BANCO DE DADOS DE *DNA* E PROVA NO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL. PERFIL GENÉTICO DO CRIMINOSO E O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO.

DNA'S DATABASE AND EVIDENCE IN THE ADMINISTRATIVE SYSTEM OF CRIMINAL JUSTICE. GENETIC PROFILE OF THE DEFENDANT AND THE PROBLEM OF DISCRIMINATION.

Autores: DENISE HAMMERSCHMIDT
GILBERTO GIACOIA

Resumo: Refere-se o estudo a tópico da prova criminal. Concentra-se a pesquisa na possibilidade de utilização de banco de dados de *DNA* na administração da justiça penal e de como o uso do perfil genético do criminoso, nessa perspectiva, pode comprometer cláusulas constitucionais dado seu espectro *discrimen*, daí a necessária ponderação de interesses no conflito ou colisão de direitos de natureza fundamental, que aqui se faz para alguns encaminhamentos conclusivos, na linha das dimensões conceituais compreendidas e que no texto são tratadas. Passa-se pela análise dos direitos de natureza processual envolvidos, como a reserva legal, a motivação e a proporcionalidade, e que representam garantes no trato hermenêutico das bases substantivas das prerrogativas em questão, de afetação constitucional pétrea, como por excelência são a integridade física e moral, a saúde, a liberdade pessoal, a dignidade pessoal, a intimidade e, nesta última, o recorte mais específico da intimidade genética, objeto propriamente da investigação.

Abstract: The study refers to the subject of criminal evidence. The research focuses on the possibility to use DNA database in the administration of criminal justice and how the use of the genetic profile of the defendant, in this perspective, can compromise constitutional clauses given its "*discrimen*" spectrum. Therefore, a balance of interests must be adopted, in order to analyze the existence of a conflict or collision of fundamental rights, which is made here for some conclusive assertives, in line with the conceptual dimensions that are included and addressed in the text. Passes by the analysis of the procedural rights involved, as the legal reserve, motivation and proportionality, that assure the hermeneutical tract of the substantive bases of the prerogatives in question, of the constitutional affectation, such as the physical and moral integrity, health, freedom, personal dignity, privacy, and the latter, in the more specific aspect of genetic privacy, proper object of this research.

Palavras-Chaves: Banco de dados de *DNA.* Perfil genético. Criminoso. Discriminação. Prova criminal. Princípios constitucionais.

Key-Words: DNA database. Genetic profile. Defendant. Discrimination. Criminal evidence. Constitutional principles.

Introdução

A informação genética pode ser recolhida, classificada, armazenada e recuperada a partir de três tipos de provas pré-sintomáticas básicas (testes genéticos)[1]: a) as análises forenses ou periciais do DNA (*DNA analysis*); b) provas do seguimento genético (*genetic monitoring* – com suas variantes citogenética e não-citogenética, segundo se destinem a observar danos ocorridos na estrutura do cromossomo ou na estrutura molecular do DNA contida nos cromossomos*)*; c) provas de controle genético (*genetic screening*). Ressalve-se que o objetivo da primeira se radica em encontrar e determinar uma coincidência entre duas ou mais mostras de DNA, sem pretender efetuar diagnóstico algum sobre o submetido à prova, nem revelar, portanto, informação de nenhum tipo a partir da qual se possa identificar a constituição genética da pessoa[2].

Por outro lado, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco estabelece em seu artigo 5º que os dados genéticos humanos e os dados protêomicos humanos somente podem ser tratados, utilizados e conservados para os seguintes fins: a) diagnóstico e assistência sanitária (inclusive provas de análise e preditiva)[3]; b) investigação médica e outras formas de investigação científica, compreendidos os estudos epidemiológicos, em especial os de genética da população, assim como os estudos de caráter antropológico ou arqueológico[4]; c) medicina forense e procedimentos civis ou penais ou outras atuações legais; d) e qualquer outro fim compatível com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Assim, a regra geral é a impossibilidade do acesso ou tratamento dos dados genéticos sem autorização ou consentimento do titular; no entanto, o princípio da finalidade permite admitir algumas exceções, relacionadas com finalidades determinadas,

---

[1] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *Pruebas genéticas en el derecho del trabajo.* Madrid: Civitas, 1999. p.62-85; JORQUI AZOFRA, Maria. Consideraciones éticas y jurídicas sobre la práctica de los test genéticos. Especial consideración al contexto laboral. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; MARTÍNEZ MORÁN, Narciso. (Coord.). *Biotecnología, derecho y dignidad humana.* Granada: Comares, 2003. p.338-341.

[2] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, op.cit., p. 62.

[3] Na França, o estudo das características genéticas de uma pessoa não pode ser empreendido senão com fins médicos ou de pesquisas científicas, da mesma forma a identificação de uma pessoa por suas marcas genéticas não pode ser buscado senão no quadro de um procedimento judiciário ou com fins médicos, e no interesse dos pacientes, ou de pesquisa científica (art.16-11 do código civil) (MATHIEU, op.cit., p.84.).

[4] Interessante mencionar os casos surgidos na China durante o ano 2002 da denominada neumonia atípica. Desse modo, nessa hipótese "as pessoas afetadas pela citada enfermidade que podem contagiar as demais, não se pode aceitar a invocação de seu direito de não saber pelo grave dano que desconhecimento de seu padecimento poderia originar a outras pessoas (SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, op.cit., p.130).

explícitas e legítimas, entre as quais a finalidade de assistência à saúde, sempre que se respeite o princípio da proporcionalidade[5]. Contudo, a condição excepcional exige uma interpretação restritiva, tanto nos aspectos subjetivos como nos objetivos[6].

Sob outro ângulo, a obtenção do DNA nos vestígios biológicos que podem encontrar-se no lugar do crime para a investigação criminal joga um papel cada vez mais relevante. Dessa maneira, observa-se que em algumas ocasiões, o contraste do perfil do DNA das mostras encontradas com o DNA do suspeito dos fatos se torna a prova essencial ou imprescindível para averiguar a verdade material dos fatos[7].

O artigo 12 do Convênio de Direitos Humanos e Biomedicina não se refere às análises sobre os perfis do *DNA não codificante* (provas genéticas forenses), dado que essas análises não comportam nenhuma finalidade relacionada com a saúde, tampouco têm alguma relação médico-paciente[8]. Tais análises podem ver-se submetidas ao disposto no art.26.1 do CDHB:

> O exercício dos direitos e das disposições de proteção contidas no presente Convênio não poderão ser objeto de outras restrições que as previstas por lei, constituam medidas necessárias, em uma sociedade democrática, para a seguridade pública, a prevenção das *infrações penais*, a proteção da saúde pública ou a proteção dos direitos e liberdades das demais pessoas.

