

A utilização de bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução penal

Camila Fernanda Oliveira da SILVA¹
Fernanda de Matos Lima MADRID²

Resumo: O presente artigo 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. Passamos então para uma abordagem constitucional do processo penal, analisando a coleta do perfil genético sob o prisma dos direitos constitucionais e processuais. Conclui-se que para a aplicação de um processo penal que busque a concretização dos direitos fundamentais, é necessária a observação ao postulado normativo da proporcionalidade ao se utilizar do perfil genético no processo penal.

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

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. oliveirascmila@gmail.com

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Advogada criminalista.

Abstract:The present article has the intention to analyse the utilization of a genetic database as an instrument of the criminal identification, established by the 12.654/12 Law and the 7.950/13 Decree. It's made a distinction between identity – a group of elements that characterize a person – and identification – a technical procedure that is responsible for checking the elements that constitute the identity, also showing the species of criminal identification and it's fundamentals. It's made a brief statement of the utility of genetic database, namely the identification of aid bodies, missing persons and the resolving of criminal cases, analysing the situations in which the extraction of genetic material will be possible according to the 12.654/12 Law. Then we treat the reliability and the valuation given to DNA testing in criminal proceedings, analyzing the procedure that must be observed to maintain the integrity of the biological material – according to the concept of chain of custody – and it's effectiveness, with the DNA test has to be considered in conjunction with other elements brought to the trial, since, although it is a useful tool, it is not a foolproof method. Then we move to a constitutional approach to criminal proceedings, analyzing the extraction of the genetic profile from the perspective of constitutional rights. We conclude that for the application of criminal proceedings that seeks the realization of fundamental rights, it's necessary the observation of the principle of proportionality as a normative postulate when using the genetic profile in criminal trials.

Keywords: Criminal identification. DNA test. Genetic database.

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.

Nesse sentido, a genética tem sido responsável por inúmeras descobertas e novas possibilidades, entre eles 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.

Assim, o exame de DNA (ou ADN, em português), 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.

Passou a prever a possibilidade de obtenção do perfil genético a Lei 12.654 de 28 de maio de 2012, ao permitir a obtenção do perfil genético durante as investigações policiais, além da obtenção do perfil genético do indivíduo condenado por crime doloso praticado com violência contra pessoa ou qualquer dos crimes hediondos.

Muito se discute, também, 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. Ou seja, devem ser tomadas uma série de cuidados antes, durante e depois da coleta do perfil genético, a fim de preservar o perfil genético coletado.

Dessa forma, para que a idoneidade do exame de DNA seja mantida, criou-se o conceito de cadeia de custódia, sendo estabelecido todo um processo capaz de supervisionar o material genético e impedir que este não possa servir a sua finalidade, que é a identificação criminal.

Contudo, apesar de ser o DNA uma ferramenta que repercute de forma positiva no âmbito jurídico, especialmente na resolução de casos penais, e de ser uma ferramenta amplamente usada e regulamentada por muitos países, o seu uso indiscriminado pode implicar na violação de diversos direitos e garantias fundamentais, entre eles o princípio da não autoincriminação e a garantia de um devido processo legal.

Assim, o objetivo da presente pesquisa, além de apresentar os fundamentos da identificação criminal e o perfil genético como um dos meios de identificação, é tratar do tema sob a perspectiva de um direito processual capaz de concretizar os direitos e garantias individuais.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, de forma que a técnica de pesquisa consistiu na leitura de livros e artigos relacionados ao tema tratado.

2. ASPECTOS GERAIS DA IDENTIFICAÇÃO

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 identificação

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 (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.

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).

Em razão da vida em sociedade e do convívio com outros inúmeros indivíduos, o ser humano tem a necessidade de ser reconhecido como único perante seus semelhantes.

Com o surgimento de vínculos mais complexos entre as pessoas, os métodos de identificação são capazes de conferir segurança jurídica a essas relações.

Assim, 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.

2.2 Fundamentos da identificação e espécies de identificação criminal

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, 1973, p. 23), quais seja unicidade, imutabilidade, praticabilidade e classificabilidade.

A identidade, segundo Mario Sérgio Sobrinho (2003, p. 185):

[...] 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 traços, 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.

