



**UEPB – UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**CCJ – CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

MAXWELL LEONARDO DIAS

**DNA: PROVA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS**  
**FUNDAMENTAIS**

Campina Grande - PB

2014

MAXWELL LEONARDO DIAS

**DNA: PROVA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Félix Araújo Neto.

Campina Grande

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

D541d Dias, Maxwell Leonardo.

Dna [manuscrito] : prova frente aos direitos e garantias fundamentais / Maxwell Leonardo Dias. - 2014.

26 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto, Departamento de Direito Público".

1. DNA. 2. Direito Penal. 3. Direitos e Garantias Fundamentais. I. Título.

21. ed. CDD 345

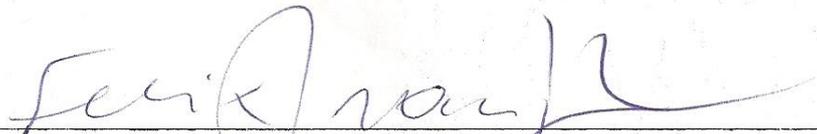
MAXWELL LEONARDO DIAS

**DNA: PROVA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito da Universidade Estadual da  
Paraíba, em cumprimento à exigência para  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 20 de novembro de 2014.

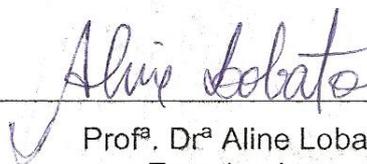
Nota: 10,0 (Dez)



Prof. Dr. Félix Araújo Neto.  
Orientador



Prof. Esp. Amilton de França  
Examinador



Prof.ª Dr.ª Aline Lobato  
Examinadora

## **Sumário**

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2 DNA NO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO</b> .....	3
2.1 IDENTIFICAÇÃO HUMANA.....	4
2.2 SISTEMAS DE IDENTIFICAÇÃO HUMANA.....	4
2.2.1 IDENTIFICAÇÃO PELO DNA .....	6
2.3 O DNA NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.....	7
2.4 BANCO DE DADOS GENÉTICOS .....	9
<b>3 CONSTITUCIONALISMO PENAL – CRÍTICAS AO USO DO DNA</b> .....	11
3.1 CONSTITUCIONALISMO PENAL .....	11
3.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS X DNA.....	12
3.2.1 ARGUMENTOS PRO RESTRIÇÃO DO USO DA PROVA DNA .....	12
3.2.2 DNA: AMEAÇA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS? .....	14
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	16
<b>5 REFERÊNCIAS</b> .....	19

# **DNA: PROVA FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>**

DIAS, Maxwell Leonardo.<sup>2</sup>

## **RESUMO**

Este estudo tem por objetivo levar à discussão a aparente divergência existente entre a utilização do DNA como meio de prova no Processo Penal e a concomitante efetivação dos direitos e garantias fundamentais no contexto da persecução penal. Tendo em vista o inegável crescimento da criminalidade, denotando, desta forma, a não efetividade estatal perante os incidentes de insegurança, reflete-se sobre a necessidade de se modernizar as metodologias investigativas, as quais possam oferecer maior eficácia na fase investigativa da persecução penal e um melhor arcabouço probatório na fase do processo. Neste momento destacam-se os largos avanços propiciados pelo estudo da estrutura básica do DNA como poderosa ferramenta de identificação humana, contribuindo, sobremaneira, para a identificação de autoria de crimes e para a vinculação de eventuais crimes pretéritos, fortalecendo, desta forma, o direito coletivo à segurança pública e o Princípio do Interesse Público. Por outro lado, cabe observar até que ponto a utilização da técnica de extração do DNA afronta os direitos e garantias fundamentais do acusado, destacando o direito de não autoincriminação, consubstanciado pelo princípio do “*nemo tenetur se detegere*”. A partir daí, argumentos que visam à restrição do uso da prova obtida pelo DNA são expostos, a fim de que se possa discutir os parâmetros que buscam sobressair os direitos individuais do acusado frente à ação estatal. Faz-se uma breve explanação de algumas metodologias de identificação já utilizadas pelo homem, passando-se a um maior aprofundamento quanto ao estudo da identificação pelo DNA. Posteriormente, ressalta-se a necessidade de um Processo Penal constitucional em homenagem ao Estado Democrático de Direito, finalizando a discussão com vistas à busca pelo equilíbrio entre o direito coletivo à segurança e o direito individual do acusado de não sofrer excessos por parte do Estado. Face ao panorama exposto, é possível enxergar a necessidade de se promover a discussão entorno da modernização do aparato persecutório e a necessária absorção desses novos paradigmas metodológicos pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo como foco, neste momento, a prova técnica obtida pelo DNA.

**Palavras-chave:** DNA, Direito Penal, Direitos e Garantias Fundamentais.

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba – Nov/2014.

<sup>2</sup> Graduando do Curso de Bacharelado em Direito.



## **1 INTRODUÇÃO**

Um dos problemas de maior destaque no contexto social brasileiro é, sem dúvidas, a não efetividade da atuação estatal frente aos incidentes de insegurança corriqueiramente acompanhados em nosso cotidiano. A expansão da conduta dita criminosa não é um fenômeno novo, porém persistente e mutável na medida em que se observam novas modalidades de crime e o aperfeiçoamento dos métodos na execução dos delitos.

