



**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO E JURISDIÇÃO**

CATIA BERNARDES MENDES DE LIMA

LEI Nº 12.654/2012
A FORMAÇÃO DE BANCO DE DADOS DE DNA
PARA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Brasília, Setembro de 2014

CATIA BERNARDES MENDES DE LIMA

LEI Nº 12.654/2012

A FORMAÇÃO DE BANCO DE DADOS DE DNA
PARA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Direito e Jurisdição, concentração Penal - Processo Penal – Empresarial da Escola da Magistratura do Distrito Federal, como exigência para aprovação final.

Orientador: Prof. Mestre Fernando Brandini Barbagalo.

Brasília, Setembro de 2014

CATIA BERNARDES MENDES DE LIMA

LEI Nº 12.654/2012

A FORMAÇÃO DE BANCO DE DADOS DE DNA
PARA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Direito e Jurisdição, concentração Penal - Processo Penal – Empresarial da Escola da Magistratura do Distrito Federal, como exigência para aprovação final.

Orientador: Prof. Mestre Fernando Brandini Barbagalo.

Nota de aprovação:

Brasília,

Brasília, Setembro de 2014

RESUMO

Banco de dados é qualquer sistema que reúna e mantenha uma série de informações. DNA (ácido desoxirribonucleico) é um composto orgânico que contém informações genéticas responsáveis pelo desenvolvimento de todos os seres vivos e possui um alto teor discriminativo, podendo auxiliar na identificação da autoria de crimes e de pessoas desaparecidas. Com a entrada em vigor da Lei 12.654/2012, os reincidentes em crimes contra as pessoas serão obrigados a ter o seu perfil genético recolhido e armazenado em banco de dados sigiloso. É criado então um banco de dados de DNA, tornando-se um importante mecanismo utilizado para a elucidação de fatos durante a persecução penal. Os bancos de perfis genéticos tornaram-se uma realidade em vários países e agora é a vez do Brasil. Esta lei pode ser considerada um avanço na legislação, porém muito deve ser feito para tentar combater a sensação de impunidade vivenciada atualmente.

Palavras-chave: Banco de dados. DNA (ácido desoxirribonucleico). Legislação. Utilização. Aplicação. Identificação. Autoria. Crimes.

ABSTRACT

Database is any system that meets and keeps information DNA (deoxyribonucleic acid) is an organic composition that contains genetic information responsible for all for the development of the alive creatures and it has a high and discriminatory power, it can help in crime's identification and it can help find missing people. According to the law 12.654/2012, the criminals that committed crime against other people must have their genetic profile recollected and kept in a secret data bank one DNA database is made becoming one important mechanism used at the of facts during the prosecution. The genetic profile data became a reality in many countries and now it is here in Brazil. This law can be considered and advance in the legislation, but many things have to be done to try to fight against the impunity sensation lived nowadays.

Keywords: Database. DNA (deoxyribonucleic acid). Legislation. Use. Application. Identification. Authorship. Crimes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DNA FORENSE OU GENÉTICA FORENSE	09
1.1 Noções gerais	09
1.2 O que é DNA?	09
1.3 Visão histórica da utilização do DNA na identificação criminal	11
1.4 <i>Cold Case</i>	15
2 ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À IDENTIFICAÇÃO PELO DNA	17
2.1 A verdade real no processo penal	17
2.2 Crítica acerca da utilização do DNA diante de princípios Constitucionais	18
2.3 Princípios	19
2.3.1 <i>Dignidade da pessoa humana</i>	19
2.3.2 <i>Isonomia</i>	21
2.3.3 <i>Intimidade</i>	22
2.3.4 <i>Nemo tenetur se detegere</i>	23
2.3.5 <i>Presunção de inocência ou não-culpabilidade</i>	27
2.3.6 <i>Contraditório e ampla defesa</i>	29
2.4 Coisa julgada	30
2.5 Integridade física	31
3 IDENTIFICAÇÃO PELO DNA / BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO	34
3.1 O tratamento do tema no direito comparado	38
3.2 Rede Integrada de Perfis Genéticos no Brasil	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
Referências Bibliográficas	47

INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia e de diversos novos métodos de pesquisa, tem proporcionado o surgimento de variados meios de provas de cunho científico, que podem ser utilizadas em processos judiciais. Estes se apresentam como grandes possibilidades de colaboração para a busca da verdade real no processo penal.

A busca da verdade real é um dos princípios norteadores do processo penal, no qual o Juiz, por meio da análise das provas produzidas pelas partes, deve extrair a verdade dos fatos para decidir e fundamentar o seu convencimento.

O DNA (ácido desoxirribonucleico) apresenta-se como uma importantíssima ferramenta científica porque pode identificar e individualizar pessoas e, no processo, autores dos mais diversos crimes. E desta forma, pode auxiliar na condenação de culpados, bem como na absolvição de inocentes.

Isso porque o DNA pode ser encontrado em diversos “meios” passíveis de sua identificação como no sêmen, urina, saliva, fezes, secreção vaginal, pele, fios de cabelo, líquido amniótico, dentes, ossos, etc. O ácido desoxirribonucleico também pode ser identificado em coisas ou locais como copos, canecas, pentes, cordões, pulseiras, torneiras, etc. Verifica-se, pois, que é de extrema facilidade a detecção e coleta de material genético para fins de identificação de DNA.

Considerando a evidente possibilidade de tirar proveito do avanço da tecnologia para a sempre premente necessidade de decisões que mais perto estejam da verdade, esse trabalho visa discutir a formação de banco de dados de DNA para a identificação criminal.

A introdução no ordenamento jurídico pátrio da Lei nº 12.654/2012 justifica o exame que será levado a efeito, porquanto possibilita a identificação criminal por meio de perfil genético e, além disso, obriga os condenados por crimes contra as pessoas a se submeterem à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA.

A pesquisa se ordenará principalmente pelo exame das doutrinas constitucionais que possuem ligação com o tema da prova no processo penal, mormente as garantias constitucionais à dignidade da pessoa humana, isonomia, liberdade de locomoção, intimidade, “nemo tenetur se detegere” ou não

autoincriminação, presunção de inocência ou não-culpabilidade, contraditório e ampla defesa, coisa julgada e integridade física.

Serão debatidos entendimentos doutrinários sobre os aspectos citados, por meio de leitura de obras selecionadas, trabalhos científicos, bem como pesquisa na *internet*, em sites específicos, blogs, decisões judiciais, etc.

Inicialmente o presente trabalho visa apresentar uma ideia bastante atécnica, na visão científica, do que consiste o DNA. Isso para explorar a formação de um banco de dados com sua utilização e, principalmente, a operacionalização deste banco de dados e, quiçá, a determinação de que se extraia o DNA do condenado, em novo capítulo da sentença.

As hipóteses da pesquisa serão a vigência da lei, sua aplicabilidade imediata na esfera do Poder Judiciário em conjunto com o Poder Executivo.

Este projeto objetiva estudar o surgimento de métodos de pesquisa, especialmente o DNA, que podem configurar prova científica de valor incalculável na elucidação de crimes, mais especificamente na identificação de seu autor, de forma a evitar a condenação de inocentes e/ou a absolvição de culpados.

O ponto nodal dirá respeito à existência ou não de afronta a princípios consagrados pela Constituição Federal, dentre os quais o da “presunção de inocência” e o “*nemo teneatur se detegere*”, que garante ao indivíduo o direito de não fazer prova contra si mesmo.

A sugestão será de que não há qualquer afronta à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito, mas ao contrário, por consistir meio de prova de valiosa eficiência, pode e deve ser utilizada pelo Direito.

Diante dessa assertiva, pretende-se pesquisar e sugerir maneiras de aplicar a nova lei nas sentenças de primeiro grau, quando houver condenação por crime praticado com violência contra a pessoa, ou crime hediondo, na forma determinada pela Lei nº 12.654/2012, observando-se sua regulamentação pelo Poder Executivo.

1. DNA FORENSE OU GENÉTICA FORENSE

1.1. Noções gerais

“Os testes de DNA são para a justiça o que o telescópio é para as estrelas: não uma lição de bioquímica, não uma exibição das maravilhas da lente de aumento, mas uma maneira de ver as coisas como realmente são (SOARES ET AL, 2010, p. 3)”.

Esta afirmação se encontra no livro *Actual Innocence* de Scheck e Nefeulde demonstra como o DNA Forense ou a Genética Forense, que tem como base técnicas de análise da estrutura do DNA, pode ser útil e altamente esclarecedor para o ramo do Direito.

Importante destacar que o presente trabalho não pretende fazer qualquer incursão científica sobre o tema DNA, mas sua superficial definição é necessária para a boa compreensão dos objetivos finais.

