



LIMITES E POSSIBILIDADES CONSTITUCIONAIS À CRIAÇÃO DO BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL¹

CONSTITUTIONAL LIMITS AND POSSIBILITIES TO THE CREATION OF A GENETIC PROFILE DATA-BASE FOR CRIMINAL INVESTIGATION

Carolina Grant²

Resumo

O presente artigo traz uma síntese da análise preliminar de constitucionalidade da Lei nº. 12.654/12 – que institui a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal –, analisada quando ainda era o Projeto de Lei nº. 93/2011, no âmbito da pesquisa realizada pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), financiada pelo Ministério da Justiça, no contexto do Projeto Pensando o Direito (PROJETO BRA/07/004). A constitucionalidade do texto legal foi examinada à luz (I) da adoção, no Brasil, de um processo penal constitucional; (II) dos postulados do devido processo legal, do estado de inocência e do direito de não autoincriminação, (III) dentre outros direitos fundamentais potencialmente em conflito com os dispositivos legais introduzidos pelo PL. Também foram levados em consideração (IV) os riscos de se tratar, o PL, de um direito penal emergencial ou simbólico (com nítida prelácia das finalidades de política criminal sobre as garantias constitucionais) e, sobretudo, (V) da possível utilização superveniente do indivíduo como “meio” ou “instrumento” no decurso do processo penal, a ponto de afetar a sua dignidade. Por fim, estudou-se o recurso à proporcionalidade alexyana como forma de, no caso concreto, cotejar os interesses de política criminal com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e, assim, encontrar-se uma solução possível para a aplicação do novo diploma legal de maneira constitucional.

Palavras-chave: Perfis genéticos (DNA/ADN); Constituição; Processo penal.

Abstract

This article presents a summary of the preliminary analysis of the constitutionality of Law 12.654/12 – which establishes collecting genetic profile as a

¹ Artigo recebido em: 19/06/2012. Pareceres emitidos em: 22/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Serviço de Apoio Jurídico da Faculdade de Direito da UFBA (SAJU). Ex-presidente e membro colaborador do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA (CEPEJ). Membro da Gestão 2012 do Centro Acadêmico Ruy Barbosa (CARB). Pesquisadora nas áreas de Direitos Humanos, Direito Internacional, Hermenêutica, Bioética e Direito Penal vinculada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: carolinagrants@hotmail.com.



form of criminal identification – when it was still considered the Draft Law 93/2011, as a part of the research conducted by the Federal University of Bahia (UFBA), in partnership with the University of Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), financed by the Ministry of Justice, in the context of the “Projeto Pensando o Direito” (BRA PROJECT / 07/004). The constitutionality of the legal text was examined considering (I) the adoption, in Brazil, of a constitutional criminal procedure, (II) the postulates of due process, the state of innocence and the right not to self-incrimination, (III) among others fundamental rights potentially in conflict with the regulations introduced by the PL. Were also taken into account (IV) the risks of an emergency or symbolic criminal law (emphasizing the purposes of criminal policy in stead of the constitutional guarantees) and specially (V) the possible supervening use of individual as a “medium” or “instrument” in the course of criminal proceedings to the point of affecting his dignity. Finally, we studied the use of Robert Alexy’s proportionality as a form of collating the interests of criminal policy with fundamental rights and guarantees of the individual and thus to meet a possible solution for the implementation of new legislation in a constitutional way.

Keywords: Genetic profiles (DNA / DNA); Constitution; Criminal procedure.

INTRODUÇÃO

Os avanços da ciência e da técnica correspondem a uma realidade presente e incontestável em todas as esferas da vida em sociedade, sobretudo em um panorama de globalização e fluxo acelerado de troca de informações e tecnologias como o atual.

A engenharia genética, nesse contexto, foi responsável por avanços paradigmáticos tanto no que tange ao autoconhecimento humano, quanto na prevenção e cura de doenças, reprodução assistida, identificação de cadáveres e de pessoas desaparecidas e solução de casos penais – nesta última seara, observa-se a repercussão que os seriados norte-americanos que envolvem a utilização de altas tecnologias nas investigações criminais tem tido ao redor do planeta.

