

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Olavo Admilson Roessler

OS DESAFIOS ESTRUTURAIS E O SUPORTE  
CONSTITUCIONAL E BIOÉTICO DO BANCO DE  
DADOS GENÉTICOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

Passo Fundo

2016

Olavo Admilson Roessler

**OS DESAFIOS ESTRUTURAIS E O SUPORTE  
CONSTITUCIONAL E BIOÉTICO DO BANCO DE  
DADOS GENÉTICOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Marco Aurélio Nunes da Silveira.

Passo Fundo

2016

Para minha mãe Olanda e meus pais Pedrinho e Olmiro,  
pelo amor, carinho e dedicação, e para Franciele, o amor  
de minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de conhecer pessoas fascinantes das quais servirão ao logo de minha vida como exemplos de espíritos iluminados por vossa bondade e humildade.

Agradeço a meus pais pelo suporte, compreensão e respeito ao longo desses anos de estudos.

Ao amor de minha vida, Franciele, pelo carinho, amor e afeto, à qual sempre será o meu porto seguro.

A meu orientador Professor Marco Aurélio, pelos ensinamentos transmitidos em suas aulas, e pela sua disposição em sanear as dúvidas que se fizeram presentes ao longo dos estudos.

A meu amigo de caminhada Arlan, pelas horas de conversas acadêmicas que sempre foram tão importantes para o crescimento pessoal e profissional.

Agradeço a todos que se fizeram presentes, seja de forma material ou mesmo espiritual, muito obrigado!

Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim.

Chico Xavier

## RESUMO

O presente estudo teve por base a análise da Lei nº 12.654 de 2012, que acrescentou dispositivos a Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execuções Penais, sendo criada com o objetivo de auxiliar na elucidação de crimes e identificação da autoria dos ilícitos penais. Contudo, tais dispositivos mesmo auxiliando efetivamente a investigação criminal, trouxe divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da colheita compulsória de material biológico de criminosos condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou aqueles tidos como hediondos, face aos preceitos constitucionais da não produção de provas contra si mesmo. De outra banda, para correntes favoráveis a criação e aplicação do banco genético nas investigações forenses, a criação trouxe maior certeza na aplicação do direito aos casos concretos, no sentido de auxiliar na busca do princípio processual da verdade real. Outro ponto de análise, principalmente no contexto brasileiro, foram os grandes problemas ligados a perícia criminal, pela grande falta de preparo técnico e estrutural ligados a inadequada colheita dos materiais em cena de crimes, bem como as possíveis violações da cadeia de custódia das provas. Buscou-se ao longo dos estudos, a compreensão quanto ao funcionamento do banco de dados genéticos frente as premissas constitucionais e bioéticas, já que tais correntes utilizam-se de premissas éticas, no que se refere a intervenção e utilização do corpo por parte da ciência. Desta forma, percebe-se pela análise da correntes favoráveis e contrárias a Lei nº 12.654/12, que tais métodos deverão respeitar as garantias constitucionais do acusado, inclusive o respeito ao direito da não produção e provas contra si mesmo.

**Palavras-chave:** Banco de Perfis Genéticos. Lei nº 12.654/12. Eficácia das provas genéticas. Não produção de provas contra si mesmo. Bioética.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O BANCO DE PERFIS GENÉTICOS INSTITUÍDO PELA LEI 12.654/12</b> .....	10
1.1 Prisma histórico sobre os métodos identificativos na investigação criminal e o desenvolvimento genético .....	10
1.2 A certeza científica do exame de DNA para o Direito e sua aplicabilidade na investigação criminal e parental .....	14
1.3 A criação o funcionamento e a eficácia da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos .....	17
<b>2 APLICABILIDADE DO BANCO DE DADOS GENÉTICOS NO ÂMBITO PROCESSUAL</b> .....	25
2.1 Perspectivas gerais sobre os princípios constitucionais e processuais penais face aos direitos do réu .....	25
2.2 Meios de prova e a falência do princípio da verdade real .....	31
2.3 Aspectos da prova genética no contexto pericial brasileiro e a cadeia de custódia .....	39
<b>3 EFICIÊNCIA E GARANTISMO, O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E OS ASPECTOS BIOÉTICOS DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS</b> .....	45
3.1 O banco de dados genéticos entre a eficiência processual penal e o garantismo .....	45
3.2 A colheita compulsória do perfil genético e o direito da não produção de provas contra si mesmo .....	50
3.3 A criação e aplicação do banco genético através da visão bioética .....	58
<b>CONCLUSÃO</b> .....	64
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	66

## INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico denominado “Os desafios estruturais e o suporte constitucional e bioético do banco de dados genéticos na investigação criminal”, visa a análise e reflexão a respeito da criação da Lei nº 12.654 de 2012, a qual instituiu o banco de dados de perfis genéticos para o auxílio às investigações criminais, assim como, para a identificação de pessoas desaparecidas.

A presente Lei, tem como base efetiva a coleta de material genético de criminosos condenados criminalmente pela prática de crimes dolosos, de natureza grave contra a pessoa, de forma arbitrária e obrigatória, a fim de identificar o perfil genético do condenado e a consequente inclusão dos dados na Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos-RIBPG.

Desta forma, os estudos terão como suporte específico a criação e efetividade do Banco Nacional de Perfis Genéticos para a investigação criminal, e as possíveis violações do princípio constitucional da não produção de provas contra si mesmo, assim como a análise das correntes bioéticas e jurídico-constitucionais; uma abordagem a respeito da valoração das provas genéticas no âmbito processual-probatório; e as certezas científicas das provas genéticas, face aos princípios da busca pela verdade real.

Nesse sentido, como hipótese, destaca-se que a Lei nº 12.654/12, que dispõe sobre a coleta de material biológico para a inserção junto ao banco nacional de perfis genéticos, fundasse na análise dos problema encontrado pelos juristas, principalmente os ligados à área criminal, pelo fato de o legislador brasileiro possibilitar ao Estado a intervenção corporal sem o consentimento do acusado, caminhando contra as concepções constitucionais, já que nossa carta magna estabelece a inviolabilidade dos direitos do acusado, assim como, em uma interpretação ao princípio do direito ao silêncio, a impossibilidade de produção de provas contra si mesmo.

Por outro lado, percebe-se os significativos avanços da ciência na área genética, contribuindo consideravelmente para o melhoramento da qualidade de vida das pessoas, seja pela descoberta de características específicas do código genético humano, contribuindo nas pesquisas no que relaciona-se com o mapeamento de doenças, bem como na descoberta de características relacionadas com a própria



genética estrutural das pessoas, contribuir para individualizar e compreender as pessoas dentro de suas características físicas e biológicas.

Para atender essas premissas metodológicas, escolheu-se como método de abordagem o dialético, utilizando como método de procedimento a pesquisa bibliográfica, buscando responder ao problema por meio de levantamentos de doutrinas, artigos de periódicos, revistas, jurisprudência, procurando construir as ideias através de argumentos e informações capazes de solucionar as questões incontroversas.

Para a realização desses objetivos, o presente estudo divide-se em três partes. Na primeira, buscou-se analisar os avanços nas investigações policiais, mais ligado a perícia criminal, assim como analisar os métodos humanos identificativos mais usados ao longo da história, até o advento da tipagem genética através do DNA-ácido desoxirribonucleico. Ademais, abordou-se as características pelas quais a lei foi projetada e instituída em nosso ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, tratar-se-á de desenvolver os aspectos constitucionais e processuais em relação aos direitos do suspeito/condenado, principalmente em se tratando da presunção de inocência, ainda, abordar os vícios atuais na utilização do princípio da verdade real frente aos métodos investigatórios e processuais, assim como, a valoração, os efeitos e as violações das provas genéticas, seja no momento da colheita, ou mesmo em relação à quebra da cadeia de custódia das provas.

Já no terceiro capítulo serão abordados as questões relacionadas com as justificativas para a criação do banco de perfis genéticos, no sentido da busca de uma maior eficiência/eficácia do processo penal, frente as corrente garantista. Além disso, o ponto fundamental que relaciona-se com a obrigatoriedade da colheita do material biológico nos casos especificados pela Lei nº 12.654/12, e o direito de não produção de provas contra si mesmo. Por fim, uma abordagem sobre as visões bioéticas sobre os bancos de perfis genéticos, seus princípios defendentes do corpo humano, e os problemas ligados a discriminação genética.

Destarte, o presente estudo tem extrema relevância jurídica pelo fato de os avanços técnico-científicos possibilitarem avanços sistêmicos junto ao ordenamento jurídico, assim, os regulamentos técnicos sobre a utilização do DNA deverão aprimorar-se a ponto de equilibrar seus métodos às premissas humanas e constitucionais.

## **1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O BANCO DE PERFIS GENÉTICOS INSTITUÍDO PELA LEI 12.654/12**

Neste capítulo, serão abordados os aspectos relativos a investigação criminal, os métodos de identificação em relação a investigação criminal, assim como uma abordagem a respeito das características e certezas nas descobertas em relação a genética humana e sua individualização em relação ao DNA- ácido desoxirribonucleico, bastando para isso, uma célula do organismo para que o indivíduo seja identificado, e, conseqüentemente, se tratando de prova material, inocentado ou condenado no âmbito penal.

Também, serão abordadas as principais características em relação a criação, a acessibilidade e a eficácia prática do Banco Nacional de Perfis Genéticos, instituído pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, através dos relatórios disponibilizados pela Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

### **1.1 Prisma histórico sobre os métodos identificativos na investigação criminal e o desenvolvimento genético**

As descobertas na área ciência biológica com o desenrolar da história, além de contribuir efetivamente nas soluções práticas de sua própria natureza, ou seja, na busca de soluções atinentes à cura de doenças e conseqüentemente ao melhor qualidade de vida para a população mundial, contribuiu também para vários outros ramos da ciências social, inclusive para a ciências jurídicas, que se vale de tais evoluções no auxílio aos seus mais variados ramos.

A ciência biológica, especificamente a genética, tem papel fundamental em relação ao auxílio direto à vários ramos das ciências sociais, assim como para o próprio direito, principalmente no que se refere as questões relativas ao direito de família, bem como ao direito penal, face aos métodos identificativos de individualização de cada criminoso, dado as suas características genéticas, contribuindo assim, no auxílio ao direito processual penal em relação aos métodos probatórios na definição da conjectura e, conseqüentemente, na determinação do autor do ilícito penal, adquirindo assim, papel extremamente importante para esses

ramos do direito, pela sua “certeza” comparativa de identificação e individualização dos seres.

Ao longo da história, os métodos de identificações humanas sofreram grandes evoluções, passando das mais primitivas possíveis, até as mais complexas e seguras já existentes, principalmente nas descobertas da Ciência Biológica, mais especificamente na doutrina genética de individualização do ser humano, chegando a conclusão, ao longo de décadas de estudos, conforme Almeida, que “o homem possui, como elemento fundante, uma identidade pessoal de caráter biológico, genético, individual, singular, que o torna único enquanto portador das características herdadas de seus antecessores e, ao mesmo tempo, o conecta biologicamente a eles, de forma inderrogável e eterna.”<sup>1</sup>

Logo, cada indivíduo é portados de características únicas e singulares, que as identifica e diferencia de todos os demais de sua espécie, de caráter biológico e genético, podendo ser realizada essa identificação e diferenciação através de qualquer material biológico pertencente ao ser humano, seja uma gota de sangue, fios de cabelos, saliva, pêlos, partículas de pele, unha, sêmen. Assim, a análise de DNA possibilita a obtenção de respostas para a solução de crimes no que diz respeito a quem pertence uma amostra de material biológico.<sup>2</sup>

Com o passar das décadas, e o constante desenvolvimento genético e tecnológico, o ordenamento jurídico, especificamente o direito penal e direito processual penal em seu viés investigativo na procura da “verdade real”, valeu-se de tais características na busca de maior certeza em relação a identificação de vítimas e criminosos, assim como, em relação a identificação de pessoas desaparecidas, ainda, no direito de família, em se tratando das investigações de paternidade.

As conquistas e revelações advindas da área da Engenharia Genética e da Biotecnologia, representa novas exigências nos mais variados ramos que atinge, sendo elas, por exemplo: no modo de trabalhar do cientista; no ordenamento jurídico e suas normas; à responsabilidade do legislado; à proteção da pessoa. Desta forma,

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

<sup>2</sup> WAJNER, Moacir; VARGAS, Carmem Regla. *Diagnóstico genético-molecular aplicado à medicina humana*. In: MARQUES, Edmundo Kanan (Org.). *Diagnóstico Genético-Molecular*. Canoas: Ed. ULBRA, 2003. p. 119.

o relacionamento entre os fenômenos científicos e o mundo jurídico, exige do direito respostas inovadoras.<sup>3</sup>

A investigação criminal, na busca de elucidações de crimes de grande complexidade, são realizadas com auxílio de inúmeras técnicas investigativas e recursos científicos de resultados quase indiscutíveis, ao menos comparativamente em relação a matérias-orgânicas (genéticas) encontrada nas cenas dos crimes.

Segundo Rocha, os avanços nas investigações policiais, tiveram por escopo, renomados pesquisadores, sendo eles, Alphonse Bertillon (1853-1914), no campo da identificação, com a técnica denominada antropometria; Francis Galton (1822-1911), nas identificações pelas impressões digitais; Juan Vucetich, na identificação pela datilografia, aperfeiçoando o sistema de identificação de Galton; Hans Gross (1847-1945) e Edmond Locard (1877-1966) na criminalística; Calvin Gossard (1891-1955) na balística; Albert S. Osborn (1858-1947) na perícia documental; e Bernard John Spilsbury (1877-1947) no campo da medicina legal.<sup>4</sup>

Nesta linha, os principais métodos identificativos de todas as pessoas, animais, coisas e dos objetos, são efetivados pela soma de sinais, marcas e características positivas ou negativas, que, em sua conjuntura, individualizam o ser humano ou uma coisa, distinguindo assim das demais de seu gênero ou espécie.<sup>5</sup>

No Brasil, os métodos identificativos foram aperfeiçoando-se até chegarmos a mais recente e revolucionária técnica de identificação, que, para muitos, a mais eficaz, inovadora e indiscutível de todos os tempos, que é a identificação pelo simples exame comparativo do DNA-ácido desoxirribonucleico, do material genético encontrado nas cenas dos crimes, bastando apenas uma célula do organismo para que todo o genótipo humano seja tipado e identificado.<sup>6</sup>

Para Wajner e Vargas, ao analisar a aplicabilidade do exame de DNA na medicina legal, estes auferem que,

[...] o DNA é útil como um marcador de identidade porque está presente em todas as células do corpo, exceto eritrócitos maduros, é o mesmo em todas as células do corpo, é o mesmo durante toda a vida (exceto quando ocorrem

---

<sup>3</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 73.

<sup>4</sup> ROCHA, Luiz Carlos. *Investigação Policial: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 3.

<sup>5</sup> CROCE, Dalton; CROCE JUNIOR, Dalton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 36.

<sup>6</sup> SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Paraná: CRV, 2015. p. 38.

mutações) e é diferente em todos os indivíduos (exceto em gêmeos idênticos). Assim, os métodos utilizados para esse fim baseiam-se no perfil molecular que é único para cada indivíduo.”<sup>7</sup>

Destarte, cada pessoa é diferente umas das outras, exceto os casos infra citados, sendo possível a individualização e identificação através da análise de apenas uma célula do corpo, onde todas as características genéticas do indivíduo poderão ser reconhecidas e identificadas.

