

# **BANCO DE PERFIS GENÉTICOS DOS CRIMINOSOS: TRATAMENTO NORMATIVO NA LEI ESPANHOLA E NA LEI BRASILEIRA**

## **BANK OF GENETIC PROFILES OF CRIMINALS: STANDARD TREATMENT IN SPANISH LAW AND BRAZILIAN LAW**

**DENISE HAMMERSCHMIDT**

**GILBERTO GIACOIA**

**SUMÁRIO:** 1. Situação anterior à regulação normativa na Espanha. 2. O exemplo do atual regime legal espanhol (Lei Orgânica nº 10/2007. 2.1. Unificação de bases de dados. 2.2. Sujeito e objeto da base de dados. 2.3. Consentimento do interessado. 2.4. Critério do delito investigado. 2.5. Segurança dos dados. 2.6. Uso e cessão dos dados contidos na base de dados. 2.7. Cancelamento dos registros. 3. Do incipiente modelo brasileiro até a publicação da Lei nº 12.654/12. 4. A Lei brasileira nº 12654, de 28 de maio de 2012, que alterou as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Base de dados de perfis genéticos de DNA e investigação criminal. 4.1. As informações genéticas contidas nos bandos de perfis genéticos e as normas constitucionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. 4.2. Perfis genéticos e sua regulação na Lei Processual Penal e na LEP (Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84. 4.3. Consentimento do submetido à extração do DNA. 4.4. Sigilo e segurança dos dados genéticos. 4.5 Propostas de *lege ferenda* ao modelo brasileiro. 5. Conclusões. 6. Referências.

**RESUMO:** O texto compreende um estudo comparativo entre o modelo espanhol e brasileiro no que diz respeito ao uso de DNA a serviço da administração da Justiça Penal. A partir da análise da legislação espanhola (LO 10/07) e de sua precedência sobre a recente lei brasileira (Lei 12.654/12), se pode melhor alcançar o interesse e atualidade do tema. A extração de mostras de DNA e, por seu intermédio, a criação de bancos de dados de perfis genéticos, representa verdadeiro avanço da modernidade na prova criminal, que deve ser compatibilizado e balizado pela preservação dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais. A recortada pesquisa permite apontar em

direção aos avanços de dois modelos normativos, ao mesmo tempo propicia o vislumbre de algumas sugestões ao seu aperfeiçoamento.

**ABSTRACT:** The text includes a comparative study between the Spanish and Brazilian model regarding the use of DNA to the Administration of Criminal Justice. Based on the analysis of the Spanish law (LO 10/07) and its precedence over the recent Brazilian law (Law 12.654/12), it is possible to unveil the theme interest and topicality. The extraction of DNA samples and, through them, the creation of databases of genetic profiles, represents an actual progress in the criminal trial, which must be compatibilized and buoyed by the preservation of fundamental rights and constitutional guarantees. The research points towards the advances of two normative models and, at the same time, provides a glimpse of some suggestions for its improvement.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração da Justiça Penal. Prova Criminal. Mostras Biológicas. Perfis de DNA. Banco de Dados. Identificação Genética.

**KEYS-WORDS:** Administration of Criminal Justice. Criminal Evidence. Biological samples. DNA profiles. Database. Genetic Identification

## **1. Situação anterior à regulação normativa na Espanha.**

Em 1992 produziu-se uma recomendação do Conselho da Europa, Recomendação 92(1), a seus Estados membros sobre o uso do DNA no sistema de *justiça criminal*. Referida recomendação aborda aspectos da tomada de mostras, a acreditação de laboratórios que participem neste tipo de análises, a proteção e o armazenamento tanto de mostras como dos dados obtidos, etc.<sup>1</sup> No ano de 2005, a Espanha firmou o *Tratado de Prüm* (Schengen III) com outros países europeus (Bélgica, Alemanha, França, Luxemburgo, Holanda e Áustria), que entre outras coisas, possibilitou o intercâmbio de perfis genéticos entre os países celebrantes do referido tratado<sup>2</sup>. Essa paralela assunção por parte da Espanha de uma série de obrigações recíprocas com outros países para compartilhar informação disponível nos respectivos cadastros e bases de dados exige a adoção de medidas materiais e jurídicas adequadas.

Na Espanha, antes da Lei Orgânica nº 10/2007, de 8 de outubro, reguladora da base de dados sobre identificadores obtidos a partir de amostras de DNA para fins de investigação criminal, a matéria não era devidamente disciplinada.

A atividade investigatória relacionada a material biológico restringia-se à coleta de perfis recolhidos de mostras obtidas no lugar do crime e de algumas pessoas conhecidas no meio policial e vinculadas a processos penais.

Com relação às bases de dados de perfis de DNAs na Espanha, a Polícia Científica contava e conta com duas bases de dados: uma com perfis de DNA doado por familiares de pessoas desaparecidas, chamada *Humanitas*, e outra, *Veritas*, com perfis de mostras recolhidas durante investigações dos delitos. A Guarda Civil segue a mesma estrutura: uma base para familiares de desaparecidos, *Fénix*, e outra, chamada *ADNIC*, para assuntos criminais<sup>3</sup>. Assim, os Corpos Policiais que eram titulares das bases de dados, a unificaram na *base de dados policiais de identificadores obtidos a partir de DNA* criada em outubro de 2007.

As bases de dados preexistentes à Lei de 2007 referem-se unicamente aos dados relativos aos restos encontrados no lugar do crime, e, não, de forma expressa, a perfis de pessoas condenadas ou suspeitas, que também podem encontrar-se. Nesse sentido, aponta Guillén Vázquez citada por Soletto Muñoz que:

“(…) a pouca claridade da regulação dos cadastros espanhóis, nos quais não se estabelecem claramente quais são as pessoas sobre as que se conservam os dados, remete a leis reguladoras ou a autoridade competente ou judicial; não delimitam nem marcam os arquivos em razão da pessoa, delitos”... parecendo que se pudesse admitir o arquivo de todas as hipóteses se o juiz o autorizasse” Por isso considera que na realidade as Ordens Ministeriais que regulam estes ficheiros tentavam regularizar administrativamente a realidade dos laboratórios diante da não destruição dos perfis, nem das mostras, já que se configurou uma base de dados de modo material ”<sup>4</sup>.

Contudo, a questão permanecia na pendência de uma regulação legal específica, mesmo existindo certo antecedente prelegislativo até a edição da LECr pela Lei Orgânica nº 15/2003 que, mesmo ao tratar da prova ou informe pericial, ainda assim não se mostrava adequada em termos de técnica legislativa para adaptar-se às especialidades reclamadas pelas múltiplas possibilidades de prova extraídas dos perfis de DNA.

A dificuldade era ainda maior diante da antiga previsão (Lei Orgânica do Poder Judiciário, de 1 de Julho de 1985), quase concomitante cronologicamente com o desenvolvimento e a evolução das pesquisas com material genético, de que não

poderiam surtir efeitos as provas obtidas direta ou indiretamente por meios violadores dos direitos e liberdades fundamentais.

