

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A UTILIZAÇÃO DE BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS
DE PERSECUÇÃO PENAL**

Camila Fernanda Oliveira da Silva

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A UTILIZAÇÃO DE BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS
DE PERSECUÇÃO PENAL**

Camila Fernanda Oliveira da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof^a. Ms. Fernanda de Matos Lima Madrid.

Presidente Prudente/SP

2016

A UTILIZAÇÃO DE BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO PENAL

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Fernanda de Matos Lima Madrid
Orientadora

Cláudio José Palma Sanchez
Examinador

Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que ilumina meu caminho e que me concedeu a força e o equilíbrio necessário durante a elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus pais, pelo apoio e incentivo incondicional, por sempre acreditar nas minhas capacidades, e ter me proporcionado momentos e valores que me tornaram quem sou hoje.

Agradeço ao Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, pelo comprometimento com a formação de seus alunos, bem como a todos os professores e professoras, especialmente à Professora Fernanda de Matos Lima Madrid, sempre atenciosa durante suas orientações ao longo deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a adoção dos bancos de dados de perfis genéticos como um meio de identificação criminal, instituído pela Lei 12.654/12 e pelo Decreto nº 7.950/13. É feita uma distinção entre identidade – conjunto de elementos que caracterizam determinado indivíduo –, da identificação – um processo técnico-científico responsável pela aferição de elementos que constituem a identidade –, indicando também os fundamentos e espécies de identificação criminal. É feito então uma breve exposição da utilidade dos bancos de perfis genéticos, quais sejam o auxílio de identificação de cadáveres, pessoas desaparecidas e na resolução de casos jurídicos, em especial os casos criminais, verificando as situações em que será possível a coleta do material genético de acordo com a Lei 12.654/12. Em seguida, tratamos da confiabilidade e da valoração conferida ao exame de DNA no processo penal, analisando os cuidados que devem ser observados para se manter a integridade do material coletado – de acordo com o conceito de cadeia de custódia – e sua eficácia, devendo o exame de DNA ser considerado em conjunto com os outros elementos trazidos ao processo, pois, ainda que seja uma ferramenta útil, não é um método infalível. Por fim, passamos então para uma abordagem constitucional do processo penal, concluindo pela aplicação de um processo penal que busque a concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Identificação criminal. Exame de DNA. Bancos de dados de perfis genéticos.

ABSTRACT

The present study seeks to analyze the use of genetic database as means of criminal identification, instituted by the law n° 12.654/12 and by the law-decree n° 7.950/13. There is a distinction between the identity, the set of elements that characterize a determined individual, and the identification, which is a techno-scientific process responsible for the inquiry of the elements that constitute the identity, also indicating the principles and species of criminal identification. It is made a brief exposition of the utility of such genetic databases, such as the identification of corpses, missing people and the resolution of juridical cases, especially regarding criminal cases, verifying the situations in which will be possible the harvest of genetic material, according to the law n° 12.654/12. Later on, we will discuss the trustworthiness and the valoration bestowed upon the DNA exams for use in the criminal procedure, analyzing the precautions that must be observed, so to preserve the integrity of the genetic material harvested, according to the concept of chain of custody, and its efficiency, in which the DNA exam must be considered in unison with other elements brought into the process, for as, even if it proves to be a useful tool, it is not a infallible method. And so we proceed to a constitutional approach of the criminal procedure, analyzing the harvest of the genetic profile under the prism of the constitutional and processual rights, concluding for a criminal procedure that seeks the effectiveness of fundamental rights.

Keywords: Criminal identification. DNA test. Genetic database.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS GERAIS DA IDENTIFICAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	10
2.1 Identidade e Fundamentos da Identificação Humana	10
2.2 Identificação Civil e Identificação Criminal	12
2.3 Evolução Histórica dos Métodos de Identificação Humana.....	14
2.4 A Coleta de Material Genético Como Forma de Identificação Criminal ou Meio de Obtenção de Prova	16
3 A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E UTILIDADES DOS BANCOS DE DADOS	19
3.1 Identificação Genética Durante a Investigação e Alterações na Lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal)	21
3.2 A Identificação Genética como Consequência da Condenação por Crime Doloso com Emprego de Violência Grave ou por Crimes Hediondos	24
3.3 Confiabilidade e Valoração do Exame de DNA	26
3.4 A Cadeia de Custódia da Prova e Gestão do Banco de Dados	29
3.5 Bancos de Dados de Perfis genéticos e Combate à Criminalidade	33
4 LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS	35
4.1 Devido Processo Legal e o Modelo Acusatório de Persecução Penal	37
4.2 O Direito de não Produzir Prova Contra Si Mesmo ou <i>Nemo Tenetur Se Detegere</i>	40
4.3 O Direito à Privacidade, Intimidade e à Autodeterminação Informacional.....	43
4.4 Bancos de Dados de Perfis Genéticos no Direito Comparado	47
5 CONCLUSÃO	52
BIBLIOGRAFIA	55

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento científico e tecnológico naturalmente traz impactos à sociedade, de forma que o Direito, enquanto ciência social e interdisciplinar, não poderia estar imune às influências de outras searas do conhecimento. A engenharia genética, por exemplo, tem sido responsável por inúmeras descobertas e novas possibilidades, entre elas a reprodução assistida, a produção de novos medicamentos e meios de prevenção de doenças, a identificação de restos mortais não possíveis de serem identificados por outros métodos tradicionais e, finalmente, a resolução de casos jurídicos.

O exame de DNA (ou ADN, em português, sigla para ácido desoxirribonucleico), mais especificamente, tem sido o responsável por conferir maior segurança e confiabilidade ao sistema de justiça criminal, em especial os casos penais, onde, frequentemente, são deixados vestígios biológicos no local do crime ou no corpo da vítima.

Nesse sentido, a reforma legislativa promovida pela Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, passou a prever a obtenção do perfil genético no processo penal brasileiro, sendo duas as possibilidades: i) durante as investigações e instrução criminal, para um caso determinado, e ii) como efeito da condenação por crime doloso praticado com emprego de violência contra pessoa ou qualquer dos crimes hediondos. Ambas as hipóteses foram regulamentadas de forma distinta, de modo que esta lei prevê que a coleta do material genético de suspeitos pela prática de um crime deve ocorrer somente mediante decisão judicial, enquanto que para a coleta do material genético de condenados basta a condenação transitada em julgado, pelos crimes previstos em lei.

Entretanto, a inovação legislativa apresenta alguns aspectos controversos em sua redação, como, por exemplo, a possibilidade de o magistrado demandar, de ofício, a coleta do perfil genético, além da discussão acerca da coleta compulsória do DNA. Ademais, muito se discute sobre a confiabilidade do material genético e as circunstâncias a serem observadas para que o material coletado se mantenha um material idôneo e possível de ser utilizado na persecução penal, devendo ser tomadas uma série de cuidados antes, durante e depois da obtenção do perfil genético, a fim de se preservar o material. Dessa necessidade no cuidado com a manipulação do material genético, surgiu o conceito de cadeia de custódia

que, basicamente, se refere a uma série de procedimentos a serem adotados para que a idoneidade do material seja mantida do início ao fim.

Por ser o exame de DNA capaz de determinar a identidade de uma pessoa com um alto grau de probabilidade, ele é tido como uma ferramenta útil para o sistema de justiça, tanto na seara cível, quanto na seara criminal. Contudo, optar pela utilização do exame genético no processo faz surgir uma série de implicações; a amostra genética, por ser facilmente manipulável, necessita de um procedimento específico que garanta sua confiabilidade em um eventual processo, devendo haver normas relativas à coleta e manipulação desse material pelos laboratórios e peritos oficiais.

Importante questionamento, também, é até que ponto a utilização do material genético no processo penal seria apenas uma forma de identificação criminal, ou se essa ferramenta não serviria, principalmente, para comprovar a autoria de um delito, servindo como prova de acusação.

Assim, apesar de ser o DNA uma ferramenta que tem grande capacidade de repercutir de forma positiva no meio jurídico e de ser amplamente usada e regulamentada em muitos países, o seu uso indiscriminado pode implicar na violação de direitos e garantias fundamentais, entre eles o princípio da não autoincriminação e a garantia de um devido processo legal. Além do mais, há a proposta dos bancos de perfis genéticos em combater a criminalidade e a preocupação com a efetividade desse instrumento, de modo que seus esforços em termos de segurança pública podem configurar uma ameaça ao direito à privacidade.

Desse modo, diante do que se entende pela inevitabilidade do uso de novas tecnologias no âmbito jurídico, a presente pesquisa tem como objetivo, além de explanar sobre o que essa inovação legislativa propõe, e apresentar as controvérsias que a envolvem, tratar do tema sob a perspectiva de um direito processual penal concretizador dos direitos fundamentais, de modo a restringir a intervenção em direitos essenciais do indivíduo.

O método utilizado foi o dedutivo bibliográfico, de modo que a técnica de pesquisa consistiu na leitura de livros e artigos, relacionados ao tema tratado.

2 ASPECTOS GERAIS DA IDENTIFICAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

A identificação pessoal sempre foi uma preocupação dos seres humanos, especialmente em sociedades mais complexas e organizadas. Naturalmente, com o passar do tempo e a evolução tecnológica, os meios de identificação humana acompanharam essa evolução, sendo desenvolvidos novos métodos de registro e armazenamento dos dados obtidos.

Nesse sentido, houve a necessidade de se definir o processo de identificação – diferenciando a identificação do conceito de identidade –, expor os requisitos que a identificação deve atender e as espécies de identificação criminal previstas em lei.

2.1 Identidade e Fundamentos da Identificação Humana

Em um primeiro momento deve ser feita a distinção entre os conceitos de identidade e de identificação. A identidade é caracterizada pelo conjunto de elementos que permitem individualizar uma pessoa, tornando-a diferente das demais, podendo ser verificada sob dois aspectos, o subjetivo e o objetivo.

Diz respeito ao aspecto subjetivo a percepção que cada sujeito tem de si mesmo, enquanto que o aspecto objetivo diz respeito a própria identificação física de um indivíduo.

Segundo Antônio Ferreira de Almeida Júnior e João Baptista de Oliveira e Costa Júnior (1973, p. 21), a identidade abrange dois elementos, a unicidade e a imutabilidade, uma vez que cada indivíduo é único, diferente dos demais e possui características imutáveis, que não se modificam com o passar do tempo. Essas características são úteis, uma vez que em razão do convívio em sociedade o ser humano tem a necessidade de ser reconhecido como único perante seus semelhantes.

A identificação, por sua vez, é um processo científico que tem por finalidade descobrir os elementos que caracterizam a identidade de determinada pessoa, conferindo às relações sociais a segurança jurídica necessária. Exige análises técnicas, por meio de métodos científicos e realizados por sujeitos especializados, a fim de estabelecer a identidade de alguém (SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 22).

Sobre a distinção entre ambos os conceitos, ensina Rodrigo Grazinoli Garrido (2009, p. 38) que:

Identidade pode ser descrita como a soma de caracteres que individualizam uma pessoa, distinguindo-a das demais, enquanto o emprego de meios adequados para determinar a identidade ou não identidade das pessoas é o processo de identificação.

A identificação pode ser conclusiva, como impressões papilares (digitais, por exemplo), desenho dos seios faciais, DNA; ou não conclusiva, percebida por meio de marcas e tatuagens, tamanho do pé (antropométricas), identificação visual, entre outras (GARRIDO, 2009, p. 38). Com o surgimento de vínculos mais complexos entre as pessoas, os métodos de identificação são capazes de conferir segurança jurídica a essas relações.

Mais do que uma necessidade do ser humano, a identificação é um dever do Estado, pois ela tem a capacidade de preservar direitos e garantias fundamentais como a dignidade e a liberdade, que estão em risco quando a identificação não cumpre seu propósito.

Segundo Mário Sérgio Sobrinho (2003, p. 24):

A identificação individual necessária para o correto cumprimento de deveres e indispensável para a proteção de direitos, sendo um dos mais importantes o direito à liberdade, deve ser gerenciada pelo Estado, responsável pela criação, manutenção e emprego dos sistemas ou métodos públicos de identificação.

A identificação, portanto, é um dos instrumentos necessários para a proteção de garantias fundamentais, uma vez que o equívoco na identificação de pessoas pode implicar na violação desses direitos.

Dessa forma, incumbe ao Estado desenvolver e gerenciar os procedimentos e mecanismos capazes de identificar e individualizar uma pessoa, inclusive de forma a evitar nesse mesmo processo também ocorra violações a direitos e garantias fundamentais.

Os processos de identificação são baseados em sinais ou dados peculiares de cada indivíduo que, se somados, podem diferenciá-lo de todos os demais. Esses sinais e dados são chamados de “elementos sinaléticos”.

Para que um processo de identificação possa servir a seu propósito, ele deve atender a alguns requisitos (ALMEIDA JÚNIOR; COSTA JÚNIOR, 1973, p. 23), quais seja unicidade, imutabilidade, praticabilidade e classificabilidade.

