A IDENTIFICAÇÃO E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Raquel Brustulin¹
Fabio Barbosa Chaves²

RESUMO

O presente artigo propõe uma reflexão acerca da coleta de material biológico de condenados ou investigados para a elucidação de crimes de grave violência ou hediondos e se o seu uso fere a dignidade da pessoa humana. A análise do tema abrange três momentos. Primeiro, será feita a identificação das hipóteses em que a Lei nº 12.654/12 é aplicável. Em seguida, será feita uma explanação sobre os princípios constitucionais que estão em conflito com a referida lei. Por fim, será realizada uma avaliação sobre a utilização de informações genéticas para fins de persecução criminal. Destarte, se busca compreender os diferentes entendimentos acerca da possível violação ao princípio da dignidade da pessoa humana ao determinar a coleta de material genético para comparação com vestígios biológicos encontrados em cenas de crimes.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Material biológico. Perfil genético. Identificação criminal.

ABSTRACT

This article proposes a reflection on the gathering of biological material from convicted or investigated criminals to elucidate serious or heinous crimes and if its use harm the human being dignity. The analysis of the subject is comprised of three parts. Firstly, the hypotheses in which Law No. 12,654/12 is applicable will be identified. Then, an explanation will be given about the constitutional principles that are in conflict with said law. And lastly, an evaluation on the use of genetic information for the purpose of criminal prosecution will be conducted. Therefore, the study aims to comprehend the different understandings on the possibility of violating the principle of human dignity determining the gathering of genetic material for comparison with biological traces found in crime scenes.

Keywords: Human being dignity. Biological material. Genetic database. Criminal identification.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é definida pelo seu constante avanço na ciência. O desenvolvimento tecnológico propiciou crescimentos significativos no campo da medicina, desde simples procedimentos ao complexo mapeamento do Genoma Humano.

A descoberta da estrutura tridimensional de dupla hélice da molécula do ácido desoxirribonucleico (DNA), em 1953, causou uma verdadeira revolução na investigação das ciências ligadas ao estudo da vida. Esse processamento do DNA proporcionou que fossem criados perfis genéticos de um indivíduo, sendo possível a sua identificação. Isso porque o DNA presente em cada pessoa é único e imutável.

Essa característica perene da molécula é o que fundamenta a sua utilização como meio de

¹ Raquel Brustulin, graduanda em Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: raquel_brustulin@hotmail.com.

² Fabio Barbosa Chaves, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS/2017. Professor universitário de Graduação e Pós-graduação. E-mail: fabio.barbosa@catolica-to.edu.br.

identificação pessoal tanto para fins criminais, como para fins civis. A tecnologia do perfil genético é uma dentre várias outras tecnologias biométricas, que, com a combinação delas, um indivíduo pode ser identificado com precisão.

O uso dessa ferramenta não abrange somente a identificação dos vestígios genéticos deixados na cena de um crime, mas também na identificação de pessoas desaparecidas ou corpos a partir da busca realizada através da inserção voluntária dos dados genéticos dos familiares, bem como de vestígios biológicos do próprio sujeito presentes em sua residência no banco de perfis genéticos, conferindo um viés social a essa técnica.

Essa ferramenta já está presente em diversos países e, no Brasil, surgiu com o advento da Lei 12.654 de 28 de maio de 2012 que prevê a identificação através do perfil genético autorizando a coleta de material biológico de investigado ou condenado por crime hediondo ou cometido com grave violência para fins de prova e de armazenagem em bancos de dados, tendo por objetivo ajudar a elucidar crimes (BRASIL, 2012).

Após a implementação desta lei, o cerne principal discutido por diversos operadores do Direito se configura na violação da privacidade e o direito a não autoincriminação. Dessa maneira, a coleta de material biológico em suspeitos ou condenados para a obtenção de perfil genético teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e é tratada no Recurso Extraordinário 973.837.

Destarte, reconhecendo a necessidade de meios mais seguros e céleres para a resolução de crimes, a lei traz, em primeira análise, um forte indicativo de identificação criminal e controle penal dos indivíduos marginalizados. Todavia, também é fonte de preocupações, pois seu uso ilimitado pode afetar a população, uma vez que a informação genética fica armazenada em um banco, podendo ser acessada a qualquer momento, inclusive, sendo capaz de instigar a discriminação genética.

Destarte, com a finalidade de atingir o resultado buscado, o método utilizado para abordar o estudo é o hipotético-dedutivo. Desse modo, se busca observar os direitos das pessoas frente à nova lei de identificação criminal e compreender as divergências entre entendimentos sobre eventual violação do princípio da dignidade da pessoa humana ao determinar a coleta de material genético para identificação e investigação crimina genética.

2 O MARCO LEGAL INAUGURADO PELA LEI Nº 12.654/12

A criação da norma se deu pela crescente criminalidade que assola o país, porque a identificação pelo perfil genético se torna uma ferramenta capaz de combater esse quadro nacional. A norma em análise tem como origem o Projeto de Lei do Senado nº 93 de 2011, de autoria do Senador Ciro Nogueira – PP/PI, e estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. O projeto altera a Lei nº 12.037/09 da identificação criminal do civilmente identificado, bem como a Lei nº 7.210/84 da execução penal.

