

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO**

BÁRBARA RAASCH TIMM

**PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO
CRIMINAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA
BIOÉTICA**

VITÓRIA
2018

BÁRBARA RAASCH TIMM

**PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO
CRIMINAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA
BIOÉTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória
(FDV), como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Me. Gustavo Senna Miranda.

VITÓRIA
2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, que me deu forças e benefícios para superar as dificuldades.

À minha família, sobretudo, à minha mãe Leida e à minha irmã Beatriz, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

Ao meu namorado e companheiro, Maykon, que me deu todo o suporte que eu precisava para concluir este trabalho, estando sempre presente e pacientemente ouvindo minhas angústias e divagações.

Aos meus sogros, que me acolheram como filha.

A todos os professores que tive no decorrer do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia, em especial ao professor Gustavo Senna Miranda que, com sua dedicação ao ensino e incentivos, orientou-me neste trabalho.

Aos meus amigos que direta ou indiretamente contribuíram na elaboração do presente trabalho, especialmente à Luana e Priscilla.

Aos funcionários e funcionárias da FDV, pela disponibilidade e gentileza sempre presentes na forma de auxiliar quando necessário.

RESUMO

Busca analisar, por meio de uma abordagem bioética, se a coleta, armazenagem e utilização de perfis genéticos pelo Estado para fins de persecução criminal está em consonância com os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. O método empregado na análise corresponde ao hipotético-dedutivo, sendo utilizada como técnica de pesquisa a documentação indireta mediante pesquisa documental e bibliográfica. Primeiramente, foi analisada a criação e utilização de bancos de perfis genéticos no âmbito internacional, bem como as inovações legislativas brasileiras, em especial a Lei nº 12.654/2012. Em seguida, foram estudados os direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal genética, salientando o direito de não produzir prova contra si mesmo e a valoração da prova genética no processo penal. Por fim, foi realizada uma análise à luz da bioética do conflito existente entre os interesses individuais e coletivos relacionados à utilização de perfis genéticos pelo Estado. Para tanto, foi destacada a importância da transdisciplinaridade e a transição de uma bioética de princípios a uma bioética de intervenção. Tendo em vista os baixos índices de elucidação de crimes no Brasil e o interesse em uma persecução penal efetiva visando à redução da criminalidade é possível, sob a abordagem de uma bioética ampliada à esfera coletiva, crítica e interventiva justificar a tomada de uma decisão que privilegie os interesses coletivos, mesmo que em prejuízo de situações individuais. Contudo, considerando as recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas, exceções ao consentimento do indivíduo só devem ser feitas de acordo com as normas éticas e jurídicas adotadas pelos Estados e devem ser compatíveis com os princípios e disposições enunciados, não devendo a bioética ser utilizada como paradigma para prática de arbitrariedades e injustiças. Dessa forma, concluiu-se que a Lei nº 12.654/2012 não dispôs de forma satisfativa a respeito da identificação criminal por meio do perfil genético, haja vista a utilização de termos vagos e imprecisos que não são suficientes para limitar o exercício do direito de não fazer prova contra si mesmo.

Palavras –chave: Perfis genéticos. Persecução Criminal. Direitos e Garantias Fundamentais. Bioética.

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1 – Número total de perfis genéticos oriundos de amostras relacionadas a casos criminais conforme o VII Relatório da RIBPG (2017, p. 08).....14
- Figura 2 – Número total de perfis genéticos oriundos de amostras relacionadas a pessoas desaparecidas conforme o VII Relatório da RIBPG (2017, p. 08).....15
- Figura 3 – Crescimento do número total de perfis genéticos no BNPG desde a sua criação conforme o VII Relatório da RIBPG (2017, p. 08).....15

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BNPG – Banco Nacional de Perfis Genéticos

CF – Constituição Federal

CODIS - *Combined DNA Index System* – Sistema Combinado de Indexação de DNA

CPP – Código de Processo Penal

DNA – Ácido desoxirribolucleico

ENASP – Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública

FBI – *Federal Bureau of Investigation* – Departamento Federal de Investigação

LEP – Lei de Execuções Penais

POP – Procedimento Operacional Padrão

RIBPG – Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos

SENASP – Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério Extraordinário da Segurança Pública

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL.....	09
1.1 ANÁLISE DA CRIAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL.....	10
1.2 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS: A INSTITUIÇÃO DO BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS E A LEI Nº 12.654/2012.....	13
1.2.1 A identificação criminal do civilmente identificado e a Lei nº 12.037/2009.....	17
1.2.2 A inclusão do artigo 9º-A na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais).....	21
2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONEXOS À INVESTIGAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA.....	22
2.1 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (<i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>).....	25
2.1.1 A valoração da prova genética no processo penal e a busca da verdade real.....	30
3 A BIOÉTICA E O CONFLITO EXISTENTE ENTRE INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.....	31
3.1 TRANSDISCIPLINARIDADE.....	31
3.2 DA BIOÉTICA DE PRINCÍPIOS A UMA BIOÉTICA INTERVENÇÃO.....	34
3.3 UMA ABORDAGEM BIOÉTICA DA UTILIZAÇÃO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL.....	40
3.3.1 Recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas.....	40
3.3.2 A coleta do material biológico e a utilização e armazenamento dos perfis genéticos para fins de persecução criminal à luz de uma abordagem bioética.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Os perfis genéticos para fins de persecução criminal têm cada vez mais sido utilizados na atualidade. Assim, a coleta e armazenagem de dados genéticos de indivíduos pelo Estado são alvos de intensos debates tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não se limitando, inclusive, ao âmbito do Direito.

Após a promulgação da Lei nº 12.654/2012, que alterou as Leis nºs 12.037/2009 e 7.210/1984 para prever a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético como forma de identificação criminal, instituíram-se no Brasil, em 12 de março de 2013, por meio do Decreto nº 7.950, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Em que pese à instituição do novo mecanismo, não só de persecução, mas também de identificação criminal, busca-se analisar no presente estudo, por meio de uma abordagem bioética, se a colheita e armazenagem de informações genéticas são potenciais violadoras de direitos e garantias fundamentais estabelecidos pelo nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que as informações genéticas de um indivíduo estão intrinsecamente ligadas à sua dignidade.

O estudo será realizado a partir de uma análise transdisciplinar das esferas do Direito e da Bioética. Isso porque, a Bioética representa um campo de estudo de extrema importância para abordagem dos conflitos éticos e morais, possuindo como foco o debate qualificado para tentativa de solucionar da melhor maneira possível os dilemas decorrentes dos avanços biotecnológicos.

Por meio do método hipotético-dedutivo será analisado o surgimento do problema, a conjectura de uma possível solução de proposta e a tentativa de falseamento. Dentre as técnicas de pesquisa, será utilizada a documentação indireta, na medida em que o levantamento de informações se dará mediante pesquisa documental e pesquisa bibliográfica.

Assim, no primeiro capítulo, será esclarecido o que se entende por perfis genéticos, sendo analisados bancos de perfis genéticos criados e utilizados no âmbito internacional, por meio do direito comparado. Feitas tais explanações, serão

expostas as inovações legislativas brasileiras quanto à instituição do banco nacional de perfis genéticos, especificamente em relação à identificação criminal do civilmente identificado e a Lei nº 12.037/2009 e a inclusão do artigo 9º-A na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais).

No segundo capítulo será apresentada a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo abordados os direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal genética, quais sejam, a dignidade da pessoa presunção de inocência o direito ao silêncio, a garantia de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), a integridade física e moral, dentre outros.

Será exposta a inadmissibilidade de provas obtidas por meios não autorizados pelo ordenamento jurídico brasileiro que violem normas e princípios determinados pela Constituição e leis, bem como a valoração da prova genética no processo penal e a busca da verdade real.

No terceiro capítulo será realizada uma análise transdisciplinar a partir de uma abordagem bioética para averiguação do conflito existente entre os interesses individuais consistentes nos seus direitos e garantias fundamentais frente ao interesse coletivo em uma persecução criminal eficiente.

Dessa forma, será exposta a transição de uma bioética pautada exclusivamente nos princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça para uma bioética de intervenção crítica, politizada e comprometida com o aprimoramento e consolidação dos direitos humanos e da justiça social.

Em seguida, será abordada a questão da utilização de perfis genéticos para fins de persecução criminal por meio de uma análise realizada à luz da bioética. Assim, serão expostas as recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas, que servirão de auxílio à análise da coleta do material biológico e a utilização e armazenamento do perfil genético para fins de persecução criminal.

Ante o exposto, busca-se averiguar se a coleta, se a coleta, armazenagem e utilização de perfis genéticos de indivíduos pelo Estado para fins de persecução

criminal está em consonância com os preceitos da Bioética e o ordenamento jurídico brasileiro.

1 BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL

Com o avanço da ciência e da tecnologia, tornou-se possível obter o perfil genético do ser humano a partir da coleta de seu material biológico. Portanto, primeiramente, é essencial dispor alguns esclarecimentos a respeito do que se entende por perfis genéticos. Nessa perspectiva, Casabona e Malanda (*apud*, SCHIOCCHET, 2013, p. 522) esclarecem que o perfil genético traz informação sobre a descrição étnica do sujeito e sobre o sexo.

Sobre o tema, Schiocchet, ao distinguir o material biológico ou genético dos perfis genéticos, esclarece que estes “constituem uma parte das informações contidas na amostra de DNA e são extraídos de regiões ditas não codificantes” (2013, p. 521), identificando apenas marcadores sexuais, enquanto aqueles podem constituir “[...] em uma amostra de sangue, saliva, bulbo capilar, entre outros, a partir do qual se fará a análise para a extração do chamado ‘perfil genético’” (2013, p. 520).

Assim, nota-se que uma amostra de DNA possui regiões codificantes e não codificantes. A região codificante apresenta as informações genéticas propriamente ditas do seu titular e, geralmente, são conservadas e utilizadas apenas para fins médicos ou de investigação científica (SCHIOCCHET, 2013, p. 521).

Já a região não codificante, corresponde a maior parte do DNA e é, por vezes, denominada *junk DNA* (DNA lixo em inglês), vez que “mais de 95% do genoma não trazem informação alguma que se converterá em características físicas” (LIMA, 2008, p. 09). Ademais, cumpre esclarecer que o DNA, ácido desoxirribolucleico, corresponde a

uma molécula (ou conjunto de moléculas) que contém toda a informação genética do ser vivo, e se encontra distribuído em diversos fragmentos ou cromossomos (vinte e três pares no ser humano) no núcleo de cada célula (com exceção, nas hemácias, que não em núcleo, e no ADN mitocondrial, que não se encontra naquele) (CASABONA, 1999, p. 21-22).

Dessa forma, deve-se levar em consideração de qual região do DNA a informação é retirada para afirmar se poderá ou não conter características físicas ou de saúde do indivíduo. Nesse sentido, Jacques e Minervino ressaltam que

infelizmente, devido ao parco entendimento público sobre a ciência e a tecnologia envolvidas nesta questão, muitas pessoas são levadas a acreditar que o perfil genético tem muito mais informações do que ele realmente tem (2008, p. 18).

Conforme o VII Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), “[...] o perfil genético é obtido a partir de regiões não-codificantes do DNA, sendo incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação é a individualização” (2017, p. 04).

Tendo em vista que o perfil genético é um meio para identificação de um indivíduo, é possível a sua utilização no âmbito de investigação criminal, principalmente no tocante à apuração de autoria de delitos. Assim, indispensável que seja realizada uma análise a respeito da criação e utilização de bancos de perfis genéticos em outros ordenamentos jurídicos, por meio do direito comparado.