Em se tratando da criação do banco nacional de perfis genéticos criminais e a coleta do perfil genético para a identificação criminal, segundo o Senador Ciro Nogueira, autor do projeto de Lei, a determinação das características da identidade genética pelo DNA-ácido desoxirribonucleico, consiste no mais revolucionário produto da moderna genética molecular humana, se caracterizando na atualidade como uma ferramenta indispensável para a investigação criminal.<sup>8</sup>

Já para Sauthier, ao analisar a utilização do exame de DNA em relação aos demais métodos de identificação, expõe que a tipagem de perfis genéticos permite um vantagem singular, pois nos demais procedimentos, no pensamento do autor, os caracteres sinaléticos<sup>9</sup> podem deteriorar-se e/ou desaparecer com extrema facilidade, já em relação aos vestígios biológicos, tal perecimento seria mais difícil.<sup>10</sup>

Contudo, para Melo, é preciso cautela ao que se tem atualmente como “certeza” científica, já que este método ainda é uma probabilidade máxima, de acordo com cálculos matemáticos, devendo-se ter em mente as possíveis falhas humanas nos momentos em que se submetem a procedimentos probatórios, “podendo-se admitir que a verdade jurídica não necessariamente coincide com a verdade biológica”, desta forma, enquanto as incertezas ainda estão presentes entre os próprios cientistas, a

---

<sup>7</sup> WAJNER, Moacir; VARGAS, Carmem Regla. *Diagnóstico genético-molecular aplicado à medicina humana*. In: MARQUES, Edmundo Kanan (Org.). *Diagnóstico Genético-Molecular*. Canoas: Ed. ULBRA, 2003. p. 119.

<sup>8</sup> BRASIL, Diário do Senado Federal n<sup>o</sup> 37, Publicado em 18 de março de 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=18/03/2011&paginaDireta=07194>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>9</sup> Processo de registrar os sinais exteriores, marcas, cicatrizes, etc., que permitem identificar os criminosos. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. - 5. ed.- Curitiba: Positivo, 2010.

<sup>10</sup> SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Paraná: CRV, 2015. p. 38.

supervalorização dos testes de DNA devem ser tidos com cautela e extremo cuidado.<sup>11</sup>

Constatando o extremo auxílio do mapeamento genético, principalmente em relação ao direito na esfera da criminalística e na investigação de paternidade, percebe-se os benefícios indiretamente gerados, já que auxiliam não apenas ao saneamento e melhoramento da qualidade de vida e saúde humana, mas também na assistência aos mais variados ramos da sociedade. Assim, nesta sequência, é preciso analisarmos os motivos pelos quais o exame de DNA é tido como um dos métodos mais confiáveis de identificação e individualização humana.

## **1.2 A certeza científica do exame de DNA para o Direito e sua aplicabilidade na investigação criminal e parental**

A partir da elucidação da estrutura molecular do ácido desoxiborri nucléico, conhecido como DNA, pelos cientistas Watson e Crick, no não distante ano de 1953, nem mesmo eles imaginavam a revolução que poucas décadas depois provocariam nos mais variados ramos do conhecimento humano, principalmente pela sua importância singular para a evolução humana na descoberta da estrutura molecular.<sup>12</sup>

Já em 1985, na Universidade de Leicester, no Reino Unido, Alec Jeffreys desvenda uma técnica de análise das características exclusivas do DNA de uma pessoa. Essa descoberta, é tida como uma técnica extremamente específica, diferente de qualquer outra já utilizada na identificação humana. Tal descobrimento, com as seguintes evoluções técnicas, foi tida junto a medicina forense como um dos métodos mais poderosos e específicos já utilizados para resolver questões legais ligadas ao direito penal e civil no que se relaciona com a identificação e individualização humana.<sup>13</sup>

Nesta senda, na visão de Farah, ao diferenciar a técnica utilizada para a individualização humana pelo DNA e pela impressão digital, que desde a antiguidade foi o sistema mais utilizado, segundo ela:

---

<sup>11</sup> MELO, A. D. *Filiação Biológica - Tentando Diálogo Direito-Ciência*. In: LEITE, E. de O. (Coord.). *DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

<sup>12</sup> FARAH, Solange Bento. *DNA segredos e mistérios*. 2. ed. São Paul: Sarvier, 2007. p. 1.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 243.



[...] O DNA, por outro lado, pode ser extraído para análise a partir de um fio de cabelo, uma ponta de cigarro, um item de vestuário, como chapéu ou luvas, ou até mesmo de impressões digitais deixadas na cena do crime. Além disso, o DNA de um dado indivíduo é o mesmo em qualquer célula de seu corpo. Portanto, qualquer material biológico como sangue, saliva, urina, sêmen etc. obtido pode ser analisado para identificar e condenar, ou inocentar, um suspeito. Se o teste do DNA é conduzido de forma apropriada, permite não somente a exclusão de evidências, mas também fornece a identificação positiva de um suspeito.<sup>14</sup>

Em termos gerais, pode-se dizer que bastando um material biológico encontrado nas cenas dos crimes, poderão, comparativamente, se chegar ao suspeito e/ou autor do ilícito, dentro é claro, dos limites legais e fáticos relacionados a forma que tal material foi encontrado, por outro lado, a comparação genética pode ainda auxiliar como prova de inocência de suspeitos/acusados, bastando a simples comparação do material encontrado.

O primeiro caso de criminoso condenado com base em comprovação genética pelo DNA, ocorreu em 1988, quando Colin Pichfork foi condenado a prisão perpetua pela morte das adolescentes Lynda Mann e Dawn Ashworth, ambas de 15 anos, a primeira em 1983 e a segunda em 1986, as duas estupradas e assassinadas brutalmente pelo criminoso que foi identificado anos depois através de exame de DNA do sêmen encontrado no corpo das vítimas.<sup>15</sup>

De acordo com Kreuser e Massey, com a evolução da tipagem de DNA, é possível através do recolhimento na cena de um crime, amostras de sangue, fios de cabelos, tecidos estranhos a vítima, serem analisadas geneticamente a fim de comparação e ligação à possíveis suspeitos. Tal análise, poderá tanto ligar suspeitos ao crime, como desconstituir a culpabilidade do condenado pelo suposto crime. Ademais, é crível destacar que, com a tipagem genética, 30% dos casos em que foram realizados tais procedimentos, o suspeito foi desconstituído deste rol por não existir mínima similaridade dos materiais genéticos encontrados na cena do crime.<sup>16</sup>

Ademais, os incalculáveis benefícios em se tratando de tipagem genética investigativa através dos exames de DNA, contribuíram também para o direito de família, principalmente em relação as investigações de paternidade, que, na atualidade, é o mais poderoso elemento esclarecedor da “verdade” a serviço dos

---

<sup>14</sup> FARAH, Solange Bento. DNA segredos e mistérios. 2. ed. São Paul: Sarvier, 2007. p. 244.

<sup>15</sup> Ibid., p. 249-250.

<sup>16</sup> KREUZER, Helena; MASSEY, Adrienne. *Engenharia genética e biotecnologia*. Trad. Ana Beatriz Gorini da Veiga. 2. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 200.

juízes e dos profissionais do direito ligados a essa área, pois não indica apenas o genitor do indivíduo, como também sintetiza sua genealogia.<sup>17</sup>

Diante da constatação da técnica através do DNA, esta contraiu valores diferenciados de outras técnicas de conhecimento científico da verdade biológica, pois, de acordo com Almeida,

[...] o DNA situa-se no núcleo de todas as células do corpo humano, apresentando semelhanças típicas entre pessoas biologicamente relacionada. Isto se deve ao fato de que sempre parte do DNA de um indivíduo é herdado de seu pai biológico e outra é herdada de sua mãe biológica. Por isso o DNA funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas e, como detentor de bagagem hereditária de todos os seres, é natural que venha a ser o melhor recurso para o esclarecimento definitivo de paternidades nebulosas.<sup>18</sup>

Atualmente, com todas as evoluções técnico-científicas, a descoberta da paternidade são facilmente esclarecidas, e assim, nos casos ligados ao direito de família, auxiliam de forma extremamente eficaz.

O exame de DNA, modernamente, é o método mais eficaz já utilizado nos casos envolvendo paternidade indefinida ou recusada, já que há cerca de 99,999% de probabilidade de que aquela técnica alcance os verdadeiros progenitores, existindo apenas 0,001% de chance de que outro indivíduo tenha o mesmos resultados dos testes, e, por consequência, seja o verdadeiro pai.<sup>19</sup>

O direito ao conhecimento a progênie genética, no Brasil, possui cunho funcional, pois, na concepção de Almeida, é “concebido como um direito subjetivo ordinário de alcançar o bem-estar econômico, o direito a alimentos, o direito de herança e o direito ao nome, não possuindo o perfil de direito fundamental da pessoa de conhecer sua progeneritura.”<sup>20</sup>

Assim, percebe-se que, com a consequente descoberta da individualidade biológica de cada pessoa pelo simples exame de DNA, o direito, seja no viés criminal ou civil de seus ramos de atuação, chegar-se-á cada vez mais a perspectiva de que é capaz de efetivar os preceitos constitucionais garantidos a todos os cidadãos, contribuindo de forma expressiva para o equilíbrio social. É nesses pontos cruciais de

---

<sup>17</sup> ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>19</sup> FARAH, Solange Bento. *DNA segredos e mistérios*. 2. ed. São Paul: Sarvier, 2007. p. 260.

<sup>20</sup> ALMEIDA, 2001, p. 79.



equilíbrio e efetivação de normativas básicas de tutela, que a criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos adquiriu grande conveniência, ao mesmo tempo que gerou grandes dúvidas e discussões. Sob essa perspectiva, tem-se, na sequência, o dever de abordar as características referentes a criação oficial da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos-RIBPG.

### **1.3 A criação o funcionamento e a eficácia da Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos**

Com a resultante descoberta dos métodos identificativos pelo DNA, e sua consequente utilização na elucidação de crimes, criou-se a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, instituída pela Lei nº 12.654, publicada em 28 de maio de 2012<sup>21</sup>, que alterou as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 (Lei de Identificação Criminal dos civilmente identificado), e a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal), a qual prevê a coleta de perfis genéticos como métodos de identificação criminal.

Sobre a criação do banco de perfis genético, segundo Suxberger, a Lei nº 12.654 de 2012

[...] teve tramitação célere no Poder Legislativo. Originou-se de projeto apresentado no Senado Federal, autuado sob o número 93, de autoria do parlamentar Ciro Nogueira, no ano de 2011 (PLS 93/2011). Sem maiores considerações sobre a compatibilidade das inovações trazidas com o ordenamento pátrio, o PLS 93/2011 justifica-se por meio da proliferação dos bancos de dados de perfil genético nos países desenvolvidos e, por conseguinte, a necessidade de o Brasil igualmente incorporar essa inovação tecnológica útil ao aprimoramento da persecução penal.<sup>22</sup>

Segundo o autor do Projeto de Lei, o Senador Ciro Nogueira, o banco de perfis de DNA nacional, visa o auxílio as investigações policiais, referente a crimes praticados com violência contra a pessoa, nos moldes de países precursores na técnica. Ainda, segundo ele,

---

<sup>21</sup> Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)> Acesso em: 12 de jun. de 2016.

<sup>22</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 649-665.

[...] 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.<sup>23</sup>

Assim, o Banco Nacional de Perfis Genéticos para as investigações criminais, seguiria o molde de outros 30 (trinta) países, assim como o utilizado pelo FBI (*Federal Bureau of Investigation*), sendo ele próprio quem disponibilizaria o programa utilizado nas tipagens.

Atualmente, muitos países utilizam o Banco de Perfis Genéticos de criminosos a fim de auxiliar nas investigações criminais, tendo como um dos pioneiros, os Estados Unidos da América. O banco norte americano conta atualmente com mais de 10 milhões de perfis genéticos de indivíduos já condenados, em cerca de 26 dos 50 estados da federação. Em relação a coleta do material genético, tal procedimento é realizado até mesmo em relação a suspeitos ou detidos, o que, nos moldes constitucionais brasileiros, a *prima facie*, demonstrar-se-ia inconstitucional, já que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.<sup>24</sup>

O bancos de perfis genéticos, também tem previsão em vários países da Europa, dentre eles, Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça, dentre outros.<sup>25</sup>

Ainda, segundo o Senador Ciro Nogueira, o principal argumento para a criação de tal banco, tem por escopo, nas palavras do autor “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

---

<sup>23</sup> BRASIL, Diário do Senado Federal n.º 37, Publicado em 18 de março de 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=18/03/2011&paginaDireta=07194>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>24</sup> FBI-CODIS - NDIS Statistics. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/about-us/lab/codis/ndis-statistics>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>25</sup> ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de Perfis genéticos deve se tornar realidade no país. Revista Consultor Jurídico. Acesso em: 21 jun. 2016. p. 3.

berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica”.<sup>26</sup>

No Senado Federal, o relator do projeto comenta que a aprovação da PL nº 93, traria grande valia em relação a elucidação de crimes, assim como a identificação da autoria, pois, nessa visão, nas palavras do relator,

[...] estudos recentes apontam o Brasil como o sexto País do mundo em taxa 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 e denúncias.<sup>27</sup>

Desta forma, pelo grande número de homicídios, assim como o aumento dos casos de crimes sexuais, esse argumento justificaria a criação do banco, pois, por consequência de sua inexistência, no pensamento do relator, justificaria a ineficácia investigativa, gerando ausência de provas materiais capazes de proporcionar o início das investigações de crimes dessa natureza, bem como sua concretude nos moldes processuais em relação as provas necessárias a comprovar a autoria.

Pelas referidas necessidades abordas ao longo da PL 93/2011, esta teve tramitação célere, restando sancionada e convertida na Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, para instituir o Banco Nacional de Perfis Genéticos, alterando as Leis nº 12.037-Lei de Identificação Criminal dos civilmente identificado, de 1º de outubro de 2009, e nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal.

Assim, as disposições da Lei nº 12.654 de 2012, aditaram a Lei nº 12.037 de 2009 (Lei da Identificação Criminal dos civilmente identificado), em seu artigo 5º, acrescentando o parágrafo único<sup>28</sup>, prevendo um momento específico para a coleta de amostra biológica, sendo elas na fase pré-processual ou processual, conforme o

---

<sup>26</sup> BRASIL, Diário do Senado Federal n 937, Publicado em 18 de março de 2011. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>27</sup> BRASIL, Senado Federal. Atividade Legislativa. Projeto de Lei nº 93, de 2011, Parecer aprovado na comissão, em 28 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99463>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>28</sup> Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.”

artigo 3º, inciso IV da mesma Lei nº 12.037/09<sup>29</sup>, momento esse, em que os princípios constitucionais deveriam ser de extrema aplicabilidade, como, principalmente, o da não autoacusação e da presunção de inocência<sup>30</sup>.

Por outro lado, a Lei nº 12.654 de 2012, acrescentou o dispositivo 9º-A na Lei nº 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal- LEP)<sup>31</sup>, relacionando-se com a fase de execução da pena, com intuito imediato de alimentar o banco, utilizando estes perfis para persecução de outros crimes, seja no passado ou futuro.

Salienta-se que é nesse ponto que a Lei nº 12.654 de 2012, especificamente no artigo 3º, que acrescentou o artigo 9º - A na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), momento que, para muitos juristas, adquiriu-se uma perspectiva inconstitucional nos moldes da Constituição Federal de 1988, no que se relaciona com a impossibilidade de produção de provas contra si mesmo, tema este que será abordado em capítulo exclusivo adjacente.

Contudo, a criação, a administração e o uso efetivo do Banco de Perfis Genéticos, restou materializada na Lei nº 12.654 de 2012 em seu artigo 2º, do qual acrescentou os artigos 5º-A, parágrafos 1º, 2º e 3º, e, o artigo 7º-A e 7º-B, todos da Lei nº 12.037/09 (Lei da Identificação Criminal dos Civilmente Identificados).<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

<sup>30</sup> SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Paraná: CRV, 2015. p. 96.