Devido à forma de identificação genética já vir sendo utilizada, o projeto de lei veio para legalizar esse procedimento. Dessa maneira, em suas delineações, apresenta a criação de um banco nacional de DNA para auxiliar na investigação de crimes cometidos com violência. Este banco possui um sistema capaz de tornar os laboratórios integrados em uma rede e é conhecido como Combined DNA Index System – CODIS. Este sistema fora importado da Federal Bureau of Investigation – FBI, a Polícia Federal dos Estados Unidos e já consta em mais de trinta países. O CODIS funciona através de um banco de identificação genética que armazena as informações do perfil genético de condenados, bem como os vestígios biológicos encontrados na cena do crime (BRASIL, 2011).

O Senador ainda argumenta que a identidade genética não favorece apenas no campo criminal. O banco de dados pode ser de grande ajuda na identificação de cadáveres, na investigação de paternidade e é capaz de auxiliar na elucidação de casos de troca de bebês em berçários.

Recebido pela Comissão de Constituição e Justiça, não foi encontrado qualquer vício de constitucionalidade. No mérito, a comissão entendeu que o banco de dados de identificação de perfil genético não ofende os princípios de respeito à integridade física e à dignidade humana, desde que a coleta do material biológico seja feita mediante procedimento não invasivo.

O texto da lei ordinária fora revisado e sancionado pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, em 28 de maio de 2012 sob o número 12.654. Em síntese, consta em seu bojo a previsão da coleta não invasiva do ácido desoxirribonucleico de condenados por crimes graves ou hediondos como forma de identificação criminal. Esse material coletado deve ser armazenado em um banco de dados de perfis genéticos gerenciado pela unidade oficial de perícia criminal. Os perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, possuindo caráter sigiloso, respondendo civil, criminal e administrativamente àquele que promover a sua utilização para fins diversos do previsto em lei (BRASIL, 2012).

Assim, criada para preencher a lacuna existente na legislação acerca do uso do perfil genético como forma de identificação criminal, a Lei n. 12.654/12 pode ser aplicada em duas possibilidades: durante a investigação e a instrução criminal e depois da condenação definitiva, conforme sustentam Giongo (2016) e Vasconcellos (2014).

A primeira hipótese de uso da coleta de perfil genético vem insculpido no artigo 3º, inciso IV da Lei 12.037/09, que trata da identificação criminal do civilmente identificado. Dessa forma, o artigo supracitado cumulado com o parágrafo único do artigo 5º do mesmo diploma legal, determina que a coleta de material biológico poderá ocorrer ao se tratar de suspeitos quando a autoridade judiciária, mediante decisão fundamentada, entender que durante as investigações policiais existe a necessidade de que o investigado o forneça, a fim de que se obtenha o perfil genético. Desse modo, deverá, o juiz, levar em consideração o caso concreto, analisando a real necessidade da sua aplicação (BRASIL, 2009).

Outra mudança que a Lei 12.654/12 provocou, foi em relação à Lei 7.210/84 que trata da execução penal. Nesta lei, ficou determinada a segunda hipótese de ocorrência da aplicação da

identificação criminal no artigo 9º-A e seus parágrafos. Nesse sentido, aqueles condenados por crimes dolosos ou hediondos praticados contra pessoas deverão ser submetidos obrigatoriamente à identificação do perfil genético, mediante extração do DNA por procedimento não invasivo (BRASIL, 2012).

A coleta do material genético dos condenados é de suma importância para a alimentação do banco de dados de perfis genéticos, isto porque outras localidades poderão parear o banco de vestígios com o banco de referência, a fim de obter informações relevantes acerca dos vestígios encontrados na cena do crime. Dessa maneira, segundo o § 2º do artigo 9º-A da Lei 7.210/84, em caso de inquérito instaurado, a autoridade policial poderá requerer ao juiz competente o acesso ao banco de dados de perfil genético (BRASIL, 1984).

É importante salientar, por fim, que o artigo 7º-A da Lei 12.037/09 prevê a exclusão do perfil genético do banco de dados, determinando que a retirada das informações genéticas ocorrerá com o término do prazo legal estabelecido para a prescrição do delito (BRASIL, 2009). Dessa maneira, fica estipulado que a permanência no banco do perfil genético será por tempo determinado sendo excluído após esgotado o período previsto. Ainda, segundo Pacelli (2017), por analogia, na hipótese de absolvição ou decisão extintiva da punibilidade transitada em julgado, poderá ser excluído conforme previsto no artigo 7º do mesmo diploma legal.

3 O DNA E A TIPAGEM DO PERFIL GENÉTICO

Todos os organismos pluricelulares possuem células que assumem funções específicas se organizando em tecidos constituindo os órgãos. A estrutura proteica da maioria desses organismos é sintetizada através das informações contidas no ácido desoxirribonucleico (DNA).