1.2. O que é DNA?

A sigla do inglês **Ácido DesoxirriboNucleico** é uma molécula presente no núcleo da célula que contém as informações genéticas responsáveis pela formação, desenvolvimento e funcionamento de todos os compostos vivos. Segundo Luís Renato e Bruno Miranda (2011^[M1]^[CB2], p. 263):

Após a descoberta dos microssatélites e amplificação das sequências mediante a reação em cadeia da polimerase (PCR), tornou-se o método preferido devido ao seu alto poder de discriminação.

Os microssatélites são sequências de 2 a 8 nucleotídeos (repetidas em série ou em tandem), as quais são denominadas de STRs (*short tandem repeats*).

O uso dos STRs é vantajoso porque os microssatélites estão presentes em todo o genoma; permite a amplificação de vários *loci* simultaneamente, permite o manuseio de amostras com misturas ou

amostras degradadas, e a amplificação de amostras de pequena quantidade de DNA.

A identificação por meio do DNA pode ser realizada em quantidade mínima de amostra, como uma gota de sangue, um fio de cabelo, a saliva encontrada em um selo, um filtro de cigarro ou um fragmento de pelo sob a unha de uma vítima. (DALTON ET AL, 2002).

Nos casos em que não for possível a identificação do DNA pelo exame do núcleo celular, este pode ser feito pelo exame do DNA mitocondrial, isto é, localizado fora do núcleo da célula, em grande quantidade, no citoplasma celular (DOLINSKY, PEREIRA, 2007^[M3]^[CL-GDSEA4]).

É conhecida a técnica de identificação baseada em impressões digitais deixadas como vestígios em algumas cenas de crimes. Ocorre que esse método é extremamente falho e impreciso. Isso porque as impressões digitais nem sempre são detectáveis, ainda que tenha existido contato do agente com a vítima.

Pode-se citar como exemplo a identificação de cadáveres carbonizados ou em decomposição (restos morais, ossada), de cadáveres mutilados, de partes de órgãos, etc. (DALTON ET AL, 2002).

Nos exemplos citados, seria impossível a identificação do indivíduo por meio da impressão digital. O mesmo não se pode dizer em relação ao DNA, que pode ser encontrado em tecidos mesmo após a exposição da amostra a determinadas situações e ainda após longo período de tempo.

A impressão digital tampouco pode ser localizada em determinados casos como por exemplo nos crimes de natureza sexual, onde não se poderá localizar qualquer vestígio de impressão digital, ao tempo em que pode ser abundante a quantidade de amostra de material humano (esperma), no qual pode ser facilmente detectado o DNA (DALTON ET AL, 2002).

Além da possibilidade de identificação em escassa quantidade de amostra, o DNA tem natureza altamente discriminatória, isto é, o percentual de erro nos casos de exame por meio de DNA é quase sempre inferior a 1% (um por cento).

Essas são consideradas as duas maiores vantagens da identificação criminal por meio do DNA, isto é, a facilidade na coleta de material para realização de perícia e a identificação praticamente exata (discriminatória).

Há, além dessas, a sensibilidade do exame de DNA, que pode ser realizado com pouco material genético; a resistência das suas moléculas aos fatores ambientais e, por fim, a possibilidade de se extrair o DNA de espermatozoides masculinos, mesmo quando estiverem misturados a fluidos de outra pessoa. É possível esclarecer a fonte do sêmen, sem confundir com a fonte de qualquer outro material biológico com que esteja em contato (ALVES, 2009).

1.3. Visão histórica da utilização do DNA na identificação criminal

Inicialmente o DNA foi amplamente utilizado nos casos de investigação de paternidade, onde o exame informava com a certeza de aproximados 100% (cem por cento), se o suposto pai era de fato o genitor biológico da criança.

Posteriormente, não muito tempo após, o DNA passou a ser utilizado pela Justiça na área criminal, a fim de identificar autores de crimes, ou determinar inocentes e libertá-los, em casos com grande repercussão, dada a inicial grande dificuldade para tanto.

Oficialmente, o DNA forense foi utilizado pela primeira vez em 1985 para solucionar um problema relacionado a imigração. Um jovem inglês viajou de seu país para Gana e ao retornar, teve proibida sua entrada no Reino Unido sob a suspeita de documentação falsa (DOLINSKY; PEREIRA, 2007^[M5]_[CL-GDSEA6]).

Alec Jeffreys, cientista radicado na Inglaterra e que desde 1980 havia decodificado o DNA, foi chamado pelo governo Inglês e logrou demonstrar, pela análise de DNA, que a família biológica do rapaz realmente residia na Inglaterra, o que permitiu o regresso dele para o lar (SILVA; BINSFELD, 2010)

Em caso de crime e como meio de prova da autoria em processo judicial, conta-se que a primeira utilização do DNA Forense ocorreu no mesmo ano de 1985, no que ficou conhecido nas cortes internacionais como Caso Leicester, também na Inglaterra. Novamente, o geneticista Alec Jeffreys coletou e analisou o sêmen encontrado em duas vítimas de estupro e assassinato e concluiu que o material encontrado nas duas pertencia a um único agressor.

O governo do local, um pequeno condado inglês rodeado de montanhas e que tinha apenas uma estrada de acesso, organizou uma campanha

fictícia de doação de sangue, com o que conseguiu coletar sangue de todos os habitantes do local. Após exaustiva análise, o autor dos crimes foi identificado, preso e processado (BARROS; PISCINO, 2008^[M7]_[CL-GDSEA8]).

Em 1986 os Estados Unidos aceitaram em processo judicial, pela primeira vez em sua Corte, a identificação por DNA, no caso Flórida X Andrews. A análise foi utilizada para identificação do agente de 20 invasões de residências seguidas de estupro (ALVES, 2009).

A partir de 1987, a Agência Federal de Investigação (FBI), que integra o Departamento de Justiça do Estados Unidos, bem como laboratórios de criminalística de vários países passaram a aceitar amostras de materiais biológicos encontrados em locais de crime como evidências e até mesmo como instrumentos de prova (BORÉM; FERRAZ; SANTOS, 2001^[M9]_[CL-GDSEA10]).

Outros casos de repercussão internacional também puderam ser esclarecidos com o auxílio da genética forense.

Em 1989 no caso “Estado de Kansas X Mosley”, o acusado de dois crimes de estupro foi inocentado. Já no caso “Estado do Texas X Trimboli”, o crime de triplo homicídio teve sua autoria confirmada. Em 1993 o acusado do caso “Estado de Maryland X Bloodsworth”, que estava preso desde 1984, teve sua participação excluída do crime de estupro seguido de morte de uma menina de 9 anos (BARROS; PISCINO, 2008^[M11]_[CB12])

No Brasil, no ano de 2000, ocorreu um homicídio no Campus da UNIFOR, onde estavam sendo aplicadas provas do vestibular da Universidade Federal do Ceará. Uma estudante foi morta por estrangulamento, asfixia e traumatismo craniano num dos banheiros da instituição. Além disso, ela foi abusada sexualmente pelo criminoso.

Duas peritas da Polícia Federal (PCFs Mônica de Brito Costa e Maria Marta Vieira de Melo) compareceram ao local com a finalidade de encontrar qualquer amostra que possibilitasse a identificação do autor do crime. Um suspeito havia sido preso naquele mesmo dia, porém negou a autoria. O crime porém não tinha motivação ou testemunhas, o que exigia prova firme que o ligasse ao fato.

As peritas encontraram grande dificuldade em coletar amostras da vítima, porquanto peritos da Polícia Civil já haviam estado no local onde espalharam pó químico próprio para localizar impressões digitais.

Assim mesmo, algumas amostras de sangue foram coletadas e armazenadas. Posteriormente, foram encaminhadas para as peritas uma calça jeans e um par de tênis, utilizado pelo suspeito no dia em que foi preso. Em tais peças havia diversas marcas de sangue.

Realizada a comparação com as amostras colhidas no local do crime, do sangue da vítima, estas se mostraram imprestáveis, porque impregnadas pelo pó químico. A perícia federal resolveu colher sangue dos genitores da vítima e, na comparação destes com as amostras colhidas nas peças pertencentes ao suspeito, concluiu-se que o material genético ali encontrado era de pessoa “cujos alelos são compatíveis para ser filho do casal (a vítima) em 99,9996% de probabilidade reversa” (LIMA; COSTA; MAIA, 2002, p. 14). Esta prova foi decisiva para incriminar o então suspeito, o qual foi condenado pelo crime.

Existem no Brasil, outrossim, casos emblemáticos solucionados após a realização de exames de DNA, dos quais três deles merecem destaque:

O primeiro ficou amplamente conhecido na mídia após o “Caso Pedrinho”. O garoto foi sequestrado no hospital que nasceu e foi criado pela sequestradora, identificada anos depois como sendo a pessoa de Vilma Martins Costa. Após a solução do “Caso Pedrinho”, a polícia passou a investigar a maternidade de Roberta Jamily Martins Borges, também registrada como filha de Vilma, a qual se submetera a uma cirurgia de esterilização antes do nascimento de Roberta.