1.1 ANÁLISE DA CRIAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal têm sido regulamentados em diversos países, dentre os quais, cabe destacar o programa americano CODIS (*Combined DNA Index System*) que é referência no assunto, sendo responsável por armazenar e comparar eletronicamente perfis de DNA.

Em 2009, o Escritório Federal de Investigação, denominado FBI e o Departamento de Polícia Federal (DPF) do Brasil firmaram Termo de Compromisso visando à concessão por parte do FBI ao DPF de uma licença ilimitada para utilização do programa CODIS, além de suas modificações e melhorias (2009, p. 01). Com efeito, o Brasil adquiriu o *software* do sistema CODIS a fim de instaurar a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos em território nacional.

O referido banco de dados norte-americano, conforme dados atualizados em março de 2018 e disponibilizados no endereço eletrônico do FBI, contém mais de

13.290.378 perfis criminosos, 3.062.261 perfis de presos e 845.508 perfis forenses e já tendo auxiliado em 399.179 investigações e sido consultado 415.135 vezes.

Nesse sentido, Anselmo e Jacques (2012, p. 03) ressaltam que não só a coleta compulsória de impressões digitais, como também de amostras de DNA no contexto do processo penal é permitida pela maioria dos países membros do Conselho da Europa, sendo que

os bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça (ANSELMO; JACQUES, 2012, p. 03).

Informa Hélio Buchmuller Lima que a Inglaterra e os Estados Unidos foram os pioneiros na implementação de banco de dados de perfis genéticos (2008, p. 10). Acrescenta que o banco de dados britânico foi implementado em 1995, e conforme dados publicados em 2006, “[...] a taxa de resolução de crimes passa de 26% para 40%, quando vestígios encontrados no local do crime são colocados no banco de dados” (LIMA, 2008, p. 10).

O banco de dados norte-americano, por sua vez, foi implementado em 1994, porém com legislações distintas em cada estado (LIMA, 2008, p. 10). Inclusive, destacou que:

Atualmente, todos os estados norte-americanos estão inseridos no banco de dados nacional, conhecido como NDIS (*National DNA Index System*, que utiliza o *software* chamado CODIS), e a grande maioria já passou por reformas na legislação específica, para dar maior eficiência para o banco de dados estadual (LIMA, 2008, p. 10).

Dentre as recomendações editadas pelo Conselho da Europa, são especialmente importantes, levando em consideração o tema ora estudado, as de nºs R (87) 15, R (92) 1. Posto isso, a Recomendação nº R (87) 15, adotada pelo Comitê de Ministros em 17 de setembro de 1987 na 410ª reunião, estabeleceu os princípios a serem aplicados na coleta, armazenamento, uso e comunicação de dados pessoais para fins policiais.

As matérias que foram tratadas dizem respeito, em suma, do controle e notificação, recolhimento, armazenamento, comunicação e uso de dados pela polícia,

publicidade, direito de acesso aos arquivos policiais, direito de retificação e direito de recurso, duração do armazenamento, atualização e segurança de dados. Dessa forma, os referidos princípios foram recomendações dadas pelo Conselho da Europa aos Estados membros, para orientá-los nas suas leis e práticas nacionais.

A Recomendação nº R (92) 1, de 10 de fevereiro de 1992, que versa sobre a análise do uso do ácido desoxirribonucleico (DNA) no âmbito do sistema de justiça criminal, recomendou aos Estados membros que, em suas legislações e políticas, somente realizassem coleta de amostras biológicas para análise de DNA em circunstâncias determinadas em lei ou com autorização específica de uma autoridade.

Inclusive, fora expressamente previsto que “[...] nos casos em que a legislação interna admita que as amostras possam ser colhidas sem o consentimento do suspeito, só deve ser realizado se as circunstâncias do caso justificarem tal ação” (1992, p. 02).

Portanto, mesmo tendo sido considerado que as técnicas de análise de DNA podem oferecer vantagens para a justiça criminal, auxiliando a determinação de inocência ou de culpa, recomendou-se que os padrões de proteção de dados deverão ser realizados conforme a Recomendação nº R (87) 15.

No que tange ao armazenamento das amostras e dados, foi sugerido que as amostras ou outros tecidos do corpo retirados de indivíduos para análise do DNA não ficassem armazenados após a decisão final do caso para o qual foram utilizados, ao menos que fossem estritamente necessários.

Todavia, é de se notar que os resultados e informações obtidas a partir da análise do DNA poderão ser conservados caso o indivíduo tenha sido condenado por ofensas contra a vida, integridade ou segurança das pessoas, cujo prazo de armazenagem deverá ser rigorosamente definido por lei.

Assim, Recomendação nº (92) 1 do Conselho da Europa, mesmo tendo tratado a questão do uso do DNA para auxílio sistema de justiça criminal de maneira generalizada, representou um grande ponto de partida para incentivo às mudanças

legislativas dos países europeus, vez que expôs quais análises são imprescindíveis à determinação de perfis genéticos (ALMEIDA NETO, 2008, p. 09).

Ao buscar aprofundar a cooperação internacional visando, particularmente, combater o terrorismo e a criminalidade transnacional, o Tratado de Prüm, assinado por países membros da União Europeia, em 27 de maio de 2005, estipula regras a serem observadas para fornecimento de dados de DNA e impressões digitais, por exemplo:

Alteração 6

Considerando 11 A (novo)

(11 A) Estas melhorias no intercâmbio de informações constituem um progresso na disponibilização de informações aos agentes responsáveis pela aplicação da lei nos Estados--Membros. **É necessário garantir a existência de razões para efetuar consultas automatizadas nas bases de dados nacionais de ADN e de identificação dactiloscópica, sempre que estejam em causa dados de carácter pessoal.** (grifo nosso)

Alteração 29

Artigo 7o, no 1 A (novo)

1 A. A recolha do material genético apenas poderá ser efectuada ao abrigo da legislação nacional e para fins específicos e deve obedecer aos requisitos da necessidade e proporcionalidade.

Com efeito, o nível de restrição da legislação que regulamente os bancos de dados de perfis genéticos impacta diretamente na amplitude dos efeitos da sua utilização. Dessa forma, a seguir será analisado como a legislação brasileira regulamentou a criação e instituição do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG).

1.2 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS BRASILEIRAS: A INSTITUIÇÃO DO BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS E A LEI Nº 12.654/2012

Visando armazenar dados de perfis genéticos para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes e o compartilhamento e a comparação das informações foram instituídos no Brasil, em 12 de março de 2013, por meio do Decreto nº 7.950, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Por meio da iniciativa conjunta do Ministério da Justiça e das Secretarias de Segurança Pública Estaduais, tendo por objetivo propiciar o intercâmbio de perfis genéticos de interesse da Justiça, obtidos em laboratórios de perícia oficial e

destinados a subsidiar a apuração criminal e identificação de pessoas desaparecidas, a RIBPG foi concebida em 2009 e formalizada por meio do referido Decreto em 2013.

Dentre as medidas tomadas pelo Comitê Gestor da RIBPG, ressalte-se a aprovação do Regimento Interno e Manual de Procedimentos Operacionais, bem como relatórios e resoluções, os quais se encontram disponíveis no endereço eletrônico do Ministério da Justiça.

Consoante o VII Relatório da RIBPG, que divulgou dados estatísticos e resultados obtidos até o dia 28 de novembro de 2017, 19 (dezenove) laboratórios estaduais e 1 (um) laboratório da polícia federal participavam efetivamente da RIBPG (2017, p. 07).

À época, dos dados armazenados no BNPG, verifica-se que havia 8.225 (oito mil, duzentos e vinte e cinco) perfis genéticos referentes a vestígios e indivíduos cadastrados criminalmente, dentre os quais, 5.925 (cinco mil, novecentos e vinte e cinco) pertencem à categoria de amostra de vestígios, 2.008 (dois mil e oito) a condenados, 280 (duzentos e oitenta) a identificados criminalmente e 12 (doze) obtidos por meio de decisão judicial (2017, p. 08), conforme se observa abaixo:

Categoria de amostra	Nº de perfis genéticos
Vestígios	5925
Condenados (lei 12.654/12)	2008
Identificados criminalmente (lei 12.654/12)	280
Decisão judicial	12
Total	8225

Figura 1: Número total de perfis genéticos oriundos de amostras relacionadas a casos criminais conforme VII Relatório da RIBPG.

Ressalte-se também que constavam 2.544 (dois mil, quinhentos e quarenta e quatro) perfis genéticos referentes a dados relacionados a pessoas desaparecidas, conforme tabela abaixo (2017, p. 08):

Categoria de amostra	Nº de perfis genéticos
Familiares de pessoas desaparecidas ²	1103
Restos mortais não identificados	1412
Referência direta de pessoa desaparecida	10
Pessoas vivas de identidade desconhecida	19
Total	2544

Figura 2: Número total de perfis genéticos oriundos de amostras relacionadas a pessoas desaparecidas conforme VII Relatório da RIBPG.

Destaca-se o aumento da quantidade de perfis genéticos armazenados no Banco Nacional de Perfis Genéticos, desde a sua criação pelo Decreto nº 7.950, conforme é possível observar no gráfico divulgado no referido relatório, totalizando até novembro de 2017 10.769 (dez mil, setecentos e noventa e seis) perfis genéticos (2017, p. 08):

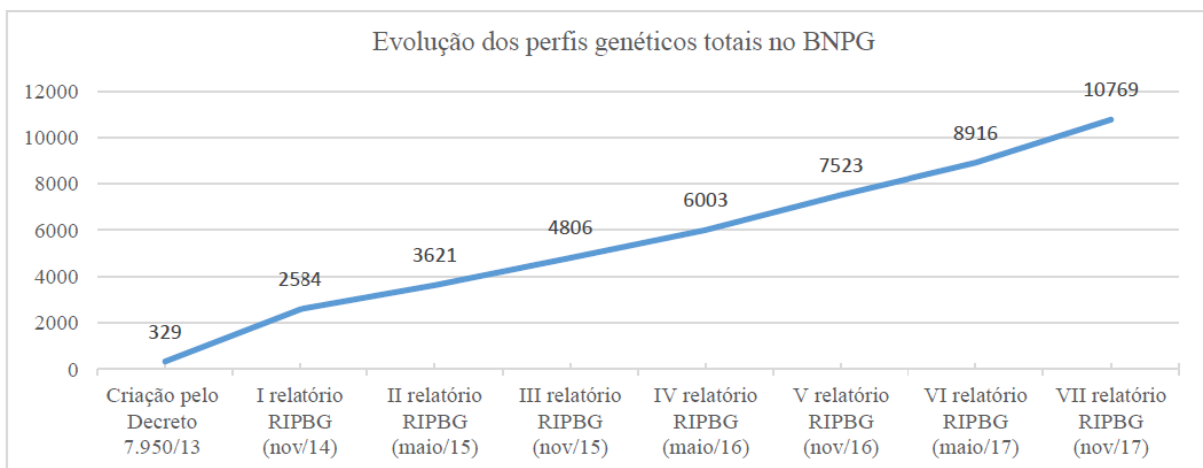


Figura 3: Crescimento do número total de perfis genéticos no BNPG desde a sua criação conforme VII Relatório da RIBPG

Ademais, a Resolução nº 9, aprovada em 13 de abril de 2018 pelo Comitê Gestor da RIBPG que dispôs sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção de perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a RIBPG, estabeleceu que a coleta obrigatória de material biológico deverá ser realizada com técnica adequada e indolor (artigos 1º e 2º), sendo vedadas as técnicas de coleta de sangue (art. 2º, §2º).

A metodologia a ser utilizada na técnica de coleta será a descrita no Procedimento Operacional Padrão (POP), de coleta de células da mucosa oral, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério Extraordinário da Segurança Pública (SENASP), podendo o órgão estadual competente desenvolver POP próprio, mais específico, desde que siga as diretrizes gerais previstas no POP da SENASP (art. 2º, §1º).

