até mesmo nas provas técnicas existem falhas e não são completamente confiáveis, revelando apenas um grau de probabilidade do delito, não se confundindo com todo o campo probatório, como salienta Aury Lopes:

Uma prova pericial demonstra apenas um grau – maior ou menor – de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda complexidade que envolve o fato. Assim, um exame de DNA feito a partir da comparação do material genético do réu 'A' com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima demonstra apenas que aquele material coletado pertence ao réu. Daí até provas que o réu 'A' violentou e matou a vítima, existe uma distância imensa e que deve ser percorrida lançando mão de outros instrumentos probatórios.⁵⁴

Também, nesse âmbito, é importante destacar a relevância da cadeia de custódia da prova penal, pois esta traduz a importância da preservação das fontes de prova quando a produção ocorre fora do processo, principalmente no que diz respeito às provas periciais e a prova genética.

2.4.2 Relevância da cadeia de custódia da prova penal

Como dito anteriormente, a cadeia de custódia é tema bastante interessante no que diz respeito à condição de validade das provas na persecução criminal.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

⁵⁴ LOPES JR., op. cit., p. 424.

A cadeia de custódia consiste em um mecanismo garantidor de autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração.⁵⁵

Esta cadeia destina-se a fazer a documentação da cronologia existencial da prova, com o fim de evitar que interferências internas e externas coloquem em dúvida a sua produção, que será utilizada sem qualquer tipo de contaminação, impedindo a manipulação indevida da prova para incriminar ou isentar alguém de responsabilidade.

A cadeia de custódia terá início no exato momento em que a evidência é apreendida ou colhida e encerra-se somente com o final do processo penal, por isso deve sempre ser assegurada a preservação do local do crime, como disposto no artigo 6º do CPP, já mencionado.

Para LIMA, a referida cadeia “visa assegurar a idoneidade dos objetos e bens apreendidos, de modo a evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e subsequente processo criminal”⁵⁶

Se ocorrer algum tipo de quebra na cadeia de custódia das provas, deve ser reconhecida a inadmissibilidade dessa evidência como prova ou das que dela decorrerem, a não preservação das fontes afetará a credibilidade, gerando dúvidas quanto à confiabilidade desses meios probatórios.

Para Geraldo Prado, “a constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia”.⁵⁷

O doutrinador Aury Lopes Jr., seguindo neste mesmo entendimento, leciona:

A discussão acerca da quebra da cadeia de custódia adquire especial relevância nas provas que têm pretensão de “evidência”, verdadeiros atalhos para obtenção da tão almejada (e ilusória) “verdade”, que sedam os sentidos e têm a pretensão de bastar-se por si sós, de serem autorreferenciadas, tais como as interceptações telefônicas ou DNA. São provas que acabam por sedar o sentido e anular o contraditório.⁵⁸

⁵⁵ LIMA, op. cit., p. 604.

⁵⁶ LIMA, op. cit., p. 605.

⁵⁷ PRADO, Geraldo Prado. Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 81.

⁵⁸ LOPES JR., op. cit., p. 411.

Em sua doutrina, este célebre doutrinador revela como pode ser perigoso a utilização desse modelo de prova, principalmente a utilização da prova genética – exame de DNA, sem a observância da cadeia de custódia. Muitas vezes o DNA é utilizado como uma prova incontestável no processo penal, já que muitos acreditam que tal meio revela a máxima aproximação com a verdade dos fatos.

No entanto, justamente por serem obtidas fora do processo, é extremamente importante que se documente toda a cadeia de custódia e toda a trajetória feita, desde a coleta do material até a inserção no processo e na fase valoração judicial.

Neste âmbito é extremamente importante destacar a exigência de dois princípios trazida por Geraldo Prado: o princípio da “mesmidade” e “desconfiança”. Pelo primeiro entende-se como sendo a garantia de que a prova valorada é exatamente e integralmente aquela que foi colhida (sendo a “mesma”). Já o segundo revela-se na exigência de que a prova deva ser “acreditada”, submetida a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser.⁵⁹

Aury, nesta mesma lição, salienta que, muitas vezes diferentes filtros e manipulações podem ser feitas pelas autoridades que colhem/custodiam a prova, sendo trazida a prova para o processo sem obedecer à exigência de “mesmidade”.

Destarte, conclui-se que, nem tudo que chega ao processo penal (fase judicial) pode ter valor probatório, devendo primeiramente ser legitimado e valorado desde a coleta até a produção em juízo sob o crivo do contraditório, em observância às regras da cadeia de custódia.

No tocante à prova genética, que será abordada com mais profundidade no capítulo seguinte, esta revela-se como de importância ímpar para o processo penal, no entanto traz consigo o perigo da “evidência”, que, como afirmado por CUNHA MARTINS, revela-se como o “ponto cego” do direito”, pois há um alto grau de alucinação.⁶⁰

Para melhor entendimento, é como se o “evidente” bastasse por si só, dispensando o contraditório e produção de outras provas para reafirmar, como

⁵⁹ PRADO, 2014, apud LOPES JR., 2017, p. 412.

⁶⁰ CUNHA MARTIS, 2011, apud LOPES JR., 2017, p. 412.

acontece atualmente com a evidência dos exames de DNA: o material genético do indivíduo foi encontrado no local do crime, logo, ele é o autor do fato, o que é errôneo.

Para LOPES JR, não se pode tomar o atalho “DNA = evidente = verdade” sem antes realizar profunda averiguação dos meios de obtenção dessa prova e todo o “iter” procedimental de coleta, armazenamento e análise dessa amostra, valorizando assim a cadeia de custódia e possibilidade de atuação do contraditório.

O mencionado doutrinador coloca em questão também a discussão sobre a validação científica dos métodos de análise, ou seja, como no caso do questionamento acerca da validade dos testes a partir da natureza das amostras biologicamente utilizadas. Para ele, é comum que as amostras encontradas em superfícies não estéreis podem sofrer danos após o contato com a luz solar, micro-organismos e solventes naturais. Tais interferências podem gerar equívocos na interpretação ou ocasionar a diminuição da confiabilidade dos resultados.

Desta forma, corroborando com o que já fora abordado anteriormente na explanação das provas periciais, estas não podem ser consideradas a “rainha das provas”, justamente porque não há prova que traduza fielmente a realidade próxima dos fatos, nem mesmo amostra biológica de DNA, que, como mencionado, pode ser alterado por diversos fatores, além da possibilidade de quebra da cadeia de custódia e inutilização da prova, sendo imprescindível a utilização de outros meios probatórios, além da aplicação do princípio da “mesmidade”, “desconfiança” e do contraditório.

Compreendidas as generalidades acerca das provas, os princípios que se relacionam com estas, bem como uma análise mais aprofundada acerca do princípio da não auto incriminação, provas periciais e importância da cadeia de custódia, será feita uma análise específica das provas genéticas no direito processual penal brasileiro, a sua valoração, principalmente após as alterações ocorridas na Lei de Identificação Criminal em 2012, bem como a relação da bioética e do direito.

3 PROVA GENÉTICA E AS IMPLICAÇÕES DA LEI 12.654/12 NA PERSECUÇÃO CRIMINAL

No ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no Código de Processo Penal, art. 158, está previsto que quando a infração penal deixar vestígios, será indispensável a realização do exame de corpo de delito direto ou indireto, para comprovação do delito.

O corpo de delito não se confunde com exame pericial em si, sendo apenas uma modalidade desta última (que abarca diversas formas de perícias). Dentre estas modalidades de perícia, destaca-se o exame de DNA e a utilização deste material genético colhido como meio de prova na persecução criminal.

Há algum tempo, com o desenvolvimento da biotecnologia e da genética, a extração de material biológico para análise genética passou a ser utilizada no âmbito do direito processual penal e trouxe novo vigor no auxílio à resolução de crime.

É bem verdade que as amostra biológicas colhidas no local do crime, bem como da vítima e acusado, permitem os julgadores tirarem conclusões com graus de convicção maior do que antes, porém não foram realizados estudos específicos acerca dos reflexos no processo em si, assim como as consequências da referida utilização e limites à obtenção da prova genética.

Vale destacar o entendimento do doutrinador Aury Lopes Jr. acerca da importância dessa subespécie de prova, aduzindo que,

As provas genéticas desempenham um papel fundamental na moderna investigação preliminar e podem ser decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito. Entretanto, sua eficácia está condicionada, em muitos casos, a uma comparação entre o material encontrado e aquele a ser proporcionado para o suspeito.⁶¹

O DNA, atualmente, é utilizado mundialmente, se relevando como a mais importante técnica de identificação humana desde a descoberta do método das impressões digitais. A referida técnica possui o condão de esclarecer crimes tidos até mesmo como impossíveis de serem solucionados, assim como pode vir a inocentar pessoas condenadas, com a descoberta de novas provas a partir deste exame.⁶²

⁶¹ LOPES JR., op. cit., p. 433.

⁶² SILVA, L. A. F. da; PASSOS, N. S. DNA Forense. Maceió: Editora UFAL, 2002, p. 14.

Em que pese a importância dos exames realizados pelo sistema datiloscópico, uma vez que os padrões das impressões digitais não se alteram durante a vida, a prova genética advinda da extração do DNA não é tão facilmente deteriorável, podendo ser encontrada em fios de cabelo, saliva, sangue, outros materiais biológicos presentes na cena do fato criminoso, podendo ser utilizado até mesmo um corpo carbonizado.

Entretanto, apesar de se revelar como bastante importante no meio probatório da persecução criminal, como o DNA está inserido na perícia científica, nunca deve ter um caráter de certeza, como muitas vezes é aduzido pelo senso comum. Isto porque a ciência sempre versa sobre o campo de possibilidade, nunca de certeza.

Alguns delitos, por exemplo, dependem quase que exclusivamente para comprovação da autoria delitiva, como é o caso dos crimes contra a dignidade sexual, que geralmente não ocorrem na presença de testemunhas. Assim, há que se reconhecer a importância dessa prova no âmbito processual-penal, porém devem sempre ser observadas as garantias processuais do acusado no tocante à obtenção da prova e o direito de defesa.

Destarte, considerando a importância desse meio de obtenção de prova, surgiu no ordenamento jurídico as leis relativas à identificação criminal e, a mais recente delas, a lei 12.564/12, que trouxe uma importante alteração para a Lei de Execução Penal, sendo abordada ainda em sede deste capítulo.

3.1 Particularidades da Prova Genética

O DNA ou ácido desoxirribonucleico é um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o desenvolvimento e funcionamento de todos os seres vivos e de alguns vírus. A estrutura da molécula foi descoberta por Francis Crick e James Watson, na década de 50.⁶³

Segundo os autores Grecco, Douglas, Ancillotti, Calhau e Krymchantowski, o DNA ou ácido desoxirribonucleico é a assinatura genética dos seres vivos. Dentro de

⁶³ GODINHO, Neide Maria de Oliveira. Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça. 2014. Disponível em: <http://revista.ssp.gov.br/index.php?journal=rebesp&page=issue&op=view&path%5B%5D=s>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

cada célula há material nuclear que pode ser do tipo DNA ou RNA (seres vivos mais rudimentares, como vírus ou bactérias) e cada ser vivo possui uma sequência de genes que compõe o seu DNA diferenciado e específico para os organismos mais complexos, como o homem.⁶⁴

O código genético de uma pessoa permite, portanto, extrair a referida precisão na identificação, eis que cada indivíduo é geneticamente diferente do outro, com exceção dos gêmeos idênticos e univitelinos.

Ainda é importante ressaltar que a identificação genética é estável, ou seja, a individualidade genética é permanente, durante toda a vida aquele DNA será exclusivo.⁶⁵

Ainda seguindo o entendimento de RUIZ, a análise do genoma humano não codificante ocupou espaço importante na medicina forense justamente por trazer maior precisão na identificação das pessoas, uma vez que as combinações das bases de adenina, timina, guanina e citosina (componentes do ADN) formarem as características de cada um e o tornar único, ressaltando que fatores externos também podem dificultar tal processo.

O genoma humano é composto de estruturas de DNA codificante e de não codificante. No tocante à identificação através da molécula, a parte que interessa é a que não possui informações hereditárias (sendo que 90% do genoma é composto por DNA que não contém codificação relevante para síntese proteica).⁶⁶

Existem diversas formas de análise do material genético colhido, no entanto existem formas mais apropriadas para o uso na persecução criminal, que serão expostas em momento oportuno.