<sup>31</sup> Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

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

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

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

<sup>32</sup> Art. 2º A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º 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.

Posteriormente, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos regulamentado pela Lei nº 12.654 de 2012, foi instituído através do Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013, por iniciativa conjunta do Ministério da Justiça e das Secretarias de Segurança Pública Estaduais, no qual institucionalizou a Rede Integrada de Perfis Genéticos, destinando-se a contribuir na apuração criminal e na identificação de pessoas desaparecidas, propiciando assim, a permuta de perfis genéticos, logrados em laboratórios de perícia oficial.<sup>33</sup>

Em relação aos Laboratórios, o Manual De Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos-RIBPG, determina os critérios de admissão de laboratórios e de perfis genéticos a serem adicionados junto ao programa, assim como o administrador do banco de perfis genéticos, ainda, as categorias de amostras biológicas e a confirmação dos perfis genéticos.

A admissibilidade de laboratórios na RIBPG, segundo o Manual de Procedimento, deverá cumprir

[...] os requisitos mínimos para um laboratório de perícia oficial de DNA participar da RIBPG tratam-se da experiência laboratorial, da qualificação técnico-científica do pessoal para a execução das análises (incluindo atividades como procedimentos de coleta, interpretação dos resultados e emissão do laudo pericial), da estrutura física (em termos de equipamentos e instrumentos, dos procedimentos e metodologias aplicadas às análises) e do monitoramento do cumprimento destas atividades, conforme padrões estabelecidos. Também serão exigidos requisitos quanto à estruturação, utilização, implantação, monitoramento e gerenciamento do banco de perfis genéticos.<sup>34</sup>

Para a inserção das amostras biológicas relacionadas com ilícitos penais ou procedimentos investigatórios, esses poderão ser feitos de cinco formas distintas, sendo elas, os vestígios, ou seja, materiais biológicos coletados em locais de crimes ou em vítimas, contendo material genético de apenas um indivíduo. Ainda, os

---

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

“Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

<sup>33</sup> RIBPG. Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/institucional>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>34</sup> Ministério da Justiça e Cidadania- Governo Federal. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Manual de Procedimentos Operacionais da RIBPG, versão 2, p.5. Disponível em:<[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2014.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual_procedimentos_ribpg_2014.pdf/view)> Acesso em: 21 jun. 2016.

vestígios com misturas, que são amostras biológicas coletadas nos locais de crimes de mais de um indivíduo. Assim como, dos condenados, caracterizando aquelas amostras coletadas de sujeitos condenados pelos crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, assim como aqueles previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Crimes Hediondos). Ademais, a identificação criminal, que consiste em amostras biológicas coletadas por ocasião da identificação criminal, e, por fim, as decisões judiciais, que são as amostras coletadas por ordem judicial, nas quais o sujeito não se enquadra nas categorias nem de identificado criminal, nem de condenado.<sup>35</sup>

Poderão também, segundo o regulamento, serem inseridas na RIBPG, amostras biológicas relacionadas com pessoas desaparecidas, sendo material biológico do Cônjuge, Filho Biológico, Irmão Biológico, Mãe Biológica, Pai Biológico, Parente Materno, Parente Paterno, Pessoas de Identidade Desconhecida, Referência Direta de Pessoas Desaparecidas, e Restos Mortais Não Identificados.<sup>36</sup>

Em relação a Referência Direta de Pessoa Desaparecida, conforme a regulamentação, para se chegar a tais amostras, estas poderão ser obtidas “a partir de itens de uso pessoal, como escovas de dentes, barbeador, roupa íntima usada, entre outros, são extremamente úteis para a busca em banco de dados. Este tipo de amostra pode ser validado por meio da comparação com os familiares da pessoa desaparecida.”<sup>37</sup>

Atualmente, conforme relatório divulgado pelo RIBPG, existem no país 18 laboratórios estaduais e 1 laboratório federal participando do sistema, com participação ampla de praticamente quase todos os entes federados.<sup>38</sup>

Nesta linha, o Banco de Perfis Genéticos conta atualmente, só de indivíduos cadastrados criminalmente, com 3.423 amostras referente a vestígios, assim como, já foram coletadas amostras de 955 indivíduos condenados com base na Lei nº 12.654

---

<sup>35</sup> Ministério da Justiça e Cidadania- Governo Federal. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Manual de Procedimentos Operacionais da RIBPG, versão 2, p. 10. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2014.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual_procedimentos_ribpg_2014.pdf/view)> Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>36</sup> Ibid., p. 10.

<sup>37</sup> Ibid., p. 11.

<sup>38</sup> Ministério da Justiça e Cidadania- Governo Federal. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos(RIBPG), de 28 mai. 2016. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2014.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual_procedimentos_ribpg_2014.pdf/view)>, Acesso em: 22 jun. 2016.



de 2012, bem como 95 identificados criminalmente, e 4 decisões judiciais, numa somatória de 4.477 perfis genéticos cadastrados, oriundos de casos criminais.<sup>39</sup>

Já em relação a pessoas desaparecidas, o banco conta atualmente com 1.526 perfis genéticos oriundos de amostras relacionadas com pessoas desaparecidas. As amostras nessa categoria, são de perfis genéticos de familiares das pessoas desaparecidas, restos mortais não identificados, referência direta de pessoas desaparecidas e perfis de pessoas vivas de identidade desconhecida.<sup>40</sup>

Os resultados práticos relativos ao Banco de Perfis Genéticos, podem ser verificado através dos relatórios divulgados na página do RIBPG, no site do Ministério da Justiça e Cidadania, no qual disponibilizou no dia 28 de maio de 2016, o seu IV Relatório, demonstrando os casos em que o banco auxiliou ou confirmou amostras coletadas em cenas de crimes ou no corpo das vítima.

TIPO DO BANCO	SIGLA	UNIDADE	COINCIDÊNCIAS CONFIRMADAS	INVESTIGAÇÕES AUXILIADAS
BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS DOS LABORATÓRIOS ESTADUAIS E DA POLÍCIA FEDERAL	AM	Amazonas	1	3
	AP	Amapá	0	0
	BA	Bahia	1	2
	CE	Ceará	0	0
	DF	Distrito Federal	0	0
	ES	Espírito Santo	0	0
	GO	Goiás	21	16
	MG	Minas Gerais	7	11
	MS	Mato Grosso do Sul	3	9
	MT	Mato Grosso	0	0
	PA	Pará	0	0
	PB	Paraíba	5	10
	PE	Pernambuco	0	0
	PF	Polícia Federal	32	56
	PR	Paraná	16	14
	RJ	Rio de Janeiro	0	0
	RS	Rio Grande do Sul	7	11
SC	Santa Catarina	0	1	
SP	São Paulo	37	72	
BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS (BNPG)	n/a	n/a	8	n/a
<b>TOTAL</b>			<b>139</b>	<b>206</b>

Fonte: Ministério da Justiça e Cidadania- Governo Federal. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos(RIBPG), de 28 mai. 2016.* Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2014.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual_procedimentos_ribpg_2014.pdf/view)>, Acesso em: 22 jun. 2016.

<sup>39</sup> Ministério da Justiça e Cidadania- Governo Federal. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos(RIBPG), de 28 mai. 2016.* Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2014.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual_procedimentos_ribpg_2014.pdf/view)>, Acesso em: 22 jun. 2016.

<sup>40</sup> Ibid.

Nesta linha, verifica-se o impacto positivo nas investigações criminais, assim como em relação a coincidência de perfis genéticos, chegando a 139 confirmações de coincidência. Em suma, percebe-se um início de estruturação dos órgãos competentes destinados a tal análise, fazendo com que, em uma perspectiva futura, o banco supere os atuais números.

Por tudo, com base nas explicações relativas ao Banco de Perfis Genéticos, instituído pela Lei nº 12.654, buscou-se solucionar questões atinentes as questões práticas relativas a criação, aplicação e efetividade do banco de perfis genéticos, ao passo que, no próximo capítulo, serão abordados as questões processuais a respeito da aplicação das provas genéticas frente aos princípios processuais penais e constitucionais, na perspectiva do auxílio de tais provas na busca da verdade real, assim como, sua interpretação e sua valoração pelo juízo face as possíveis “certezas” dos avanços técnico-científicos.



## **2 APLICABILIDADE DO BANCO DE DADOS GENÉTICOS NO ÂMBITO PROCESSUAL**

Neste segundo capítulo, dado as características fundamentais do ordenamento jurídico, em que pese a prevalência dos direitos humanos sobre toda e qualquer normativa, assim como seu papel na proteção dos direitos do acusado em se tratando dos princípios constitucionais penais, abordar-se-á os elementos e princípios relacionados a proteção do acusado face as características do banco de perfis genéticos na investigação criminal.

Na sequência, serão abordados os meios de prova, principalmente em relação as formas pelas quais estas serão valorada no âmbito processual, particularmente sobre a livre valoração destas pelo juízo, podendo ou não aceitar laudos periciais ao longo da ação penal. Ademais, dada a importância do tema, será analisado a falácia/falência do princípio da verdade real, sob a perspectiva de que a verdade é uma ficção processual. Ainda, será abordado as possíveis contaminações dos materiais genéticos, seja no momento da sua colheita, ou mesmo na violação de alguma das fases na cadeia de custódia das provas.

### **2.1 Perspectivas gerais sobre os princípios constitucionais e processuais penais face aos direitos do réu**

Como marco inaugural desse tema, merece destaque pela sua grandeza de significados, a conceituação do que significa princípios gerais de direito. Assim, segundo Miguel Reale, pelo fato da legislação não cobrir com todas as situações da experiência humana, os princípios ganham papel fundamental, não apenas para suprir as lacunas da legislação, mas também para servirem de bases, como valores genéricos que orientam na percepção jurídica, seja para sua integração e aplicação de normas já inclusas no ordenamento jurídico, seja para a orientação na criação de novos dispositivos legais.<sup>41</sup>

Em todo o ordenamento jurídico, os princípios são aqueles elementos que ordenam e proporcionam a todas as normas um caráter de baliza normativa, se

---

<sup>41</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 27<sup>a</sup> ed. 2002. p. 304.

caracterizando como um sistema de ideias, pensamentos chave de onde todas as demais ideias, pensamentos e normas se subordinam.<sup>42</sup>

Em se tratando de subordinação e hierarquia de normas, assim como, partindo da premissa de que todas as normas nascem de uma mesma fonte, percebe-se então, que esta se caracteriza como uma construção escalonada do ordenamento jurídico, transformando-se em um ordenamento jurídico unitário, não estando, no entanto, em um mesmo plano.<sup>43</sup>

Ainda, segundo Norberto Bobbio, para entender o ordenamento jurídico complexo e suas normas, é necessário compreender que,

[...] há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores aquelas que se encontram mais acima, a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias providências um conjunto unitário que pode ser chamado de "ordenamento".<sup>44</sup>

Assim, existe em todo ordenamento jurídico uma norma fundamental, que serve de base para todas as demais existentes no ordenamento jurídico, essas normas fundamentais dão ao ordenamento jurídico a organização do poder, a sua estruturação de competências e exercícios, garantindo ainda o direito da pessoa humana, tanto individual quanto socialmente, dentre outras organizações do estado.

Como pressuposto em relação aos princípios, como forma de intervenção do Estado na vida do cidadão<sup>45</sup>, é necessário destacarmos o princípio da legalidade, que está incluso na Constituição em seu artigo 5º, inciso II<sup>46</sup>, servindo de base fundamental do Estado democrático de Direito, tendo papel fundamental na tutela do cidadão. Ademais, o princípio da legalidade como pedra mãe do Estado democrático de direito, busca a efetivação da igualdade e da justiça, em situação de paridade de tratamento

---

<sup>42</sup> ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 47.

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Junior; Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 8ª ed., 1996. p. 49.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>45</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. p. 7.

<sup>46</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

aos socialmente desiguais, assim, em termos genéricos, este princípio busca a proteção do cidadão no sentido de que este não seja obrigado a praticar condutas comissiva ou omissivas, sem que a lei assim o obrigue, sendo esta lei, previamente emanada do poder competente, garantindo assim, o direito ao cidadão de conhecê-la, e, por óbvio, aplica-la.<sup>47</sup>

Assim, o princípio da legalidade é uma limitação imposta ao poder estatal, tanto em relação ao Poder Legislativo quanto ao Poder Executivo e Judiciário, abrangendo da capacidade de vinculação não só a forma como o Direito Penal é criado e aplicado, mas também quanto ao conteúdo de sua criação e de sua aplicação.<sup>48</sup>

Em se tratando de meios de proteção do acusado, em relação a principiologia das provas<sup>49</sup>, o Código de Processo Penal, com base em uma filtragem constitucional, elegeu o princípio da presunção de inocência como marco garantidor dos direitos do acusado, estando previsto em seu artigo 5º, inciso LVII, o qual preceitua que ninguém poderá ser considerado culpado sem uma sentença penal condenatória, devendo obrigatoriamente ser aplicados aos casos penais, mesmo que as provas trazidas à baila no processo, demonstrem que o acusado seja efetivamente o autor do ilícito penal, devendo para que tal princípio seja vencido, uma sentença penal condenatória.

Nas palavras do refulgente autor Geraldo Prado, a presunção de inocência consiste, “em fundar o estado original de incerteza que marcará a persecução penal, da notícia crime ao momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.<sup>50</sup>

Para tanto, para melhor contextualizar, em se tratando de tutela de direito e garantias fundamentais da pessoa, merece referência o seguinte dispositivo: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.” Assim se apresenta o artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que principiou todas as legislações democráticas posteriores, no sentido de defender os direitos de todas as pessoas,

---

<sup>47</sup> COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *Garantias constitucionais da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49.

<sup>48</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da Legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 273.

<sup>49</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 559.

<sup>50</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmico: a quebra de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17.

sendo que ninguém é considerado culpado até que assim seja provado e declarado, tendo garantido a seu favor, até o trânsito em julgado, a presunção de inocência. Ademais, esse entendimento foi manifesto também na Declaração Americana de Direitos e Deveres de 1789, bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.<sup>51</sup>

Em se tratando da aplicabilidade deste princípio em relação ao acusado frente ao julgamento, e principalmente em relação ao juiz, segundo Lopes Jr.,

[...] sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio de maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).<sup>52</sup>

Destarte, os pressupostos de partida das investigações penais é a incerteza, que se afirma pelo princípio da presunção de inocência, estando a punição legitimada quando superar este estado de incerteza, devendo se adequar a um processo constitucional adequado, que se caracteriza por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria em um conjunto lógico e jurídico que esteja hábil a sustentar seu veredito em um contexto de “verdade”.<sup>53</sup>

Em relação ao tratamento ao acusado, pode-se chegar a uma interpretação histórica, pela análise frente ao sistema processual inquisitivo adotado pelo ordenamento jurídico processual, onde, inevitavelmente, o juízo-inquisitor cada vez mais está, fatalmente, por ser um dos atores prático-efetivo na colheita das provas em nosso sistema atual, acabando assim, por corromper indiretamente o preceito constitucional da presunção de inocência, tratando o acusado desde o recebimento do inquérito policial, como verdadeiramente culpado.

Coutinho, ao fazer referência sobre o posicionamento de Franco Cordeiro, expõe que as características precípuas do sistema inquisitorial encontra-se na gestão da prova que é confiada ao magistrado, onde este as recolhe secretamente, tendo como “vantagem”, o sentido de que, em tal estrutura, o juiz poderia informar-se mais

---

<sup>51</sup> SANTOS, Nilton Ramos Dantas. *A defesa e a liberdade do réu no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 05.

