



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM NÍVEL DE ESPECIALIZAÇÃO EM
DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

DANILLO DA SILVA ALVES

**ASPECTOS JURÍDICOS DA IDENTIFICAÇÃO
GENÉTICA CRIMINAL NO BRASIL**

CAMPINA GRANDE – PB

2014

DANILLO DA SILVA ALVES

**ASPECTOS JURÍDICOS DA IDENTIFICAÇÃO
GENÉTICA CRIMINAL NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, pela Universidade Estadual da Paraíba.

Orientador: Prof. Esp. Plínio Nunes Souza

CAMPINA GRANDE – PB

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.

A474a Alves, Danilo da Silva.

Aspectos jurídicos da identificação genética criminal no Brasil [manuscrito] / Danilo da Silva Alves. - 2014.

25 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Esp. Plínio Nunes Souza, Departamento de Direito Público".

1. Identificação criminal. 2. Biotecnologia. 3. Perfil genético. 4. Direitos fundamentais. I. Título.

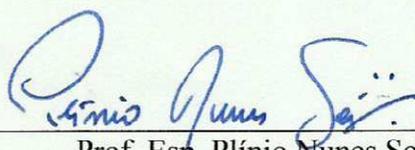
21. ed. CDD 345

DANILLO DA SILVA ALVES

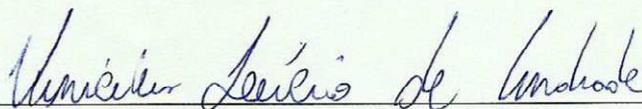
ASPECTOS JURÍDICOS DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA CRIMINAL NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual da Paraíba.

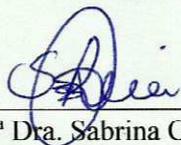
Aprovado em 31/05/2014.



Prof. Esp. Plínio Nunes Souza
Universidade Estadual da Paraíba
ORIENTADOR



Prof. MSc. Vinícius Lúcio de Andrade
CESREI / POLÍCIA CIVIL
EXAMINADOR



Prof^a Dra. Sabrina Correia Medeiros Cavalcante
CESREI/FACISA
EXAMINADORA

RESUMO

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 crimes por meio dos caracteres genéticos. Nesse sentido a Lei 12.654, de 12 de maio de 2012, trouxe alterações significativas ao ordenamento jurídico brasileiro, as quais incluiu a possibilidade de coleta de material biológico para obtenção do perfil genético para fins de identificação criminal e formação de um banco de dados. Com o referido trabalho observamos a evidência de que a legislação precisa evoluir e acompanhar o desenvolvimento biotecnológico. Contudo, as disposições legais não podem contrariar os direitos fundamentais do cidadão e muito menos contrariar disposições internacionais a esse respeito. Utilizamos o método indutivo para que a partir da análise das posições doutrinárias e legais, fosse possível formar uma posição do prisma jurídico do tema proposto.

Palavras chave: Identificação Criminal. Biotecnologia. Perfil genético. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Investigative techniques and criminal evidence experienced a revolution with the development of biotechnology, especially given by the possibility of identifying criminals and clarification of crimes through genetic characters. In this sense the Law 12,654, of May 12, 2012, brought significant changes to Brazilian law, which included the possibility of collecting biological material to obtain the genetic profile for identification and formation of a criminal database. With that work we observed evidence that the law must evolve and follow the biotechnological development. However, the legal provisions may not conflict with the fundamental rights of the citizen, much less contradict international provisions in this regard. We use the inductive method to that from the analysis of the legal and doctrinal positions, it was possible to form a prism of the legal position of the subject.

Key words: Criminal Identification. Biotechnology. Genetic profile. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

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 crimes por meio dos caracteres genéticos.

Segundo Fidalgo (2006) o recurso à utilização do DNA (ou ADN) 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.

O Brasil não está alheio a essa realidade biotecnológica que necessita acessar o “humano” em nome da ciência, da saúde ou da segurança.(SCHIOCCHET, 2009). Nesse sentido 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 citado diploma normativo se refere ao armazenamento de material genético não codificante, relativamente aos condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo. Nesse sentido o Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013 regulamentou a referida lei, instituindo o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que possibilitará o compartilhamento e a comparação dos dados dos bancos de perfis genéticos da União, Estados e Distrito Federal.