1. A atividade probatória.

O Estado, enquanto organização social incumbida de garantir a convivência humana pacífica, sofre com a prática de crimes. Mas, há por outro lado, no mais das vezes, o prejudicado direto pela infração penal. Não se despreza a circunstância de que *"a vítima pertence também ao círculo de pessoas que a prevenção geral considera como seu próprio campo de ação. Pois também nele, e especialmente nele, o não castigar o delito e a não satisfação de sua necessidade de proteção jurídica a tanto unida, desataria o sentimento de rebelião, um sentimento que, em última instância, não supõe outra coisa que a excitação (ativação) de impulsos criminais; quer dizer,*

[5] SEOANE RODRÍGUEZ (Parte II), op.cit., p.173.
[6] Ibidem.
[7] SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, op.cit., p.119.
[8] Ibidem, p.177.

de movimentos contra o ordenamento jurídico existente, que a pena tem por missão impedir"[9].

James Goldschimidt assinala a inexistência de base para um contraste entre as regras da legalidade e da oportunidade, as quais já eram encontradas no direito romano e no direito germânico, enquanto o Estado não tinha a incumbência do *jus puniendi*[10].

A partir daí, no entanto, a tensão entre o interesse social e o individual, frequentemente com a preponderância daquele, vai determinar como decorrência a regra obrigatória da legalidade, que passou a ser adotada gradualmente para se converter em preceito comum a todos os Estados modernos.

"Parece racional que, se o direito de castigar corresponde a um sentimento de justiça, o princípio da legalidade é o adequado. Enquanto que, se entendido o direito de castigar como razão de utilidade social, a regra da oportunidade é a conveniente, por condicionar a aplicação da retribuição jurídica pela infração cometida a uma valoração de conveniência pública"[11].

Essa tendência reflete-se diretamente nos instrumentos de efetivação do direito e na aspiração consequente de apuração dos fatos que os viabilizam.

Remonta às primeira preocupações filosóficas o trato da complexa questão relacionada aos *juízos* e se a verdade se predica deles, ou seja, se é uma sua propriedade, como se afirma desde Aristóteles. De fato, tanto na prática comum como na investigação se fala da verdade de um juízo somente se este estiver de acordo com a realidade, do contrário se fala em seu afastamento da verdade, vale dizer, na falsidade de um juízo, o que leva à relação entre ciência e arte. Para a primeira, como expressão subjetiva, não importa a fidelidade com o real. Toda a atividade intelectual da segunda, porém, persegue a exatidão. Daí a relação entre verdade e prova.

Esta introdução tópica pertine ao tema que se está aqui a desenvolver.

Embora provar os fatos, ou seja, formar juízos verdadeiros sobre eles, seja um objetivo ótimo do processo na administração da justiça, isto é, obter um convencimento conforme a verdade, nem sempre isso pode se alcançar sem afetação de direitos e, aqui, justamente reside sua limitação dentro da atividade processual,

---

[9] MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*, trad. José Arturo Rodrigues Muñoz, Madrid, 1949, t. 2, p. 415.

[10] GOLDSCHIMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal.* Buenos Aires, EJEA, p. 121-2.

[11] XAVIER DE AQUINO, José Carlos G. e NALINI, José Renato. *Manual de processo penal.* Saraiva. 1977. p. 72.

cujo fim (aplicar justiça pelos caminhos do direito), nem sempre coincide com o fim da prova em si mesmo.

Essa importante questão está diretamente ligada às dificuldades de utilização das informações genéticas no âmbito da administração da justiça penal.

É que a busca da verdade no processo penal não pode ser uma atividade ilimitada, já que a verdade processual não é um valor absoluto e isso se evidencia quando entra em conflito com os direitos fundamentais. A tendência dos sistemas processuais é, pois, limitar a atividade probatória, utilizando-se como parâmetro a vedação de sacrifício aos direitos fundamentais. A partir dele, inclina-se a ordem jurídica a reputar ilícitas as provas então obtidas. A baliza, em regra, consta de matriz constitucional, num espectro mais abrangente, ou seja, no plano principiológico, que é regulado pela cobertura normativa infraconstitucional.

Isso remete ao interesse deste estudo em estabelecer um viés comparativo entre os modelos espanhol e brasileiro no que diz respeito à possibilidade de incorporação das informações genéticas no sistema de administração da justiça penal.

E tal possibilidade passa necessariamente pela avaliação de sua potencial afetação na esfera dos direitos fundamentais vinculada, portanto, aos princípios limitadores consequentes.

2. Colisão de direitos.

As variadas formas de obtenção de material genético de uma pessoa para fins de realização de seu perfil de DNA podem ensejar – e no mais das vezes ensejam – choques com direitos fundamentais dessa mesma pessoa e que reclamam procedimentos jurídicos para sua solução.

Aqui o delicado problema que se poderá projetar no plano, inclusive, discriminatório.

Romeo CASABONA e Romeo MALANDA desde logo assim se pronunciam:

"Tales colisiones deberán resolverse por médio de los procedimientos jurídicos adecuados, algunos de ellos bien conocidos em el ámbito del Derecho, decidiendo cuál será el derecho o interés que podrá quedar postergado, sin perjuicio de que la solución que se adopte no podrá afectar al núcleo del contenido esencial de un derecho fundamental"[12].

[12] CASABONA, Carlos Maria Romeo e MALANDA, Sergio Romeo. *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal.* Pamplona: Thompson Reuters. 2010. p. 50.

E, de fato, essas intervenções corporais poderão resultar em afetações ao direito à liberdade como à intimidade física. O que deve, então, prevalecer? O interesse coletivo a uma mais precisa investigação criminal na *persecutio criminis*, por exemplo, mesmo com o sacrifício do direito fundamental à liberdade da pessoa, de modo a submetê-la, contra sua vontade, a constrangimentos?

Assim, a obtenção de mostras biológicas (sangue, cabelo, saliva, etc.) de um suspeito ou investigado pode, efetivamente, provocar dúvidas sobre uma possível afetação de seus direitos fundamentais. Como resolver o conflito?

O problema é ainda mais delicado no campo da intimidade genética que parece ter um conteúdo mais amplo que o da intimidade corporal. A respeito, ainda Romeo CASABONA assinala, no sistema constitucional espanhol:

"El derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E. tiene um contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. El derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) implica 'la existência de um âmbito próprio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana', y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo. Cierto tipo de diligencias a actos de prueba, como las intervenciones corporales, pueden conllevar asimismo, no ya por el hecho en si de la intervención (que, como hemos visto, lo que determina es la afectación del derecho a la integaridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el âmbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal"[13].