Segundo Mario Sérgio Sobrinho (2003, p. 185), a identidade:

É determinada pelo emprego de um sistema de identificação mediante a realização de um confronto técnico (comparação) dos traços físicos ou orgânicos imutáveis (imutabilidade), obtidos nos registros inicial e posterior, individualizando-o dentro do universo das demais pessoas (unicidade) mediante método prático, simples e eficiente (praticidade e classificabilidade).

O requisito da unicidade permite que um indivíduo seja percebido como único perante os demais. Por exemplo, levar em consideração apenas a cor dos olhos de um indivíduo é insuficiente para torná-lo diferente de outros sujeitos. Mas, se somarmos a essa informação outros elementos como a estatura, cor, cabelos e outros trejeitos, uma quantidade considerável de sujeitos é excluída, tornando possível a identificação do indivíduo desejado.

Outro requisito importante é a imutabilidade, segundo a qual os “elementos sinaléticos” devem se manter imunes à ação do tempo, de forma a não sofrer com fatores externos.

Também devem ser respeitadas a praticidade e a classificabilidade. De acordo com o requisito da praticidade, os “elementos sinaléticos” devem ser de fácil registro, sendo possível o seu manuseio prático. Quanto à classificabilidade, os “elementos sinaléticos” devem ser de fácil categorização, permitindo a rápida obtenção dos dados necessários.

2.2 Identificação Civil e Identificação Criminal

Em razão do intenso convívio com outros indivíduos em sociedade e da necessidade do ser humano de pertencer a um todo, ao mesmo tempo em que precisa se ver como um sujeito possuidor de uma identidade própria, é essencial o conhecimento sobre quem somos perante o todo e com quem nos relacionamos. Para que as complexas relações que os cidadãos mantêm entre si (como as relações sociais e comerciais, por exemplo), e as relações que o Estado mantém

com seus cidadãos estejam revestidas de segurança, o Estado administra um vasto banco de dados civil de todos os seus cidadãos (PEREIRA, s/d, p. 01).

O Estado fica responsável por gerenciar esse banco de dados, que contém inúmeras informações a respeito da identidade de cada indivíduo. Assim, cabe ao Estado garantir a segurança nas relações que seus cidadãos mantêm uns com os outros e com o próprio Estado, não permitindo que haja equívocos durante o processo de identificação de cada sujeito.

Segundo Antônio Tadeu Nicoletti Pereira (PEREIRA, s/d, p. 03):

O Estado normatiza as relações civis e criminais entre pessoas por meio dos métodos de identificação de que dispõe. É bem claro para qualquer ser humano de mínimos conhecimentos que em toda relação civil, tanto de caráter jurídico quanto de caráter social, as identidades das pessoas devem ser pré-estabelecidas ou possíveis de serem determinadas. Igualmente as de caráter jurídico criminal. Ao Estado compete acusar, produzir provas e julgar os cidadãos. E para que bem o faça, um sistema de identificação seguro é imperativo.

A Lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal) estabelece as hipóteses em que alguém poderá ser considerado civilmente identificado, além de estabelecer que o civilmente identificado também poderá ser criminalmente identificado, desde que a lei assim estabeleça, conforme artigo 1º da mesma lei. Assim, a identificação criminal, por ser medida subsidiária, será cabível apenas quando a identificação civil não for considerada suficiente, nas hipóteses previstas em lei.

Denomina-se identificação criminal o conjunto de informações que visam individualizar determinada pessoa em um processo criminal ou investigação policial, com o intuito de auxiliar a persecução penal com dados legítimos e confiáveis. Esse aglomerado de informações resulta da coleta e armazenamento de impressões dactiloscópicas, fotografia, sinais peculiares (cicatrizes, por exemplo), entre outros (ALFERES, 2010, s/n).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 691):

No campo criminal, individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal. Almeja-se a segurança jurídica de não cometer erro judiciário, processando, condenando e punindo o inocente, no lugar do culpado.

Conforme disposto no artigo 5º da Lei de Identificação Criminal, a identificação criminal é gênero que tem como espécies a identificação datiloscópica, a identificação fotográfica e a identificação genética.

A identificação datiloscópica consiste na identificação feita com base nas saliências papilares (digitais) da pele humana. Esse desenho digital é perene, acompanhando o ser humano durante toda a sua vida, sendo notada a formação de pontos característicos a partir do 3º mês de gestação, se consolidando, ainda na fase intrauterina, por volta do 6º mês (SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 48).

Contudo, não se trata de um método infalível, pois a impressão digital pode ser facilmente forjada, além de ser difícil sua obtenção caso o indivíduo possua determinadas doenças ou exerça ofícios que causem o desaparecimento temporário do seu desenho digital como, por exemplo, os artesãos e trabalhadores da construção civil.

Na identificação fotográfica, por sua vez, deve ser seguido o padrão exigido para a cédula de identidade civil, devendo a foto ser tirada de frente (face) e com tamanho três por quatro centímetros, de acordo com a Lei 7.116/83. A fotografia deve ser utilizada como um método auxiliar de identificação, uma vez que a fisionomia das pessoas é algo mutável, passível de mudanças promovidas por diversos fatores, entre eles, o tempo, de forma que o “elemento sinalético” da imutabilidade fica comprometido.

Por último, inserida pela Lei 12.654/12, há a espécie de identificação criminal que pode ser obtida por meio da coleta de material genético do indivíduo, alegadamente com o objetivo de oferecer maior segurança jurídica ao sistema de justiça criminal.

2.3 Evolução Histórica dos Métodos de Identificação Humana

Desde as mais primitivas formas de organização humana, havia a necessidade de distinção e do reconhecimento entre indivíduos, sendo o nome um dos meios de identificação mais utilizados para se atingir essa finalidade. Para os integrantes dessas comunidades, o nome era parte da própria personalidade do indivíduo, e muitas vezes dotados de significados especiais, de modo que existiam grupos que mantinham o nome de seus membros em segredo, restringindo seu conhecimento apenas aos membros do grupo.

Entretanto, o nome não pode ser utilizado de forma exclusiva durante um processo de identificação, haja vista a possibilidade de ser modificado por meio da alteração de estado civil, ou mesmo por meio da falsificação de documentos (SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 25).

Sabe-se que uso do nome foi se modificando conforme os períodos da história humana. Sislán Rodríguez (1944) apud Mário Sérgio Sobrinho (2003, p. 26), explica que do século V ao século X, o nome era usado de forma única e individual, e que só a partir do século XVI passou-se a haver a adoção definitiva do nome de família.

Com o passar dos tempos, novos métodos de identificação foram surgindo, pois apenas o nome se tornou insuficiente para a identificação dos indivíduos em sociedade.

O ferrete, por exemplo, era usado para aplicar punições extremamente severas, de forma que ferro deveria estar em brasa para que o corpo da pessoa ficasse permanentemente marcado com o sinal da tortura. Essa prática, que foi muito empregada em escravos e criminosos em diversas sociedades, além de uma forma de punição e estigmatização, também servia como método de identificação, uma vez que era capaz de diferenciar um indivíduo dos demais (SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 28/29).

Outro meio que também foi usado para a identificação de pessoas durante a história foi a tatuagem. O jurista inglês Benjamin Bentham propôs que a tatuagem fosse utilizada como meio de identificação pessoal desde o nascimento, o que ficou conhecido como sistema dermatográfico de Bentham (DEL-CAMPO, 2009, p. 45/46).

Utilizada como forma de controle e perseguição durante a Segunda Guerra Mundial, as tatuagens, que apresentavam números, tinham a função de identificar os judeus perseguidos e tidos como prisioneiros nos campos de concentração e extermínio nazistas, como uma espécie de “carimbo” (SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 29).

Segundo Rodrigo Grazinoli Garrido (2009, p. 38):

É difícil estabelecer com exatidão o início da utilização de técnicas para identificar pessoas. Porém, a identificação humana de forma sistematizada teria seu início com o método antropométrico introduzido por Bertillon em 1882. Este método levava em consideração algumas características

morfológicas e cromáticas, como a posição de sobrancelhas, o formato do queixo, lóbulo da orelha, cor da íris, da pele ou dos cabelos.

As características biológicas que identificavam um indivíduo ou grupo de pessoas, em conjunto com as características psicológicas, eram utilizadas para determinar qual seria o perfil padrão do sujeito criminoso, de acordo com a chamada visão ou fator bio-psicológico da criminologia. Dessa maneira, o perfil criminológico de determinado grupo de pessoas era baseado em suas características biológicas. Cesare Lombroso entendia que determinadas pessoas estariam mais predispostas a cometer delitos em razão de determinadas características congênitas. Entretanto, essa visão bio-psicológica foi utilizada com objetivos racistas e baseou discursos eugênicos, como o nazismo (GARRIDO, 2009, p. 38).

Há, ainda, outros métodos de identificação pessoal que valem a menção, como o sistema odontológico de Amoedo, que preconizou a identificação por meio da arcada dentária, e o sistema dactiloscópico de Vucetich, ainda utilizado atualmente, que trata do estudo das impressões digitais (DEL-CAMPO, 2009, p. 46).

Dentre as técnicas de identificação mais utilizadas está a papiloscopia, ciência que se desdobra em: datiloscopia; quiroscopia (impressões palmares) e podoscopia (impressões plantares), das quais a datiloscopia ainda é um método fortemente presente no nosso cotidiano (GARRIDO, 2009, p. 38).

Atualmente, a genética é outro meio utilizado como forma de realizar a identificação humana, de forma que foram sendo criados bancos de dados capazes de armazenar as informações genéticas de indivíduos, como forma de auxiliar na resolução de casos jurídicos. Esse tipo de banco de dados é utilizado, por exemplo, pelo FBI (“Federal Bureau of Investigation”), sendo denominado CODIS (“Combined DNA Index System”), um sistema que armazena as informações genéticas coletadas em locais de crimes e informações genéticas obtidas diretamente de indivíduos condenados criminalmente (FIGUEIREDO; PARADELA, 2006, s/n).

2.4 A Coleta de Material Genético Como Forma de Identificação Criminal ou Meio de Obtenção de Prova

Argumenta-se que os métodos tradicionais de identificação criminal como, por exemplo, os processos datiloscópico e fotográfico, seriam suficientes para cumprir a finalidade de identificar um indivíduo, em especial o método datiloscópico,

uma vez que as impressões digitais são únicas e se mantêm inalteradas durante toda a vida, tendo características distintas mesmo em indivíduos gêmeos (MINAHIM, 2012, s/n).

Por essa razão, a coleta do material biológico não seria apenas um método ou processo de identificação, mas sim um instrumento que tem como finalidade servir como meio de prova. Assim, na prática, o exame de DNA constitui-se como mais uma prova pericial, com a finalidade de produzir prova elucidativa, em especial no que tange a comprovação positiva ou negativa da autoria delitiva (BARROS, s/d, p. 08).

Nesse sentido, esclarece Maria Elizabeth Queijo (2013, p. 08):

A coleta de material genético tem por único objetivo – e não há outro – a identificação de autoria de delito, em persecuções penais futuras, ou naquela que está em andamento: ou seja, a finalidade não é a identificação criminal, como se sugere na Lei, mas a comprovação de autoria/participação em delito. A finalidade é inegavelmente probatória.

Por ser o material genético capaz de elucidar fatos relativos a delitos por meio de um procedimento específico, sua utilização no processo penal pode ser considerada como uso de prova pericial, “considerada uma prova técnica, na medida em que sua produção exige o domínio de determinado saber técnico” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 564),

Portanto, a coleta do DNA seria mais uma tentativa ou maneira de se provar a autoria de um delito, uma vez que o exame de DNA é mais uma das modalidades de prova pericial que são utilizadas no processo penal, adotando métodos de pesquisa e apuração técnica por meio da manipulação de diferentes tecnologias (BARROS, 2015).

De acordo com Antônio Alberto Machado (2012, p. 03):

Enquanto a identificação dactiloscópica e fotográfica são partes da providência de qualificação do indiciado no inquérito, a identificação genética é medida investigatória, isto é, medida destinada a coletar prova. Não se pode, portanto, estabelecer nenhuma similitude entre a identificação criminal pela fotografia ou pela impressão digital, que são meios normais de identificação das pessoas (inclusive civilmente), com a identificação genética pelo DNA, que é medida destinada a apurar a autoria do delito. A perícia genética é, pois, um autêntico meio de prova, e não simples identificação de indiciados e réus.

O indivíduo poderá ser obrigado a se submeter à identificação criminal por meio das impressões digitais, mas não poderá ser levado a fornecer material genético para a realização do exame de DNA. A coleta do material genético do indivíduo é um tipo de procedimento que “extrapola a simples comprovação da materialidade do crime, podendo adentrar no campo da autoria e até mesmo atingir o espaço reservado à culpabilidade” (BARROS, 2015, s/n).

Assim, por ser o exame de DNA um meio de prova e não tão somente uma forma de identificação criminal, obrigar o indivíduo a fornecer seu material genético seria o equivalente a obrigá-lo a produzir prova contra si mesmo, sendo essa uma violação ao princípio da não autoincriminação.