De qualquer modo, a referida Lei Orgânica nº 15/2003, que reformou o Código Penal espanhol de então, embora por meio de brevíssimos preceitos editados sob inspiração do clima de alarme social provocado devido a gravíssimos crimes desvendados por vestígios biológicos encontrados, porém, submetidos a procedimentos sem observância das reservas constitucionais, estabeleceu uma espécie de regulação indireta, renunciando a fazê-lo de forma mais minuciosa como deveria para esta classe de provas. Assim, mediante o disposto na Disposição Final Primeira da Lei Orgânica 15/2003, de 25 de novembro, de modificação do Código Penal, reformou-se a Lei de Processo Criminal a fim de proporcionar cobertura jurídica, da qual careciam, até então, determinadas práticas de investigação. Segundo o preâmbulo da mencionada Lei, “a nova redação dada aos artigos 326 e 363 da Lei de Processo Criminal consistiu, essencialmente, em regular a possibilidade de obter o DNA a partir de mostras biológicas provenientes de provas encontradas no lugar do delito ou extraídas de suspeitos, de maneira que referidos perfis de DNA pudessem ser incorporados a uma base de dados para seu emprego nessa concreta investigação”.

Veja-se, a respeito, o disposto nos artigos 326 e 363 da LECr espanhola:

**326.** Quando o delito que se persiga tenha deixado vestígios ou provas materiais de sua realização, o Juiz instrutor ou o que faça suas vezes ordenará que recolham e conservem para o juízo oral se possível, procedendo à inspeção ocular e a descrição de tudo aquilo que poderá ter relação com a existência e natureza do fato.

Para este fim se fará consignar nos autos a descrição do lugar do delito, o lugar e estado em que estejam os objetos que nele se achem, os acidentes do terreno ou situação das habitações, e todos os demais detalhes que possam utilizar-se, tanto para a acusação como para a defesa.

Quando se evidencia a existência de marcas ou vestígios cuja análise biológica possa contribuir ao esclarecimento do fato investigado, o Juiz da Instrução adotará ou ordenará a Polícia Judiciária ou ao médico forense que adote as medidas necessárias para o recolhimento, custódia e exame daquelas mostras, nas quais se verifiquem as condições que garantam sua autenticidade, sem prejuízo do estabelecido no art. 282 da LECr.

**363.** Os Juzados e Tribunais ordenarão a prática das análises químicas unicamente nos casos em que se considerem absolutamente indispensáveis para a necessária investigação judicial e a efetiva administração da justiça.

Sempre que concorram fundadas razões que justifiquem, o Juiz da Instrução poderá autorizar, em resolução motivada, a obtenção de mostras biológicas do suspeito que resultem indispensáveis para a determinação de seu perfil de DNA. A tal fim, poderá decidir a prática daqueles atos de inspeção, reconhecimento ou intervenção corporal que resultem adequados aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade.

É que, já a esta altura, quase toda a Europa havia legislado sobre a utilização destas técnicas como meio de prova a serviço da administração da justiça penal.

Fazia-se imperativo, pois, uma regulação mais minuciosa, reclamando-se estrita submissão ao princípio da legalidade, dados os direitos fundamentais das pessoas envolvidas e que se podiam ver afetadas.

Daí o novo regime legal do uso de perfis de DNA só mais recentemente pela Lei Orgânica nº 10/2007, reguladora da base de dados policial sobre identificadores obtidos a partir de DNA, de forma detalhada, e que será objeto de sintético desenvolvimento neste trabalho.

## **2. O exemplo do atual regime legal espanhol (Lei Orgânica nº 10/2007).**

O texto que, definitivamente, marcou o ingresso da Espanha no rol dos países europeus com regulação específica e minuciosa da utilização desse tipo de prova no âmbito da administração da justiça penal e que acabou por, senão resolver, atenuar sensivelmente os diversos problemas que a matéria suscitava no regime anterior, se inscreve na progressiva tendência de seus antecedentes legislativos e, em especial no marco da Lei Orgânica nº 15/1999, de *Proteção de Dados de Carácter Pessoal*, conhecida como LOPD, como consta de seu preâmbulo, ao se referir a esta “*por sua própria natureza de regulação geral na matéria, resulta de aplicação direta, sendo os preceitos desta Lei especialidades permitidas pela citada Lei Orgânica, que encontram sua justificação nas peculiaridades da base de dados que regula*”.

A nova legislação prevê a integração de todas as bases de bancos preexistentes à nova base de dados, sempre que os dados tiverem sido criados com finalidade de investigação dos crimes referidos no artigo 3º, permitindo-se, neste caso, sua incorporação desde que não haja transcorrido o prazo de cancelamento previsto no artigo 9º.

A natureza de lei orgânica lhe outorgada se justifica plenamente, porquanto, senão restringe, ao menos afeta diretamente direitos fundamentais, como o são por excelência a intimidade genética e a proteção de dados de carácter pessoal, sem contar que convive com disposições da lei geral anterior já mencionada (LOPD), que tem natureza de lei orgânica. A respeito, pontuam Romeo Casabona e Romeo Malanda:

“ À LOPD se vincula expressamente a LO 10/2007, ao considerá-la de aplicação direta, com a exceção das especificações que introduz a nova lei ) disposição adicional segunda). O carácter complementar – não meramente suplementar – e de aplicação direta está também justificado, pois desse modo se evita que a nova Lei entre nas matérias que tenham sido já contempladas de forma geral pela LOPD e não precisam de matização legal alguma”<sup>5</sup>.

No trato da colisão de direitos fundamentais, desde logo o alerta de que a lei deve ser interpretada sempre restritivamente, “*com o fim de não comprometer mais além da vontade – objetiva – da lei os direitos fundamentais afetados*”<sup>6</sup>.

Dentre seus objetivos, estão a criação oficial de uma base de dados de identificadores de perfis de DNA para fins de investigação criminal e a integração de todos os bancos existentes nos diferentes Corpos Policiais com o fim de disponibilizá-los ao serviço da administração da justiça criminal, inclusive também ao intercâmbio policial entre os Estados europeus que dispõem dessa mesma técnica de informação sobre perfis de DNA.

## **2.1. Unificação de bases de dados.**

Um dos objetivos centrais da nova lei é a integração e centralização das informações sobre perfis de DNA para fins de investigação criminal, de modo a que sua aplicação, em sentido amplo, se estenda as quatro bases de perfis genéticos (*Humanitas, Veritas, Fénix y ADNIC*) que possam existir na Espanha, com as que já têm as polícias autônomas e o *Instituto Nacional de Toxicologia*. Desse modo, cria-se *a base de dados policiais de identificadores obtidos a partir de DNA* que integrará os cadastros dessa natureza de titularidade das Forças e Corpos de Segurança do Estado, tanto para a investigação e averiguação de delitos, como para os procedimentos de identificação de restos cadavéricos ou de identificação de pessoas desaparecidas (art.1º LO 10/2007)

Essa chamada dependência orgânica de todos os cadastros é creditada pela lei ao Ministério do Interior, através da Secretaria de Estado da Segurança (art. 2º LO 10/2007). E, apesar de se tratar de prova de natureza especialmente sensível, dada sua afetação a direitos fundamentais e sua potencialidade de discriminação ou estigmatização das pessoas cujos perfis identificadores de DNA são nela inscritos, não há previsão de sua submissão imediata a alguma forma de controle, supervisão ou inspeção externa, inclusive por *autoridade judiciária*, mas, ao contrário, deixa-se tal

proteção centrada em autoridades administrativas, no caso, a Agência Espanhola de Proteção de Dados, a qual corresponde às funções ordinárias de inspeção e sanção.