O procedimento proposto é semelhante ao CODIS (Combined DNA Index System), criado nos Estados Unidos da América (EUA). A finalidade do banco é realizar pesquisas com o material genético recolhido dos infratores com os encontrados na cena do crime, visando diminuir os crimes de autoria desconhecida, cujos índices comprometem a criminalidade do país.

De acordo com Oliveira Junior (2013) as tecnologias mais avançadas são sempre bem-vindas, desde que convenientes, oportunas e necessárias para o homem, porém devem obedecer rigorosamente o sistema legal do país.

O grande entrave da proposta será o direito de não produzir prova contra si mesmo, ou seja, o princípio *nemo tenetur se detegere*, consagrado pela nossa Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIII que diz:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

A abrangência da norma acima não se refere somente ao direito de permanecer em silêncio, mas sim, o que a maior parte dos doutrinadores considera como a máxima que diz que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo ou de cooperar na produção de provas que o auto-incriminem.

Os anseios em termos de segurança pública e as preocupações em termos de ameaças à privacidade tornam-se realidades palpáveis. Por outro lado, é preciso refletir também sobre as consequências jurídicas decorrentes do uso da biotecnologia, já que as informações sobre dados genéticos têm profundas implicações com as liberdades fundamentais do indivíduo, especialmente no que concerne ao seu direito à privacidade ou intimidade. O desafio é encontrar o adequado equilíbrio, de acordo com a normativa constitucional. Há de estar presente a discussão sobre os limites que a Constituição Brasileira apresenta acerca de tais direitos fundamentais. Ademais, deve-se salientar que o exame de DNA não é uma prova irrefutável da comprovação de autoria de um delito, e, sim, tão somente a possibilidade de verificação da existência de correlação entre o sujeito e o delito.

2. IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA CRIMINAL

A segunda metade do século pretérito foi um período marcado por importantes avanços técnico-científicos. Um exemplo disso é a evolução da manipulação genética humana, fomentada pelos estudos a partir do DNA (Ácido Desoxirribonucléico) humano.

O DNA é o material genético nuclear dos seres humanos e está presente em todas as células do nosso organismo. É ele que determina a função de cada célula, dando assim a cada indivíduo suas características, que podem se manifestar ao longo de sua vida.

Segundo Souza (2007) a utilização do DNA finger prints (tecnologia de identificação por DNA) se incorporou tão firmemente no âmbito da justiça criminal que não à toa deu à luz uma nova modalidade na medicina legal: a genética forense.

O avanço da ciência e tecnologia a nível forense teve seu ponto culminante em meados dos anos 80, quando as técnicas de identificação, fundamentadas na análise direta do ácido desoxirribonucléico (DNA), tornaram-se uma das mais poderosas ferramentas para a identificação humana e investigações criminais (BENECKE, 1997).

Com o conhecimento atual, ao menos duas grandes vantagens devem ser citadas sobre a tipagem molecular: o DNA possui uma alta estabilidade química mesmo após um longo período de tempo e está presente em todas as células nucleadas do organismo humano, o que facilita a obtenção do mesmo (MALAGHINI et al., 2006).

A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade com confiabilidade praticamente absoluta, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica (PENA, 2005).

As primeiras técnicas forenses de identificação humana eram convenientes apenas para análise de DNA de evidências biológicas que contivessem células nucleadas. Atualmente, com a implementação do sequenciamento do DNA mitocondrial, essa limitação tem sido superada (LEE e LAAD, 2001). Se antes, impressões digitais e outras pistas eram usadas para desvendar crimes; hoje, são inúmeros os espécimes biológicos dos quais o DNA pode ser extraído. Podemos encontrá-lo em pequenas amostras de sangue, ossos, sêmen, cabelo, dentes, unhas, saliva, urina, dentre outros fluidos, e análises cuidadosas desse material ajudam a identificar criminosos (BENECKE, 2002).

As aplicações da Biologia Molecular no laboratório criminal centralizam-se, em grande parte, na capacidade da análise do DNA em identificar um indivíduo a partir de cabelos, manchas de sangue e fluidos corporais, dentre outros itens recuperados no local do crime. Essas técnicas são conhecidas como datiloscopia genética (genetic finger printing), embora o termo mais preciso e utilizado para designá-las seja perfil de DNA (BROWN, 2001).