<sup>52</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218.

<sup>53</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmico: a quebra de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.

amplamente da verdade dos fatos.<sup>54</sup> Contudo, tal “vantagem” ganha desprestígio pelo fato de violar a essência dos direitos humanos fundamentais, garantido constitucionalmente, já que, nesses casos, o magistrado não mais seria imparcial, o que certamente levaria a uma inaplicabilidade do princípio da presunção de inocência.

Para Ferrajoli, ao fazer uma análise sobre o princípio da presunção da inocência e as provas das quais a jurisdição se valerá em desfavor do acusado, este questiona no sentido de que,

[...] se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio da submissão à jurisdição- exigindo em sentido lato, que não haja culpa sem prejuízo, e, em sentido estrito, que haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação- postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.<sup>55</sup>

Por tanto, as provas do cometimento de um crime são instrumentos necessários para que haja juízo, do contrário, se nenhuma prova foi encontrada a fim de garantir efetivamente o cometimento de um crime por tal sujeito, não pode este ser submetido ao juízo e, por conseguinte, reputado culpado.

Em se tratando da Lei nº 12.654/12, a qual instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos, tal princípio obrigatoriamente deve ser aplicado em sua integralidade, mesmo aos casos em que as comparações dos materiais coletados nas cenas de crimes demonstrem a “total” compatibilidade entre este material coletado e o material genético do suspeito, devendo para tanto, que outro princípio constitucional seja aplicado, sendo ele o devido processo legal.

O devido processo legal, por sua vez, está previsto no artigo 5º inciso LIV da nossa carta magna, a qual prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, servindo este de base para a garantia e proteção do cidadão contra ações arbitrárias do estado, buscando ainda, uma atuação correta do poder jurisdicional no sentido de evitar possíveis nulidades. Ou seja, o juiz

---

<sup>54</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: \_\_\_\_\_. *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo, Editora Revista dos tribunais. 2014. p. 505.

tem o dever de submeter as partes às normas processuais penais vigentes, garantido assim, os preceitos constitucionais.<sup>56</sup>

Nesse tocante, Moraes afirma que:

[...] o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal)<sup>57</sup>.

Ainda, segue o autor, no sentido de que o devido processo legal tem como preceito o princípio da ampla defesa e do contraditório, que devem ser respeitados e assegurados ao acusado em processos judiciais, se caracterizando como um asseguramento que é proporcionado ao réu, de condições que possibilitem expor no âmbito processual todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, ou mesmo em omitir-se ou calar-se no momento em que entender necessário, garantindo ainda, que todos os atos produzidos pela acusação sejam respeitados e ofertados a defesa, mesmo que seja para opor-se ou produzir interpretações diversas.<sup>58</sup>

Para Sarlet, em relação as condições do sujeito-pessoa na esfera processual em geral, e o alcance dos direitos e garantias de cunho processual penal, estão linearmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, pela simples interpretação dos direitos e garantias fundamentais a luz de um processo que considera o indivíduo como sujeito e não mero objeto do processo, demonstrando assim, que os principais direitos e garantias processuais tem conteúdo na dignidade, e, para tanto, deve ser interpretada através do exame de constitucionalidade.<sup>59</sup>

Ademais, no sentido de entender a eficácia prática do devido processo legal, Tourinho Filho refere que a efetivação do devido processo legal se deve a relação com outros direitos e garantias constitucionais, quais são a da presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, direito de ser citado e de ser intimado de todas as decisões que comportem recursos, ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural,

---

<sup>56</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001. p. 17.

<sup>57</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p.111.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 14.



imparcialidade do julgador, direito as vias recursais, proibição de *reformatio in pejus*, respeito a coisa *judgada (no bis in idem)*, proibição de provas colhidas ilicitamente, motivação das sentenças, celeridade processual, retroatividade da lei penal benigna, dignidade humana, integridade física, liberdade e igualdade, servindo estes de base de um estado democrático de direito, no sentido de proteção dos sujeitos processuais.<sup>60</sup>

Em se tratando do Banco Nacional de Perfis Genéticos e sua aplicabilidade na esfera processual, este deverá seguir os moldes determinados pela Constituição Federal de 1988, garantindo ao acusado plenos direitos de defesa, e até mesmo de silenciar-se ou de omitir-se em fornecer depoimentos e provas que possam vir a prejudica-lo, dentre elas, a colheita de material genético para a inserção no referido banco. Ademais, é necessário e indispensável a aplicabilidade imediata da Constituição Federal na tutela do acusado, seja no âmbito material, como no âmbito processual, respeitando os direitos e garantias fundamentais, garantindo assim um processo justo nos moldes da dignidade da pessoa humana, independentemente de sua culpabilidade.

## 2.2 Meios de prova e a falência do princípio da verdade real

Para inaugurar o tema das provas no processo penal, cabe de imediato conceituar o que é prova, e o que se prova no processo penal. Etimologicamente, prova significa “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente”<sup>61</sup> Processualmente, provas, tem como premissa o estabelecimento da existência da verdade, assim, as provas são o instrumento pelos quais procura-se estabelecer-la, evidenciando a verdade do que se alega, caracterizando como prova, não apenas aquelas produzidas pelas partes, como também, aquelas produzidas pelo próprio juízo (*inquisitivo*). Assim, o **objeto de prova** – no sentido do que se deve provar – são todos os fatos sobre os quais versa o

---

<sup>60</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

<sup>61</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p.1727.

processo (*thema probandum*), por outro lado, o **objeto da prova** se destina ao convencimento do juízo.<sup>62</sup>

As provas, ainda, consistem na reconstrução da história, no sentido processual penal, buscando-se fazer uma reconstrução aproximada dos fatos, com a finalidade de instruir o julgador, a partir do qual este produzirá o convencimento através da sentença, desta forma, servindo as provas como instrumento de construção do convencimento do juiz.<sup>63</sup>

Ademais, o objeto de prova consiste em tudo aquilo que necessite uma apreciação judicial e/ou demanda comprovação, ou seja, somente se prova os fatos que possam dar lugar a dúvida, no sentido de que tanto a notoriedade quanto a evidência não poder ser postas em dúvida, ambas produzindo no juízo uma ligação de certeza quanto a existência do fato. Destarte, nas palavras de Tourinho Filho, “O fato evidente representa o que é certo, indiscutível, indubitável, de maneira segura, rápida, sem necessidade de maiores indagações”, nesse raciocínio, tem-se como exemplo de fatos notórios, como leciona o autor, fatos que pertencem ao cidadão de cultura média, no sentido de que, por exemplo, sabe-se que a água do mar é salgada; sabe-se que no dia 25 de dezembro comemora-se o natal, ou seja, são fatos notórios que por fazerem parte da cultura não necessitam ser provados.<sup>64</sup>

Nesta linha de raciocínio, processualmente o termo ônus da prova, consiste na necessidade de provar para ter sua pretensão reconhecida judicialmente, desta forma, as provas não são uma obrigação processual, mas sim um ônus, que em sua origem latina significa carga, fardo, peso. Assim as partes provam no processo em seu próprio benefício, com intuito de dar ao juízo convicção dos fatos que se busca proteger, para tanto, é uma condição para a vitória, devendo quem deseja ganhar a demanda, provar os fatos. Ademais, as partes no processo não tem o dever, a obrigação de provar, e sim o ônus de realiza-la, pois, quem tem a obrigação de provar, não o fazendo, sofre a pena correspondente, já quem tem um ônus, não sofre pena alguma, apenas deixando de colher os benefícios que uma prova traria aos seus argumentos.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 561.

<sup>63</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 549.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 562.

<sup>65</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Das provas no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 9.



Assim, o ônus da prova no processo penal está a cargo da acusação, não se confundindo como ônus ou necessidade da prova como condição da condenação, designando uma regra de repartição funcional da atividade probatória, dentre eles o método legal de formação das provas e do desenvolvimento do contraditório, a publicidade, a oralidade e a imediatez do julgamento; os direitos de defesa e a paridade de poderes entre as partes em causa, dentre outros de grande valia.<sup>66</sup>

No sentido processual de garantia do contraditório em relação as provas, estes devem ser vistos também em uma dimensão positiva, e não apenas no sentido negativo de oposição e resistência, mas sim na visão de incidência efetiva no resultado do processo, sendo esta visão que coloca a ação a defesa e o contraditório como direitos de que sejam desenvolvidos todas as prerrogativas necessárias a tutela dos interesses ao longo do processo, em uma série de vantagens tanto para autor (acusação) quanto para réu (defesa).<sup>67</sup>

Ainda, segue Grinover salientando a importância do contraditório no âmbito das provas, aludindo que:

[...] o direito a prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada a alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, sem estas poderem servir-se das provas.<sup>68</sup>

Sendo assim, as provas tem ligação primordial no sentido de demonstrar a verdade dos fatos, a realidade dos fatos ora discutidos. Contudo, há de se debater o que se entende como verdade, o que é a verdade e como ela pode ou deve ser produzida no processo penal, suas invalidade, e, por vezes, sua inverdade e/ou o jogo de verdades entre defesa, acusação e juiz, na busca de uma possível verdade.

O processo penal é um “modo de construção do convencimento do juiz”, e, para tanto, merece enfoque a discussão de qual verdade foi buscada no processo penal para formar o convencimento do juiz. Desta forma, necessita-se desconstruir o mito

---

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 147.

<sup>67</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.122.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p 123.

da verdade real, na medida que essa utopia justifica-se no sistema inquisitivo, o qual se reduz ao substancialismo penal e o decisionismo processual, no sentido de busca da mitológica verdade real.<sup>69</sup>

O entendimento de Jacinto Coutinho, fenda-se no sentido de que o Código de Processo Penal configura-se em um Sistema Misto, contudo mantem-se a base de um Sistema Inquisitorial, agregando elementos típicos da estrutura do sistema acusatório, pelo qual, nesse sistema, o juízo adquire poderes instrutórios, tendo como prerrogativa a gestão da prova. Essa característica, está expressa no artigo 156, incisos I e II do CPP, o qual representa claramente uma quebra do princípio da igualdade, do contraditório, e da estrutura dialética do processo, pois derroga do processo o princípio da imparcialidade do julgador, pressuposto claro do sistema inquisitivo.<sup>70</sup>

Do contrário, em um sistema de cunho acusatório, o juízo tem um papel de julgador, acabando por ser um juiz-espectador, pois preocupar-se com a valoração dos fatos trazidas pelas partes, garantindo assim a plena imparcialidade.<sup>71</sup>

Pode-se concluir, segundo Amaral, Gloeckener e Santos, que a Lei nº 12.654, adquire uma cristalina visão inquisitória, no sentido de que o que se busca é o dogma da verdade real ou da verdade biológica, servindo tal método como uma prova incriminadora plena, o que segundo os autores, seria “um retorno ao inquisitório e suas regras probatórias”. Seguem ainda, no sentido de que tal método reconduz o investigado como sendo um “objeto de prova” e não como um sujeito de direito.<sup>72</sup>

Na visão de Carnelutti, o processo atual chegou – nas palavras do autor – a “um dos sintomas mais graves da civilização em crise”, pelo simples fato de, na atualidade, os crimes servirem como diversão social, onde todos querem descobrir o delito, onde todos os envolvidos, seja na investigação policial, testemunha, magistrado, advogado de defesa, sofrem com a frenética necessidade social da busca do delito. Ainda, na compreensão do autor, atualmente o referido princípio da presunção de inocência é desprezado, no sentido de que busca-se o culpado

---

<sup>69</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 579.

<sup>70</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Org.). *Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. in. O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 11.

<sup>71</sup> LOPES JR., 2014. p. 111.

<sup>72</sup> AMARAL, A. J. et al. *Direitos Fundamentais e democracia constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 276.

independente se o suspeito é ou não o verdadeiro culpado, onde, nas palavras do autor, “O homem, quando sobre ele recai a suspeita de um delito, é jogado às feras”, sendo essa fera, a própria sociedade, a qual cumpre seu papel de acusador, julgador, e executor da pena.<sup>73</sup>

Ainda, nas palavras de Lopes Jr. sobre a busca histórica do processo penal pela verdade, para ele,

[...] o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (clausula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas político autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz- autor (inquisitor).<sup>74</sup>

Para tanto, a verdade deve ser sempre almejada no processo, valendo-se da aplicação imediata dos princípios fundamentais na justificação de sua finalidade. Assim, o respeito a direitos humanos fundamentais na busca da verdade real deverão ser obrigatoriamente respeitado, sob pena de se chegar à verdades viciadas, ou mesmo falsas verdades, que conseqüentemente levarão à resultados incalculáveis, tanto para acusação, quanto principalmente para defesa.

Ainda, em uma análise do processo como meio e não como fim, aufere Benevides Filho que,

[...] a busca da verdade, forma pela qual se chega ao deslinde dos conflitos, deve ser exercida pelas partes e pelo juiz da maneira mais ampla possível, observando como limite os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, quer no sentido físico quer no sentido espiritual, pressupostos basilares de qualquer estado democrático de direito.<sup>75</sup>

Contudo, sabe-se que a verdade é algo que por vezes pode sofrer mutações, não existindo um critério seguro de verdade, para isso, se busca no processo uma verdade aproximada, assim, sempre que se preceitua a verdade de uma teoria científica, esta se classifica como uma verdade não definitiva, não absoluta, mas

---

<sup>73</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3. ed. Campinas: Russell Editores, 2009. p. 53.

<sup>74</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 580.

<sup>75</sup> BENEVIDES FILHO, Maurício; GUERRA FILHO, W. S. (Coord). et al. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 167.

relativa as experiências baseadas na ordem das coisas, assim, pode se usar a definição de que se busca uma aproximação da verdade objetiva.<sup>76</sup>

Em relação a prova genética, essa deverá ser realizada através de exames periciais, realizando uma comparação das características genéticas (código genético) dos vestígios humanos localizados na cena do crime, com os dados contidos no Banco Nacional de Perfis Genéticos de criminosos condenados criminalmente.

O exame pericial, serve precipuamente para dar ao julgador elementos tecnicamente avaliados por pessoas capacitadas, com intuito de auxiliar a autoridade policial ou o juízo a buscar características do crime, e assim traçar a linha de fatos capazes de entender as circunstâncias dos fatos e suas características, contudo, deve o julgador avaliar a admissibilidade e a necessidade um conhecimento técnico especial.<sup>77</sup>

Para a realização da perícia, poderão tanto a acusação quanto a defesa apresentar quesitos ao perito, no entanto, tais quesitos poderão motivadamente serem indeferidos pelo juízo, a ponto de, no entendimento do juízo, serem impertinentes ao deslinde do caso. Após a perícia, as partes tem o direito de se manifestarem a respeito dos laudos antes da sentença penal, sob pena de nulidade, podendo assim, criticarem objetivamente determinadas questões, bem como requerer nova perícia, exames complementares ou requerer esclarecimentos aos peritos.<sup>78</sup>

O Código de Processo Penal previu em seus dispositivos as seguintes perícias: o exame de corpo de delito; exame necroscópico; exumação para exame cadavérico; exame perinecroscópico; exame do local do crime; reconhecimento visuográfica do local do crime; exame grafotécnico ou documentoscópico; exame sobre os instrumentos do crime e a reconstituição do crime.<sup>79</sup>

Nos casos em que, pelas circunstâncias do crime este deixar algum tipo de vestígio, é necessário que se realize o exame de corpo de delito, que consiste na avaliação do conjunto de elementos de vestígios materiais deixados pelo crime, assim, o exame de corpo de delito pode ser realizado tanto em cadáveres, em pessoas vivas,

---

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 52.