Sendo o perfil genético mais uma forma de identificação de um indivíduo, relevante inovação legislativa ocorreu no Brasil em 28 de maio de 2012, com a publicação da Lei nº 12.654, com *vacatio legis* de 180 dias, que passou a prever a coleta de perfil genético como mais uma forma de identificação criminal e regulamentou o banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal.

A identificação criminal por perfil genético poderá ocorrer em duas situações distintas, uma com finalidade exclusivamente probatória, vinculada à necessidade e indispensabilidade para a investigação criminal, visando eventual e futuro processo, e outra na qual a coleta do material genético é obrigatória para inclusão no cadastro geral de condenados, conforme previsto no art. 9º-A da LEP (PACELLI, 2018, p. 405).

Nesse sentido, esclarecem Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner que, no caso em que o sujeito passivo será o investigado, a finalidade da coleta do material biológico será servir de prova para um crime já ocorrido, ou seja, para um caso concreto e determinado (2013, p. 235).

Já em relação ao apenado “a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida” (GLOECKNER; LOPES JR., 2013, p. 235).

Posto isso, verifica-se que a Lei nº 12.654 realizou alterações em 02 (dois) estatutos jurídicos distintos, quais sejam, a Lei nº 12.037/09, que trata da identificação criminal do civilmente identificado e a Lei nº 7.210/1984, denominada Lei de Execuções Penais (LEP), conforme será exposto a seguir.

1.2.1 A identificação criminal do civilmente identificado e a Lei nº 12.037/2009

A identificação civil poderá ser atestada pelos documentos de carteira de identidade, carteira de trabalho ou profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação do indiciado (art. 2º, Lei nº 12.037/2009).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVIII, assegura que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas lei”. Isso porque, entende-se que a identificação criminal tende a gerar um constrangimento do identificado. Conforme ensinamentos de Paulo Rangel (2018, p. 173), o referido dispositivo trata-se de norma de eficácia contida, pois o legislador ordinário pode restringir o alcance da norma que tem eficácia plena, imediata e integral.

No texto constitucional, a identificação criminal, de acordo com William Douglas e Rogério Greco (2016, p. 59) “[...] significa o registro, a guarda e a recuperação de todos os dados e informações necessários para estabelecer a identidade do acusado”.

Contudo, apenas em 07 de dezembro de 2000 foi regulamentado o referido dispositivo constitucional, por meio da Lei nº 10.054, que dispôs que o civilmente identificado por documento original não seria submetido à identificação criminal, exceto quando ocorrida alguma das hipóteses estabelecidas nos seis incisos do artigo 3º, quais sejam:

- I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;
- II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;
- III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;
- IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- V – houver registro de extravio do documento de identidade;
- VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

À época, fora ainda disposto que a identificação criminal poderia incluir o processo datiloscópico e fotográfico, devendo a autoridade judicial providenciar a juntada dos referidos materiais nos autos da comunicação da prisão em flagrante ou nos do inquérito policial (parágrafo único, art. 1º, Lei n 10.054/2000).

No artigo 1º foi estabelecido que o preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que praticasse infração penal de menor gravidade, nos termos do art. 61, *caput* e parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95, assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, seriam submetidos à identificação criminal.

Contudo, a Lei nº 12.037 de 2009 revogou completamente a referida norma, sendo a atual responsável por regulamentar o artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal. Posto isso, o rol de situações nas quais poderá ocorrer a identificação criminal foi alterado, não havendo qualquer menção à natureza de delitos, vez que esta não impõe necessariamente falha na identificação do indivíduo, a saber:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

- I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- 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;
- V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Verifica-se que o artigo 5º novamente dispôs que a identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico. Porém, com o advento da Lei nº 12.654/2012, fora acrescido o seguinte dispositivo: “[...] 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”.

Assim, a identificação criminal realizada a partir da coleta de material biológico somente poderá ocorrer quando “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” (art. 3º, IV).

Dessa forma, Lopes Jr. e Gloeckner (2013, p. 235-236) destacam a exigência legal da concorrência de dois requisitos nessa situação, quais sejam, a necessidade para as investigações e a autorização judicial. Assim, o pedido deverá ser devidamente fundamentado e demonstrado a imprescindibilidade desse tipo de prova no caso concreto.

Frisa-se que a intervenção corporal não é medida que possa ser banalizada, vez que “representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo” (GLOECKNER; LOPES JR., 2013, p. 236).

A autorização judicial é necessária na medida em que se trata de uma limitação ao exercício de direitos fundamentais. Portanto, é intensamente criticada a opção legislativa de permitir a decisão de ofício pelo juiz de coleta de material biológico para identificação do perfil genético do indivíduo, sendo vista, inclusive, como “[...] mais um sintoma da ‘cultura inquisitória’ que ainda domina o processo penal brasileiro” (GLOECKNER; LOPES JR., 2013, p. 236).

Paulo Rangel também faz duras críticas a essa possibilidade, afirmando que se trata de dispositivo inconstitucional, vez que ofende o sistema acusatório, no qual o juiz decidiria sem que tivesse sido provocado para tal (2018, p. 173). Isso porque, no sistema processual penal acusatório há a separação das funções de acusar e julgar, sendo que “[...] ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha” (GLOECKNER; LOPES JR., 2013, p. 236).

Ainda, a utilização da expressão genérica e indeterminada “essencial às investigações policiais”, não havendo definição de em que tipos de crimes poderiam ocorrer a extração de DNA, deixa margem a possíveis abusos. Rangel defende que deveriam ter sido arrolados os crimes contra a fé pública e o estelionato, por se tratarem de delitos nos quais “os autores deixam clara a intenção de ludibriar o

Estado, não sendo razoável confiar em eventual documentação apresentada por essas pessoas” (2018, p. 174).

Noutro giro, foram acrescentados também os artigos 5º-A, 7º-A e 7º-B que buscaram regulamentar a armazenagem dos perfis genéticos em banco de dados. Com efeito, foi estabelecido que o banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, será sigiloso e as informações genéticas não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, com exceção da determinação genética de gênero. Nesse aspecto, restou demonstrada a preocupação do legislador quanto ao sigilo das informações individuais obtidas com a coleta dos dados genéticos do indivíduo.

Inclusive, fora determinada expressamente a possibilidade de responsabilização civil, penal e administrativa para aqueles que utilizarem os dados constantes no banco para fins diversos dos previstos em Lei ou em decisão judicial, tendo em vista o evidente caráter sigiloso das referidas informações (art. 5º-A, §2º, Lei nº 12.037).

Ponto importante sobre o banco de dados genéticos diz respeito ao período em que as informações genéticas ficarão disponíveis. Levando isso em consideração, a lei disciplinou, no artigo 7º-A, que os perfis genéticos serão excluídos dos bancos de dados com o término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Quanto à retirada das suas informações genéticas do banco de dados, Aury Lopes Jr. (2017, p. 437) sustenta a aplicação, por analogia, do art. 7º da Lei nº 12.037, que dispõe que

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Dessa forma, na visão do autor, além da hipótese de prescrição do delito, poderá o investigado nos casos em que ocorrer a absolvição, o arquivamento do inquérito ou a rejeição de denúncia, requerer a retirada do processo criminal da perícia que utilizou seu material genético, bem como a retirada do seu material genético e respectivos registros, do banco de dados (2017, p. 437).

1.2.2 A inclusão do artigo 9º-A na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais)

A Lei nº 12.654/2012 não só passou a prever a utilização da identificação genética com finalidade probatória no curso de investigações, como também a obrigatoriedade da extração de DNA para condenados em crimes praticados com grave violência ou qualquer crime hediondo.

Com efeito, a lei disciplinou duas situações distintas, a do investigado e a do apenado. No caso do apenado, fora acrescentado o artigo 9º-A a Lei nº 7.210/84, determinando que:

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.

Ora, diferentemente da alteração trazida na Lei 12.037/2009, não foi estabelecido um prazo para exclusão dos perfis genéticos do banco de dados no caso em que o sujeito passivo é o apenado.

Em razão das alterações realizadas pela Lei 12.654/2012 e da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos, encontra-se pendente de julgamento Supremo Tribunal Federal (STF) o Recurso Extraordinário de repercussão geral número 973.837 que versa sobre a inconstitucionalidade do artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84, conforme se observa abaixo:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e

da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. (RE 973837 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

Ainda, aspecto importante a ser analisado em relação à obrigatoriedade da identificação do perfil genético dos apenados condenados no rol dos crimes previstos no art. 9º-A trata do previsto no artigo 4º da Resolução nº 9 da RIBPG, que dispõe que será exigida para coleta obrigatória do material biológico a guia de recolhimento do condenado ou documento equivalente que atenda às exigências do art. 106 da Lei nº 7210/84, sentença condenatória ou manifestação expressa do Poder Judiciário determinando a coleta de material biológico para fins de inserção no banco e perfis genéticos.

Em que pese à instituição do novo mecanismo, não só de persecução, mas também de identificação criminal, deve ser analisado se a colheita e armazenagem de informações genéticas são potenciais violadoras de direitos e garantias fundamentais estabelecidas pelo nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que as informações genéticas de um indivíduo estão intrinsecamente ligadas à sua dignidade enquanto ser humano.

2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONEXOS À INVESTIGAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA

A Constituição Federal de 1988 assegura, no artigo 5º, inciso X, que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, e passíveis de indenização. Tais direitos constitucionais relacionam-se a um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, estabelecida no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

No que tange à dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 a estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e pode ser entendida tanto como um princípio estruturante de todo o sistema constitucional,

como também de todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero explicam que:

[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal. [...] o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017, p. 263).

Da mesma forma, Maria Elizabeth Queijo assevera que “os direitos fundamentais destinam-se, essencialmente, ao resguardo da dignidade humana, que se projeta em tutela com relação ao Estado e aos próprios semelhantes” (2012, p. 75). Por sua vez, Sarlet (2012, p. 101) orienta que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, ao menos em princípio, a dignidade encontra-se presente em conteúdo ou é projetada em cada direito fundamental, com maior ou menor intensidade.

Apesar da expressão “direitos fundamentais” ser frequentemente utilizada como sinônimo de “direitos humanos” é importante distingui-las. Todavia, Sarlet ressalta que “[...] não há dúvida de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que o seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos” (2015, p. 29).

De acordo com Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 75), os direitos fundamentais são direitos humanos positivados. Já a expressão “direitos humanos”, na visão de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 48), indica direitos suprapositivos. Tendo isso em vista, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 49).

Em que pese à existência de diversas terminologias utilizadas para tratarem dos direitos fundamentais, todas convergem para um conceito semelhante. Nessa perspectiva, é possível compreender, em um de seus aspectos, os direitos fundamentais como “[...] aqueles direitos assegurados por garantias constitucionais, cuja finalidade é a preservação da liberdade e dignidade da pessoa humana” (FABRIZ, 2013, p. 187).

Note-se que o Título II da Constituição Federal de 1988 é denominado como “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, os quais englobam os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

Assim, da simples leitura do texto constitucional, é perceptível que a Constituição pretendeu atribuir diferentes sentidos a direitos e garantias. Tendo isso em vista, Tucci (2011, p. 55) considera que a confusão quanto aos conceitos ocorre em razão da sua perene interligação.

Cabe esclarecer que os direitos representam por si certos bens e se inserem direta e imediatamente nas respectivas esferas jurídicas, já as garantias são acessórias, se projetando pelo nexos que possuem com os direitos, buscando assegurar a sua fruição (MIRANDA, apud QUEIJO, 2012, p. 78). No mesmo sentido, Casara e Melchior, ressaltam que as garantias se justificam para implementação e conservação dos direitos (2013, p. 312).