## **2.2. Sujeitos e objeto da base de dados.**

Considerados sujeitos passivos da base de dados por lhes serem recolhidas as respectivas amostras biológicas *a posteriori* inscritas em ficheiros, são os suspeitos, detidos, ou imputados em relação ao delito. Das pessoas que se encontram nessa situação processual se pode colher mostras, inscrevendo-se os perfis delas obtidos em cadastro já num primeiro momento, ao menos para proceder ao cotejo e cruzamento de dados. A duração de sua permanência dependerá do resultado do processo, ou seja, do encaminhamento que se lhe dê a autoridade judicial (sobrestamento, absolvição ou condenação) (art.9º LO 10/2007).

Além desses sujeitos passivos compulsórios, pois se prescinde de seus consentimentos, há possibilidade de que se inscrevam perfis de pessoas também sujeitas à investigação, mas que não hajam prestado consentimento, como é o caso da vítima ou de familiares de desaparecidos (art. 3.1 b. LO 10/2007).

Os organismos policiais, por outro lado, aparecem na condição de sujeitos ativos principais, já que a colheita de amostras depende no mais das vezes de inspeções, reconhecimentos ou intervenções corporais e, quando essas providências demandam intervenção sem o consentimento da pessoa investigada, necessitarão eles de prévia autorização judicial *mediante decisão motivada*<sup>7</sup>.

Essa destinação primeira dos dados a uma base policial é criticada pela doutrina, porquanto, mesmo que concorram os pressupostos e requisitos que permitam a inscrição (art. 6º LO 10/2007), esse procedimento pode apresentar vias de escape tendentes a decisões unilaterais não submetidas a prévio controle judicial. De fato, deveria ser sempre o juiz quem autoriza a inscrição. Tanto que, no que se refere à sua conservação (da mostra ou vestígio), cuida-se de incumbência exclusiva dele<sup>8</sup>.

Quanto ao objeto, lembrando desde sempre que se trata de banco de dados extraídos de mostras biológicas, portanto, com afetação direta da intimidade genética pessoal e familiar, composto da dimensão de direitos constitucionalmente consagrados, reconhece-se por isso mesmo ser um objeto bastante sensível, tanto assim que logo expresso no próprio preâmbulo da Lei, nestes termos:

“Esta regulação contém uma salvaguarda muito especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneração do direito à intimidade, posto que somente poderão ser inscritos aqueles perfis de DNA que sejam reveladores, exclusivamente, da identidade do sujeito – a mesma que oferece uma impressão digital- e do sexo, porém, em nenhum caso, os de natureza codificante que permitem revelar qualquer outro dado ou característica genética”.

Portanto, os dados que se poderão incorporar à base só serão os dados genéticos que revelem identidade e sexo da pessoa (art. 4, LO 10/2007)<sup>9</sup> e que se encontram na parte não codificante do DNA, dos quais se podem obter outros elementos mais de identificação (por exemplo, etnia, paternidade ou filiação). O preâmbulo reproduzido permite concluir com clareza meridiana, embora não expresso, que se proíbe o acesso à parte codificante do DNA.

Daí a necessidade de especial cuidado dos coletores de amostras biológicas, pois recolhem indissolavelmente tanto dados codificantes como não codificantes, não podendo se aproveitar destes últimos e de outros marcadores que não tenham sido levados em consideração pela lei para efeito de investigação, devendo agir, portanto, com responsabilidade e autocontrole.

É que, como se viu, a inscrição na base de dados policiais dos identificadores de DNA não necessita do consentimento do afetado, embora deva ele ser informado por escrito de todos os direitos que lhe assistem a respeito da dita inclusão (art. 3.1).

### **2.3. Consentimento do interessado.**

Cabe, agora, quando se cuida do sujeito passivo da base de dados, ligeira consideração sobre o consentimento validamente outorgado pelo interessado como inquestionável fonte de legitimação da tomada de mostras, permitindo, sem qualquer outra questão, que a prova delas resultante não vulnere qualquer tipo de direito fundamental.

Claro, o problema surge quando não se obtém dito consentimento.

A Lei Orgânica nº 10/2007, em sua Disposição Adicional 2ª, estabelece que a tomada de mostras biológicas obtidas *diretamente* de uma pessoa suspeita sem seu consentimento requererá sempre autorização judicial.

Pois bem. Sendo assim, a negativa do imputado em fornecer mostras biológicas pode sugerir atenta análise da constitucionalidade da prova de DNA no processo penal, pela potencialidade de afetação de diversos direitos fundamentais envolvidos.

Daf aduz Susana Álvares de Neyra Kappler:

“Sendo certo que nosso texto constitucional não prevê expressamente a possibilidade de limitar o direito à integridade física do art. 15 e o direito à intimidade do art. 18.1, e a diferença do que ocorre com outros direitos fundamentais, não por isso se convertem em direitos absolutos não susceptíveis de limitação. De fato, tanto o consentimento, livre, consciente e expresso do afetado, como a autorização judicial (no caso de não se conseguir alcançar aquele), permitirão a limitação dos referidos direitos, sempre que se prestar cumprimento as condições mencionadas, e com independência de em que lugar ou momento se outorgará aquela. Assim, v.g., se se prestasse este consentimento em sede policial, com assistência de um advogado, seria plenamente válido. Em outro caso, entrariamos no problema da fiabilidade ou, dito de outro modo, de demonstrar que o consentimento expressado foi livre e consciente, especialmente se o interessado, aconselhado por seu defensor, negar depois em juízo a validade de seu consentimento.

Alerta a mesma doutrinadora espanhola: *“Em todo caso, convém recordar que, antes da reforma recentemente operada na LECri, o anterior ficaria salvo se as diligências se realizassem por ordem judicial e ante sua presença, tudo isso observando os princípios processuais de corte constitucional de aplicação (proporcionalidade, necessidade e adequação). Em certas hipóteses, vale dizer, nos casos em que o afetado não prestar seu consentimento, contra sua vontade. Segundo, estejamos em uma ou outra hipótese, seu tratamento e as consequências também serão diversas”<sup>10</sup>.*

A comentada LO nº 10/2007 parece orientar-se no sentido de estabelecer, em seu art. 1º a), que não é necessário o consentimento do acusado para inscrição dos dados identificadores de DNA obtidos no curso de uma investigação criminal (local do crime ou de objetos do imputado), e que só se não se prescindirá de autorização judicial ou do consentimento do suspeito nos casos em que a mostra biológica é tomada diretamente de seu corpo.

Como ainda discorre a mesma autora Neyra Kappler: *“Unido este à reforma do ano 2003, parece evidente que o legislador tem intenção de legitimar, em todo caso, a tomada de mostras de vestígios biológicos sem a necessidade do consentimento do afetado. Distinta é a necessária concorrência de certos requisitos para que tal legitimação possa produzir-se”<sup>11</sup>.*

Discute-se sobre a possibilidade do uso de força compulsória para a obtenção de mostras biológicas do acusado que se recusa a consentir em seu fornecimento. A tendência dos tribunais vinha sendo a de negar legitimidade ao uso da força física para a tomada de mostras de DNA, mesmo considerando-a uma autêntica obrigação

processual. É que nem a reforma de 2003, nem posteriormente a de 2007 consubstanciada na LO nº 10, se pronunciaram expressamente a respeito.