O recurso à utilização do DNA (ou ADN) para identificação ou armazenamento de dados genéticos com finalidades de persecução criminal, justamente em razão do êxito dos avanços técnico-científicos nesta área, tem encontrado espaço em diversos países, os quais já travam, inclusive, significativas discussões jurídico-constitucionais a esse respeito, dispondo de legislação já consideravelmente consolidada³.

³ Nesse sentido, também Sônia Fidalgo assevera e alerta que: “Os avanços da ciência e da tecnologia têm, nos últimos anos, trazido grandes novidades em matéria de prova em processo penal. As últimas décadas conduziram à massificação dos meios de agressão e



No Brasil, o senador Ciro Nogueira (PP-PI), autor do PLS 93/11, procurou lançar as bases para a construção de um banco nacional de perfis genéticos para fins de persecução criminal⁴, o que se consolidou com a promulgação da Lei nº. 12.654/2012. Em linhas gerais, o referido diploma normativo se refere ao armazenamento de material genético não codificante (isto é, que não contém, supostamente, informações relativas a características pessoais do indivíduo, apenas permitindo a sua identificação), relativamente aos condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo.

Não obstante a ampliação do trato à matéria conferida pelo substitutivo do projeto inicial que veio a se consolidar com a Lei 12.654, o tema é por demais delicado e ainda exige um debate mais amplo e aprofundando, na medida em que, no próprio âmbito jurídico-doutrinário nacional, ainda é esparsa a discussão e escassas as obras de referência.

O objetivo deste trabalho – desenvolvido no contexto da execução do Projeto Pensando o Direito (2011) – é, com efeito, contribuir para o debate acerca da constitucionalidade da criação de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no país, em momento tão oportuno e em um plano mais teórico (principlológico) e menos analítico, nesse primeiro momento.

A constitucionalidade do texto legal será, pois, examinada à luz (I) da adoção, no Brasil, de um processo penal constitucional; (II) dos postulados do devido processo legal, do estado de inocência e do direito de não autoincriminação,

devassa [...]. Coloca-se, agora, o problema da utilização no processo penal das aquisições da engenharia genética. *Não há dúvida, hoje, que os testes genéticos produzem a prova de identificação mais segura que existe.* Torna-se, pois, tentadora a possibilidade de utilização desta técnica no processo penal: pode resolver-se em poucos dias e com um elevado grau de fiabilidade aquilo que, de outro modo, conduzirá a um procedimento moroso e sempre com alguma equivocidade de determinação da autoria de um crime. [...]. *Desde logo, [entretanto] ao nível do direito constitucional, antevê-se, com facilidade, que a determinação do perfil genético pode colidir com certos direitos fundamentais. [...]* (FIDALGO, 2006, p. 116 – grifo nosso).

⁴ “O DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime”. (Senador Ciro Nogueira (PP-PI). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/aprovado-banco-de-dados-geneticos-de-condenados-por-crimes-violentos.aspx>>. Acesso em: 25 nov. 2011).



(III) dentre outros direitos fundamentais potencialmente em conflito com os dispositivos legais introduzidos pelo PL. Também serão levados em consideração (IV) os riscos de se tratar, a Lei nº. 12.654/12, de um direito penal emergencial ou simbólico (com nítida prelázia das finalidades de política criminal sobre as garantias constitucionais) e, sobretudo, (V) da possível utilização superveniente do indivíduo como “meio” ou “instrumento” no decurso do processo penal, a ponto de afetar a sua dignidade. Por fim, discutir-se-á o recurso à proporcionalidade alexyana como forma de, no caso concreto, cotejar os interesses de política criminal com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e, assim, encontrar-se uma solução possível para a aplicação do novo diploma legal de maneira constitucional.

2 A OPÇÃO (POR) E A NECESSIDADE IMPERIOSA DE UM DIREITO PENAL/PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL

Em um contexto contemporâneo de recrudescimento da atuação punitiva do Estado, em que é possível aludir-se às propostas de redução da maioria penal, a indícios de criação de um direito penal do inimigo⁵ e à edição de normas penais abertas, bem como outras que contém descrições por demais genéricas do fato típico (sobretudo na legislação penal extravagante), imperioso se faz um retorno à necessária observância da opção jurídico-política da sociedade brasileira por uma *democracia constitucional*.