De acordo com Griffiths et al. (2008), a molécula de DNA possui dois filamentos que se entrelaçam formando uma dupla hélice em espiral. As fitas se alinham de maneira opostas uma relação à outra, seguindo uma orientação 5' para a 3' e vice-versa. Cada filamento compreende na formação de um esqueleto composto por sequências do açúcar desoxirribose e um fosfato, projetando dentro desse esqueleto bases de nucleotídeos. Há quatro tipos de bases no DNA, são elas: timina (T), adenina (A), citosina (C) e guanina (G). Assim, cada base no interior de uma fita se pareia com a base complementar da outra fita. Essa cadeia de bases sequenciais fornecem as características necessárias para a informação genética: diversidade de estrutura, mutabilidade, replicação e tradução de forma e função.

Ainda segundo o autor, o DNA é encontrado no núcleo de uma célula eucarionte organizada e é dividido em unidades chamadas cromossomos. O material genético contido no cromossomo possui regiões codificantes e não codificantes. Àquelas são responsáveis pela transmissão da informação genética e correspondem à mínima parte do DNA, estas possuem a maior parte, porém não transmitem nenhuma informação.

A identificação criminal de uma pessoa é feita através de testes com marcadores genéticos polimórficos. Os seres humanos em suas sequências genômicas são quase idênticos, variando apenas em um único nucleotídeo. Griffiths et al. (2008) relata que grande parte dessas sequências são polimórficas, isto é, ambos os alelos são comuns nos indivíduos. Apenas um nucleotídeo difere entre a população e é conhecido como polimorfismos de nucleotídeo único (SNP), sendo de grande utilidade como marcadores.

De acordo com Sauthier (2015), o método comumente utilizado devido à sua acessibilidade para a tipagem do DNA é o dos microssatélites, pois se apoiam em métodos baseados na reação de cadeia de polimerase (PCR), enquanto os minissatélites se baseiam em polimorfismo do comprimento de fragmento de restrição (RFLP). Quando da tipagem dessas diferentes repetições, a combinação é capaz de identificar o indivíduo de forma que é quase impossível existirem duas pessoas com o mesmo perfil genético. Dessa maneira, compreende-se que quanto mais marcadores forem analisados, maior a chance de identificar o indivíduo e torná-lo único. Infelizmente, dado ao custo e ao tempo, não é viável a verificação de toda a sequência de DNA de uma pessoa.

Consoante Sauthier (2015), o processo de tipagem do perfil genético inicia-se com a coleta de uma amostra biológica diretamente do indivíduo (identificação imediata) ou pela coleta de amostra biológica de um vestígio deixado na cena de um crime (identificação mediata). Assim, forma-se o banco de perfis genéticos de referência e o banco de perfis genéticos coletados a partir de indícios. Uma vez feita a coleta, o DNA é extraído do material e na sequência passa pelo procedimento de amplificação dos marcadores que interessam à identificação do indivíduo. Após essa etapa, o DNA passa por um sequenciador genético, permanecendo por último as porções duplicadas inúmeras vezes.

Por fim, narra o autor supracitado, é feita a análise do genótipo e é armazenado em um software gerando um perfil genético. Na existência de um match, o software envia a informação aos laboratórios interessados que realizaram a tipagem do perfil envolvido. Dessa maneira, apenas eles possuirão a identificação e qualificação das amostras codificadas, que serão guardadas em absoluto sigilo. Essa técnica de análise tornou-se padronizada entre os laboratórios integrantes, possuindo alta confiabilidade.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A COLISÃO COM A IDENTIFICAÇÃO E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA

As inovações proporcionadas pela Lei nº 12.654/2012 fez com que o ordenamento jurídico pátrio progredisse ao agregar o DNA para fins de identificação genética, nivelando com países que já usam essa tecnologia. Entretanto, apesar de ser uma técnica promissora na identificação de indivíduos, bem como do seu uso na persecução criminal, é preciso que haja um olhar cauteloso sobre os avanços prejudiciais que os direitos fundamentais possam sofrer.

Salienta-se que os direitos fundamentais fazem parte dos direitos humanos que foram positivados pelo direito interno constitucional do Estado. É nesta seara que se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana. Este leva em conta que mesmo que haja cerceamento dos direitos fundamentais, todos os seres humanos merecem uma existência digna.

A dignidade da pessoa humana é um direito basilar presente tanto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, que fundamenta o Estado Democrático de Direito, quanto nos diplomas internacionais. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana. No entanto, nem sempre esse princípio é respeitado integralmente, tornando-se aparente o conflito na norma penal, pois acaba indo de encontro com a atuação do Estado. Isto porque mesmo sendo direitos individuais, não são absolutos e podem sofrer restrições pelo legislador ou pelo juiz.

Ao se tratar, portanto, da Lei nº 12.654/2012, há ainda debate sobre se a sua aplicação viola os direitos fundamentais dos investigados ou condenados, pois o Estado tem o dever de garantir a segurança pública dos cidadãos através da proteção ao direito a persecução penal. Entretanto, de outro lado, toda pessoa tem direito à defesa.