Portanto, conclui a autora por último acima citada que, *“desde nossa perspectiva constitucional e jurisprudencial, devemos concluir que a prova de DNA não pode ser admitida como válida, quando a decisão da intervenção não esteja amparada por uma decisão judicial, devidamente fundamentada e proporcional à natureza do delito perseguido e aos meios disponíveis para a investigação, sem que, segundo a opinião majoritária da doutrina embasada por decisões do Tribunal Constitucional, seja admissível a utilização de força física ou qualquer outra atitude compulsiva ou coativa sobre a pessoa, para que esta se preste à prática da prova”*<sup>12</sup>.

Mesmo assim, admite consequências importantes da negativa para o acusado. Ora, a conduta obstrutiva e antisocial de quem injustificadamente se nega a colaborar pode constituir abuso de direito, não significando necessariamente que tais provas não sejam admissíveis. Caberá aos tribunais, em cada caso, apreciar se a justificação oferecida para a recusa é razoável ou não. A negativa injustificável, mesmo que não resulte em confissão, poderá constituir indício de certa importância e, assim, elemento utilizado para a formação da convicção judicial.

#### **2.4. Critério do delito investigado.**

A Lei espanhola optou por um critério de gravidade material do delito investigado, assim dispondo:

*“Quando se trata de delitos graves e, em todo caso, os que afetam a vida, a liberdade, a intimidade ou liberdade sexual, a integridade das pessoas, o patrimônio sempre que praticados com violência, a agressão ou intimidação de pessoas, assim como nos casos de crime organizado, devendo entender-se incluído, em todo caso, no termo crime organizado o reconhecido no artigo 282, § 4º, da Lei de Processo Criminal em relação aos delitos enumerados”*<sup>13</sup>.

Por delitos graves deve-se entender, de acordo com o CP espanhol, aqueles apenados com prisão superior a cinco anos, sendo irrelevante, neste caso, a natureza do bem jurídico afetado.

Já os crimes que têm por objetividade jurídica bens personalíssimos, são os contra a vida, a liberdade, a intimidade ou a liberdade sexual ou a integridade das pessoas,

podendo interpretar-se que independem de sua qualificação legal de graves, ou seja, concreta e necessariamente graves.

Delitos contra o patrimônio praticados com violência.

E os crimes vinculados à delinquência organizada, portanto, segundo critério mais de periculosidade que demonstram os envolvidos com esse tipo de criminalidade.

## **2.5. Segurança dos dados.**

A Lei espanhola trata, ainda, de um aspecto sumamente importante, qual seja, o referente tanto à qualidade do material das amostras, quanto dos procedimentos técnicos para determinação dos marcadores de DNA.

A primeira é fator de garantia determinante para as pessoas das quais se vai obter o perfil correspondente.

Já a segunda assegura a credibilidade dos resultados técnicos pelo emprego de métodos cientificamente homologados e assim reconhecidos internacionalmente. Isso leva à necessidade de credenciamento de laboratórios encarregados dos estudos de DNA correspondentes.

A Lei exige esse credenciamento, ademais, acomete tal função à *Comissão Nacional para o Uso Forense de DNA*, exigindo submissão a controles periódicos de qualidade para que se mantenha a validade do credenciamento outorgado (art. 5.2).

É certo que a LO adota o critério de considerar automaticamente credenciados os laboratórios do Instituto de Toxicologia e Ciências Forenses para realizar as correspondentes análises de DNA para identificação genética, de acordo com as funções que lhe atribui a Lei Orgânica nº 6/1985, do Poder Judiciário (disposição adicional quarta da LO nº 10/2007). E aos demais marca o prazo de um ano, a partir de sua vigência, para proceder ao credenciamento<sup>14</sup>.

E é justamente pelo credenciamento que se reconhece a imprescindível competência técnica de um determinado instituto para realizar essa específica atividade profissional.

## **2.6. Uso e cessão dos dados contidos na base de dados.**

Talvez uma das mais importantes previsões legais da Lei espanhola seja o da delimitação do acesso e do uso dos dados contidos no banco de bases. Com efeito, o acesso está reservado, como não poderia deixar de ser, aos Corpos Policiais

imediatamente e, mediatemente, aos membros do Ministério Público e às autoridades judiciárias (art. 7.1).

De se lembrar que, física e organicamente, a base de dados permanece em mãos de autoridades governamentais (Ministério do Interior).

Já sua cessão dos dados contidos na base de dados a outros organismos é excepcional e expressamente prevista no art. 7.3, compreendendo: “a) às Autoridades Judiciais, do Ministério Público e Policiais de terceiros países de acordo com o previsto nos convênios internacionais ratificados pela Espanha e que estejam vigentes; b) às Polícias Autônomas com competência estatutária<sup>15</sup> para a proteção de pessoas e bens e para a manutenção da segurança pública, que somente poderão utilizar os dados para investigação dos delitos enumerados na letra a) do § 1º, do artigo 3º, desta Lei ou, em seu caso, para a identificação de cadáveres ou averiguação de pessoas desaparecidas; c) Ao Centro Nacional de Inteligência, que poderá utilizar os dados para o cumprimento de suas funções relativas à prevenção de tais delitos, na forma prevista na Lei 11/2002, de 6 de maio, reguladora do Centro Nacional de Inteligência”.

## **2.7. Cancelamento dos registros.**

Uma vez cumprido o objetivo da manutenção dos registros e, sobretudo, superados os prazos previstos na LO nº 10/2007, se deverá proceder ao seu cancelamento, sem nenhum tipo de escusa que permita o contrário.

A recusa ao cancelamento dá ao afetado o direito de dirigir-se ao Diretor da Agência Espanhola de Proteção de Dados ou a órgãos correspondentes das Comunidades Autônomas, reclamando da denegação (art. 23.3).

Os critérios para cancelamento de ofício dos registros são de duas ordens: o tempo assinalado na lei para a prescrição do delito e o tempo fixado na lei para o cancelamento de antecedentes criminais, se se houver proferido sentença condenatória definitiva, ou absolutória por ocorrência de causas eximentes por falta de imputabilidade ou culpabilidade, salvo decisão judicial em contrário. Em todo caso, se procederá ao seu cancelamento quando se tiver decretado a inexistência do fato ou incompatibilidade do réu por falta de prova, equivalendo à absolvição por causas distintas às mencionadas no parágrafo anterior, uma vez que sejam definitivas ditas decisões. No caso de suspeitos não imputados, o cancelamento dos identificadores inscritos se produzirá uma vez transcorrido o tempo assinalado na lei para a prescrição do delito. Ademais, nos

suspeitos em que a base de dados contenha diversas inscrições de uma mesma pessoa, correspondentes a diversos delitos, os dados e padrões identificativos inscritos se manterão até que se finalize o prazo de cancelamento mais amplo (art. 9.1 LO 10/2007)

Também a LO estabelece que os dados pertencentes a pessoas falecidas serão cancelados tão logo se tenha conhecimento do falecimento (art.9.2).