O conceito e a compreensão hodierna do fenômeno político-jurídico da Democracia têm sido tópicos recorrentes nas principais discussões publicistas e jurídico-sociológicas dos últimos anos. O advento da Carta de 1988 conferiu nova roupagem a este quadro de discussões, sobretudo ao adotar o modelo do Estado

⁵ De acordo com Aury Lopes Jr.: “O processo penal do inimigo segue a mesma fórmula do simbolismo cada vez maior, acrescentando-se boas doses de utilitarismo, aceleração antigarantista, eficientismo (que não se confunde com eficácia), agravado pela perigosa mania dos tribunais de flexibilizar as formas processuais através da relativização das nulidades (e conseqüente enfraquecimento das garantias do devido processo)”. (LOPES JR, 2008, p. 497). Nesse diapasão, seria exagero afirmar que o indivíduo cujo armazenamento de dados genéticos foi determinado em função do tipo e/ou gravidade do delito cometido será tratado como verdadeiro “inimigo” em processos ulteriores? Fica a reflexão.



Democrático de Direito, revestindo a ideia de Democracia de garantias e pautas valorativo-constitucionais que assegurassem a sua real efetivação, encontrando-se, dentre estas, os direitos e garantias fundamentais.

Luís Roberto Barroso (2010) esclarece que a noção de Estado Democrático de Direito consagrada no art. 1º da Constituição Federal de 1988 representa a síntese histórica de dois conceitos que, embora recorrentemente utilizados de forma quase que indissociável, não se confundem, quais sejam: constitucionalismo e democracia. *Constitucionalismo* corresponde à limitação do poder e à supremacia da lei (“estado de direito”); *democracia*, ao seu turno, traduzir-se-ia em soberania popular e governo da maioria. Tensões entre ambos os conceitos, face ao exposto, podem surgir, tendo a vontade da maioria que refrear seus impulsos perante determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais previstos na Constituição. Caberia, portanto, à jurisdição constitucional efetuar esse controle para assegurar que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.

Ou seja, democracia constitucional representa uma forma democrática específica, que combina o princípio majoritário (presente no legislativo, por exemplo), com premissas contramajoritárias (a necessidade de respeito aos conteúdos valorativos previstos na CF, controlada pelo judiciário). Tudo para evitar-se a “ditadura das maiorias”. Os dois conceitos que, numa leitura extremista, poder-se-iam dizer até mesmo antagônicos (soberania da lei *versus* soberania popular), na prática, coadunam-se, complementam-se, de modo a garantir uma democracia real e não meramente formal, além de, inclusive, estabelecer formas de lidar e/ou atenuar os déficits de representatividade⁶.

⁶ Afirma Barroso: “Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargos dos poderes políticos eleitos pelo povo. [...]” (BARROSO, 2010, p. 91).



Partindo, então, de uma visão *substancialista* do paradigma da democracia constitucional, é também Roberto Barroso quem fala na necessidade da realização de uma *filtragem constitucional* de todo o ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando, quanto ao Direito Penal que “a repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada”.

Isso porque, aponta o autor, a Constituição impõe ao legislador ordinário a obrigação de criminalizar determinadas condutas, bem como impede a criminalização de outras; torna questionáveis tipificações preexistentes à luz dos novos ditames da Carta de 1988, que consubstanciam, dentre outros, a transformação dos valores sociais; e alude, ainda, à possibilidade de se excepcionarem determinadas incidências da normal penal no caso concreto, na hipótese de o resultado desta aplicação mostrar-se incompatível com o novo paradigma constitucional. Conclui a breve análise da confluência entre Constituição e Direito Penal, por fim, asseverando que este ramo do Direito, tal qual os demais, sujeita-se aos princípios e regras constitucionais, daí resultando a centralidade dos direitos fundamentais; dessa forma, colocar-se-iam três premissas para o trabalho do legislador penal/processual penal: (i) reserva legal e liberdade de conformação do legislador; (ii) garantismo; e (iii) dever de proteção, destacando-se, ao final, o papel do princípio da razoabilidade-proporcionalidade. (BARROSO, 2010, p. 378-380).