Ocorre que Roberta se recusou a oferecer material genético para realização do exame de DNA, o que levou o delegado que presidia o caso, a tomar uma atitude fortemente discutida. Como Roberta era fumante, em determinada ocasião, após ela ter comparecido na delegacia para prestar declarações, o delegado pegou um “toco” de cigarro que fora jogado no lixo por Roberta e, dele extraiu material genético que confirmou que ela não era filha de Vilma.

A decisão final entendeu lícita a prova, por considerar que o “resto” do cigarro havia sido descartado por Roberta e se assemelhava, portanto, a qualquer outro vestígio encontrado em locais de crimes, os quais podem ser apreendidos pela polícia para as investigações (BARROS; PISCINO, 2008^[M13]^[CL-GDSEA14]^[CL-GDSEA15]).

O segundo caso também foi amplamente noticiado nos jornais e televisão. Trata-se da acusação da cantora Gloria Trevi, de que fora estuprada por agentes da Polícia Federal quando esteve sob custódia do órgão.

O Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal autorizou a coleta da placenta da cantora, após o parto, para realização do exame de DNA. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar reclamação contra esta decisão, autorizou a utilização de material biológico da placenta retirada de Gloria Trevi, que se tornou extraditanda, por entender que o procedimento não seria realizado por meio de qualquer modalidade invasiva dela ou da criança.

Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditanda n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante (STF, Rcl 2040).

O terceiro caso que se pode narrar, não alardeado pelos meios de comunicação, provou que Adão Manoel Ramires não praticou crime de estupro de uma jovem de 24 anos, incapaz física e mentalmente, a qual ficou grávida e deu à luz a gêmeos.

A ação penal correspondente foi julgada procedente e Adão condenado a cumprir pena de 8 anos de reclusão, permanecendo encarcerado por 5 anos.

Na época da acusação, foi solicitada pela defesa a realização de perícia, porém o Brasil ainda não possuía a tecnologia para exame de DNA, sendo realizado laudo por método GSE – Grupos Sanguíneos Eritrocitários, que entretanto, não apresenta resultados com grau de probabilidade muito significativo. No caso, apontou como sendo de 60% a probabilidade de Adão ser o pai da criança, o que levou, juntamente com o depoimento da vítima, à sentença penal condenatória.

Anos depois, o defensor de Adão ajuizou justificção judicial onde pleiteou a realização de exame de DNA, cujo resultado demonstrou a sua inocência. Foi então ajuizada revisão criminal, que redundou na absolvição do réu. O pedido de indenização por erro judiciário foi encaminhado para Juízo Cível (COSTA, 2006).

1.4. Cold Cases

A implementação de bancos de dados em vários países possibilitou a resolução de inúmeros casos que há muito tempo estavam sem solução, os quais são denominados de “cold cases” (LIMA, 2008, p. 8).

Em 1986, um garoto de 14 anos, Roy Tutil, desapareceu após pegar uma carona para casa, em Surrey, Inglaterra. Três dias depois, o corpo do menino foi encontrado em outra cidade, Leatherhead. Ele havia sido violentado sexualmente e estrangulado.

Em 1993, isto é, 31 anos depois, Brian Lunn Field foi detido pela polícia por estar dirigindo alcoolizado. O seu perfil genético foi obtido e incluído no banco de dados nacional de DNA. Em pesquisa, foi identificada coincidência do seu material genético com a amostra obtida no sêmen que fora coletado no menor Roy.

Em 2001, em outra pequena cidade da Inglaterra, John Wood foi preso por furtar 10 libras de uma loja de conveniência. Um exame de DNA de rotina foi realizado e encaminhado para o banco de dados nacional. O perfil de John era idêntico ao perfil encontrado em amostra coletada em duas vítimas de estupro, no ano de 1988. Treze anos depois de ter cometido o crime, o verdadeiro autor foi condenado ao cumprimento de 13 anos de prisão pelos dois estupros.

Em 30 de julho de 1981 uma mulher foi estuprada e teve seu carro roubado no estado da Geórgia, EUA. Alguns dias depois do crime Robert Clark foi preso em flagrante dirigindo o veículo da vítima.

Inicialmente ele não foi considerado suspeito dos crimes pois não tinha as características físicas do autor, descritas pela vítima. Porém, como ele não conseguiu explicar de forma convincente porque estava com o veículo da vítima, ele acabou sendo condenado em maio de 1982.

Após 21 anos, uma entidade denominada Innocence Project solicitou que fosse realizado teste de DNA no material coletado da vítima, que estava congelado.

Foi realizada comparação com o perfil genético de Robert Clark e, ainda, com milhares de perfis armazenados no banco de dados nacional dos Estados Unidos. O resultado mostrou que Robert era inocente. O autor do crime era um indivíduo condenado por crime sexual no ano de 1985.

Depois de ter passado esses 21 anos preso, Robert Clark foi inocentado e libertado (LIMA, 2008^[M16], disponível em <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revista/APCF/26.pdf>).

É possível se aferir, pelos casos anotados nos registros históricos, que o DNA auxiliou na identificação de autores de crimes e inocentou pessoas já condenadas, porém inocentes, desfecho que não seria possível por qualquer outro meio de prova.

Esse impacto causado pelo DNA Forense deve servir de estímulo para sua utilização no nosso país, por meio da efetivação da Lei nº 12.654/2012.

2. ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À IDENTIFICAÇÃO PELO DNA

2.1. A verdade real no processo penal

Sobre a verdade no processo penal, os doutos juristas Ana Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 128) asseveram:

Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes. Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.

Muito tem discutido a doutrina e a jurisprudência sobre a busca da verdade real no processo penal. Grande parte entende que essa é uma tarefa impossível, visto que o processo penal se debruça sobre fatos já passados, em que a extração da realidade é impraticável, restando ao processo apenas a pretensão de uma verdade formal, de verossimilhança (KHALED, 2009).

Para outra parcela, o processo penal não pode prescindir de uma ambição pela verdade, isto é, deve buscar um julgamento que seja reflexo, tanto quanto possível, da realidade dos fatos examinados. Para isso, a análise do que efetivamente ocorreu no tempo passado, para decisão a ser proferida no tempo presente e que implicará em reflexos no futuro, deve ser plena e ampla (MENDES, 2010).

O Ministro Feliz Fischer, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 155.149, fez uma crítica à concepção ortodoxa da verdade real, absoluta e entendida como mito pelos que a defendem. Nas suas palavras:

Na realidade, no entanto, é de se gizar, a concepção havida, inclusive, por muitos, como ultrapassada, daquilo que vem a ser a verdade real, não é aceita pela dogmática moderna. Jorge Figueiredo Dias (in "Processo Penal", ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que "a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano. Tanto mais que aqui intervém irremediavelmente inúmeras fontes de possível erro..." (p. 204). Ensina que a assim denominada verdade material há de ser tomada em duplo sentido: "no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela, mas também no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida." (p. 193/104).

De maneira que é preciso se observar a busca da verdade real sob outra vertente, diversa daquela de tempos em que era utilizada apenas e tão-somente para justificar a decisão do Juiz, que teria o poder de decidir fundamentado na verdade que descobriu ou mesmo produziu (MENDES, 2010).

Vale dizer, a reprodução da verdade no processo penal deve ser feita através da busca das melhores provas em matéria criminal. Para esse fim, a identificação por meio do DNA, como já apontado alhures, será de grande valia, dada a possibilidade de sua realização com pouquíssima quantidade de material e, principalmente, à sua alta capacidade discriminatória.

2.2. Crítica acerca da utilização do DNA diante de princípios constitucionais

A grande questão que se coloca na legislação brasileira é a de que a identificação pelo DNA e a formação de um banco de dados respectivo afronta diversos princípios norteadores do direito pátrio, mormente aqueles estabelecidos

pela Constituição Federal, como o relativo à dignidade da pessoa humana, intimidade, privacidade, direito de não produzir prova contra si, de não culpabilidade, entre outros.

Para adentrar à matéria, mister fazer brevíssimo esboço sobre os princípios acima citados.

2.3. Princípios

2.3.1. Dignidade da pessoa humana

Este é o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. De acordo como Dicionário Aurélio, dignidade é sinônimo, entre outros, de “honra, respeitabilidade, autoridade”. Com essa premissa, percebe-se que todos os indivíduos devem ser tratados com respeito, resguardando-se a todos, os seus direitos. Segundo o Ministro Gilmar Mendes (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007, p. 142):

Numa palavra, se bem entendemos a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.

A dignidade da pessoa humana é definida por Sarlet (2002, p. 62)

como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Sobre o princípio mor da Constituição Federal, ressalte-se julgado da Corte Suprema deste País, da lavra do Ministro Celso de Mello:

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. – O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, ART. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforme inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. – O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de firmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. – Assiste, por isso mesmo a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio essencial da dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana (STF, AgR 477554).

A dignidade da pessoa humana como princípio que norteia o Estado Democrático de Direito, como visto, não será afrontada pela criação de banco de dados de DNA, como não o foi pela identificação da impressão digital dos indivíduos brasileiros.