Atualmente novos métodos de análise de DNA foram introduzidos, dentre estes destacamos o PCR - Polimerase Chain Reaction, que revolucionou a genética molecular por permitir a rápida clonagem e a análise do DNA. É um método *in vitro* rápido e versátil para a amplificação de sequência-alvo de DNA definidas, presentes em uma preparação de DNA pelo qual pode-se produzir bilhões de cópias de fragmentos de DNA de um ou mais *loci*, propiciando a ampliação exponencial específica de seqüências do DNA *in vitro*, apresentando-se como poderoso instrumento na avaliação da individualização humana.

O perfil genético tem sido considerado um método importante na identificação individual, pois a informação contida no DNA é determinada pela seqüência como letras de um alfabeto genético estão dispostos no cromossomos. No caso do homem, existem três bilhões dessas letras escritas nos cromossomos de cada célula do corpo humano, sempre na mesma ordem de todas as células do indivíduo. É a ordem como estas letras estão escritas nos cromossomos que faz com que cada indivíduo seja diferente dos demais. Quanto mais diferentes são os indivíduos, mais distinta é a ordem das letras no genoma. Indivíduos (DUARTE, et al. 2001)

Os avanços da automação na tecnologia do DNA facilitam a criação de banco de dados, existindo um consenso internacional da necessidade de que sejam estabelecidos bancos de dados contendo perfis de DNA para fins civis ou criminais.

Ocorre que, o exame de DNA, no entanto, não se trata de prova irrefutável acerca da comprovação da autoria do delito, mas tão somente visa a verificar se há correlação entre o sujeito e o crime. Caso assim não fosse, consubstanciada estaria a genetização da justiça, a qual passaria a prescindir da produção das demais provas idôneas previstas em nosso ordenamento jurídico, uma vez que bastaria a realização das provas técnicas para formar o convencimento do juiz.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DA IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA CRIMINAL

Em 28 de maio de 2013 foi publicada a Lei nº 12.654 que altera dois institutos jurídicos distintos, a Lei nº 12.037/09, Lei de Identificação Criminal e a Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, e possibilita a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético como forma de identificação criminal.

A Lei nº 12.654/12 é oriunda do Projeto de Lei do Senado nº 93/11, que estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo.

Conforme o parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 12.037/09, quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da Defesa (artigo 3º, inciso IV da Lei nº 12.037/2009), os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfil genético, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

A identificação será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. É importante frisar que as informações contidas no banco de dados não poderão adicionar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero. Havendo a coincidência de perfis genéticos, as informações deverão estar contidas em laudo pericial.

A Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210/84), passa a vigorar com o artigo 9º-A. Conforme o novo texto, os condenados por crime praticado dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa ou considerado hediondo serão submetidos obrigatoriamente à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucléico) por técnica adequada e indolor. 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.

Conforme afirma Schiocchet (2012), quando se propõe uma pesquisa acerca da criação do banco de dados genéticos, torna-se imprescindível a discussão sobre os limites que a Constituição Federal pode apresentar no sentido de proteção aos bens jurídicos fundamentais que esta norma protege. Entretanto, 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.

O juiz legalista considera apenas a legislação penal especial a ser aplicada ao caso concreto e viola, às vezes sem a real dimensão das consequências destes atos, não apenas postulados processuais penais, mas, sobretudo, constitucionais; compreende o Direito Processual Penal como instrumento apenas do Direito Penal e não como mecanismo concretizador da Constituição Federal. Daí a importância da interpretação constitucional para balizar o próprio debate político-jurídico em torno da criação legislativa a respeito do estabelecimento de bancos de dados genéticos para fins de persecução criminal.

A ideia de Constituição sofreu uma mudança paradigmática: outrora o constitucionalismo liberal com ênfase na organização do Estado e na proteção de um elenco de direitos de liberdade cedeu espaço para o constitucionalismo social, em que direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social (BARROSO, 2011).