Segundo o renomado constitucionalista brasileiro já citado, *haveria, portanto, uma verdadeira tensão permanente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados*. Com efeito, para serem consideradas válidas, tanto as medidas relativas à criminalização de condutas, quanto à imposição de penas e o regime de sua execução deverão observar, de forma imprescindível, os desígnios da constituição, com destaque para o princípio da razoabilidade e proporcionalidade e a vedação do excesso⁷.

⁷ Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar



A constitucionalização do Direito Penal, portanto, torna-se imperiosa.

O que se tem observado, contudo, na prática, é um recurso constante às finalidades de política criminal, sobretudo no que tange à *persecução* criminal, para relativizar direitos e garantias fundamentais em nome da observância e atendimento ao direito da maioria à segurança. Busca-se o instrumento imediatista da lei penal como panaceia para os problemas de segurança pública e para os déficits do aparato do Estado no combate à criminalidade. Eis a faceta *eficientista*, funcional do sistema penal.

Falar-se em *funcionalização do processo penal* sem ressalvas tem levado, no plano de delimitação e compreensão do seu caráter instrumental, a uma utilização do processo como instrumento político-repressivo, tal qual alertou Luiz Flávio Gomes (2010) ao tratar da instrumentalização política da legislação penal. Este aspecto funcional, capaz de aproximar Direito Penal e Direito Processual Penal sob a ótica estrita da contenção da criminalidade, em termos de política criminal, ocasiona uma sucessiva supressão de “barreiras processuais” para alcançar este único e exclusivo fim, inclusive no que tange às garantias processuais constitucionais – as quais passam a ser vistas como verdadeiros obstáculos à persecução criminal.

O direito da *maioria* à segurança pública, garantido e salvaguardado pelo Estado, passa a imperar sobre os direitos e garantias do *indivíduo*. O juiz penal legalista, nesse diapasão, considera apenas a legislação penal especial a ser aplicada ao caso concreto e viola, às vezes sem a real dimensão das consequências destes atos, não apenas postulados *processuais penais*, mas, sobretudo, *constitucionais*; compreende o Direito Processual Penal como instrumento apenas do Direito Penal e não como mecanismo concretizador da Constituição Federal.

A atuação repressiva do Poder Legislativo é, ainda, temerária, na medida em que dá vazão, justamente, à prevalência incontestada e inconsequente da *legislação*

valores, bens e direitos fundamentais de seus integrantes. Nesse universo, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência. (BARROSO, 2010, p. 382).



penal de emergência ou *legislação álibi*⁸. Ou seja, representa a adoção de medidas paliativas e ilusórias, adotadas por parte do Estado com base na crença no poder simbólico do Direito Penal e Processual Penal em conter os ânimos e anseios da população que clama por uma resposta imediata e por “justiça”, num contexto em que esta última se assemelha muito mais à “vingança”.

Fauzi Hassan Choukr assevera que a associação entre emergência e urgência é inegável. Na esfera jurídico-penal, tal qual constata Ferrajoli, Choukr identifica duas formas de emergência, distintas e simultâneas: a legislação de exceção e as mutações legais das leis do jogo, afirmando que “[...] em ambas percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais”. (CHOUKR, 2002, p. 02-03)

Leonardo Sica, por sua vez, esclarece que o simbolismo penal funda-se em uma constatação empírica, pervertendo a lógica da prevenção geral positiva. O Direito Penal estar-se-ia deixando quedar a mercê da sua forte carga emocional, tornando-se “[...] fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população”. (SICA, 2002, p. 73)

O poder simbólico presente na legislação penal de emergência evoca o caráter meramente retributivo da pena e ignora os riscos e a falência deste modelo tradicional repressor, capaz, unicamente, de estigmatizar e, inclusive, agravar os

⁸ Conforme esclarece Flavia D'Urso: “A sociedade brasileira em geral, aí incluído um grande número de operadores do direito penal e processual penal, acredita na eficiência de imposição mais gravosa de pena e medidas cada vez mais restritivas da liberdade, como aptas a conter a criminalidade violenta. [...] Ingressam [nesse contexto] no ordenamento jurídico leis, e ainda, são utilizados de forma absolutamente distorcida mecanismos processuais já existentes, com indesejável assiduidade, particularmente quanto à custódia cautelar, de forma a atender a uma intervenção de caráter emergencial na tentativa de solucionar essa problemática questão da criminalidade. O *emergencialismo* diz com a adoção de providências legais e jurisdicionais cunhadas pela improvisação, rigorismo, ausência de coordenação sistemática, pouca ou nenhuma técnica e, em grande parte, inconstitucionais”. (D'URSO, 2007, p. 88 – grifo nosso).



problemas sociais de segurança pública (reais motivadores do clamor social por medidas repressivas mais gravosas), ao inviabilizar a ressocialização do indivíduo e propiciar um ambiente favorável ao crescimento do crime (sobretudo no que tange à criminalidade organizada) no âmbito das próprias penitenciárias.