A supremacia da normatividade constitucional desperta o fenômeno da “filtragem constitucional”, que diz respeito ao processo hermenêutico de apuração das normas jurídicas compatíveis com a Constituição (2013, p. 309). Nessa perspectiva, o processo penal deve ser visto à luz do disposto na Constituição Federal, sendo “[...] um instrumento de concretização das garantias individuais e do próprio projeto constitucional” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 310).

Os direitos subjetivos individuais e suas correspondentes garantias, relativas ao Direito Processual Constitucional, são denominados por Rogério Lauria Tucci de regramentos constitucionais do processo penal (2011, p. 53). Destarte, os princípios fundamentais do processo penal devem buscar atender o compromisso democrático e essencialmente protetivo dos direitos humanos.

No âmbito do processo penal, os princípios processuais da presunção de inocência, direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo são fundamentais para garantia de um sistema processual penal que assegure os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Os referidos princípios integram o devido processo legal, que corresponde a uma das principais garantias do indivíduo positivadas na Constituição. Assim, o art. 5º, inciso LIV assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal, ao representar um dos pilares do Estado Democrático de Direito, compreende “[...] um conjunto de garantias que condiciona a validade da relação processual que tem por objeto um caso penal” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p.319).

2.1 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*)

Conforme ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo, o significado literal da expressão *nemo tenetur se detegere* é “ninguém é obrigado a se descobrir” (2012, p. 28). Amoldando-se à categoria de princípios-garantia, possui força determinante e densidade de autêntica norma jurídica (QUEIJO, 2012, p. 92). Queijo explica que, mesmo sendo considerado um princípio-garantia, o *nemo tenetur se detegere* não colide com sua natureza de direito fundamental, vez que

[...] objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar da investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações (QUEIJO, 2012, p. 77).

Em que pese não haver previsão expressa do direito a não autoincriminação no nosso ordenamento jurídico, defende-se que é possível extraí-lo do sistema de garantias constitucionais (PACELLI, 2018, p. 393).

O *nemo tenetur se detegere* vem sendo acolhido em diplomas internacionais de direitos humanos. É certo que os direitos e garantias expressos na Constituição da República “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º, CF/88).

Com efeito, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 592, faz referência à garantia da não autoincriminação quando dispõe no artigo 14, n. 3, alínea g, que toda pessoa acusada de um delito terá direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678 em 1992, assegura que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (artigo 8, parágrafo 2º). Dentre as garantias mínimas também foi estabelecido o direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, apesar de não ter mencionado expressamente o *nemo tenetur se detegere* faz referência à presunção de inocência e estabelece a não utilização de tortura (artigo XI e V).

Segundo Piovesan, por meio de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, conclui-se que “os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados” (2012, p. 113).

A Carta de 1988 “atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional” (PIOVESAN, 2013, p.113). Em relação ao status normativo dos diplomas internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, Piovesan sustenta que enquanto os tratados tradicionais tem força hierárquica infraconstitucional, mas supralegal, “[...] os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção de direitos humanos apresentam valor de norma constitucional” (2013, p. 118).

Posto isso, considerando que o *nemo tenetur se detegere* foi expressamente assegurado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e

devidamente incorporados, conforme os decretos legislativos mencionados, Maria Elizabeth Queijo conclui que o direito de não produzir prova contra si mesmo é uma norma constitucional, tanto material, quanto formalmente (2012, p. 90).

A garantia do *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos da primeira geração, vez que se trata de uma garantia de liberdade do acusado em autodeterminar-se, não devendo sofrer vulnerações por parte do Estado (QUEIJO, 2012, p. 479).

Conforme ensina Paulo Bonavides, a primeira geração de direitos fundamentais diz respeito aos direitos de liberdade, cujo titular é o indivíduo, que exerce resistência ou opõe-se perante o Estado (2017, p. 577-578). Sendo os primeiros direitos a constarem do instrumento normativo constitucional, “traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico” (BONAVIDES, 2017, p. 578).

Noutro giro, cabe explanar outros direitos fundamentais que se relacionam de modo intrínseco à garantia da não autoincriminação, quais sejam, o direito ao silêncio e a presunção de inocência, que se encontram positivados na Constituição. Assim sendo, o artigo 5º, inciso LVII, da CF/88 assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em seguida, o direito ao silêncio, assentado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição, assegura que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais, o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Para Tucci, denominada presunção de inocência corresponde, tecnicamente, a não consideração prévia da culpabilidade (2011, p. 320). A presunção de inocência reafirma a dignidade humana como valor norteador do ordenamento jurídico brasileiro, sendo um dos corolários do devido processo legal (QUEIJO, 2012, p. 100)

O direito ao silêncio e a garantia contra a autoincriminação, sendo o primeiro espécie do segundo, permitem que o acusado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, impedindo que seja compelido a produzir ou a

contribuir com a formação de provas contrárias aos seus interesses (PACELLI 2014, p. 45).

Inclusive, Pacelli (2018, p. 45) destaca que o exercício do direito ao silêncio não pode ser interpretado de forma negativa ao indivíduo. Nesse sentido, Tucci entende que consistiria inominado absurdo entender que o exercício do direito ao silêncio pudesse acarreta em qualquer prejuízo ao imputado (2011, p. 314).

Vincula-se ainda, ao *nemo tenetur se detegere*, o direito à preservação de sua integridade física e moral, tendo em vista que o inciso III do artigo 5º da Constituição determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Mais adiante, no mesmo artigo, o inciso XLIX, é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

De modo sensato, Sarlet pondera que

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade humana (2015, p. 105).

Considerando que com o advento da Lei nº 12.654/2011, foi disciplinada a extração do material genético para fins de identificação criminal e inclusão no banco de dados genéticos, forçoso considerar que as informações genéticas de um indivíduo estão intrinsecamente ligadas à sua intimidade e a sua vida privada.

Nesse sentido, leciona Uadi Lammêgo Bulos que a vida privada e a intimidade refletem o repositório das particularidades do indivíduo e “[...] salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível de intromissões externas” (2017, p. 572).

Com efeito, deve ser preservada a integridade física e moral do acusado, não podendo “ser aplicadas ao acusado medidas atentatórias à sua integridade física e moral, incluindo-se as que objetivam sua cooperação na persecução penal” (QUEIJO, 2012, p. 97). No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. defende que

Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no

interrogatório quando o imputado, cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita)” (2017, p. 434).

Dessa forma, as provas que forem obtidas por meios não autorizados pelo ordenamento jurídico brasileiro serão inadmissíveis. Inclusive, a Constituição Federal expressamente assegurou no rol dos direitos e garantias fundamentais a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI).

Cabe esclarecer que a prova ilícita é aquela que é obtida mediante o desrespeito às normas ou princípios determinados pela Constituição e pelas leis, colocados “[...] frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade” (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p.125).

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, fora previsto de forma explícita no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal que as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais devem ser desentranhadas do processo. Posto isso, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gomes Filho e Antonio Fernandes ensinam que as provas ilícitas não podem ser tidas como provas, elas simplesmente não existem, daí sua total ineficácia (2009, p. 136).

Para Pacelli (2018, p. 400),

[...] o que deve ser protegido, em qualquer situação, é a integridade, física e mental, do acusado, bem como a sua capacidade de autodeterminação, daí porque são inadmissíveis exames como o soro da verdade ou de ingestão de qualquer substância química para tal finalidade.

Deve-se ter em mente que “o processo penal é um instrumento voltado, primordialmente, à realização dos direitos fundamentais” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 236), motivo pelo qual o processo não pode ter como escopo a finalidade única de punição daqueles que violam a norma penal, mas sim, o processo deve evitar a opressão estatal no exercício do poder punitivo, conforme uma perspectiva garantista exposta por Casara e Melchior (2013, p. 235).

2.1.1 A valoração da prova genética no processo penal e a busca da verdade real

Para Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 102), o princípio da verdade real diz respeito ao processo penal não poder se contentar com a verdade formal, mas sim que “deveria almejar que os autos sejam o espelho fiel do fato ocorrido no mundo da vida” (2009, p. 102), mesmo se tratando uma pretensão ambiciosa.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que a verdade material é mais abrangente e tende a aproximar-se da realidade efetivamente ocorrida, enquanto a verdade formal corresponde a uma verdade contida, mais restrita e distante da realidade fenomênica (QUEIJO, 2012, p. 56).

Contudo, Maria Elizabeth Queijo explica que a verdade material é hipotética e praticamente inatingível quando entendida como correspondente aos fatos ocorridos, razão pela qual no processo o conceito de verdade material assume outro sentido (2012, p. 60).

Note-se que a verdade que pode ser alcançada é relativa, vez que a verdade processual, ou seja, a atingida no processo é sempre pautada em um juízo de probabilidade, objetivando aproximar-se, no maior grau possível da realidade ocorrida (QUEIJO, 2012, p. 57).

Assim, visando alcançar a verdade material e tendo em vista o princípio da livre investigação das provas, “no processo penal, o juiz não fica adstrito à iniciativa das partes na produção probatória” (QUEIJO, 2012, p. 54). Para Bedê Jr. e Senna, “o juiz não pode ser um mero espectador que se conforme com a mentira formal” (2009, p. 36).

Contudo, a fim de preservar a imparcialidade do juiz, todas as provas produzidas, seja por iniciativa das partes ou por determinação do juiz, devem ser submetidas ao contraditório (QUEIJO, 2012, p. 63).

Frisa-se que os poderes instrutórios do juiz são limitados, vez que o réu não é mais visto como objeto de prova, e sim indivíduo dotado de direitos e garantias fundamentais que devem ser asseguradas. Ao buscar a verdade, é pacífico que “não

poderá o juiz determinar a produção de provas que impliquem a violação de direitos do acusado” (QUEIJO, 2012, p. 67).

A prova genética no processo penal será valorada conforme o denominado sistema do livre convencimento motivado, no qual “o juiz possui liberdade para averiguar todo o conjunto probatório, formando, assim, a sua convicção” (GIONGO, 2016, p. 397). Com efeito, o Código de Processo penal, no artigo 155, *caput*, adotou o sistema do livre convencimento motivado ao dispor que:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Assim, no que tange à valoração da prova genética no processo penal, Maria Elizabeth Queijo defende que:

[...] nem mesmo o grau de certeza proporcionado por certas provas, fruto do desenvolvimento tecnológico, cujo exemplo mais representativo são os exames de DNA, poderá justificar o sacrifício de direitos do acusado em prol da busca da verdade. [...] Não se pode, no Estado de Direito, admitir que a verdade processual seja alcançada mediante violações de direitos e de garantias do acusado. Deve ela ser apurada de forma legal e ética (2012, p. 67).

Para Aury Lopes Jr. “uma prova pericial como essa demonstra apenas um grau, maior ou menor, de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato” (2017, p. 439).

Dessa forma, considera-se que há uma aparente contraposição entre o interesse público e o privado, na medida em que “afirma-se a prevalência da busca da verdade real, conjugada com o interesse público na persecução penal, sobre o direito individual de não se autoincriminar” (QUEIJO, 2012, p. 64).

3 A BIOÉTICA E O CONFLITO EXISTENTE ENTRE INTERESSES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

3.1 TRANSDISCIPLINARIDADE

Ao dissertar a respeito da busca da transdisciplinaridade nas ciências humanas, Aloísio Krohling leciona que no campo das ciências e do saber, bem como nas

instituições universitárias expandiu-se a especialização e fragmentação do conhecimento (2009, p. 139).

Apesar de considerar que “nenhuma ciência particular ou escola filosófica pode pretender a compreensão global do conhecimento” (2009, p. 130), Krohling questiona o monismo jurídico e pedagógico nos cursos de direito, tendo em vista “suas dezenas de disciplinas atomizadas e fragmentadas sem um fio condutor” (2009, p. 130).