⁶⁴ KRYMCHANTOWSKI, Abouch V.; CALHAU, Lélío Braga; ANCILLOTTI, Roger; GRECO, Rogério; DOUGLAS, William. Medicina Legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 21.

⁶⁵ RUIZ, Thiago. A prova genética no processo penal. São Paulo: Almedina, 2016, n.p., posição 848 e-book.

⁶⁶ FRANÇA, Genival Veloso. Medicina Legal. 7ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014. p. 9.

A evolução tecnológica serviu à identificação criminal de forma que o avanço da biotecnologia e os conhecimentos acerca da genética possibilitaram maior grau de exatidão na identificação das pessoas através das técnicas de DNA.

Não há como negar que a prova pericial baseada no exame genético pode ser bastante relevante no processo penal, desde a fase investigativa, uma vez que pode indicar a autoria delitiva, pode inocentar um indivíduo já na fase judicial considerando a incompatibilidade do material genético presente na vítima (principalmente quando se refere à crimes sexuais) ou no local do crime.

Para Thiago Ruiz, a prova genética pode “servir como prova de inclusão ou exclusão”, porém, não pode tal prova ser produzida a qualquer custo, mesmo que seja relevante para a *persecutio criminis* e o contexto probatório, devendo sempre serem observadas as garantias processuais do acusado.

Desta forma, a realização da prova genética não pode ser realizada indiscriminadamente, havendo critérios legais a serem observados.

Primeiramente, deve-se salientar que, em razão das várias possibilidades de colheita de amostra genética (recolhidos no local do crime, obtidas separadamente do corpo do acusado ou em material descartado, assim como podem ser colhidos no corpo de terceiros ou do próprio acusado) é necessário observar se quaisquer dessas provas e estes meios de produção são realmente legítimos e se podem ser futuramente admitidos no processo penal (também sendo bastante relevante a não quebra da cadeia de custódia, já abordada anteriormente).⁶⁷

Em que pese o alto grau de confiabilidade, diversas vezes mencionado, a concepção fantasiosa da eficiência do DNA, divulgando certeza ao invés de probabilidade, é a razão maior de um desacerto que, para além do jurídico, possui graves consequências políticas. O que deve ser posto em análise, portanto, é se, de fato, a prova genética pode produzir certezas no processo penal, e como esta deve ser valorada pelo juiz.

3.1.1 Confiabilidade e valoração

⁶⁷ RUIZ, op. cit., n.p., posição 949 e-book.

Para alguns doutrinadores, o exame de DNA apresenta grande confiabilidade, sendo, atualmente, o método mais eficaz para demonstrar a verdade formal no processo penal.

Destaca-se o posicionamento de Nicolitt e Wehrs acerca do tema:

A esta sede de verdade, as análises de DNA conjuminam-se como luva e mão. É possível dizer sem dúvida que as provas genéticas, em termos de identificação, são as mais seguras que se tem conhecimento. Trata-se de um sistema de identificação muito positivo e que, embora seja uma prova estática, as probabilidades que sustentam as conclusões são tão altas que se equivalem à certeza.⁶⁸

Nesse mesmo sentido, é válido mencionar o posicionamento de Grecco, Douglas, Ancillotti, Calhau e Krymchantowski:

Só há uma única possibilidade de o DNA ser igual em duas pessoas, qual seja quando estas são irmãs gêmeas do mesmo ovo ou zigoto (gêmeos univitelinos). Quando se aventa o aspecto paternidade, pode-se ter certeza se um organismo humano é filho(a) biológico(a) de outro ser se parte (metade) de seus cromossomos tem DNA da parte investigada.⁶⁹

Assim, apenas quando se tratar de de irmãos gêmeos univitelinos, o DNA será igual para os dois.

Por mais este motivo, em que pese confiabilidade que há envolvida neste exame, mesmo que seja coletado materiais genéticos de um suposto autor do crime, devem estes serem confrontados com as demais provas colhidas no transcorrer da persecução criminal com o objetivo de se alcançar o mais próximo possível de uma verdade formal, buscando assim uma tutela penal mais justa.

Assim, apesar da credibilidade concedida à prova genética, é necessário ter o discernimento que tal prova não é absoluta e é passível de equívocos, sendo que a dúvida em qualquer âmbito deve ser utilizada em favor do réu (em obediência ao princípio do *favor rei*). Tais equívocos podem advir durante a realização do exame, durante a coleta, nos métodos utilizados e na interpretação dos dados colhidos.⁷⁰

Nem sempre o material genético colhido para realização do exame de DNA é suficiente para ser conclusivo na seara penal, pois e muitos casos encontra-se deteriorado nos vestígios do crime, é colhido em quantidade não muito expressiva e

⁶⁸ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014. p. 43

⁶⁹ KRYMCHANTOWSKI; CALHAU; ANCILLOTTI; GRECO; DOUGLAS, op. cit., p. 21.

⁷⁰ RUIZ, op. cit., n.p., posição 1336 e-book.

até mesmo quando são colhidas diversas amostras pode-se correr o risco destas serem mescladas, dificultando a confiabilidade ainda durante a realização do exame.⁷¹

Destarte, é fácil concluir que o resultado do exame genético é um berço de probabilidade e não de certeza, como afirmam alguns doutrinadores, tendo êxito RUIZ quando afirma que “é por meio de um procedimento estatístico que se mede o grau de certeza do acerto proporcionado pela análise do material biológico”.⁷²

O método mais utilizado como confiável pela comunidade internacional é o da determinação da probabilidade de coincidência, em que se calcula o número de pessoas da população cujo perfil genético é idêntico ao do vestígio e do suspeito.

Ainda, a falta de capacidade técnica do perito pode prejudicar a valoração da prova genética, também devendo ser considerada a alteração dos resultados por interesses pessoais, sendo que a inidoneidade do perito responsável também pode ser um fator de descrédito da prova genética.

Assim, é evidente que é imprescindível o pensamento de que a prova genética deve concorrer no mesmo sentido das outras colhidas na instrução criminal e uma possível coincidência de perfis genéticos não equivale necessariamente à culpabilidade daquele suspeito, não sendo incontestável, vez que o exame de DNA e a perícia baseada neste é de caráter complementar no conjunto probatório.

Frisa-se novamente que somente a prova genética no processo é demasiadamente frágil para embasar uma condenação, justamente porque deve-se considerar toda a cadeia que envolve este tipo de prova, desde a hora da coleta até a qualidade do DNA, a conservação das suas amostras.

O processo de valoração se traduz no juízo valorativo exercido pelo juiz em relação as provas produzidas durante o processo penal, concedendo-lhes a devida importância de acordo com sua convicção, já que o livre convencimento motivado é o que prevalece nas decisões do processo penal brasileiro.

Primeiramente é importante esclarecer que o direito à prova compreende tanto o referido direito à apreciação/valoração no momento da sentença. Desta maneira,

⁷¹ NOVAES, 2004, p. 237-251 apud RUIZ, 2016, n.p., posição 1336 e-book.

⁷² RUIZ, op. cit., n.p., posição 1349 e-book.

todas as provas e alegações das partes, garantidas pelo contraditório, devem ser objeto de análise e avaliação pelo juiz que preside o processo.

Dentre os sistemas de valoração das provas, destacam-se três: sistema da livre apreciação ou íntima convicção; sistema legal de provas; e sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Consoante o primeiro sistema – da livre apreciação ou íntima convicção – ele surgiu como uma superação da prova tarifada, tendo o juiz ampla liberdade para decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios íntimos, sem a obrigação de fundamentar seu convencimento. É o sistema predominante na segunda fase do Júri, em que o Conselho de Sentença não precisa motivar suas decisões.

Já no segundo sistema, das provas legais, o legislador previa anteriormente um sistema de valoração hierarquizado da prova, havendo uma tabela de valoração. De acordo com LOPES JR., esse sistema era assim chamado exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, cerceando a capacidade do julgador de fazer uma análise específica do caso concreto e valorar as provas diferente do que era previsto.⁷³

Sendo um sistema intermediário entre os dois extremos supramencionados, surge o do livre convencimento motivado ou persuasão racional, concedendo ao magistrado a liberdade de apreciação e valoração das provas, mas o obrigando a fundamentar suas decisões. As provas, portanto, não possuem um valor predeterminado.

O referido sistema, adotado no Brasil, decorre da ausência de um sistema de provas tarifadas, valoradas pelo legislador, de modo que todas as provas num processo possuem valor relativo, nenhuma delas tem mais prestígio que as outras, nem mesmo as provas técnicas, dentre elas a prova genética baseada na coleta de DNA.⁷⁴

Por fim, percebe-se que o sistema de apreciação e valoração da prova genética tem estreita relação com a confiabilidade que ela representar, devendo o juiz, a partir deste último sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro, analisar os critérios e métodos utilizados na produção desta prova, não considerando esta como a “rainha

⁷³ LOPES JR., op. cit., p. 367.

⁷⁴ Ibid., p. 369.

das provas” no curso do processo, bem como prezar pela garantia dos direitos fundamentais do acusado.

3.1.2 Limites à obtenção da prova genética

Como já fora abordado superficialmente no capítulo anterior, a prova genética, em que pese a sua importância no contexto probatório, não é infalível e não pode ser legitimada a qualquer custo.

A priori, deve-se considerar os direitos fundamentais e as garantias processuais que envolvam o acusado, sendo estes verdadeiros limites à produção probatória e que envolvem o campo da licitude das provas e meios de obtenção.

Tem-se, num primeiro momento, os direitos da personalidade como óbice à produção da prova genética. Dentre esses direitos estão o direito a vida, a honra, ao nome, a privacidade, a honra, ao corpo, direito autoral, liberdade; no entanto o que mais se relacionam com as provas genéticas trata-se do direito a intimidade e ao segredo (desdobramentos do direito à privacidade) e o direito à identidade pessoal.

O entendimento de Elimar Szaniawski acerca desse desdobramento é o seguinte:

Os partidários da subtipificação do direito à vida priva em direitos à intimidade de em direito ao segredo conceituam o primeiro como direito que a pessoa possui de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e ouvidos dos outros, enquanto que o direito ao segredo consiste na não-divulgação de determinados fatos da vida de alguém, cujo conhecimento foi obtido ilícitamente.⁷⁵

O direito à identidade pessoal diz respeito à unidade do indivíduo, que é composta de elementos ou originários (decorrentes da composição genética e hereditariedade) e também os que se somam ao longo da vida.

Desta forma, não se pode negar a íntima relação entre o direito à identidade pessoal e os direitos da personalidade e os estudos sobre o genoma humano, sendo que, especificamente numa investigação criminal, todas as pessoas que tiveram acesso ao material genético do acusado e seu armazenamento, devem guardar sigilo acerca desses dados genéticos, especialmente se tratar-se de DNA codificante.

⁷⁵ SZANIAWSKI, p. 128 apud RUIZ, 2016, n.p., posição 1472 e-book.

A divulgação indevida do código genético de um indivíduo ofende diretamente o direito à intimidade e dignidade da pessoa humana.

Para Romeo Casabona, o asseguramento da confidencialidade sobre a informação se leva também a um primeiro plano dessa perspectiva, como meio de proteção da vida privada e de outros direitos e, em especial, como meio preventivo de condutas discriminatórias.⁷⁶

Leciona Ruiz que,

(...) é aconselhável que em casos de armazenamento em razão de determinação judicial, em face da produção de uma prova genética, enquanto os dados genéticos colhidos forem úteis ao processo, o exame de DNA deve restar seguramente armazenado, e mais, assim que finalizada a demanda, os dados referente ao código genético devem ser destruídos, uma vez que a divulgação inapropriada ou a custódia negligente pode revelar todos os caracteres que formam uma pessoa, ofendendo o direito fundamental à preservação da privacidade.⁷⁷

É importante destacar também os limites impostos pelos princípios da reserva legal, judicialidade e da proporcionalidade.

Como já afirmado no capítulo anterior acerca dos princípios e direitos fundamentais, estes últimos não são absolutos, porém somente outros direitos fundamentais de mesmo peso podem confrontá-lo, pela técnica da ponderação e uso da proporcionalidade no caso concreto.

Quanto aos princípios supramencionados e a relação com a coleta de amostras de DNA do indivíduo, esta deve sempre observar a legalidade, ou seja, deve haver uma norma com previsão específica de casos e das hipóteses que implicaria na restrição da identidade pessoal e da intimidade.