3 A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E UTILIDADES DOS BANCOS DE DADOS

A identificação de pessoas desaparecidas é uma das principais utilidades dos bancos de perfis genéticos, que auxiliam na identificação de restos mortais de vítimas de guerras, desaparecidos em ditaduras – quando então os restos mortais são restituídos à família, que finalmente podem encerrar sua busca –, pessoas perdidas que desconhecem a própria identidade, entre outros.

Segundo o Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (2014, p. 04), a identificação de pessoas desaparecidas ocorrerá com a obtenção de quatro tipos de materiais genéticos: de cadáveres e restos mortais, pessoas de identidade desconhecida, referências diretas de pessoas desaparecidas e familiares de pessoas desaparecidas, que devem ser frequentemente comparadas para descoberta de eventual vínculo entre elas.

O primeiro país a utilizar um banco de dados genéticos foi a Espanha, em 1999, por meio de um programa que identificava cadáveres que não puderam ser analisados através de métodos tradicionais. Denominado de “Programa FENIX”, o banco de dados era constituído por informações genéticas de famílias de desaparecidos, informações essas que eram comparadas com os restos humanos não identificados (FIGUEIREDO; PARADELA, 2006, s/n).

Há ainda, que se fazer uma diferenciação entre bancos de DNA (ou biobancos) e as bases de dados genéticos. Segundo Taysa Schiocchet (2012, p. 33):

Existe uma grande diversidade de modelos de bancos e bases de dados genéticos. Os bancos de DNA podem ser conceituados como conjuntos de materiais ou dados genéticos, informatizados ou não. Em outras palavras, os bancos de DNA ou biobancos podem ser definidos como grandes coleções de material genético (amostras de DNA, células, tecidos, tumores ou órgãos) associados a dados de diversas naturezas (genéticos, médicos, biológicos, familiares, socioambientais). Já as bases de dados genéticos referem-se aos elementos genéticos já sequenciados e digitalizados.

Dessa forma, um banco de perfil genético, que tem como finalidade auxiliar a persecução penal, não pode ser classificado como um biobanco, pois os bancos de perfis genéticos não possuem finalidade terapêutica ou de pesquisa médica, mas sim identificar autores de delitos por meio das informações que armazenam (SCHIOCCHET, 2012, p. 33).

A maior utilidade dos bancos de perfis genéticos, portanto, é auxiliar o sistema de justiça, em especial as investigações criminais no que tange aos crimes contra pessoas.

Por meio dos vestígios biológicos coletados na cena do crime e no corpo da vítima, pode ser feita a comparação entre essas amostras. Dessa forma, percebendo a autoridade policial que dois ou mais crimes foram cometidos pelo mesmo indivíduo, torna-se possível a identificação do modus operandi utilizado por um criminoso serial (quando as amostras coletadas são comparadas entre si) ou organização criminosa. Nesse sentido, o Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (2014, p. 10):

As duas principais ferramentas para se avaliar os resultados de bancos de perfis genéticos são o número de coincidências confirmadas e o número de investigações auxiliadas. Uma “investigação auxiliada” é definida como um procedimento de investigação criminal no qual o banco de perfis genéticos adiciona valor ao processo investigativo.

Para que essas coincidências entre dados possam ser confirmadas e auxiliem na resolução de casos, é necessária a integração entre os bancos de dados do país, devendo haver colaboração entre as instituições envolvidas.

Foi com esse objetivo de promover a cooperação entre os laboratórios de perícia oficial que surgiu a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) a partir de uma iniciativa do Ministério da Justiça e das Secretarias de Segurança Pública Estaduais.

Há a preocupação em utilizar a tecnologia em favor da Justiça, contribuindo para evitar condenações injustas e diminuição da impunidade em crimes graves contra a pessoa, ajudando na correta e legítima aplicação da pena.

Neste sentido, para que o poder de punir do Estado possa recair sobre o autor do delito, é necessária a certeza em relação à identidade do indivíduo, uma vez que a pena a ser imposta não poderá jamais ultrapassar a pessoa do condenado, conforme prevê a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XLV.

Portanto, os meios de identificação são importantes instrumentos para a aplicação do direito penal e a correta atuação do Estado durante e após a persecução penal, sendo inclusive uma forma de garantir a individualização da pena.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 115):

[a identificação criminal] Desempenha papel fundamental no auxílio da aplicação do direito penal, porquanto, através dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que praticou a infração penal sob investigação, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, a fim de que, ao término da persecução penal, lhe sejam impostas as sanções decorrentes do delito praticado.

É por meio da identificação criminal que o Estado cumpre o dever de identificar o verdadeiro autor de um delito e tornar possível a aplicação do direito penal.

Com o intuito de ampliar as possibilidades de se obter a correta identidade do indivíduo sob o foco da justiça criminal, a Lei 12.654/12 prevê a coleta de perfil genético ao alterar duas leis distintas: a Lei 12.037/09, que regula a identificação criminal e incide durante as investigações preliminares, e a Lei 7.210/84, que regula a execução penal. Portanto, a nova lei disciplina duas situações: a do suspeito/investigado e a do condenado criminalmente.

Durante a fase de investigação ou preliminar, a coleta do material genético tem a finalidade de obtenção do perfil genético relacionado a um crime que já ocorreu, ou seja, um caso determinado.

Por outro lado, após a condenação transitada em julgado, a coleta do material genético ocorre para o abastecimento de um banco de dados, devendo ser usados para a apuração de crimes futuros cuja autoria seja desconhecida.

3.1 Identificação Genética Durante a Investigação e Alterações na Lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal)

No que diz respeito à coleta do material durante as investigações preliminares, a Lei 12.037/09 elenca determinadas situações em que a coleta do material genético será permitida. De acordo com o parágrafo único do artigo 5º, a obtenção do material genético ocorrerá na situação prevista no artigo 3º, inciso IV, isto é, “quando for essencial às investigações”.

Trata-se, portanto, de hipótese em que a coleta do perfil genético obtido na cena do crime é considerado essencial para o andamento das investigações. Contudo, esta é uma indicação genérica, que não dispõe parâmetros específicos sobre o que caracterizaria a necessidade do material para as investigações preliminares.

Nesse sentido, entende-se que o pedido para a coleta do material genético deverá ser adequadamente fundamentado, devendo ser demonstrada, no naquele em concreto, a necessidade de obtenção do perfil genético.

Segundo Aury Lopes Júnior (2016, p. 451):

Ainda que a redação seja genérica, subordinando apenas ao interesse da autoridade policial, é necessário que o pedido venha fundamentado e efetivamente demonstrada – no caso concreto – a imprescindibilidade deste tipo de prova. Considerando a gravidade da intervenção corporal e a restrição da esfera de privacidade do sujeito, deverá a autoridade policial demonstrar a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a ultima ratio do sistema.

Assim, por ser uma medida que pode restringir direitos, ela deve ser utilizada excepcionalmente, sendo necessária autorização judicial para tanto. Ocorre que, além da previsão de representação da autoridade policial e requerimento do Ministério Público, a lei também prevê, no mesmo dispositivo, a possibilidade de a própria autoridade judiciária, de ofício, decidir pela coleta do material genético.

Tal previsão consiste em uma violação ao sistema acusatório, pois estende ao juiz um poder instrutório, dando um caráter inquisitivo ao procedimento, sendo também uma medida totalmente incompatível com a imparcialidade exigida do magistrado.

Além do mais, a imprescindibilidade da obtenção da prova genética deve ser observada tão somente pela autoridade policial, de modo que é incongruente possibilitar ao juiz analisar a real necessidade de tal medida, uma vez que a seara investigatória lhe é completamente estranha.

Embora haja quem entenda que a coleta do material genético do suspeito possa ocorrer de forma compulsória, isto é, contra a sua vontade, há debates acerca da legitimidade da extração coercitiva do material genético do indivíduo.

A Resolução nº 3, de 26 de março de 2014, elaborada pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, e que dispõe sobre a padronização ou unificação do procedimento de coleta, determina, em seu artigo 7º, que o indivíduo deve ser informado sobre a fundamentação legal do procedimento.

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.

Isto posto, o indivíduo deverá ter o direito de ser comunicado da fundamentação legal do procedimento ao qual será submetido, de forma que essa informação deverá ser transmitida na presença de uma testemunha e do responsável pela coleta do material biológico.

A resolução estabelece, ainda, em seu artigo 8º e parágrafo único, que, em havendo recusa do indivíduo em fornecer seu material genético, o procedimento deverá ser cancelado e a recusa consignada em documento próprio, devendo o fato ser informado à autoridade judiciária.

Art. 8º. Em caso de recusa, o procedimento de coleta de material biológico não deverá ser realizado e 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.

Entretanto, parece haver um equívoco na redação da própria resolução, uma vez que, ao mesmo tempo em que ela prevê a possibilidade de o indivíduo se recusar a se submeter ao procedimento, acatando essa recusa como legítima, em outro trecho ela parece admitir a coleta compulsória, conforme aduz o artigo 2º: “A coleta compulsória de material biológico deve ser realizada com técnica adequada e indolor”. A resolução ainda menciona, no parágrafo § 2º do artigo 2º, que “não devem ser utilizadas as técnicas de coleta de sangue”, devendo a coleta ocorrer por outros meios.

Dessa forma, percebe-se que a redação da resolução demonstra considerável equívoco ao tratar da possibilidade de coleta compulsória e, no mesmo texto, considerar a recusa do indivíduo como um ato válido. A coleta compulsória dispensa a concordância do indivíduo, de forma que se a coleta leva em consideração o seu consentimento ela não poderá ser denominada de compulsória, sendo ambas as denominações mutuamente excludentes.

Diante deste entendimento restritivo trazido pela aludida resolução, a impossibilidade de haver extração de material genético sem o consentimento do indivíduo, parece ainda mais aceitável tanto na fase investigatória, quanto em relação ao indivíduo já condenado por sentença transitada em julgado.

3.2 A Identificação Genética como Consequência da Condenação por Crime Doloso com Emprego de Violência Grave ou por Crimes Hediondos

No que diz respeito à mudança na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), prevê o legislador que a coleta do material genético ocorrerá somente após a sentença condenatória transitada em julgado pela prática de crimes dolosos de natureza grave contra a pessoa, ou qualquer dos crimes hediondos, nos termos do parágrafo 2º do artigo 9º-A.

Após a coleta, as informações serão encaminhadas para um banco de dados e poderão servir como prova em relação a crimes futuros de autoria desconhecida, de forma que, caso a autoridade policial queira ter acesso a esse banco de dados, a autorização judicial será necessária (LIMA, 2015, p. 118).

Para esse fim de coleta de materiais genéticos de suspeitos e condenados, foi criado pelo Decreto nº 7.950/13 o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), que fica sediado na Diretoria Técnico-Científica do Departamento de Polícia Federal, e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), que tem por finalidade dar subsídios às investigações criminais e a identificação de pessoas desaparecidas.

De acordo com o Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (2014, p. 12):

[a finalidade deste banco dados é] conferir uma maior segurança e eficácia ao sistema de justiça criminal, contribuindo para a redução da impunidade em crimes graves e para o fortalecimento da produção da prova penal, evitando-se condenações equivocadas.

Para que esta rede possa ter alguma utilidade no âmbito criminal, é preciso que seja inserido no banco de dados os vestígios deixados pelos criminosos nos locais do crime ou no corpo das vítimas. Essas amostras biológicas podem ser comparadas entre si, bem como comparadas com os perfis genéticos cadastrados de condenados e identificados criminalmente, conforme estabelece a Lei nº 12.654/12.

Além do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Perfis Genéticos (RIPG), o Decreto 7.950/13 também foi responsável pela criação do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos,

que tem como uma das regras de atuação a definição de procedimentos que assegurem o respeito às garantias individuais durante a coleta, análise e armazenamento das amostras biológicas nos bancos de dados.

Conforme dispõe o próprio relatório, um dos principais desafios da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos é a efetiva execução da Lei 12.654/12, uma vez que um número significativo de estados ainda não possuem os requisitos mínimos exigidos para que sejam feitos os cadastros de perfis genéticos de condenados por crimes contra a pessoa e crimes hediondos.

Entretanto, parece haver uma discrepância entre o artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais e o artigo 4º, III da Resolução nº 3, de 16 de março de 2014 (criada pelo Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos). Vejamos a redação do primeiro dispositivo, o artigo 9º-A:

Art. 9-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.

O mencionado artigo estabelece que o indivíduo condenado por determinado ato ilícito deverá, “obrigatoriamente”, submeter-se à coleta de seu material genético. Assim, com base em simples leitura do citado dispositivo, entende-se que basta que o indivíduo preencha determinados requisitos para que a extração do DNA ocorra, quais sejam: a prática de crime doloso com violência grave contra pessoa ou qualquer crime de natureza hedionda e sentença condenatória transitada em julgado.