Como proposta pedagógica para transcender à fragmentação do saber, Krohling indica a transdisciplinaridade, vez que formará redes interdisciplinares entre não só os conteúdos, mas também o corpo docente e discente (2009, p. 147). Tendo isso em vista, destaca que:

Vivemos a era das redes que intensificam a permanente conectividade de todos com todos e em todos os momentos e em todas as etapas dos processos em andamento, seja em termos de busca de dados cognitivos ou práticos, seja na troca e intercâmbio de agentes envolvidos (KROHLING , 2009, p. 147).

Para Casara e Melchior, a transdisciplinaridade também é uma forma de “enfrentar a fragmentação do saber e a distinção artificial entre teoria e prática, responsáveis por apresentar cada vez mais inconvenientes ao conhecimento do processo penal” (2013, p. 10).

Com efeito, considerando que com as novas tecnologias emergiram conflitos jamais antes concebidos, para os quais não há respostas prontas, a bioética é capaz de proporcionar um diálogo a partir de um prisma transdisciplinar (NUNES, 2012, p. 18).

Isso porque a bioética, ciência transdisciplinar, pode “mediar conflitos de natureza moral e ética em determinadas circunstâncias, dentre elas, os conflitos diretamente ligados à criação e manutenção dos bancos de dados de DNA” (NUNES, 2012, p. 26).

Buscando estabelecer diálogo entre diversos ramos do saber na busca de soluções eticamente adequadas, “a bioética recusa qualquer projeto globalizante, qualquer sistema fechado de pensamento” (NUNES, 2012, p. 22), vez que “[...] situa-se em

um contexto de diversidade, onde não existem visões únicas dos problemas gerados pelo avanço biotecnológico” (GRECI, 2007, p. 46).

Conforme ensinamentos de Fabriz, a Bioética “representa um estudo acerca da conduta humana no campo da vida e saúde humana e do perigo da interferência nesse campo pelos avanços de pesquisas biomédicas e tecnocientíficas” (2003, p. 75).

Por sua vez, Maluf (2013, p. 06) delinea que a bioética representa um campo de estudo “transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental”. Ressalte-se que o biodireito pode ser compreendido como

[...] aquele ramo do saber jurídico, didaticamente autônomo, que tem por área de conhecimento o conjunto das proposições jurídicas atinentes, imediata ou mediata, à vida, desde o momento em que surge um novo ser até o derradeiro momento em que não há mais vida, envolvendo, também, aquelas têm por escopo delimitar o uso das novas tecnologias biomédica (PIÑERO; SOARES 2006, p. 74).

Note-se que o que impulsiona o biodireito é a bioética, sendo fundamental a aproximação existente entre os dois, vez que “são assuntos que reclamam a interferência estatal, por intermédio de seus órgãos legislativos, na busca de estabelecer limites dentro dos quais se terá por lícita determinada conduta” (PIÑERO; SOARES, 2006, p. 63-64).

A abordagem da bioética pode ocorrer de diferentes maneiras, tendo em vista que “existem vários modelos de análise teórica utilizados pela bioética” (GRECI, 2007, p. 48). Contudo, o modelo principialista é o de maior expansão, considerando que “muitos dos avanços da bioética devem-se à perspectiva principialista” (GRECI, 2007, p. 48).

3.2 DA BIOÉTICA DE PRINCÍPIOS A UMA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO

O termo *Bioethics* foi utilizado inicialmente pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Renssealer Potter, da Universidade de Wisconsin, Madison, Estados Unidos, na obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, que em língua portuguesa foi denominada Bioética: ponte para o futuro (DINIZ, 2010, p. 9). Nesse sentido, Diniz explica que, para Potter,

[...] a bioética seria então uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal (2010, p. 9).

Assim, Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, Volnei Garrafa e Gabriel Oselka mencionam que a “[...] visão original da bioética focalizava-a como uma questão ou compromisso mais global frente ao equilíbrio e preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta” (1998, p. 15).

Contudo, somente a partir da publicação em 1979 da obra clássica *“Principles of Biomedical ethics”* (princípios da ética biomédica), escrito por Tom Beauchamp e James Childress, que a visão da bioética foi difundida mundialmente e sedimentada nos meios científicos.

Na referida obra, Beauchamp e Childress propõem quatro princípios como orientadores da bioética principialista, “dois deles de caráter deontológico (não maleficência e justiça) e os outros dois de caráter teleológico (beneficência e autonomia)” (FERREIRA COSTA; GARRAFA; OSELKA, 1998, p. 15).

Conforme destacado por Fabriz, na visão de Beauchamp e Childress “não há hierarquia entre os mencionados princípios, devendo ser aplicados de acordo com o caso em concreto” (2003, p. 105). Dessa forma, “estes princípios foram rapidamente assimilados, passando a constituir a ferramenta mais utilizada pelos bioeticistas na mediação e/ou resolução dos conflitos morais pertinentes à temática da bioética” (FERREIRA COSTA; GARRAFA; OSELKA, 1998, p. 15).

Cumprir notar que os referidos princípios foram consignados no Relatório Belmont, publicado em 1978, pela Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e comportamental (DINIZ, 2010, p. 14). Nas palavras de Maria Helena Diniz, a referida comissão “[...] foi constituída pelo governo norte-americano com o objetivo de levar a cabo um estudo completo que identificasse os princípios éticos básicos do comportamento e na biomedicina” (2010, p. 14).

Assim, a bioética “principlista” diz respeito à análise por meio de uma visão bioética a partir dos princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, os quais serão explicados a seguir.

Com efeito, o princípio da autonomia trata de respeitar a vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa (FABRIZ, 2003, p. 109). Nesse sentido, Daniela Greci, ressalta que uma pessoa autônoma é aquela que possui autodeterminação para agir com base em seus julgamentos, sendo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais (2007, p. 54). Dessa forma,

[...] desrespeitar a autonomia da pessoa é tratá-la como meio, é colocá-la a serviço dos outros [...]. Esse desrespeito configura violação moral fundamental, já que as pessoas são fins em si mesmas e não meios para alcançar este ou aquele objetivo (GRECI, 2007, p. 51).

Para Fabriz (2003, p. 109), o princípio da autonomia demonstra-se como princípio democrático, na medida em que “[...] a vontade e o consentimento livres do indivíduo devem constar como fatores preponderantes, visto que tais elementos ligam-se diretamente ao princípio da dignidade humana”.

Ao se considerar que o paciente possui a capacidade de se autogovernar, fazendo suas escolhas e agindo conforme as decisões que tomar, do princípio da autonomia decorre a existência do consentimento livre e informado, previsto no Código de Ética Médica (DINIZ, 2010 p. 14).

Schiocchet indaga a possibilidade de extensão do consentimento informado ao âmbito penal e a possibilidade de sua utilização na esfera dos bancos de dados genéticos para fins criminais, tendo em vista que a regra do consentimento informado refere-se ao campo da pesquisa e da medicina (2013, p. 525).

Note-se que, para Maria Helena Diniz, autonomia seria “[...] a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa” (2010, p. 14). Para Daniel Romero Muñoz e Paulo Antonio Carvalho Fortes, autonomia significa “[...] autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais” (1998, p. 57).

O princípio da beneficência, por sua vez, diz respeito à avaliação cuidadosa, no caso concreto, dos riscos e benefícios da utilização de determinado procedimento (PIÑERO; SOARES, 2006, p. 32). Conforme expõe Greci, a beneficência baseia-se na premissa de que “[...] o profissional da saúde só pode usar o tratamento para o bem e nunca para fazer o mal ou praticar injustiças” (2007, p. 56).

O princípio da não-maleficência representa um desdobramento da beneficência e trata da obrigação de não acarretar dano intencional (DINIZ, 2010, p. 15), derivando da máxima da ética médica *primum non nocere* da ética médica, que significa não impingir a alguém qualquer dano (FABRIZ, 2003, p. 107).

Conforme ensinamentos de Fabriz, no campo da bioética, o princípio da justiça diz respeito “[...] a obrigação de se garantir uma distribuição justa, equitativa e universal dos bens e serviços (dos benefícios) da saúde” (2003, p. 111). Cumpre notar que Greci esclarece que, para Beauchamp e Childress, o princípio da justiça é a expressão da justiça distributiva, correspondente a “distribuição justa, equitativa e apropriada na sociedade, de acordo com as normas que estruturam os termos da cooperação social” (GRECI, 2007, p. 57).

Registre-se que a denominada teoria principialista da bioética foi proposta para o mundo como um modelo de referência “[...] para a resolução de possíveis conflitos éticos, independente da comunidade moral na qual eles ocorriam” (SANTANA, 2013, p. 06).

À vista disso, Santana destaca que a partir dos anos 90, a teoria principialista passou a ser muito criticada, sendo feitas diversas considerações em relação ao “seu caráter universalista, a falta de fundamentação teórica, o grande destaque dado ao princípio da autonomia, e para além da necessidade de consideração do

pluralismo moral existente no mundo” (2013, p. 06-07). Piñero e Soares fazem a seguinte observação:

se os princípios bioéticos forem considerados uns independentemente dos outros, podemos chegar à conclusão de que é impossível sua utilização. Eles seriam destituídos de utilidade. E não é esse seu objetivo. Eles devem contribuir para o equacionamento das questões bioéticas, mesmo que o inter-relacionamento seja conflitivo (2006, p. 94).

Volnei Garrafa ressalta que o conceito de bioética encontra-se em constante evolução (2009, p. 01). Nesse sentido, Piñero e Soares apontam que, mesmo Van Renssealer Potter sendo considerado o criador do termo bioética “não pode ser considerado o organizador da bioética tal e qual a conhecemos hoje” (2006, p. 17).

Frisa-se que atualmente se busca

[...] uma bioética mais global, a qual, não prescindindo dos instrumentos teóricos e praticados até aqui a caracterizaram (os ‘princípios’), deverá avançar em direção a uma visão mais globalizada, e ao mesmo tempo mais específica, do mundo e do contexto atuais (FERREIRA COSTA; GARRAFA; OSELKA, 1998, p. 16).

Volnei Garrafa destaca que “o hiper-dimensionamento da autonomia na bioética estadunidense dos anos 70 e 80, fez emergir uma visão singular e individualizada dos conflitos” (2005, p. 128). O autor também critica a maximização hierárquica do princípio da autonomia em relação aos outros três, o qual se tornou uma espécie de superprincípio (2005, p. 128).

Dessa forma, o princípio da justiça e, portanto, do coletivo, na visão de Volnei Garrafa, acabou ficando em grau de importância secundário, de modo que “a abordagem de grande parte das questões do âmbito da bioética foi reduzida à esfera individual” (2005, p. 128).

Para Volnei Garrafa, foi a partir de 1998, com o Quarto Congresso Mundial de Bioética, realizado em Tóquio, no Japão, que a bioética teria começado a trilhar outros caminhos. Na oportunidade, Potter foi novamente um referencial de ideias com seus novos escritos (GARRAFA, 2005, p. 129).

Assim, até 1998, “a bioética trilhou caminhos que apontavam muito mais para temas e/ou problemas/conflitos biomédicos do que globais, mais individuais do que coletivos” (GARRAFA, 2005, p. 129). Com efeito, destaca-se que

a teoria principialista se mostrava incapaz de desvendar, entender e intervir nas gritantes disparidades socioeconômicas e sanitárias coletivas e persistentes verificadas na maioria dos países pobres do Hemisfério Sul (GARRAFA, 2005, p. 129).