<sup>77</sup> ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p.36.

<sup>78</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p.153.

<sup>79</sup> BINA, Ricardo. *Medicina Legal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.47.

como em objetos dos quais tiveram direta ligação com o crime.<sup>80</sup> Para tanto, o Código de Processo Penal determinou em seu artigo 158 que “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”, assim, é obrigatória a colheita e análise por pessoas capacitadas dos vestígios resultantes do crime, a fim de servirem de elementos para a instrução penal, assim como, no caso de materiais genéticos, para a identificação da autoria.

Nesta linha, em se tratando da necessidade de exame de compatibilidade, a Lei nº 12.654 de 2012, acrescentou o artigo 5º-A na Lei nº 12.037 de 2009 (Lei de Identificação Criminal do Civilmente Identificado), determinando que todas as informações de coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial, devidamente habilitado.

As provas, como elemento essencial do processo penal, garantido para tanto o contraditório em relação a todas elas, culminam ao final em uma livre valoração pelo juízo, e, por consequência, um livre convencimento puro do juiz. Nesta linha, o livre convencimento do juízo deve seguir parâmetros lógicos que se alinham a liberdade e a responsabilidade, pois, por mais que o livre convencimento pressupõe ausência de regras abstratas e gerais de valoração probatória, a valoração deve ser expressada através das matérias probatórias admissíveis e regularmente incorporadas aos autos, devendo ainda, seguir certos parâmetros lógicos, psicológicos e de experiências comuns, inclusive a jurídica no momento em que o livre convencimento é exteriorizado<sup>81</sup>, salientando que tal convencimento deverá ser devidamente fundamentado, apontando o juiz as razões de seu convencimento, como determina o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.<sup>82</sup>

A grande pergunta que merece ser feita, se relaciona com o livre convencimento motivado do juízo a partir das provas trazidas aos autos, principalmente, em nossa

---

<sup>80</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 136.

<sup>81</sup> GOMES FILHO. Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1997. p. 162.

<sup>82</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

análise, em relação as provas genéticas, ao passo que, por mais que o laudo contendo as informações pertinentes ao caso tenha uma certeza científica, o juiz não está vinculado ao laudo, podendo aceita-lo, valora-lo, como também rejeita-lo, no todo ou em parte, e, por consequência, não gerando efeitos no âmbito processual, conforme preleciona o artigo 182 do Código de Processo Penal<sup>83</sup>.

Segundo Aranha, ao tratar das provas, este define que, “a certeza não significa a inexistência de entrelaços de provas ou de conflitos de elementos, mas sim que um deles, racional e cientificamente, não merece consideração, devendo ser desprezado”<sup>84</sup>, ainda, sobre a certeza das provas e a sua avaliação, nas palavras do autor,

[...] a certeza que se exige é a certeza moral, isto é, a persuasão produzida no âmbito do juiz, de acordo com a normalidade de agir das pessoas, de forma a excluir qualquer dúvida prudente. A certeza moral não se confunde com a certeza absoluta, pois esta, ao contrário do que ocorre com aquela, exclui qualquer possibilidade de erro, o que não é possível em se tratando de um trabalho humano.”<sup>85</sup>

Assim, tendo em mente que a certeza tem relação com a segurança, quem deve indicar essa certeza são as provas, no sentido de caracterizar-se ao final como instrumentos idôneos a oferecer ao juízo condições de se buscar o mais próximo possível a “verdade real”, e, por consequência, aplicar o direito dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destarte, buscou-se ao longo deste título abordar alguns pontos essenciais na compreensão das provas fundantes da investigação criminal e da ação penal, suas características e elementos, assim como, abordar ainda que de forma sintética, os problemas que permeiam o princípio da verdade real, tanto almejada no Processo Penal Brasileiro, a ponto de, no próximo tema, discutirmos questões relativas a cadeia de custódia das provas e a prova genética no âmbito processual, no sentido de entender a aplicabilidade e a valoração destas provas no contexto do processo penal.

---

<sup>83</sup> Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

<sup>84</sup> ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.70.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 72



### 2.3 Aspectos da prova genética no contexto pericial brasileiro e a cadeia de custódia

As provas, como anteriormente citado, tem papel de reconstrução da história, no sentido de proporcionar ao juízo uma aproximação da verdade, para que estas sirvam de base para o livre convencimento, e, por consequência, auxiliem na exteriorização deste convencimento na sentença penal.

Com relação ao valor probatório do exame de DNA, Sauthier ao citar Gomes Filho, salienta que mesmo com o reconhecimento da extraordinária utilidade deste método para a reconstrução dos fatos no processo penal, não se deve esquecer que “a pesquisa da verdade judicial não é uma atividade ilimitada”, devendo submeter-se a determinados preceitos, dentre eles o respeito a avaliação das provas reconstrutiva dos fatos, no sentido de que nenhum elemento de prova tem valor absoluto”.<sup>86</sup>

Na perspectiva das provas, em se tratando de um discurso científico em relação a possível existência de uma “rainha das provas” como refere Lopes Jr., não é verdadeira, para tanto, a existência de outras provas a fim de corroborar as alegações da acusação demonstram-se precípuas, ainda, é necessário a busca de outras provas, já que a comparação de perfis genéticos demonstra uma probabilidade de um aspecto do delito, e não todas as características dele. Ademais, segundo o autor, não raro os materiais genéticos terem sido colhidos em momentos e circunstâncias pelas quais essas amostras podem alterar suas estruturas, seja pelo contato com a luz solar, micro-organismos e produtos químicos diversos, a ponto de alterar sua estrutura. Por outro lado, existe também a possibilidade de manipulação das provas, conseqüentemente, gerando efeitos jurídicos dos mais graves, desta forma, é necessário a existência de outras provas que comprovem as características dos fatos, assim como a sua autoria.<sup>87</sup>

A grade questão aqui discutida, se dá pelo fato de, na maioria das regiões que efetivamente participam do Banco de Perfis Genéticos Nacional, não contarem com uma estrutura material e humana suficientemente capaz de auxiliar na efetivação das normas procedimentais necessária, seja no momento da colheita dos materiais pelos peritos, quanto na análise laboratorial destes. Abaixo, segue a tabela que consta os

---

<sup>86</sup> SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Paraná: CRV, 2015. p. 100.

<sup>87</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 649.

estados que possuem laboratórios participantes, assim como, os órgãos pelos quais os laboratórios de análise estão vinculados.

Sigla	Unidade	Órgão ao qual o laboratório está vinculado
AM	Amazonas	Departamento de Polícia Técnico-Científica (DPTC)
AP	Amapá	Polícia Técnico-Científica (POLITEC)
BA	Bahia	Departamento de Polícia Técnica (DPT)
CE	Ceará	Perícia Forense do Estado do Ceará (PEFOCE)
DF	Distrito Federal	Polícia Civil
ES	Espírito Santo	Polícia Civil
GO	Goiás	Polícia Científica
MG	Minas Gerais	Polícia Civil
MS	Mato Grosso do Sul	Coordenadoria-Geral de Perícias (CGP)
MT	Mato Grosso	Perícia Oficial e Identificação Técnica (POLITEC)
PA	Pará	Centro de Perícias Científicas Renato Chaves
PB	Paraíba	Polícia Civil
PE	Pernambuco	Polícia Científica
PF	Polícia Federal	Departamento de Polícia Federal
PR	Paraná	Polícia Científica
RJ	Rio de Janeiro	Polícia Civil
RS	Rio Grande do Sul	Instituto-Geral de Perícias
SC	Santa Catarina	Instituto-Geral de Perícias
SP	São Paulo	Superintendência da Polícia Técnico-Científica (SPTC)

Quadro 1- Unidades participantes da RIBPG.

6

Fonte: Ministério da Justiça e Cidadania- Governo Federal. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos(RIBPG), de 28 mai. 2016. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2014.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual_procedimentos_ribpg_2014.pdf/view)>, Acesso em: 23 Ago. 2016.

Em se tratando da perícia gaúcha, merece referência que esta não está mais vinculada a estrutura da polícia judiciária. Esta separação sucedeu-se em 1996 com a criação da Coordenadoria-Geral de Perícia, tendo se consolidado com o nome de Instituto Geral de Perícia-IGP. Nota-se que o IGP conta atualmente com cerca de vinte anos de existência, o que, em se tratando de estruturação, seja em relação a estrutura física como de contingente humano, demonstra um início de percurso na efetivação desse órgão como um instituto autônomo em relação a polícia. Nota-se na prática, que a incorreta vinculação das atividades dos membros do IGP à atribuição da polícia judiciária interferem na atividade, principalmente na construção da identidade destes profissionais no meio técnico e social.<sup>88</sup>

<sup>88</sup> TEIXEIRA, A. N.; ALBUQUERQUE, T. C. K. *Percepções, perspectivas e identidade da perícia gaúcha*. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/sjcvolume9/percepcoes\\_perspectivas\\_identidade\\_pericia\\_gaucha.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/sjcvolume9/percepcoes_perspectivas_identidade_pericia_gaucha.pdf/view)>. Acesso em: 24 ago. 2016.



Percebe-se com o passar do tempo, que as perícias dos estados mesmo com grandes problemas estruturais nas mais variadas áreas, tem buscado a participação junto ao RIBPG, contudo, não se deve esquecer que os estados devem tomar as devidas precauções, devendo rigorosamente exigir os devidos cuidados nas práticas deste importante órgão, com intuito de garantir a maior certeza de seus resultados específicos. Por outro lado, deve-se ter em mente que as provas através do DNA não devem ser tidas como prova inquestionável, e não deve ser assim entendida pelos aplicadores do direito, sob pena de possíveis erros em seus entendimentos e aplicações, e, por consequência, cerceamento de direitos fundamentais, gerando efeitos importantes na esfera processual.<sup>89</sup>

Na opinião de França ao analisar as provas em DNA, este afirma que o exame ainda não está cientificamente firmado e aceito como valor probante irrefutável, pela existência de uma certa incredibilidade em relação aos laboratórios, assim como em relação a falta de padronização das técnicas utilizadas por eles. Segundo ele, as principais causas de erros em relação aos exames laboratoriais de paternidade, tem relação com “as dificuldades de controlar a técnica, como erro na identificação dos examinados, troca de amostras, uso de marcadores genéticos inadequados ou insuficientes, falha na leitura, na interpretação e na transcrição dos resultados, levando a uma exclusão ou a uma inclusão indevida e, mais raramente, às mutações genética”.<sup>90</sup> Destarte, tal análise demonstra os problemas encontrados em relação aos exames de DNA no que concerne as investigações de filiação, no entanto, tais problemas encontrados geram efeitos também sobre a análise genético-criminal, já que os preceitos aplicáveis são os mesmos.

Para os defensores do exame de DNA como método inquestionável, estes afirmam que a possibilidade de se encontrar duas pessoas com a mesmo material genético é de uma para 10 trilhões de pessoas, fazendo com que esse sistema se constitua como uma verdadeira impressão digital, assim, afirmam que cada indivíduo é geneticamente diferente de todos os outros, bastando para que tal individualização seja materializada e conhecida, uma simples gota de sangue, tecidos humanos, sêmen, fios de cabelo, fazendo com que através de sua simples análise e

---

<sup>89</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 7.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2004. p.63.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 301.

comparação, seja possível o apontamento da autoria do crime, assim como a exclusão de falsas imputações.<sup>91</sup>

Contudo, mesmo a prova genética sendo de grade valia na busca da autoria do crime, deve-se, antes de tudo, se analisar o nexos causal, ou seja, é necessário uma análise de como o material foi parar no local do crime, e onde ele se encontrava na cena do crime, por outro lado, deve ser levado em conta nessa análise, a possibilidade de manipulação destas provas, seja pelo vícios em relação a cadeia de custódia das provas, como laudos falsos ou enxertos de provas, mas também em relação as próprias fraudes em relação ao DNA, seja por vingança, represália dos envolvidos na investigação, ou até mesmo de terceiros com intuito de incriminar determinada pessoa, ou ainda, falhas no momento da análise dos materiais.<sup>92</sup>

Outro problema que merece referência, tem relação com as contaminações dos vestígios com materiais humanos no momento dos testes de DNA. Estas contaminações pode suceder-se pela contaminação inadvertida, ocorrendo durante o manuseio da amostra, seja pelo seu coletor, ou pelos envolvidos junto ao laboratório. Essa contaminação, pode gerar consequências das mais variadas, podendo aparecer misturas de várias pessoas, ou ainda, que a substância do contaminante(perito) seja detectada, resultando assim, que o próprio contaminante(perito) viesse a ser suspeito do crime. Outra contaminação possível, se dá através da contaminação por amostras mistas, que consiste na contaminação pela própria natureza, ou seja, através de esfregaços vaginais pós-coito, com misturas de sêmen e fluidos vaginais, ou ainda, mistura de sangue derramado por pessoas diferentes. Outra contaminação viável, é a contaminação por transporte do produto da PCR, que consiste na técnica de multiplicação da fita de DNA, que jamais poderá ter contato com a amostra analisada. Nesse sentido, é necessário para que o exame alcance seu objetivo e evite dúvidas em sua análise, a esterilização dos equipamentos utilizados nas técnicas.<sup>93</sup>

Essas adversidades tendem claramente a gerar problemas incalculáveis para o processo penal, já que não se pode(ria) utilizar materiais biológicos contaminados, seja para o indiciamento, ou mesmo de base probante contra o acusado, tendo em

---

<sup>91</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 7.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2004. p. 299.

<sup>92</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 649.

<sup>93</sup> BONACCORSO, Norma Sueli. *Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes*. Dissertação (Mestre em medicina Forense) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. P. 76.

vista que preceitos de cuidado, seja no momento do isolamento da cena do crime, ou mesmo nos demais atos da cadeia de custódia das provas não foram executados de maneira adequada, podendo gerar problemas imensuráveis em um contexto processual probante.

A cadeia de custódia, por sua vez, consiste no caminho percorrido pelas provas durante a investigação criminal e durante o processo judicial, consistindo em dispositivos pelos quais se pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios recolhidos pela perícia criminal, ou apreendidos pela autoridade policial, com objetivo de evitar possíveis dúvidas quanto a sua origem e seu percurso durante qualquer das fases citadas, findando no trânsito em julgado da sentença penal.<sup>94</sup>

Para Geraldo Prado, ao analisar a possível existência de quebra de alguma das fases da cadeia de custódia pela aplicação de métodos ocultos de investigação, sejam elas em relação a preservação de vestígios, documentos e outros objetos de suporte digital, donde os riscos de manipulações são similares aos de confusão entre meios de provas e meios de investigação da prova, é necessário um indiscutível controle severo. Para ele, “A constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia.”<sup>95</sup>

Essa visão nos traz dúvidas sobre os efeitos da contaminação dos materiais coletados nas cenas dos crimes, nota-se que existindo a contaminação do local do crime, poderão tais provas biológicas serem infectadas, e, por consequência trágica, gerar a dúvida quanto ao verdadeira autoria do ilícito penal.

Nesse íterim, deverá a autoridade policial, com intuito de garantir a integridade na colheita dos vestígios que servirão de princípio à investigação, isolar o local do crime impedindo seu desfazimento, afastando os curiosos – o que atualmente é o grande problema da investigação criminal – providenciando minuciosas descrições das adjacências e dos acessos ao local, fazendo com que se evite ao máximo erros capazes de provocar interpretações viciadas.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> ESPÍNDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. p. 165.

<sup>95</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 82.

<sup>96</sup> ROCHA, Luiz Carlos. *Investigação policial: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 53.