Por outro lado, a Resolução nº 3/2014, prevê que, além da sentença condenatória transitada em julgado e a guia de recolhimento do condenado, a manifestação do juiz também será necessária para que a extração do material genético possa ocorrer:

Art. 4º. No caso de condenados no rol dos crimes previstos no art. 9º-A da Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984, exigir-se-á para a realização da coleta compulsória do material biológico:
III - manifestação expressa do Poder Judiciário determinando a coleta de material biológico para fins de inserção no banco de perfis genéticos.

Enquanto a Lei de Execução Penal desconsidera a autorização judicial para a obtenção do material genético do condenado, ao estabelecer que, nessa hipótese, a coleta será “obrigatória”, o artigo 4º, inciso III, da Resolução nº 3 declara que a autorização judicial prévia também é necessária, demonstrando, portanto, incongruência no que diz respeito a aspectos importantes da regulamentação do tema.

3.3 Confiabilidade e Valoração do Exame de DNA

Em razão da capacidade que o exame de DNA possui de identificar um indivíduo entre os demais (vide requisito da unicidade) e seu alto grau de probabilidade, ele é um instrumento de grande relevância para o sistema de justiça.

Entretanto, é necessário que a perícia genética cumpra uma série de requisitos essenciais para que a amostra genética seja útil, tais como a observância de normas relativas à coleta do material genético, a capacidade técnica do laboratório e peritos envolvidos, o manuseio e conservação do material, dentre outros.

A coleta do material genético deve ser feita por profissionais especializados, capazes de evitar uma possível contaminação que pode ocorrer através do contato da amostra coletada com outros materiais, orgânicos ou inorgânicos, presentes no local do crime ou no corpo da vítima, além da possibilidade de contaminação com materiais estranhos durante a própria coleta como, por exemplo, fluídos corporais do perito envolvido (MARTELETO FILHO, 2012, p. 153).

Dessa forma, para evitar que as amostras obtidas sejam contaminadas, trocadas ou mal interpretadas, é necessária a adoção de procedimentos próprios que regulam desde o isolamento do local onde será recolhido o material biológico até o manuseio deste material.

Com o intuito de acompanhar e fiscalizar todos esses procedimentos, garantindo sua integridade e eficácia, surgiu o conceito de “cadeia de custódia” que, segundo Norma Sueli Bonaccorso (2005, p. 60), “se refere à documentação que serve para o rastreamento da amostra, através da demonstração de todos os passos por ela percorridos”.

Contrariando o imaginário popular, o DNA não é um exame infalível, em razão da possibilidade de haver a contaminação entre amostras biológicas durante as várias etapas de coleta e manipulação ou até mesmo ocorrer erros de estatística durante a interpretação dos resultados.

De acordo com o biólogo e perito judicial, André Smarra, o exame de DNA “costuma ser apresentado como algo isento de erros e inclusive muitos juízes pensam que isso é verdade. Mas existem muitos casos de contestações judiciais e invalidação de exames” (MOUTINHO, 2011, p. 26).

Ainda nesse sentido, fala-se de uma supervalorização do exame de DNA no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, tanto no processo civil – no que diz respeito aos casos de investigação de paternidade – quanto no processo penal.

Zeno Veloso (2002) apud Alexandre Freitas Câmara (2006, p. 08), em discussão sobre a valoração do exame de DNA no processo civil, também muito pertinente na seara do processo penal, argumenta que o exame de DNA é tido:

[...] como prova única, como prova máxima, maravilhosa (em todos os sentidos do vocábulo) e essencial, aparecendo como panacéia para resolver todos os males, superar todas as questões e dificuldades. O resultado do laboratório, entretanto, não pode ser confundido com cartola de mágico, de onde saltam todas as coisas e pulam todas as respostas. Não tem sentido e não há razão para deixar de acolher a prova genética do DNA, mas ela deve estar compreendida no conjunto probatório.

Há de se considerar, ainda, que o material genético coletado no local no crime apenas indica que determinado sujeito esteve no local ou manteve contato com a vítima, e não necessariamente que ele foi o autor do delito investigado (MARTELETO FILHO, 2012, p. 154).

Nesse sentido, esclarece Aury Lopes Júnior (2008, p. 564):

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 provar-se que o réu “A” violentou e matou a vítima, existe uma distância imensa e que deve ser percorrida lançando mão de outros instrumentos probatórios.

O resultado da análise sobre o material genético colhido não tem a capacidade de vincular a decisão do magistrado, que tem a liberdade de chegar à

sua conclusão visando todo o contexto processual e probatório resultante de diferentes elementos de convicção disponíveis. Dessa forma, não deve ser conferido à prova pericial de DNA um valor absoluto, até porque todas as provas no processo penal são de natureza relativa (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 564).

Ademais, deve ser levada em conta a noção denexo de causalidade, ou seja, em quais circunstâncias o material genético foi parar no local onde foi encontrado (no caso de colheita do material genético do local do crime para eventual comparação com o material fornecido pelo indivíduo tido como suspeito de cometer o delito), e se o acusado pode ser responsabilizado por ter tido contato com a vítima, pura e simplesmente (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 06).

Sobre o valor probatório do exame de DNA no processo penal, critica Aury Lopes Júnior (2012, p. 06):

Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto probatório. Essa 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 a complexidade que constitui o fato.

As contribuições do saber científico ao direito, que são inúmeras, não são ignoradas, porém, não existe no processo penal provas absolutas, ou “a rainha das provas”. Ademais, a prova genética não pode ser tida como uma prova cujo resultado é indiscutível, haja vista que esse tipo de prova apenas demonstra o grau de probabilidade de um determinado aspecto que constitui o delito. Há um discurso que cerca a prova genética, fazendo crer que ela é infalível; entretanto, essas provas estão sujeitas a diversos tipos de falhas, desde a contaminação com outros materiais biológicos até erros de interpretação (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 455-456).

Portanto, não pode coexistir a noção de um processo penal justo, no qual o juiz pode se aproveitar de todos os elementos e argumentos apresentados no processo por meio de seu livre convencimento, com a noção de que o exame de DNA constitui-se como detentor da verdade.

Nesse sentido, o seguinte trecho de ementa jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA. PRELIMINAR. ILICITUDE DO LAUDO PERICIAL DE EXAME DE DNA. AMOSTRA BIOLÓGICA DEVIDAMENTE AUTORIZADA. CONTRADITÓRIO OBSERVADO. REJEIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS CRIMES COMPROVADAS. [...] 1. SE A AMOSTRA BIOLÓGICA COLHIDA FOI DEVIDAMENTE AUTORIZADA POR DECLARAÇÃO DE DOAÇÃO VOLUNTÁRIA E FOI OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO ÀS PARTES, NÃO HÁ FALAR EM ILICITUDE DO LAUDO PERICIAL DE EXAME DE DNA, DEVENDO SER REJEITADA A PRELIMINAR SUSCITADA. 2. MANTÉM-SE A CONDENAÇÃO DO APELANTE PELOS CRIMES DE ESTUPRO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO SE AS DECLARAÇÕES DA OFENDIDA SÃO COERENTES E HARMÔNICAS, ESPECIALMENTE QUANDO CORROBORADAS PELO LAUDO DE EXAME DE DNA E EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. (TJ-DF - APR: 20100410087742 DF 0008635-40.2010.8.07.0004, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 27/06/2013, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 22/07/2013 . Pág.: 234). (sem grifo no original).

Dessa forma, é necessária a confrontação desse meio de prova com outros elementos probatórios contidos no processo, de forma que o magistrado, ao valorar a prova por meio da persuasão racional, deve considerar a prova genética em conjunto com os demais elementos processuais e probatórios ao seu alcance, não sendo o exame de DNA, por exemplo, prova incontestável ou de maior prestígio.

3.4 A Cadeia de Custódia da Prova e Gestão do Banco de Dados

É essencial que as fontes da prova sejam protegidas, especialmente quando a produção dessas provas ocorre em ambiente totalmente alheio ao processo como, por exemplo, a prova genética (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 422/423).

Justamente para assegurar a integridade dessas provas, existe a chamada cadeia de custódia. Segundo Norma Sueli Bonaccorso (2005, p. 60), a cadeia de custódia, conceito que advém da jurisprudência estrangeira, é aplicada à manipulação amostras e vestígios, bem como diz respeito a toda documentação que deve ser compilada a fim de que seja possível acompanhar toda a trajetória da prova.

A cadeia de custódia também pode ser definida como “um conjunto de procedimentos que, em última instância, imprime maior robustez à prova pericial formada” (BONACCORSO, 2010, p. 53). O conceito surgiu em razão da necessidade de garantir, de maneira pormenorizada, todos os cuidados necessários para que a

prova não seja comprometida e invalidada, evitando futuras alegações que possam comprometer o processo e a atuação das partes.

Dessa forma, segundo o Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil (2013, p. 82), a cadeia de custódia é essencial para a própria validação da prova obtida, uma vez que torna possível a rastreabilidade do vestígio, ou seja, o vínculo entre a prova e fato, como também para documentar todos os passos seguidos pela prova e quem a manuseou.

Segundo Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015, s/n):

A luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível. Nesse terreno, a estrita observância do acusatório, com claro afastamento das funções de acusar e julgar, mas, principalmente, pela imposição de que a iniciativa probatória seja das partes e não do juiz (recusa ao ativismo judicial), bem como pela maximização do contraditório, são fundamentais.

Adotar o conceito de cadeia de custódia durante a manipulação do material genético equivale a dar maior espaço ao contraditório e a ampla defesa, uma vez que, assim, as partes terão a garantia da qualidade e aptidão da prova e, conseqüentemente, de um julgamento mais justo.

Os procedimentos estabelecidos na chamada cadeia de custódia são essenciais para garantir a idoneidade do material genético, e seguem um sistema de controle exigente. Segundo Norma Sueli Bonaccorso (2010, p. 186):

Deverá existir rigor na aplicação das recomendações técnicas para [...] coleta [do material genético], para o estabelecimento e manutenção de sua cadeia de custódia, bem como para a sua correta conservação, de forma a garantir sua inclusão futura no banco de dados.

Conforme alerta o Diagnóstico da Perícia Criminal (2013, p. 85), do Ministério da Justiça, a cadeia de custódia da prova é de suma importância, entretanto, é necessário que os laboratórios responsáveis adotem um procedimento padronizado, de forma que os exames possam ser repetidos por diferentes profissionais e que o resultado obtido seja sempre o mesmo. No mais, também devem ser asseguradas a qualidade dos equipamentos.

Segundo o referido documento (2013, p. 81), o Brasil não possui uma regulamentação específica sobre a necessária cadeia de custódia, e que ainda há muitas “fragilidades” na gestão da atividade relacionada aos bancos de perfis genéticos:

O Brasil não tem uma normativa geral sobre cadeia de custódia e o mesmo ocorre na grande maioria dos Estados, que ainda encontram fragilidades na gestão da atividade pericial. Apesar da ausência de normas formalizadoras é possível, porém, identificar elementos que demonstram a existência mais ou menos consistente de cadeia de custódia nas atividades periciais.

Ainda de acordo com o Diagnóstico da Perícia Criminal (2013, p. 82), ao serem analisados os dados coletados a respeito da fragilidade dos procedimentos utilizados por grande parte dos Estados, chegou-se à seguinte conclusão:

Mais da metade das unidades centrais de Criminalística [...] de Medicina Legal [...] e de Identificação [...] responderam que os vestígios não são lacrados quando coletados no local de crime e não são guardados em local seguro e que preserve suas características. Não há também rastreabilidade dos vestígios na maioria dessas unidades. Em conjunto, esses dados apontam para a inexistência de procedimentos de cadeia de custódia na Criminalística. [...] A exceção diz respeito aos laboratórios de DNA, que por serem mais recentes e melhor estruturados apontam um pouco mais de robustez nos procedimentos pertinentes à cadeia de custódia.

Revela-se uma considerável vulnerabilidade nos sistemas essenciais para que o material genético possa ser considerado válido e seguro. Dessa maneira, as chances de se ter uma decisão judicial injusta são muito maiores, considerando que o material genético, que eventualmente servirá como prova no processo penal, não teve sua idoneidade garantida diante da ausência da cadeia de custódia.

Na cadeia de custódia devem ser registradas todas as etapas pelas quais o material genético passou, como o momento em que foi realizada a coleta, bem como o responsável pela tarefa, o procedimento utilizado para evitar contaminação. Portanto, todos os procedimentos pelos quais a prova genética passou devem ser documentados, desde sua coleta até a chegada no laboratório responsável pela análise, assim como todos os procedimentos pelos quais o material passou dentro do laboratório (SCHIOCCHET, 2012, p. 39).

A cadeia de custódia deve ser observada, sob pena de anulação da prova, em razão da ausência de cuidados necessários que garantam a integridade do material genético a ser utilizado no processo penal e ou eventualmente armazenado no banco de dados de perfis genéticos. Nesse sentido, em seu artigo 2º, § 1º, a resolução nº 3 de 2014, do Comitê Gestor, estabelece que deverá haver a

padronização de metodologias a serem utilizadas durante a coleta do material genético.

É necessário, ainda, todo um cuidado específico com a própria gestão do sistema responsável pelo armazenamento dos perfis genéticos.