O direito à privacidade e à intimidade é previsto no artigo 5º, inciso X da CRFB disciplina in verbis que “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” (BRASIL, 1988). Ademais, é possível encontrar a presença deste direito em outros dispositivos, que trata de diversas formas de resguardar a privacidade dos indivíduos.

A vida privada é tudo aquilo que o indivíduo não quer que seja de conhecimento do público, restringindo o acesso de terceiros às informações que não queira divulgar. Em relação à intimidade, tais informações estariam expostas apenas às pessoas mais próximas ao sujeito, caso ele queira compartilhá-las.

Sauthier (2015), ressalta que no âmbito da identificação e investigação criminal genética o indivíduo pode ser passível de sofrer violação da sua privacidade física, bem como informacional. A privacidade física tem como objeto de tutela o corpo do indivíduo, pois busca evitar procedimentos invasivos que não tenha autorizado. Já a privacidade informacional trata da proteção das informações de uma dada pessoa em seu íntimo e dos dados pessoais que podem ser utilizados para o seu reconhecimento.

Assim, para Grant (2012), a coleta do material genético deve ser estar guarnecida de fundamentação legal para que não seja transgredido o direito à integridade corporal do sujeito.

Outrossim, pelo fato de que o armazenamento do material genético do investigado ou acusado compreende tanto a parte codificante e não codificante do DNA, aos contrários ao uso desta ferramenta a preocupação se dá pelo fato de que o mau uso destes dados “possam determinar o surgimento de riscos e preconceitos diversos, tais como o reducionismo e o determinismo genético, o preconceito e a discriminação por condições genéticas, o acesso não autorizado às esferas de

conhecimentos reservados” (RUARO e LIMBERG, 2013, p. 88).

Afinal, ao possuir dados genéticos armazenados, corre-se o risco de serem utilizados para fins diversos que não apenas a identificação. Pelo fato do DNA conter todas as características do genoma de uma determinada pessoa, é possível prever se ela será acometida de uma doença no futuro, bem como é capaz de expor se possui no momento alguma doença.

Diante dessa possibilidade de vazamento de informação genética, segundo Ruaro e Limberg (2013), é possível ocorrer a discriminação por planos de saúde caso tenham acesso ao genoma humano, podendo devido à avaliação de risco do investimento, rejeitar a realização de um contrato de prestação de serviços com um indivíduo com potencial desenvolvimento de uma patologia específica, antes mesmo dela se manifestar.

No sentido ainda da discriminação, Grant (2012) alega que a divulgação destes dados pode influenciar nas relações de trabalho em razão da eventual doença que poderá impossibilitar a realização do trabalho. Hammerschmidt (2005) complementa que através de um estudo sobre o genótipo do trabalhador, o empregador poderá identificar os sujeitos com boa saúde e contratá-los, optando por não oferecer o emprego a pessoas cujo resultado da análise apresentar o surgimento futuro de alguma anomalia.

Sauthier (2015) evidencia que o perfil genético ao ser inserido no banco de dados utiliza a parte não codificante do DNA, assim, não possui qualquer informação que transmita as características físicas do cedente, isto se dá porque as demais informações desnecessárias são desconsideradas. Destarte, mesmo que as empresas tivessem acesso à base de dados, seria impossível saber se um indivíduo seria propenso ao desenvolvimento de alguma doença. Além do mais, com o propósito de preservar a identidade dos cedentes, os perfis permanecem anônimos.

Em face ao exposto, o uso inadequado da informação genética pode gerar prejuízos ao indivíduo que teve seus dados violados.

O tratamento de informações genéticas põe tensão em diversos direitos fundamentais reconhecidos na constituição. São alguns deles: direito à liberdade de pesquisa; direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade; o princípio da igualdade de oportunidades; direito à dignidade e à integridade das pessoas. Neste cenário, o cidadão mostra-se extremamente vulnerável à discriminação e, paradoxalmente, tem, muitas vezes, seu direito de acesso à correta informação tolhido em plena era digital, não podendo inclusive gozar de uma autodeterminação informativa (RUARO e LIMBERG, 2013, p. 89).

Por isso, o armazenamento do DNA deverá ser rigorosamente controlado para que assim possa ser utilizado para o fim a que se destina. Para tanto, existe previsão legal expressa no § 2º do artigo 5º-A da Lei 12.037/2009 determinando que aquele que permitir ou promover a utilização dos dados constantes dos bancos perfis genéticos para fins diversos do previsto em lei, responderão civil, penal e administrativamente (BRASIL, 2009). Dessa maneira, através de uma administração excelente, será possível garantir confiabilidade ao banco de dados e evitar desvirtuamentos da sua finalidade.

No que concerne à presunção de inocência, sua previsão consta no artigo 5º, inciso LVII da

CRFB, nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Respeitar este direito, significa respeitar a dignidade humana da pessoa, pois é de suma importância compreender a sua necessidade no processo penal. É preciso observar os direitos que o sujeito possui a fim de resguardar o mínimo de sua dignidade em face da persecução penal.