Neste panorama de contumácia criminal, cabe ao estado discutir incansavelmente, objetivando prover estruturas de prevenção à atuação criminosa, tendo em foco a progressiva diminuição dos índices de criminalidade, consciente, entretanto, da impossibilidade de sua extinção. De maneira repressiva, deve o aparato estatal proporcionar ao convívio social a necessária sensação de segurança, que deve estar presente em cada um de seus integrantes, alcançada especialmente por meio da defesa social.

Contudo, o que se observa é uma impressão de ausência do Estado, consubstanciada pelos relatos do direito à segurança violado. A carência de eficiência na persecução penal e a consequente impunidade são fatores que contribuem para o aumento do número de infrações penais, ensejando a necessidade de se obter melhores repostas quanto à investigação, tendo em vista a quantidade de crimes não solucionados no país.

A incisiva participação da legislação penal na incompletude da defesa social também merece destaque, quando, por exemplo, não apresenta os meios para que o julgador possa aplicá-la de forma a obter-se valores reais de justiça, ou quando se apresenta excessivamente “garantista”.

Na contramão desse cenário, busca-se o aperfeiçoamento das formas de investigação – fato observado de forma paulatina no contexto brasileiro, visando uma maior efetividade na atuação repressiva do Estado. Os avanços da ciência, incorporados principalmente através da atividade pericial na persecução penal, são verdadeiras armas de combate ao crime. Técnicas para identificação de autores e revelação de dinâmicas criminais surgem para fomentar, ainda mais, o arcabouço probatório, possibilitando ao julgador obter resultados mais próximos do ideal de justiça.

No processo investigativo, uma das verdadeiras “muralhas” a serem escaladas é a obtenção de provas que possam identificar o autor do crime, relacionando o local do fato ao indivíduo agressor, como também, a interligação de eventuais condutas criminosas pretéritas. Ou seja, mostrar que o suspeito tem relação, de fato, com o local do crime cometido e/ou com os eventuais crimes anteriores.

Nesse contexto, a atividade pericial, por meio dos sistemas de identificação humana, proporciona hábeis ferramentas que têm o poder de relacionar o crime com seu autor, destacando nesse momento a identificação por meio da análise da estrutura básica do DNA.

As técnicas de investigação e de prova criminal experimentaram uma verdadeira revolução com o desenvolvimento da biotecnologia, sobretudo, diante da possibilidade de identificação de criminosos e esclarecimentos de delitos por meio dos caracteres genéticos. A colheita e análise de tais dados a partir de vestígios humanos encontrados no cenário do crime – pelos, sangue, saliva, esperma, tecido de pele etc. –, têm-se confirmado como meio eficaz de prova.

Entretanto, em oposição ao avanço da ciência, manifestações contra a utilização dessa tecnologia são facilmente observadas no mundo jurídico, alegando-se a defesa de direitos fundamentais, supostamente agredidos, discutidos originalmente em “atmosferas sociais” diferentes das atuais, onde a pretensão punitiva dava-se muito mais pela veemente coerção do que pela ação racional e sistemática.

Partindo desse cenário, busca-se discutir sobre os limites impostos ao interesse público, sob o ponto de vista do direito à segurança, face à proteção dos direitos individuais do acusado. Em outras palavras: quais os limites para o uso da prova obtida por meio da extração do DNA? Há, necessariamente, invasão ao direito de não autoincriminação do acusado? A modernização da metodologia persecutória, realizada nesse contexto pela prova genética, afronta o Estado Democrático de Direito?

A princípio objetiva-se traçar um paralelo entre a importância da adoção da prova genética – apoiada pela criação de um banco nacional de perfis genéticos, e os direitos e garantias fundamentais supostamente violados sob a argumentação de parte da doutrina. Para tanto, faz-se a exposição de experiências realizadas com

bancos de perfis genéticos em países de legislação consideravelmente consolidada, com a finalidade de introduzir breve análise sobre a lei nº 12.654/2012, que prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal no Brasil. Em seguida, expõem-se alguns argumentos utilizados para a restrição do uso desta prova os quais permitem a abertura para uma contextualização mais ampla sobre a prova técnica genética, um dos objetivos desse trabalho.

Espera-se, portanto, que essa discussão ganhe força no campo acadêmico para que se busque um aperfeiçoamento doutrinário e posteriormente uma evolução prática na metodologia investigativa – assunto de grande relevância social.

Para atingir os objetivos delineados nesta pesquisa, a metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, sendo a bibliografia referente ao tema pesquisada em livros, páginas da internet, revistas e artigos científicos, revistas informativas, jornais impressos e repositórios jurisprudenciais.

## ***2 DNA NO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO***

A Carta Magna de 1988, em seu art. 144, define o aparato de defesa estatal, o qual visa à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, destacando a necessidade de apuração das infrações penais, que pode ser entendida como atividade de investigação criminal, ou seja, uma pesquisa que tem por escopo reunir e organizar sistematicamente dados de fontes diversas, objetivando reconstruir de forma congênere um fato pretérito definido como infração penal, para que o autor do delito seja responsabilizado penalmente por sua atitude transgressora.