Daí porque, se os perfis de DNA são, de fato, dados de caráter pessoal, como ficou indicado no desenvolvimento da primeira parte deste trabalho, sua utilização na administração da justiça penal deve ser objeto de criteriosa previsão legal, somente se admitindo tal tratamento normativo, no contexto de compatibilidade constitucional, sob rigorosas finalidades adequadas que a legitimem com precisão.

Claro, a possível afetação do direito à intimidade pessoal e à consequente proteção dos dados de caráter pessoal deve servir como baliza ou parâmetro regulador do interesse público. Em outras palavras, reconhece-se a limitação excepcional também deste direito fundamental, vale dizer, a possibilidade de sua restrição *"en cierta medida cuando entra en colisión com otros intereses igualmente merecedores de*

[13] CASABONA, Romeo e MALANDA, Romeo, *obra citada*, pp. 60/61.

protección, como sucede con el interes público de la adecuada persecución de delitos de especial gravedad"[14].

É de se ressaltar cuidar-se de princípio nuclear da atividade probatória nos sistemas de processo penal dos Estados Democráticos modernos, derivado do primado da liberdade, como direito natural da pessoa humana, o direito de não querer produzir prova contra si mesmo. Disso decorre a previsão nas legislações com esse mesmo perfil ideológico, de não se autoincriminar, que se reflete, dentre outros, no direito de silêncio. É certo tenderem as legislações a admitir o uso de materiais obtidos de acusados independentemente de sua vontade, portanto, mesmo colhidos por meios coercitivos, desde que mediante ordem judicial, por se reputar possuírem eles existência independente do assentimento de seu titular.

Com essas novas tecnologias e instrumentais de averiguação do fato criminoso e do delinquente, os procedimentos investigatórios podem colocar o imputado como objeto dessas técnicas, expondo-o a vulnerações de direitos fundamentais.

Ora, de há muito se tem, hoje, no regime das liberdades públicas, a superação do sistema do processo penal inquisitório, em que o imputado não passava de mero objeto de investigação. Como bem pondera Lledo Yagüe:

"No olvidemos que uno de los logros del moderno processo penal es el de concebir al imputado, no como objeto, sino como sujeto del proceso penal. La utilización del genoma humano como fuente de investigación sin fisuras ni limites ontológicos es un lesivo e incalificable atentado contra la dignidad humana y no puede quedar legitimada su experimentación en aras a um loable interés de la cienica (...) porque nos hallamos ante um sujeto humano, no un objeto"[15].

Assim, quando se trata do uso forense da prova a partir de mostras biológicas, é preciso partir da consideração do caráter limitado de alguns direitos fundamentais, quando em choque com o interesse público, com a consciência de que, para que se possa restringi-los validamente, se exigirá o cumprimento de concretas e importantes garantias, como a necessidade d previsão legislativa, a jurisdicionalidade da prova, a gravidade dos delitos investigados ou a periculosidade do agente envolvido, enfim, garantias que se podem compreender melhor com o critério da proporcionalidade, de que adiante se cuidará.

---

[14] CASABONA, Romeo e MALANDA, Romeo *idem ibidem*, p. 65.

[15] LLEDO YAGÜE, F. *La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas*, En la obra colectiva "*El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano".* Vol. IV. Duesto: Fundación B BVA. 1994. p.49.

Sem embargo, dessa forma, das implicações no campo dos direitos fundamentais, não podem os operadores jurídicos prescindir de tais avanços da ciência, nem tampouco freá-los, antes a missão do jurista não é a de parar o inevitável progresso, senão o de regular a maneira e a forma de aproveitamento de seus resultados em benefício de todos, em última análise, do gênero humano.

Pode-se dizer, portanto, que *"los derechos fundamentales reconocidos en la mayoría de las Constituciones de los Estados democráticos, actúan como limite para la ciência, y son éstos los que deben servir de pauta para el legislador a la hora de decidir qué conductas científicas deben ser permitidas y cuáles no, afrontando de una forma adecuada el reto que plantea para la sociedad actual la biotecnologia al ser humano"*[16].

3. Afetação de direitos fundamentais de natureza substantiva

Como visto, é inquestionável que a sociedade não pode renunciar à utilização dessas novas técnicas que, dada sua precisão, são de grande utilidade na investigação criminal, ainda que com respeito aos direitos fundamentais envolvidos. Daí, desde logo se tornar interessante um breve reporte a esses direitos mais diretamente afetados e que são constitucionalmente protegidos. Seguindo a sistematização proposta pela professora Susana Alvarez de Neyra Kappler[17], pode-se elencar, como direito fundamental mais intimamente afetado na utilização dessas técnicas como atividade probatória, os seguintes:

a. Integridade física e moral.

O que se tem, aqui, é a necessidade de preservação da integridade física e moral, vale dizer, a integridade pessoal no sentido da incolumidade pessoal, que compreende os direitos à saúde física e mental e ao bem estar corporal. O âmbito de proteção desse direito relaciona-se com a inviolabilidade pessoal, não só contra ataques dirigidos a lesionar o corpo ou espírito, como também contra toda classe de intervenção nesses bens que careça do consentimento do titular.

---

[16] SUÁREZ ESPINHO, Maria Lídia. *El derecho a la intimidad genética.* Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 32..

[17] KAPPLER, Susana Álvares de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal.* Granada: Comares. 2008. pp. 100/125.

Inegável que as práticas de investigação genética podem atentar contra esse direito, porém, impõe-se que o faça para a produção de prova prevista em lei da maneira menos intensa possível, ou seja, com a menor possível ingerência corporal, mesmo assim quando isso for imprescindível. Em outras palavras, que se constitua em uma intervenção corporal de caráter leve em comparação com o direito protegido. Como bem posto, em resumo, pela autora citada:

"...con relación a la extracción de muestras para el análisis del ADN, debemos reconocer que la afetación a este derecho es inexistente o mínima como para que pueda sobrepasar, según criterios de proporcionalidad, los límites tolerables..."[18].

b. Saúde.

Como referido pela mesma autora, segundo a jurisprudência superior em Espanha, extraída das decisões do Tribunal Constitucional, a obtenção de mostras biológicas para realização de provas de DNA tem sido classificada como intervenção corporal leve ou até mesmo levíssima, não apresentando relevante afetação ao bem estar do indivíduo, nem tampouco à sua saúde.

Com efeito, a coleta de tais materiais, a partir, por exemplo de uma simples mostra de saliva, não representará lesão alguma para a saúdo do indivíduo. Assim, o hipotético perigo à saúde requer demonstração concreta, ou seja, da relação entre as medidas a se adotar para a colheita da prova e o que elas podem significar em consequência nociva à saúde que deve ser evitado.

c. Liberdade pessoal.