Sem embargo, o exercício dos direitos de acesso, retificação e cancelamento em relação à base de dados policiais de identificadores obtidos a partir do DNA se poderá efetuar nos termos estabelecidos na Lei Orgânica nº 15/1999, de 13 de dezembro, e em sua normativa reguladora (art. 9.3 LO nº 10/2007). E, por fim, os identificadores obtidos a partir de DNA a respeito dos que se desconhece a identidade da pessoa a que correspondem, permanecerão inscritos enquanto se mantenha dito anonimato. Uma vez identificados, se aplicará o disposto no artigo 9º da Lei espanhola, para seu cancelamento.

### **3. Do incipiente modelo brasileiro até a publicação da Lei nº 12.654/12**

O Brasil passou a dispor de uma regulação normativa recente (Lei nº 12.654/12) para o aproveitamento racional desse tipo de prova na administração da justiça penal.

Portanto, os métodos baseados na manipulação de mostras biológicas de suspeitos ou imputados obtidos sem seu consentimento, no âmbito da investigação criminal, se submetem ao tratamento geral da prova que, após a reforma processual penal recente, deve observar os contornos das disposições pertinentes.

É regra comum a todos as provas serem inadmissíveis aquelas obtidas com violação das normas constitucionais ou legais (art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal).<sup>16</sup>

E como os perfis genéticos de DNA constituem material diretamente vinculado à intimidade genética e pessoal, seu resultado para servir como prova deve ser objeto de procedimento, em princípio, livre de divergência insuperável com os direitos fundamentais do afetado.

Isso dada a inexistência, repita-se, de um permissivo legal que fosse capaz de poder assegurar sua idoneidade, no balanço das reservas constitucionais do investigado ou processado.

Nesse ponto, já aduziam Héctor Silveira, Mónica Navarro e Ana Sánchez, a grave violação ao princípio da legalidade, na Espanha, antes da existência da Lei Orgânica nº 10/2007, ao assegurar:

A maioria dos países europeus havia aprovado leis específicas de regulação do uso de dados de DNA com fins policiais nos quais se definem claramente que dados pessoais se podem armazenar, quanto tempo poderão ser guardados e quando se devem cancelar. Na Espanha, pelo contrario, a administração até agora não respeitou estas garantias e criou, mediante ordens ministeriais ou normas de nível similar, bases de dados de DNA para fins policiais. Esta violação de garantias se agrava ainda mais se se teme m conta que como consequência dos Acordos de Schengen os dados armazenados nos cadastros ou fichas policiais são de livre circulação entre os países signatários do acordo.<sup>17</sup>

Não obstante, a criação de um programa nacional de apoio e investimentos, em 2004, foi o principal indutor para a disseminação da Genética Forense nas instituições periciais criminais no Brasil. Esse programa, então capitaneado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP/MJ), permitiu a melhoria dos laboratórios existentes, a criação de novos laboratórios, a capacitação e treinamento de peritos e a formação de um grupo de especialistas que estabeleceu as principais diretrizes do programa bem como dos procedimentos analíticos empregados com o propósito de multiplicar o uso de DNA com instrumento de prova.

Os esforços visando o desenvolvimento da Genética Forense no cenário brasileiro resultaram, em 2009, na subscrição do Termo de Compromisso para utilização do software CODIS<sup>18</sup> (*Combined DNA Index System*, programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo FBI – *Federal Bureau of Investigation*). Em 2010, foi realizada a maior instalação de CODIS fora dos EEUU, incluindo 15 laboratórios estaduais, um laboratório federal, mais os bancos nacionais, tanto de CODIS 5.7.4 (criminal), quanto de CODIS 6.1 (pessoas desaparecidas). Esta estrutura de laboratórios e bancos foi batizada como Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) e o Ministério da Justiça criou um Grupo de Trabalho para propor ações, normas e critérios de funcionamento.<sup>19</sup> A celebração do acordó de cooperação internacional com os EEUU para utilização do *CODIS* no Brasil, se deu no âmbito administrativo do Ministério da Justiça, organização esse incumbida da Diretoria Técnico-Científica do Departamento de Polícia Federal, órgão subordinado àquele Ministério.

A justificativa central se concentra no preocupante quadro nacional que associa crescente criminalidade e alta impunidade por falta de provas, mencionando exemplos de sucessos históricos de crimes de grande repercussão social desvendados por trabalho pericial a partir de mostras biológicas coletadas no local de sua prática. Um estudo recente aponta o Brasil como o sexto país do mundo em taxa de homicídios (26,4 homicídios por 100.000 habitantes/ano) e alguns estudos apontam uma situação igualmente grave em relação aos crimes sexuais. As taxas de elucidação dos delitos são baixas, com menos de 10% dos homicidas sendo apropriadamente identificados e condenados e a ausência de prova material é a causa comum para que se arquivem inquéritos e denúncias<sup>20</sup>.

Quando se cuida do levantamento do impacto do banco de dados na elucidação de crimes, se costuma citar a experiência extremamente eficaz em países como EEUU e Reino Unido que, no último ano, em seus bancos nacionais, deu um salto de 6 para 9 milhões de perfis, respectivamente, para reclamar cada vez mais a urgência de implantação de um bando de dados nacional<sup>21</sup>. É que, a esta altura, quase toda Europa já tinha legislado sobre a utilização destas técnicas como meio de prova a serviço da administração da justiça penal. Fazia-se imperativo, pois, uma regulação mais minuciosa, reclamando-se estrita submissão ao princípio da legalidade, dados os direitos fundamentais das pessoas envolvidas e que se podiam ver afetadas.

Nesse cenário surgiu a Lei 12.037, de 28 de maio de 2012, que prevê coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, cria banco de dados de perfis genéticos, inclusive obriga os condenados que estejam cumprindo pena dentro do sistema penitenciário a que junto com o exame de classificação dos apenados sejam submetidos a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor (art.9º-A).

#### **4. A Lei Brasileira n. 12654, de 28 de maio de 2012, que alterou as Leis n°s 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Base de dados de perfis genéticos de DNA e investigação criminal.**

Nos termos do art. 5º, da Lei nº 12.037/09: “A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação”. O seu art. 3º, inciso IV, menciona a possibilidade, mesmo apresentando documento de

identificação, da: “identificação criminal que 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”. Nessa linha, a Lei nº 12.654/12 acrescenta o parágrafo único ao artigo 5º já mencionado na Lei nº 12.037/09, ao dispor que “*na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético*”. E por fim, a Lei nº 12.654/12 insere o art. 5º-A, na Lei nº 12.037/09, aludindo expressamente o seguinte:

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

Desse modo, com as disposições acima, pode-se afirmar que o Brasil, como já o tinha feito anteriormente a Espanha, respeita o princípio da legalidade formal, ao estabelecer tal previsão sobre matéria de extrema importância, eis que o material genético, o DNA do indivíduo, é considerado material sensível, por ser único, tanto que o distingue de todos os demais seres humanos.