Diferentemente do que a lógica sintática nos demonstra, na qual a expansão do direito e o surgimento de novas leis deveria representar uma melhor proteção dos bens jurídicos devido ao aumento do espectro de condutas sujeitas à incidência da lei penal, a potencial inefetividade da legislação penal é aparente. No mesmo sentido, pode-se citar o caso do terrorismo nos países europeus, por exemplo, onde o que se percebe é que, segundo Meliá (2011), o terrorismo não é efetivamente combatido através de uma saturação de leis criminais, mas, pelo contrário, as mesmas sobrecarregam a capacidade preventiva, realçando ainda mais a ideia de que, muitas vezes, lançamos inúmeras regras em nosso sistema jurídico sem ao menos saber sua função e o que está sendo protegido, mas transmitindo a sensação de diminuição da impunidade como um efeito simbólico.

É possível perceber que, apesar da crescente expansão do direito penal e o surgimento de inúmeras leis referentes a novas situações antes desconhecidas pelo ordenamento, apenas estamos suprindo de forma simbólica as necessidades da sociedade no momento em que criamos leis que, muitas vezes, não são efetivas. Em meio à situação da possível implementação de um banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal, é necessário

um enorme cuidado na formulação das leis referentes ao tema, para que haja, assim, parâmetros bem definidos quanto a sua utilização e seus limites impostos pelo Direito. Isso porque a legitimação do referido banco não representa uma melhor proteção e abrangência jurídica, já que, se o mesmo não for aplicado corretamente e cuidadosamente, não possuirá a efetividade buscada em sua idealização.

Portanto, é fundamental identificar e analisar os eventuais direitos em jogo frente à regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal, visto que não podemos admitir num estado democrático de direito que a tal busca pela verdade seja alcançada mediante violações de direitos e de garantias do acusado. Como bem leciona Maria Elizabeth Queijo, “o valor ‘verdade’, no processo, não se sobrepõe aos outros valores que estão envolvidos”. Ou, pelo menos, não deveria se sobrepor.

3.1- *Nemo tenetur se detegere*

A expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir (QUEIJO, 2003), ou seja, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se auto-incriminar, de produzir prova em seu desfavor, tendo como sua “manifestação mais tradicional”(QUEIJO, 2003) o direito ao silêncio. Outros brocardos também são utilizados no mesmo sentido, como: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur turpidumen suan*, *nemo testis se ipsum* ou simplesmente *nemo tenetur*.(MENEZES, 2010).

O princípio *nemo tenetur se detegere* está consagrado pela Constituição Federal de 1988, bem como pela legislação internacional, como um direito mínimo do acusado, sendo de fundamental importância seu cumprimento, pois este é um direito fundamental do cidadão.

Lopes Junior (2007) afirma que o Direito de não auto-incriminação contém diferentes dimensões, desdobram-se em importantes vertentes, como o direito de silêncio que está contemplado expressamente tanto na Constituição Federal Brasileira como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Consagrado pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXIII, o direito de permanecer calado, em qualquer fase procedimental (extrajudicial ou judicial) chocava-se com a antiga redação do artigo 186, em sua parte final, que dizia “o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Com a modificação introduzida pela Lei

10.792/2003, torna-se claro o acolhimento, sem ressalva, do direito ao silêncio, como

manifestação e realização da garantia da ampla defesa (NUCCI, 2007).

Carvalho (2006), ao citar Tourinho Filho, entende que ninguém pode impedir-lhe o exercício desse direito, muito menos ameaçá-lo, sob a alegação de que seu silêncio poderá prejudicar-lhe a defesa. Do contrário a defesa não estaria sendo ampla, nem respeitando o seu direito de silêncio.

Tratar o imputado como mero “objeto” de provas, ou melhor, o “objeto” do qual deve ser extraída a “verdade” coisifica o réu e seu status de sujeito de direito, o que contraria uma das mais importantes garantias penais: o direito de não produzir prova contra si mesmo. Também em decorrência desse direito do acusado a não se incriminar, não se admite que a eventual recusa de colaboração para a produção de prova contra sua pessoa possa configurar crime de desobediência (FERNANDES. 2010).

Assim, segundo autores como Lopes Jr. (2007), no processo penal contemporâneo, com o nível de democratização alcançada, o imputado poderia recusar-se a se submeter a intervenções corporais, sem que, dessa recusa, nasça qualquer prejuízo jurídico processual. Entretanto, uma vez que as provas genéticas desempenham um papel fundamental na moderna investigação preliminar e podem ser decisivas no momento de definir ou excluir a autoria de um delito, segundo o mesmo autor (LOPES JUNIOR, 2007), não existiria problema quando as células corporais necessárias para realizar uma investigação genética encontram-se no próprio lugar dos fatos, no corpo ou nas vestes da vítima ou em outros objetos. Nestes casos poderão ser recolhidas normalmente. O problema está em obter células corporais diretamente do organismo do sujeito passivo e este se recusa a fornecê-las.