Além de observância do princípio da legalidade, é imprescindível o crivo do judiciário para restringir um direito fundamental, ou seja, no caso das provas genéticas, caso o acusado não ofereça seu consentimento, deve haver autorização judicial para que seja legitimado o exame genético.

Destarte, o patrimônio genético humano deve ser tutelado de forma que o acesso aos dados seja limitado, para que não decorra em ofensa aos direitos da personalidade, que são invioláveis e intrínsecos a cada ser humano. Por conta dessas

⁷⁶ CASABONA, p. 57 apud RUIZ, 2016, n.p., posição 1523 e-book.

⁷⁷ RUIZ, op. cit., n.p., posição 1535 e-book.

ressalvas é que a existência de banco de dados de perfis genéticos de DNA codificante é altamente combatida.

3.2 Aplicação da atenuante da confissão com o uso da prova genética

As generalidades do instituto da confissão no processo penal não serão abordadas nesse trabalho, apenas se demonstrará a possibilidade de utilização da prova genética extraída do corpo do acusado para apontar a autoria delitiva contra si mesmo. É necessário, portanto, analisar o cabimento ou não da aplicação da atenuante de pena da confissão prevista no Código Penal, caso haja a condenação do indivíduo.

É importante, a priori, esclarecer que quando se assegura ao indivíduo o direito de não produzir provas contra si mesmo, garante-se que a confissão não ocorrerá sem a anuência do acusado, ou seja, deverá se espontânea e voluntária.

Quando, por exemplo, durante uma investigação criminal, extrai-se mostras de sangue coercitivamente do acusado, com o fim de produzir uma prova que o incrimine, pode-se dizer que é uma confissão forçada pelo Estado. Contudo, se a concessão do material genético for de forma espontânea, havendo concordância do acusado para realização do exame, deve-se entender que se trata de uma espécie de confissão livre.⁷⁸

Em resumo, o autor de um delito que fornece seu DNA para perícia ou anui para sua extração, acaba confessando, mesmo que indiretamente, a autoria delitiva.

Como é sabido, a confissão voluntária e espontânea no processo penal significa causa suficiente para amenizar a pena, de acordo com o art. 65, III, d, do Código Penal.⁷⁹

Desta forma, se for expressada a vontade de fornecer material biológico por parte do acusado para que se conclua acerca da autoria do crime, deve-se sempre ser atenuada a sua pena.

⁷⁸ RUIZ, op. cit., n.p., posição 2292 e-book.

⁷⁹ BRASIL. Lei 2848, 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 de julho de 2018.

Thiago Ruiz, com vista à expressar a validade desse meio de confissão, aduz que a concessão livre do acusado para colheita de material biológico do seu corpo, tendo a plena ciência de que o exame evidenciará a sua culpabilidade, é uma confissão tão real quanto aquela que é verbalizada no interrogatório, que acorda em exteriorizar a sua responsabilidade penal através da conduta ativa de fornecer seu DNA e fazer prova contra si.

Por derradeiro, conclui este último autor que “a eventual exigência de redução a termo, como pressuposto para a validade da confissão, é superada pela fundamentação dos convencimentos do perito em laudo próprio, que nada mais é que o termo de confissão genética do acusado”.⁸⁰

3.3 Bioética e Direito

A bioética surge objetivando o enfrentamento de questões éticas relacionadas às pesquisas, tanto dentro da biologia, como para reconhecer os limites das atividades que giram em torno da vida e da dignidade humana. Assim, a Bioética tem o fim de ponderar as ações que envolvam a genética (a exemplo do acesso ao patrimônio genético do indivíduo e manipulação de genes).

Segundo Bechara,

A Bioética, conceituada pela *Enciclopédia de Bioética do Instituto Kennedy*, “é o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.”⁸¹

De acordo com Thiago Ruiz, não apenas a cautela do cientista em suas experiências genéticas é fundamental, mas sendo o genoma humano o conjunto de características do próprio homem, é necessário impor limites para os problemas decorrentes dos conhecimentos em genética⁸².

Considerando a Bioética e sua função precípua, já mencionada anteriormente, é necessário normatizar os princípios morais e éticos que envolvem estes estudos, cabendo à ciência jurídica acompanhar o desenvolvimento científico e o progresso da bioética, buscando assegurar os limites das atividades envolvidas nesse âmbito.

⁸⁰ RUIZ, op. cit., n.p., posição 2316 e-book.

⁸¹ BECHARA, A. E. L. S. Manipulação genética humana e direito penal: conceito de engenharia genética e sua distinção em relação às manipulações ginecológicas. Porto Alegre: Zouk, 2007. p. 18.

⁸² RUIZ, 2016, passim.

Em que pese o conhecimento em genética e estudos acerca do material genético dos indivíduos trazerem diversos benefícios (a exemplo de conhecimento de potencial desenvolvimento de doenças congênitas, tratamentos específicos de acordo com o código genético, dentre outros), poderão haver reflexos negativos e perigosos desse progresso científico, como por exemplo, processos de clonagens e ainda discriminação e estabelecimento de perfis de criminosos (no âmbito criminológico), quando do conhecimento dos dados genéticos de grupos de pessoas. Por isso é extremamente importante e necessário o debate e reflexão ética e jurídica acerca desses avanços.

Para o autor Nostre, é inegável a íntima relação entre o Direito e a Bioética, no entanto, é impreciso afirmar que o Direito seja convocado pela Bioética para dar força coativa às normas que visem a disciplinar condutas que intervenham de forma nociva sobre a vida humana.⁸³

Ainda, como forma de reforçar a relação que existe entre esses dois campos, o autor supramencionado aduz que, sempre que o Direito Penal brasileiro se voltou à tutela da vida o fez com base nos critérios biológicos, bastando a adaptação às novas concepções cientificamente comprovadas, sendo que a dignidade da pessoa humana se coloca na base da própria existência do Estado brasileiro.⁸⁴

3.4 Análise da Lei nº 12.037/09 e alterações trazidas pela Lei nº 12.654/12

A identificação criminal não pode ser confundida com a qualificação do acusado, enquanto a primeira tem a finalidade de tornar a pessoa exclusiva, podendo ser datiloscópica, fotográfica e genética, a segunda diz respeito a individualização através da obtenção de dados como nome completo, naturalidade, filiação, dentre outros, sendo que esta última não traz nenhuma forma de constrangimento ao indivíduo.

Antes da Constituição de 1998, era regra a identificação criminal, ainda que o indivíduo fosse identificado civilmente, o que dava ensejo a inúmeras práticas policiais abusivas e autoritárias. Desta forma, surge na constituição cidadã o artigo 5º, LVIII,

⁸³ NOSTRE, G. A. de M. Bioética e direito. Aspectos jurídico-penais da manipulação embrionária, do aborto e da eutanásia. 2001. 265 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. P. 22-23.

⁸⁴ Ibid., p. 431.

que dispõe que o civilmente identificado não será submetido identificação criminal, salvo nas hipóteses definidas em lei, se tornando, portanto, exceção.⁸⁵

Após a CF/88, com relação ao histórico das leis infraconstitucionais que dispuseram sobre a identificação criminal do acusado, a primeira previsão foi a do artigo 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.069/90, aduzindo que “o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”.⁸⁶

Posteriormente, a revogada lei 9.034/95, previa que “a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”. Logo após, em 2000, foi promulgada a lei 10.054, que previa rol taxativo de crimes em que a identificação criminal seria compulsória, mesmo em casos de identificação civil, quais sejam, homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, receptação qualificada, crimes contra liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público.

Com a promulgação da Lei nº 12.037/09⁸⁷, que veio a revogar a anterior lei 10.054, não se estabelecia mais um rol taxativo de delitos em que a identificação criminal seria obrigatória. Assim, a lei do ano de 2009 não utilizava mais a espécie de crime como um critério para se fazer a identificação criminal, mas sim estabeleceu algumas hipóteses, previstas no art. 3º da referida lei.

A última legislação sobre esse tema é do ano de 2012, lei nº 12.654⁸⁸, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de coleta de material biológico como forma de identificação criminal e para obtenção de perfil genético,

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 296.

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 10 de julho de 2018.

⁸⁷ BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 02 out. 2009. Disponível em 12 de julho de 2018.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Diário Oficial União, Brasília, 29 maio 2012. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm >. Acesso em: 12 de julho de 2018.

trazendo dois procedimentos distintos, que foram incorporados à lei de identificação criminal (que tem como campo de incidência da investigação preliminar) e à lei de execução penal. O primeiro procedimento diz respeito à possibilidade de coleta do material genético para obtenção do perfil, objetivando a identificação criminal do indivíduo. Já no segundo âmbito, é permitida a extração compulsória do material genético como efeito automático da sentença penal condenatória por determinados crimes.

A seguir serão abordados ambos os institutos, tanto as alterações que a lei 12.654/12 trouxe com relação à identificação criminal na fase investigativa, quanto a alteração da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, que inclui o artigo 9º-A, prevendo a identificação do perfil genético de condenados.

3.4.1 Identificação Criminal pelo DNA

Como já fora explicitado anteriormente, a identificação criminal tem o condão de afastar as dúvidas que possam surgir acerca da verdadeira identidade do suposto autor de um delito. Esta identificação pode ser datiloscópica, fotográfica ou pelo perfil genético.

A identificação datiloscópica é feita com base nas saliências papilares das pessoas, que acompanha a pessoa por toda a vida. Já a fotográfica é feita por meio do padrão exigido para cédula de identidade, não sendo totalmente confiável por conta da imutabilidade das pessoas e impossibilidade de formação de um cadastro fotográfico acessível.⁸⁹

Para conferir ainda mais segurança à identificação criminal, foi permitido no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 2012, a coleta do material biológico do indivíduo objetivando a obtenção do seu perfil genético, in verbis:

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

⁸⁹ LIMA, op. cit., p. 307.

Segundo o doutrinador Renato Brasileiro, a necessidade da utilização da identificação criminal e prova genética por meio do DNA surgiu em decorrência da forma de execução de crimes violentos, que possuem grande probabilidade de deixar vestígios biológicos no local do crime ou até mesmo no corpo da vítima. Para ele, o exame de DNA é extremamente importante porque possibilita a obtenção de resultados satisfatórios, mesmo com pequenas quantidades de vestígios biológicos.⁹⁰

Esse tipo de identificação não teve como pioneiro o legislador brasileiro. A extração e análise do DNA para fins de investigação criminal surgiu e foi desenvolvida inicialmente nos Estados Unidos (EUA), pelo programa denominado “CODIS” (Combined DNA Index System), que possui como uma das vertentes a localização e identificação de pessoas desaparecidas. As tecnologias utilizadas para implantar e desenvolver o CODIS foi cedido para o Brasil e diversos outros países pelos EUA.⁹¹

É importante destacar que a identificação por meio do perfil genético não possui apenas o objetivo de afastar as dúvidas quanto à verdadeira identidade do suposto autor do delito, mas também objetiva abastecer banco de dados que possam contribuir com informações até mesmo sobre crimes passados e futuros, praticados de forma semelhante, com a comparação dos materiais biológicos colhidos.⁹²

Corroborando com Marcão, acerca da importância da identificação genética, Renato Brasileiro destaca que,

Como todo ser vivo possui informação genética, a análise do material biológico pode apontar a fonte de onde ele partiu, identificando sua origem. Aliás, mesmo quando um perfil genético não pode ser comparado com uma amostra cujo doador seja conhecido, podem ser extraídas do DNA informações úteis para as investigações criminais, como por exemplo, o sexo da pessoa.⁹³

Ainda, este último jurista afirma que a molécula do ácido desoxirribonucleico possui alta estabilidade química e térmica, sendo que o alto grau de resistência possibilita a obtenção de perfis genéticos de uma amostra, mesmo após longo tempo.

Uma parte da doutrina adota a vinculação causal da identificação do perfil genético, decorrente do princípio da especialidade da prova. Para esta parcela da doutrina, a prova genética somente pode ser utilizada naquele caso específico, sendo que, com a prescrição do crime, o material deve ser inutilizado, ou seja, o uso dos

⁹⁰ Ibid., 308.

⁹¹ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 12ª ed. Saraiva, 2014. p. 47.

⁹² Ibid., p.45.

⁹³ LIMA, op. cit., p. 308.

perfis genéticos estão intimamente relacionados com o limite temporal da punibilidade daquele crime.⁹⁴

A identificação do perfil genético neste âmbito, entretanto, diferencia-se da que foi inserida na LEP, que será abordada com mais profundidade a partir do final deste capítulo.