Também, aqui, tem-se a eventual vulneração deste direito, ao menos durante a realização da prova consistente na extração de amostras e no traslado da pessoa que deva se submeter a análise a local apropriado. E a afetação coloca-se em estreita relação com a problemática da coercitibilidade da prova e da obrigatória submissão à sua prática pelo imputado. Daí porque a prática desta diligência pode representar uma ingerência no direito à liberdade física ou de movimentos.

Por igual, pode-se reputar tal direito não absoluto, já que no processo penal a privação da liberdade se acha suficientemente regulada, não podendo ultrapassar os

[18] KAPPLER, Susana Álvares de Neyra, op.cit. p. 104.

limites legais estabelecidos, por exemplo, com relação à duração de medidas cautelares pessoais que incidam sobre esse direito.

De novo, tem-se não representar obstáculo algum *"de que el legislador arbitre determinadas limitaciones de la libertad, siempre que se respete el principio de proporcionalidad, y que la diligencia cumpla con los requisitos y garantias establecidos"*[19].

d. Intimidade.

Não há dúvida encontrar-se neste segmento da dimensão dos direitos fundamentais, a mais clara tensão com o interesse geral, pois todo contato físico supõe inevitavelmente a transposição dos limites da personalidade humana.

Claro, mesmo a despeito de se discutir o âmbito de tutela da intimidade corporal, se limitada a zonas íntimas do corpo segundo um critério cultural generalizado, ou a outros âmbitos que podem possuir um conteúdo meramente formal, o certo é que se trata de um direito também não ilimitado.

Como bem conclui ainda nossa autora referencial:

"Pues como ocurre con otros derechos fundamentales, tampoco el derecho a la intimidad personal es ilimitado (es importante tener clara la idea de que determinados derechos, por el hecho de ser considerados fundamentales, no se convierten por ello en sacrosantos e intocables, sino, que por el contrario, pueden ser limitados y su virtualidad restringida) y puede el juez instructor acordar la investigación del perfil genético del imputado. De esta manera, el derecho a la intimidad personal puede llegar a verse mitigado en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigências públicas, por ser un derecho limitable, aunque tenemos que partir de la idea, ya apuntada, de que la información genética de cada individuo pertenece al reducto humano de intimidad, reservada frente a injerencias extrañas[20].

e. Dignidade pessoal.

A realização de provas genéticas deve preservar a dignidade da pessoa humana. Se obtida com a degradação de dita dignidade, será tida como ilícita, aliás, incorre em eiva de inconstitucionalidade.

---

[19] KAPPLLER, Susana Álvares de Neyra. ob. Cit. P. 107.
[20] KAPPLER, Susana Álvares de Neyra. idem, ibidem. pp. 110/111.

No caso de Espanha, a dignidade pessoal é elevada à categoria de dogma constitucional, tal qual no Brasil. Lá se reputa como tal "el valor espiritual y moral inherente a la propia persona, que se manifesta em la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y la necesaria pretención de respeto por parte de los demás" (art. 10 CE).

Porém, este direito não resta afetado quando a coleta ou extração de mostras biológicas se faz conforme a *"lex artis por personal sanitário cualificado y sin empleo de violência, por lo que será necesario establecer las garantias y el protocolo para que la toma de muestras se realice por personal especializado y en unas condiciones que permitan afirmar que este derecho no se verá vulnerado"*[21].

f. Intimidade genética.

Sobre o direito à intimidade genética, muito já se falou, colocando-a mais diretamente ligada à complexa questão da colisão de direitos fundamentais. De fato, não há dúvida que essas novas tecnologias podem produzir grandes benefícios para a humanidade, mas, por outro lado, corre-se o risco de levarem a diversos abusos, bastando mencionar o perigo de difusão de dados genéticos pessoais a terceiras pessoas, influenciando delicadas decisões em diferentes âmbitos (familiar, laboral, securitário, educativo, criminal, etc.). A aquisição e utilização indevida desses dados pode legar à estigmatização e discriminação de indivíduos por motivos biológicos.

O dano potencial é enorme, se atentarmos para o caráter altamente sensível desses elementos, por sua grande capacidade de informação. As moléculas de DNA contêm uma grande quantidade de informações pertencentes à esfera privada e íntima da pessoa. Daí os inúmeros problemas éticos e jurídicos conseqüentes baseados na proteção da intimidade genética, na fiabilidade científica dos laboratórios envolvidos, dentre outros.

Daí ser absolutamente imprescindível uma regulamentação legal e taxativa, de modo a permitir-se a utilização apenas de marcadores genéticos não codificantes, por exemplo, atenuando-se, assim, a possível afetação ao direito da intimidade genética que esse tipo de prova biológica, inevitalmente, atingirá.

O conceito de intimidade genética pode ser compreendido como "***como el derecho a determinar las condiciones de acesso a la información genética , ya sea en forma***

[21] KAPPLER, Susana Álvaares de Neyra. op. cit. p. 115.

de datos, información o de cualquier elemento orgânico de cual pueda inferirse ésta, excluyendo la injerencia de terceros en el concimiento respectivo y prohibiendo su difusión"[22]. O princípio da autonomia determina que o consentimento abarque também o controle sobre os dados genéticos obtidos. Segundo Corcoy Bidasolo esse direito do indivíduo de decidir por si mesmo "acerca da utilização de seus dados médicos e especialmente de seus dados genéticos, implica o direito de poder aceder aos mesmos, controlar sua existência e veracidade e autorizar sua revelação."[23].

O direito à intimidade genética encontra seus fundamentos em diversos textos internacionais tais como Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos da UNESCO (art.7º)[24]; Convênio relativo a Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, firmado em Oviedo em 4 de abril de 1997 (art.10)[25]; e, por último, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, aprovada na Conferência Geral da UNESCO, em 16 de outubro de 2003 (art. 14 a)[26], entre outros.

O direito à intimidade genética pode se projetar sobre dois elementos: um objetivo e outro subjetivo.

O elemento *objetivo* do direito à intimidade genérica constitui o genoma humano em última instancia e, por derivação, qualquer tecido ou parte do corpo humano em que se encontra a informação genética"[27]. Diante dessa afirmação se observa que o direito à intimidade genética supõe em certa medida a superação do conceito de intimidade corporal – de caráter limitado e circunscrito àquelas partes do corpo humano afetadas pelo recato ou pudor pessoal – pelo fato de incluir partes em relação às quais não se pode predicar normalmente uma reserva de pudor, mas que

---

[22] DONOSO ABARCA, Lorena. "bases de datos de ADN para investigación criminal", p.120. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Director). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. TOMO I – a-h, Granada: Comares, 2011.

[23] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Medicina predictiva y discriminación. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, Barcelona, n.4. p.31, 2001.

[24] Art. 7º da DUGH: "Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley a confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad".

[25] Art.10 do CDHB: "Vida privada y derecho a la información – 1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud (…)".