Assim, antes do advento da Lei nº 12.654/12, discutia-se a possibilidade de identificação criminal do investigado já civilmente identificado, diante do mandamento constitucional contido no artigo 5º, inciso LVIII, até o regulamento deste dispositivo constitucional pela Lei nº 12.037/09, que estabeleceu as hipóteses em que se ressalva esse comando maior. Pois bem! Agora, com a nova Lei (12.654/12), introduziu-se, em acréscimo, a admissibilidade de coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético para fins de identificação criminal, porém, apenas na hipótese em que for ela essencial às investigações policiais, assim reconhecidas em despacho da autoridade judiciária competente, quer de ofício, quer mediante representação policial, do Ministério Público ou da defesa.

Nessa hipótese, ao contrário da que será em seguida comentada e referente ao processo na fase de execução penal, não exige a lei esteja o agente incurso em prática de crime hediondo ou em tipo penal cometido com grave violência à pessoa, sequer distingue entre crime doloso ou culposos. Em outras palavras, para fins de identificação criminal quando essencial às investigações policiais, a critério do juiz, pode-se recorrer à coleta de material biológico de investigados independentemente do crime imputado, não fazendo a nova lei nenhuma espécie de restrição em relação a suspeitos quanto à modalidade de infração penal sob investigação. Inexplicavelmente, já quando da

execução penal, a lei faz essa exigência, ou seja, no que diz respeito a determinação da natureza do crime praticado pelo condenado.

Em princípio, essa aparente contradição marca uma certa incoerência do legislador, conforme a seguir se cuidará.

#### **4.1. As informações genéticas contidas nos bancos de perfis genéticos e as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.**

As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, *exceto determinação genética de gênero*, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos (art. 5º-A, § 1º, Lei nº 12.037/09), ou seja, a análise somente poderá ser efetuada sobre o DNA não codificante, porque somente se extrai perfil genético, chamado de “DNA lixo”, mas altamente polimórfico, com alta taxa de marcadores, diferente do DNA codificante que contém toda a informação genética do indivíduo. Nesse sentido idêntica disposição vem expressa no preâmbulo da LO nº 10/2007 espanhola ao mencionar:

Esta regulação contém uma salvaguarda muito especial, que resulta fundamental ao eliminar toda vulneração do direito a intimidade, posto que só poderão ser inscritos aqueles perfis de DNA que sejam reveladores, exclusivamente da identidade do sujeito – a mesma que oferece uma impressão digital – e de sexo, porém, em nenhum caso, os de natureza codificante que permitam revelar qualquer outro dado ou característica genética

Desse modo, é importante mencionar o conceito do direito à intimidade genética como “*o direito a determinar as condições de acesso à informação genética, seja em forma de dados, informação ou qualquer elemento orgânico do qual possa inferir-se esta, excluindo a ingerência de terceiros no conhecimento respectivo e proibindo-se a sua difusão*”<sup>22</sup>. O respeito aos aspectos conceituais do direito de intimidade genética, evita-se reflexos no plano da discriminação e estigmatização genética em decorrência do acesso indevido da informação contida nas análises genéticas ou banco de perfis.

#### **4.2. Perfis genéticos e sua regulação na Lei Processual Penal e na Lei de Execução Penal Brasileira (LEP – Lei nº 7.210/84)**

Segundo a Lei de Execução Penal brasileira os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (art.5º da LEP). A classificação será feita por *Comissão Técnica de Classificação* que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório (art. 6º da LEP). Ademais, o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução (art.8º da LEP), bem como poderá ser submetido ao mesmo exame o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto (art.8º, parágrafo único, da LEP). A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo poderá: I – entrevistar pessoas; II – requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado: II – realizar outras diligências e exames necessários (art. 9º, I,II,III, da LEP).

É justamente no capítulo “da classificação do condenado e do internado” que a Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012 agrega à Lei de Execução Penal (LEP), o artigo 9º-A, §§ 1º e 2º, mencionando 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 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 – A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A – 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.

De início, do acima disposto, verifica-se que os presos condenados que adentrarem dentro do sistema penitenciário, ao passarem pela *Comissão Técnica de Classificação* a fim de respeitar o princípio da individualização da pena, serão *obrigatoriamente* submetidos à extração de DNA, a fim de identificar o seu perfil

genético, o qual será armazenado em um banco de dados sigiloso, que certamente comporá a *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)*, sob controle e coordenação do Ministério da Justiça. É evidente que o legislador retirou a faculdade do condenado consentir na tomada de sua mostra biológica para fins de extração de DNA. Até porque sem passar o condenado pela Comissão de Classificação não terá um programa individualizado de cumprimento da pena privativa de liberdade, e via de regra, qualquer benefício penitenciário, como progressão de pena, liberdade condicional, permissão para saída, entre outros.

De outro norte, os condenados para terem seu perfil genético cadastrado no banco de dados devem ter praticado crime doloso, excluída está deste rol a modalidade culposa. Os crimes de natureza grave contra pessoa ou qualquer dos delitos hediondos: (homicídio (art.121, CP), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente e homicídio qualificado (art.121, § 2º, incisos I, II, III, IV e V); latrocínio (art.157, § 3º, *in fine*, CP); extorsão qualificada pela morte (art.158, § 2º, CP); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art.159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º, CP); estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); estupro de vulnerável (art.217-A, caput, e §§ 1º, 2º, 3º, e 4º, CP); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art.273, caput e o 1º, § 1º -A e § 1º -B, CP); crime de genocídio (arts.1º, 2º, 3º da Lei nº 2.889/56). Embora omissa, parece intuitiva a inclusão, no rol, os delitos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, dos crimes assemelhados aos hediondos, como da tradição hermenêutica brasileira.

Como já aludido, infelizmente, na escolha dos delitos para cadastramento dos perfis genético dos condenados acima mencionados, o legislador pecou por uma flagrante discriminação ou preferência desses delitos em relação a outros tantos. Deveria ter sido feito pelo legislador infraconstitucional o contrário, nos delitos supra referidos, poderia haver o cadastramento genético somente para os suspeitos e indiciados dos delitos. E, para os condenados, que seriam submetidos ao juízo de classificação para melhor execução da pena, deveria ter sido previsto um cadastramento geral, pois abarcaria todos os condenados em regime fechado e semiaberto. Como justificar um suspeito por crime econômico ser cadastrado no banco de dados de perfis genéticos e na hipótese de ser condenado não poder ter o seu cadastramento genético porque não está dentre os delitos eleitos pelo legislador, em respeito ao princípio da

legalidade, devendo imediatamente ter o seu cadastramento excluído do banco de dados de perfis genético.

Por outro lado, a Lei nº 12.654/12 não prevê a possibilidade do cancelamento do cadastro ou a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados, pois a única possibilidade prevista em lei é para o término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito (art.7º -A, da Lei nº 12.037/09). Bem ao reverso da lei espanhola, que contempla o cancelamento em várias hipóteses, inclusive com a previsão de recurso a instâncias superiores, caso negado injustificadamente.

### **4.3. Consentimento do submetido à extração do DNA**

Como já mencionado em relação ao processo de execução penal, a exemplo da lei espanhola, pela redação normativa brasileira, pode-se concluir pela dispensa do consentimento do agente para coleta do material biológico e sua inscrição no banco de dados genéticos. É que, em nenhum dispositivo da nova lei se pode extrair tal exigência (consentimento expresso).