Essa etapa inicial do processo de persecução criminal - a fase de investigação criminal, concentra importantes procedimentos que acompanharão o processo até a etapa de execução penal. Neste sentido, encontra-se o processo de Identificação Humana no âmbito das relações criminais, importantíssimo instrumento para as investigações criminais, que se fortaleceu como ferramenta insubstituível em período relativamente recente quando as técnicas de individualização ganharam fundamentação eminentemente científica.

## 2.1 IDENTIFICAÇÃO HUMANA

Identidade pode ser entendida como sendo o conjunto de características e circunstâncias que distinguem uma pessoa ou uma coisa e graças às quais é possível individualizá-la. Identificação é o processo pelo qual se determina a identidade de uma pessoa, ou um conjunto de diligências com a finalidade de se estabelecer uma identidade (JOBIM et al., 2012).

Já segundo SIEGEL, KNUPFER e SUUKKO (2000), 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.

Para tal procedimento é fundamental que haja um método capaz de estabelecer uma relação unívoca entre os elementos em questão, criando um conjunto de caracteres próprios que possam diferenciar pessoas ou coisas entre si. Afinal, mais do que apenas reconhecer uma pessoa, é preciso individualizá-la, estabelecendo uma identidade (ARAÚJO; PASCALI, 2007).

Métodos de identificação humana confiáveis devem dispor de ao menos 04 (quatro) características indispensáveis, sendo 02 (duas) de caráter biológico, quais sejam, a unicidade e a imutabilidade; e 02 (duas) de caráter técnico, tais como, a classificabilidade e a praticabilidade, todas presentes na distinção por DNA.

## 2.2 SISTEMAS DE IDENTIFICAÇÃO HUMANA

A identificação de seres humanos nem sempre foi precisa, sendo necessários séculos de desenvolvimento para atingir a maturação necessária para uma correta e eficaz aplicação.

Um dos primeiros critérios identificadores catalogados foi o nome, utilizado desde a antiguidade na distinção dos indivíduos. Porém, a identificação exclusiva pelo nome apresenta-se frágil tendo em vista a possibilidade de adulteração de documentos e ainda a ocorrência de homônimos.

Segundo Jobim et al. (2012), no Código de Hamurabi (aproximadamente 1700 a.C.), havia a previsão de identificação de criminosos, e para tanto, promovia-se a

amputação das orelhas; a extirpação das mãos para casos de furto e roubos; e a extirpação da língua para os caluniadores confessos, originando a identificação por meio da mutilação. Tal método consistia na extração de alguma parte do corpo humano, a depender do crime realizado pelo transgressor e do país que o adotara como forma de punição. Geralmente, a parte do corpo amputada estava relacionada diretamente com a natureza do crime, funcionando desta forma como sinal identificador.

No ano de 1832, o filósofo inglês Jeremy Bentham propôs a inscrição de letras no antebraço para a identificação civil, e, a gravação de números para a distinção de criminosos. Ou seja, conhecido como sistema cromodérmico, a identificação seria realizada por tatuagens.

Johannes Evangelist Purkinge, professor de anatomia e fisiologia da Universidade de Breslau, Prússia, publicou em 1823, uma tese de título *Commentatio de examine physiologico organi visus et systematis cutanei*, em que descrevia, ilustrava e comentava a respeito da diversidade dos padrões de estrias, encontrados especialmente na última falange de cada dedo. No entanto, o mais célebre legado referente aos estudos das papilas dérmicas foi deixado pelo croata radicado e naturalizado argentino Juan Vucetich, um oficial do Departamento de Polícia Central de La Plata. Vucetich idealizou um sistema baseado em padrões, tendo início o primeiro uso estabelecido de arquivos de impressões digitais.

Na obra *Dactiloscopia Comparada* (1893), Vucetich descreveu seu sistema de identificação baseado em quatro padrões de impressões digitais. Por volta do ano 1986, a Argentina adotou o sistema de classificação elaborado por Vucetich.

Outro método de identificação é a análise estabelecida pela Antropologia Forense, ramo da ciência que estuda os diversos aspectos físicos dos indivíduos, tais como a cor da pele, caracteres capilares, as características dentárias, grupos sanguíneos, formas do corpo, do nariz, dos lábios e das orelhas; características e alterações ósseas, ou quaisquer outras características que possibilitem uma clara e segura identificação e posterior distinção dos indivíduos.

### 2.2.1 IDENTIFICAÇÃO PELO DNA

O processo de recombinação gênica proporciona um alto grau de variabilidade entre os organismos vivos. Cada ser humano possui um perfil genético exclusivo, com a exceção dos gêmeos monozigóticos que compartilham do mesmo conjunto de genes. Como a molécula de DNA possui regiões específicas com considerável variabilidade genética, pode-se comparar o DNA a um código de barras capaz de identificar e comparar indivíduos, determinando inclusive a existência ou não de vínculo genético entre estes.

A análise do DNA, como conjunto de princípios e procedimentos analíticos, tal qual é amplamente conhecida mundialmente, começou a ser tratada como ramificação autônoma das ciências biológicas por volta do ano de 1860, quando um monge agostiniano, Gregor Mendel (1865), realizou um conjunto de experimentos que evidenciaram a existência de elementos biológicos que carregavam dentro de si informações acerca das características de cada ser vivo, os genes.

Porém, a verdadeira revolução na genética humana ocorrera no ano de 1953, quando um artigo de autoria de James Watson e Francis Crick (1953) de apenas duas páginas fora publicado na revista *Nature* esclarecendo a estrutura do DNA.