O acusado deve ser tratado como inocente, atribuindo o ônus de comprovar o delito unicamente a quem o acusa. Para Sauthier (2015), ao impor à acusação o ônus probatório, não cabe ao réu a incumbência de falar nem colaborar na produção de provas contra si mesmo. Advém, portanto, o direito ao silêncio e o direito a não autoincriminação, prenunciados no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal garantindo ao preso a informação ao direito de permanecer calado, bem como o direito à assistência da família e de advogado.

Assim, “o princípio *nemo tenetur se detegere* assumiu caráter garantístico no processo penal, resguardando a liberdade moral do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária” (QUEIJO, 2012, p. 413). Sauthier (2015) ressalta que o acusado possui dupla posição quando se trata da persecução criminal, podendo ser tanto o sujeito da relação processual como o objeto desta relação por recair sobre ele uma investigação. Mesmo assim, toda e qualquer medida coativa contra o acusado a fim de obter a verdade, deverá obedecer ao princípio da proporcionalidade.

Para Queijo (2012), a produção de provas mediante intervenção corporal não invasiva é possível sem que haja a anuência do acusado, desde que tenha controle jurisdicional prévio que verifique os critérios de proporcionalidade da medida e que não exija colaboração ativa da sua parte. No que concerne as intervenções não invasivas que necessitem de colaboração ativa, deverão ser realizadas apenas com o consentimento do acusado, da mesma maneira que ocorre nas intervenções invasivas.

No que se refere à coleta de material genético para a identificação e investigação criminal, para Pacelli (2017) não há o que se falar em inconstitucionalidade da Lei nº 12.654/12. A identificação criminal genética de acusados não pode ser invalidada com fundamento no princípio da não autoincriminação. O que deve ser observado é a forma como é feita a coleta do material genético, não podendo a extração ser abusiva e desnecessária.

Segundo Suxberger e Furtado (2018), no momento em que a lei determina a coleta de material genético devido à investigação para fins de identificação criminal, tem-se que o DNA será usado como meio de prova da participação no crime. Pois haverá um confronto com os vestígios obtidos na cena do crime ou no corpo da vítima. No entanto, não viola o princípio da não autoincriminação. Isso se dá pelo fato de que o investigado, de maneira ativa, não precisa fornecer a prova caso não queira cooperar, podendo ser obtido por outro meio não invasivo.

De outra esteira, Lopes Jr (2016) entende que a Lei nº 12.654/12 por obrigar o investigado e o apenado a submeterem-se ao fornecimento do material genético, fulminou-se o direito do sujeito passivo de não produzir provas contra si mesmo. Isso porque a prova genética pode ser decisiva

no momento de determinar a autoria ou não de um crime. Nessa linha de raciocínio, sustenta que pelo estado de inocência, a carga probatória é exclusiva do acusador. Por esse motivo, não pode ser obrigado a auxiliar na acusação.

Ainda, segundo o autor, a recusa em submeter-se à coleta do material biológico não pode presumir a culpabilidade do réu, uma vez que a presunção de inocência é a regra. É forçoso o consentimento do cedente para que seja feita a retirada, pois tem a seu favor o direito à não autoincriminação. A colheita de material biológico coercitivamente do sujeito passivo resulta em prova contra ele no processo penal.

É indiscutível que o perfil genético poderá ser colocado à disposição para a conferência com o vestígio biológico encontrado na cena do crime e então, após pareados, demonstrará se são compatíveis ou não. Logo, é possível tanto ser um meio absolutório, como pode colocar o sujeito na cena do crime.

Nessa mesma linha de raciocínio, Mahmoud e Assis Moura (2012) compreendem que uma norma não pode exigir que alguém forneça parte de seu corpo para fins de análise, pois além de ferir a dignidade da pessoa no âmbito da intimidade genética, fere o estado de inocência.

Percebe-se, portanto, que a doutrina não é uníssona ao tratar da coleta do material genético. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento de que com o advento da Lei n. 12.654/12, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos (arts. 1º e 3º) (STJ, RHC 69.127/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 26/10/2016.).

Nesse sentido ainda, o direito a não autoincriminação permite ao acusado que se recuse a fornecer material que possa ser usado para fins periciais, salvo as hipóteses previstas em lei, como a identificação criminal (Lei nº 12.037/09) e a formação do banco de dados de perfis genéticos de condenados em crimes hediondos ou de grave violência contra a pessoa (incluído na Lei de Execução Penal pela Lei 12.654/12) (STJ, RHC 82748/PI, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2017/0073951-7, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

É inconteste que a legislação precisa evoluir e acompanhar o desenvolvimento biotecnológico com o propósito de melhorar a persecução penal. Sauthier (2015) ressalta que os direitos fundamentais devem ser observados cautelosamente à luz do princípio da proporcionalidade, verificando toda e qualquer restrição a um direito fundamental em favor de outro direito fundamental. É preciso que a forma escolhida para a persecução penal resulte apropriada e necessária para chegar ao fim esperado, justificando qualquer restrição feita a um direito. Assim, sempre que houver outro meio que alcance o mesmo resultado e que se adeque melhor ao caso ocasionando na menor intervenção a um direito, este deverá ser aplicado.