3.4.2 Extração compulsória de DNA e Lei de Execução Penal

Com o advento da lei 12.654/12, que alterou também a lei de identificação criminal 12.037/09, introduziu-se na Lei de Execução Penal o art. 9º-A.

O referido dispositivo dispõe sobre a identificação do material genético dos condenados, mediante extração compulsória de DNA como efeito automático da sentença penal condenatória, visando armazenamento destas informações colhidas em bancos de dados sigilosos.

Necessário, de início, trazer na literalidade do art. 9º-A da LEP, bem como fazer uma análise do mesmo posteriormente:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

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

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

O caput do art. 9º-A determina que a sentença condenatória penal importará, automaticamente, na identificação do perfil genético do condenado pela extração do DNA, se este for condenado por crimes dolosos com violência grave contra pessoa ou por qualquer crime hediondo, previsto na lei 8.072/90.

⁹⁴ LOPES JR.; GLOECKNER, 2013, p. 236, apud LIMA, 2017, p. 310.

Como afirma Aury Lopes Jr., “neste caso, o material genético irá para o banco de dados visando ser usado como prova em relação a fatos futuros”.⁹⁵

Este mesmo autor traz diversas críticas ao artigo supramencionado. A primeira delas diz respeito à natureza do crime objeto da condenação, que para o autor trata-se de uma “absurda presunção de periculosidade”, estigmatizando novamente os crimes hediondos.

Num segundo plano, LOPES JR., aduz que, ainda que a lei fale apenas o termo “condenados”, se for considerada a restrição de direitos fundamentais envolvida na coleta compulsória de material biológico, é imprescindível que a sentença, no mínimo, tenha transitado em julgado.

Por último, este mesmo doutrinador destaca que a referida alteração da lei não prevê o limite temporal da disponibilidade dos dados, gerando uma falsa ideia de natureza perpétua, defendendo a analogia com o instituto da reabilitação, permitindo-se a retirada dos registros e bando de dados após decorridos dois anos do dia em que for extinta a pena.⁹⁶

Com a extração do material genético dos apenados, busca-se a criação dos bancos de dados para o futuro, de forma aberta e indeterminada, diferente da coleta de material biológico para identificação criminal no âmbito da investigação, limitando-se ao nexos causal do caso concreto e podendo ser utilizado para qualquer crime perpetrado.

Vinicius Gomes de Vasconcellos enfatiza a distinção fundamental em face da coleta que ocorre durante a investigação criminal, pois esta se dirige a caso concreto e específico, e aquela almeja a utilização do banco de dados para exames comparativos em relação a fatos futuros, “de forma aberta e indeterminada”.⁹⁷

Ainda de acordo com a Lei 12.654/12, o artigo 5º-A dispõe sobre a criação dos bancos de dados genéticos, que serão analisados com mais profundidade logo em seguida, bem como as Resoluções que vieram a regular o tema.

⁹⁵ LOPES JR., op. cit., p. 438.

⁹⁶ Ibid., p. 438.

⁹⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 110, p. 329-366, set.-out. 2014.

Assim sendo, o capítulo que se seguirá tratará das especificidades dos bancos de perfis genéticos no Brasil e no âmbito internacional, bem como abordará o debate entre a constitucionalidade ou não da extração compulsória do material genético de condenados e a violação dos direitos dos condenados com a referida prática.

4 BANCO DE PERFIS GENÉTICOS DE CONDENADOS

A priori, antes de tratar especificamente sobre a principal problemática acerca do banco de dados de perfis genéticos de condenados, é importante revelar o que são e para que servem os referidos bancos de dados.

Eles constituem um depósito de impressões digitais do DNA ou melhor, “fotografias genéticas” dos indivíduos, que posteriormente servirá para identificá-los ou individualizá-los.

O valor desses bancos de depósito para ciência jurídica é ímpar, vez que, a partir das sequências de DNA armazenadas, é possível afirmar com alta probabilidade que uma amostra se originou de determinada pessoa.⁹⁸

O autor Emílio de Oliveira e Silva adota um conceito mais amplo de banco de dados genéticos, que engloba não só o “banco de dados de perfil genético” (em sentido estrito), ou seja, constituído apenas de informações codificadas virtualmente, mas também os bancos de dados que contêm material biológico, também chamados “biobancos”, de que são exemplos os bancos de sangue, sêmen, medula óssea, tecidos e órgãos.⁹⁹

Outro tipo de banco de dados é aquele que é composto por amostras de DNA geralmente congeladas e com DNA já excluído do núcleo celular, pronto para análise de suas regiões codificantes e não codificantes. Essa espécie é analisada por SCHIOCCET, que entende diversamente do autor supramencionado, uma vez que defende que os biobancos possuem finalidade terapêutica ou de pesquisa e os bancos de perfis genéticos possuem o objetivo de identificar, mais eficazmente, os autores de delitos.

É bem verdade que a intensificação da violência observada nos últimos anos no Brasil aumentou as discussões acerca desse tema, principalmente porque muitos acreditam veementemente que os referidos bancos de dados de perfis genéticos auxiliariam em muitos crimes tidos como não solucionáveis.

⁹⁸ SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>.

⁹⁹ OLIVEIRA E SILVA, 2014, p. 138 apud SUXBERGER; FURTADO, 2018, p. 814.

De acordo com o Atlas da Violência 2018, publicado pelo Ipea e pelo FBSP, o país registrou 62.517 homicídios em 2016 (superando o patamar, pela primeira vez, de 30 mortes por 100 mil habitantes).¹⁰⁰

O autor Bocchini, salienta que, “entre 2011 e 2015, somando-se homicídios dolosos, latrocínios, lesões corporais seguidas de morte e mortes decorrentes de intervenção policial, houve 278.839 mortes violentas no país, contra 256.124 mortes violentas na Síria, país em guerra civil no mesmo período”.¹⁰¹

Em que pese a defesa de alguns ao uso indiscriminado do banco de dados genéticos, há diversas ressalvas, principalmente no que diz respeito ao direito à intimidade genética e outros direitos fundamentais que foram abordados outrora.

São diversos os documentos internacionais em que há a previsão sobre o direito à intimidade genética. Alguns desses exemplos são: Declaração Universal sobre o Genoma Humano, Direitos Humanos da Unesco, Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos.

Denise HAMMERSCHMIDT ao fazer análise acerca do direito à intimidade genética traz dois aspectos sobre este último, um aspecto objetivo e um subjetivo, senão vejamos:

O elemento objetivo do direito à intimidade genética se refere “ao genoma humano em última instância e, por derivação, a qualquer tecido ou parte do corpo humano em que se encontre a informação genética”. [...] Por sua vez, o elemento subjetivo do direito à intimidade genética se constitui na vontade do sujeito de determinar quem e em que condições pode acessar a informação sobre seu genoma.¹⁰²

Ainda, o Senado Federal Brasileiro, em suas considerações no tocante ao Projeto de Lei nº 93/2011 aduz que:

A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal. Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos, etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no

¹⁰⁰Atlas da Violência, 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf. Acesso em: 28 de julho de 2018.

¹⁰¹ BOCCHINI, Bruno. Brasil tem mais mortes violentas do que a Síria em guerra, mostra anuário. EBC Agência Brasil, 28 out. 2016. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/brasil-tem-mais-mortes-violentas-do-que-siria-em-guerra-mostra>. Acesso em: 28 de julho de 2018.

¹⁰² HAMMERSCHMIDT, Denise. Intimidade Genética & Direitos da Personalidade. Curitiba: Juruá, 2007, p. 97.

laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que o DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime.¹⁰³

É sabido que os bancos de dados com informações genéticas são uma realidade tangível, tanto na área de biotecnologia, quanto de investigação criminal. Ao mesmo tempo em que esta estratégia parece adequada e necessária para seu crescimento surgem preocupações quanto à possibilidade de má utilização ou até de ações criminosas envolvendo a privacidade e exclusividade das informações.

4.1 Perfis Genéticos

Neste momento, se faz necessário destacar a distinção entre DNA e perfil genético. Para Jacques e Minervino (2008, p. 19) o DNA é uma molécula que contém muitas informações, enquanto que o perfil genético é uma pequena informação extraída do DNA (gênero). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização.¹⁰⁴

Assim, em razão do pouco conhecimento acerca do tema, o senso comum é levado a acreditar que o perfil genético tem muito mais informações do que ele realmente tem.

Para Taysa Schiocchet,

Uma amostra de DNA possui regiões codificantes e não-codificantes. Os denominados perfis genéticos constituem uma parte das informações contidas na amostra de DNA e são extraídos de regiões ditas não-codificantes. Os testes que visam a determinar as impressões genéticas ou perfis genéticos são destinados, em geral, à identificação de uma pessoa no âmbito criminal em função da distribuição de marcadores genéticos polimórficos. As características genéticas nas regiões codificantes seriam, a priori, conservadas e utilizadas apenas para fins médicos ou de investigação científica, enquanto os perfis genéticos utilizados pela polícia e pela Justiça

¹⁰³ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 93 de 2011. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>> Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁰⁴ JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. Revista Perícia Federal, Brasília, junho 2007 – agosto 2008, ano IX, nº 26, p. 19. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf> Acesso em 15 de julho de 2018.

identificariam, segundo os cientistas, apenas os marcadores sexuais e seqüências teoricamente não-codificantes.¹⁰⁵

Algumas das formas de se garantir que não se faça uso indevido das informações genéticas armazenadas em bancos de dados, deverá ser armazenado, eletronicamente, somente o perfil genético, que não contém informações suscetíveis à discriminação genética. Outrossim, para minimizar eventuais riscos associados à utilização indevida das informações genéticas, deve-se atentar para que não se armazene eletronicamente toda a seqüência de DNA, apenas o perfil genético suficiente para individualizar uma pessoa; que o perfil genético deve ser obtido a partir de partes não codificantes do DNA; que, o banco de dados, o perfil genético, deva estar associado a um código e não ao nome da pessoa e que o acesso às informações genéticas deve ser restrito e controlado.¹⁰⁶

Neste âmbito, é importante fazer menção à Recomendação nº 1/1992 do Conselho da Europa, trazida por Taysa et. al., que define arquivo de DNA como qualquer coleção estruturada dos resultados dos testes das análises de DNA, que se conserve materialmente em registros manuais ou numa base de dados informatizada.¹⁰⁷

Ainda trazendo referências internacionais, os referidos autores trazem a Lei portuguesa nº 12/2005, que trata sobre informação genética pessoal e informação de saúde e afirma que uma 'base de dados genéticos' compreenderia "qualquer registro, informatizado ou não, que contenha informação genética sobre um conjunto de pessoas ou famílias".¹⁰⁸

Assim, os bancos de dados seriam apenas do perfil genético do indivíduo e não de todo os dados constantes da molécula de DNA, afirmam alguns autores.

No entanto, apesar de haver distinção entre a parte codificante e não-codificante do DNA, é preciso levar em consideração que a referida distinção é resultado do estado atual do conhecimento científico. Alguns biólogos têm

¹⁰⁵ SCHIOCCHET, Taysa et al. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. p. 27. Disponível em: http://www.academia.edu/11468325/Bancos_de_Perfis_Gen%C3%A9ticos_para_fins_de_persecu%C3%A7%C3%A3o_criminal. Acesso em: 15 de julho de 2018.

¹⁰⁶ JACQUES; MINERVINO, 2008, loc. cit.

¹⁰⁷ SCHIOCCHET, op. cit., p. 28

¹⁰⁸ SCHIOCCHET, Taysa et al., loc. cit.

demonstrado que essa distinção não é verdadeira, pois mesmo a parte não-codificante do DNA pode apresentar informações específicas do sujeito analisado.

O perfil genético traz informação sobre a descrição étnica do sujeito, independentemente de esta característica ter se manifestado fenotipicamente, e também sobre o sexo, que poderia revelar alguma anomalia patológica, como as trissomias, ou mesmo uma característica psicológica e social relacionada ao sexo.¹⁰⁹

Desta forma, apesar de parte da doutrina alegar que os bancos de dados seriam apenas compostos por perfis genéticos, são vários os riscos desta implementação, pois, se usados inadequadamente, revelariam traços significativos para a individualização e também para descoberta de anomalias que possibilitariam a discriminação ou estigmatização de determinados grupos sociais.