Ao explicar sobre a gestão de um banco de dados, Lorente Acosta (2002), apud Norma Sueli Bonaccorso (2010, p. 189), explica que gerenciar um banco de dados significa ter a posse dos sistemas informáticos onde os dados estão armazenados, como também poder ter acesso a essas informações para consultas e atualização das informações. Bonaccorso ainda aponta outros cuidados a serem tomados por aqueles que têm por responsabilidade o gerenciamento do banco de dados como, por exemplo, o acesso restrito por meio de senhas autorizadas, computadores que não devem possuir conexão externa com outros endereços eletrônicos (como internet ou mesmo intranet), entre outras medidas.

No tocante aos procedimentos e à gestão dos bancos de dados, a ser realizada pelos laboratórios membros da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), a Resolução nº 5, de 29 de maio de 2014, criada pelo Comitê Gestor, dispõe sobre a criação de uma “Comissão da Qualidade”, que deverá ser composta por profissionais com experiência em sistemas de gestão de qualidade, e auditorias a serem realizadas nos laboratórios membros (GARRIDO; RODRIGUES, 2015, s/n).

Em síntese, toda a cautela é necessária no que diz respeito aos procedimentos de coleta e manipulação, e a gestão dos bancos de dados, uma vez que a falta de procedimentos adequados que tenham a finalidade de impedir que a prova seja manipulada de forma inadequada (inclusive com o objetivo de condenar ou isentar alguém de responsabilidade penal), pode resultar em decisões injustas (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 423).

Dessa forma, a adoção de uma cadeia de custódia, bem como medidas de segurança durante o gerenciamento dos bancos de dados, busca assegurar integridade do material genético coletado e manipulado, legitimando, assim, sua utilização na persecução penal.

3.5 Bancos de Dados de Perfis genéticos e Combate à Criminalidade

De acordo com o IV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (2016, p. 14), investir nessa espécie de banco de dados é uma efetiva estratégia no combate à criminalidade, bem como o “abastecimento” dos bancos de dados genéticos tem o condão de impedir a ocorrência de crimes graves.

Certamente, os bancos de perfis genéticos possuem plena capacidade de demonstrar a autoria criminosa, identificar cadáveres e restos mortais não identificáveis pelos métodos tradicionais, pessoas de identidade desconhecida e desaparecidas, determinar paternidade, auxiliar casos de trocas de bebês em berçários, entre outras funções, de modo que as amostras devam ser periodicamente confrontadas entre si (SCHIOCCHET, 2012, p. 42).

O auxílio dos bancos de dados de perfis genéticos nos casos de crimes sexuais é tido como uma de suas principais funcionalidades, sendo esse instrumento muito associado a esses crimes, que possuem alto índice de reincidência, segundo o IV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (2016, p. 13).

Dessa forma, nas hipóteses em que os delitos deixam rastros e vestígios biológicos no local do crime e no corpo das vítimas, como em grande parte dos crimes de homicídios e nos crimes de violência sexual, os bancos de dados de perfis genéticos são visto como solução para a impunidade.

Ocorre que, na grande maioria dos crimes que envolvem violência sexual, a vítima já conhece o seu agressor, de forma que, nestes casos, a identificação desse criminoso por meio dos bancos de perfis genéticos se mostra sem muita utilidade. Ao traçar o perfil do agressor sexual, a pesquisa “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde” (2014, p. 09), produzida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), demonstra que, no geral, 70% dos casos de estupro são cometidos por parentes, namorados ou amigos/conhecidos da vítima, casos que não necessitam da identificação genética.

Segundo Taysa Schiocchet (2012, p. 46):

É necessário, portanto, distinguir claramente a punição frente à constatação da autoria do delito e a eventual (portanto, futura e incerta) redução da criminalidade. É difícil demonstrar, mesmo por meio de pesquisas confiáveis, que a redução da criminalidade é um efeito direto da criação de um banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal em razão de diversos fatores que podem influenciar no combate à criminalidade.

Para combater a impunidade que é comum nos casos de crimes contra a dignidade sexual, é necessária toda uma rede de enfrentamento contra esse tipo de violência, que promova a ação integrada entre diferentes instituições e setores (saúde, assistência social, justiça, segurança pública), a fim de realizar o melhor acolhimento das vítimas e desenvolver estratégias de prevenção (DIAS, 2016, s/n).

A maioria das vítimas encontram grande dificuldade em denunciar esse tipo de crime, por medo de serem estigmatizadas até mesmo pela própria família, de modo que estima-se que o nível de notificação do crime de estupro seja baixíssimo – o estudo “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde” (2014, p. 26), estima que apenas 10% dos casos são notificados à polícia.

É importante lembrar, ainda, conforme Schiocchet (2012, p. 47), que “a criminalidade no Brasil passa por outras vias, como a violência juvenil urbana e o tráfico de drogas”, de forma que é preciso fazer uma distinção entre o impacto que o banco de dados genéticos pode promover em termos de punição e prevenção de determinados delitos, e a efetiva redução da criminalidade.

Entretanto, isso não é o equivalente a dizer que o banco de dados genéticos não possa ser útil em auxiliar a persecução penal, mas apenas que o uso desse instrumento não necessariamente se relaciona com uma considerável redução da criminalidade no país, que envolve diversos outros fatores de segurança pública.

4 LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS

Os bancos de dados de perfis genéticos devem ser compatíveis com um processo penal constitucional, de forma que o poder punitivo do Estado tenha a sua atuação delimitada pelos direitos fundamentais, evitando, assim, a adoção de um sistema inquisitório e arbitrário, violador de bens jurídicos essenciais.

Dessa forma, a legislação que regulamenta o banco de dados de perfis genéticos deve estabelecer balizas que delimitem seu alcance, como a padronização dos procedimentos, por exemplo, de forma que as garantias individuais sejam devidamente resguardadas.

Surge, então, a necessidade de uma interpretação constitucional da norma, tratando o Processo Penal não apenas como um instrumento do Direito Penal, visando à aplicação do poder de punir, mas também como uma forma de se concretizar os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado Cogan (s/d, s/n) dispõe:

[...] o processo só atende a sua finalidade quando se externa em procedimento adequado à lide que nele se contém, de forma a garantir amplamente os interesses das partes em conflito, sempre respeitando os preceitos estampados no Texto Constitucional de 1988. [...] Vislumbra-se, portanto, um novo rumo no processo penal, sempre aliado à Carta Maior, visando à preservação dos direitos e garantias individuais frente às alterações de um Estado opressor e arbitrário, permitindo a plenitude do exercício de defesa daqueles indivíduos que estão sendo investigados ou acusados, conferindo aos cidadãos maior segurança jurídico-processual, em respeito aos princípios constitucionais do processo penal.

O processo penal tem como função não apenas a aplicabilidade do Direito Penal, enquanto instrumento do poder de punir, mas também como um efetivador de garantias e direitos, resguardando o cidadão de eventuais abusos de poder do Estado. Dessa forma, o processo penal é um limitador da “atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos [...]” (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 37).

Ocorre que a constante relativização de garantias fundamentais vem sendo vista como uma solução rápida, principalmente quando o assunto é a diminuição da criminalidade e impunidade. Nesse sentido, Taysa Schiocchet (2012, p. 54):

[...] o que se tem observado na prática legislativa é o recurso constante às finalidades de política criminal, sobretudo no que tange à persecução criminal, para relativizar direitos e garantias fundamentais em nome da observância e atendimento ao direito da coletividade à segurança. Busca-se o instrumento imediatista e simbólico da lei penal como solução para os problemas de segurança pública e para os déficits do aparato do Estado no combate à criminalidade.

Há estudos na Inglaterra, que demonstram que apesar das inúmeras informações incluídas nos bancos de dados de perfis genéticos todos os anos, o número de crimes solucionados por esses bancos, em um período de seis anos, se manteve praticamente o mesmo (cerca de um crime solucionado entre trezentos), enquanto que no período de um ano foi registrada baixa no número de crimes solucionados por meio de exame genético. Ou seja, apesar da imensa quantidade de perfis genéticos inseridos na base de dados do país todos os anos, o número de crimes solucionados não aumentou (HOPE, 2008, s/n).

Deve-se ter cautela com propostas que se apresentam como prontas soluções para problemas complexos. Conforme já abordado, a redução na criminalidade não perpassa somente pela adoção de um banco de dados genéticos, aliás, não há sequer dados concretos que demonstrem que a redução da criminalidade ocorre justamente em razão da adoção desse instrumento. Sabe-se que as taxas de criminalidade, de acordo com a realidade brasileira, deve-se muito à chamada “guerra às drogas” e a violência urbana dela decorrente, devendo haver uma distinção entre o impacto dos bancos de dados com a redução da criminalidade no país.

Nesse sentido, para evitar a constante relativização de direitos fundamentais frente a um discurso que propõe medidas rápidas que, sozinhas, seriam a solução para graves problemas de segurança pública, o processo penal deve se pautar na da chamada “instrumentalidade constitucional” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 07), devendo ser observado e efetivado sob a ótica da Constituição Federal, servindo como um limitador do poder estatal, evitando, assim, abusos e arbitrariedades. Dessa forma, sendo os direitos individuais resguardados durante o processo, a aplicação da lei penal torna-se legítima.

4.1 Devido Processo Legal e o Modelo Acusatório de Persecução Penal

O devido processo legal, de acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 66), deve ser observado sob dois prismas: o primeiro diz respeito ao aspecto formal ou processual, assegurando a tutela de bens jurídicos através do devido procedimento (*procedural due process*); já o segundo, material ou substancial, diz respeito ao conteúdo da norma processual, visando a compreensão do processo sob um olhar constitucional (*substantive due process of law*).

Nesse sentido, o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, princípio também previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XI (ONU, 1948, p. 07):

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Dessa maneira, o princípio pressupõe que legal não seja apenas a observância das formas legais, mas também do seu conteúdo, que deve obedecer aos objetivos estabelecidos pelos direitos e garantias constitucionais e processuais, uma vez que o processo penal deve ser visto também como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais previstas.

Ademais, o processo penal deve ser entendido como uma ferramenta que garanta a justa aplicação do direito penal. Dessa forma, o processo é uma ferramenta por meio da qual o direito-dever de punir do Estado possa legitimamente (constitucionalmente) se concretizar.

Segundo Aury Lopes Júnior (2016, p. 35):

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há de se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Para que esteja em harmonia com nosso sistema democrático, é necessário que o processo penal esteja a serviço do sistema de garantias constitucionais previstos na Constituição Federal.

Assim, o processo que observa tão somente a legalidade em seu aspecto formal é um processo incompleto, sendo a abordagem constitucional essencial ao promover a noção de que o processo deve se desenvolver em conformidade com as garantias e direitos fundamentais do indivíduo ao objetivar a concretizar do jus puniendi.

Quanto ao termo devido, entende-se que o princípio indica a adoção de um modelo acusatório de persecução penal, objetivando a figura de um juiz imparcial e partes em iguais condições (SCHIOCCHET, 2012, p. 58).

O modelo acusatório de processo penal tem como sua maior característica a clara distinção entre a função de acusar e julgar, de forma que essas ações não devem estar concentradas em uma só pessoa, o que assegura a imparcialidade do juiz, dentre outras garantias processuais.

No sistema acusatório de persecução penal, que é o modelo adotado constitucionalmente, se caracteriza, principalmente, pela clara distinção entre os atos de julgar e acusar, no fato de que a iniciativa probatória deve ser das partes, bem como pela necessidade de um juiz imparcial, alheio à função de investigar e coletar elementos probatórios para o processo (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 43).

O sistema acusatório, portanto, está estritamente ligado à imparcialidade do magistrado, que deve ser uma figura inerte no processo penal, dependendo da provocação das partes.

De acordo com Salah Hassan Khaled Júnior (2010, p. 306):

O que caracteriza um sistema acusatório é a existência de partes e o arbitramento do juiz, que não deveria ir atrás de provas, o que incumbe às referidas partes. A busca pelo verdadeiro não pode suplantar as garantias do réu, pois essa é a característica do processo penal e dos limites que devem ser impostos a busca que ele procede. Em um Estado Democrático de Direito, uma exigência como a verdade não pode ser absoluta: deve encontrar limites.

Dessa forma, o juiz assume a posição de espectador, sem tomar iniciativas probatórias, formando, assim, sua convicção através dos elementos trazidos ao processo penal pelas partes, e preservando a sua imparcialidade (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 94).

O sistema acusatório de persecução penal naturalmente se contrapõe ao sistema inquisitório (ou inquisitivo) de persecução, que possui como características a concentração de toda a persecução penal nas mãos de um só indivíduo (o monarca, que conferia poderes ao juiz), o que nos leva à inexistência de distinção entre as funções de investigar, acusar e julgar. Além do mais, não é possibilitado ao investigado e acusado o contraditório e ampla defesa (não sendo ele um sujeito de direitos e garantias), bem como possui o juiz enorme discricionariedade (NEVES, s/d, p. 08).