5 A UTILIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES GENÉTICAS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL

Com o advento da Lei nº 12.654/12, surgiu a possibilidade da tipagem forense de perfis genéticos como forma de identificação criminal, além de prever a criação e o funcionamento do banco de perfis genéticos para fins criminais. Feita a tipagem e extraído o perfil genético, estas informações serão inseridas e armazenadas no banco de dados. Quanto maior a quantidade de perfis armazenados, maior será a abrangência do banco na identificação e investigação criminal.

O Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) foi instituído pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, e tem como objetivo “armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes” (BRASIL, 2013), podendo ser usado também para a identificação de pessoas desaparecidas. Ademais, estabelece a Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos (RIBPG), permitindo “o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, 2013). A alimentação do BNPG se dá pela inserção de dados genéticos dos indivíduos de referência, bem como pela inserção de dos vestígios biológicos encontrados na cena do crime.

De acordo com Sauthier (2015), a tipagem a que a lei se refere exerce dupla função, qual seja, de maneira imediata ao se tratar de identificação em relação ao indivíduo de referência e mediata quando a identificação for em relação às amostras obtidas no local do crime.

Em termos científicos, o método mais adequado à identificação imediata é inegavelmente a datiloscopia, por ser o mais rápido, barato e seguro. Ainda que usada conjuntamente com a tomada fotográfica, ela já seria o suficiente. Por outro lado, quando a descoberta da identidade for mediata, a tipagem genética apresenta vantagens importantes, mostrando-se o procedimento por excelência. Especialmente diante da perenidade das amostras analisadas, que permanecem por mais tempo em condições adversas, a adoção desse método acaba tendo também vantajosas implicações na descoberta de autoria do delito (SAUTHIER, 2015, p. 169).

Assevera-se que para que ocorra a identificação criminal do investigado, é essencial a autorização judicial devidamente fundamentada, tanto quando suscitada pela autoridade policial ou do Ministério Público e da defesa, tanto quando for feito de ofício pelo juiz.

Contudo, segundo Giongo (2016), o DNA não pode ser visto como prova plena, pois como toda prova, é passível de erro. Por se tratar de material biológico é possível que hajam falhas na coleta, no manuseio ou na rotulagem da amostra. Ademais, os reagentes utilizados ou até mesmo os equipamentos e os meios de controle podem sofrer alguma alteração, ou contaminação durante o manejo das amostras.

Embora o exame baseado no DNA seja extremamente útil na resolução de crimes, notadamente por ser uma prova científica e com grande grau de certeza, ele não pode ser considerado como prova absoluta, sendo apenas mais uma prova produzida nos autos. O sistema de valoração probatória vigente não é mais o da prova legal, mas sim o do livre convencimento motivado e, em decorrência disso, é essencial que eventual exame genético esteja corroborado com outras provas (GIONGO, 2016, p. 398).

Outrossim, a confirmação de que o vestígio biológico encontrado na cena do crime confere com o perfil genético de uma amostra de referência que, segundo Sousa (2013), não acarreta na responsabilização do indivíduo pela autoria ou participação no ilícito investigado. O perfil genético faz parte de todo um conjunto probatório, podendo ser relevante ou não para a autoria e materialidade do delito.

Por outro lado, o DNA quando manejado por uma equipe técnica capacitada se torna um mecanismo seguro de obtenção de provas. Isso porque ao observar os cuidados necessários durante a coleta do material, bem como na hora de realizar o exame e descrever todos os métodos utilizados na perícia, é praticável a sua reprodução por outro laboratório. Dessa maneira, pode converter-se em forte instrumento absolutório para a defesa, podendo evitar que ocorra um erro judicial.

6 A COLISÃO PRINCIPIOLÓGICA E O JUÍZO DE PONDERAÇÃO

É importante ressaltar que, na colisão de princípios, é preciso que um deles prevaleça em relação ao outro. Assim, é possível resolver a colisão mediante moderação dos princípios colidentes, verificando qual deles possui maior peso no caso concreto.

Corriqueiramente durante a vida o homem se depara com situações em que necessita avaliar as circunstâncias conflitantes racionalmente e encontrar uma solução mais adequada para o fim pretendido. Esse meio utilizado para analisar com atenção a colisão é conhecido como ponderação.

Desse modo, a ponderação é “a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p. 23). Segundo Alves (2010), o julgador ao se deparar com princípios conflitantes, não deverá hierarquizá-los, mas solucionar esses conflitos de maneira que cada princípio tome forma dentro do caso em questão e, na sequência, se decida por aquele que deverá prevalecer.

Nesse sentido, Filho e Pasqual (2015) entendem que por mais que um princípio se sobrepõe a outro, isso não quer dizer que aquele com peso menor seja inválido, mas sim que para aquele caso em concreto outro princípio teve maior dimensão de peso na decisão tomada.