Dessa forma, o autor ensina que no início do século XXI a bioética transformou-se “[...] em um instrumento concreto a mais, para contribuir no complexo processo de discussão, aprimoramento e consolidação das democracias, da cidadania, dos direitos humanos e da justiça social” (GARRAFA, 2005, p. 126), motivo pelo qual, a bioética deve ser ampliada de modo a ser “[...] concretamente comprometida com o social, mais crítica, politizada e interventiva, com o objetivo claro de diminuir as disparidades” (GARRAFA; 2005, p. 127).

Posto isso, o autor informa o surgimento da “bioética de intervenção”, como proposta epistemológica anti-hegemônica ao principialismo, gerada na Cátedra da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) de Bioética da Universidade de Brasília, a qual defende como moralmente justificável, entre outros aspectos:

a) no campo público e coletivo: a priorização de políticas e tomadas de decisão que privilegiem o maior número de pessoas, pelo maior espaço de tempo e que resultem nas melhores conseqüências, mesmo que em prejuízo de certas situações individuais, com exceções pontuais a serem discutidas;

b) no campo privado e individual: a busca de soluções viáveis e práticas para conflitos identificados com o próprio contexto onde os mesmos acontecem (GARRAFA; 2005, p. 130).

Tal como expõem André Marcelo M. Soares e Walter Esteves Piñeiro (2006, p. 19), a bioética pode ser dividida em três fases históricas. A primeira compreende o período de 1960 a 1977, quando se formam os principais centros de estudos de bioética, tendo em vista a preocupação de médicos e cientistas com os avanços científicos e tecnológicos (2006, p. 19). A segunda fase, por sua vez, refere-se ao período de 1978 a 1997, no qual

[...] se publica o Relatório Belmont, que provoca um grande impacto na bioética clínica; a primeira fecundação *in vitro* é bem sucedida; importantes progressos são realizados pela engenharia genética e são criados o Grupo Internacional de Estudo em Bioética (GIEB), a Associação Europeia de Centros de Ética Médica, a Associação Interdisciplinar José Acosta, o Comitê Consultivo Nacional de Ética da França e o Convênio Europeu de Biomedicina e Direitos Humanos (PIÑERO; SOARES, 2006, p. 19).

Já a terceira fase, iniciada em 1998 e ainda não encerrada, trata dos debates de conflitos de valores, que compreendem temas como clonagem de animais, descoberta quase total do genoma humano e a crescente falência dos sistemas de saúde pública dos países menos desenvolvidos (PIÑERO; SOARES, 2006, p. 19).

Realizadas tais considerações, relevante mencionar que em outubro de 2005, a Conferência Geral da UNESCO aprovou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, no qual “pela primeira vez na história da bioética, os Estados-membros comprometeram-se, e à comunidade internacional, a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único” (UNESCO, 2005).

Com efeito, a referida declaração é considerada o documento internacional mais abrangente, sendo responsável por integrar o escopo da ética com a questão da defesa de populações vulneráveis e da dignidade humana (NUNES, 2012, p. 20).

Na visão de André Marcelo M. Soares e Walter Esteves Piñeiro, em que pese à bioética representar um conhecimento complexo, dada sua aproximação com a ética, a moral e a deontologia, também possui como características a problematização e indução (2006, p. 26).

Cumprir distinguir os conceitos de ética e moral, que muitas vezes são utilizados quase que como sinônimos. A moral pode ser compreendida como um “sistema de condutas, costumes, regras e valores que regulamentam as relações mútuas entre os indivíduos ou entre estes e a comunidade” (KROHLING, 2011, p. 18).

Já a ética, conforme ensina Krohling, representa a “[...] filosofia da moral, que seria a raiz ou o princípio originário e a diretriz da moralidade” (2011, p. 19). Ressalte-se que a deontologia, etimologicamente designa o estudo dos deveres (KROHLING, 2011, p. 17). Dessa forma, Santana afirma que “a bioética pode ser considerada uma ética aplicada que se ocupa dos problemas cotidianos e das perspectivas do futuro” (2013, p. 07).

Aponta-se que na bioética, ao contrário “ao que ocorre na ética, na moral e na deontologia, o bem é sempre pensado a partir de um sujeito particular e nunca de

forma abstrata ou coletivizada” (PIÑERO; SOARES, 2006, p. 29). Adiante, os autores ressaltam que

apesar de se preocupar com a plausibilidade dos conceitos, não pertence à natureza da bioética perder-se em problemáticas meramente teóricas ou virtuais, pois, na verdade, estas só têm valor se ajudam a responder às questões surgidas numa situação concreta e real (PIÑERO; SOARES 2006, p. 44).

Dessa forma, a seguir será realizada uma análise da criação e utilização de perfis genéticos para fins de persecução criminal por meio de uma abordagem bioética, tendo em vista que a bioética representa um campo de estudo de extrema importância para abordagem de conflitos éticos e morais.

3.3 UMA ABORDAGEM BIOÉTICA DA UTILIZAÇÃO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL

3.3.1 Recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas

Primeiramente, importante destacar dois outros instrumentos normativos internacionais, além da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), pertinentes ao tema, quais sejam, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2004).

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29^o sessão realizada em 1997, enfatiza que a pesquisa realizada com o genoma humano deve respeitar inteiramente a dignidade, a liberdade e os direitos humanos bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas.

Assim, fica estabelecido no artigo 1 da referida declaração que “o genoma humano constitui base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade”, sendo considerado, inclusive, um patrimônio da humanidade em um sentido simbólico.

Posto isso, o artigo 6 dispõe que nenhum indivíduo deve ser submetido a discriminação com base em características genéticas. Em seguida, o artigo 7 busca assegurar a confidencialidade dos dados genéticos armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso. Dessa forma, no artigo 9 é disposto que eventuais limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas pela legislação.

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, aprovada na 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO em 16 de outubro de 2004, prolongou o disposto na declaração de 1997, buscando garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade.

Note-se que a UNESCO reconhece a importância da pesquisa sobre o genoma humano e suas aplicações para o progresso da humanidade como um todo, porém, enfatiza que “[...] tal pesquisa deve respeitar inteiramente a dignidade, a liberdade e os direitos humanos bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas” (UNESCO, 1997, p. 06).

Assim, os referidos instrumentos normativos internacionais propuseram a definição dos princípios orientadores aos Estados na formulação de suas legislações e políticas a respeito dos dados genéticos humanos, buscando assegurar que os dados genéticos de um indivíduo “devem ser recolhidos, tratados, utilizados e conservados com base em procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis” (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 18).

3.3.2 A coleta do material biológico e a utilização do perfil genético para fins de persecução criminal à luz de uma abordagem bioética

O Comitê Gestor da RIBPG, ao promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, análise do material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados, aprovou o Manual de

Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos em 20 de outubro de 2017.

Contudo, os procedimentos de coleta do material biológico foram inicialmente previstos na Resolução nº 3, de 26 em março de 2014, na qual restou estabelecido que a metodologia a ser utilizada como técnica adequada e indolor corresponde à coleta de células da mucosa oral.

A Resolução nº 9, de 13 de abril de 2018, aprovada pelo referido Comitê Gestor, revogou a Resolução nº 3 e dispôs sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Restou assegurado que as técnicas de coleta de sangue não devem ser utilizadas (art. 2º, §2º, Resolução nº9). Com efeito, verifica-se que a coleta de sangue periférico, via punção venosa é considerada invasiva e apresenta restrições legais e éticas (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 19).

Dessa forma, fica estipulado no artigo 2º da referida resolução que a coleta obrigatória de material biológico deve ser realizada com técnica adequada e indolor, cuja metodologia encontra-se prevista no §1º do artigo 2º:

§ 1º A metodologia a ser utilizada deverá ser a **descrita no Procedimento Operacional Padrão, de coleta de células da mucosa oral, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério Extraordinário da Segurança Pública**, podendo o órgão estadual competente desenvolver Procedimento Operacional Padrão próprio, mais específico, desde que siga as diretrizes gerais previstas no procedimento da Secretaria Nacional de Segurança Pública. (grifo nosso)

Nesse sentido, o Procedimento Operacional Padrão (POP) estabelecido pela Secretaria nacional de Segurança Pública (SENASP) corresponde a

uma espécie de estudo técnico que procura escrever requisitos e atividades necessários para alcance de um determinado resultado esperado. (...) é considerado um referencial de técnica aplicável a determinados contextos e operações peculiares da atividade de segurança pública.

Conforme descrito no manual de procedimentos operacionais de perícia criminal de coleta de células de mucosa oral, o *swab* corresponde a um “chumaço de algodão,

ou outro material absorvente, preso a uma extremidade adequadamente esterilizada de uma haste” (2013, p. 58), o qual será utilizado para coleta, por atrição, do material biológico presente na mucosa oral, recomendando-se que o *swab* seja friccionado 10 vezes em cada uma das bochechas (2013, p. 58).

Conforme informam Jacques e Minervino, essa representa a técnica de coleta de amostra biológica mais amplamente aceita no mundo. Para os referidos autores, o esfregão da mucosa jugal com o uso de um cotonete de haste longa “trata-se de um procedimento completamente indolor, não-invasivo e que não ofende a inviolabilidade do corpo e a dignidade humana” (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 20)

Porém, para Maria Elizabeth Queijo, “se as células forem colhidas na cavidade bucal, haverá intervenção corporal invasiva” (2012, p. 294), mas ressalta que a saliva pode ser colhida sem qualquer intervenção corporal por outros meios, vez que justamente a facilidade da obtenção da saliva para o exame do DNA é uma das grandes vantagens do referido exame.

A autora esclarece que as provas que implicam intervenção corporal no acusado podem ser classificadas como invasivas ou não invasivas (2012, p. 290). As intervenções corporais invasivas “[...] pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não” (QUEIJO, 2012, p. 290).

Já as intervenções corporais não invasivas não se utilizam deste procedimento, tendo estas “[...] particular interesse para o processo penal porque conciliam as exigências da persecução penal com o respeito aos direitos fundamentais” (QUEIJO, 2012, p. 295-296).

Acrescenta Giongo que “tratando-se de intervenção corporal invasiva ou não invasiva que demanda comportamento ativo do sujeito, o consentimento deverá ser prévio, expresso, livre e consciente” (2016, p. 382). Nesse aspecto, Maria Elizabeth Queijo ressalta que no direito processual penal alemão

[...] a extração coercitiva de sangue do acusado e outras ingerências corporais, sem o seu consentimento, não são consideradas práticas

atentatórias a direitos fundamentais, desde que obedecidas as restrições impostas: realização das medidas por médico e inexistência de perigo para a saúde do acusado (QUEIJO, 2012, p. 67-68).

Verifica-se que um dos aspectos sensíveis à utilização de perfis genéticos para fins de persecução criminal corresponde à possibilidade ou não de extração compulsória do material genético, tendo em vista a possível violação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, conforme exposto anteriormente.

Destaca que Aury Lopes Jr. que “havendo o consentimento do suspeito, poderá ser realizada qualquer espécie de intervenção corporal, pois o conteúdo da autodefesa é disponível e, assim, renunciável” (2017, p. 433). Dessa forma, é certo que a controvérsia ocorre, principalmente, em relação à obrigatoriedade da extração do material biológico para obtenção do perfil genético do indivíduo.

No mesmo sentido, conclui-se que “o principal problema ético-legal dos bancos de dados genéticos forenses surge com o não consentimento do indivíduo para se catalogar o seu perfil de DNA” (NUNES, 2012, p. 29). É relevante destacar que “[...] quanto maior a abrangência do banco de perfis genéticos de referência, maior será a eficiência deste banco de dados” (LIMA, 2008, p. 10)

Conforme dispõem Jacques e Minervino, os debates sobre o uso de bancos de dados de DNA devem prosseguir “[...] considerando sempre que toda decisão e operação devem maximizar o benefício social e ao mesmo tempo salvaguardar os direitos individuais dos cidadãos” (2008, p. 20).