Isso porque individualmente, todas as pessoas submetidas a identificação por meio do banco de dados terão garantidos o sigilo de suas informações, as quais somente poderão ser utilizadas por autorização ou determinação judicial, conforme determinam o artigo 2º da Lei nº 12.654/2012, que modifica a Lei nº 12.037/2009, incluindo o artigo 7º B, bem assim o artigo 3º, da primeira, que introduz o artigo 9º A à Lei de Execução Penal.

2.3.2. Isonomia

Dispõe o artigo 5º da Constituição Federal que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Segundo os ensinamentos de Alexandre de Moraes (2011^[M17]^[CL-GDSEA18], p. 106):

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

Em relação ao citado princípio, o Ministro Gilmar Mendes, comenta que significa, “em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (GILMAR, COELHO, BRANCO, 2007^[M19]^[CB20], p. 147).

Para oferecer tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, é mister ter em mente critérios razoáveis, a fim de que essa máxima não se transforme em condutas discriminatórias. Sobre isso, disserta Alexandre de Moraes (2011, p. 107):

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em

conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

No que tange ao princípio da isonomia e ao tratamento de indivíduos que reiteram na prática de crime, é assente o entendimento que a reincidência significa tratamento diferenciado, porém sob a denominada justificativa objetiva razoável.

As leis pátrias estabelecem diversas finalidades para a reincidência, como por exemplo majoração da pena, regime de cumprimento de pena mais gravoso que no caso de réu primário, impossibilidade de suspensão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, fração diversa para a progressão de regime.

Todas essas distinções são, até o momento, consideradas constitucionais. De maneira que o tratamento diferenciado daquele que já cometeu crime é aceito pela Constituição e, por isso não fere o princípio da isonomia.

De consequência, é de se concluir que a formação de banco de dados de informações de DNA de condenados por crimes dolosos, praticados com violência grave contra a pessoa, ou por crime hediondo ou equiparado, não afronta o princípio da isonomia. A tais indivíduos é dado tratamento diferenciado, na medida de sua desigualdade, qual seja, a reiteração criminosa.

2.3.3. Intimidade

A partir da decodificação do DNA, é possível se conhecer diversas informações sobre o indivíduo, inclusive informações sobre doenças graves que não se manifestaram e que ainda não foram diagnosticadas (GARRIDO; PESSOA, 2012).

Para garantir o sigilo de tais informações, o artigo 5º, § 1º, da Lei nº 12.037/2009, modificada por meio da Lei nº 12.654/2012 estabelece que “as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto a determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.”

O próximo parágrafo, o 2º, do mesmo artigo 5º acima citado, determina que “os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão

caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.”

Afere-se, pois, que o legislador cuidou de proteger a intimidade a vida privada, a honra e a imagem daqueles cujos perfis genéticos estejam armazenados, em atenção ao disposto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso X, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

2.3.4. *Nemo tenetur se detegere*

Literalmente, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa “ninguém é obrigado a se descobrir”. Afigura-se como direito à não autoincriminação e que assegura liberdade ao indivíduo de opor-se ao Estado acusador. (QUEIJO, 2012^[M21]^[CL-GDSEA22], p. 28).

O princípio em debate tem sido considerado direito fundamental do cidadão e mais especificamente do acusado, alçado pela Constituição Federal como garantia do indivíduo contra eventuais excessos e vulnerações do Estado.

Sobre o tema, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Ementa: HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. CONCURSOS DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. PREPONDERÂNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da “não-auto-incriminação” (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se auto-incriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua

estratégia oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não se pode relacionar a personalidade do agente (ou toda uma crônica de vida) com a descrição, por esse mesmo agente, dos fatos delitivos que lhe são debitados (HC 102.486, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 99.446, da relatoria da ministra Ellen Gracie). Por outra volta, não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “Eu sou eu e minhas circunstâncias”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de dosimetria da pena, mais fortemente se deve falar em personalização. 4. Nessa ampla moldura, a assunção da responsabilidade pelo fato-crime, por aquele que tem a seu favor o direito a não se auto-incriminar, revela a consciência do descumprimento de uma norma social (e de suas consequências), não podendo, portanto, ser dissociada da noção de personalidade. 5. No caso concreto, a leitura da sentença penal condenatória revela que a confissão do paciente, em conjunto com as provas apuradas sob o contraditório, embasou o juízo condenatório. Mais do que isso: as palavras dos acusados (entre eles o ora paciente) foram usadas pelo magistrado sentenciante para rechaçar a tese defensiva de delito meramente tentado. É dizer: a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica (tese de não consumação do crime). O que reforça a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante. Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). 6. Ordem concedida para reconhecer o caráter preponderante da confissão espontânea e determinar ao Juízo Processante que redimensione a pena imposta ao paciente (STF, HC 101909)

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. CONDUTA ATÍPICA. "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: ESCOBEDO V. ILLINOIS (378 U.S. 478, 1964); MIRANDA V. ARIZONA (384 U.S. 436, 1966), DICKERSON V. UNITED STATES (530 U.S. 428, 2000). CASO MIRANDA V. ARIZONA: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "MIRANDA WARNINGS", "MIRANDA RULES" OU "MIRANDA RIGHTS". OCASIÃO EM QUE SE RECONHECEU O DIREITO QUE TEM QUALQUER INVESTIGADO DE NÃO PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI MESMO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA.

1. O direito do investigado ou do acusado de não produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5.º, inciso LXIII). É essa a norma que garante status constitucional ao princípio do "Nemo tenetur se detegere" (STF, HC 80.949/RJ, Rel.

Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual, repita-se, ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si.

2. A propósito, o Constituinte Originário, ao editar tal regra, "nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda [à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o "Bill of Rights" norte-americano" (STF, HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008).

3. "Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado - ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 -RTJ 176/805-806) -, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria" (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

4. Nos termos do art. 5.º, inciso LXIII, da Carta Magna "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc.

5. É atípica a conduta de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de não se incriminar, pois se trata de hipótese de autodefesa, consagrada no art. 5.º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal. Precedentes.

6. Habeas corpus concedido, para absolver o Paciente do crime de falsa identidade (STJ, HC 167520/SP).

O princípio sob exame garante que ninguém será obrigado a fazer prova contra si mesmo, ou de tornar-se meio ativo de prova. Tem relação estreita com o devido processo legal, com o direito à defesa e com a presunção de inocência.

Importa ressaltar que o *nemo tenetur se detegere* não se confunde meramente com o direito ao silêncio. Mostra-se como garantia de paridade e isonomia durante a persecução penal, a fim de que eventual sentença condenatória somente seja proferida após a produção de provas admitidas pelo ordenamento e que demonstrem a culpabilidade, garantida a ampla defesa (QUEIJO, 2012^[M23]^[CB24]).

Nesta linha de pensamento, é possível se observar que o *nemo tenetur se detegere* deve atender ao mesmo tempo o interesse público, para o alcance do devido processo legal, como ao interesse privado neste mesmo fim.

O douto Jurista, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 81^[M25]^[CB26]), acerca do tema, pontua:

O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.

O autor Willis Santiago Guerra Filho (2001^[M27]^[CB28]), aduz que o interesse coletivo é a somatória dos interesses individuais, enquanto o interesse

público é a somatória dos interesses individuais e coletivos. Para o autor, o interesse público sempre satisfaz os interesses individuais e coletivos.

Em razão do contraponto entre o interesse público e o privado é que todo e qualquer direito, ainda que fundamental, terá limitações. Ora, a garantia ilimitada do *nemo tenetur se detegere*, o processo penal está fadado ao fracasso, ao mesmo tempo que limitações devem ocorrer no direito/dever do Estado em realizar e persecução penal e punir o culpado.

De forma que o *nemo tenetur se detegere*, poderá sofrer limitações, observando-se o princípio da proporcionalidade e tendo em conta a paz social e a segurança pública, os quais também são valores resguardados pela Constituição Federal (QUEIJO, 2000^[M29]^[CB30]).

Com efeito, em se tratando de princípio fundamental, as limitações deverão ser adequadas e idôneas e, principalmente, observar a legalidade e anterioridade, isto é, deverão ser estabelecidas por leis que somente serão aplicáveis para fatos após sua publicação e entrada em vigor.

Este primado, como se observa pela leitura da lei sob estudo, está resguardado. A Lei nº 12.654/2012 foi recepcionada no ordenamento pátrio, não havendo, até o momento, qualquer alegação de ilegalidade e tampouco foi observada aplicação anterior à sua vigência.

De outra sorte, cabe ressaltar que a determinação para que seja criado um banco de dados de DNA de criminosos condenados, não visa, primariamente, a obtenção de prova em processo judicial.

2.3.5. Presunção de inocência ou não-culpabilidade.

A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVII, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De maneira que antes de passar em julgado a sentença que concluiu pela suficiência da prova da materialidade e autoria, apta para a condenação, o agente é presumidamente inocente.