Nesse sentido, submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento seria o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, representa um inequívoco retrocesso ao gerar prova ilícita. Não poderia haver qualquer tipo de intervenção de carga probatória porque o imputado compelido a fornecer material genético, porque vigora o direito de não produzir prova contra si mesmo. E, por fim, não se argumente em torno da “mínima lesividade física” da extração de material genético (como a coleta de saliva, corte de fio de cabelo, etc.), porque, o que está em jogo não é o aspecto físico da tutela constitucional, mas, sim, o direito fundamental de não auto-incriminação (LOPES JUNIOR, 2007).

3.2 – Direito a Intimidade

A expressão direito à intimidade teve início no final do Século XIX. Anteriormente, conflitos deste cunho eram dirimidos pelos princípios gerais do direito, que serviam de fonte à formação da tutela a estes direitos. No entanto com o advento da Constituição de 1988 passou a existir expressa referência à intimidade. E esta proteção constitucional deve ser observada face ao Estado, e igualmente aos demais particulares, isto é, tanto o Estado como os particulares devem observância ao mencionado dispositivo, sob pena de responsabilização por sua violação.

Pinto (2010) afirma que a intimidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que deve ser objeto de respeito, por parte de todos os membros da sociedade, apresentando-se como um direito individual protetivo, o que implica na existência do dever de um indivíduo respeitar a intimidade e a vida privada de seu semelhante, tal qual a Lei Maior exige que lhe respeite a própria intimidade.

Nesse sentido nossa Carta Magna determina em seu artigo 5º, inciso X que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Sendo que, além da tutela constitucional, a intimidade pode ser resguardada no âmbito do direito penal e do direito civil.

Embora não haja uma proteção expressa da intimidade na legislação penal, há a possibilidade de se vislumbrar no código penal mesmo que de forma indireta o amparo da intimidade em alguns delitos: violação de domicílio; violação de correspondência; sonegação ou destruição de correspondência; violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica e violação de correspondência comercial.

No Direito Civil, da mesma forma, não dispomos de uma adequada garantia da intimidade. O novo código civil de 2002, em seu Capítulo II, que trata dos Direitos da Personalidade, do art. 11 ao 21, estabelece algumas regras garantidoras do direito à personalidade. Somente o art. 21 faz expressa menção à inviolabilidade do direito à vida.

Segundo Orlando Gomes *apud* Guerra(1999), os Direitos da Personalidade tomam a feição de serem direitos ligados diretamente à projeção da pessoa ante a sociedade a qual está ligada. Esses direitos, na verdade são inatos, porque nascem com o próprio homem. Daí a

concepção naturalista que relaciona os direitos da personalidade com atributos inerentes à condição da pessoa humana, como por exemplo: a vida, a intimidade, a honra, a privacidade, a intelectualidade e a liberdade.

A partir do artigo 5º, inciso X, autores como Carvalho (2006) entendem que a extração de sangue ou de parte não destacada do corpo humano para exame de DNA não pode, no ordenamento brasileiro, ser imposta a ninguém, pois violaria o princípio da dignidade humana e o princípio que veda a auto-incriminação, previsto no artigo 8º, n.2, letra g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos seguintes termos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

3.3- Identificação criminal.

Segundo Lopes (2012) a Constituição Federal que vigorou antes de 1988 permitia que todo indiciado em inquérito policial fosse identificado criminalmente, o que constituía praxe obrigatória nas Delegacias de Polícia, inclusive para os autores de meras contravenções penais, que deveriam se permitir fotografar e deixar em formulário próprio, mediante entintamento das falanges, as marcas de suas papilas decadaactilares.

Neste sentido o mesmo autor afirma que o Constituinte de 1988, entretentes, entendendo se tratar de prática abusiva, que acarretava constrangimento desnecessário ao acusado, que nem sempre iria acabar condenado, inseriu a restrição contida no artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, para que o civilmente identificado não se submeta à identificação criminal, a não ser em casos previstos em lei.