4.2 Bancos de Perfis Genéticos no âmbito internacional

No âmbito internacional, o primeiro caso que se utilizou o DNA para fins criminais ocorreu no Reino Unido em 1985, quando Alec Jeffreys, unido a um grupo de pesquisadores da Universidade de Leicester, desvendaram a ocorrência de dois estupros seguidos de morte por meio da aplicação da genética como forma de descoberta do autor dos delitos. Posteriormente, tal a análise de material orgânico foi o instrumento usado pelo Tribunal Britânico para averiguar a participação de determinado suspeito em crimes sexuais ocorridos entre nessa mesma década.¹¹⁰

O primeiro banco de dados de perfis genéticos de criminosos foi elaborado pelo, em 1995, então denominado Base Nacional de Dados de DNA do Reino Unido (United Kingdom National DNA Database/NDNAD). Salienta-se que no ano de 2001, foi aprovada a *Criminal Justice and Police Act*, lei que permite coletar material genético de qualquer detido.¹¹¹

Ressalta-se que, atualmente, o Reino Unido tem um dos maiores bancos de perfis genéticos do mundo e uma larga experiência técnica, jurídica e político-criminal,

¹⁰⁹ Casabona e Malanda, 2010, p. 62 apud SCHIOCCHET, 2012, p. 28.

¹¹⁰ DOLINSKY, Luciana Cresta; PEREIRA, Lissiane Miranda Campelo Veras. DNA Forense: Artigo de revisão. Saúde e Ambiente em Revista. Duque de Caxias, Rio de Janeiro. Julho/Dezembro de 2007. Disponível em: http://www.biologia.bio.br/curso/2%C2%BA%20per%C3%ADodo%20Faciplac/Gen%C3%A9tica/DNA%20forense_artigo%20de%20revis%C3%A3o.pdf. Acesso em: 15 de julho de 2018.

¹¹¹ SCHIOCCHET, op. cit., p. 28

em que pese as críticas dirigidas ao modo de governar a informação coletada e armazenada, no entanto, o CODIS, sistema criado pelo FBI nos Estados Unidos, é o banco que possui o papel de maior relevo, servindo, inclusive, de verdadeiro modelo para os outros países.¹¹²

No final do ano de 2011, a base de dados do Reino Unido acumulava aproximadamente perfis de DNA de cerca de 5 milhões de pessoas. Esta base, que aumenta em cerca de 30.000 amostras todos os meses, é elaborada a partir de amostras recolhidas de locais de crime ou colhidas de suspeitos de crime. Nesse sistema existem dois arquivos diferentes, de perfis genéticos cujos objetivos se completam, que são o Forensic Index (Índice forense) que contém perfis genéticos obtidos a partir de cenas de crime e o Offender Index (Índice de Criminosos).¹¹³

A autora Taysa SCHIOCCHET ainda traz um apanhado acerca do histórico dos bancos de dados genéticos nos EUA e alguns países europeus, que serão aqui colacionados.

Nos Estados Unidos da América, a tecnologia de análise do DNA para fins criminais foi implantada em 1988. Em razão de diversas divergências científicas e legais, foi criado, em 1989, o Comitê do Conselho Nacional de Pesquisa sobre Tecnologia do DNA na Ciência Forense, com o objetivo de explicar melhor o uso dessa prática, também surgindo a ideia da criação do banco de dados para fins criminais. No ano de 1991, quinze Estados norte-americanos já promulgavam leis permitindo o uso dessa técnica.

Segundo KADER et. al.,

A base de dados nacional norte americana autorizada pelo *DNA Identification Act* de 1994, chama-se *NDIS - National DNA Index System*. Seu acesso e pesquisa ocorrem por meio do *Combined DNA Index System (CODIS)*, *software* que conecta as bases de dados de todos os 50 estados a uma rede de computadores nacional. O CODIS é um *software* que procura automaticamente nos arquivos do *NDIS* perfis coincidentes de DNA. Assim como ocorre com o *AFIS (Automated Fingerprint Identification System)*, base de dados de impressões digitais, o CODIS compara os perfis de DNA encontrados na cena do crime com aqueles que constam do sistema, de

¹¹² PENA, Sérgio. Segurança Pública: determinação de identidade genética pelo DNA. Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais. 2005.

¹¹³ SCHIOCCHET, op. cit., p. 28

indivíduos condenados por certos tipos de crime, como estupro, homicídio e abuso infantil, ou de outras cenas de crime.¹¹⁴

Ainda sobre o modelo norte-americano de banco de dados de perfis genéticos, é importante destacar que existe uma restrição à obtenção das amostras de suspeitos prevista na Quarta Emenda, impondo que buscas e apreensões sejam justificadas por uma causa provável e autorizadas por um mandado judicial. Destarte, a polícia geralmente obtém as amostras de DNA com o consentimento do suspeito ou mediante uma ordem judicial.

Seguindo o entendimento de SCHIOCCHET acerca do tema,

A União Europeia possui regulamentação sobre o tema. Em 1991, surgiram discussões na Europa sobre o uso das análises envolvendo DNA para fins criminais. Em 1992, ocorreu uma mudança legislativa no âmbito da União Europeia, com a Recomendação n° 1, do Conselho da Europa, com a finalidade de orientar seus Estados membros acerca do uso do DNA no âmbito da justiça criminal. Os temas tratados pela referida Recomendação vão desde a coleta das amostras, passando pelo credenciamento de laboratórios, até o armazenamento das amostras e dados genéticos e sua respectiva proteção.

Em 1997, o Conselho da Europa aprova Recomendação n° 5, que autoriza seus Estados a criarem bancos de dados nacionais, sempre que observadas as regras de proteção aos dados pessoais. Para a referida Recomendação, constituem dados genéticos todos os tipos de dados que digam respeito a características hereditárias do indivíduo ou que sejam relacionadas àquelas características que constituem o patrimônio de um grupo de indivíduos (família).

Posteriormente, surge o Tratado de Prüm, firmado por sete países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Holanda e Luxemburgo. Ele surge com a finalidade de criar um banco de dados nacionais de DNA utilizando para combater o terrorismo e a imigração ilegal. Pela sua importante repercussão, mais tarde, outros oito países firmaram acordo: Finlândia, Itália, Portugal, Eslovênia, Suécia, Romênia, Bulgária e Grécia.¹¹⁵

Seguindo nessa abordagem, o banco de dados francês surge em 1994, mas é em 1998 é que aparece com a finalidade voltada especialmente para a esfera penal, antes não havia uma definição legislativa a respeito. As chamadas digitais genéticas são utilizadas em matéria de polícia criminal, por meio do “Arquivo Nacional Automatizado de Digitais Genéticas” (FNAEG) o qual foi criado pela Lei n° 468/1998, referente à prevenção e à repressão das infrações sexuais, bem como à proteção das crianças e adolescentes e cujo campo de aplicação foi estendido para outros delitos em virtude de leis posteriores.

¹¹⁴KADER, M.; LING, S. T. W.; LI, S. K. L. The use of DNA forensic evidence in criminal justice. *Singapore Law Review*, v. 35, 2011. p. 49-50.

¹¹⁵SCHIOCCHET, 2012, p. 36 et. seq.

Na Alemanha, houve a criação do Banco de Dados Genéticos, em abril de 1998. O arquivo alemão é o terceiro maior do mundo, após o britânico e o norte-americano. A autora salienta que, para alguns tal criação foi vista como algo positivo e benéfico, para outros não:

Os primeiros afirmavam que as informações genéticas armazenadas constituíam um eficiente auxílio nas investigações criminais. Por outro lado, o que se considera mais grave é a ameaça de uma justiça preventiva, disposta a armazenar informações pessoais genéticas a fim de dispor de parâmetros de acareação para o esclarecimento de eventual – portanto, futuro e incerto – crime.¹¹⁶

Já na Espanha, foi a partir de 1995 que se criou diversos projetos de lei, emendas, legislações e discussões jurisprudenciais. Um dos marcos foi o ano de 2007, em que foi criada a Lei n° 10 para regular o uso forense do DNA, especialmente no âmbito criminal. A referida Lei, no seu artigo 3º, menciona que é registrado no banco os dados extraídos de DNA obtidos a partir da análise de amostras biológicas do suspeito, preso ou acusado, em caso de crimes graves e, em qualquer caso, quando afetar a vida, a liberdade sexual, a integridade da pessoa, o patrimônio, por meio de violência ou intimidação contra pessoas e em casos de crime organizado.¹¹⁷

Ainda neste país:

No que se refere ao tipo de informação armazenada, a Lei não utiliza os termos codificante e não-codificante, mas indica somente informações genéticas que revelem a identidade da pessoa e seu sexo (artigo 4º). Ela condiciona as análises de DNA apenas aos laboratórios credenciados pela Comisión Nacional para el uso forense de ADN (CNUFADN). A norma espanhola prevê ainda a possibilidade de intercâmbio internacional de perfis genéticos (artigo 7º), bem como o direito de modificação, cancelamento e acesso aos dados pessoais armazenados.¹¹⁸

É importante salientar que os espanhóis reconhecem a fragilidade da cadeia de custódia, já abordada outrora, e a necessidade de se obedecer a um protocolo legal de custódia. Este deverá incluir aspectos como a guarda adequada, a conservação da evidência, onde e em que momento foi realizada a coleta, quem a realizou, procedimento para evitar qualquer tipo de contaminação ou manipulação, enfim, todos os processos pelos quais passou a amostra desde o momento da coleta até chegar no laboratório, quem a recebeu no laboratório, onde foi guardada, como se

¹¹⁶ SCHIOCCHET, 2012, p. 38.

¹¹⁷ SCHIOCCHET, op. cit., p. 39.

¹¹⁸ Idem.

tratou e se processou a informação, bem como o que será feito com tal evidência. Se toda a cadeia de custódia não for observada, a prova deve ser anulada.¹¹⁹

No ano 2005 surgem os bancos de dados de informação genética pessoal e médica em Portugal, porém somente em 2008 é que se instituiu o banco de perfis de DNA para fins de identificação civil e criminal.

A Lei n.º 5/2008 (alterada pela lei 90/2017)¹²⁰ estabelece os princípios de criação e manutenção de uma base de dados de perfis de DNA, bem como o tratamento e conservação da respectiva informação no banco de dados sendo expressamente proibida a utilização de qualquer tipo de informação obtida a partir da análise das amostras para finalidades diferentes das de identificação civil e de investigação criminal e ainda as inserções são voluntárias ou ordenadas por um juiz, no caso de um condenado a mais de três anos de prisão. Destaca-se que o texto da referida lei impede que alguém seja condenado apenas com um teste de DNA.¹²¹

Diante disso, é possível verificar que diversos países estão com seus bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal regulamentados. No entanto, esse panorama não ocorre sem debates contínuos acerca dos direitos envolvidos e, eventualmente, desrespeitados.

Por derradeiro, cabe fazer menção ao banco genético canadense, em que o surgimento se deu por pressão exercida pela própria sociedade para sua implantação, buscando dar celeridade à imputação da autoria de crimes que demoravam para se desvendar, além de conter os criminosos em série.

No que tange às peculiaridades de extração do DNA dos materiais orgânicos ou à eficácia prática do banco de dados, o Canadá segue as mesmas diretrizes dos outros países: o processo de formação de um perfil genético, com o fim de incluí-lo no banco, inicia-se com a colheita de uma amostra orgânica do sujeito e, logo após, este material receberá um código de barras para individualizá-lo, sendo catalogado com a impressão digital do condenado.

Ainda sobre a utilização dos perfis genéticos no Canadá, segundo BIEBER,

¹¹⁹ SCHIOCCHET, op. cit., p. 39

¹²⁰ PORTUGAL, Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2759&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

¹²¹ SCHIOCCHET, loc. cit.

Finalizadas essas etapas, o material é separado a partir das informações contidas formulário de impressões digitais, sendo encaminhado, juntamente com a documentação, para o Canadian Criminal Records Information Service (CCRIS), onde ficará sobre sigilo. Por fim, o cartão de amostras segue para o laboratório para análise e individualização e, estando dentro dos padrões exigidos, entra definitivamente para o banco de dados canadense.¹²²

É importante salientar a característica que marca o sistema adotado pelo Canadá é a preocupação com o direito à intimidade do condenado em todo procedimento, primeiro porque o banco de dados ser constituído apenas por um pequeno segmento do DNA humano, não servindo para identificar atributos físicos ou médicos do indivíduo, também porque apenas pessoas expressamente autorizadas podem ter acesso aos perfis constantes no banco genético canadense e, por fim, a própria lei de identificação canadense estabelece as sanções penais aplicáveis ao uso não autorizado ou ao desvio de finalidade das informações contidas no banco de dados.¹²³

Desta forma, como já fora abordado o tema no âmbito internacional, tendo sido colacionado alguns dados e informações sobre os bancos de dados de perfis genéticos, cabe agora abordar a temática no ordenamento jurídico brasileiro, como foram criados os bancos de perfis genéticos, qual o método utilizado, as finalidades, bem assim as críticas atinentes ao tema, principalmente com relação ao exame compulsório de condenados por crimes definidos na Lei 12.654/12.