Como consequência do princípio da não-culpabilidade, entende-se que todo o ônus da prova acerca da materialidade e autoria é do Estado, o qual não pode exigir da defesa que produza prova de fato negativo. Outra disposição relativa ao princípio é a colheita de provas por órgão competente, por meio do devido processo legal e contraditório e implica, ainda, na liberdade funcional do Magistrado para apreciar o acervo (MORAES, 2011).

Sobre o princípio sob exame, o autor Breno Melaragno Costa (2001), assevera que se trata de um limitador para a função legislativa e, ao mesmo tempo, uma garantia em relação ao tratamento do agente durante a persecução penal.

A presunção de não-culpabilidade, porém, não impede a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que seja provisória e preventiva, a ser decretada observando-se os princípios da legalidade, subsidiariedade e excepcionalidade (COSTA, 2001).

A prisão preventiva, no curso do processo, terá lugar quando estiverem presentes os requisitos dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, a necessidade para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal.

Ora, se a presunção de não-culpabilidade não é afrontada pela efetiva privação da liberdade do agente, sem que isso seja considerado inconstitucional, tanto mais poderá ser afastada para a produção de prova pericial, por meio de coleta de material para exame e formação de banco de dados de DNA.

Mesmo porque, é possível se entender que a identificação por meio do DNA, também tem por escopo resguardar a ordem pública, no caso de agentes já condenados por crimes violentos contra a pessoa, hediondos ou equiparados, porquanto configurada a reiteração delitiva que legitima a prisão preventiva.

Também se pode relacionar a identificação criminal através do DNA como providência essencial para a adequada instrução do processo, o que também pode servir de embasamento para que o princípio da presunção de inocência seja mitigado em razão da Lei nº 12.654/2012.

2.3.6. Contraditório e ampla defesa

Confere a Carta Magna, no seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. De acordo com Nestor Távora e Rosmar Alencar (2011^[M31]^[CB32], p. 55):

Numa visão macroscópica, o contraditório vai abranger a garantia de influir em processo com repercussão na esfera jurídica do agente, independente do polo da relação processual que se encontra. Como afirma Elio Fazzalari, a “própria essência do contraditório exige que dele participem aos menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contra-interessado’, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis, e, sobre o outro, efeitos prejudiciais”. O agente, autor ou réu, será admitido a influenciar o conteúdo da decisão judicial, o que abrange o direito de produzir prova, o direito de alegar, de se manifestar, de ser cientificado, dentre outros.

Na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho (2009^[M33]^[CB34], p. 21):

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte ex adversa. Assim, se o acusador requer a juntada de um documento, a parte contrária tem o direito de se manifesta a respeito e vice-versa. Se o defensor tem o direito de produzir provas, a acusação também tem. O texto constitucional supracitado quis apenas deixar claro que a Defesa não pode sofrer restrições que não sejam extensivas à Acusação.

O citado princípio, pelo que se pode observar dos estudos doutrinários, objetiva tratar igualmente as partes no processo.

A acusação deve desincumbir-se do seu ônus de provar a materialidade e autoria do delito, ao tempo em que a defesa tem o direito de manifestar-se sobre todas essas provas.

A defesa tem, outrossim, o mesmo direito de provar qualquer fato modificativo ou extintivo da acusação, como por exemplo, um alibi, ou mesmo a

realização de exame de DNA, a fim de demonstrar que o agente não foi o autor do fato.

Garante o supracitado princípio que para cada ato, produzido por qualquer das partes, a parte ex-adversa será cientificada e lhe será dada oportunidade de se manifestar, impugnar, etc.

Não se observa, à toda evidência, qualquer afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa na formação de banco de dados de DNA, porquanto na eventualidade de se produzir uma amostra ou de se necessitar exame de amostra já armazenada, certamente a parte contrária será cientificada e poderá se manifestar.

2.4. Coisa julgada

Neste ponto, se mostra essencial analisar o instituto da coisa julgada, isto é, a preclusão de qualquer recurso em face de uma decisão judicial. É o que se extrai do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução ao Código Civil, no seu artigo 6º, § 3º.

A doutrina classifica a coisa julgada em material e formal. A primeira ocorre no âmbito do processo penal, quando transita em julgado a sentença penal condenatória. A segunda ocorre quando a sentença impede que outro juízo possa examinar a mesma questão.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2009^[M35]^[CB36], p.801), assevera:

Fala-se, ainda, em coisa julgada e em coisa soberanamente julgada. Esta é absolutamente inimpugnável. É o caso de sentença absolutória, uma vez que o nosso ordenamento jurídico não admite revisão pro societate. Quando se tratar de sentença condenatória transitada em julgado, ela não é intangível, inalterável, porquanto pode ser objeto de *habeas corpus* ou de revisão criminal, e por meio dessas ações a sentença será desconstituída.

Segundo o artigo 110, § 2º, do Código de Processo Penal, “a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver

sido objeto da sentença”. Esse fato principal é o acontecimento, o fato que induziu o acusador a ingressar com a ação penal.

De outra sorte, o artigo 621 do Código de Processo Penal reza:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Os artigos subsequentes – 622 e 623, estabelecem que a revisão poderá ser requerida pelo réu, por procurador ou mesmo por cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, em qualquer tempo antes da extinção da pena.

Afere-se, pois, que em benefício do réu, a coisa cede lugar à possibilidade de revisão do julgado, caso se demonstre que a prova que embasou a condenação era falsa. E mais importante, caso nova prova assevere a inocência do acusado ou possa minorar-lhe a pena.

É de se concluir que o exame de DNA pode se mostrar efetivamente prova nova, capaz de modificar a coisa julgada e inocentar um condenado.

2.5. Integridade física

A integridade física do agente submetido ao exame de DNA não será atingida, porquanto, como visto, a perícia pode ser feita por diversos meios, não invasivos até mesmo, isto é, o material genético por ser encontrado em fios de cabelo, na saliva, elementos que, para extração, não irão causar qualquer dano à integridade física do agente.

E no caso de coleta do material genético diretamente do sangue, será realizada por meio de técnica adequada e indolor, que não poderá ser considerada como caracterizadora de dano à integridade física da pessoa submetida ao exame.

Segundo Carlos Henrique^[M37]^[CB38] (2008, p. 216):

Em tese, todo material genético que contenha DNA pode ser submetido aos exames, inclusive dentes e ossos. O melhor material é o sangue, porque contém uma maior quantidade de células e, portanto, mais material genético para ser analisado. O esperma também possui grande número de células e é bastante estável. (...) As amostras colhidas do lado interno da face, na mucosa bucal, também são utilizadas com alto grau de sucesso.

Com efeito, existindo técnicas adequadas para a coleta do material genético sem causar prejuízo à integridade física do agente, não se observa qualquer possibilidade de se configurar o tipo do artigo 129 do Código Penal.

E ainda que se entenda que a introdução da agulha no indivíduo para coleta de sangue possa significar lesão corporal, está é insignificante e não será objeto de tutela pelo direito penal. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECARRREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS (STF, RHC 66869).

Não há que se falar, portanto, em lesão corporal pela coleta de material genético para realização de exame de DNA e para que seja incluída amostra genética em banco de dados específico.

Sobre a afronta a garantias e direitos estabelecidos nos princípios constitucionais, ressaltou o Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad (2007, 230):

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova

que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.

3. IDENTIFICAÇÃO PELO DNA / BANCO DE DADOS DE PERFIL GENÉTICO

O DNA permite estabelecer a identificação singular de cada indivíduo, sendo mais eficiente que qualquer outro método de identificação, mesmo do método de impressões digitais. De consequência, a formação de banco de dados com perfis genéticos de evidências encontradas em locais de crimes, bem como a formação de banco de dados de perfis genéticos de pessoas condenadas por crimes violentos, hediondos e equiparados, pode ser extremamente eficaz na resolução de crimes.

Estudos realizados nos Estados Unidos demonstram que é possível encontrar amostras biológicas em mais de 40% dos vestígios encontrados em um local onde ocorreu um crime de homicídio ou violência sexual. Na Inglaterra, o mesmo estudo aponta para a possibilidade de se localizar amostra biológica em mais de 50% dos vestígios encontrados em locais de crimes (LIMA, 2008).

Outras pesquisas estatísticas americanas demonstram que os crimes sexuais são marcados por alto grau de reincidência, isto é, um mesmo agente comete crime da mesma natureza pelo menos 8 vezes, com vítimas diferentes (LIMA, 2008).

Em determinado estudo realizado no estado do Piauí, concluiu-se que os crimes sexuais são comumente cometidos contra crianças e adolescentes, principalmente à noite, em locais ermos e por pessoas desconhecidas (LIMA, 2008).