Conforme o artigo 5º, LVIII e LXIII da Constituição Federal, pode ser dispensada a identificação criminal do civilmente identificado, bem como assegurado o direito de permanecer calado.

LVIII - o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

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

Observa-se nesses dois incisos a proteção da liberdade e do princípio da dignidade humana, pois esse dispositivo constitucional tem visível vinculação com o da proporcionalidade, na dimensão de proibição de excessos. O que não for estritamente necessário para a identificação do indiciado não deve ser a ele imposto (CARVALHO, 2006).

Assim, a Lei n.º 12.037/09 retira o foco da identificação criminal da conduta do criminoso e passa a se ater à comprovação de sua identificação civil, pois o verdadeiro intuito da identificação datiloscópica criminal não é o de estigmatizar ou punir o suspeito, e sim apenas confirmar sua identidade, caso pare alguma dúvida em relação a ela. Portanto, a identificação criminal deve ser entendida apenas como um procedimento técnico-científico para comprovar a identificação civil, não podendo, assim, ser utilizada como meio de prova.

3.4 - Devido Processo Legal

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV, determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Esse princípio foi incorporado a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante:

§1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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 (MORAES, 2011, p. 279)

O Princípio do devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais festejadas, pois dele decorrem todos os outros princípios e garantias constitucionais. Ele é a base legal para aplicação de todos os demais princípios, independente do ramo do direito processual, inclusive no âmbito do direito material ou administrativo.

Lucon (1999) afirma que a cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5o, § 2o, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias

expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O devido processo legal possibilita o maior e mais amplo controle dos atos jurídico-estatais, nos quais se incluem os atos administrativos, gerando uma ampla eficácia do princípio do Estado Democrático de Direito, no qual o povo não só sujeita-se a imposição de decisões como participa ativamente delas.

O referido postulado pressupõe que “legal” seja não apenas a observância das formas legais, mas principalmente do seu conteúdo, que deve atender às finalidades consubstanciadas em direitos e garantias constitucionais e processuais. O “processo” deve ser compreendido como um instrumento de garantia à efetividade do direito penal. O “devido” aponta para a adoção de um modelo (no direito penal, o acusatório) o qual requer, além da estrita obediência ao curso legal do processo, um juiz imparcial e partes em igualdade de condições.

3.5 - Contraditório e ampla defesa

Atualmente está consagrado, no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o direito ao contraditório e à ampla defesa dos litigantes e acusados em processo judicial em geral ou administrativo com os meios e recursos a ele inerentes. Por ampla defesa entende-se a garantia de que o réu terá condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo calar-se, se entender necessário. O contraditório, por sua vez, é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois para todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (FERNANDES, 2010).

Assim, segundo Lopes Junior (2007), o contraditório deve ser visto basicamente como direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos em relação à acusação e de todos os atos desenvolvidos no inter procedimental. Neste sentido o autor explica que os dois polos da garantia do contraditório são: informação e reação. A efetividade do contraditório no Estado Democrático

de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na administração de Justiça. Para participar, é imprescindível ter a informação. A participação no processo se realiza por meio da reação, vista como resistência à pretensão jurídica (acusatória e não punitiva) articulada, e isso expressa a dificuldade prática, em certos casos, de distinguir entre reação e o direito de defesa.

3.6 - Presunção de Inocência.

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, pode verificar a qualidade de um sistema processual através de seu nível de observância (eficácia) (LOPES JUNIOR, 2007).

Parte da doutrina entende existir diferença entre os termos presunção de inocência e de não culpabilidade. Sustenta-se que não se pode presumir a inocência do réu, se contra ele tiver sido instaurada ação penal, pois, no caso, haverá um suporte probatório mínimo. O que se poderia presumir é sua não culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente. Não se poderia, assim, cogitar-se propriamente em uma presunção. Por isso a Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado (CARVALHO, 2006).

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória do acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu em que a sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada) (LOPES JUNIOR, 2007).

Importante destacar que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* não podem ser afastados no rito do Tribunal do Júri. Ou seja, além de existir a mínima base constitucional para a *in dubio pro societate* (quando da decisão de pronúncia), é ele incompatível com a estrutura das cargas probatórias definido pela presunção de inocência, e não há nenhum dispositivo legal que autorize o princípio do *in dubio pro societate*. O ônus da prova é do Estado e não do investigado (LOPES JUNIOR, 2007).