Isso não desobriga as autoridades a tomarem toda cautela para não violar reservas constitucionais do imputado, que deve ser informado de todos os seus direitos, preservando-se suas prerrogativas constitucionais.

Tanto isso se pode inferir da lei que, no processo de identificação criminal para fins de investigações policiais, requer-se a chancela judicial para a coleta de material biológico do suspeito, pois somente se pode utilizar desse meio de prova (perfil genético) nos casos autorizados pela autoridade judiciária, conforme se extrai do assim disposto:

Lei nº 12.654/2012:

“Art. 1º - O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º .....

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

Lei nº 12.037/2009:

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

.....

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

Portanto, diferentemente da lei *espanhola* que regula expressamente a desnecessidade de consentimento do suspeito ou investigado para a coleta de material biológico seu, a lei brasileira nada dispõe a respeito, mas possui redação da qual se extrai essa mesma dispensa. Não pode se eximir, assim, o agente desse dever, a pretexto de não produzir prova contra si, pois se cuida aqui de mero processo de identificação, não estando compreendido, desse modo, no direito de não consentir.

#### **4.4. Do sigilo e da segurança dos dados genéticos**

De relevante importância dada pelo legislador brasileiro foi a referente ao sigilo do banco de dados dos perfis genéticos: Art.7º -B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo

Como já mencionado, esta rede de laboratórios e banco de dados, batizada de *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG)*, deve estar coberta pelo sigilo. Com efeito, aduz o aludido diploma normativo que os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos na Lei nº 12.654/12 ou em decisão judicial (art.5º-A, § 2º, Lei nº 12.037/09). Agrega ainda que as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado (art. 5º-A, § 3º, Lei nº 12.037/09).

A dificuldade, no regime das liberdades públicas e dos direitos fundamentais, que está na base do Estado Democrático de Direito a que o Brasil se perfila, com clara opção pelos direitos humanos, conduz a inexorável exigência de uma minuciosa regulação normativa que evite colisão com direitos fundamentais de superior dimensão.

Inegável, contudo e de outro lado, que se trata de instrumental indispensável que não pode deixar de estar a serviço da administração da justiça penal, com vistas a seguridade jurídica, posto consubstanciar-se, pelo grau de seguridade e confiabilidade, em material informativo de indiscutível valor probatório.

Como já se afirmou:

Aos perfis de DNA se outorga uma especial eficácia probatória nos diversos ordenamentos jurídicos. Os argumentos poderiam ser resumidos nos seguintes; a) objetividade, imparcialidade e independência dos organismos oficiais; b) com relação a falta de ratificação em juízo, assinala-se a dificuldade de reproduzir a operação, devido a: i) os altos níveis de especialidade dos Organismos competentes e de seu pessoal; y, ii) aos altos custos da operação. No entanto, deixa a possibilidade de prejudicados de impugnar a imparcialidade e objetividade do laudo<sup>23</sup>.

Desta forma, “as análises de DNA deixaram de ser uma mera testemunha “a posteriori” de fatos criminais para converter-se potencialmente em uma ferramenta preventiva da criminalidade”.<sup>24</sup>

#### **4.5.Propostas de *lege ferenda* ao modelo brasileiro**

Em uma rápida leitura da nova lei, pode-se detectar algumas lacunas e certas incoerências a recomendarem modificações ou inclusões para aperfeiçoamento e complemento legislativo.

Assim, já num primeiro momento, sugere-se a inadiável criação de uma agência reguladora de todos os laboratórios e congêneres destinados à identificação genética, de modo a centralizar o registro dos bancos de dados de perfis genéticos para utilização como prova de natureza criminal em um organismo ainda que governamental, mas sujeito tanto a rigoroso controle interno, como a submissão imediata a alguma forma de supervisão, fiscalização ou inspeção judicial, ou seja, que não fique somente na responsabilidade do Ministério da Justiça.

De todo impositiva a *criação de tipo penal* que coíba as distorções na utilização de dados genéticos, em especial porque as mostras biológicas geram perfis genéticos - ADN não codificante – e também ADN codificante - que constitui toda a informação genética do indivíduo e de sua família -, revelando, assim, pela exposição de tais marcadores individuais, grave violação ao princípio da intimidade genética, cuja tutela se funda em sua aspecto axiológico na dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de especial cuidado nesse trato (coletores e guarda de mostras biológicas).

Segue com a proposta de *lege ferenda* para o tipo penal respectivo, no capítulo do Código Penal referente aos Crimes contra a Inviolabilidade dos Segredos:

Art. 153-A . Utilizar ou divulgar, indevidamente, conteúdo sigiloso de banco de dados de perfis genéticos

Pena – reclusão de 1(um) a 4(quatro) anos, e multa

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações contidas no banco de dados de perfis genéticos.

§2º Se a ação ou omissão resulta dano ao banco de dados ou suas mostras biológicas:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

Nota-se, ainda, a ausência de previsão do uso e cessão dos dados contidos nas bases dos perfis genéticos para outros agentes públicos além dos previstos no § 2º, do art. 9º-A, da Lei nº 12.654/2012, tais como membros do Ministério Público, integrantes de Comissões Parlamentares de Inquéritos, Centros de Inteligência Nacionais e Internacionais, autoridades judiciais, fiscais ou policiais de outros países que tenham tratados ou convênios firmados com o Brasil objetivando o combate à criminalidade internacional.

Seria de todo conveniente e interessante o tratamento normativo regulatório prevendo cancelamento nos registros dos bancos de dados ou de cadastros de perfis genéticos para outras hipóteses além da prescrição do crime, lembrando-se, neste aspecto, por exemplo, o instituto da reabilitação, sem contar com a própria absolvição ou falecimento do identificado cadastrado.

## **5. Conclusões**

No recortado estudo do direito comparado que se fez nesta pesquisa, a respeito do tema – que apresenta peculiar especificidade – se permite ponderar a propósito conclusiva:

1. Os avanços na área da engenharia genética não podem ser desconsiderados para fins de prova penal.
2. O uso de mostras biológicas na identificação de pessoas por perfis de DNA passa a ser instrumento na administração da Justiça Penal.
3. Isso deve se dar por meio da instituição e regulação de banco de dados desses identificadores, com a possibilidade de intercâmbio de informação para uso forense.

4. Tal não pode importar no sacrifício ou violação dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais das pessoas afetadas, referentes à reserva da intimidade genética.

5. Os modelos normativos espanhol (LO nº 10/07) e brasileiro (Lei nº 12.654/12), este último mais recente, são bons exemplos da regulação ordenada destes avanços, embora ainda reclamem aperfeiçoamento de “*lege ferenda*”

6. Trata-se de tema dos mais atuais por seu positivo impacto ao se orientar pelo emprego das mais modernas e precisas técnicas da engenharia genética na luta contra a criminalidade crescente, na linha da proporcionalidade de respeito, dentro da dimensão axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 4. Referências.

AGUIAR, S.M. et al. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GENÉTICA FORENSE, 3., 2011, Porto Alegre. Disponível em [http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf\\_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf](http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf). Acesso: 9 maio 2011.

DONOSO ABARCA, Lorena. Bases de datos de ADN para investigación criminal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir). *Enciclopedia de Biodireito y Bioética*. Granada: Comares, 2011, t.1.