Por esses fatores, além do fator cultural, no Brasil é baixíssima a quantidade de vítimas de crimes sexuais que os reportam para as autoridades. E há casos em que mesmo que a vítima supere todas as dificuldades e receios para registrar ocorrência, para se submeter a exame pericial, a identificação do criminoso pode jamais ocorrer, de forma a aumentar ainda mais os dados relativos à impunidade e insegurança que assolam o Brasil.

Vale destacar, ainda, que de nada servirá a realização de perícia em vestígios de locais de crimes, inclusive identificando-se material genético, se não houver a comparação do perfil encontrado com uma amostra de referência. Isto é, de nada vale a identificação de uma amostra de sangue do possível autor de um crime de homicídio no local onde foi praticado, se não houver um banco de dados onde estiverem incluídos perfis genéticos para comparação (LIMA, 2008).

É de constatação geral que vários crimes cometidos com grave violência à pessoa, hediondos e equiparados não são elucidados em razão da

ausência de prova da materialidade ou da autoria. Segundo Luis Renato e Bruno Miranda (2011^[M39]^[CB40], p. 263):

O DNA veio contribuir para fixar definitivamente a prova material como imprescindível na investigação criminal, fazendo contraponto com a prova testemunhal, que perdeu o valor. Cabe registrar que, no Brasil, é longo o tempo decorrido entre o crime e o julgamento dos acusados e esse período é nocivo para a fidelidade à manutenção dos depoimentos tomados a termo. Muitos réus, em juízo, por vários motivos, negam até mesmo uma confissão feita à autoridade policial.

É possível se concluir pelo grande valor da prova pericial, em contraponto com a prova oral. Como identificado pelas pesquisas acima citadas, nos crimes violentos e na maioria dos crimes contra a liberdade sexual, os fatos se dão na ausência de testemunhas, em locais ermos e escuros. Além disso, muitas vezes as vítimas são ameaçadas para não olharem para seus algozes. De forma que um reconhecimento se mostra duvidoso, ou até mesmo inviável.

E não é raro que a vítima identifique equivocadamente o autor do crime. Considerando o nervosismo e trauma provocados pelas infrações, e até mesmo para encontrar alguma sensação de que será “feita a Justiça”, a vítima pode reconhecer uma pessoa apenas “assemelhada” com o verdadeiro autor do crime, o que pode provocar sérios prejuízos para o inocente reconhecido.

Nada obstante, a jurisprudência pátria confere especial valor probatório para a palavra da vítima em crimes cometidos sem a presença de testemunhas. Confira-se:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” - CRIME DE ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA - SÚMULA 608 DO STF - DECLARAÇÃO DE POBREZA EMANADA DA VÍTIMA - VALIDADE - LAUDO PERICIAL NEGATIVO QUANTO À EXISTÊNCIA DE CONJUNÇÃO CARNAL - EXISTÊNCIA DE LESÕES INDICATIVAS DE RESISTÊNCIA A AGRESSÃO SEXUAL - VESTÍGIOS IDÔNEOS - EFICÁCIA PROBANTE DAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA DE ESTUPRO - PRECEDENTES - NECESSÁRIO REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO - INADMISSIBILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” - PEDIDO INDEFERIDO. - Tratando-se de crime

de estupro com violência real, torna-se dispensável qualquer delação postulatória (“representação”) por parte da ofendida, eis que, em tal específica situação, a perseguibilidade estatal se dá mediante ação penal pública incondicionada. Precedentes. - No que concerne à prova da violência nos delitos sexuais, é certo que, além das vulnerações que atingem o órgão genital feminino, existem outros vestígios idôneos que se revelam aptos a demonstrar a resistência da vítima ao ataque sofrido. - A existência de sêmen na vagina não é essencial à configuração do delito de estupro. As lesões típicas de defesa constatadas no corpo da vítima assumem decisiva eficácia probante no contexto dessa prática delituosa. Precedentes. - A palavra da vítima - quando não está em conflito com os elementos produzidos ao longo da instrução penal - assume importância probatória decisiva, especialmente quando a narração que faz apresenta-se verossímil, coerente e despojada de aspectos contraditórios. Precedentes. - A alegação de insuficiência do conjunto probatório, precisamente por impor uma ampla perquirição da prova penal produzida ao longo do processo de conhecimento, acha-se pré-excluída do âmbito de atuação do “habeas corpus”. Precedentes. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que o exame aprofundado das provas e a análise da eventual justiça ou injustiça do provimento jurisdicional impugnado não encontram sede processualmente adequada na ação de “habeas corpus”. Precedentes (STF, HC 74302).

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo se pode aferir do seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. A ausência de laudo pericial conclusivo não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios.
2. O decisum exarado pelo Tribunal de origem bem assim os argumentos da insurgência em exame firmaram-se em matéria fático-probatória, logo, para se aferir a relevância do laudo referente ao corpo de delito ou contraditar o consistente depoimento da vítima, ter-se-ia de reexaminar o acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.
3. A tese esposada pelo Tribunal local consolidou-se em reiterados julgados da Sexta Turma deste Tribunal - Súmula 83/STJ.
4. Na via especial, o Superior Tribunal de Justiça não é sucedâneo de instâncias ordinárias, sobretudo quando envolvida, para a resolução

da controvérsia (absolvição do agravante acerca da imputação de estupro, nos termos do art. 386 do CPP), a apreciação do acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido (STF, AgRg no AREsp 160961/PI).

Além da possibilidade de equívoco no reconhecimento, há também casos que são levados a julgamento muitos anos após os fatos, o que prejudica a memória dos fatos e, certamente, da fisionomia do autor do crime, o que pode também desqualificar a prova oral. E embora sejam reconhecidas incoerências nos depoimentos prestados logo após os fatos, com aqueles que são colhidos na instrução anos depois, a jurisprudência continua entendendo como válida a palavra da vítima, como se afere do seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. TENTATIVA. AUTORIA. CONTRADIÇÃO NO DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS. LAPSO TEMPORAL ENTRE A OCORRÊNCIA DO FATO E A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. PREVALÊNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 11.464/2007.

Se a oitiva das testemunhas em inquérito policial foi realizada com lapso temporal de 2 (dois) anos da ocorrência dos fatos, é admissível a inexatidão acerca de alguns pontos em suas declarações.

Embora haja divergência no depoimento dos policiais militares que efetuaram a prisão do acusado, quanto ao exato momento da abordagem policial, há prevalência da palavra da vítima para elucidar a dinâmica dos fatos.

O cumprimento da pena aplicada aos crimes previstos como hediondos se dá em regime inicialmente fechado, ante o que dispõe o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, na redação dada pela Lei nº 11.464/2007.

Apelações conhecidas e desprovidas.

De outra sorte, realizado exame pericial de DNA, não haverá dúvida e poderá até ser dispensado o reconhecimento de pessoas, garantindo-se uma eficaz

identificação do verdadeiro autor do delito, o que possibilitará a certeza da sentença condenatória ou absolutória.

3.1. O tratamento do tema no direito comparado

A discussão sobre a sujeição ao exame de DNA compulsório, embora seja incipiente no direito brasileiro, encontra profunda análise em países estrangeiros.

Na Itália, no ano de 1986 a Corte Constitucional reconheceu o cabimento do exame hematológico e em 1995 foram realizados diversos exames, com submissão voluntária ou não. Dez anos depois, a corte italiana retrocedeu e considerou ilegítima a produção deste tipo de prova sem regulamentação legal. Em julho de 2005, após a ocorrência de atos de terrorismo na Inglaterra, cujas investigações poderiam chegar à Itália, foi editado o “Decreto Pisani”, que possibilita a identificação de acusados deste tipo de crime por meio de material biológico da cavidade oral ou, após autorização, por outro meio, inclusive coativo (HADDAD, 2007).

No ano de 1994, o Tribunal Supremo Espanhol decidiu que a extração de sangue requer controle judicial mediante decisão fundamentada. Posteriormente, a mesma corte ponderou que intervenções corporais seriam justificadas pelo interesse público, porém a medida deveria ser prevista em lei. Neste último julgamento o Tribunal entendeu que a extração de cabelos não configura afronta à integridade física da pessoa (HADDAD, 2007).

O Direito Alemão, desde 1933, entende que o interesse público prepondera sobre o pessoal e, por isso, as intervenções corporais para investigação criminal ocorrem mesmo contra a vontade do agente e podem ser determinadas por Juiz, pelo Ministério Público ou até mesmo pela autoridade policial em caso de urgência. O consentimento somente se exige em casos de risco para a saúde do agente, que poderá sofrer sanções em caso de recusa, inclusive pecuniária. Note-se que o entendimento alemão é bem anterior à possibilidade de identificação por meio de DNA, que foi incluída a lei em março de 1997 (HADDAD, 2007).

Nos Estados Unidos é admitida a produção de prova pericial, com extração de amostra de sangue, sem consentimento do agente. A Inglaterra distingue

a amostra íntima da não íntima e decidiu que em relação à segunda, não é necessário consentimento do acusado. Atualmente, como dito em capítulo anterior, os Estados Unidos e a Inglaterra possuem um efetivo banco de dados de identificação genética amplamente utilizado não só para a condenação, mas também para a absolvição de diversos agentes (HADDAD, 2007).