Nesse sentido, a recusa do indivíduo em fornecer o seu material genético apenas encontra-se disposta no *caput* do artigo 8º da Resolução nº 9, que dispõe que “em caso de recusa, o fato será consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta”. O parágrafo único do referido dispositivo estabelece que na referida situação,

o responsável pela coleta comunicará a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei nº 12. 654/2012.

Verifica-se que “é indiscutível o potencial dos bancos de dados para auxiliar na investigação criminal, mas não se pode esconder a problemática ética adjacente a

eles” (NUNES, 2012, p. 29). Isso porque, a mencionada resolução deixa evidente a possibilidade de coleta compulsória do material genético, ou seja, os perfis genéticos constantes na Rede Integrada de Perfis Genéticos, a princípio, poderão ser obtidos sem o consentimento dos indivíduos, sejam investigados ou apenados.

Dessa forma, é perceptível que o uso do banco de dados genéticos envolve um contrapeso entre os direitos dos indivíduos e os interesses coletivos (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 17). No que tange aos interesses coletivos na apuração de crimes no Brasil, Douglas e Greco destacam que

a criação de bancos de dados genéticos é um avanço para elucidação de crimes violentos no Brasil, haja vista que, em muitos casos (execuções, crimes sexuais etc.) os atos são praticados em locais sem a presença de testemunhas. Por outro lado, são crimes graves que, geralmente, deixam vestígios e, portanto, esses bancos facilitarão bastante a descoberta da sua autoria (2016, p. 29-30).

À título de exemplificação, em 2012, foi divulgado pela Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP) um diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil, consistente no Relatório Nacional da Execução da Meta 2, qual seja, concluir as investigações por homicídio doloso instauradas até 31/12/2007.

No referido relatório, destacou-se a baixa taxa de elucidação dos crimes de homicídio no Brasil, tendo em vista que em pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, em 2011, constatou-se que o índice variava entre 5% e 8% (ENASP, 2012, p. 22).

Ainda, realizado levantamento em todos os Estados e no Distrito Federal, restou verificado o total de 134.944 (cento e trinta e quatro mil, novecentos e quarenta e quatro) inquéritos policiais instaurados até 31 de dezembro de 2007 que não foram finalizados (ENASP, 2012, p. 25). Na oportunidade, concluiu-se que “a ausência de eficiência na persecução penal e a consequente impunidade são fatores que contribuem para o aumento do número de homicídios” (ENASP, 2012, p. 22).

Em que pese o interesse coletivo no aprimoramento da persecução criminal visando à redução da criminalidade brasileira, sendo a catalogação de dados de perfis genéticos em uma base de dados informatizada um recurso que poderia gerar benefícios para a sociedade, é imprescindível a realização de questionamentos

éticos e morais ante o possível confronto com os direitos e garantias fundamentais das pessoas submetidas à referida identificação criminal (NUNES, 2012, p. 26).

Consoante expõem Jacques e Minervino, é evidente que o DNA de um indivíduo releva uma quantidade muito maior de informações de que as linhas e pontos de sua impressão digital, de modo que “deve ser armazenado, eletronicamente, somente o perfil genético, que não contém informações suscetíveis à discriminação genética” (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 17-19).

A Lei nº 12.654, artigo 5º-A, §1º assegurou que os bancos de dados de perfis genéticos não poderão relevar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero. Assim, a lei demonstrou zelo em relação à proteção da privacidade do indivíduo, ao tratar do sigilo das informações genéticas armazenadas, prevendo responsabilização civil, penal e administrativa para aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos em lei ou decisão judicial.

Espera-se que a fiscalização da confidencialidade das informações genéticas obtidas ocorra de maneira rigorosa. Nesse sentido, Ricardo Ferreira Nunes propõe que “normas e rotinas de restrição de acesso aos documentos de identificação e a utilização de senhas de segurança do sistema informatizado devem ser continuamente aprimoradas” (2012, p.31).

Inclusive, o acesso de terceiros, tais como seguradoras e outros prestadores de serviços, deve ser terminantemente proibido (NUNES, 2012, p. 31). Todas essas precauções visam assegurar quaisquer discriminações ou estigmas em razão da obtenção do perfil genético do indivíduo.

Tais disposições estão em consonância com o disposto nas recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas, a saber, arts. 9º e 11º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), arts. 6º e 7º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) e art. 7º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2004).

Contudo, da análise da legislação que criou e regulamentou o Banco Nacional de Perfis Genéticos no Brasil, não foi possível verificar previsão legal a respeito da destinação a ser dada ao material biológico colhido após a identificação e armazenagem do perfil genético.

Isso porque, a destruição das amostras biológicas após a obtenção do perfil genético afastaria a possibilidade de uma nova análise do DNA, o que, na visão de Santana, poderia ser “[...] considerado como uma estratégia para se evitar a utilização indevida das informações genéticas dos doadores das referidas amostras” (2013, p. 16).

Nesse sentido, Jacques e Minervino propõem as seguintes recomendações para minimizar eventuais riscos associados à utilização indevida das informações genéticas:

- a) não deve ser armazenada eletronicamente nenhuma sequência de DNA, apenas o “perfil genético”, suficiente para individualizar uma pessoa; b) o perfil genético deve ser obtido a partir de regiões não-codificantes do DNA; c) no banco de dados, o perfil genético deve estar associado a um código e não ao nome da pessoa; d) o acesso às informações genéticas deve ser restrito e controlado (2008, p. 19).

Ora, o período de armazenamento dos perfis genéticos também indica ponto questionável, vez que a Lei nº 12.654/2012 previu apenas a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados com o término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito em relação ao investigado identificado criminalmente. Excluindo, ainda, as hipóteses de absolvição, arquivamento do inquérito ou rejeição da denúncia (LOPES JR., 2017, p. 437).

Para o apenado, por sua vez, a lei foi omissa neste aspecto, o que nos leva a entender que não haverá a exclusão do perfil genético do condenado após o cumprimento de sua pena. Assim, há a interpretação de que a inclusão do perfil genético do condenado geraria mais um efeito da pena, e o fato da lei não prever por quanto tempo esses dados ficarão disponíveis gera condições para um estigma de natureza perpétua (LOPES JR., 2017, p. 438).

Assim, Aury Lopes Jr. propõe a aplicação, por analogia, do instituto da “reabilitação” previsto nos arts. 93 e seguintes do Código Penal, tendo em vista uma política de redução de danos no processo penal (2017, p. 438).

Ainda em relação ao risco de discriminação em razão da identificação criminal por meio do perfil genético, é fundamental pontuar quais indivíduos serão afetados. Nesse sentido, não há especificação legal quanto aos crimes que poderão ensejar a identificação criminal por meio do perfil genético do investigado, situação que poderá ocorrer quando for “essencial às investigações policiais” (art. 3º, IV da Lei nº 12.037/2009).

Destaca-se que a expressão adotada no art. 9º-A da LEP “violência de natureza grave contra a pessoa” demonstra a amplitude deixada pelo legislador referente à identificação do perfil genético dos apenados.

Tendo em vista os princípios da equidade e da justiça, existe a proposta de que, do ponto de vista da bioética, seria mais aceitável e igualitário pensar em um banco de dados genéticos com a inclusão total da população de determinado país. Todavia, tendo em vista os elevados custos, recursos humanos e tecnologia necessária para gerenciamento de um banco desse porte, essa opção é descartada dada sua inviabilidade (NUNES, 2012, p. 33) (JACQUES; MINERVINO, 2008, p. 19).

É certo que, ao tratar de assunto tão caro ao Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, a lei o deveria ter feito de forma adequada sem deixar margens para imprecisões terminológicas, as quais poderão provocar arbitrariedades por parte dos operadores do Direito.

Conforme esclarecimentos realizados anteriormente, quando da análise dos direitos e garantias fundamentais relacionados à investigação e identificação criminal genética, verifica-se que não são absolutos, tendo em vista a sua coexistência no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, Piñero e Soares, destacam que,

para um certo tipo de conflito jurídico, a solução consiste justamente em ponderar os princípios contrapostos. Para tratar desses casos, desenvolveu-se uma certa metodologia que pode ser útil para a aplicação aos casos concretos dos princípios da bioética. Nessa ponderação, os princípios não se anulam completamente (2006, p. 70).

Assim como disposto no artigo 8º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, quando trata do consentimento para extração do material genético “só deverão ser estipuladas restrições ao princípio do consentimento por

razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos”.

O item 2, do artigo 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos determina que exceções ao princípio do consentimento só devem ser feitas de acordo com as normas éticas e jurídicas adotadas pelos Estados e devem ser compatíveis com os princípios e disposições enunciados na declaração, conforme o artigo 27, a saber:

Se a aplicação dos princípios enunciados na presente Declaração tiver de ser limitada, deverá sê-lo por lei, nomeadamente pelos textos legislativos sobre a segurança pública, a investigação, detecção e demanda judicial em caso de delito penal, a protecção da saúde pública ou a protecção dos direitos e liberdades de outras pessoas. Qualquer lei deste tipo deve ser compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Dessa forma, deve-se ter em vista que a identificação criminal é excepcional, conforme assegurado pela Constituição, assim como direitos e garantias fundamentais não podem ser limitados sem uma justificativa devidamente fundamentada e aceitável.

É certo que a bioética visa à garantia do direito a uma vida digna para todas as pessoas, destinando-se à defesa de populações vulneráveis e dos direitos humanos, não devendo ser utilizada como paradigma para prática de arbitrariedades e injustiças.

Assim, busca-se um futuro melhor para as gerações que estão por vir, com a “(re)construção de uma ética democrática ampliada e, primordialmente pública e coletiva, comprometida com questões indispensáveis à sobrevivência digna das maiorias populacionais necessitadas do planeta” (GARRAFA, 2017, p. 14).

Conclui-se que a criação e o desenvolvimento de bancos de perfis genéticos serão realizados gradualmente, tratando-se de tema extremamente relevante e atual, motivo pelo qual, o presente estudo pretende contribuir de alguma forma para o debate, não tendo intenção de esgotar as análises a respeito dessa inovação legislativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o avanço da ciência e da tecnologia, e a conseqüente possibilidade de obtenção do perfil genético do ser humano a partir da coleta do seu material biológico, tornou-se imprescindível a análise da utilização dessa tecnologia como auxílio na persecução criminal.

As informações genéticas contidas nos perfis genéticos armazenados no banco nacional brasileiro são obtidas a partir de regiões não-codificantes do DNA e, portanto, devem ser incapazes de revelar qualquer traço somático ou comportamental das pessoas, exceto a determinação genética de gênero, representando apenas um meio de identificação criminal do indivíduo.

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal têm sido regulamentados em diversos países, tendo a Inglaterra e os Estados Unidos sido pioneiros na sua implementação. Haja vista o sistema CODIS, desenvolvido pelo FBI ser referência no assunto, em 2009, o Brasil adquiriu a concessão da utilização do *software* do referido sistema a fim de instaurar a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos em território nacional.

Da análise em uma perspectiva internacional, foram destacadas as Recomendações, editadas pelo Conselho da Europa, nºs R (87) 15 e R (92) 1, assim como o Tratado de Prüm, assinado por países membros da União Europeia em 2005 visando o fornecimento de dados de DNA e impressões digitais.

Em seguida, foram esclarecidas as inovações e alterações legislativas brasileiras, no tocante à instituição do Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Lei nº 12.654/2012, verificando-se, conforme relatório da RIBPG, o aumento da quantidade de perfis genéticos armazenados desde a sua criação em 2013.