A partir dos conhecimentos gerados com o esclarecimento da estrutura da molécula de DNA foram geradas as bases para utilização dos testes de identificação da individualidade humana, pelo estudo de trechos específico do ácido desoxirribonucleico.

As técnicas de biologia molecular permitiram caracterização da variabilidade do genoma humano e estão sendo amplamente utilizadas na área da ciência forense nos mais diversos casos. A exemplo de identificação de indivíduos que possam ser a fonte de material biológico associado a algum crime, na identificação de pessoas carbonizadas; em casos de manchas de sangue, de sêmen, pelos, saliva e partes de cadáveres podem ser objetos de identificação, para quem as técnicas mais tradicionais mostravam-se precárias e inconclusivas (FRANÇA, 2011).

A aplicação de comparação de perfis genéticos na esfera criminal é diversa, Bond (2007 *apud* FREITAS, 2013, p. 25) atesta que o material biológico coletado em cenas de crime apresenta enorme utilidade comparando-se o perfil de DNA de eventuais suspeitos, auxiliando os órgãos de segurança a estabelecer uma conexão entre o criminoso e a cena do crime, ou até mesmo a eliminar suspeitos na fase de inquérito.

### 2.3 O DNA NA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

A eficiência da prova obtida por DNA em um processo crime ou em qualquer outro meio de identificação humana advém de quatro características que lhe são inerentes: perenidade, imutabilidade, variabilidade e possibilidade de classificação por um método científico.

O DNA de uma pessoa jamais será igual ao de outra; exceto o dos gêmeos univitelinos (idênticos), propriedade chamada variabilidade. O mais impressionante a respeito desta característica é que genotipicamente somos somente 0,5% diferentes, ou melhor, por mais gritantes que possam aparentar as diferenças entre nós, seres humanos, no fenótipo, na aparência externa - somos 99,5% iguais em nosso código genético<sup>3</sup>.

A capacidade de estar presente nos seres vivos do início ao fim da vida, inclusive em restos mortais é denominada perenidade. Já a imutabilidade é a propriedade que o DNA tem de não sofrer alterações relevantes no conteúdo informacional ao longo da vida do indivíduo, ou seja, um ser vivo terá a mesma informação básica desde seu desenvolvimento embrionário até após sua morte.

A análise de uma amostra coletada em uma cena de crime obedece a uma série de critérios e procedimentos rígidos e específicos. Qualquer erro que ocorrer em qualquer parte do processo, desde a coleta até o estudo do material, levará a prova a ser considerada invalidada, pois a amostra estará contaminada.

A mesma técnica utilizada para a tipagem do DNA criminal será utilizada para amostras contidas em um processo cível. Diversos tipos de teste de DNA são

---

<sup>3</sup> Dados obtidos a partir de consulta à página da Wikipédia, *Projeto Genoma Humano*, disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Projeto\\_Genoma\\_Humano](http://pt.wikipedia.org/wiki/Projeto_Genoma_Humano).

realizados e cada um analisa algum tipo de marcador biológico. Em regra, os testes são iniciados pela extração do DNA de dentro do núcleo das células, existindo, para tanto, muitas técnicas diferentes, dependendo do tipo de material em estudo, como sangue, fios de cabelo, manchas de sangue, swabs bucais, ossos, etc. Em seguida, procura-se identificar os alelos (forma alternativa de um mesmo gene), do indivíduo testado por intermédio da análise de diversos locos (regiões onde ocorrem padrões de agrupamento de genes) de seu DNA. De posse dos alelos de cada loco, tem-se a base para a comparação com a mãe e o possível pai, nos casos de investigação de paternidade, ou com um suspeito, no caso de um estupro ou outro crime (JOBIM et al., 2012).

O estudo prossegue por uma análise estatística, chegando-se a um resultado que considera sempre as possibilidades estatísticas da existência de outra pessoa na população, semelhante ao acusado. É importante o conhecimento da frequência dos alelos de cada loco na população em estudo, pois somente assim podem-se realizar os testes estatísticos.

Desta forma é possível observar que o DNA, como meio de prova e investigação, pode ser utilizado para auxiliar o esclarecimento em vários tipos de condutas delituosas, como: associar ou excluir um indivíduo como autor de um delito, associar dois ou mais locais de crime entre si ou a um suspeito, identificar uma vítima desaparecida através de seus parentes e encontrar suspeitos através de amostras previamente coletadas e armazenadas em um “banco de dados”.

O processo de extração do DNA quer de material fresco, partes moles (tipagem mais fácil) quer de ossos, dentes ou corpos carbonizados (tipagem bastante difícil) é um procedimento caro; logo a utilização pelos agentes policiais sofre algumas limitações, uma vez que a questão de alocação de recurso, seja ela em qual área for, representa um sério problema para um país em desenvolvimento como o Brasil.

Por outro lado, o recurso à utilização do DNA para identificação ou armazenamento de dados genéticos com finalidades de persecução criminal, justamente em razão do êxito dos avanços técnico-científicos nesta área, tem encontrado espaço em diversos países, os quais já travam, inclusive, significativas discussões jurídico-constitucionais a esse respeito, dispondo de legislação já consideravelmente consolidada.