[26] Art. 14 a) DIDGH: "Los Estados deberían esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidad de los dados genéticos humanos asociados con una persona, una familia o, en su caso, un grupo inidentificables, de conformidad con el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos".

[27] RUIZ MIGUEL, Carlos. "La Nueva Frontera…", *op. cit,* p.151-154.

podem servir "certamente para produzir uma agressão à intimidade genética, já que o material biológico em geral é susceptível de revelar as características genéticas de um indivíduo e sua família"[28]. Por sua vez, o elemento *subjetivo* do direito à intimidade genética se constitui na vontade do sujeito de determinar quem e em que condições pode acessar a informação sobre seu genoma. Está ligado, portanto, ao problema do consentimento do seu titular. Refere-se à "autodeterminação informativa."[29]

4. Direitos de natureza processual.

A possibilidade de uso de provas biológicas guarda também estreita conexão com direitos fundamentais de natureza instrumental, como o direito de defesa, do devido processo legal, dentre outros. A seguir, serão tratados dos princípios a eles relacionados, com o limite daqueles que mais diretamente interessam ao desenvolvimento da presente investigação, quais sejam:

a. Princípio da reserva legal.

Este princípio, se já impositivo na dimensão de toda restrição a direitos fundamentais, incide com muito maior força quando se trata de direitos fundamentais vinculados a intervenções corporais para obtenção de mostras biológicas a serem utilizadas como prova. De rigor, esta classe de investigação, como da existência de arquivos ou de bancos para consultas forenses, deve estar sempre regulada por lei e submetida a toda classe de garantias.

O princípio da legalidade, com efeito, emana da própria Constituição. Só a lei pode regular a maior ou menor restrição às liberdades individuais. O exercício de tais direitos e liberdades, de modo especial a restrição a direitos fundamentais só se pode dar com observância do processo legislativo. Este o garante do Estado Democrático de Direito.

E não basta a regulação por lei, pois é preciso que esta advenha sempre do espaço de legitimidade social. Em outras palavras, que emane de um sentimento social de justiça. Portanto, a própria lei deverá respeitar, em todo caso, o conteúdo essencial dos direitos afetados que, em si mesmo, representa uma conquista social contra a

[28] SANCHEZ-CARO; ABELLÁN, op.cit., p.124.
[29] RUIZ MIGUEL, op. cit, p.151-154.

intervenção estatal na dimensão das garantias fundamentais e das liberdades públicas.

Essa reserva legal, em última análise, representa o garante de que os direitos da pessoa humana, uma vez reconhecidos constitucionalmente, não possam se ver afetados por nenhuma ingerência estatal além daquela estritamente estabelecida por seus representantes públicos.

Segue-se daí, pelo que até aqui se desenvolveu, que a cobertura da reserva legal no segmento tecnológico das intervenções corporais não consentidas, como diligências investigatórias no sistema de administração da justiça penal, deve ser ainda muito mais específica, não bastando a genérica previsão de sua possibilidade, senão da compreensão de uma disciplina que preveja os pressupostos e condições para sua realização, dada a grave interferência e repercussão, para além do âmbito do direito à intimidade física, no da proteção de dados de caráter pessoal.

A doutrina moderna considera este princípio verdadeira *"cláusula de segurança".* O desrespeito a ele pode ser oposto a atos de qualquer natureza, emanados de qualquer dos órgãos de governo ou de poderes do Estado. Este, Estado, para buscar seus fins, deve obedecer ao procedimento previamente fixado pelo legislador. É uma necessária autolimitação pela lei, síntese das vontades individuais, de seu poder em favor do cidadão, síntese conceitual das liberdades públicas.

O princípio da legalidade, muito mais que um preceito meramente formal, constitui, pois, um conjunto de garantias que assegura a convivência pluralista nas formações sociais complexas, de modo a fazer prevalecer o princípio da dignidade humana, compatibilizando-o com o funcionamento estatal de defesa dos interesses coletivos, na rota de consecução do bem comum, sem ingerências arbitrárias nas esferas pessoais.

b. Princípio da intervenção judicial motivada.

O princípio da motivação das decisões judiciais no âmbito da intervenção do sistema de justiça penal, que já é adotado como garantia fundamental no processo democrático, como nas autorizações de entrada em domicílios, na quebra de comunicações ou sigilos, atua ainda com muito maior intensidade em relação às inspeções corporais.

De fato, os contornos da jurisdicionalização necessária no setor da prova penal quando obtida com ingerência a direitos fundamentais, supõem um garante bem

mais exigente em se tratando de ordenação de diligências investigatórias que requeiram a tomada de mostras biológicas de uma pessoa, porquanto a gravidade da incursão, neste caso, em sede de intimidade pessoal, recomenda que se não ultrapasse jamais o limite de proporcionalidade ao constitucionalmente admissível.

Corresponde, portanto, à obrigação da autoridade judiciária pronunciar-se, motivadamente, sobre a necessidade da medida, regulando-se o processo de autorização respectivo, pelo princípio da não absoluta discricionariedade do juiz, *"con el fin de prevenir cualquier manifestación de arbitrariedad. Para el logro de tal objetivo el Juez deberá dictar una resolución motivada sobre la pertinência de la realización de la prueba, com el fin de garantizar la satisfacción tanto del principio de contradicción, como que su decisión estará fundamentada materialmente en el principio de proporcionalidad"*[30].

Trata-se, pois, de uma espécie de garantia contra arbitrariedades no exercício do poder estatal. *"Ao motivar, o juiz (Estado) presta contas às partes e à sociedade, demonstrando sua efetiva participação na formação da convicção contida na decisão proferida. A motivação, portanto, concretiza nos autos a observância ao princípio do contraditório. É condição absoluta de validade dos autos judiciais, sendo, pois, pressuposto de sua eficácia"*[31].

Em sua essência, o princípio da motivação consubstancia atividade jurisdicional vinculada, própria dos regimes democráticos, porquanto possibilita controle externo sobre o fundamento da decisão. É porque nela são expostas e justificadas as razões da opção do juiz ao exercer o poder decisório em nome do povo, ou seja, administrando justiça em favor do interesse público, mesmo quando por meio dela atinja algum interesse individual.

En ese sentido, sostiene Fernández que este precepto, "olvidado durante todo un siglo en el campo penal, establece el contenido específico del ejercicio del arbitrio judicial, a saber, (...) mostrar en primer término cuál es exactamente el quantum de discrecionalidad disponible en cada caso, es decir, el marco legal dentro del cual tiene necesariamente que moverse el juzgador, precisar después cuáles son los criterios y orientaciones que la norma habilitante pueda eventualmente establecer y con qué carácter, vinculante o meramente indicativo, para el ejercicio del arbitrio por ella concedido, así como los que necesariamente se deduzcan del fin

[30] CASABONA e MALANDA, *obra citada*, pp. 79/80.
[31] STJ, HC 21.006.

concretamente perseguido por dicha norma y explicar en último término, en qué medida inciden dichos criterios y orientaciones en las circunstancias del caso y qué conclusiones pueden obtenerse de la efectiva constatación de esa incidencia"[32].