O problema da solução da relação de tensão decorrente da colisão entre princípios não está no reconhecimento da imediata prevalência de um princípio sobre o outro, pois nenhuma norma goza, sem mais, de primazia sobre a outra. A decisão para o caso concreto deve ser buscada a partir de uma ponderação dos princípios que estão em colisão. Dependendo das circunstâncias específicas de uma determinada situação, um princípio irá prevalecer sobre outro. É em razão disso que se deve entender que a dimensão de peso dos princípios não determina imediatamente as consequências jurídicas, como o fazem as regras. É nesse ponto que a proporcionalidade deve ser levada em conta como critério para aplicação da lei da ponderação (FILHO e PASQUAL, 2015, p. 55).

Assim, o princípio da proporcionalidade, conforme Alves (2015), é empregada de maneira fundamental para direcionar o caminho que irá resolver a celeuma, uma vez que busca a segurança

jurídica e a justiça.

De acordo com Alexadrino e Paulo (2015), o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade possuem influência no momento da análise de uma determinada lei que restringe algum direito, devendo levar em consideração a que se destina, os meios adequados e necessários para atingir o objetivo perquirido e o quanto limitará ou promoverá os princípios que estejam envolvidos.

Em suma, a aplicação do princípio da proporcionalidade permite que, a depender do caso concreto, alguns direitos fundamentais tenham sua aplicação reduzida, mas não afastada por completo, para que outros direitos de relevância igual ou superior assumam posição de maior relevância (AUGUSTI, 2015).

Dessa maneira, é necessário ressaltar que o princípio da proporcionalidade é composto de três subprincípios, qual sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No tocante ao primeiro, consoante Filho e Pasqual (2015) qualquer medida adotada pelo legislador deve ser adequada ao objetivo buscado. O subprincípio da necessidade significa que só se legitima a medida que possa restringir direitos, caso não seja possível ser substituída por outra menos gravosa. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, após verificada a necessidade e adequação, deve-se investigar se os resultados positivos superam a restrição a outros direitos.

Nesse sentido, segundo Augusti (2015), a Lei n. 12.037/09 prevê a identificação criminal genética, bem como o uso do material como meio de prova. Ademais, a finalidade probatória também está prevista na Lei de Execução Penal. Destarte, seus fins estão de acordo com o subprincípio da adequação, atingindo relevância social, auxiliando no combate à criminalidade. Com relação à necessidade, o material genético será utilizado quando outros meios não demonstrarem ser suficientes para a resolução de uma investigação. Finalmente, sobre a proporcionalidade em sentido estrito o uso do perfil genético se aproxima da verdade real, buscando auxiliar no aumento da segurança pública. De outra banda, é questionável a necessidade quando o indivíduo já está devidamente identificado, sendo prescindível o perfil genético para o seu reconhecimento.

No que concerne o uso de material genético para fins de identificação e investigação criminal, a colisão existente se dá entre os direitos fundamentais individuais e o direito da sociedade com relação à segurança pública.

Analisados os subprincípios da proporcionalidade, é importante que prevaleça o mais adequado a depender do caso concreto. Assim, ao sopesar o uso de perfil genético em favor da coletividade, o objetivo buscado é melhorar os índices de resolução de crimes, que por consequência serve de repressão à criminalidade, podendo até mesmo diminuir as condenações de inocentes e aumentar a segurança pública.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A característica perene da molécula do ácido desoxirribonucleico abriu portas para um novo método de identificação pessoal, a tipagem da parte não-codificante da molécula de DNA. Dessa

maneira, essa tecnologia utilizada para fins civis, pode ser capaz de auxiliar e acelerar a resolução da investigação em curso.

Ante a necessidade de regulamentar o uso dos dados biológicos, uma vez que a identificação genética já estava sendo realizada, houve a criação da Lei 12.654/12. Esta lei autoriza o procedimento de coleta de material genético para fins probatórios e de armazenagem tanto na identificação e na fase investigativa, quanto nas condenações por crime hediondo ou cometido com grave violência. Com a sua implementação, surgiu a discussão em torno da violação aos princípios da privacidade e intimidade e o direito a não autoincriminação, tendo repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal tratada no Recurso Extraordinário 973.837.

A colheita do material genético tem a finalidade de alimentação do banco de dados para facilitar a busca pelas informações por outros lugares que também usam o banco de referência. Assim, o perfil genético fica armazenado na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, sendo disponibilizado para consulta em investigações criminais.

É sabido que não há consenso na aplicação da lei, tendo em vista a discussão acerca da violação de direitos fundamentais dos investigados ou condenados. Depreende-se do estudado que há momentos em que os direitos individuais do imputado acabam colidindo com o direito a uma persecução penal eficiente. Destarte, há receio acerca do uso inapropriado dos perfis depositados nos bancos, podendo afetar a seara da intimidade e da privacidade do imputado. Contudo, é importante ressaltar que a Lei 12.654/12, como já dito acima, preza pelo uso das informações não codificantes do DNA, bem como tem caráter sigiloso e o acesso ao sistema é realizado apenas por pessoas autorizadas, respondendo civil, penal e administrativamente àquele que promover o uso dos dados para fins diversos do previsto em lei.