A identificação criminal, por ser medida subsidiária, será cabível apenas quando a identificação civil não for considerada suficiente, nas hipóteses previstas em lei.

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 (12.037/09), a identificação criminal é gênero que tem como espécies 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. O 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 (a exemplo, os artesãos e pedreiros).

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 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.

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

3 IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA E UTILIDADES DO BANCO 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, através 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).

Porém, a maior utilidade dos bancos de perfis genéticos é no que diz respeito aos crimes contra pessoas, tendo os bancos de perfis genéticos a finalidade de auxiliar nas investigações criminais.

Através dos vestígios biológicos coletos 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 aplicação da pena.

Nesse 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 (2014, p. 113):

[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 investigado e a do condenado.

Durante a fase de investigação, a coleta do material genético tem a finalidade de obtenção de prova para 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 A identificação criminal na fase investigatória

No que diz respeito à coleta do material durante as investigações, 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, IV: “quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, sendo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”.

Trata-se, portanto, de hipótese em que a coleta do perfil genético obtido na cena do crime é essencial para o andamento das investigações. Entretanto, é necessário que o pedido para a coleta do material genético seja fundamentado, devendo ser demonstrada a necessidade de obtenção do perfil genético.

Segundo Aury Lopes Júnior (2014, p. 679):

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, é necessária a autorização judicial. Ocorre que além da previsão de representação da autoridade policial e requerimento do Ministério Público, a lei também prevê 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. Dessa forma, é incongruente possibilitar ao juiz analisar a real necessidade de tal medida, uma vez que a seara investigatória lhe é completamente estranha.

3.2 A identificação criminal do apenado

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-A³. 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.

Neste caso, não há a necessidade de autorização judicial para a obtenção do material genético. Entretanto, caso a autoridade policial queira ter acesso a esse banco de dados, a autorização judicial será necessária (LIMA, 2014, p. 116).

³ Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 2º. A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

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, além de ser possível a comparação entre elas e 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.

Entretanto, conforme dispõe o 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.

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 a 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, evitando, assim, uma possível contaminação que pode ocorrer através do contato da amostra coletada com outros materiais, orgânicos ou inorgânicos, presentes do 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 desse material.

Com o intuito de acompanhar e fiscalizar todos esses procedimentos, garantindo sua integridade e eficácia, surgiu o conceito de “cadeia de custódia”.

Segundo Norma Sueli Bonaccorso (2005, p. 60):

A cadeia de custódia se refere à documentação que serve para o rastreamento da amostra, através da demonstração de todos os passos por ela percorridos. Este conceito surgiu tendo em vista que vestígios ou indícios podem ser usados em juízo para a condenação de pessoas pela prática de crimes e, por isto, devem ser assegurados, de forma escrupulosa, os cuidados para se evitar alegações tardias que possam alterar ou comprometer a argumentação da acusação ou da defesa.

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.

Segundo André Smarra, biólogo e perito judicial, o 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).

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

Assim, não deve ser conferido à prova pericial de DNA um valor absoluto. É necessária a confrontação desse meio de prova com outros elementos probatórios contidos no processo. Ou seja, o magistrado, ao valorar a prova através da persuasão racional, deve considerar a prova de DNA em conjunto com as demais provas ao seu alcance.

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 estritamente delimitada pelos direitos fundamentais, evitando, assim, a adoção de um sistema inquisitório e arbitrário.

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

4.1 O devido processo legal e o modelo acusatório de persecução penal

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:

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.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 66), o devido processo legal 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*).

Assim, 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.

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 (2014, p. 36):

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. Nesse sentido, o modelo acusatório está estritamente ligado a imparcialidade do magistrado, que deve ser uma figura inerte no processo penal, dependendo da provocação das partes.

Desse modo, conferir poderes instrutórios ao juiz viola a noção de um modelo acusatório que busca a devida separação entre as funções de acusar e julgar.

No sistema acusatório o juiz assume a posição de espectador, sem tomar iniciativas probatórias, formando, assim, sua convicção através dos elementos trazidos ao processo penal partes, e não aqueles buscados por ele, parte imparcial (LOPES JR., 2014, p. 580).

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.