GARCÍA FERNANDEZ, Óscar. Bases de datos de adn para investigación criminal (técnico).En: ROMEO CASABONA, Carlos María (Director). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, TOMO I – a-h, Granada: Comares, 2011.

GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita; Bases de datos de ADN con fines de investigación penal. Especial referencia al Derecho comparado, en Nuevas Técnicas de Investigación del Delito: Intervenciones Corporales y ADN. *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2004,

NEYRA KAPPER, Susana Álvarez. *La prueba de adn en el proceso penal*, Granada: Comares, 2008.

ROMEO CASABONA; ROMEO MALANDA. Los Identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal. Cizur Menor: Aranzadi; Thomson Reuters, 2010. \_\_\_\_\_. (Dir). *Enciclopedia de Biodireito y Bioética*. Granada: Comares, 2011, t.1.

SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio; NAVARRO MICHEL, Mónica. *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Icaria: Barcelona, 2003.

SOLETO MUÑOZ, Helena. *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009.

<sup>1</sup> Em relação às fichas e bases de dados, cabe assinalar que a adoção dessas medidas jurídicas, assim como a criação de bases de dados que permitam intercambiar a informação entre os Estados membros, têm sido reiteradamente exposta desde as instituições comunitárias através do procedimento de Resoluções do Conselho relativas ao intercâmbio de resultados de análises de DNA, de 9 de junho de 1997 e 25 de julho de 2001, respectivamente.

<sup>2</sup> GARCÍA FERNANDEZ, Óscar. Bases de datos de adn para investigación criminal (técnico).En: ROMEO CASABONA, Carlos María (Director). Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, TOMO I – a-h, Granada: Comares, 2011, p.115.

<sup>3</sup> NEYRA KAPPER, Susana Álvarez. *La prueba de adn en el proceso penal*, Granada: Comares, 2008, p.8-9.

<sup>4</sup> GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita; Bases de datos de ADN con fines de investigación penal. Especial referencia al Derecho comparado, en *Nuevas Técnicas de Investigación del Delito: Intervenciones Corporales y ADN*. *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia,2004, p.2011. Apud.:SOLETO MUÑOZ, Helena. *La identificación del imputado: Rueda, fotos, ADN... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009. pp. 143/144.

<sup>5</sup> ROMEO CASABONA; ROMEO MALANDA. Los Identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal. Cizur Menor: Aranzadi; Thomson Reuters, 2010, pp. 182/183.

<sup>6</sup>ROMEO CASABONA; ROMEO MALANDA. Los Identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal. Cizur Menor: Aranzadi; Thomson Reuters, 2010, p. 184.

<sup>7</sup> “*Disposição adicional terceira: ‘Obtenção de mostras biológicas. Para a investigação dos delitos enumerados na letra a) do parágrafo 1 do artigo 3º, a polícia judiciária procederá à tomada de mostras e fluídos do suspeito, detido ou imputado, assim como do lugar do delito. A tomada de mostras que requeriram inspeções, reconhecimentos ou intervenções corporais, sem consentimento do afetado, requererá em todo caso autorização judicial mediante auto motivado, de acordo com o estabelecido na Lei de Processo Criminal’*”.

<sup>8</sup> Art. 5.1 *in fine*: “*Corresponderá a la autoría judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios*”.

<sup>9</sup> “Artigo 4º. Tipos de dados. Somente poderão inscrever-se na base de dados policial regulada nesta Lei os identificadores obtidos a partir de DNA, no curso de uma investigação criminal, que proporcionem, exclusivamente, informação genética reveladora da identidade da pessoa e de seu sexo”.

<sup>10</sup> KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Comares. 2008. pp. 72/73.

<sup>11</sup> KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Comares. 2008. pp. 75/76.

<sup>12</sup> KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada: Comares. 2008. pp. 79.

<sup>13</sup> Art. 3.1, a) LO 10/2007.

<sup>14</sup> Disposición Transitória Única da LO 10/2007. Laboratórios no acreditados.

<sup>15</sup> Catalunha e País Basco

<sup>16</sup> Art.157 do CPP: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação das normas constitucionais ou legais. § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ URRUTIA, Ana; SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio; NAVARRO MICHEL, Mónica. *Tecnología, intimidad y sociedad democrática*. Icaria: Barcelona, 2003. p.99.

<sup>18</sup> “Através do sistema CODIS, criado durante a 4ª Conferência Internacional sobre Usuários de Análises de DNA para Investigadores (celebrada na Secretaria Geral da INTERPOL em Lyon, novembro de 2005), o FBI articulou um mecanismo de conversão dentro de seu *software* para o sistema combinado de DNA entre os organismos policiais internacionais. Portanto, este sistema utilizado pelo FBI permite comunicar-se com o arquivo federal de informação genética, além de intercambiar e comparar perfis genéticos de maneira informatizada, e que enlaça com a NDIS (a base de dados que vincula os laboratórios forenses do país, e que atua como a cabeça do CODIS), armazenando em um *software* uns 250.000 perfis, e que permite rastrear de forma automatizada a coincidência (*matches*) entre os perfis de DNA incluídos no

---

programa. Para realizar estes programas, o sistema de CODIS estabeleceu três tipos de índices: o dos delinquentes, presos, réus, acusados de haver cometido delitos sexuais ou outros crimes violentos (*convicted offenders index*, o índice de presos) – o índice em que se encontram os estudos de DNA realizados a partir de mostras biológicas obtidas das vítimas ou na cena do crime (*forensic index*, o índice forense) – um arquivo de dados com perfis de DNA anônimos, a fins estatísticos” (NEYRA KAPPER, Susana Álvarez. *La prueba de ADN en el proceso penal*, Granada: Comares, 2008, p.9-11).

<sup>19</sup> AGUIAR, S.M. et al. Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GENÉTICA FORENSE, 3., 2011, Porto Alegre. Disponível em:[http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf\\_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf](http://web2.sbg.org.br/congresso/CongressosAnteriores/Pdf_resumos/IIICBGF/CBGF033.pdf). Acesso: 9 maio 2011.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> “A final do ano de 2008 e segundo dados da ENFSI (European Network of Forensic Sciences Institutes) se dispõem nas bases de dados europeias de uns 5,87 milhões de perfis de DNA indubitáveis e uns 0,66 milhões de perfis anônimos de evidencias localizadas nos diversos cenários do delito. Os países com maior número de perfis genéticos indubitáveis em suas bases eram Reino Unido (4,23 milhões), Alemanha (0,52 milhões) e França (0,51 milhões). España figuraba con 21000 y 24000 perfiles (indubitados y anónimo, respectivamente). Esta baja cantidad es debida a que todavía no está totalmente operativa la base de datos de ADN regulada por la Ley Orgánica 10/2007”. GARCÍA FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 116.

<sup>22</sup> DONOSO ABARCA, Lorena. Bases de datos de ADN para investigación criminal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir). *Enciclopedia de Biodireito y Bioética*. Granada: Comares, 2011, t.1, p.120.

<sup>23</sup> DONOSO ABARCA, *op. cit.*, p. 119.

<sup>24</sup> GARCÍA FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 115.