Ademais, quanto ao princípio da não autoincriminação, quando há o consentimento para a coleta do material genético, não haverá qualquer intervenção nos direitos de defesa do imputado. No entanto, a partir do momento em que há a negativa de fornecimento do material, o magistrado, por decisão judicial devidamente fundamentada, poderá determinar a coleta por meio de intervenção corporal coativa, reduzindo a abrangência dos direitos individuais.

Nesse sentido, a partir do momento em que dois interesses entrem em conflito, com razões que satisfazem ambos os lados, haverá uma disputa onde nenhum direito colidente poderá ser desconsiderado. Dessa maneira, a solução para o conflito de interesses deverá levar em consideração a ponderação.

Assim, quando observada essa ferramenta pela perspectiva do juízo de ponderação aplicado juntamente ao princípio da proporcionalidade, o uso desta tecnologia no ordenamento jurídico é possível. Isso porque a sua utilização tem como objetivo não somente solucionar casos com maior grau de complexidade, mas também auxiliar na prevenção de novos crimes, uma vez que possibilita encontrar o responsável pela conduta criminosa evitando que venha a praticar novos atos ilícitos.

Desse modo, em se tratando da identificação e investigação criminal genética, se busca reconhecer o indivíduo e se este está relacionado com o crime investigado. Nesse sentido, a utilização

do perfil genético tanto pode ser usado como material de defesa, quanto de acusação.

No entanto, ao se aplicar a técnica da tipagem genética para fins de persecução penal, se tem a colisão entre os direitos do imputado e os direitos da sociedade. Destarte, ante o conflito de direitos, o juiz deverá analisar com cautela o caso concreto podendo reduzir alguns direitos individuais envolvidos em prol da sociedade. Isso não quer dizer que os direitos do condenado ou investigados serão eliminados. A decisão dada com o auxílio do juízo de ponderação vem acompanhada de fundamentos para as razões da intervenção para a solução dos princípios colidentes no caso específico.

Conclui-se, portanto, que essa nova tecnologia é capaz de trazer benefícios à população e a instituição de um banco de dados de perfil genético demonstra ser um avanço para a segurança pública, sendo capaz de atingir resultados eficazes na identificação e investigação criminal, para uma persecução penal eficiente, sem que a dignidade da pessoa humana seja desrespeitada.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado. 14. ed. São Paulo: Método, 2015.

ALVES, Nadia Castro. Colisão de direitos fundamentais e ponderação. Meritum. Vol. 5, n. 1, p. 25-48, Jan./Jun. 2010.

AUGUSTI, Mariana. Identificação Criminal por Perfil Genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a Ótica do Princípio da Proporcionalidade e sua Relevância para a Atuação do Ministério Público. Revista Jurídica ESMP-SP, vol.7, pag. 109-127. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Projeto de lei nº 93, de 2011 do Senado Federal. Dispõe sobre a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99463>>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 69.127/DF, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2016/0076101-5, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, publicado em 26/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 82748/PI, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2017/0073951-7, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 12/12/2017, publicado em 01/02/2018.

FILHO, A. P. G.; PASQUAL, C. S. Coisa Julgada, segurança jurídica e ponderação. Revista Direito e Justiça, Reflexões Sociojurídicas. Ano XV, n. 25, p. 47-67, Out. 2015.

GIONGO, J. L. M. A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro. Ano 10, Vol. 17, n. 2, jul./dez. 2016.

GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba. Vol. 3, n. 5, p. 329-359, jul./dez. 2011.

GRIFFITHS, A. J. F.; WESSLER, S. R.; LEWONTIN, R. C.; CARROLL, S. B. Introdução à genética. Tradução: Paulo A. Motta. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabra Koogan, 2008.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Alguns aspectos da informação, intimidade e discriminação Genética no âmbito jurídico internacional. Revista dos Tribunais. Vol. 837, p. 11-42, jul. 2005.

LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAHMOUD, M. A. H.; MOURA, M. T. R. A. A lei 12.654/2012 e os direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 98, p. 339-358, set./out. 2012.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo teneatur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 413.

RUARO, R. L.; LIMBERGER, T. L.; Banco de dados de informações genéticas e administração pública como concretizadora da Proteção dos dados Pessoais e da dignidade humana. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 18, n. 1, p. 85-99, jan./abr. 2013.

SAUTHIER, Rafael. A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

SOUSA, Stenio Santos. Coleta de perfil genético e investigação criminal: identificação criminal ou meio de prova, à luz do princípio da constitucionalidade? Revista de Direito de Polícia Judiciária. Brasília. Ano 2, n. 3, p. 113-149, Jan./Jun. 2018.

SUXBERGER, A. H. G.; FURTADO, V. T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre. Vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018.

VASCONCELLOS, V. G. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 110, p. 329-366, set./out. 2014.