Por isso, no Estado Democrático de Direito o sistema jurídico deverá levar em consideração o princípio da razoabilidade, colocando de um lado os direitos do acusado,

consagrados processual e constitucionalmente, e de outro os interesses da sociedade. No entanto, é preciso lembrar que não há necessária oposição entre os direitos individuais do acusado e os interesses da sociedade. Isso porque os direitos individuais são consagrados na Constituição, inclusive como cláusula pétrea para maior proteção a tais direitos, como direitos de interesse também da sociedade.

Além disso, é preciso que se observe o postulado da proporcionalidade. De modo a verificar se as medidas são adequadas, ou seja, se promove minimamente o fim almejado; se as medidas são necessárias, isto é, se não há outros meios alternativos; e se as medidas são proporcionais no sentido estrito, ou seja, se a promoção do fim não restringe direitos fundamentais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações até aqui realizadas impõem o dever de reflexão acerca da utilização das novas biotecnologias sobre o ser humano, eis que comportam repercussões de toda ordem que refletem de forma intensa na sociedade e que colocam em jogo interesses políticos, sociais e de mercado. Assim, o debate público relativo à elaboração de legislação regulando as modalidades de intervenção da ciência sobre a vida tornou-se imprescindível nas sociedades democráticas e pluralistas. O processo normativo revela-se como um momento complexo que se instaura desde a fase experimental, passando pela elaboração de uma proposta de regulamentação, até a definitiva utilização de técnica, definindo-se, na lei, as responsabilidades e sanções pelo descumprimento das regras e princípios garantidores de uma justa distribuição dos benefícios da ciência (BRAUNER in SARLET, 2008).

Desde meados dos anos 80, quando do ápice do avanço científico e tecnológico em se tratando de identificação genética, onde não somente impressões digitais, mas também, inúmeras informações advindas do DNA puderam se tornar viáveis, observou-se, também, a crescente necessidade do avanço normativo sobre o assunto.

Trata-se, na verdade, da atividade de construção de normas com uma fundamentação ética, contribuindo para a formulação de um direito mais apropriado às necessidades sociais, reafirmando-se a singularidade do respeito à dignidade humana como requisito para consideração da pessoa como livre de qualquer forma de discriminação e opressão. É desta forma que se estará a garantir que o conhecimento obtido a partir das pesquisas científicas assuma a sua contribuição para o desenvolvimento de políticas e ações. Neste contexto deve-se dar continuidade ao debate acerca de aspectos que ainda se encontram obscuros em matéria de produção legislativa acerca dos bancos de dados genéticos para fins de persecução criminal, que se dão de forma impositiva, involuntária e obrigatória, principalmente no que tange ao respeito a princípios estabelecidos pela Constituição Federal Brasileira.

A partir dessa análise, portanto, verifica-se que essa obrigatoriedade imposta, além de desrespeitar o direito constitucional pátrio, desrespeita normas internacionais que tratam da bioética, notadamente a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, assinada na Conferência Geral da UNESCO, realizada entre 21 de outubro e 12 de novembro de 1997.

Nesse sentido observamos a evidência de que a legislação precisa evoluir e acompanhar o desenvolvimento biotecnológico. Contudo, as disposições legais não podem contrariar os direitos fundamentais do cidadão e muito menos contrariar disposições

internacionais a esse respeito. Sabemos que a união da Ciência com o Direito é algo que existe e seu futuro liame será cada vez mais estreito. Entretanto, falta ainda muito desenvolvimento em ambas as áreas, de forma que uma possa complementar e respaldar a outra.

Ponto de grande repercussão é o direito de qualquer pessoa de não se auto-incriminar, de não produzir provas contra si mesmo, de em silêncio permanecer. Direito este consagrado na Constituição Federal Brasileira e tido como uma evolução normativa em nossa Legislação. O avanço científico e o avanço normativo tem que andar de mãos dadas, caminhar em um mesmo sentido, evitando-se que um cresça em detrimento do outro. Lembremo-nos de igual forma do direito à intimidade, também garantido no texto constitucional.