4.3 Banco de Perfis Genéticos no Brasil

No Brasil, a Lei que instituiu a criação de banco de dados de perfis genéticos foi a de nº 12.654/12. A referida lei, além de estabelecer a identificação genética, criou os bancos de dados de caráter sigiloso, devendo constar os perfis genéticos dos condenados por crimes praticados dolosamente com violência ou de natureza grave, ou crimes hediondos (previstos da lei nº 8.072/90).

Por oportuno, cabe trazer à baila o art. 5º da supramencionada lei, que será analisado ponto a ponto:

¹²² BIEBER, 2006 apud ENZO, Alexandre et. al. O uso de Perfis Genéticos para fins de prevenção criminal. Revista Unifacs, 2012. p. 09. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2048/1530. Acesso em 10 de outubro de 2018.

¹²³ Enzo, Alexandre et. al., *ibid.*, p. 10.

Art. 5º-A. Os dados relacionados a à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Aduz o supramencionado artigo, que os dados obtidos a partir da identificação do perfil genético devem ser armazenados em banco de dados gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. Bem assim, com o objetivo de evitar análises inconclusivas acerca do temperamento, caráter e personalidade do identificado, a lei prevê que os bancos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais, como forma de evitar a criação de estereótipo de homem delinquente (teoria defendida por Cesare Lombroso).

Já o parágrafo 2º deste mesmo dispositivo, determina o caráter sigiloso dos dados inclusos nos bancos, para que não sejam utilizados para outros fins, que não a identificação criminal ou autoria de futuros delitos.

Com o fim de reprimir o uso indevido dos dados e a violação do sigilo, poderá haver a responsabilização criminal, civil e também administrativa. Quanto a responsabilização criminal, salienta LIMA que “a conduta do funcionário de unidade oficial de perícia criminal que violar o sigilo inerente ao banco de dados de perfis genéticos tipifica o crime de violação de sigilo funcional, previsto no artigo 325, §1º, I, do Código Penal”.¹²⁴

Destaca-se que o supramencionado artigo do Código Penal ainda prevê que incorrerá nas mesmas penas quem permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas

¹²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 310.

não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública.

Portanto, verifica-se que há previsão de penalidade até mesmo criminal, caso seja violado o sigilo previsto pela Lei 12.654/12.

De acordo com o referido dispositivo, o sentenciado deverá fornecer, como consequência automática da sentença penal condenatória, sua amostra biológica de maneira compulsória (mesmo sem a sua vontade), que originará um perfil genético. O referido perfil poderá ser confrontado com os outros já armazenados, inclusive aqueles que foram extraídos de cenas de crimes (ou colhidos das vítimas), podendo torná-lo suspeito de outro delito ou até mesmo comprovar sua autoria em crimes futuros.

4.3.1 Criação, procedimento, método, armazenamento e gestão dos bancos de dados genéticos

A implantação do uso do DNA no âmbito da ciência jurídica ocorreu no ano de 1994, sendo criado o DPDNA - Divisão de Pesquisa Forense, vinculada à Polícia Civil do DF. Esta Divisão fazia análises de homicídios, investigação de paternidade e a realizava busca de parentes desaparecidos durante o regime militar. Posteriormente houve a publicação da Lei nº 417/2003, que veio a alterar o artigo 1º da Lei n. 10.054/00 e incluir o uso de DNA como uma das formas de identificação criminal.¹²⁵

Somente no ano de 2010 é que foi instalado o CODIS 5.7.4, com finalidade criminal, e o CODIS 6.1, para identificação de pessoas desaparecidas e vítimas de desastres. Foram capacitados 20 peritos criminais para a utilização do CODIS e foi criado o GT-RIBPG. No ano de 2011, os bancos de perfis genéticos estaduais começaram a operar e foi realizada a I Conferência Anual da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, aprovando o PLS 93/2011 no Senado.¹²⁶

A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que fora instituída pelo Decreto nº 7950/2013 possui como finalidade precípua a de manter, compartilhar e comparar perfis genéticos visando ajudar na apuração criminal e/ou na instrução

¹²⁵ SCHIOCCHE, op. cit., p. 41.

¹²⁶ Idem.

processual, assim como auxiliar na identificação de pessoas desaparecidas. Decorre de ação conjunta entre Secretarias de Segurança Pública, Secretaria Nacional de Segurança Pública e Polícia Federal para o compartilhamento de perfis genéticos obtidos em laboratórios de genética forense.¹²⁷

O Decreto nº 7.950 além de criar o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), também criou o Comitê Gestor da RIBPG, com as seguintes competências:

I - promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos; II - definir medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados; III - definir medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados; IV - definir os requisitos técnicos para a realização das auditorias no Banco Nacional de Perfis Genéticos e na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos; V - elaborar seu regimento interno.¹²⁸

Salienta-se que, para maior efetividade, a RIBPG depende da devida inserção de perfis genéticos das amostras biológicas deixadas pelos infratores nos locais de crime (ou no corpo das vítimas), respeitando sempre a cadeia de custódia. Esses vestígios, além de serem confrontados entre si, podem ser identificados por meio do confronto com os perfis genéticos dos indivíduos cadastrados criminalmente, como define a lei nº 12.654/2012.

Em regra, os perfis genéticos armazenados nos bancos de dados são confrontados em busca de coincidências que permitam relacionar suspeitos a locais de crime ou diferentes locais de crime entre si.

A Resolução nº 9/2018¹²⁹ da rede dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a rede.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ RIBPG. VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Comitê Gestor RIBPG: Brasília, 2018. p. 08. Disponível em: <https://aspecgo.com.br/wp-content/uploads/2018/09/VIII-RELAT%C3%93RIO-DA-REDE-INTEGRADA-DE-BANCOS-DE-PERFIS-GEN%C3%89TICOS-RIBPG-final.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

¹²⁹ Brasil. Resolução nº 9, 13 de abril De 2018. Órgão Emissor: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Secretaria Nacional de Segurança Pública, Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27640537_RESOLUCAO_N_9_DE_13_DE_ABRIL_DE_2018.aspx. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

Nesta, a técnica padrão de coleta do material genético para a obtenção do perfil genético é esfregaço bucal por meio do “suabe”, ou seja, técnica não invasiva e indolor, nos termos da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos.

Em que pese a resolução banir completamente a coleta de sangue do condenado (artigo 2º, §2º, da Resolução 9/2018 da RIBPG), não havendo, portanto, danos à integridade física, isso não significa que tal coleta não possa atingir outros direitos e garantias, como a autodeterminação corporal e informacional, especialmente quando a técnica de coleta for compulsória.

Seguindo nesse passo, esta resolução prevê que,

A metodologia a ser utilizada deverá ser a descrita no Procedimento Operacional Padrão, de coleta de células da mucosa oral, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério Extraordinário da Segurança Pública, podendo o órgão estadual competente desenvolver Procedimento Operacional Padrão próprio, mais específico, desde que siga as diretrizes gerais previstas no procedimento da Secretaria Nacional de Segurança Pública.¹³⁰

Ainda, há a previsão, coadunando com o disposto no art. 3º da Lei 12.037/09 (alterada pela lei 12.654/12), de que a coleta obrigatória de material biológico para fins de identificação criminal será realizada mediante despacho da autoridade judiciária.

De acordo com o artigo 7º da referida resolução, o indivíduo deverá ser informado sobre a fundamentação legal, *in verbis*:

Art. 7º - Antes da realização da coleta de material biológico, a pessoa submetida ao procedimento deverá ser informada sobre sua fundamentação legal, na presença de pelo menos uma testemunha, além do responsável pela coleta.

Além disso, apesar da resolução afirmar que a coleta do material genético é compulsória, o artigo 8º da mesma, prevê a possibilidade de o indivíduo se recusar a conceder seus dados para integrar o banco, senão vejamos:

Art. 8º - Em caso de recusa, o fato será consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta.

Parágrafo único - O responsável pela coleta comunicará a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012.

¹³⁰ Brasil. Resolução nº 9, 13 de abril De 2018, loc. cit.

Portanto, segundo entendimento de LOPES JR., não deveria ser utilizada a palavra “compulsória”, sob pena de teratologia, uma vez que a própria resolução prevê a possibilidade do condenado se recusar a proceder com o exame.¹³¹

Os perfis genéticos gerados pelos laboratórios da RIBPG e que atendem aos critérios de admissibilidade previstos no Manual de Procedimentos Operacionais são enviados rotineiramente ao Banco Nacional de Perfis Genéticos, onde são feitos os confrontos de forma nacional com perfis gerados pelos 20 laboratórios de genética forense que compõe a RIBPG, bem como perfis encaminhados de outros países por meio da Interpol.

Quanto ao armazenamento e processamento do material e dos dados nestes bancos, é importante observar que não foram definidos os instrumentos de garantia da integridade física do sujeito que foi submetido à coleta do material, nem mesmo o prazo de armazenamento do material (períodos definidos para condenados e suspeitos ou uma consideração genérica pelo tempo de prescrição do crime, considerando tanto a prescrição punitiva, quanto a prescrição durante a execução da pena, para o caso de réus foragidos). Bem assim, não fora definida a cadeia de custódia, ou seja, o processo utilizado para manter e documentar a história cronológica da evidência (tendo como objetivo principal a garantia da idoneidade e o rastreamento das evidências utilizadas em processos judiciais) e nem a forma de destruição do material armazenado.¹³²

Todos esses quesitos trazidos anteriormente revelam importância ímpar para que a prova genética e os bancos de dados de perfis genéticos se tornem mais confiáveis, inclusive diminuindo as violações de direitos fundamentais dos condenados.

Quanto à gestão do banco de perfis genéticos, esta é importante uma vez que assegura a confidencialidade dos dados e medidas de segurança para a sua proteção, além de definir a forma de acesso, utilização dos dados e quais as autoridades competentes para requisitar o material armazenado, estabelece uma coordenação com bancos similares de outros países.¹³³

¹³¹ LOPES JR., op. cit., p. 435.

¹³² SCHIOCCHET, op. cit., p. 71.

¹³³ SCHIOCCHET, loc. cit.

4.3.2 Tempo de permanência dos dados nos BPG e delitos que envolvem a extração compulsória

De acordo com o artigo 7º-A da Lei 12.654/12, “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

É evidente que o prazo de manutenção das informações e amostras genéticas de investigados e sentenciados no banco de dados precisa ser definido, pois não se mostra proporcional a permanência de registro sem qualquer previsão de retirada, pendendo sobre a cabeça do indivíduo a possibilidade de um falso positivo ou de um uso equivocado de seus dados, nem atenderia aos objetivos do banco de dados se fossem excluídas de forma precoce as informações nele constantes.

Como já exposto, o ordenamento jurídico brasileiro prevê que o prazo será o estabelecido na lei para a prescrição do delito e, como a lei não faz qualquer ressalva, poderá ser o decurso de qualquer espécie de prescrição: prescrição da pretensão punitiva abstrata, retroativa, intercorrente ou prescrição da pretensão executória, como afirma Renato Brasileiro.¹³⁴

Além disso, foi incluído o artigo 9º-A na LEP, determinando que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA.

Desta forma, não são todas as condenações que ensejam a extração do material biológico do indivíduo, apenas aquelas por crimes definidos legalmente. Pode-se considerar um rol taxativo de crimes: os que estão previstos na Lei de Crimes Hediondos, justamente pela gravidade destes, e também os que são praticados mediante violência de natureza grave.

Mas o que seria violência de natureza grave? Este é justamente um questionamento feito por Aury Lopes Junior, que afirma que o legislador fez uma

¹³⁴ LIMA, 2017, op. cit., p. 312.

verdadeira presunção de periculosidade dos delitos praticados por todos os condenados, gerando inequívoca discriminação e estigmatização daqueles.¹³⁵

Conclui este doutrinador que a violência de natureza grave contra pessoa refere-se a crimes que resultem lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima, ou seja, violência real contra a pessoa.