No que respeita ao dever de motivação das ordens judiciais limitadoras de direitos fundamentais na área da intimidade pessoal, então, seu fundamento resulta não só da genérica obrigação constitucional referente a todas as decisões judiciais, mas também inclui a tutela específica que não se contenta com qualquer forma de motivação, mas sim com aquela que preencha o requisito formal da regra de proporcionalidade, segundo o qual se deve plasmar o juízo de ponderação entre o direito fundamental afetado e o interesse constitucionalmente protegido e perseguido, do qual se evidencie a necessidade de adoção da medida. Portanto, funda-se na exigência de se atender ao binômio necessidade e excepcionalidade, possibilitando o livre exercício do direito de insurgência, de modo a que se possa eventual insubmissão ser analisada no âmbito de argumentos impugnativos construídos sobre a estrutura motivatória da decisão.

4.3 Princípio da proporcionalidade.

Por um lado, a realização da justiça penal constitui das primeiras metas a ser alcançada por estar na base conceitual de bem comum. Este é o conjunto de todas as condições da vida social que consente e favorece o desenvolvimento integral da personalidade humana, na expressão usada por Dalmo de Abreu Dallari[33].

A finalidade do Estado é justamente a consecução do bem comum; *"a do indivíduo a sua realização como ser humano integral, até à plenitude de suas potencialidades. Existem momentos em que o Estado sacrifica o status libertatis do cidadão, havendo contraposição de interesses. O processo penal é o instrumento de tutela de ambos os interesses quando, por motivo fixado na lei, estiverem eles em antagonismo"*[34].

Portanto, *"a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício*

---

[32] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *"Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial".* Madrid: Lustel. 2005. p. 124. Vê-se com mais detalhes: sobre *"El deber de motivación":* En BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los Criterios Legales de Individualización Judicial de la Pena en los Delitos Dolosos. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias modificativas de responsabilidad*. Tesis Doctoral. Barcelona: 2010 (Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política). pp. 317/338.

[33] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria Geral do Estado.*

[34] XAVIER DE AQUINO e NALINI, *obra citada*, p. 56.

dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade"[35].

Assim, como o sistema penal está sempre a balancear valores e princípios que comumente se opõem, impositivo recorrer-se a uma regra de razoabilidade que permita a solução desses conflitos. Discute-se se tem natureza jurídica de princípio, sendo assente, porém, que se trata de um importantíssimo método de interpretação e de aplicação do direito para a solução da colisão de princípios, a partir de um balanço dos valores em oposição.

Funciona, pois, como método hermenêutico para saber qual deles e de que forma prevalece sobre o outro princípio contraposto.

"A atuação do Estado, portanto, deve ser proporcional, mas uma proporcionalidade, insista-se, obtida através de um método científico. A proporcionalidade, assim, consubstancia-se em três subprincípios – também denominados 'teste alemão' -, que devem ser concomitante ou sucessivamente atendidos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito"[36].

Dessa forma, no plano dos direitos fundamentais, com muito maior razão, toda medida limitadora deve ser idônea, necessária e proporcional em relação a um fim constitucionalmente legítimo. Ou, *"dicho de otro modo, tal principio impone comprobar lo seguinte: a) di tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecucioón de tal propósito con igual eficácia (juicio de necesidad); y, c) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más benefícios o ventajas para el interes general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad em sentido estricto)"*[37].

Está tal princípio diretamente ligado à questão da licitude ou ilicitude da prova e de sua consequente utilização na administração do sistema penal.

Pois, em se tratando da obtenção de mostras biológicas de alguém para identificação de perfis de DNA que venham a compor banco de dados de uso forense, é preciso se ter sempre em mente a densa incidência do princípio da proporcionalidade em seus

---

[35] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal.* RT. 2001. p. 105.
[36] MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio de proporcionalidade no direito penal.* SP: Revista dos Tribunais. 2003. p. 60.
[37] CASABONA, Romeo e MALANDA, Romeo. *obra citada.* p. 81.

pressupostos de legitimidade constitucional. Em outras palavras, comporta proceder exata ponderação entre a intromissão à intimidade da pessoa e a outros direitos fundamentais que possam sofrer alguma restrição, por um lado, e a finalidade perseguida, por outro, tendo em conta a relevância do bem sob tutela jurídica (gravidade do delito, grau de importância da medida e possibilidades de êxito dela).

Claro que, em se cuidando de prova de DNA está, hoje, mais que tecnologicamente demonstrado, de modo geral, seu juízo de idoneidade, por mostrar-se como meio inegavelmente adequado, útil e apropriado em relação ao fim pretendido. Porém, essas exigências de caráter geral podem reclamar outras de natureza específica, como as de não causar dano físico ou psíquico, a de provocar o menor prejuízo possível e, sobretudo, a de preservar o respeito à dignidade humana, de modo a que não implique, em absoluto, qualquer modalidade de trato inhumano ou degradante.

Por outro lado, na base da proporcionalidade, quando se está diante da ponderação de direitos fundamentais de tão macro dimensão, como por excelência os relacionados à intimidade pessoal, está a exigência de sua aceitação excepcional, ou seja, da prova de DNA servir a processos de apuração de delitos particularmente graves, e em relação a suspeitos, assim reputados aos olhos da lei, segundo um estatuto jurídico próprio.

Este último, talvez um dos maiores problemas a ser resolvido como preliminar à admissão desse método instrumental na administração da justiça penal.

É aqui, justamente, que se tem o risco concreto de discriminação ou estigmatização. Ou seja, como delimitar conceitualmente quem seja suspeito a justificar a inscrição de seus perfis em uma base de dados de livre utilização policial ou forense? Como fica o exercício dos direitos que se vinculam a essa inscrição?

Enfim, a proporcionalidade suscita questões relacionadas à prova de DNA que vão muito além daquelas derivadas das outras provas em geral, e que constituem, assim, condição e exigência necessária, no sentido restritivo, para aceitação de sua licitude como único meio idôneo e adequado da prevalência do interesse público em jogo.