Outros países como Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Letônia, Luxemburgo, Noruega, Polônia, Suécia e Suíça têm previsão de identificação por meio de DNA e formação de banco de dados com perfis de pessoas condenadas por determinado período de tempo (MARTINS, 2013).

3.2. Rede Integrada de Perfis Genéticos no Brasil

No Brasil, desde 1992, a Polícia Civil do Distrito Federal, por meio de sua Polícia Técnica, passou a desenvolver esforços no sentido de implementar pesquisas por meio do DNA forense e implantar laboratório próprio para análise de material genético, como subsídio para perícia criminal.

Em 8 de dezembro de 1994, a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou a Lei nº 803 que criou a Divisão de Pesquisa de DNA Forense – DPDNA, órgão diretivo, subordinado diretamente ao Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Distrito Federal. A referida divisão ficou responsável pela realização de exames de DNA forense (BARROS; PISCINO, 2008^[M41]_[CB42]).

Segundo a Revista Perícia Federal, editada pela Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais, Ano IX, nº 26, no período de 11 a 14 de junho de 2007 foi realizada em Brasília a reunião do Grupo Ibero-Americano em Análise de DNA – GITAD, e da Rede Nacional de Genética Forense, durante a qual foi amplamente discutida a implementação de banco de dados de DNA no Brasil.

As estatísticas brasileiras na resolução de homicídios, de apenas 6%, apresentada no encontro, se encontrava entre as mais baixas do mundo, enquanto na Argentina é de 45%, nos Estados Unidos de 65%, na França, 80% e na Inglaterra chega a 90%. Esses dados demonstraram a necessidade urgente de o Brasil evoluir no tema, segundo matéria na Revista Perícia Federal, Ano IX, nº 26, p. 7.

Discutiu-se na reunião do GITAD, ainda, sobre as técnicas pouco invasivas para a obtenção de amostra de DNA, bem como sobre a regulamentação da rede, determinando-se as competências para operação do banco de dados, bem assim estabelecendo-se instrumentos de segurança e eventuais sanções para casos de mau uso das informações.

Entretantes, em maio de 2009, a Polícia Federal assinou com o FBI um Termo de Compromisso para concessão, pelo segundo, de uma licença ilimitada para a utilização do CODIS, sistema desenvolvido e utilizado nos Estados Unidos.

O CODIS – Caombined DNA Index System – permite que perfis genéticos sejam armazenados, compartilhados e comparados por diversos estados, formando um banco de dados central denominado Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos – RIBPG.

A implantação oficial do CODIS no Brasil ocorreu em 2010, em cerimônia realizada no INC, que também foi marco para o início do treinamento dos *experts*. (SILVA; BINSFELD, 2012).

Atualmente todos os estados do Brasil realizam o exame de DNA, contudo o órgão que detém maior evidência na tarefa é o Instituto Nacional de Criminalística – INC, localizado no Distrito Federal e subordinado ao Departamento de Polícia Federal e ao Ministério da Justiça (SILVA; BINSFELD, 2012).

Sobre a determinação legal de que seja criado um banco de dados de DNA de condenados por crimes praticados com violência grave à pessoa, por crimes hediondos ou equiparados, Márcio Adriano e Guilherme Silveira (disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridic-brasil>) aduzem que:

A Lei nº 12.654/2012, publicada em 28 de maio de 2012, que altera dispositivos das Leis 12.037, de 1º de outubro de 2009 (identificação criminal), e 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), prevendo a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, pode ser um marco na discussão do princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo), que no Brasil tem ganhado dimensões demasiado expansivas, se comparado à sua interpretação em outros países.

Em breve resumo, a lei incluiu a possibilidade de que seja realizada a coleta de material biológico para fins de formação do perfil genético, nos casos de identificação criminal essencial às investigações

policiais, por ordem judicial de ofício ou por representação da Autoridade Policial, do Ministério Público ou da defesa.

(...)

Muitas são as questões que surgirão como novo diploma legal, mas que, sem sombra de dúvida, não pode ser interpretado à luz do garantismo penal integral e não do garantismo à brasileira, destinado a servir de escudo à persecução penal. Os bancos de perfis genéticos são uma realidade no resto do mundo e agora parece ser o momento a ser enfrentado no Brasil. Avancemos, ou progrediremos fatalmente ao retrocesso que tem marcado nossa persecução penal (<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>).

O Senador Ciro Nogueira, ao apresentar justificativa ao projeto de lei, asseverou:

O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (Combined DNA Index System) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para a implantação do CODIS começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele.

O CODIS prevê ainda um banco de identificação genética de criminosos, que conteria o material de condenados. Todavia, a sua implantação depende de lei. É do que trata o presente projeto. De fato, uma coisa é o banco de dados operar apenas com vestígios; outra é poder contar também com o material genético de condenados, o que otimizaria em grande escala o trabalho investigativo.

A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal.

Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que o DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime. Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo.

O DNA pode ser encontrado em todos os fluidos e tecidos biológicos humanos e permite construir um perfil genético individual. Além disso,

características moldadas ao longo da história evolutiva dos seres vivos adaptaram o DNA para ser uma molécula informacional com baixíssima reatividade química e grande resistência à degradação. Essa robustez da molécula faz com que o DNA seja ideal como fonte de identificação resistente à passagem do tempo e às agressões ambientais frequentemente encontradas em cenas de crimes.

A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para muitos fins hoje em dia: demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica.

Julgamos tratar-se de medida necessária e urgente, para a qual peço o apoio dos meus ilustres Pares (JUSTIFICAÇÃO. Senador Ciro Nogueira. Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>).

O Relator do Projeto de Lei nº 93 no Senado, alinhavou:

A determinação de identidade genética pelo DNA é uma técnica muito superior a todas as técnicas preexistentes de medicina forense, inclusive às impressões digitais clássicas. O DNA pode ser encontrado em todos os fluidos e tecidos biológicos humanos. Além disso, os estudos dos poliformos do DNA (regiões do genoma nas quais existem variações entre pessoas saudáveis) permitem construir um perfil genético para cada indivíduo (PARECER. Senador Demóstenes Torres. Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>).

Segundo o Senador Demóstenes Torres, no Parecer ao Projeto que deu origem à Lei nº 12.654/2012:

Estudos recentes apontam o Brasil como o sexto país do mundo em taxas de homicídios (26,4 homicídios em 100.000 habitantes/ano) e destacam uma situação igualmente grave em relação aos crimes sexuais.

As taxas de elucidação desses delitos são baixas, com menos de 10% dos homicidas apropriadamente identificados e condenados, devido à ausência de prova material; tal fato tem causado comumente o arquivamento de vários inquéritos ou denúncias.

A efetiva atuação da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos certamente diminuirá esses índices alarmantes de violência. Todavia, a legislação em vigor não obriga os condenados por crimes graves a fornecer amostras biológicas de referência (PARECER. Senador Demóstenes Torres. Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>).

Importante ressaltar que a lei determina que a identificação criminal não será completa, isto é, somente constarão do banco de dados os elementos essenciais para a identificação da pessoa, e não informações acerca dela, como por exemplo, disposição genética para doenças. Neste ponto, a lei está de acordo com normas internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos (MARTINS, 2013).

A lei também determina o sigilo das informações armazenadas, de modo a resguardar aqueles que tiverem seus perfis identificados e inseridos no banco de dados. E o resultado da análise deverá constar de laudo a ser assinado por perito oficial.

Ressalte-se que a Lei nº 12.654/2012 foi publicada em 28 de maio de 2012 e entrou em vigor 180 dias após, isto é, em 28 de novembro de 2012.

Entretanto, até esta data, a regulamentação dos bancos de dados aguarda a inércia do Poder Executivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A identificação de pessoas por meio de perfil genético do DNA é, pois, uma realidade no Direito Brasileiro.

Esta inovação demonstra o avanço do direito pátrio, em evidente compasso com a evolução da ciência e da tecnologia, que vem possibilitar a produção de prova que determine a certeza para a condenação ou para a absolvição.

Trata-se de meio de prova de grande valor e eficácia. Tal afirmação se deve ao fato de o DNA poder ser identificado em pequena quantidade de amostra e nos mais variados tecidos humanos, seja por meio de exame nuclear da célula, seja por meio de exame das mitocôndrias.

A identificação de perfil genético por meio do DNA é altamente discriminatória, com margem de erro, na maioria dos casos, menor que 1% (um por cento).

Sua utilização por diversos outros países, comprovou que é atualmente o meio mais eficaz para a identificação de pessoas envolvidas em crimes, sendo de grande valia para identificar criminosos, bem como inocentes, a ponto de evitar execuções.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu que a inclusão de dados sanguíneos na carteira de identidade é constitucional, ao julgar improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 4007 e 4343, ajuizadas contra normas editadas em São Paulo e Santa Catarina, as quais determinavam a inclusão de dados sanguíneos (tipo e fator RH) na carteira de identidade emitida pelos órgãos competentes estaduais.