4.3.3 Estágio atual dos bancos de perfis genéticos para fins criminais

Atualmente, segundo o Relatório da RIBPG do ano de 2018, esta rede é formada por 20 laboratórios oficiais de genética forense. De acordo com o referido relatório, houve um aumento numérico na contribuição de perfis genéticos na maioria dos laboratórios da RIBPG ao longo dos anos.

Salienta-se, desde já, que todos os dados foram retirados do referido relatório.

Há destaque para o Banco de Perfis Genéticos do Estado de Pernambuco no último semestre por ser o estado com maior inserção de perfis genéticos na categoria condenados (534), em cumprimento à Lei 12.654/2012. Outros destaques neste quesito são os BPG do Maranhão (427), Minas Gerais (403) e Pará (392).¹³⁶

No tocante ao BPG à nível nacional é importante o destaque ao da Polícia Federal, que sempre se sobressaiu como o laboratório com maior número de inserções na categoria suspeito: 282. Já a nível estadual, o BPG de São Paulo se evidencia pela inserção de 1967 perfis genéticos oriundos de vestígios, ou seja, locais de crime.¹³⁷

Já o BPG do Rio Grande do Sul se destacou pelo incremento em 12,7% no cadastro de 337 perfis genéticos oriundos de restos mortais e/ou pessoas de identidade desconhecida. Estes perfis são confrontados com perfis genéticos de familiares de pessoas desaparecidas, os quais são alimentados, principalmente, por Minas Gerais (266) e Rio de Janeiro (266).¹³⁸

¹³⁵ LOPES JR., op. cit., p. 438.

¹³⁶ RIBPG., op. cit., p. 22.

¹³⁷ RIBPG., op. cit., p. 22.

¹³⁸ RIBPG., loc. cit.

Os BPGs que apresentaram maior coincidência entre vestígios de diferentes locais de crimes foram os de São Paulo (109), BNPG (56), de Goiás (38) e do Paraná (35). Já as coincidências confirmadas entre vestígios e indivíduos identificados criminalmente, seja condenado ou suspeito, foram notadas principalmente em São Paulo (24), Polícia Federal (23) e Goiás (13).

Quanto aos outros estados:

No Amazonas, Bahia, Paraíba e Santa Catarina não houve aumentos numéricos no último semestre. Isto se deve ao fato de estes estados estarem temporariamente sem o servidor de dados necessário para o funcionamento dos bancos de dados no âmbito da RIBPG, o que os impossibilita no momento de alimentar o banco de perfis genéticos local, bem como o nacional.¹³⁹

Como meta estratégica para o fortalecimento da RIBPG determinou-se a instalação/adequação de cinco novos laboratórios de genética forense vinculados à perícia criminal nos estados que ainda não os possuem em pleno funcionamento. Desta forma, espera-se nos próximos dois anos aumentar a representatividade estadual na RIBPG e o contribuição de perfis genéticos de cada laboratório da RIBPG para o Banco Nacional de Perfis Genéticos.

Apesar do aumento, os dados apresentados no relatório demonstram que a funcionalidade dos bancos de perfis genéticos como ferramenta de investigação criminal e auxílio ao judiciário, ainda é subutilizada pela segurança pública brasileira, sendo pouco difundida.

Há diversos estudos no campo da segurança pública com o objetivo de reduzir homicídios dolosos, femicídios e violência contra a mulher. Para isso, foi implementado o projeto estratégico de fortalecimento da RIBPG, sendo uma das metas cadastrar nos bancos de perfis genéticos dos estados, Distrito Federal e Polícia Federal 50% do número de condenados, conforme previsto na Lei 12.654/2012, até o final de 2019. Trata-se de um projeto a nível nacional com a distribuição de equipamentos e insumos para os laboratórios de genética forense; a criação de material de treinamento e procedimentos operacionais padrão para as coletas de amostras biológicas de condenados e, em contrapartida, cada unidade da federação executará as coletas de material genético dos condenados de acordo com a lei 12.654/12.¹⁴⁰

¹³⁹ RIBPG., 2018, p. 23.

¹⁴⁰ RIBPG., op. cit., p. 23.

4.4 Recusa do condenado à extração do DNA e princípio da não autoincriminação

Com o advento da norma ora abordada, surgiram discussões acerca da possibilidade ou não de coleta do material genético do condenado, caso este se recusasse a fornecer, já que incidirá sobre o corpo humano de forma invasiva e haverá a colisão com o direito a não autoincriminação.

Assim, percebe que a doutrina se divide, havendo quem defende a possibilidade de intervenções corporais, mesmo que invasivas ao corpo humano e independentemente de consentimento do sujeito passivo, em caso de regulação legal do tema.

Para os autores que defendem a lei, a coleta do material genético e a criação do banco de dados constitui uma medida que auxiliará nas investigações em crimes cometidos por reincidentes, identificando-os. Para eles, não afronta o princípio do *nemo tenetur se detegere*, “porque o material biológico coletado não será confrontado no caso em que o indivíduo estiver respondendo, já que a lei prevê a extração obrigatória somente para casos em que haja condenação por determinados crimes, servindo apenas como meio de prova para processos futuros (...) e o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um coringa para a prática de novos delitos”.¹⁴¹

É válido destacar que muitos destes doutrinadores sustentam este entendimento de que o direito a não autoincriminação não pode ser reconhecido como direito absoluto para que as investigações criminais sejam mais eficazes.

Na verdade, a Lei 12.654/2012 não solucionou o problema da submissão coercitiva do indivíduo às intervenções corporais, vez que nada mencionou a respeito da situação do indiciado em sede de investigação policial, tendo silenciado quanto à esta obrigatoriedade, e ainda enfatiza que a normativa não estabelece procedimentos, métodos e técnicas para extração compulsória de material biológico junto ao corpo do apenado. Este é o entendimento de MARTELETO FILHO, que complementa:

¹⁴¹ FELLER, Marcelo. Banco de DNA: O Brasil está preparado?. 09 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dna-condenados-brasil-preparado>> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

Apesar da importância da inovação, a Lei não disciplinou – nem teve por escopo disciplinar – as intervenções corporais coercitivas em nosso sistema, deixando espaço para inúmeras questões, que ainda devem ser objeto de intenso debate doutrinário. Como primeiro supedâneo a tal conclusão, tem-se que a Lei não fez qualquer alusão à possibilidade do emprego da coerção física para a coleta do material biológico junto ao indiciado, diante da possível recusa deste, nem tampouco regulamentou o procedimento a ser adotado para tal mister, elementos intrínsecos das intervenções corporais. [...] Por derradeiro, não há qualquer previsão para a prática da intervenção corporal no curso de processo penal, com o fito de se coletar material genético do acusado para fins de exame de DNA, sendo esta a finalidade típica das intervenções corporais aqui examinadas.¹⁴²

Como afirma LOPES JR., após a edição da Resolução 3/2014 do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis genéticos, no tópico que se refere ao procedimento unificado para coleta do material genético, aduz que está proibida a coleta de sangue como técnica a ser empregada (tema já abordado na capítulo anterior), bem assim que, em caso de recusa, esta será consignada em um documento próprio e informada a autoridade judiciária.¹⁴³

Assim sendo, o autor é adepto à teoria de que deverá ser respeitado o direito de não produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) e não poderá haver a extração compulsória, ou seja, não consentida, de material genético.

Já no que concerne aos fins probatórios da Lei 12.654/12, intensifica-se o debate doutrinário quanto à submissão coercitiva do indivíduo à coleta de material genético para realização de exame de DNA, seja em sede de investigação policial, seja em sede de execução penal (nos casos tratados na Lei), enquanto medida violadora do direito fundamental a não autoincriminação que estabelece que ninguém deve ser compelido a contribuir ativamente com as investigações e a acusação, bem como, a permitir que se produza prova auto incriminatória que dependa de sua participação. Corroborando com tal entendimento, afirma Lima:

A novel identificação do perfil genético irá provocar muita controvérsia à luz do princípio que veda a autoincriminação. [...] Por isso, o cerne da questão diz respeito às hipóteses em que pessoa certa e determinada se negar a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético, ou seja, quando o exame recair sobre fonte conhecida sem que esta esteja disposta a consentir com a identificação genética. Certamente, haverá quem diga que não se pode obrigar o investigado a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer material biológico para

¹⁴² MARTELETO FILHO, Wagner. O direito a não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 161, 162.

¹⁴³ LOPES JR., op. cit., p. 105.

fins probatórios (Lei nº 12.037/09, art. 3º, IV) – e não de sua identidade – será afrontoso ao princípio constitucional que veda a autoincriminação. Afinal, não se pode impor ao investigado que contribua ativamente com as investigações, sobretudo mediante o fornecimento de material biológico que possa vir a incriminá-lo em ulterior exame de DNA. [...] A propósito, convém lembrar que, aos olhos dos Tribunais, referido princípio impede que o acusado seja compelido a produzir qualquer prova incriminadora invasiva. Por isso, em diversos julgados, o Supremo já se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a fornecer material para realização de exame de DNA. Todavia, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva (v.g., exame de DNA realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão).¹⁴⁴

Convém enfatizar que, desde a entrada em vigor da Lei 12.654/2012, até o fechamento da presente pesquisa, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não se decidiu ainda acerca da constitucionalidade da normativa em questão, em especial, quanto à possibilidade de submissão coercitiva do indivíduo a intervenções corporais para coleta de material genético e realização de exame de DNA, para abastecimento de banco de dados genético durante a execução penal. Foi reconhecida a repercussão geral por unanimidade no Recurso Extraordinário (RE) 973837, teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade.

Neste mesmo sentido, Maria Elizabeth Queijo aduz que “o nemo tenetur se detegere não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o de não se auto incriminar. A autodefesa abrange, assim, também o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em autoincriminação”.¹⁴⁵

Corroborando, Carolina Grant aduz:

Muito difícil é falar-se em obrigatoriedade do indiciado ou acusado em ceder material para exame genético que possa vir a ser utilizado como prova contra si, incorrendo o cedente em autoincriminação. Qualquer tipo de coleta sem o seu consentimento, bem como o recurso a amostras já existentes em um banco de perfis genéticos destinado à persecução criminal, além de meios atentatórios ao estado de inocência, também comprometem, sobremaneira, o direito ao silêncio.¹⁴⁶

Destaca-se também a lição de Renato Marcão acerca da possibilidade de extração compulsória de material genético no caso de condenados por crimes hediondos ou crimes praticados mediante grave violência,

¹⁴⁴ LIMA, 2014, op. cit., p. 308-309.

¹⁴⁵ QUEIJO, 2003, p. 55 apud LIMA, 2017, p. 70.

¹⁴⁶ GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

A intervenção não consentida no corpo do investigado ou réu – violenta, portanto – com vista à extração de DNA, ainda que por técnica adequada e indolor, com intuito de obter a identificação de seu perfil genético que servirá como prova de natureza criminal, é desaprovada na ordem constitucional vigente.¹⁴⁷

Também para confirmar esse entendimento de que a recusa do indivíduo obsta a extração do seu material genético,

A prova do DNA nada mais é do que exame pericial e, como tal, está sujeita às regras próprias das perícias. Contudo, com um detalhe: por se tratar de intervenção corporal, há necessidade de consentimento do acusado na produção dessa prova pericial, de forma que esteja presente o elemento volitivo da tipicidade processual. Ausente o consentimento, não poderá ser admitido este meio de prova; e, além disso, não poderá ser extraída qualquer consequência negativa para o acusado diante do exercício da faculdade.¹⁴⁸

E Antonio Alberto Machado destaca:

Enquanto os indiciados em geral estão obrigados a se submeterem à identificação criminal pelos meios normais (fotografia, impressões digitais e exibição de documentos de identidade), não poderão, no entanto, ser obrigados a fornecer material biológico para exame de DNA, e isto em face do princípio da não autoincriminação, segundo o qual ninguém está obrigado a produzir nem colaborar com a produção de provas contra si próprio. Aliás, pelo princípio da ampla defesa, se o indiciado não se dispuser a participar espontaneamente da produção de prova genética, não há como constrangê-lo ao fornecimento de material biológico para exame do próprio DNA.¹⁴⁹

Giancarlo Silkunas Vay e Pedro José Rocha e Silva, sinalizam:

Diante desse cenário, o princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser compreendido como a impossibilidade de se exigir do acusado comportamento em descompasso com a posição que ocupa no processo: de resistência. Não deve o Estado-juiz, por ser inerte e imparcial, obrigar que o acusado colabore para que o órgão acusador se desincumba de um ônus que é seu, facilitando, inclusive, a prolação de uma sentença a seu juízo desfavorável.¹⁵⁰

Desta forma, em que pese não haver previsão na Lei 12.654/2012 quanto ao consentimento expresso do indivíduo, isso não desobriga o Estado através de suas autoridades a se revestirem de cautela para não desrespeitar as garantias constitucionais do sujeito, avisando-lhe de todos os seus direitos e prerrogativas

¹⁴⁷ MARCÃO, op. cit., p. 47-48.