Somente em um processo penal acusatório torna-se possível a completa efetivação da imparcialidade do magistrado, garantindo, assim, o respeito ao devido processo e a presunção de inocência. Nesse sentido, por ter sido o sistema de persecução penal eleito pela Constituição Federal, deve-se prevalecer um “sistema de garantias, onde a resposta penal somente deve surgir a partir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade tanto no momento de elaboração da norma quanto no de sua aplicação” (KHALED JÚNIOR, 2010, p. 307).

Assim, possibilitar que o juiz demande, ou seja, aja de ofício, para a obtenção do perfil genético, violaria o sistema acusatório de persecução penal, assim como não é observado a sua imparcialidade no processo penal. Neste caso, entende-se que a regra que permite a atuação de ofício do juiz para a obtenção do perfil genético se contrapõe completamente ao modelo de persecução penal adotado pela Constituição Federal de 1988, conseqüentemente violando a garantia de um devido processo legal.

Segundo Salah Hassan Khaled Júnior (2010, p. 307):

[...] na medida em que a intervenção jurídico-penal implica em restrições a direitos fundamentais (como liberdade e patrimônio) sua aplicação sempre deve ocorrer em conformidade com princípios constitucionais penais e processuais penais que se colocam como limite inegociável à incidência do poder punitivo e que, portanto, devem atingir eficácia para evitar os excessos perniciosos – e ilegais – das práticas punitivas inquisitoriais. É nesse sentido que vem sendo travada luta doutrinária incessante nos últimos anos em busca da afirmação de um direito processual penal pautado pela conformidade constitucional e pela exigência de concretização do sistema acusatório que essa conformidade exige.

Destarte, ao passo em que o sistema acusatório afasta o juiz da iniciativa para produção de provas (com a distinção entre as funções de acusar e julgar), é assegurado o princípio da imparcialidade, assim como a efetivação do

contraditório no processo penal. Ademais, no que diz respeito à utilização dos bancos de dados de perfis genéticos para fins criminais, o princípio do devido processo legal já representa um obstáculo ao poder de punir do Estado, no sentido de que a utilização desses bancos de dados deve estar em conformidade com as garantias constitucionais e processuais, tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo.

4.2 O Direito de não Produzir Prova Contra Si Mesmo ou *Nemo Tenetur Se Detegere*

O direito ao silêncio, uma das facetas do princípio da não autoincriminação, garante ao acusado a possibilidade de se calar, de se omitir, diante dos esforços do Estado em lhe punir, de forma que essa recusa em cooperar com a própria acusação não lhe acarrete qualquer consequência negativa durante o inquérito ou processo.

Consagrado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado”, o princípio da não autoincriminação estabelece que o acusado não será obrigado a cooperar com os esforços da persecução criminal em seu desfavor.

Trata-se de um desdobramento do direito à ampla defesa, em sua forma negativa (direito de defesa negativo), uma vez que o acusado não está obrigado a agir em favor de sua própria condenação.

Segundo Aury Lopes Júnior (2016, p. 447):

Situação complexa é o ranço histórico de tratar o imputado (seja ele réu ou mero suspeito, ainda na fase pré-processual) como um mero “objeto” de provas, ou melhor, o “objeto” do qual deve ser extraída a “verdade” que funda o processo inquisitório. Com a superação dessa coisificação do réu e a assunção de seu status de sujeito de direito, funda-se o mais sagrado de todos os direitos: o direito de não produzir prova contra si mesmo (nada a temer por se deter – *nemo tenetur se detegere*). Desse verdadeiro princípio, desdobram-se importantes vertentes, como o direito de silêncio e a autodefesa negativa.

Em um processo penal constitucional, o acusado tem à si garantido o direito de recusa diante de qualquer ato que tenha a finalidade de auxiliar na sua condenação, entre eles as intervenções corporais, não podendo surgir nenhum

prejuízo processual a partir de sua recusa. Assim, qualquer coleta obrigatória e coercitiva do material genético do acusado que é destinada a auxiliar a persecução penal, implica na conduta de autoincriminação e compromete o direito ao silêncio.

O exame de DNA pode ser decisivo no momento de identificar ou excluir o autor de um delito. Entretanto, sua eficácia depende, em muitos casos, do confronto entre o material biológico encontrado (na cena do crime ou no corpo da vítima) e o material biológico que deve ser obtido de um suspeito de cometer um crime ou de um indivíduo já condenado.

Por essa razão, é importante a diferenciação entre a obtenção do material genético que ocorre diretamente no local dos fatos ou no corpo da vítima, e a obtenção do material genético por meio da intervenção corporal, que, caso seja realizada de maneira coercitiva, poderá violar o princípio da não autoincriminação.

Dessa forma, os bancos de perfis genéticos encontram uma barreira ao se deparar com a recusa do suspeito em fornecer material genético necessário. Se o indivíduo consentir com a intervenção corporal, poderá, sem maiores discussões, haver a coleta do material genético, pois a autodefesa é um direito renunciável, disponível. Os problemas surgem justamente com a recusa do indivíduo em fornecer o material genético.

Enquanto a recusa no processo civil gera a inversão do ônus da prova e a presunção de veracidade dos fatos afirmados, no processo penal há a existência de um obstáculo maior, que é a não autoincriminação e o direito de defesa negativo, o direito de manter-se em silêncio (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 448).

Segundo Taysa Schiocchet (2012, p. 50):

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal necessitam do acesso ao corpo humano ou parte dele, enquanto fonte biológica, para alcançar algum tipo de resultado. Em geral, esse acesso é viabilizado mediante o consentimento informado da pessoa, enquanto expressão da sua vontade. A obtenção da amostra biológica é, assim, a ponte de acesso ao corpo. Nesses casos, é preciso questionar se é devido e adequado utilizar o mesmo enquadramento normativo da disposição corporal, realizado mediante disposição gratuita e operacionalizada pelo consentimento informado, para o campo criminal.

Ocorre que, em razão do fato de os direitos fundamentais não serem absolutos, muito se argumenta sobre a possibilidade de restrição dessas garantias, desde que haja a cuidadosa delimitação das hipóteses e maneiras que essas garantias poderiam ser flexibilizadas e relativizadas no caso em concreto, utilizando-

se do postulado normativo da proporcionalidade para solucionar o conflito entre direitos.

Segundo esse entendimento, para solucionar o conflito de interesses que surge entre os direitos e garantias fundamentais, haveria a possibilidade de recorrer ao postulado normativo da proporcionalidade, aqui entendido como uma norma metódica, que tem por objetivo viabilizar a aplicação das demais normas (regras e princípios).

Por ser a proporcionalidade um método, devem ser observados alguns requisitos para a sua aplicação, o que nos leva às chamadas submáximas (ou testes) de proporcionalidade, que tentam afastar a aplicação do postulado do subjetivismo, sendo, para isso, necessária uma relação de causalidade entre meio e fim (resultado concreto) (ÁVILA, 2005, p. 114, 129/130).

Dessa forma, a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade, tornaria possível resolver o conflito entre direitos por meio da observância de regras (ou subprincípios), denominadas de adequação (se a restrição é adequada ao fim a que se destina), necessidade (se não há outro meio disponível que interfira menos nos direitos fundamentais afetados) e proporcionalidade em sentido estrito (se as vantagens trazidas justificam as restrições) (ÁVILA, 2005, p. 114, 129/130).

Assim, a aplicação do postulado da proporcionalidade, nestes casos, poderia acarretar em um menor subjetivismo na aplicação da lei, de forma que a obtenção do perfil genético não se tornaria uma medida banalizada no processo penal. Dessa forma, por meio da aplicação desses subprincípios, ou seja, sendo realizada a ponderação, haveria uma interferência mínima sobre os direitos fundamentais que venham a colidir entre si.

Isto posto, qualquer forma de coerção pessoal contra o indivíduo só poderia ser tomada em casos excepcionais, de caráter cautelar. Embora direito fundamental e basilar do processo penal, o *nemo tenetur se detegre* não é absoluto, de forma que há na doutrina entendimento favorável à restrição dessa garantia, para que a persecução penal não seja totalmente inviabilizada. Portanto, este princípio só poderia sofrer limitações previstas em lei, limitações essas que deveriam estar pautadas no postulado normativo da proporcionalidade, de forma a não se tornar medida banal e corriqueira (QUEIJO, 2013, p. 08).

Em contrapartida, as intervenções corporais no indivíduo, sem seu consentimento, figura como procedimento invasivo, tratando-se, para parte da

doutrina, de produção de prova ilícita, por ser a não autoincriminação uma garantia fundamental do processo penal (SCHIOCCHET, 2012, p. 55).

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2005, p. 239):

O sujeito passivo encontra-se protegido pela presunção de inocência e a totalidade da carga probatória estará nas mãos do acusador. O direito de defesa, especialmente sob o ponto de vista negativo, não pode ser limitado [...]. Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso.

Dessa forma, o ônus da prova se encontra com o Estado, que tem o objetivo de concretizar seu jus puniendi, sendo uma medida arbitrária e desproporcional do Estado transferir esse ônus para aquele que é tido como suspeito de cometer ou participar de um delito, ou sobre aquele que figura no rol dos culpados e condenados.

Francesco Carnelutti (1950) apud Aury Lopes Júnior (2005, p. 239), indica que o ônus de provar a existência de todos os elementos positivos, bem como a ausência dos elementos negativos do crime, incumbe a quem acusa, de modo que o sujeito passivo não pode ser obrigado a auxiliar a própria acusação.

Tendo repercussão geral reconhecida, o tema dos bancos de perfis genéticos atualmente encontra-se na pauta do Supremo Tribunal Federal para julgamento, por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837, que discute, entre outras questões, se a utilização do perfil genético para fins de persecução penal serviria apenas pra identificar o indivíduo, ou se de fato há a intenção de usar o perfil genético como elemento probatório, de comprovação de autoria, no processo penal, bem como se é ou não constitucional a coleta do material genético para armazenamento em banco de perfis genéticos, em especial no que tange a coleta compulsória deste material (LOUZADA, 2016, s/n).

4.3 O Direito à Privacidade, Intimidade e à Autodeterminação Informacional

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Em relação ao banco de perfis genéticos, a privacidade e a intimidade pressupõem, dentre outras situações, a garantia de sigilo e confidencialidade dos dados extraídos da análise do material

genético, a utilização somente para fim previamente estabelecido (vedação ao compartilhamento dos dados entre órgãos do Estado, por exemplo), bem como restrições à uma vigilância exacerbada do Estado sobre seus cidadãos decorrentes de uso indevido das informações.

O art. 7º da Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª sessão, estabelece que “dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação” (UNESCO, 1997, p. 04).

É direito do indivíduo que teve seu material genético colhido, a garantia de que essas informações serão adequadamente armazenadas, sendo observado o absoluto sigilo dos dados. No mesmo sentido, a Declaração Universal sobre Bioética e Direito Humanos (UNESCO, 2005, p. 08), prevê em seu artigo 9º:

A vida privada das pessoas em causa e a confidencialidade das informações que lhes dizem pessoalmente respeito devem ser respeitadas. Tanto quanto possível, tais informações não devem ser utilizadas ou difundidas para outros fins que não aqueles para que foram coligidos ou consentidos, e devem estar em conformidade com o direito internacional.

Ambas as declarações têm o escopo de estabelecer diretrizes aos Estados no que diz respeito ao manuseamento dos dados genéticos colhidos e armazenados em bancos de dados. Ainda que ambas não tenham abordado de forma específica o uso do material genético na persecução penal, elas deixam evidente a intenção de resguardar os direitos e garantias do indivíduo frente às manipulações do seu material genético pelo Estado. Assim, é essencial que sejam mantidos o sigilo e privacidade dos dados, de modo a prevenir qualquer uso indevido destes (KLEIN, 2013, p. 21).

O DNA (ou ADN, em português) se divide em uma parte codificante e uma parte não-codificante. A parte codificante do DNA pode revelar informações importantes a respeito do histórico genético de uma pessoa como, por exemplo, a inclinação à certas doenças. Já a parte não-codificante, de onde são obtidos os perfis genéticos, são capazes de definir o sexo biológico, por exemplo, mas não são capazes de apresentar informações específicas sobre o indivíduo (SCHIOCCHET, 2012, p. 27/28).

Nesse sentido, Jacques e Minervino (2008, p. 19), explicam que:

[...] é preciso que fique clara a distinção entre o DNA (uma molécula que contém muitas informações) e o perfil genético (uma pequena informação extraída do DNA). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, obtido a partir das regiões não-codificantes do DNA é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização. [...] Para garantir que não se faça uso indevido das informações genéticas armazenadas em bancos de dados, basta que essas informações não permitam isso. Deve ser armazenado, eletronicamente, somente o perfil genético, que não contém informações suscetíveis à discriminação genética.

Dessa forma, e de modo a resguardar a privacidade daquele que eventualmente venha a ter seu perfil genético em um banco de dados, essas informações devem ser retiradas do trecho não-codificante da molécula de DNA, de modo a ser suficiente apenas para individualizar o indivíduo, sem expor suas características genéticas mais específicas.