Assim, 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 dos bancos de dados deve estar em conformidade com as garantias constitucionais e processuais, tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo.

Importante também a obediência a um sistema acusatório, não devendo o juiz solicitar de ofício a obtenção do perfil genético, sendo observada a sua imparcialidade do processo penal. Neste caso, entende-se que a regra que permite a atuação de ofício do juiz para a obtenção do perfil genético viola totalmente a imparcialidade do juiz e, por consequência, o devido processo legal.

4.2 O direito de não produzir prova contra si mesmo ou princípio do *nemo tenetur se detegere*

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 de produção de prova no processo

Uma das facetas do princípio da não autoincriminação, o direito ao silêncio 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.

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 (2014, p. 674):

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 a 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 e o material biológico que deve ser obtido do suspeito de cometer um delito.

Nesse sentido, 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 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. Assim, o ônus da prova se encontra com o Estado, que tem o objetivo de concretizar seu *jus puniendi* (LOPES JR., 2014, p. 675).

Contudo, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo, com a devida cautela, serem restringidos em situações específicas. Assim, com o surgimento da Lei 12.654/12 tornou-se possível a coleta compulsória do material genético, ou seja, aquela obtida sem o consentimento do suspeito.

Dessa forma, devem ser cuidadosamente delimitadas as hipóteses e maneiras que essas garantias poderão ser flexibilizadas e relativizadas no caso em concreto, utilizando-se do postulado normativo da proporcionalidade para solucionar o conflito entre direitos.

CONCLUSÃO

Diante das discussões que envolvem as possíveis violações aos direitos e garantias fundamentais de 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 para fins de persecução penal tem de lesionar os direitos fundamentais do cidadão.

Dessa forma, para solucionar esse conflito de interesses que surge entre os direitos e garantias fundamentais, entre eles o direito à segurança pública, podemos nos recorrer ao postulado normativo da proporcionalidade, aqui entendido como uma norma metódica, que tem por objetivo viabilizar a aplicação das demais normas.

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*, idealizadas por Robert Alexy, que tentam objetivar a aplicação desse postulado normativo e afastar a sua aplicação do subjetivismo.

Nesse sentido, por meio da observância das regras (ou subprincípios) de aplicação do postulado normativo da proporcionalidade, torna-se possível resolver o conflito entre direitos de forma objetiva e fundamentada. São elas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade e sentido estrito.

De acordo com o subprincípio da adequação, deve ser observado se a restrição imposta é apta a atingir a finalidade pretendida, ou seja, a restrição ao direito fundamental preterido não pode ser injustificada.

No que diz respeito a necessidade da medida, é analisado se a restrição imposta é a menos onerosa possível e com a mesma eficácia. Assim, para a efetivação de um direito que esteja em conflito com outro igualmente importante, é necessário que não haja qualquer outra medida capaz de se alcançar o fim desejado.

Por fim, de acordo com proporcionalidade em sentido estrito, deve haver o sopesamento de interesses de forma a justificar o não cumprimento de um dos princípios em conflito.

Sendo observadas essas etapas para a aplicação da proporcionalidade, visando um menor subjetivismo na aplicação da lei, a obtenção do perfil genético não se torna medida banalizada no processo penal.

Dessa forma, deve ser verificado no caso em concreto se a coleta do material genético é de fato uma medida adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, tendo em vista a obrigação de se justificar a efetivação de determinado direito em detrimento da relativização de outro não aplicável ao caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, Antônio Ferreira de. **Lições de medicina legal**. São Paulo, 1973.

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

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

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

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

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

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.

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 de abr. de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Editora JusPodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

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: Editora Del Rey, 2012.

MOUTINHO, Sofia. **À caça de evidências**. Revista Ciência Hoje. Edição 28, Maio 2011, p. 25. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/revista-ch/2011/281/a-caca-de-evidencias>> Acesso em: 17 abr. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RELATÓRIO da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/banco-de-perfis-geneticos-reune-mais-de-2-500-amstras-e-ja-auxiliou-71-investigacoes-no-brasil/relatorio_ribpg_nov_2014.pdf>. Acesso em: 08 de mar. de 2016.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. **A identificação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 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.

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