## 2.4 BANCO DE DADOS GENÉTICOS

A formação de um banco de dados de DNA de criminosos já é uma realidade em vários países do mundo, a exemplo de Estados Unidos, Inglaterra e Austrália. Todos aqueles suspeitos por terem cometido crimes contra a vida, violência sexual e de combate internacional possuem seu DNA tipado e arquivado por tempo indeterminado, através de um sistema conhecido nos Estados Unidos por CODIS e NIDIS, por exemplo.

Na Inglaterra, em setembro de 2000, o então primeiro ministro Tony Blair anunciou a criação de um banco genético de todos os delinquentes do país – cerca de três milhões de cidadãos (GRANT, 2011).

Na França, primeiro país a regulamentar a formação de um banco de dados genético para fins de investigação criminal, inicialmente regulamentou-se a possibilidade de criação de arquivo de impressões genéticas apenas para a proteção de menores vítimas de infrações sexuais. Posteriormente sua amplitude foi aumentada, servindo de base para investigações de crimes violentos.

Toda criança que nasce em território australiano tem seu DNA tipado e arquivado em um banco de dados de DNA, pressupondo a possibilidade, inclusive, de que o cidadão cometa algum crime ao longo de sua vida e o Estado está, desde modo, se precavendo para identifica-lo e puni-lo.

O programa norte americano de uso do DNA foi lançado em 1998, através do FBI, o qual apresentou o *National DNA Index System* (NDIS), banco de dados de DNA alimentado por laboratórios criminais de todo o país, além de materiais de laboratórios internacionais, visando desta forma facilitar o intercâmbio e a comparação das provas de DNA forense a partir da investigação de crimes violentos. Juntamente com o NDIS fora desenvolvido o software *Combined DNA Index System* (CODIS) para gerir o programa que, desde então, se tornou o maior repositório mundial de registro de DNA de infratores. Segundo informações obtidas na página do FBI - [www.fbi.gov](http://www.fbi.gov), apenas no ano de 2010, o CODIS ajudou a solucionar cerca de 25000 investigações criminais<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Dados obtidos a partir de consulta à página do FBI, *The FBI and DNA*, disponível em: <http://www.fbi.gov>, tradução nossa.

No Brasil, o senador Ciro Nogueira (PP-PI), autor do PLS 93/11, procurou lançar as bases para a construção de um banco nacional de perfis genéticos para fins de persecução criminal, o que se consolidou com a promulgação da Lei nº. 12.654/2012. Em linhas gerais, o referido diploma normativo se refere ao armazenamento de material genético não codificante (isto é, que não contém, informações relativas a características pessoais do indivíduo, apenas permitindo a sua identificação), relativamente aos condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo.

Por força dessa lei, que alterou o art. 5º da Lei nº 12.037/09, a identificação criminal poderá ser feita por meio da análise de material biológico com o objetivo de identificar o suposto autor do crime e definir o perfil genético do identificado. Trata-se, portanto, de analisar e estabelecer a sequência de bases no interior da molécula de DNA que constitui o código genético de cada indivíduo. Esse código, ou “impressão genética”, deverá ficar constando de um banco de perfis genéticos gerenciado por um órgão de perícia criminal (art. 5º- A da Lei nº 12.037/09).

O banco de dados contendo os perfis genéticos dos identificados criminalmente tem caráter sigiloso e não poderá armazenar caracteres somáticos ou traços comportamentais das pessoas. Esses traços estão protegidos pelo direito à intimidade e à confidencialidade dos dados genéticos. Logo, o banco de perfis deve armazenar apenas informações sobre a identidade genética da pessoa, definida pela sequência das bases nitrogenadas presentes nas moléculas de DNA.

Os dados identificadores, quando constatada a coincidência no curso de uma investigação, deverão constar de um laudo firmado por perito oficial (art. 5º- A, §§ 2º e 3º) e serão excluídos do banco de perfis assim que terminar o prazo de prescrição do crime.

Não obstante a ampliação do trato à matéria conferida pelo substitutivo do projeto inicial que veio a se consolidar com a Lei nº. 12.654, o tema é delicado e ainda exige um debate mais amplo e aprofundando, na medida em que, no próprio âmbito jurídico-doutrinário nacional, ainda é esparsa a discussão e escassas as obras de referência. Novamente, a tecnologia se choca com a norma vigente, por uma série de razões. Porém, a principal é o enorme descompasso entre a tecnologia e nossas leis, normas e princípios vigentes.

### **3 CONSTITUCIONALISMO PENAL – CRÍTICAS AO USO DO DNA**

Apesar de não restarem dúvidas, hoje, de que os testes genéticos produzem a prova de identificação mais segura que existe e da possibilidade de se resolver em poucos dias e com um elevado grau de fiabilidade, aquilo que, de outro modo, conduziria a um procedimento moroso e sempre com alguma equívocidade de determinação da autoria de um crime; muitos atores do mundo jurídico compreendem que o uso do DNA deve ser fortemente limitado. Inúmeros questionamentos são trazidos à baila quanto à legalidade da utilização destas técnicas quando as confrontamos com as garantias constitucionais e processuais penais vigentes no país.

#### **3.1 CONSTITUCIONALISMO PENAL**

Luís Roberto Barroso (2010) esclarece que a noção de Estado Democrático de Direito consagrada no art. 1º da Constituição Federal de 1988 representa a síntese histórica de dois conceitos que, embora recorrentemente utilizados de forma quase que indissociável, não se confundem, quais sejam: constitucionalismo e democracia. *Constitucionalismo* corresponde à limitação do poder e à supremacia da lei – “estado de direito”; *democracia*, ao seu turno, traduzir-se-ia em soberania popular e governo da maioria.