Entretanto, apesar de, atualmente, a ciência apontar para essa diferenciação entre parte codificante e parte não codificante do DNA, há estudiosos que argumentam que essa distinção é falaciosa e não reflete a realidade, uma vez que mesmo a parte não-codificante do DNA poderia revelar as informações mais específicas e particulares de um indivíduo (SCHIOCCHET, 2012, p. 28).

Quanto à prática de obtenção do perfil genético por meio da coleta de sangue, esta é considerada invasiva, de modo que, para que o direito a inviolabilidade física do indivíduo seja respeitado, a punção do material sanguíneo não seria a maneira mais adequada para coletar a amostra genética. Dessa forma, outros métodos deveriam ser utilizados, como o esfregaço na parte interna da bochecha, um procedimento que não é considerado invasivo e que é completamente indolor (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 20).

Tal entendimento é validado pela Resolução nº 3 de 2014 (do Comitê Gestor da RIBPG), no parágrafo § 2º de seu artigo 2º, ao mencionar que para a obtenção do perfil genético “não devem ser utilizadas as técnicas de coleta de sangue”.

A garantia da autodeterminação, por sua vez, pode ser definida como a capacidade de o indivíduo controlar a utilização e alcance de seus dados, inclusive por parte do Estado, bem como evitar desvios de finalidade de dados pessoais pelas instituições públicas. Seria uma espécie de controle externo da utilização das

informações genéticas obtidos do indivíduo, para que os órgãos responsáveis pelo armazenamento das informações estejam comprometidos com a proteção destes dados (NAVARRO, 2011, p. 26/27).

A autodeterminação informacional ainda perpassa pela questão do prazo de armazenamento dos dados nos bancos de perfis genéticos, assunto que ainda não foi bem delineado pelo legislador, que não definiu a quantidade de tempo em que o material genético deverá ficar armazenado no banco de dados.

O artigo 7º-A da Lei 12.037/2009, ao regulamentar a situação dos suspeitos de cometer delitos que tiveram seu DNA colhido, estabelece que “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.

No caso de extração do material genético de suspeitos, haveria uma “vinculação causal” entre o material genético e aquele caso em específico, de forma que a prova genética poderia ser utilizada somente naquele caso em concreto, e até que o delito em questão viesse a prescrever. Nesse caso, poderia também ser aplicado, por analogia, o artigo 7º da Lei 12.037/2009, devendo ser possível ao acusado solicitar a retirada do seu perfil genético do banco de dados ao qual foi inserido, caso a denúncia não tenha sido oferecida, tenha sido rejeitada ou ele tenha sido absolvido, pois “não se justifica que nessas situações se constranja alguém a figurar eternamente no banco de dados genéticos” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 06).

Por outro lado, o legislador silenciou-se completamente a respeito do prazo para exclusão do perfil genético do indivíduo já condenado e que foi submetido à extração do seu material genético, conforme o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal (Lei no 7.210/1984).

Sobre o prazo de exclusão do perfil genético nesta hipótese não estabelecida em lei, afirma Maria Elizabeth Queijo (2013, p. 08):

É certo que, diante da dicção do art. 7º-A da Lei 12.037/2009, com redação da Lei 12.654/2012, é possível sustentar que tal exclusão, também para os condenados, ocorrerá no término do prazo prescricional para o delito. [...] Considerando que a condenação foi o critério determinante para a coleta do material genético, no caso, até por coerência, o prazo a ser observado para exclusão do perfil genético do banco de dados haverá de ser o dia da prescrição da pretensão executória.

Entretanto, ainda que se leve em consideração o prazo da prescrição executória, a exclusão dos dados ocorrerá somente após o término da execução da

pena, de modo que a punição se estenderá para além da pena imposta, ferindo a dignidade deste indivíduo (QUEIJO, 2013, p. 08).

Em contrapartida, sobre a omissão da lei quanto ao tempo de armazenamento do perfil genético nos casos de colheita do DNA de indivíduos já apenados, argumenta Aury Lopes Júnior (2012, p. 06) que, por analogia ao instituto da “reabilitação” (artigo 93 do Código Penal), a retirada do perfil genético do condenado poderia ocorrer após dois anos do dia em que a pena for extinta ou quando terminar a sua execução.

Destarte, o direito fundamental à autodeterminação informativa, que englobaria os direitos a intimidade e privacidade (proteção de dados pessoais obtidos pelo Estado), bem como princípios da dignidade da pessoa humana, sigilo de comunicações, entre outros, surgiu como um instrumento de proteção do cidadão contra qualquer desvio de finalidade das informações, tratamento ou manipulação, e comunicação de dados pessoais por parte de instituições públicas (NAVARRO, 2001, p. 17).

Assim, ao gerenciar os dados genéticos captados de um indivíduo, o Estado tem a responsabilidade de agir com cautela durante a manipulação e armazenamento das informações, estando vedada a utilização dos dados para qualquer fim que não o estabelecido em lei, bem como garantido o total sigilo das informações coletadas por meio da análise do material genético.

4.4 Bancos de Dados de Perfis Genéticos no Direito Comparado

O primeiro banco de dados de perfis genéticos foi criado no Reino Unido, em 1995, sendo denominado Base Nacional de Dados de DNA do Reino Unido (United Kingdom National DNA Database). Posteriormente, em 2001, foi criado o Criminal Justice and Police Act, que, além de conceder poderes mais amplos à polícia, permitiu que o material genético fosse coletado do indivíduo que praticasse qualquer tipo de delito (SCHIOCCHET, 2012, p. 37).

O maior banco de dados de perfis genéticos existente, a National DNA Database (NDNAD), possuía, em 2006, mais de 3 milhões de perfis genéticos em seu sistema, segundo o Gabinete de Ciência e Tecnologia britânico. Por outro lado, de acordo com o relatório anual do Forensic Science Service, de 2004, a probabilidade de um perfil coletado na cena do crime ser confrontado com perfis já

armazenados na base de dados seria de 45%, ao passo que em menos de 1% dos casos há sucesso em relação aos crimes apurados (HENRIQUES; SEQUEIROS, 2007, p. 14/15).

Na Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em 2008, foi discutido o caso *S. e Marper versus The United Kingdom*, que tratou do tempo adequado de armazenamento dos perfis genéticos no banco de dados em vigor no Reino Unido. O caso se pautou no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (UNIÃO EUROPÉIA, 1950, p. 11), que trata do “direito ao respeito pela vida privada e familiar”:

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Neste julgamento, a Corte decidiu que o armazenamento do perfil genético no banco de dados, por prazo indeterminado, implicaria em uma violação ao direito fundamental a privacidade, violando, assim, o artigo 8º da supracitada Convenção.

Devido ao julgamento, o Home Office, departamento do governo inglês, em 2009, estudou a possibilidade de expandir os prazos de armazenamento dos materiais genéticos no banco de dados para doze anos nos casos de crimes grave, e seis anos para os demais delitos (SCHIOCCHET, 2012, p. 38).

É feita ainda uma crítica ao banco de dados genéticos utilizado pela Inglaterra, pois este seria mais um instrumento de discriminação racial, pois de cada 4 jovens negros, 3 possuem seus dados genéticos registrados no banco de dados, situação que não encontra seu equivalente quando a quantidade de dados genéticos da população branca do país é analisada (HENRIQUES; SEQUEIROS, 2007, p. 25).

Os Estados Unidos, por sua vez, por meio do FBI (Federal Bureau of Investigation) criou um software denominado CODIS (Combined DNA Index System), que consiste no conjunto de bancos de dados de perfis genéticos coletados em todo o país (locais, estaduais e federais), uma vez que todos os cinquenta estados participam de forma efetiva na plataforma. Além do banco de

dados nacional, cada estado possui um banco de dados específico, denominado de State DNA Index System, bem como também existem os bancos de dados “locais”, de modo que os perfis genéticos coletados a esse nível podem ser transmitidos para âmbito estadual e nacional (GODINHO, 2014, p. 24/25).

Afirma-se que entre os anos de 2009 e 2013, o número de perfis genéticos de criminosos aumentou 40%, e que o sucesso em investigações criminais aumentou em torno de 55%, o que seria atribuído ao comprometimento dos laboratórios em inserir nos banco de dados informações genéticas colhidas em locais de crimes e os perfis genéticos de indivíduos condenados por eventuais delitos (GODINHO, 2014, p. 24/25).

Entretanto, apesar do vasto banco de dados genéticos, há divergências entre os juízes norte-americanos acerca da coleta de perfil biológico para o armazenamento em bancos de dados, no que se refere à constitucionalidade da lei de DNA vigente no país.

No caso *United States of America versus Thomas Cameron Kincade*, o apelante foi condenado a noventa e sete meses por roubo, cumulados com três anos de liberdade supervisionada, sendo uma das condições estabelecidas o fornecimento do seu material genético. Por não ter concordado com a condição imposta, o indivíduo teve a liberdade condicional violada, assim como foi obrigado a fornecer seu DNA ao Estado (LAIDANE, 2014, s/n).

Neste caso, onde o apenado foi obrigado a fornecer seu material genético para o banco de dados, um dos juízes (Stephen R. Reinhardt), acompanhado pelo voto de outros três magistrados, entendeu que a lei de DNA é inconstitucional por, entre outras razões expostas em seu voto, promover violações à privacidade, integridade física e inviolabilidade das pessoas sobre seus corpos (LAIDANE, 2014, s/n).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2013, julgou a constitucionalidade da coleta de material biológico no caso que ficou conhecido como *Maryland versus King*. Após ser detido por cometer o delito de ameaça, o perfil genético de King foi inserido no banco de dados genéticos do sistema de justiça, tendo o programa demonstrado a compatibilidade entre o seu perfil genético e uma amostra genética coletada a partir de um crime sexual ocorrido em 2003, sendo o indivíduo condenado em razão de sua identificação como responsável pelo crime de estupro cometido uma década antes (GARRIDO; RODRIGUES, 2015, s/n).

Na Espanha, para regulamentar o uso de bancos de dados genéticos a serviço da persecução penal, criou-se a Lei nº 10, em 2007, que em seu texto prevê que serão armazenadas no banco de dados as amostras genéticas de suspeitos, presos ou acusados por crimes graves, ou em qualquer caso, quando for afetada a integridade física, liberdade sexual, patrimônio, ou houver envolvimento de crime organizado.

A referida lei prevê, ainda, a possibilidade de compartilhamento internacional das informações coletadas, bem como a possibilidade de cancelamento ou acesso aos dados. Houve, ainda, a criação da *Comisión Nacional para el uso forense de ADN* (CNUFADN), um grupo composto por profissionais do âmbito técnico, jurídico e ético, responsáveis por promover discussões sobre normas de padronização, critérios para autorização de pessoas responsáveis pela análise do material genético nos laboratórios, entre outras. Os laboratórios que farão as análises devem ainda estar credenciados junto à referida comissão (SCHIOCCHET, 2012, p. 38/39).

Para a lei espanhola, não é necessário o consentimento o indivíduo para que o material genético obtido no local do crime ou em objetos de sua propriedade possa ser inserido no banco de dados. Mas, se a amostra genética for diretamente coletada de seu corpo, seu consentimento será necessário e, caso ele não consinta com tal medida, poderá haver autorização judicial para tanto (GIACOIA; HAMMERSCHMIDT, s/d, p. 09).

Ademais, o acesso aos dados genéticos contidos no banco de dados espanhol é restrito aos “Corpos Policiais”, membros do Ministério Público e autoridades judiciárias, e o material genético (em seu aspecto físico e orgânico) permanece em mãos de autoridades governamentais. Entretanto, a lei prevê que os dados poderão ser concedidos à outros organismos, em situações excepcionais e expressamente previstas em seu texto (GIACOIA; HAMMERSCHMIDT, s/d, p. 11-12).

Em Portugal, a lei que regulamenta os bancos de perfis genéticos é a Lei nº 5/2008. Previsão interessante deste texto legal é a expressa proibição do legislador, em seu artigo 38º, de que alguém seja condenado com base apenas em um exame de DNA. No mais, as inserções de perfis genéricos no banco de dados português pode ocorrer de duas maneiras, quais sejam, de modo voluntário ou

mediante ordem judicial, em casos de indivíduos condenados a penas superiores a três anos (SCHIOCCHET, 2012, p. 39).

O relator do Recurso Extraordinário nº 973.837, o ministro Gilmar Mendes, citou em sua manifestação no acórdão que reconheceu, por unanimidade, a repercussão geral da matéria, demandas em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também julgou questões acerca do tema em determinadas ocasiões.

No caso Van der Velden versus Holanda, o tribunal decidiu que a utilização do método de esfregaço na parte interna das bochechas é um método invasivo, que viola o direito à privacidade. Ademais, outra questão relevante abordada no caso, foi a decisão de que a utilização do material biológico não seria apenas uma forma de identificação, uma vez que esse método é plenamente capaz de demonstrar características pessoais do indivíduo. Contudo, em Van der Velden versus Holanda, o tribunal decidiu que nos casos de coleta do material genético de indivíduos já condenados, este método seria proporcional e razoável, pois a finalidade seria prevenir e investigar delitos (GALLI, 2016, s/n).