Dessa forma, concluiu-se que a identificação criminal por perfil genético poderá ocorrer em duas situações distintas, uma com finalidade exclusivamente probatória, vinculada à necessidade e indispensabilidade para a investigação criminal, visando eventual e futuro processo, e outra na qual a coleta do material genético é obrigatória para inclusão no cadastro geral de condenados.

Tendo em vista que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVIII, assegura que a identificação criminal deverá ocorrer de modo excepcional, questiona-se a vagueza das terminologias utilizadas e a consequente insegurança jurídica possivelmente gerada.

Com efeito, o art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/2009 quando analisado em conjunto com o parágrafo único do art. 5º da mesma lei, que dispõe que a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético quando “a identificação criminal for essencial às investigações”, demonstra que não há uma definição de um rol de crimes nos quais os investigados estarão sujeitos à extração de material biológico para obtenção do perfil genético, o que deixa margens a possíveis abusos.

Inclusive, verifica-se a utilização da expressão genérica e indeterminada que é utilizada no art. 9º-A da LEP, no caso de condenados que tiverem praticado crimes dolosos, com “violência de natureza grave contra a pessoa”, quando trata da obrigatoriedade de identificação do perfil genético, mediante a extração de DNA, por técnica adequada e indolor, no caso de condenados.

Indaga-se a ausência de previsão quanto ao prazo de exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados no caso em que o sujeito passivo é o apenado, em razão da violação ao princípio da presunção de inocência e aparente inclusão de mais um dos efeitos da pena a ser sofrido por estes, gerando condições para um estigma de natureza perpétua.

Adiante, da análise dos direitos e garantias fundamentais conexos à investigação e identificação criminal, inferiu-se que um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, é princípio estruturante de todo o sistema constitucional e deve ser respeitado. Bem como, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas que são invioláveis, e passíveis de indenização (art. 5º, X, CF/88).

Dada à supremacia da normatividade constitucional, ressaltou-se que o processo penal deve ser analisado à luz da Constituição Federal, o qual deve visar à concretização de suas garantias (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 310). Assim foram

analisados os princípios processuais penais da presunção de inocência, direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), concluindo-se que o Estado deve exercer o poder punitivo conforme uma perspectiva garantista, tratando o investigado como sujeito de direitos e não mero objeto processual.

A verdade que pode ser alcançada no processo penal é relativa, pautada em juízo de probabilidade (QUEIJO, 2012, p. 57). Considerando a busca da verdade material e a liberdade de investigação das provas pelo magistrado, destacou-se sua limitação, tendo em vista a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado. Dessa forma, a prova genética está sujeita à valoração conforme o sistema do livre convencimento motivado, disposto no art. 155 do CPP, não devendo ser vista como absoluta.

Considerando o conflito existente entre interesses individuais e coletivos identificados na persecução criminal, fora realizada uma análise transdisciplinar por meio de uma abordagem bioética, destacando-se a importância do enfrentamento da atual fragmentação do saber presente nos meios acadêmicos.

Assim, foram dispostos esclarecimentos a respeito da bioética, passando pela sua concepção inicial que tratava fundamentalmente de uma questão ambiental, em seguida pela visão estadunidense baseada nos princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, após sua expansão de interpretação com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005) e o surgimento da bioética de intervenção.

Sob esse prisma, foram analisados os instrumentos normativos internacionais, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2004).

Concluiu-se, portanto, que à luz das recomendações internacionais sobre o uso das informações genéticas humanas, que o tratamento do genoma humano, considerado patrimônio da humanidade em um sentido simbólico e intimamente ligado aos

direitos humanos e à dignidade da pessoa, deve ser realizado por meio de procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis.

Assim, foi analisada a denominada técnica adequada e indolor de coleta do material biológico que consiste naquela descrita no POP da SENASP, de coleta de células da mucosa oral. Ressaltou-se a vedação legal às técnicas de coleta de sangue, por ser considerada invasiva.

Da verificação do POP, destaca-se que a coleta de células da mucosa oral é realizada com um *swab*, que corresponde a um chumaço de algodão ou outro material absorvente, preso a uma extremidade adequadamente esterilizada de uma haste, o qual se recomenda a fricção por 10 vezes em cada uma das bochechas do indivíduo.

Apesar de Maria Elizabeth Queijo considerar que as células colhidas na cavidade bucal representam intervenção corporal invasiva (2012, p. 294), Jacques e Minervino (2008, p. 20) ressaltam que a referida técnica de coleta de amostra biológica é a mais amplamente aceita no mundo, representando, na visão dos referidos autores, um procedimento não-invasivo, indolor e que não violador do corpo e da dignidade humana.

Um dos aspectos sensíveis à utilização dos perfis genéticos para fins de persecução criminal identificado diz respeito à possibilidade ou não de extração compulsória do material genético, tendo em vista a possível violação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Este aspecto foi o principal ponto de conflito identificado entre os interesses individuais e coletivos. De um lado os baixos índices de elucidação de crimes no Brasil e o interesse em uma persecução penal efetiva visando à redução da criminalidade. Do outro, os direitos e garantias fundamentais do investigado, especialmente, o direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Sob a abordagem de uma bioética ampliada à esfera coletiva, crítica e interventiva, é possível justificar no campo coletivo, a tomada de uma decisão que privilegie o

maior número de pessoas e resulte em melhores consequências, mesmo que em prejuízo de certas situações individuais, com exceções (GARRAFA, 2005, p. 130).

Contudo, deve-se ter em vista que a identificação criminal é excepcional, conforme assegurado pela Constituição, assim como direitos e garantias fundamentais não podem ser limitados sem uma justificativa devidamente fundamentada e aceitável. É certo que a bioética visa à garantia do direito a uma vida digna para todas as pessoas, destinando-se à defesa de populações vulneráveis e dos direitos humanos, não devendo ser utilizada como paradigma para prática de arbitrariedades e injustiças.

Nesse sentido, foi destacado que o art. 8º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos e o art. 6º, item 2 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos asseguram que exceções ao princípio do consentimento só devem ser feitas de acordo com as normas éticas e jurídicas adotadas pelos Estados e devem ser compatíveis com os princípios e disposições enunciados na declaração.

Além disso, deve-se garantir uma fiscalização efetiva visando assegurar a não discriminação e a não estigmatização, em razão da confidencialidade das informações genéticas constantes nos bancos de dados, aplicando as penalidades civis, penais e administrativas cabíveis para aquele que permitir ou promover a utilização dessas informações para fins diversos dos previsto em lei ou decisão judicial.

Isso porque, os arts. 9º e 11º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005), arts. 6º e 7º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1997) e art. 7º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (UNESCO, 2004), asseguram a não discriminação e não estigmatização dos indivíduos em razão de suas características genéticas.

Inclusive, uma observação realizada consiste na ausência de previsão legal para destruição das amostras biológicas após a obtenção do perfil genético, o que

afastaria a possibilidade de nova análise de DNA e serviria como estratégia para se evitar a utilização indevida dessas informações.

Pelos motivos expostos, conclui-se que, a lei não dispõe de forma satisfativa a respeito da identificação criminal por meio do perfil genético, haja vista a utilização de termos vagos e imprecisos que não são suficientes para limitar o exercício do direito de não fazer prova contra si mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, João Beccon de. **Banco de dados genéticos para fins criminais: aspectos jurídicos**. 2008. 31 f. Monografia (Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008.

ANSELMO, Márcio Adriano. JACQUES, Guilherme Silveira. Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país. **Revista Consultor Jurídico**, 02 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 20 maio 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BEDÊ JUNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2018.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> . Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. **Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Último acesso em: 29 maio 2018.

_____. Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000. **Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências.** Revogada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10054.htm>. Último acesso em: 29 maio 2018.

_____. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. **Dispõe sobre a identificação a identificação do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Último acesso em: 29 maio 2018.

_____. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. **Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como uma forma de identificação criminal, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Último acesso em: 29 maio 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito:** sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

CASARA, Rubens R R. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro:** dogmática e crítica. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº R (87) 15.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recommendations&scope=EURL EX&type=quick&lang=en&page=2>> Acesso em: 09 maio 2018.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº R (92) 1.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recommendations&scope=EURL EX&type=quick&lang=en&page=2>> Acesso em: 09 maio 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Estratégia Nacional de Segurança Pública. Meta 2:** A impunidade como alvo- Diagnóstico da investigação de homicídios do Brasil, Brasília. 2012. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf> Acesso em: 29 maio 2018.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOUGLAS, William. GRECO, Rogério. **Medicina legal:** à luz do direito penal e do direito processual penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais:** a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). **CODIS – NDIS Statistics.** Disponível em: <<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/ndis-statistics>>. Acesso em: 8 maio 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal.** 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA COSTA, Sérgio Ibiapina. GARRAFA, Volnei. OSELKA, Gabriel. **Apresentando a bioética.** In: Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 15-18.

FORTES, Paulo Antonio Carvalho. MUÑOZ, Daniel Romero. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido.** In: Iniciação à Bioética, Brasília, 1998. p. 53-70.

GARRAFA, Volnei. Reflexões bioéticas sobre ciência, saúde e cidadania. **Revista Bioética**, n. 01, vol. 07. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/287/426>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. **Revista Bioética**, v. 13, n. 01. 2005. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/3615/361533241011/>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. Releitura crítica (social e política) do princípio da justiça em bioética. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 3, p.11-30, set/dez. 2017.

GRECI, Daniela. **A bioética a partir do viés principialista**: uma análise conceitual e paradigmática. Revista do Curso de Direito da FSG. Ano 1, n. 1, jan/jun. 2007. P. 39-63

GIONGO, Juliana Leonora Martinelli. A identificação criminal pelo DNA em face da garantia contra a autoincriminação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 10, vol. 17, nº2, jul./dez. 2016. p. 377-405.

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

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. **Revista Pericia Federal**, Brasília, nº 26, p. 17-20, ano IX, jun.2007/ago. 2008. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

KROHLING, Aloisio. **Direitos humanos fundamentais**: diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

KROHLING, Aloisio. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juará, 2011.

LIMA, Helio Buchmuller. DNA x criminalidade: Brasil está pronto para ter um banco de perfis genéticos. **Revista Pericia Federal**, Brasília, nº 26, p.8-11, ano IX, jun.2007/ago. 2008. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

LOPES JR., Aury. GLOECKER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22ª ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIÑERO, Walter Esteves. SOARES, André Marcelo M. **Bioética e biodireito: uma introdução**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. Resolução nº 09. **Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis genéticos**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/resolucoes/resolucao_9-2018_coleta_12654.pdf/view>. Acesso em 22 maio 2018.

REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. **Manual de Procedimentos Operacionais**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/manual/resolucao_8-2017_aprova_o_manual.pdf/view>. Acesso em: 22 maio 2018.

REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. **VII Relatório da Rede Integrada de Perfis Genéticos**. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/vii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view>>. Acesso em: 08 maio 2018.

SANTANA, Célia Maria Marques de. **Banco de perfis genéticos criminal: uma discussão bioética**. Brasília, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIOCCHET, Taysa. A Regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. **Revista NEJ.** vol. 18, 2013. p. 518-529.

SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Procedimento operacional Padrão Perícia Criminal.** Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf . Acesso em: 22 maio 2018.

SISTEMA ELETRÔNICO DO SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO. **Termo de Compromisso que entre si celebram o Escritório Federal de Investigação e o Departamento da Polícia Federal objetivando a concessão de licença para utilização do Programa Combined DNA Index System – CODIS.** 2009. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/652511/RESPOSTA_PEDIDO_tc_codis_5_7.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 973837.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. **Prüm Treaty: cross-border cooperation in combating terrorism and cross-border crime.** *Official Journal of the European Union*, 2007. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007AP0228&qid=1528081633590&from=EN>> . Acesso em: 09 maio 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.** Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. **Declaração Universal sobre o Genoma e os Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 21 maio 2018.