Para a Relatora, Ministra Rosa Weber, o artigo 2º da Lei nº 9.049/1995 possibilita que as autoridades públicas expeçam carteiras de identidade com identificação de informações sanguíneas, por solicitação da parte interessada. Concluiu a douta Ministra que as leis estaduais estavam em consonância com o delineado pela União.

Tal decisão é pioneira e pode servir de lastro para se concluir pela legalidade e constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012.

De outra sorte, é consabido que a identificação criminal constitui exceção constitucional à identificação civil.

Com efeito, a todos os indivíduos são legalmente conferidos e resguardados direitos e garantias quanto à liberdade, honra, intimidade, vida privada, presunção e inocência e liberdade para não produzir prova contra si mesmo.

O Estado, todavia, tem o poder-dever de buscar a verdade para efetivamente realizar a Justiça no processo penal. Ainda que não seja possível a identificação da verdade absoluta, a decisão judicial deve ser aproximar o quanto possível da realidade dos fatos examinados.

Portanto, em havendo uma dicotomia entre dois interesses relevantes e antagônicos, a solução deve se basear na preservação do interesse que seja mais caro à sociedade e não a um indivíduo apenas. Vale dizer, o interesse público deve ser colocado em primeiro lugar diante do interesse privado na proteção de bens individuais.

É claro que tal escolha, pelo interesse público, não prescinde de limites e, para isso, a lei veio calcada de várias determinações a fim de evitar abusos, como por exemplo o sigilo dos dados de perfis genéticos incluídos no banco de dados de DNA.

Conclui-se que a sujeição do agente à coleta de material genético para fins de identificação criminal ou mesmo após a sentença penal condenatória não representa afronta direitos e garantias.

Mesmo porque atualmente existem diversas providências legais que mitigam diversos direitos fundamentais dos acusados em processos ou mesmo antes dele, como é o caso da prisão provisória que substitui a prisão em flagrante.

Outras medidas como interceptação telefônica, a condução coercitiva e até mesmo a privação da liberdade por meio de prisão processual anterior à sentença, são consideradas constitucionais e, em acurado exame, podem representar prejuízo ainda maior ao indivíduo do que a simples coleta de material para exame de DNA.

A lei, entretanto, foi publicada com várias determinações legais que visam garantir a privacidade dos dados inseridos nos bancos competentes, como o armazenamento apenas de dados de identificação, bem como o sigilo das informações. A regulamentação certamente garantirá ainda mais essas prerrogativas, porquanto deverá estabelecer sanções para os casos de utilização inadequada das informações constantes dos bancos de dados.

É de se observar, pois, que a identificação do indivíduo por meio de banco de dados de DNA, sigiloso, tampouco poderá comportar indicação de eiva de inconstitucionalidade, sendo certo que a Lei nº 12.654/2012 deve ser imediatamente regulamentada, para que passe a ter eficácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Eliete Gonçalves Rodrigues. *Direitos fundamentais e limitações necessárias: aplicação do exame pericial do DNA para a identificação de pessoas*. – TCC apresentado como requisito para obtenção de pós-graduação lato sensu em “Ordem Jurídica e Ministério Público” – Brasília-DF, 2009. Disponível em http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Mono_eliete.pdf. Acesso em 16/7/2014.

ANSELMO, Marcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>. Acesso em 54/7/2014.

BARROS, Marco Antônio; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. *DNA e sua utilização como prova no processo penal*. Portal Mackenzie. Inserido em 9/9/2008, Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_de_Barros_2.pdf. Acesso em 21/7/2014.

BORÉM, Aluízio; FERRAZ, Daniel Amin; SANTOS, Fabrício R. *DNA e Direito: As análises de DNA estão reduzindo as ambiguidades na identificação de criminosos*. Biotecnologia Ciência & Desenvolvimento. Brasília, ano IV, n.22, p. 42-44, Setembro/Outubro 2001. Disponibilizado em <http://www.biotecnologia.com.br/revista/bio22/dnaedireito.pdf>. Acesso em 12/8/2014.

BRASIL. Constituição da República. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AgR 477554. Julgado em 16/08/2011. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Publicado no DJ de 26/08/2011 ement. Vol-02574-02 pp-00287.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 101909, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 167520/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 66869, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 06/12/1988, DJ 28-04-1989 PP-06295 EMENT VOL-01539-02 PP-00187.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 74302, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 26/11/1996, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-01 PP-00001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 160961/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 06/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 155149/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2010, DJe 14/06/2010.

COSTA, Luis Renato da Silveira; COSTA, Bruno Miranda. *A perícia médico legal*. Campinas/SP: Millenium, 2011.

COSTA, Breno Melaragno, *Princípio Constitucional da Presunção de Inocência*. In Os princípios da Constituição de 1988, Organizadores: Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

COSTA, Priscila. *Condenado por estupro é inocentado após cinco anos preso*. In Conjur. Disponível: http://www.conjur.com.br/2006-ago-31/condenado_estupro_inocentado_cinco_anos_preso. Acesso em 29/7/2014.

DALTON, Gustavo de Carvalho; KALUPNICK, Sergei; MEINICKE, André Ricardo; BODI, Estêvão Cardoso de Almeida; SERPA, Guilherme Fonseca; JACQUES, Guilherme Silveira. *Análise forense de DNA*. In Revista Perícia Federal, Ano IV – Número 13 – dez 2002. Disponível em <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/13.pdf>. Acesso em 13/8/2014.

DOLINSKY, Luciana Cresta; PEREIRA, Lissiane Miranda Campelo Veras. *DNA Forense. Artigo de revisão*. Saúde & Ambiente em Revista. Universidade UNIGRANRIO, Duque de Caxias, v.2, n.2, p. 11-22. Jul-Dez 2007. Disponibilizado em <http://publicacoes.unigranrio.br/index.php/sare/article/viewFile/242/231>. Acesso em 19/8/2014.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Manual de processo penal*. 11ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2009.

FILHO, Willis Santiago Filho. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In Direito Constitucional. São Paulo. Malheiros, 2001.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; PESSOA, César. *Bancos de dados de DNA e exposição da pessoa. A lei nº 12.654/2012 e outras implicações*. Disponível em <http://nupecs.files.wordpress.com/2012/12/bancos-de-dados-de-dna-e-exposic3a7c3a3o-da-pessoa.pdf>. Acesso em 6/8/2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance, FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos e propostas de sua regulamentação*. Revista Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Vol. 10. nº 39, fevereiro de 2008. Disponível em: www.emerj.rj.gov.br. Acesso em 8/8/2014.

JUSTIFICAÇÃO. Senador Ciro Nogueira. Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>. Acesso em 15/8/2014

KHALED, Salah H. Jr. *Ambição de verdade no processo penal. Desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador, Editora Juspodivm, 2009.

LIMA, Helio Buchmuller. *DNA x criminalidade*. In Revista Perícia Federal, Ano IX – Número 26 – junho/2007 a março/2008. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>. Acesso em 13/8/2014.

LIMA, Maria Marta Vieira de Melo; COSTA, Mônica de Brito; MAIA, Flávia Andrade Seixas. *Caso de morte violenta com identificação do autor através do DNA*. In Revista Perícia Federal, nº 13. Disponível em <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/13.pdf>. Acesso em 13/8/2014.

MARTINS, Felipe. *A identificação criminal por perfil genético no Brasil*. Disponível em <http://lizepmartins.jusbrasil.com.br/artigos/121943801/lei-12654-12-a-identificacao-criminal-por-perfil-genetico-no-brasil>. Acesso em 8/8/2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. *Princípio da verdade real no processo judicial brasileiro*. In Revista SJRJ, volume 17, nº 29, p. 321-341. Dez. 2010. Disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/viewFile/209/202. Acesso em 19/8/2014.

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

PARECER. Senador Demóstenes Torres. Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=87708&tp=1>. Acesso em 15/8/2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Ludmila Lopes Ruela; BINSFELD, Pedro. *Evolução histórica da genética forense no judiciário brasileiro*. Disponível em: <http://www.cpgls.ucg.br/7mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/EVOLU%20C3%87%C3%83O%20HIST%20RICA%20DA%20GEN%20C3%89TICA%20FORENSE%20NO%20JUDICI%20BRASILEIRO.pdf>. Acesso em 6/8/2014.

SOARES, Amanda; FUMICO, Carolina; AQUINO, Inaê; LIMA, Luana; MARGOTO, Paula. *Genética forense e a técnica do PCR*. Disponível em

<http://www.biologia.bio.br/curso/Gen%C3%A9tica%20Forense%20trabalho%20escrito.doc>. Acesso em 13/7/2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2011.

<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>. Acesso em 4/8/2014.