Atualmente, com a evolução das técnicas investigativas, as provas colhidas ao longo da fase investigativa e judicial ganham uma intensa valoração, no sentido de convencer o juízo da autoria do ilícito penal, sendo assim, a necessidade de se evitar o contágio de evidências demonstra-se fundamental na tarefa desenvolvida pelo processo penal, devendo armar-se de instrumentos capazes de evitar tais contrariedades, incertezas e principalmente convicções judiciais equivocadas.<sup>97</sup>

Com esse enfoque sintético dos elementos das provas no âmbito processual e suas implicações práticas, é possível concluir que o exame de DNA deverá auxiliar efetivamente as investigações criminais na provável identificação da autoria do crime, evitando condenações errôneas. De outra banda, negativamente, como demonstrado, poderá gerar problemas significativos nos casos em que a cadeia de custódia for violada, podendo existir corrupção de provas, gerando assim efeitos consideráveis para o acusado face à seus direitos constitucionais, sendo ele culpado ou inocente.

Destarte, no próximo capítulo, como questão imprescindível na discussão sobre o banco de perfis genéticos, serão abordados os fundamentos balizadores entre o processo penal da efetividade e do garantismo, e a possível violação do princípio da não produção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), assim como, sinopticamente, a perspectiva da bioética sobre a existência dos bancos de perfis genéticos.

---

<sup>97</sup> PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 84.

### **3 EFICIÊNCIA E GARANTISMO, O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E OS ASPECTOS BIOÉTICOS DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS**

A sociedade atual tem como característica precípua a grande influência midiática, caracterizada por discursos políticos de combate a violência de forma incisiva. Contudo, percebe-se que tais falas são pautadas por ideias e soluções que geram grandes violações de direitos, dentre eles, merece referência, o aumento das penas dos crimes, a diminuição de recursos processuais, a colheita de material biológico de condenados de forma coercitiva como auxílio às investigações criminais, a execução da pena sem o trânsito em julgado da sentença, dentre outras violações que geram grande retrocesso jurídico.

Nota-se que tais discursos geram grandes influências ao processo penal, já que este, serve de instrumento para efetivação das penas repressivas previstas nos tipos penais, desta forma, o processo penal da eficiência deve respeitar premissas constitucionais, utilizando-se dos princípios da proporcionalidade, da necessidade, da razoabilidade, dentre outros, na busca da efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Nesse capítulo, a discussão a respeito da eficiência processual penal e as garantias constitucionais serão singelamente abordadas, assim como os pontos de vista das correntes bioéticas a respeito da criação dos bancos de perfis genéticos frente a possível discriminação genética de elementos singulares de cada ser humano.

#### **3.1 O banco de dados genéticos entre a eficiência processual penal e o garantismo**

O estado como monopolizador da justiça e titular do poder de punir, adquiriu para si, tanto o direito (dever) de proteger a sociedade, como também o próprio réu/acusado, na função de procura do bem comum, ao passo que sua violação gera a invocação da devida tutela jurisdicional. Por tanto, o processo adquire papel fundamental na estrutura estatal na justificação para a imposição da pena, nesse

entendimento, a necessidade do Processo Penal para a aplicação da pena é fundamental.<sup>98</sup>

Nas palavras de Lopes Jr.,

[...] o sistema penal (material e processual) não pode ser objeto de uma análise “estritamente jurídica”, sob pena de ser minimalista, até porque ele não está num compartimento estanque, imune aos movimentos sociais, políticos e econômicos. A violência é um fator complexo, que decorre de fatores biopsicossociais. Logo, o processo, enquanto instrumento, exige uma abordagem interdisciplinar, a partir do caleidoscópio, isto é, devemos visualiza-lo desde vários pontos recorrendo a vários campos do saber.<sup>99</sup>

Nessa análise, o sistema penal e o Processo Penal deve ser um espelho da sociedade em que está inserida, no sentido de que a violência como passar dos anos sofre as mesmas mutações que a sociedade, e, para tanto, o direito penal deve acompanhar tais transformações, não servindo à um utilitarismo processual na busca incansável pela supremacia estatal, e sim servindo a garantia dos direitos individuais e das prerrogativas constitucionais.

Ocorre que, atualmente a sociedade está vivendo em um momento de extrema criminalização de condutas e institucionalização de instrumentos investigativos e processuais que violam claramente direitos individuais, direitos estes que por longos anos foram reclamados, inclusive através de lutas sociais, sendo posteriormente institucionalizados por nossa Constituição Federal de 1988, assim, nota-se com o passar dos anos, através dos discursos políticos do aumento da criminalidade, esses preceitos fundamentais estão sendo ferrenhamente atacados.

Para Meliá, o processo de criminalização se produz com coordenadas políticas distintas de classificação tradicional, para ele, as demandas relacionadas com a descriminalização de condutas está mais ligada a política esquerdista, enquanto a direita política está constantemente demandando por criminalizar condutas. Nessa perspectiva, a esquerda política liga a criminalização de determinadas condutas com os mecanismos de repressão para a manutenção do sistema econômico-político de

---

<sup>98</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49-50.

<sup>99</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 11.

dominação, já a direita política, teria o discurso de *law and order* a seu favor para justificar políticas criminalizadoras.<sup>100</sup>

Em se tratando de criminalização de condutas, tem se utilizado o princípio da necessidade, entende-se aqui, como um sinônimo ao princípio da intervenção mínima, assim, a criminalização só poderá ser legítima/válida, se cumprir os requisitos da necessidade social protetiva, para tanto, a intervenção mínima funciona como um sistema limitador contra formas de abuso ou excessos.<sup>101</sup>

Nessa perspectiva, a proibição de excessos, nas palavras de Schmidt,

[...] determina que a configuração legislativa e a aplicação judicial ou administrativa de qualquer classe de medidas restritivas da liberdade deva ajustar-se, primeiramente, à adequação ao fim a que se propõe, ou seja, toda medida a ser adotada há de ser apta para alcançar os fins que a justificam, e adequar-se a eles. [...] O estado, dessarte, vincula-se não ao fim da vontade própria do legislador ou do juiz, mas sim ao da justiça social- principalmente pela observância da resposta dada ao “por que proibir”.<sup>102</sup>

Sob esse ponto de vista, em nosso ordenamento jurídico, especificamente quanto à preceitos constitucionais, percebe-se que nossa carta maior previu em determinados dispositivos bens jurídicos que deverão ser necessariamente tuteláveis pelo direito penal, como exemplo, tem-se o artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, dos quais impõe-se uma penalização acentuada. Por outro lado, verifica-se também determinados princípios penais e processuais penais explícitos, como, por exemplo, o princípio da legalidade, da irretroatividade da lei penal, humanização e individualização da pena, do devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, o da presunção de inocência, dentre outros de suma importância.<sup>103</sup>

Observa-se nesse contexto, que determinados parâmetros relacionados entre o Direito Penal e a Constituição Federal também tem aplicação frente ao direito processual penal, tendo em vista a complementação funcional entre eles. Assim, já que o Direito Penal tem como preceito a proteção de bens jurídicos, e já que o processo penal tem como característica a efetivação dos regimentos penais, pode-se

---

<sup>100</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. *O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal*. In: CALLEGARI, A. L. et al. *Direito Penal e Funcionalismo* Tradução Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>101</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.316.

<sup>102</sup> Ibid. p. 317.

<sup>103</sup> SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no estado democrático de direito: perspectiva (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.83.



interpretar que o direito processual penal também tem como elemento a proteção de bens jurídicos.<sup>104</sup>

Em suma, para que a pena seja aplicada, não apenas é necessário a existência do ilícito penal, mas também a efetivação do devido processo legal, para tanto, segundo Lopes Jr., “a pena não só é um efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo”, por tanto, a pena depende tanto da existência do ilícito como também da existência efetiva do processo penal.<sup>105</sup>

Na prática atual em nosso país, percebe-se um constante discurso anti-garantista e contrário a suposta “política dos direitos humanos na defesa do crime”. Nessa perspectiva, verifica-se um constante palavrório da tolerância zero, da *law and order (lei e da ordem)*, podendo-se chegar à conclusão de que a sociedade está caminhando para o destino onde aqueles que não possuem aptidão para estar no jogo consumista deverão ser neutralizados, preferencialmente ao menor custo possível. Assim, na lógica serventista da eficiência, o escolhido é o Estado Penitenciário, pois tais práticas são mais baratas do que restabelecer o status de consumidor.<sup>106</sup>

Neste cenário, Ferrajoli ao analisar os objetivos do Direito Penal, auferir que este se caracteriza pelo instrumento de defesa dos mais fracos contra os mais fortes, tanto na proteção do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como também contra o fraco ofendido ou ameaçado pela vingança.<sup>107</sup>

Ainda, nas palavras de Lopes Jr.,

[...] quanto maior for o narcisismo penal, maior deve ser nossa preocupação com o instrumento-processo. Se o Direito Penal falha em virtude da panpenalização, cumpre o processo penal o papel de filtro, evitando o (ab)uso do poder de perseguir e penar. O processo passa a ser o freio ao desmedido uso do poder. É a última instância de garantia frente à violação dos princípios da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade do direito penal.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito a Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52.

<sup>105</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 3.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p.13.

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.311.

<sup>108</sup> LOPES JR., 2006. p. 19.

Portanto, nesse momento o processo penal ganha extrema força em se tratando de um instrumento capaz de evitar abusos praticados pelo estado, ou seja, mesmo que discursos manipuladores em torno da extrema violência que assola nosso país, e de que o Direito Penal através de penas mais severas evitariam a prática de crimes, não deverão ser tidos como verdadeiros. É sob esse ponto de vista, que deve(ria) o Processo Penal regular tais afirmações ao passo de se evitar possíveis abusos.

Na busca da compreensão sobre a eficiência do Processo Penal, cumpre esclarecer a diferenciação/distinção entre efetividade e eficiência proposta por Jacinto Coutinho. Para ele, é inadmissível sinonimizar efetividade com eficiência, pois a regra é que a efetividade se relaciona com a análise dos fins, já a eficiência, em uma base neoliberal, responde aos meios. Ainda, nas palavras do autor, a atenção volta-se para os meios (eficiência), no sentido de que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, na busca, ao final, de se chegarmos ao melhor resultado possível.<sup>109</sup>

Nessa visão de eficiência do Processo Penal, Lopes Jr. em uma análise sobre a burocracia atual do processo, e as possíveis evoluções no que concerne ao controle da produção, adefere ele a necessidade na evolução da comunicação dos atos processuais, e a simplificação dos complexos instrumentos, acabando com o recheado de burocracia que rodeia o processo. Nessa interpretação, percebe-se com as atuais práticas, uma proposital nutrição do espírito burocrático, no intuito de esconder as deficiências materiais do estado.<sup>110</sup>

Na opinião de Ihering, no longínquo século 18, este já refletia sobre a constante busca de uma possível saída para se alcançar efetividade nas práticas estatais, principalmente no objetivo de busca de um senso de justiça. Em seu ponto de vista, precisaria o estado de,

[...] firmeza, clareza, precisão do direito material, remoção de todas as regras, sobre as quais deve impulsionar-se todo autêntico senso de justiça, em todas as esferas do direito, não apenas do direito privado, como da polícia, da administração, da atividade financeira; independência dos tribunais, organização o mais perfeita possível das regras processuais – este é o

---

<sup>109</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 10 ago. de 2016.

<sup>110</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 37.

caminho que o Estado deve seguir para o pleno desenvolvimento do senso de justiça de seus membros e, com isso, de sua própria energia.<sup>111</sup>

Desta forma, percebe-se o grande poder que o Processo Penal adquiriu frente ao estado democrático de direito, instituído pela Constituição Federal de 1988, no sentido de proteção das condutas excessivas praticadas pelo Estado face aos seus cidadãos. Nesse espírito, as próximas reflexões se dedicarão as possíveis violações do direito fundamental a não produção de provas criminais contra si mesmo, em relação a coleta compulsória de material genético institucionalizado pela Lei nº 12.654 de 2012.

### **3.2 A colheita compulsória do perfil genético e o direito da não produção de provas contra si mesmo**

A Lei nº 12.654 de 2012, além das demais discussões trazidas à baila até o presente momento, merece referência especial por sua importância ligada, tanto ao Direito Constitucional quanto ao Direito Processual Penal, não afastando é claro, a sua tênue ligação e suporte daquela em face desta, o princípio da não autoincriminação, ou da não produção de provas contra si mesmo.

O principal momento pelo qual a referida lei adquiriu, na visão de doutrinadores contrários, um contexto autoritário e inconstitucional, deu-se pelo acréscimo do artigo 9º - A, junto a Lei nº 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal-LEP), determinando que os condenados criminalmente por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou mesmo aqueles previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072 de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), serão obrigatoriamente submetidos à identificação genética, mediante extração de DNA por técnica adequada e indolor. Desta forma, nesse entendimento tais práticas violariam direitos humanos fundamentais, sendo eles o direito de não produção de provas contra si mesmo, ou direito a não autoincriminação.

Nas palavras de Moraes, os direitos humanos fundamentais são,

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua

---

<sup>111</sup> IHERING, Rudolf von. *A luta pelos direitos*. Tradução de J. Cretela Jr. E Agnes Cretela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.83.

proteção contra arbítrios do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.<sup>112</sup>

Nesta linha, pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais são aqueles direitos positivados em nossa constituição, direitos estes, que respeitam diretamente as garantias do ser humano, limitando a ingerência do estado na esfera individual e consagrando a dignidade humana. Nota-se, com isso, que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados.<sup>113</sup>

Entretanto, por existir a possibilidade de intervenção legislativa em caráter restritivo aos direitos fundamentais, ainda, por serem de caráter principiológico, estes fornecem posições jurídicas, podendo assim sofrer ponderações em caso de conflito com outros direitos fundamentais. Destarte, pela inexistência de limites constitucionais que delimitam como deve ser a aplicação em caso de conflito entre direitos fundamentais, restou concedido aos órgãos jurisdicionais esse poder de determinar, face ao caso concreto, como será aplicado essa tentativa de harmonização do sistema.<sup>114</sup>

Nesse sentido, nota-se que os direitos fundamentais não são absolutos, ilimitados, haja vista que encontram seus limites nos demais direitos também consagrados em nossa Constituição Federal, podendo sofrer restrições pelas demais leis, dado a necessidade da coexistência dos direitos entre si. Percebe-se ainda, que as restrições não poderão ser de tamanha envergadura que esvaziem o conteúdo do direito fundamental, devendo para tal, tais restrições serem clara, determinadas, gerais e proporcionais.<sup>115</sup>

Em se tratando do direito de não produzir provas contra si mesmo como um direito fundamental, o imputado poderia perfeitamente recusar-se a submeter a intervenções corporais, sem que haja qualquer prejuízo no âmbito jurídico-processual, todavia, face a determinação infra constitucional da Lei nº 12.654 de 2012, instituindo a colheita compulsória do material genético como forma de identificação criminal, nota-se indiretamente a obrigatoriedade do acusado em ceder os materiais biológicos,

---

<sup>112</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>114</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 643.