Ao tratar da doutrina jurisprudencial do Tribunal Constitucional espanhol e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, os autores MIRENTXU CORCOY, VÍCTOR GÓMES MARTÍNS e FERNANDO RODRÍGUES OLMOS, no importante documento de trabalho de investigação que produziram ainda no ano de

2009[38], consideram, quanto ao primeiro Tribunal (TC), quatro requisitos em casos de intervenção corporal no processo penal para obtenção de prova, quais sejam: 1) que se dê para perseguir uma *finalidade constitucionalmente legítima* (interesse público próprio da investigação penal); 2) que se trate de uma prática prevista em lei orgânica (*reserva de lei orgânica*); 3) que seja determinada por *ato judicial motivado*; 4) que respeite o *princípio da proporcionalidade em sentido amplo*. E quanto a este último, destacam três requisitos: *idoneidade* (a medida será idônea quando útil para a consecução do objetivo que pretende alcançar); b) *necessidade* (é necessária quando o objetivo não pode ser obtido por outros meios menos onerosos ao sujeito); c) *proporcionalidade em sentido estrito* (obriga a realizar uma ponderação entre os interesses em jogo). Comentam ser mais ou menos este mesmo o posicionamento do Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) para se pronunciar sobre a legitimidade ou ilicitude dessa prova, conforme sejam ou não observados esses pressupostos.

5. Bases de dados de DNA no sistema de administração da Justiça Penal. Possibilidades discriminatórias.

A partir das possibilidades tecnológicas de análise polimórfica de DNA extraída de praticamente qualquer vestígio biológico, desde meados dos anos oitenta, fala-se em Genética forense como uma das disciplinas em franca evolução, no campo da Medicina legal.

Como assinala Oscar García Fernández:

"El tratamiento automatizado de las bases de datos de ADN para investigación criminal puede convertirse en una herramienta útil para reducir el índice de criminalidad de determinados delitos sin autor conocido y, especialmente, aquellos en los que existe una alta tasa de reincidencia. Sería posible, descubrir al sospechoso si previamente fue incluído en la base de datos o llegar a saber si un mismo sospechoso há estado involucrado en otros hechos delictivos. De esta forma, los análisis de ADN han dejado de ser un mero testigo a posteriori de os hechos criminales para convertirse potencialmente en una herramienta preventiva de la criminalidad"[39].

[38] CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, GÓMES MARTÍN, Víctor e RODRÍGUEZ OLMOS, Fernando. *"ADN i procés penal – Uma proposta de reforma de la Llei Orgànica 10/2007, reguladora de les bases de dades policials sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN".* Barcelona: Centre D'Estudis Jurídics. 2009.

[39] GARCÍA FERNÁNDEZ, Oscar. *Bases de datos de ADN para investigación criminal.* Enciclopédia de Bioderecho y Bioética. Carlos Maria Romeo Casabona (Director). Tomo I. Granada: Editorial Comares. 2011. p. 115.

Esse mesmo autor, discorrendo sobre a parte técnica da matéria, dá notícia da situação atual dos bancos de dados genéticos na Europa e, ainda, faz uma predição das tendências futuras que impressiona. Refere-se, por exemplo, a outros marcadores genéticos (localizados no DNA mitocondrial y e no cromossomo y), capazes de fornecer informações importantes. O primeiro em mostras muito degradadas ou escassas, e o segundo nos delitos sexuais. E acrescenta que também seria possível estabelecer bases de dados para estes marcadores genéticos com específica finalidade de desvendar certos fatos delitivos. Como por igual fala de outros polimorfismos no genoma que distinguem os indivíduos unicamente pela diferença de um nucleótido dentro de uma sequência determinada, de viva utilidade naqueles casos com mostras muito degradadas (grandes catástrofes...), prevendo a generalização de seu uso futuro nas análises forenses. Explica, ainda, a diferença entre regiões de DNA codificante e não codificante, nestes termos:

"Las regiones polimórficas que son objeto de análisis e integran los perfiles genéticos que se incluyen en las bases de datos para investigación criminal son regiones de ADN no codificante, es decir no son realmente genes y por lo tanto de su estúdio no se obtiene información alguma acerca de características físicas o fenotípicas del individuo (tales como la predisposición individual a padecer enfermedades de base genética, etc.). La única información que nos proporciona el estúdio de estas regiones es un código anônimo diferenciador al que denominamos perfil genético. Sería posible, no obstante, analizar otras regiones del genoma humano que sean codificantes y que no aporten información más allá de la meramente identificativa (es decir, que no aporten información sobre enfermedades, etc.). Por tanto, no cabe descartar el uso en un futuro de bases de datos de este tipo de marcadores genéticos"[40].

Assim, a esse conjunto de dados obtidos a partir de regiões de DNA que fornecem informação genética não codificante a respeito de pessoas cuja identificação tenha algum interesse para a administração da justiça penal, costuma-se denominar bases de DNA para investigação criminal.

Releva salientar, sob importante aspecto, que a partir dessa identificação genética podem ser obtidos tanto dados exclusivamente de características biológicas como de potencialidades comportamentais, o que, no extremo conclusivo, se poderia conduzir a uma suposta tendência criminal a que alguns convencionaram chamar *criminalidade genética* que, porém, não é tema deste singelo ensaio.

Ora, como já se disse, *"la discriminación basada en la constituición genética individual, además de ser en si misma injusta, sería además el reflejo de un*

[40] GARCÍA FERNÁNDES, Oscar. *texto citado.* p. 117.

determinismo que reduciría la naturaleza humana a la información portada en los genes del individuo, sin tener en cuenta los factores medioambientales que lo rodean"[41].

Esta mesma autora passa em seguida a tratar das possibilidades discriminatórias no âmbito da imputabilidade penal, ponderando que não deveriam estar permitidas as práticas de análises genéticas para julgar o grau de imputabilidade de um indivíduo, de modo a basear-se exclusivamente em uma possível predisposição genética, ou seja, a padecer de uma determinada enfermidade mental que pudesse atuar como eximente ou atenuante, pois isso poderia abrir a porta a potenciais abusos. Pondera:

"Se debe tener presente que uno de los elementos esenciales para la aplicación de la pena a una persona es la imputabilidad de ésta, es decir, que haya actuado de una forma libre, siguiendo su voluntad de delinquir, y sólo en un futuro se demostrara científicamente la conexión causal entre una concreta configuración genética y determinadas conductas delictivas, podría considerarse el factor genético como un atenuante o eximente, tal y como ocurre con otros factores como el alcoholismo, la drogadicción o la enajenación mental transitoria. No obstante, y mientras no exista esta clara evidencia científica, se deberá presumir la auto-determinación en el comportamiento de los individuos aunque éstos presenten un cuadro genético del que estadísticamente se haya constatado una mayor propensión a la comisión de delitos, pues lo que se debe demonstrar es la carencia de autodeterminación en el individuo y no lo contrario". E prossegue:

"No obstante, y aún en el caso de que se llegara a la conclusión de que el perfil genético está vinculado a una propensión a la criminalidad, ello no significaría que fuera el único elemento biológico a tener en cuenta, sino que muy al contrario hay otros factores biofísicos y bioquímicos que tendrían una influencia bastante relevante en el comportamiento de las personas. Por otro lado, también resultaría necesario verificar si esos condicionantes genéticos serían tan decisivos como para convertirse en irresistibles para la persona portadora de esa anomalía en sus genes. Se trataría pues, en esencia, de valorar qué papel juega una cierta predisposición genética entre los diversos condicionantes que se puedan dar en un caso concreto"[42].