Em contrapartida, a decisão proferida no caso Peruzzo e Martens versus Alemanha considerou que a manutenção de dados genéticos em bancos de dados, de indivíduos condenados por delitos graves, não violaria a privacidade individual (Acórdão no RE nº 973.837, DJE nº 217, de 11-10-2016).

Sabe-se que cerca de quarenta e um países adotam os bancos de perfis genéticos com a finalidade de utilizá-los em processos criminais, tendo seu uso regulamentado em lei (GODINHO, 2014, p. 25). Os entendimentos são vários, com Tribunais e Cortes com posicionamentos divergentes, ora acolhendo a medida (porém, não sem fazer uma abordagem crítica da sua aplicação, como no caso Van der Velden versus Holanda), ora julgando-a desproporcional e violadora de direitos. Contudo, em muitos dos casos, há a evidente preocupação em promover discussões acerca dos cuidados necessários para que seja mantida a idoneidade do material genético (vide o conceito de cadeia de custódia), bem como sobre os direitos fundamentais que envolvem o tema.

5 CONCLUSÃO

Diante das discussões que envolvem as possíveis violações aos direitos e garantias fundamentais em um processo penal constitucional, com a criação de um banco de dados de perfis genéticos, em especial no que diz respeito ao devido processo legal e o direito de não produzir prova contra si mesmo, pode-se observar o potencial que a utilização do perfil genético, na seara criminal, tem de lesionar os direitos fundamentais do cidadão.

Desde a coleta do material genético, passando por sua manipulação, até seu armazenamento nos bancos de dados, devem ser observadas uma série de medidas de segurança, que visam assegurar a qualidade e idoneidade do material genético que eventualmente poderá ser utilizado no processo penal.

Ademais, a própria gestão do sistema responsável pelo armazenamento dos perfis genéticos deve ser levada em consideração, uma vez que a ausência de procedimentos de segurança adequados podem dar margem ao manuseamento inadequado do material, conseqüentemente comprometendo o próprio processo.

Importante ressaltar, que resta comprovado que o exame genético não é ferramenta infalível, devendo ser considerada em conjunto com outros elementos probatórios contidos no processo, de modo que eventual condenação não poderá ser respaldada tão somente no resultado deste exame. Dessa forma, o magistrado deve analisar todos os elementos a seu alcance, para que possa proferir seu julgamento, desvinculando-se da falsa noção de infalibilidade do exame de DNA.

Ainda quanto à conduta do magistrado, no que tange ao uso dos bancos de perfis genéticos durante a persecução penal, tem-se que a possibilidade de o juiz, de ofício, requerer a obtenção do perfil genético de um suspeito, se contrapõe ao modelo acusatório de persecução penal estabelecido pela Constituição Federal de 1988, bem como o princípio da imparcialidade do juiz, não sendo a ele permitido que atue em favor da produção de provas que possam servir à acusação, em um caso que por ele será julgado.

Percebe-se que a lei de fato tem o intuito de utilizar o material genético coletado para fins de prova no processo penal, e não somente como meio de identificação. A partir dessa premissa, surge a possibilidade de recusa do indivíduo em ter seu material genético extraído de si (hipóteses em que o material biológico

não é encontrado no local do delito e objetos ou no corpo da vítima), uma vez que fornecer material biológico à persecução penal pode significar produzir prova contra si mesmo.

Sabe-se que o direito de defesa é renunciável, de modo que o indivíduo pode, voluntariamente, oferecer seu material genético à persecução. Porém, uma das problemáticas surgem quando este indivíduo recusa-se a fornecer o material biológico. Nesse sentido, discute-se sobre a possibilidade de restrições ao direito da não autoincriminação, mediante restrições previamente estabelecidas em lei e pautadas no postulado normativo da proporcionalidade.

Entretanto, apesar da eficácia que a utilização do material genético possa oferecer ao processo penal, não se deve, de modo algum, ser descartado o papel que os direitos fundamentais possuem nesta discussão, uma vez que estes direitos, muitas vezes, são comprometidos quando tratamos da obtenção do material genético e seu uso como prova no processo penal, especialmente no que tange à obrigatoriedade ou não de sua coleta.

Ao tratar da coleta do material genético, a própria resolução nº 3/2014, do Comitê Gestor da RIBPG, apresenta divergências, ora tratando da coleta compulsória, ora admitindo a recusa do indivíduo em se submeter à coleta de seu material biológico, devendo esta recusa ser consignada em documento próprio, segundo disposição da aludida resolução. Nesse sentido, diante de tal entendimento restritivo, mais coerente seria a impossibilidade da coleta coercitiva do material genético para fins criminais.

A Rede Integrada dos Bancos de Perfis Genéticos demonstra que uma das principais utilidades destes bancos de dados seria o combate à impunidade dos crimes sexuais. Contudo, a maioria destes crimes é cometida por indivíduos próximos à convivência familiar e cotidiana da vítima, de modo que a identidade do criminoso já é conhecida, sem que haja a necessidade do uso dos bancos de dados genéticos.

Dessa forma, tem-se que o uso dos bancos de perfis genéticos, apesar de útil, não está necessariamente relacionada a uma considerável redução das taxas de criminalidade, uma vez que deve ser levado em conta que a criminalidade brasileira perpassa por complexas questões de segurança pública, como a violência gerada pela “guerra às drogas” e a violência urbana.

Não obstante ser uma medida capaz de auxiliar grandemente o processo penal (desde que observada a necessária cadeia de custódia da prova), desde a identificação criminal até a prova de autoria delitiva ou inocência de um acusado pelo Estado, os bancos de perfis genéticos encontra uma barreira sólida nos direitos e garantias fundamentais (devido processo legal, não autoincriminação, privacidade, entre outros), que servem de limitador para uma possível arbitrariedade do Estado em relação aos seus cidadãos.

Aliás, a própria garantia do devido processo legal, por si só, já representa um limitador ao jus puniendi do Estado, pois as normas que regulamentam os bancos de dados devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, tanto na sua forma quanto em seu conteúdo.

Assim, diante das possíveis contribuições e benefícios que as novas tecnologias podem oferecer ao direito, bem como a necessidade de se construir e manter um processo penal que respeite as garantias fundamentais (legitimando sua própria existência), faz-se necessário encontrar uma maneira de harmonizar o uso dos bancos de perfis genéticos no âmbito criminal, que já estão em funcionamento, com os direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFERES, Eduardo Henrique. **Lei nº 12.037/09: novamente a velha identificação criminal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2554, 29 jun. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/15124>. Acesso em: 16 Ago. 2016.

ALMEIDA JÚNIOR, A. de; COSTA JÚNIOR, J. B. de Oliveira e. **Lições de medicina legal**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROS, Marco Antônio. **DNA e sua utilização como prova no processo penal**. 2015. Disponível em: http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.DNA.Prova.Marco.Antonio.Barros.pdf. Acesso em: 18 Jul. 2016.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. São Paulo: APMP, 2005.

_____. **Aspectos técnicos, éticos e Jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/fr.php>. Acesso em: 20 Abr. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Decreto nº 7.950/13**. Brasília: Senado, 2013.

_____. Ministério da Justiça. **IV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/iv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-maio-2016.pdf>. Acesso em: 30 Ago. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**, 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amostras-e-ja-auxiliou-71-investigacoes-no-brasil/relatorio_ribpg_nov_2014.pdf. Acesso em: 08 Mar. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Resolução nº 3, de 26 de março de 2014**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/resolucoes/resolucao3-coleta_12654.pdf. Acesso em: 24 Jul. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Resolução nº 5, de 29 de maio de 2014**. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_26037233_RESOLUCAO_N_5_DE_29_DE_MAIO_DE_2014.aspx. Acesso em: 14 Out. 2016.

_____. Ministério da Justiça. **Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://bibspi.planejamento.gov.br/handle/iditem/300>. Acesso em: 30 Ago. 2016.

_____. Lei 7.210/84. **Lei de Execução Penal**. Brasília: Senado, 1984.

_____. Lei 12.037/09. **Lei de Identificação Criminal**. Brasília: Senado, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837/MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico nº 217, de 11-10-2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=973837&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 16 Out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Criminal nº 0008635-40.2010.8.07.0004**. Rel. Des. João Batista Teixeira. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=688819. Acesso em: 28 Set. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao resultado do “exame de ADN”?** Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3f13dc31-9052-4471-81db-b0a972d52345. Acesso em: 29 Ago. 2016.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica_diest11.pdf. Acesso em: 30 Ago. 2016.

COGAN, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. **Processo Penal Constitucional: uma análise principiológica**. Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/Sociedade/ArtigosView.aspx?ID=2879>. Acesso em: 01 out. 2016.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina legal I**. São Paulo: Saraiva, 2009

DIAS, Adalgisa de Oliveira Silva. **Violência contra a mulher: Opressão e Omissão. Um Grito de Liberdade**. Disponível em: <http://adalgisaoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/339915300/violencia-contra-a-mulher-opressao-e-omissao-um-grito-de-liberdade>. Acesso em: 30 Ago. 2016.

FIGUEIREDO, André Luís dos Santos; PARADELA, Eduardo Ribeiro. **Bancos de dados de DNA: Uma ferramenta investigativa útil.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 32, ago. 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1235. Acesso em: 13 Abr. 2016.

GALLI, Marcelo. **STF julgará a constitucionalidade dos bancos genéticos de condenados.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-17/stf-julgara-constitucionalidade-bancos-geneticos-condenados>. Acesso em: 16 Out. 2016.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos processos de identificação humana: das características antropométricas ao DNA.** *Genética na Escola*, Vol. 4, nº 2, 2009. Disponível em: <http://www.geneticanaescola.com.br/#!/volume-4---n-2/c1ehk>. Acesso em: 11 Ago. 2016.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654.** *Revista de Bioética y Derecho*, versão *online*, nº 35, Barcelona, 2015. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015003300009. Acesso em: 14 Out. 2016.

GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise. **Banco de perfis genéticos dos criminosos: tratamento normativo na lei espanhola e na lei brasileira.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cea559c47e4fbdb>. Acesso em 04 Out. 2016.

GODINHO, Neide Maria de Oliveira. **Bancos de Dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça.** *Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública (REBESP)*, Goiânia, v. 7, n. 2, p. 20-30, 2014. Disponível em: <http://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebsp/article/viewFile/193/82>. Acesso em: 04 out. 2016.

HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. **Relatório sobre o Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de A.D.N.** Portugal. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Presidência do Conselho de Ministros, 2007. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328_Relatorio_base_dados_perfis_ADN.pdf. Acesso em: 04 Out. 2016.

HOPE, Christopher. **Crimes solved by DNA evidence fall despite millions being added to database.** *The Telegraph*. Inglaterra, 10 nov. 2008. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/3418649/Crimes-solved-by-DNA-evidence-fall-despite-millions-being-added-to-database.html>. Acesso em: 02 Out. 2016.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **O Sistema Processual Penal brasileiro: Acusatório, misto ou inquisitório?** Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513>. Acesso em: 03 Out. 2016.

KLEIN, Aline Guedes. **A identificação criminal na Lei 12.654/12:** Aspectos Constitucionais acerca da criação dos Bancos de Dados de Perfis Genéticos. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/a-identificacao-criminal-na-lei-12.654.pdf>. Acesso em 03 Out. 2016.

L Aidane, Carolina Franco Rodrigues. **Banco de dados de criminosos:** a lição norte-americana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 131, dez 2014. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15542&revista_caderno=27. Acesso em: 04 Out. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 30 Ago. 2016.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?** Boletim IBCCrim, ano 20, nº 236, julho/2012.

LOUZADA, Luiza. **Supremo e os bancos de perfis genéticos para investigação criminal**. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/supremo-e-os-bancos-de-perfis-geneticos-para-investigacao-criminal>. Acesso em: 03 Out. 2016.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf. Acesso em: 17 Ago. 2016.

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

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>. Acesso em: 27 Ago. 2016.

MOUTINHO, Sofia. **À caça de evidências**. Revista Ciência Hoje. Edição 28, Maio 2011, p. 25. Disponível em: http://www.cienciahoje.org.br/revista/materia/id/505/n/a_caca_de_evidencias. Acesso em: 17 Abr. 2016.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito fundamental à autodeterminação informativa**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>. Acesso em: 03 Out. 2016.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Sistemas Processuais Penais**. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2924/2116>. Acesso em: 04 Out. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: RT, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2016.

PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal**. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf. Acesso em: 17 Ago. 2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?** Boletim IBCCrim, ano 21, nº 250, setembro/2013.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. **A identificação criminal**. São Paulo: RT, 2003.

SCHIOCCHET, Taysa et alli. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/Volume-4311.pdf>. Acesso em: 25 Abr. 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem** (Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais), 1950. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 04 Out. 2016.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direito Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 03 Out. 2016.

_____. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.** Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ue000055.pdf>. Acesso em: 03 Out. 2016.