<sup>115</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53.

do contrário, em caso de recusa, o estado garante para si o direito de busca-la de forma coercitiva, acabando assim com o direito de não produção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).<sup>116</sup>

Já para Nucci, ao analisar as questões relativas a possível violação de direitos constitucionais dos acusados, aufere que

[...] não se vislumbra, pois, qualquer ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, nem ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Afinal, a identificação criminal, por esse novo método, será produzida quando indispensável para a investigação policial, com autorização judicial (art. 3.º, IV, Lei 12.037/2009), enfocando-se a individualização do investigado, desde que haja dúvida quanto à sua real identidade. Por óbvio, não se pode generalizar a colheita de material biológico, mormente para comparar com dados já obtidos na cena do crime, de modo a incriminar o suspeito. Seria exigir do mesmo a produção de provas contra seus interesses. Porém, o contrário é válido. Se tiver sido geneticamente identificado, em ato posterior, caso a polícia consiga algum dado na cena do delito, nada impede a comparação.<sup>117</sup>

Nesse entendimento, segundo o autor, não existe ofensa ao princípio da presunção de inocência, nem mesmo o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, já que a identificação será realizada no momento em que a autoridade policial achar necessário a fim de individualizar o suspeito, mediante é claro, determinação judicial. Contudo, segundo o autor, a colheita do material genético para comparação junto aos materiais já obtidos na cena do crime, demonstra uma clara violação do direito de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Como marco internacional instituidor do princípio da não auto incriminação (*nemo tenetur se detegere*), temos o reconhecimento junto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 1969, momento em que restou reconhecido o princípio do *nemo tenetur se detegere* como sendo uma das garantias mínimas a serem observadas em relação a toda a pessoa acusada de um ilícito. Especificamente, pode-se observar tais disposições no artigo 8º, § 2º, g, da Convenção, o qual preceitua que toda a pessoa acusada de um

---

<sup>116</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 641.

<sup>117</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 117.

crime tem como garantia mínima “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.<sup>118</sup>

Em relação a legislação nacional quanto a não autoincriminação, a nossa Carta Magna prevê em seu artigo 5º, inciso LXIII o direito ao silêncio do investigado/acusado, assim como o Código de Processo Penal, que também contempla o direito ao silêncio, previsto no artigo 186<sup>119</sup>, nesta linha, em uma interpretação democrática, entende-se indiretamente previsto nesses dispositivos a proibição de extração compulsória de informações de fatos que possam incriminá-lo. Por outro lado, para correntes contrárias ao princípio da não produção de provas contra si mesmo, inexistente direito genérico de não produzir prova contra si mesmo, já que não previstos literalmente nos dispositivos legais.<sup>120</sup>

Destarte, segundo Sergio Moro, pode-se concluir pela inexistência de base normativa no Direito Brasileiro no sentido de introduzir um direito genérico de não produção de provas contra si mesmo. Para o autor, existe sim um direito ao silêncio, que está contido nesse âmbito genérico, mas que não se confunde com ele, inexistindo argumentação jurídica, histórica ou moral que justifique a extensão do direito ao silêncio a um direito de não produção de provas contra si mesmo, portanto, não constitui esse princípio óbice à colheita compulsória de material biológico para os exames genéticos nas investigações criminais.<sup>121</sup>

Outro ponto destacável em relação aos fundamentos favoráveis ao banco de dados genético, está no fato de já existir instrumentos identificativos similares, sendo eles, o da identificação datiloscópica ou a fotográfica, já que ambas são utilizadas para o reconhecimento da autoria do ilícito penal e realizadas contra a vontade do agente.<sup>122</sup>

Nesse diapasão, correntes contrárias a esse pensamento afirmam que a edição da Lei nº 12.654, caminhou contra os preceitos constitucionais, gerando um grave retrocesso social no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais do

---

<sup>118</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir provas contra si mesmo: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 26.

<sup>119</sup> “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.”

<sup>120</sup> MORO, Sergio Fernando; CORREA, E. A. de A. (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 282.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 290.

<sup>122</sup> GRECO, Rogério. *Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal*. Revista Jurídica Consulex, ano XVII, nº 389. p. 32-33, 1º de abril de 2013. p. 33.



acusado, já que somente a constituição poderia determinar o âmbito de restrições ao direito fundamental a não produzir provas contra si mesmo. Nesta linha de pensamento, a crítica contrária a criação do banco, estaria no fato de a nossa constituição não prever regulamentação da matéria para lei complementar ou mesmo ordinária, nesse argumento, o legislador teria regulado a matéria fora do alcance da norma concessiva ou omissa quanto a faculdade de limitação dos direitos fundamentais, ocorrendo para tanto “a transformação – pela via inadequada da lei ordinária – de uma norma constitucional de eficácia plena em norma constitucional de eficácia contida” o que gera inúmeros problemas em se tratando de legitimidade legislativa na regulamentação da matéria.<sup>123</sup>

As norma constitucionais de eficácia plena, consiste em normas constitucionais que desde sua entrada em vigor produzem, ou podem produzir, todos os seus efeitos essenciais, regulando direta ou indiretamente interesses, comportamentos ou situações. Já as normas constitucionais de eficácia contida, consistem nas matérias pelas quais o legislador regulou suficientemente, deixando margem para atuações restritivas por parte de competências discricionárias do poder público.<sup>124</sup>

Nas palavras de Bobbio, “na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante”, nesse pensamento, não existe direitos fundamentais absolutos, mas sim relativos, no sentido de que a tutela de um direito fundamental poderá ser concorrente na tutela de outro direito fundamental, chegando assim, em um limite insuperável.<sup>125</sup>

Nesse momento, chega-se a um dos pontos fundamentais na discussão a respeito da colisão de direitos fundamentais do acusado, no âmbito da individualização e da identificação criminal genética, sendo que para a efetivação das políticas criminais institucionalizadas pela Lei nº12.654, direitos fundamentais e a dignidade do imputado como pessoa humana estariam sendo claramente violado, já que vão contra o direito à privacidade física; direito à privacidade informacional; o direito à intimidade; o direito a não autoincriminação; o direito à liberdade de

---

<sup>123</sup> AMARAL, A. J. et al. *Direitos Fundamentais e democracia constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 273.

<sup>124</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.11.

<sup>125</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992. p.42.



locomoção; o direito à integridade físico-corporal, e o direito a proteção dos dados pessoais.<sup>126</sup>

Chega-se à conclusão ao longo da análise dos argumentos favoráveis e contrários, a existência de um intenso conflito no âmbito constitucional e processual penal, pelo fato de conflitarem interesses da sociedade e os interesses individuais, no sentido de proteção aos direitos fundamentais de cada um. Destarte, para que haja uma harmonia entre os referidos interesses, não poderá existir a sobreposição ou prevalência de um frente ao outro. Dessa maneira, em caso de sobreposição do interesse público na persecução penal, geraria um direito ilimitado a prova por parte do Estado, ou seja, não existiria vedações de meios probatórios, tendo por fundamento a busca da verdade, perseguida a qualquer custo.<sup>127</sup>

Por outro lado, havendo prevalência dos interesses individuais, fatalmente a persecução penal estaria arruinada, já que, nessa visão, não existiria nenhuma limitação à direitos fundamentais.<sup>128</sup>

Segundo Queijo, atualmente existe fortes tendências de os ordenamentos jurídicos priorizar aos interesses públicos na persecução penal, fazendo com que os direitos fundamentais sofram fortes restrições, tal pensamento se perfaz no discurso de uma crescente criminalidade organizada e violenta.<sup>129</sup>

Pode-se concluir até aqui, a constante colisão entre direitos fundamentais, já que estes se caracterizam como direitos relativos, sujeitando-se a restrições impostas pelo legislador e pelo juiz.

A possível solução para tais colisões de direitos fundamentais, estaria na teoria dos princípios criada por Robert Alexy.<sup>130</sup> Como prefácio para se entender a referida teoria, se faz necessária uma distinção entre princípios e regras, ao passo que, nas palavras do autor,

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das

---

<sup>126</sup> SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Paraná: CRV, 2015. p. 104.

<sup>127</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 241-242.

<sup>128</sup> Ibid., p. 242.

<sup>129</sup> Ibid., p. 244.

<sup>130</sup> SAUTHIER, 2015. p. 124.

possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda a norma é ou uma regra ou um princípio.<sup>131</sup>

Para solucionar as colisões entre direitos fundamentais, primeiramente cabe a compreensão de qual concepção se dá a ele, já que, se os entendermos como regras, as soluções seriam aqueles métodos contidos nos moldes das regras, ou seja, a subsunção de uma frente a outra. De outra banda, se forem considerados como princípios, tais critérios se dariam pela aplicação do princípio da ponderação.<sup>132</sup>

Outro princípio aplicável a análise, é o da proporcionalidade, se caracterizando, segundo Trois Neto, com “o conjunto de regras utilizadas para a verificação da constitucionalidade de restrições estabelecidas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental ou de um bem coletivo, sempre que se tratar de colisão de princípios constitucionais”, nesse contexto, o princípio da proporcionalidade como garantia dos direitos fundamentais ganha força.<sup>133</sup>

No pensamento de Barros, a respeito da intervenção à direitos fundamentais, a ingerência está “traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais”, nesse raciocínio, o estado só poderá interferir na esfera individual pela extrema necessidade, nos parâmetros que, em sua interferência, os direitos fundamentais ainda assim seja efetivado em sua essência.<sup>134</sup>

Para se chegar a uma conclusão a respeito da violação do direito à não produção de provas contra si mesmo através da colheita compulsória de material genético, se faz necessário uma análise pelo poder judiciário por meio de um controle jurisdicional ao caso concreto. Tal controle jurisdicional deverá observar o princípio da

---

<sup>131</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91.

<sup>132</sup> SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Paraná: CRV, 2015. p. 124.

<sup>133</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito a Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 77.

<sup>134</sup> BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 92.

proporcionalidade, em seus três subprincípios, sendo eles o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>135</sup>

Para tal controle, a adequação se daria pela utilidade para a investigação ou para o processo, ou seja, a medida restritiva deverá ser idônea a alcançar os resultados pretendidos, ao ponto que deverá ser verificado em termos qualitativos e quantitativos sua intensidade e duração. Já a necessidade, se caracteriza pela restrição ao direito de não produção de provas contra si mesmo, de forma indispensável para a coexistência com outros valores, com a segurança pública, a paz social e o interesse público na persecução penal, necessitando para tanto que não haja outra forma de produção da prova. Nessa reflexão, em caso de não restrição ao direito de não produção de provas contra si mesmo, poderiam outros princípios constitucionais serem sacrificados.<sup>136</sup>

Como exemplo da necessidade para a restrição do direito à não produção de provas contra si mesmo, em se tratando de exames de DNA, a medida aplicável deverá ser a menos gravosa, assim, as provas que não dependam de intervenção corporal deverão ser as privilegiadas, ao passo que deverá se optar pelas medidas não invasivas (não utilização de técnicas invasivas), já que essas tendem, *a priori*, respeitar direitos fundamentais, ou seja, em caso de possibilidade de se realizar exames de DNA em pêlos e cabelos, essa deverá ser a priorizada.<sup>137</sup>

Portanto, o direito a não produção de provas contra si mesmo, pode não ter expresso dispositivo em nossa carta magna, contudo, por mais que doutrinadores entendam que nossa constituição não preveja em seu texto o direito de não produção de provas contra si mesmo, o direito ao silêncio, indiretamente, em uma interpretação hermenêutica democrática, demonstra que tal princípio fundamental foi recepcionado pela nossa constituição, e, para tanto, deve ser respeitado, ao passo que sua violação fere não apenas direitos fundamentais, mas também direitos humanos, seja o da não autoincriminação, como também o do direito a integridade físico-corporal ou mesmo o da proteção dos dados pessoais.

É sabido que o interesse público tem grande força ao tema, principalmente na esfera da busca pela verdade real e na persecução penal eficiente na proteção da

---

<sup>135</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 357.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 359.

comunidade. Contudo, nota-se atualmente que as políticas criminais buscam mais a manipulação social, plantando falsas realidades, do que realmente solucionar o problema da criminalidade em sua essência. Nos dias atuais, as políticas de segurança pública visam cada vez mais plantar na sociedade o pensamento de que os principais meios para se alcançar uma paz social, estaria no aumento da penas, o aumento do efetivo policial, a diminuição dos recursos processuais, a execução da pena sem o trânsito em julgado, fazendo com que a sociedade se sinta temporariamente protegida e esqueça que o meio capaz de transformar a nossa realidade é a educação.

### **3.3 A criação e aplicação do banco genético através da visão bioética**

Para melhor compreensão das prerrogativas principiológicas da bioética e do biodireito na aplicação frente a institucionalização do banco nacional de perfis genéticos na investigação criminal, cabe como prelúdio conceituar o que são cada um deles e quais as matérias específicas cada um tem por alicerce.

Nessa compreensão específica de cada termo, pode-se dizer que a bioética se caracteriza pela resposta da ética as novas situações originadas da ciência no campo da saúde humana, destarte, nas palavras de Clotet, a bioética seria “como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas referente à vida, saúde e morte do ser humano.”<sup>138</sup>

Sob outra perspectiva em relação a criação e funcionamento do banco de perfis genéticos, tem-se ainda que analisar as questões referente as correntes bioéticas, com enfoque no que se relaciona com o desenvolvimento da engenharia genética e seus procedimentos. Essa análise deve ser feita sob a perspectiva da vulnerabilidade do patrimônio genético, principalmente pelas suas características individuais, no que concerne as descobertas específicas e as possíveis manipulações desse patrimônio genético. Esse enfoque de proteção deve-se à possível manipulação das características genéticas de cada pessoa, no sentido de veicula-la e populariza-la para possíveis favorecimentos de determinados poderes econômicos.

---

<sup>138</sup> CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 22.

Esse favorecimento de poderes econômicos teria por fundamento, como determina Barchifontaine, a existência de uma espécie de carteira genética, nessa carteira genética, conteria todas as informações genéticas de cada indivíduo, ou seja, sua herança genética. O grande problema jurídico encontrado nesse ponto específico, refere-se a possibilidade de geração de discriminação e estigmatização de pessoas portadoras de heranças genéticas anômalas, principalmente se colocadas a prática nas contratações de empregos, entre outras possibilidades.<sup>139</sup>

Outra perspectiva abordada pelo autor, é a existência de possível discriminação social, ao lado dos fatores racial, étnico, sexual e socioeconômico, podendo ainda sofrer discriminações por convênio privados de saúde e de aposentadoria. Outra característica seria a utilização pelas seguradoras, podendo usar os testes para determinar a longevidade das pessoas, ao passo que as cotas de pagamento das apólices se dariam pelo cálculo dos autos e baixos riscos de se contrair doenças de tratamento extenso e custoso.<sup>140</sup>

Ainda, para Barchifontaine, com as constantes e ininterruptas evoluções técnicas de métodos identificativos de características do gene humano, principalmente em relação a discriminação das características físicas, biológicas de cada indivíduo, chegar-se a um ponto que, necessariamente, o sistema - direito penal e o processual -deverá repensar as bases filosóficas sobre as quais se assenta, e, conseqüentemente, repensar e atualizar os conceitos de livre-arbítrio, culpa, inocência e fatores atenuantes, fazendo com que se tornem um instrumento extremamente relevante para acusação e defesa no processo penal.<sup>141</sup>

Assim, percebe-se o grande progresso científico e tecnológico auferido pelas ciências biomédicas, contudo, os mesmos progressos geraram grandes questões/dúvidas para o direito. É perceptível a grande evolução benéfica a sociedade sob tal aspecto, no entanto, os problemas ganham uma repercussão não menos importante, ao menos no âmbito jurídico de controle de eventuais abusos que podem surgir, principalmente quanto as intervenções sobre o genoma humano. Esses

---

<sup>139</sup> BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004. p.165.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p.166.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p.167.

problemas ganham envergadura em relação aos possíveis crimes decorrentes da engenharia genética, da clonagem, e da análise dos genomas.<sup>142</sup>

Outro ponto de grande valia na análise sobre as técnicas de mapeamento genético, se dá pelas pesquisas da genética humana que revelam os códigos genéticos dos seres humanos, ao passo que podem mapear todas as características, de vulnerabilidades, de resistências a microrganismos, a agentes químicos e físicos, a resposta e reações a drogas e medicamentos e ainda as interferências sobre o comportamento humano, podendo assim ser criado um DNA geral de povos de cada país.<sup>143</sup>

Nesses casos peculiares, a matéria que recebe grandes poderes interpretativos e argumentativos para tais casos, está na bioética e no biodireito, sob o ponto de vista ético nas relações entre a genética e a individualidade humana.