---

[41] SUÁREZ ESPINO, Maria Lídia, *El derecho a la intimidad genética.* Madrid: Marcial Pons. 2008.p.28.

[42] SUÁREZ ESPINO, María Lidia. *"La Bioética como nueva disciplina".* En *El derecho a la intimidad genética.* Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 29.

Considerações conclusivas.

Este recorte científico, aqui ligeiramente desenvolvido dentro da relevante temática da possibilidade de utilização de dados biológicos, na perspectiva de coleta e conservação de banco genético, na administração da justiça criminal, permite concluir, não obstante as severas restrições éticas e de ordem constitucional, que a ciência genética humana pode, efetivamente, realizar valiosos aportes na compreensão de algumas causas de inimputabilidade ligadas a certos transtornos psíquicos.

Assim, as diferentes regulamentações, ainda um tanto incipientes, para criação e manutenção de base de dados de DNA para investigação, têm, a par de alguns critérios normativos uniformes, um traço comum muito forte, qual seja o de restringir tal armazenamento apenas para delitos graves. Isso reporta o referencial da matéria a determinados tipos de delitos e pesquisas. E a respeito, constitui regra de aceitação geral sua relação com delitos contra a liberdade sexual, a vida, a integridade, a liberdade pessoal e, nos últimos tempos, o terrorismo.

Inegável, portanto, que esse critério seletivo já importa um certo *discrimen* que se poderia reputar, no entanto, justificado na linha do que já se desenvolveu, qual seja, a de que a admissão desse tipo de prova que, em regra, colide com direitos fundamentais relacionados à intimidade corporal, deve ser sempre excepcional e fundada no princípio da necessidade, apurável pelo critério da proporcionalidade.

Nunca é demais reprisar que o procedimento de criação de bancos de dados de DNA traz essa delicada marca de um certo contraste com o discurso dos direitos humanos por parecer atentatório a princípios tão arduamente conquistados, como já se abordou, principalmente o da presunção de inocência e o da intimidade.

Contra isso, se costuma responder, por exemplo, que, além de não estabelecer ele nenhuma presunção de culpabilidade, se tem compreendido a intimidade genética como *"el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética, ya sea en forma de datos, información o de cualquier elemento orgânico del cual pueda inferirse ésta, excluyendo la injerencia de terceros en el conocimiento respectivo y prohibiendo su difusión"*[43].

[43] DONOSO ABARCA, Lorena. *Bases de datos de ADN para investigación criminal.* Enciclopédia de Bioderecho y Bioética. Carlos Maria Romeo Casabona (Diretor). Granada: Comares. 2011. p. 120.

E prossegue, concluindo, a nominada autora:

"Los Bancos de datos de ADN, creados con el objeto de persecución criminal, parece que más que atentar contra la intimidad de los sujetos cuya información genética está contenida en ellos, materializan el principio de seguridad jurídica. En efecto, la mencionada información se contiene en soportes que respetan la normativa relativa a la protección de datos. Así, los Perfiles de ADN son construídos con altos estándares científicos y utilizados solamente para los fines recabados. Otro punto importante es que los Bancos de datos de ADN, y toda su estructura orgânica y procedimental, dan garantia de imparcialidad en un proceso penal"[44].

Portanto, a utilidade de bases de dados de DNA é, hoje, fato incontroverso. O grande desafio é o de estabelecer limites aceitáveis para sua utilização no âmbito da administração da justiça penal, a partir da preservação da reserva constitucional dos direitos fundamentais em jogo.

Referências bibliográficas

CASABONA, Romeo e MALANDA, Romeo. *obra citada.* p. 81.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, GÓMES MARTÍN, Víctor e RODRÍGUEZ OLMOS, Fernando. *"ADN i procés penal – Uma proposta de reforma de la Llei Orgànica 10/2007, reguladora de les bases de dades policials sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN".* Barcelona: Centre D'Estudis Jurídics. 2009.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Medicina predictiva y discriminación. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, Barcelona, n.4. p.31, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Teoria Geral do Estado.*

DONOSO ABARCA, Lorena. "bases de datos de ADN para investigación criminal", p.120. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Director). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. TOMO I – a-h, Granada: Comares, 2011.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *Pruebas genéticas en el derecho del trabajo.* Madrid: Civitas, 1999.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *"Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial".* Madrid: Lustel. 2005. p. 124. Vê-se com mais detalhes: sobre *"El deber de motivación": In* BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los Criterios Legales de Individualización Judicial de la Pena en los Delitos Dolosos. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias modificativas de responsabilidad.* Tesis Doctoral. Barcelona: 2010 (Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política). pp. 317/338.

[44] DONOSO ABARCA, Lorena. *texto citado*. p. 121.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Oscar. *Bases de datos de ADN para investigación criminal.* Enciclopédia de Bioderecho y Bioética. Carlos Maria Romeo Casabona (Director). Tomo I. Granada: Editorial Comares. 2011. p. 115.

GOLDSCHIMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal.* Buenos Aires, EJEA, p. 121-2.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal.* RT. 2001. p. 105.

JORQUI AZOFRA, Maria. Consideraciones éticas y jurídicas sobre la práctica de los test genéticos. Especial consideración al contexto laboral. In: ROMEO CASABONA Carlos María; MARTÍNEZ MORÁN, Narciso. (Coord.). *Biotecnología, derecho y dignidad humana.* Granada: Comares, 2003. p.338-341.

KAPPLER, Susana Álvares de Neyra. *La prueba de ADN en el proceso penal.* Granada: Comares. 2008.

LLEDO YAGÜE, F. *La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas,* En la obra colectiva "*El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano".* Vol. IV. Duesto: Fundación B BVA. 1994. p.49.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio de proporcionalidade no direito penal.* SP: Revista dos Tribunais. 2003. p. 60.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal,* trad. José Arturo Rodrigues Muñoz, Madrid, 1949, t. 2, p. 415.

ROMEO[1] CASABONA, Carlos Maria e ROMEO MALANDA, Sergio *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal.* Pamplona: Thompson Reuters. 2010.

SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, op.cit., p.119.

SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, op.cit., p.130).

SEOANE RODRÍGUEZ (Parte II), op.cit., p.173.

SUÁREZ ESPINHO, Maria Lídia. *El derecho a la intimidad genética.* Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 32..

XAVIER DE AQUINO e NALINI, *obra citada*, p. 56.