Os dois conceitos que, numa leitura extremista, poder-se-iam dizer até mesmo antagônicos (soberania da lei *versus* soberania popular), na prática, coadunam-se, complementam-se, de modo a garantir uma democracia real e não meramente formal, além de, inclusive, estabelecer formas de lidar e/ou atenuar os déficits de representatividade. É também Roberto Barroso quem afirma a necessidade da realização de uma *filtragem constitucional* de todo o ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando, quanto ao Direito Penal que:

[...] a repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. (BARROSO, 2010, p. 377).

Assevera ainda que este ramo do Direito, tal qual os demais, se sujeita aos princípios e regras constitucionais, daí resultando a centralidade dos direitos fundamentais; dessa forma, colocar-se-iam três premissas para o trabalho do legislador penal/processual penal: (i) reserva legal e liberdade de conformação do legislador; (ii) garantismo; e (iii) dever de proteção, destacando-se, ao final, o papel do princípio da razoabilidade-proporcionalidade (BARROSO, 2010, p. 378-380).

Desta forma, segundo o autor, “haveria, portanto, uma verdadeira tensão permanente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados”.

Por conseguinte, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão observar, de forma imprescindível, os desígnios da constituição para que possam ser consideradas válidas, atentando principalmente para o princípio da razoabilidade e proporcionalidade e a vedação do excesso.

### *3.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS X DNA*

#### *3.2.1 ARGUMENTOS PRO RESTRIÇÃO DO USO DA PROVA DNA*

Tendo em vista a indiscutível necessidade de uma abordagem constitucional do Direito Penal e do Direito Processual Penal, levantam-se questionamentos referentes aos direitos e garantias fundamentais supostamente afrontados pelo uso da prova obtida pela extração do DNA. Passamos a elencar de forma sucinta os principais argumentos.

Um dos direitos discutidos frente a esta prova é o exposto no art. 5º, LIV, da CF:

*Art. 5º, LIV, CF/88 - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

Entendem os críticos que no uso da prova DNA, atua o Estado de forma repressiva, confrontando o devido processo legal, destacando que para ser absorvida de forma plena pelo Processo Penal, deveria, esta prática, comparecer prevista por lei que regulamente a matéria conforme as diretrizes constitucionais

(argumento superado pela criação da lei 12.654/2012) e estar sujeita à ampla defesa e ao contraditório (GRANT, 2011, p. 125) .

O estado de inocência preceituado no art. 5º, LVII, da CF, o qual, segundo a melhor doutrina, não precisaria estar positivado em lugar nenhum, afinal, parte do Princípio da Presunção de Inocência, também encontra lugar nas críticas quanto ao uso do DNA:

*Art. 5º, LVII, CF/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

Afirmam que a utilização desta técnica para identificação e investigação criminal, bem como a criação de um banco de dados genéticos encontraria um limite muito nítido na tutela constitucional do estado de inocência e no *in dubio pro reo*, à medida que poderia representar uma nova perspectiva de busca pela “mitológica e utópica” verdade real. As possibilidades advindas do emprego deste novo artifício, a fiabilidade, eficiência e relativa agilidade dos resultados assim obtidos podem despertar o afã do órgão julgador pela flexibilização de garantias constitucionais em prol da “realização da justiça” e do “interesse público”.

O direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII da CF/88, também se insere no contexto da comparação entre a prova DNA e os direitos e garantias fundamentais, *in verbis*:

*Art. 5º, LXIII, CF/88 - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.*

O argumento utilizado para a incompatibilidade entre a prova DNA e o aludido direito fundamental é que este seria um desdobramento do direito a não autoincriminação:

[...] através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência (LOPES JR., 2008, p. 588).

Quanto à invasão do direito à privacidade, afirma-se que muito embora possam ser utilizados como meio de prova no campo criminal, é preciso frisar, no entanto, que os dados genéticos estão protegidos pelo sigilo decorrente do direito à privacidade, não restando dúvidas de que o processamento e armazenamento

desses dados poderiam levar à discriminação do seu portador, segundo Machado (2012). A CF em seu art. 5º, X, garante a intimidade e a privacidade do indivíduo como uma de suas liberdades fundamentais.

O trecho a seguir ilustra a interpretação dada por parte da doutrina ao uso do DNA como forma de identificação:

Assombra a possibilidade de identificação criminal pelo DNA, introduzida pela Lei 12.654/12, bem como a manutenção de banco destinado a armazenar perfis genéticos dos criminosos. Sendo assim a identificação criminal, a teor do artigo 5º daquele diploma legal, poderá ser feita por meio da análise de material biológico com o objetivo de identificar o suposto autor do crime e definir o perfil genético do investigado. É o direito penal do inimigo, algo de forte inspiração repressiva. (ROMANO, Rogério Tadeu, 2012).