Importante é que os nossos legisladores não esqueçam que os meios materiais disponíveis não estão em condições de acompanhar, seja a evolução biotecnológica, seja a evolução legal, e muito menos evitar que erros ou injustiças. Desta forma não podemos ser levianos na criação de mecanismos legais que não podem ser concretizados ou que tal se dê em manifesta afronta aos direitos mais importantes do ser humano, que deverá ser respeitado, sob qualquer prisma.

5. REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R.. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BENECKE, M. **DNA typing in forensic medicine and in criminal investigations: a current survey**. *Naturwissenschaften*, v. 84, p. 181 - 188, 1997.
- _____ . **Coding or non-coding, that is the question**. *EMBO reports*, v.3, n. 6, p. 498 - 502, 2002.
- BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal.
- CARVALHO, L. G. G. C. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 4ª ed., revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BROWN, T.A. **Clonagem Gênica e Análise de DNA: Uma introdução**. 4ªed. PortoAlegre: Artmed. 2001. 376p.
- DUARTE, F.A.M.; PEREZ, A.M.; PENA, S.D.; DE BARROS, M. P.M.; ROSSI, E. O. **A avaliação do DNA como Prova Forense**. Ribeirão Preto: FUNPEC. 2001. 283p.
- FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional**. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FIDALGO, S. **Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal**. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16. Nº. 1. Jan./Mar. 2006.
- GOMES, Orlando. apud GUERRA, S. C. S. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.
- GUERRA, S. C. S. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- LOPES, J. **Identificação criminal: banco de dados de DNA (Lei nº 12.654/2012). Jus Navigandi**:Teresina, 2012 .Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23022>>. Acesso em: 8 nov. 2013.

- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **“Garantia do tratamento paritário das partes”, in Garantias constitucionais do processo civil**. Revista dos Tribunais: São Paulo 1999.

- MALAGHINI, M.; ALONSO, C. A. M.; DALL’STELLA, R.; SCHINEIDER, V. J. **Analises de material genético na investigação Criminal – um relato sobre a evolução dos processos de padronização**. Disponível em : <<http://www.labfa.com.br>>. Acesso em: 8 nov. 2013.

- MELIÁ, M. C. **Terrorism and criminal law: The Dream of prevention, the nightmare of the rule of Law**. New Criminal Law review California. Vol. 14, nº 1, 2001.

- MENEZES, Sofia Saraiva de. **O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal**. Org: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010.

- MORAES. A. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

- NUCCI, G. S. **Código de processo penal comentado**. Editora Revista dos Tribunais. 6ª Edição revisada, atualizada e ampliada, 2007.

- OLIVEIRA JUNIOR, E. Q. de; **Considerações sobre a coleta de perfil genético**.Congressos Virtuais. Disponível em<<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2013/06/10/consideracoes-sobre-a-coleta-de-perfil-genetico/>>. Acesso em: 07 de Out. 2013.

- PENA, S. D. J. **Segurança Publica: Determinação de identidade genética pelo DNA**. In: Seminários Temáticos para 3ª Conferencia Nacional de C. T & I. Parcerias Estratégicas, v. 20, p. 447-460, 2005.

- PINTO, A. G. G. **Conflitos entre o Direito à Intimidade e à Vida Privada, e o direito a informação, liberdade de expressão e de comunicação, possíveis soluções. Utilização Indispensável do princípio da proporcionalidade.** Revista de Direito nº 74 -2008 Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7e5b90f8-ba3b-427c-b127-81905e28a7ff&groupId=10136. Acesso em 29 de Out, 2013.

- QUEIJO, M. E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal).** São Paulo: Saraiva, 2003.

- SCHIOCCHET, T. **A utilização de teste genéticos no contexto médico: implicações jurídicas e normatização na orbita internacional e brasileira.** In: FACHIN, L. E. et al. [orgs.]. Apontamentos críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo II: Anais do projeto de pesquisa Virada do Copérnico:Juruá, 2009.

- _____. **Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal.** Série Pensando o Direito. Vol 43. Brasília. Ministério da Justiça, 2012.

- SOUZA, P. V. S. de. **Direito Penal Genético e a Lei da Biossegurança.** 1ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

- UNESCO. **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos,** assinada na Conferência Geral da UNESCO, realizada entre 21 de outubro e 12 de novembro de 1997.