¹⁴⁸ DEZEM, Guilherme Madeira apud PHILIPPI, Maiara Nuernberg. Coleta de Perfil Genético no Código de Processo Penal Brasileiro. Florianópolis, 2013. p. 60.

¹⁴⁹ MACHADO, Antônio Alberto. Identificação Criminal pelo DNA. 2012. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

¹⁵⁰ VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique em intervenção corporal e o princípio do *Nemo tenetur se detegere*. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/entenda/a-identificacao-criminal-mediante-coleta-de-material-biologico-que-implique-intervencao-corporal.html>> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

constitucionais. Outrossim, um ponto bem ressaltado na referida lei, é que no processo de identificação criminal, se faz necessária a autorização judicial para a coleta do material, sendo possível somente deste modo utilizá-lo como meio de prova.

4.5 (In)constitucionalidade da extração compulsória do DNA

De acordo com os que defendem a tese da inconstitucionalidade da Lei 12.654/12, há justamente a alegação de violação ao princípio constitucional do “*nemo tenetur se detegere*”. Em razão deste princípio, os condenados ainda que com técnica indolor, não estão obrigados a fornecer seus materiais biológicos par extração dos perfis genéticos.

Outro princípio violado é o da presunção de inocência. Como determina a referida lei, os que praticarem crimes hediondos ou crimes graves contra a vida devem, obrigatoriamente, fornecer seu material genético para armazenamento nos bancos de dados para fins de investigação futuras. Assim, o armazenamento do perfil genético servirá unicamente como um meio de produção de provas em futuros processos criminais.

Esse procedimento gera insegurança, sendo que os dados armazenados servirão como uma espécie de prova pré-constituída contra aquele condenado por outro crime, violando assim o princípio da ampla defesa e também do contraditório, uma vez que num segundo caso concreto, o acusado não participará efetivamente da produção da prova com a devida defesa legal.

Nesse sentido Eugênio Pacelli, discorre sobre o assunto:

Uma coisa é permitir a identificação genética para finalidades probatórias (...) outra, muito diferente, é referendar um cadastro genético nacional de condenados em crimes graves. Aí, parecer-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente! – o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração,

evidentemente). A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública.¹⁵¹

Assim, conclui-se que a referida norma vai de encontro a vários direitos fundamentais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a integridade e intimidade corporal, a autodeterminação informacional, a presunção de inocência e, principalmente, o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), abrindo temerário precedente para uma atuação ilimitada do Estado na *persecutio criminis* e revestindo-se a lei de inconstitucionalidade desde a submissão coercitiva do indivíduo a intervenções corporais invasivas para obtenção de material biológico, realização de exame de DNA e posterior inserção em banco de dados genéticos, até a manutenção do referido banco de dados sem prévio e voluntário consentimento.

Os bancos de dados genéticos afrontam a Constituição também por violar diretamente os princípios do estado de inocência ou da não culpabilidade, e da não discriminação e não estigmatização, uma vez que, os referidos bancos possuem caráter probatório em relação a fatos futuros, violando ainda o Estado Democrático de Direito e o sistema acusatório.

É bem verdade que, mesmo se consideramos como pressuposto para uma admissão do banco de dados de DNA a existência de expressa regulação legal, os dispositivos previstos não são suficientes para regular matéria de tamanha controvérsia e colisão de direitos fundamentais.

Destarte, não há embasamento legal e jurisprudencial que sustente a tese de que está legitimada a extração coercitiva de material biológico para realização de exame de DNA e armazenamento em banco de dados genético, e de forma automática em relação ao condenado definitivamente. Essa conclusão se faz em razão da condição de apenado não conduzir à posição de mero objeto de prova.

¹⁵¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 399.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, não se pode admitir que, em nome da busca da utópica verdade real, se autorize uma persecução criminal com clara violação de direitos e garantias fundamentais do acusado, característica do sistema inquisitorial. É sabido que cabe ao Estado a busca pela correta aplicação da Justiça, mas deve-se observar e respeitar os direitos e garantias fundamentais previstas principalmente na Constituição Federal, e, no caso das intervenções corporais, deve-se respeitar o direito à intimidade e não autoincriminação para obtenção de material genético e realização de exame de DNA.

Este trabalho se dedicou ao estudo das provas e do princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere* relacionado à prova genética e a extração compulsória de DNA de condenados, além da criação dos Bancos de Perfis Genéticos nos Estados brasileiros.

No ordenamento jurídico brasileiro, verificou-se que o direito a não autoincriminação es desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, que assegura o direito de silêncio ao acusado. Outrossim, este direito foi igualmente consagrado na esfera constitucional enquanto direito fundamental somente com a Constituição Federal de 1988, estando previsto no art. 5º, LXIII. Vale salientar, ainda, que o art. 5º, § 2º, estabelece que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros oriundos de tratados e convenções internacionais firmados e ratificados pelo Brasil, e, estando igualmente reconhecido o princípio do *nemo tenetur se deterege* na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Brasil se obriga a cumprir.

Primeiramente analisou-se o tema concernente às provas, em sua generalidade, enfatizando as provas técnicas periciais e a classificação feita de provas invasivas e não invasivas. Abordou-se a classificação de provas que dependam de conduta ativa do indivíduo e das que dependam meramente de uma conduta passiva do mesmo, sendo que muitos autores admitem o emprego de intervenções invasivas ao corpo humano e de forma coercitiva, pois o cidadão não estaria produzindo prova alguma em seu desfavor.

No que tocante às intervenções corporais, verificou-se a existência de classificação entre provas invasivas e não invasivas, e quanto às que exigem um comportamento ativo ou meramente passivo do indivíduo. Em relação às provas não invasivas e que não dependam de conduta ativa do indivíduo, não restam dúvidas quanto a não incidência do direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), por não violar os direitos fundamentais, justamente por não consistirem em medidas que dependam de colaboração do cidadão. Já quanto às intervenções corporais não invasivas que dependam de condutas ativas do indivíduo evidenciou-se posicionamento quanto à impossibilidade de obrigar o cidadão a participar de qualquer produção de prova que importe em conduta ativa que venha a incriminá-lo.

Debateu-se, além disso, o conflito entre o direito à prova consistente em intervenções corporais e o direito a não autoincriminação e demais direitos fundamentais correlatos, no qual se verificou divergência doutrinária quanto à admissibilidade ou não de tais medidas.

Pode-se perceber que a Lei 12.654/12 fora criada como o fim de regular a utilização de dados genéticos na persecução criminal, até mesmo após a condenação do indivíduo, sendo prevista a coleta dos dados genéticos para incorporar em um banco de dados. Todavia, em que pese a intenção do legislador pátrio em editar a mencionada lei, tendo em vista que esta acompanha a evolução tecnológica, há diversos excessos em relação à violação dos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em sede constitucional, como infraconstitucional, concluindo, portanto, pela defesa da declaração da inconstitucionalidade da referida em lei no âmbito da extração compulsória de DNA do condenado.

REFERÊNCIAS

BECHARA, A. E. L. S. **Manipulação genética humana e direito penal: conceito de engenharia genética e sua distinção em relação às manipulações ginecológicas.** Porto Alegre: Zouk, 2007.

BOCCHINI, Bruno. **Brasil tem mais mortes violentas do que a Síria em guerra, mostra anuário.** EBC Agência Brasil, 28 out. 2016. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-10/brasil-tem-mais-mortes-violentas-do-que-siria-em-guerra-mostra>. Acesso em: 28 de julho de 2018.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL. **Lei 2848, 07 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. **Lei 3689, 03 de outubro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 02 out. 2009. Disponível em 12 de julho de 2018.

_____. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Diário Oficial União, Brasília, 29 maio 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Acesso em: 12 de julho de 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 93 de 2011.** Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>> Acesso em: 11 jun. 2018.

_____. **Resolução nº 9, 13 de abril De 2018.** Órgão Emissor: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Secretaria Nacional de Segurança Pública, Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27640537_RESOLUCAO_N_9_DE_13_DE_ABRIL_DE_2018.aspx. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993, p. 1255.

CERQUEIRA, Daniel et. al., **Atlas da Violência.** 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf. Acesso em: 28 de julho de 2018.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 43.

DOLINSKY, Luciana Cresta; PEREIRA, Lissiane Miranda Campelo Veras. **DNA Forense: Artigo de revisão.** Saúde e Ambiente em Revista. Duque de Caxias, Rio de Janeiro. Julho/Dezembro de 2007. Disponível em: http://www.biologia.bio.br/curso/2%C2%BA%20per%C3%ADodo%20Faciplac/Gen%C3%A9tica/DNA%20forense_artigo%20de%20revis%C3%A3o.pdf. Acesso em: 15 de julho de 2018.

ENZO, Alexandre et. al. **O uso de Perfis Genéticos para fins de prevenção criminal.** Revista Unifacs, 2012. p. 09. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2048/1530. Acesso em 10 de outubro de 2018.

FELLER, Marcelo. **Banco de DNA: O Brasil está preparado?.** 09 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dna-condenados-brasil-preparado>> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIORI, Ariane Trevisan. **A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GODINHO, Neide Maria de Oliveira. **Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça**. 2014. Disponível em:
<http://revista.ssp.go.gov.br/index.php?journal=rebesp&page=issue&op=view&path%5B%5D=s>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

GRANT, Carolina. **Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil**. Disponível em:
< <http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf> > Acesso em: 10 de outubro de 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade Genética & Direitos da Personalidade**. Curitiba: Juruá, 2007.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. **Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos**. Revista Perícia Federal, Brasília, junho 2007 – agosto 2008, ano IX, nº 26, p. 19. Disponível em:
<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf> Acesso em 15 de julho de 2018.

KADER, M.; LING, S. T. W.; LI, S. K. L. **The use of DNA forensic evidence in criminal justice**. Singapore Law Review, v. 35, 2011.

KRYMCHANTOWSKI, Abouch V.; CALHAU, Lélío Braga; ANCILLOTTI, Roger; GRECO, Rogério; DOUGLAS, William. **Medicina Legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. 2012. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 12ª ed. Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. II, Campinas: Bookseller, 1997.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito a não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT, São Paulo.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014.

NOSTRE, G. A. de M. **Bioética e direito. Aspectos jurídico-penais da manipulação embrionária, do aborto e da eutanásia**. 2001. 265 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. Ed. RT, 2013.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OEA, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costa-rica.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2018.

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

ONU, **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 10 de julho de 2018.

PENA, Sérgio. **Segurança Pública: determinação de identidade genética pelo DNA**. Núcleo de Genética Médica de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais. 2005.

PHILIPPI, Maiara Nuernberg. **Coleta de Perfil Genético no Código de Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis, 2013.

PORTUGAL, **Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto**. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2759&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

PRADO, Geraldo Prado. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói/RJ: Impetus, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBPG. **VIII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Comitê Gestor RIBPG: Brasília, 2018. p. 08. Disponível em: <https://aspecgo.com.br/wp-content/uploads/2018/09/VIII-RELAT%C3%93RIO-DA-REDE-INTEGRADA-DE-BANCOS-DE-PERFIS-GEN%C3%89TICOS-RIBPG-final.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016, ebook.

SCHIOCCHET, Taysa et al. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

Disponível em:

http://www.academia.edu/11468325/Bancos_de_Perfis_Gen%C3%A9ticos_para_fins_de_persecu%C3%A7%C3%A3o_criminal. Acesso em: 15 de julho de 2018.

SILVA, L. A. F. da; PASSOS, N. S. **DNA Forense**. Maceió: Editora UFAL, 2002.

SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. **Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 110, p. 329-366, set.-out. 2014.

VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. **A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique em intervenção corporal e o princípio do Nemo tenetur se detegere**. Disponível em: <http://www.meuadvogado.com.br/entenda/a-identificacao-criminal-mediante-coleta-de-material-biologico-que-implique-intervencao-corporal.html> Acesso em: 10 de outubro de 2018.