As palavras do pesquisador norte americano Dr. Alvin Toffler<sup>5</sup>, servem como paradigma de reflexão sobre o atual panorama no mundo jurídico a esse respeito, quando afirma que os analfabetos do futuro não serão os que não sabem ler e escrever, mas aqueles que não sabem aprender, desaprender e reaprender. Esta afirmação representa a realidade que os operadores do direito enfrentam atualmente, em face do desenvolvimento acelerado da biotecnologia, o qual leva a novas discussões sobre vários institutos e princípios da estrutura jurídica pátria. Esse novo contexto exige um reposicionamento não só dos juristas como de todo o direito

### 3.2.2 DNA: AMEAÇA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS?

Doravante todos os argumentos utilizados a favor da restrição máxima do uso da prova obtida através do DNA, cabe enfatizar que, além da identificação de pessoas em casos complexos, como corpos carbonizados, por exemplo, este tipo de prova presta-se basicamente a correlacionar determinado indivíduo com um local de crime específico ou com situações criminais investigadas. Esta prova pericial não

---

<sup>5</sup> **Alvin Toffler**, nascido em 04 de Outubro de 1928 é um escritor e futurista norte-americano com doutorado em Letras, Leis e Ciência, conhecido pelos seus escritos sobre a revolução digital, a revolução das comunicações e a singularidade tecnológica. Suas ideias são frequentemente referenciadas em trabalhos acadêmicos, a exemplo da reflexão sobre a capacidade de autoadaptação e reinvenção humanas, citada no texto. Adaptado de pesquisa realizada na página da Wikipédia, disponível em: [http://en.wikipedia.org/wiki/Alvin\\_Toffler](http://en.wikipedia.org/wiki/Alvin_Toffler), tradução nossa. Acesso em 22 de outubro de 2014.

tem o poder, “por si só, de provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, pode, entretanto, estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime” (Senador Ciro Nogueira – PP/PI)<sup>6</sup>.

As garantias e direitos fundamentais se consolidam ao longo da persecução penal, sendo a fase de investigação criminal dedicada à apuração do fato que configure infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação penal ou às providências cautelares. É neste encaixe que atua a prova obtida pelo DNA, objetivando fomentar o arcabouço probante com elementos colhidos de forma racional e sistemática, em sentido puramente objetivo e imparcial, afinal, este momento da investigação não é dedicado a valorações subjetivas, ficando tais ponderações para o momento processual, onde o devido processo legal, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, a presunção de inocência se sobressaem, configurando a constitucionalidade do Processo Penal e fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

Ademais, a jurisprudência e a doutrina, em sua maioria, têm entendido que os direitos fundamentais não são absolutos, motivo pelo qual em determinados acontecimentos são facultadas limitações ao processo penal. Nesta ótica, é vislumbrada a ideia da ponderação de bens jurídicos diante do princípio da proporcionalidade, respeitados os seus requisitos e pressupostos. As intervenções corporais, como meio de investigação que utiliza o organismo humano, têm desempenhado importante papel na solução de delitos, mas ficam situadas entre o limite de prova permitida e proibida. Isto porque não é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da necessidade do consentimento do sujeito passivo para a realização da medida.

Resta ainda esclarecer que a obtenção da prova por DNA não necessariamente passará pela autorização do acusado. Se esta for produzida involuntariamente, nada impede que seja utilizada. Em outras palavras, quando se trata de material descartado pela pessoa investigada, é impertinente invocar o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Nesse caso, é plenamente possível

---

<sup>6</sup> Trecho de matéria publicada na página do Senado Federal em 24 de agosto de 2011, disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/08/24/aprovado-banco-de-dados-geneticos-de-condenados-por-crimes-violentos>. Acesso em 25 de outubro de 2014.

apreender o material descartado, pois o que torna a prova ilícita é a coação por parte do Estado, obrigando o sujeito a produzir prova contra si mesmo.

Observa-se que, essencialmente fundamentados em interpretações tradicionais, os defensores do uso hermético da prova obtida por utilização do DNA expõe o texto constitucional de forma fragilizada diante da possibilidade do uso dessa tecnologia, como se a vinculação entre o suspeito e o local do crime pudesse por abaixo toda a sistemática persecutória, transformando o suspeito automaticamente em culpado, o que não é verdade.

O que se busca não é a fragilização da defesa, mas a inserção de novas metodologias investigativas no sentido de tornar a ação do Estado mais moderna e eficaz. A prova pericial obtida pela extração do DNA tem se mostrado eficiente nesse contexto.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apontada como a maior revolução científica na esfera forense desde o reconhecimento das impressões digitais como uma característica pessoal, as técnicas de identificação fundamentadas na análise direta do DNA descortinam um novo mundo de possibilidades que trazem consigo um sem número de reflexões filosóficas, morais e éticas que alcançam, por óbvio, o mundo jurídico.

Como uma verdadeira manifestação de insegurança diante do desconhecido, não dificilmente se encontram severas críticas ao uso desta relativamente nova técnica de obtenção de provas no contexto do Direito Penal/Processual Penal. Sob o manto dos direitos e garantias fundamentais, os críticos reconhecem sua importância, mas sugerem seu uso de forma bastante restrita, fazendo interpretações muitas vezes “forçosas”, como, por exemplo, afirmando que os exames de DNA não operam com certezas, mas com probabilidades e que por isso estariam sujeitos à dúvida. Entretanto, se estivéssemos falando de certezas incontestáveis, estaríamos diante de um dogma e não da ciência!