A bioética, segundo Loudeiro, “é um ramo da ética que estuda como as descobertas científicas devem ser utilizadas com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana”. Nesse contexto, entende-se que a bioética estuda as condutas que relacionam-se com a vida, a saúde, enquanto valores e princípios morais, caracterizando como conjuntos de pesquisas que tendem a resolver questões éticas relacionadas aos avanços técnico-científicos. Este estudo não se adstringe apenas a área da medicina, mas também da sociologia, da biologia, da antropologia, da psicologia, da teologia, da ecologia, da filosofia, dentre outros ramos do conhecimento humanos. Ademais, são ainda baseados por princípios, no entanto, estes são apenas princípios gerais de funcionamento, e não normas jurídicas com poderes coercitivos.<sup>144</sup>

Já o biodireito também está ligado ao estudo das relações humanas, principalmente na distinção entre pessoas e coisas, assim, todas as questões que se relacionam com o biodireito passaram a ter seu suporte em preceitos constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, respeito a direitos fundamentais, direito a vida, preservando o corpo, a integridade e a diversidade do patrimônio genético, vedando suas intervenções desproporcionais. Destarte, o ser humano é o ponto de partida de qualquer reflexão na esfera jurídica, e deverão tanto a medicina quanto a

---

<sup>142</sup> SOUZA, P. V. S. de. et al. *Direito (penal) e genoma humano*. In. CLOTET, Joaquim; FEIJO, Anamaria (Org.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p.207.

<sup>143</sup> AZEVEDO, Eliane S. *Bioética: poder e injustiça*. 28. *Ética na pesquisa em genética humana em países em desenvolvimento*. São Paulo: Loyola, 2003. p. 327.

<sup>144</sup> LOUREIRO, C. R. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.



biologia, serem reguladas pelo biodireito, sendo um conjunto de leis que regulamenta a prática de técnicas científicas que envolva a vida humana.<sup>145</sup>

Dadas as devidas distinções e uma pequena análise da bioética e do biodireito, passar-se-á a análise das correntes que relacionam-se com a genética humana, para, ao fim, compreendermos com maior perfeição o significado da bioética e do biodireito no auxílio ao controle das manipulações humanas, inclusive quanto ao banco de dados genéticas na investigação criminal brasileira, ao passo que se perceberá as possíveis violações a direitos, além das outrora já abordadas.

Silva Pereira, ao citar a obra “Principles of Biomedical Ethics” escrita pelos autores Tom Beauchamp e James Chidress, aufere a existência de quatro princípios bioéticos, sendo eles o da autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça. Nessa perspectiva, o princípio da beneficência consagrasse como um princípio que busca o bem-estar, observando os interesses do paciente, evitando a ocorrência de danos. Já o princípio da autonomia, determina o respeito à vontade e valores dos pacientes, desde que não interfiram e conflitam com direitos de outras pessoas. Ainda, o princípio da justiça diz respeito a responsabilidade e o equilíbrio na prática dos atos e experiências.<sup>146</sup>

Em se tratando de preceitos aplicáveis ao caso, merece referência a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, a qual reconhece em seus artigos a dignidade e a diversidade da pessoa humana como patrimônio da humanidade, defendendo os direitos de cada indivíduo ao respeito a sua dignidade, assim como a igualdade, qualquer que seja a suas características genéticas.

Nesta declaração, um dos principais princípios existentes é o consentimento prévio, livre e informado da pessoa interessada, devendo ser respeitado o direito de toda a pessoa de ser informada dos resultados do exame genético e suas consequências.<sup>147</sup>

Para Sgreccia, as exigências éticas na aplicação dos exames genéticos no âmbito forense, em síntese se resumem no sentido de que os exames aplicáveis a paternidade deverão serem realizados por institutos públicos credenciados por suas experiências e autoridade, assim como, só poderão serem realizados a pedido da

---

<sup>145</sup> LOUREIRO, C. R. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

<sup>146</sup> SILVA PEREIRA, Renata Braga da. *DNA: Análise biojurídica da identidade humana*. In: BARBOZA, H. H. et al. *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 274.

<sup>147</sup> Ibid., p. 275.



justiça ou de instituição de perícia, com fins legítimos previstos legalmente ou em benefício a união familiar. Em tal caso, as razões éticas estão relacionadas ao respeito aos direitos dos filhos, a privacidade e a união da família, que, como citado, em certos casos pode serem ameaçados pelos resultados de tais exames.<sup>148</sup>

Já em relação ao uso na criminologia, o exame deverá ser realizado por peritos, em equipamentos válidos, e devem ser considerados lícitos, no intuito de se buscar a “verdade” sobre o autor do delito e afastar as condenações errôneas. Por outro lado, na pensamento bioético, o exame deverá conter exclusivamente os aspectos genéticos relativos aos quesitos judiciais, e não outros dados genéticos do indivíduo. Ademais, os registros criminológicos realizados pelos bancos de dados genéticos deverão estar protegidos por extremo segredo, com fundamento no direito à privacidade, já que tais materiais poderão, inclusive, fornecer outros dados genéticos das pessoa/suspeito/criminoso.<sup>149</sup>

Em se tratando da coleta de amostras de DNA para o armazenamento em bancos de materiais biológicos, à de se respeitar três princípios básicos, sendo eles o da individualidade, confidencialidade e liberdade de escolha, assim, respeitando estas três bases principiológicas, se evitará futuros conflitos. Nessa linha de pensamento, Matte afirma que, em casos de existência de bancos biológicos, seria interessante a instituição de Comitês de Bioética, que serviria como uma espécie de recurso em caso de surgimentos de conflitos de interesses.<sup>150</sup>

Destarte, em se tratando de proteção jurisdicional da diversidade biológica, nas palavras de Vieira,

[...] a vida humana é tutelada pelo Direito, e este deve viabilizar a sua proteção. Mais que a vida, as pessoas têm direito à qualidade de vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Contudo, se a normatização for realmente necessária neste campo, entendemos que as questões técnicas deverão ser discutidas pelos profissionais de cada área, mas as éticas têm de ser debatidas por todos. Ação normativa deve ter a participação da sociedade, não apenas de juristas. O direito jamais deverá estar à margem da Bioética e vice-versa.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. Fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2009. p. 330.

<sup>149</sup> Ibid., p. 331.

<sup>150</sup> MATTE, Ursula. *Bioética e genética*. In. CLOTET, Joaquim; FEIJO, Anamaria (Org.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 207.

<sup>151</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética. Temas Atuais e seus Aspectos Jurídicos*. Brasília: Editora Consulex, 2006. p. 103.

Assim, as questões bioéticas ganham força em relação as evoluções tecnológicas, para tanto, é necessário cada vez mais legislações que busquem fiscalizar os feitos e efeitos da engenharia genética, pelo simples fato de serem biotecnologias de poder imensurável no ponto de vista da interferência na vida humana, ao passo que poderá proporcionar tanto benefícios quanto malefícios em se pesando na dignidade da pessoa humana como paradigma para as práticas. Desta forma, em se tratando da bioética e direitos humanos, segundo Maria Helena Diniz, “A consciência deste é a maior conquista da humanidade, por ser o único caminho para uma era de justiça, solidariedade e respeito pela liberdade e dignidade de todos os seres humanos”.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 20.

## CONCLUSÃO

Com a finalidade de analisar as possíveis violações de direitos humanos e fundamentais do acusado/condenado em relação as disposições da Lei nº 12.654/12, no que se refere a coleta de material genético de forma compulsória face aos preceitos fundamentais da não produção de provas contra si mesmo, buscou-se pontuar as premissas desarmônicas que circundam as discussões doutrinarias e jurisprudenciais a respeito do tema.

A avaliação a respeito da efetividade e eficácia da lei frente ao sistema, pode ser interpretado como algo de grande auxílio ao controle da criminalidade, ao menos em se tratando da descoberta da conjectura e autoria do ilícito nos casos em que, pelas circunstâncias, materiais biológicos são localizados na cena do crime. Ademais, percebe-se que tal argumento ganha envergadura no momento político atual de combate ao suposto aumento da criminalidade.

Contudo, ao refletir e ponderar sobre a criação do banco de perfis genéticos no auxílio as investigações policiais, e melhor aplicação dos preceitos penais e processuais, percebe-se a colisão entre tais disposições face às bases constitucionais de um estado democrático de direito.

Ao analisar os avanços técnico-científicos sobre o mapeamento do DNA humano, chegou-se atualmente ao ponto de tal técnica ser utilizada como elemento essencial para a investigação de alguns crimes específicos, bem como na descoberta de paternidades. Contudo, ao longo das descobertas científicas sobre a estrutura do DNA, concluiu-se que o próprio DNA é capaz de demonstrar mais do que só a individualização do sujeito, mas também demonstrar características específicas de cada indivíduo, como, por exemplo, o desenvolvimento de doenças, características físicas ligadas a genética, assim como a possível correlação entre a prática crimes ligadas a própria estrutura biológica/genética de cada um, possibilitando assim, a discriminação dos indivíduos pelas suas estruturas genéticas problemática, nos moldes das exigências econômicas e sociais, sendo assim, nesse ponto específico, o campo bioético ligado as premissas de proteção ao corpo humano ganham extrema utilidade.

Ao verificar as possíveis transgressões a respeito das falibilidades na colheita e análise dos métodos utilizados pelas polícias e pelas perícias forenses, chegou-se

à conclusão de que, por mais que os problemas estruturais em relação ao efetivo material ainda sejam insuficientes para cumprir a demanda, os métodos utilizados deverão seguir preceitos específicos, utilizados internacionalmente a fim de evitar erros de grandes consequências jurídicas, em determinados casos, irreparáveis.

Já em relação específica ao princípio da não produção de provas contra si mesmo "*nemo tenetur se detegere*", percebe-se que, por mais que nossa carta magna não tenha previsto tal princípio de forma objetiva, utilizando-se de métodos hermenêuticos em uma interpretação ao direito ao silêncio, conclui-se estar claramente previsto em nossa carta política a existência e aplicabilidade de tal princípio constitucional. Ademais, constatou-se que, mesmo que os direitos fundamentais não sejam absolutos, já que possuem limites nos demais direitos previstos em nossa Constituição Federal, o direito à não produção de provas contra si mesmo deverá ser respeitado em sua integralidade face aos acusados, já que a interpretação do direito ao silêncio assim o faz presente.

Para tanto, percebe-se que a Lei nº 12.654/12, claramente viola os direitos fundamentais do acusado/condenado, especificamente no que se refere a colheita compulsória de material genético sem o consentimento do condenado, e, por tanto, em um filtro constitucional, tal dispositivo ganha caráter inconstitucional.

Ademais, as premissas legislativas básicas para a criação e efetivação do Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos -RIBPG, teve por fundamento base a solução de problemas ligados a segurança pública, visando a diminuição dos crimes, contudo, não se pode deslembrar, que em um país onde se privilegia interesses políticos em detrimento à investimentos básicos ligados a saúde, segurança, educação, a violação a princípios básicos de qualquer pessoa é inaceitável, já que tais atitudes não representam a base ideológica de um estado democrático de direito.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, A. J. et al. *Direitos Fundamentais e democracia constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ARANHA, A. J. *Das provas no processo penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

AZEVEDO, Eliane S. *Ética na pesquisa em genética humana em países em desenvolvimento*. In: *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BENEVIDES FILHO, Maurício; GUERRA FILHO, W. S. (Coord.). et al. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BINA, Ricardo. *Medicina Legal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BONACCORSO, Norma Sueli. *Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes*. Dissertação (Mestre em medicina Forense) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BRASIL, Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, de 3º de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL, *Diário do Senado Federal n.º 37*, Publicado em 18 de março de 2011. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=18/03/2011&paginaDireta=07194>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL, *Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm)> Acesso em: 12 de jun. de 2016.

BRASIL, Senado Federal. Atividade Legislativa. *Projeto de Lei nº 93, de 2011*, Parecer aprovado na comissão, em 28 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99463>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3.ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

COELHO, Marcos Vinicius Furtado. *Garantias constitucionais da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: \_\_\_\_\_. Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (Org.). *Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In: \_\_\_\_\_. O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 10 ago. de 2016.

CROCE, Dalton; CROCE JUNIOR, Dalton. *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

ESPÍNDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3.ed. Campinas: Millenium, 2009.

FARAH, Solange Bento. *DNA segredos e mistérios*. 2.ed. São Paul: Sarvier, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 7.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2004.

GOMES FILHO. Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. *Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal*. Revista Jurídica Consulex, ano XVII, nº 389. p. 32-33, 1º de abril de 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



IHERING, Rudolf von. *A luta pelos direitos*. Tradução de J. Cretela Jr. e Agnes Cretela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

KREUZER, Helena; MASSEY, Adrienne. *Engenharia genética e biotecnologia*. Trad. Ana Beatriz Gorini da Veiga. 2. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

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

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

LOUREIRO, C. R. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTE, Ursula. *Bioética e genética*. In: CLOTET, Joaquim; FEIJO, Anamaria (Org.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

MELIÁ, Manuel Cancio. *O estado atual da política criminal e a ciência do direito penal*. In: CALLEGARI, A. L. et al. *Direito Penal e Funcionalismo* Tradução Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELO, A. D. *Filiação Biológica - Tentando Diálogo Direito-Ciência*. In: LEITE, E. de O. (Coord.). *DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Ministério da Justiça e Cidadania- Governo Federal. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Manual de Procedimentos Operacionais da RIBPG, versão 2*, Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual\\_procedimentos\\_ribpg\\_2014.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/manual_procedimentos_ribpg_2014.pdf/view)> Acesso em: 21 jun. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORO, Sergio Fernando; CORREA, E. A. de A. (coord.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controle epistêmico: a quebra de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

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

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 27<sup>a</sup> ed. 2002.

ROCHA, Luiz Carlos. *Investigação Policial: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Nilton Ramos Dantas. *A defesa e a liberdade do réu no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

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

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no estado democrático de direito: perspectiva (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da Legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. Fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2009. p. 330.

SILVA PEREIRA, Renata Braga da. et al. *Temas de Biodireito e Bioética. DNA: Análise biojurídica da identidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA PEREIRA, Renata Braga da. *DNA: Análise biojurídica da identidade humana*. In: BARBOZA, H. H. et al. *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SOUZA, P. V. S. de. *Direito (penal) e genoma humano*. In: CLOTET, Joaquim; FEIJO, Anamaria (Orgs). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

TEIXEIRA, A. N.; ALBUQUERQUE, T. C. K. *Percepções, perspectivas e identidade da perícia gaúcha*. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/sjcvolume9/percepcoes\\_perspectivas\\_identidade\\_pericia\\_gaucha.pdf/view](http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/sjcvolume9/percepcoes_perspectivas_identidade_pericia_gaucha.pdf/view)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. *Direito a Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética. Temas Atuais e seus Aspectos Jurídicos*. Brasília: Editora Consulex, 2006.

WAJNER, Moacir; VARGAS, Carmem Regla. *Diagnóstico genético-molecular aplicado à medicina humana*. In: MARQUES, Edmundo Kanan(Org.). *Diagnóstico Genético-Molecular*. Canoas: Ed. ULBRA, 2003.