A discussão ora desenvolvida não tem por finalidade causar temeridades aos direitos e garantias fundamentais duramente conquistados, os quais consolidam o Estado Democrático de Direito. Busca-se, todavia, atentar para a nova realidade

social onde a ciência ganha cada vez mais espaço e serve de subsídio para as mais diversas atividades humanas, atuando como um instrumento que possibilita enxergar e alcançar mais longe. Objetiva-se fomentar a discussão no âmbito acadêmico, procurando relativizar o pensamento de garantismo extremo na tentativa de “identificar caminhos racionais, democráticos e garantistas de reconstrução da verdade fática no Processo Penal” (DUCLERC, 2011, p. 494), com atenção para as novas metodologias aplicáveis.

O certo é que a discussão entre a prevalência do interesse público – consubstanciada pela busca da verdade real no processo, em detrimento das garantias de não autoincriminação não esta perto do fim. Se por um lado enseja-se uma atuação mais contundente do Estado em razão do aumento crescente da criminalidade, de outro objetiva-se proteger o acusado contra os excessos do Estado.

Contudo, pode-se concluir que frente ao inequívoco avanço proporcionado pela identificação humana através das técnicas de extração do DNA, o panorama jurídico pátrio reaclama por novas reflexões a respeito de sua atuação enquanto fonte de equilíbrio social, considerando, sobretudo, o nítido descompasso entre o constante avanço técnico-científico e a legislação vigente.

Por fim, conclui-se sobre a necessidade de se lançar luz sobre o intrincado universo dos direitos e garantias fundamentais e os princípios daí observados, tendo como referência principal o Princípio da Proporcionalidade, afinal os princípios que povoam nosso ordenamento jurídico representam possibilidades de otimização, podendo ser satisfeitos ou realizados em graus variados. Almeja-se, desta forma, o equilíbrio entre os direitos e garantias individuais e o direito da coletividade à segurança pública, relativizando os sedimentados posicionamentos de extremo garantismo, observados na cultura jurídica pátria.

É certo que os direitos e garantias fundamentais são atemporais e alvo da defesa incansável do Estado Democrático de Direito, porém a mudança da dinâmica social, em todas as suas faces, enseja interpretações aplicáveis aos novos atributos sociais, somadas a leituras que busquem o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos, afastando-se sempre dos extremos.

## **ABSTRACT**

This study aims to bring to discussion the apparent discrepancy exists between the use of DNA as evidence in criminal procedure and the concomitant realization of fundamental rights and guarantees in the context of criminal prosecution. Given the undeniable growth of crime, denoting thus the effectiveness of non-state before the incidents of insecurity, reflected on the need to modernize the investigative methodologies, which can offer more effective investigative stage of criminal prosecution and a better framework evidentiary phase of the process. At this time we highlight the broad advances propitiated by the study of the basic structure of DNA as a powerful tool for human identification, contributing greatly to identifying authorship of crimes and for linking any past tenses crimes, strengthening, thus, the right collective public safety and the Principle of public Interest. Moreover, it is worth noting the extent to which the use of the technique for extraction of DNA affront the fundamental rights and guarantees of the accused, especially the right not to self-incrimination, embodied by the principle of "*nemo tenetur se detegere*". At this moment arguments aimed at restriction of the use of evidence obtained by DNA are exposed so that they can discuss the parameters that seek to excel the individual rights of the accused against the state action. It will be a brief explanation of some identification methods already used by man, passing to a greater depth as the study of the identification by DNA. Subsequently, we highlight the need for a Constitutional Criminal Procedure in honor of the Democratic State, ending the discussion with a view to seeking the right balance between collective security and individual rights of the accused not to suffer excesses by the state. The research methodology intended to be literature, and the literature on the topic researched in books, websites, journals, news magazines, newspapers and case repositories.

**Keywords:** DNA , Criminal Law, Fundamental Rights and Guarantees.

## 5 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, M. E. C.; PASCALI, Luiz. *Datilosopia: a Determinação dos Dedos*. 1. ed. Brasília: LABPAM, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição Federal, 1988.

BRASIL, Código de Processo Penal: Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL, Lei 12.654, de 28 de maio de 2012.

DUCLERC, Elmir. *Direito Processual Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRANT, Carolina. *Limites e Possibilidades Constitucionais à Criação do Banco de Perfis Genéticos para Fins de Investigação Criminal no Brasil*. Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011. Disponível em: [www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf](http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf). Acesso em 26 de outubro de 2014.

JOBIM, L. F.; COSTA, L. R.; SILVA, M. *Identificação Humana*. 2 ed. Campinas: Millennium Editora Ltda. 2012.

FRANÇA, G.V. *Medicina Legal*. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan LTDA. 2011.

FREITAS, Rodolfo Barbosa de. *Sistemas de Identificação Humana no Âmbito Criminal*. Trabalho de Conclusão de Curso – Especialização em Segurança Pública – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIEGEL, J., KNUPFER, G. e SUUKKO, P (eds.) *Encyclopedia of Forensic Sciences*, 1-3, 1484p., 2000.

MACHADO, Antônio Alberto. *Identificação Criminal pelo DNA*. Disponível em: [http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012\\_identificacao.pdf](http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf) Acesso em 29 de outubro de 2014.

ROMANO, Rogério Tadeu. *Identificação Criminal pelo DNA: Uma Experiência Lombrosiana*, 2012.

Disponível em: [www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf](http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf). Acesso em 27 de outubro de 2014.