No que concerne especificamente à utilização do DNA (ou ADN) para fins de identificação do indivíduo no âmbito criminal (suspeito/indiciado ou acusado), embora se reconheça o inquestionável interesse público/social no emprego desta técnica – que já deu provas inequívocas da sua eficácia e superioridade comparativamente aos meios tradicionais de identificação –, é preciso evitar-se recair em mais uma utilização insidiosa do poder simbólico do Direito Penal, com o escopo de abrandar o clamor social pela contenção da criminalidade e efetivação da segurança pública.

Víctor Rodríguez (2008, p. 211) nos adverte acerca da experiência inglesa, em que o primeiro-ministro Tony Blair anunciou a criação de um banco genético de todos os delinquentes do país (cerca de três milhões de cidadãos), em setembro de 2000, “refletindo sua preocupação com uma opinião pública que parecia considerar ‘brandas’ suas iniciativas de ordem pública, como narra de Herrera Bravo”⁹.

Também a França – primeiro país a regulamentar a formação de um banco de dados genéticos para fins de investigação criminal –, informa este autor, ainda que tenha, a princípio, regulamentado a possibilidade de criação de arquivo de impressões genéticas apenas para “proteção de menores vítimas de infrações sexuais” (art. 706-754 da Lei nº. 98-468), progressivamente optou por alargar suas hipóteses de cabimento, desrespeitando, em sua opinião, “*el principio de la proporcionalidad que ha de inspirar, con carácter general, las medidas restrictivas de derechos fundamentales, y, en particular, la práctica de los análisis de ADN y*

⁹ Rodríguez cita e indica a obra de H. Bravo, qual seja: HERRERA BRAVO, Rodolfo. **Los registros de ADN y los derechos constitucionales**: Cómo esquivar sin despellejar?, trabalho apresentado no II CONGRESO MUNDIAL DE DEREITO INFORMÁTICO, da Universidade Complutense de Madrid, set. 2002, disponível em: <<http://www.ieid.org/congreso/Ponencias/Herrera%20Bravo>>, p. 2.



posterior incorporación de los resultados genéticos obtenidos a ficheros automatizados o informatizados¹⁰“.

No atual contexto político-criminal, ressalta Rodríguez, de incremento do interesse em persecução face ao crescimento da delinquência (crime organizado em nível nacional e terrorismo, no plano internacional), “será difícil conter o afã do legislador brasileiro em prever esse tipo de identificação criminal, via DNA”. (RODRÍGUEZ, 2008, p. 211-215)

É para evitar este indesejado cenário, cada vez mais presente em se tratando de legislação álibi ou emergencial, que se prega a *necessária e imbricada correlação entre complementaridade funcional e instrumentalidade constitucional*¹¹. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. assevera que “é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma [exclusiva] pretensão (acusatória)”. (LOPES JR., 2006, p. 08)

¹⁰ Aqui, Rodríguez remete-se à J. F. Etxeberria Guridi, em sua obra: ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas (Parte I). **Revista de Derecho y Genoma Humano**, 19 jul./dic. 2003, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, p. 111.

¹¹ Nas palavras do ilustre doutrinador italiano, Luigi Ferrajoli: “Según una primera acepción, “garantismo” designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. Al tratarse de un modelo límite, será preciso hablar, más que de sistemas garantistas o antigarantistas tout court, de grados de garantismo; y además habrá que distinguir siempre entre el modelo constitucional y el funcionamiento efectivo del sistema. Así, diremos por ejemplo que el grado de garantismo del sistema penal italiano es decididamente alto si se atiende a sus principios constitucionales, mientras que ha descendido a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismo de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas - es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”. (FERRAJOLI, 1997, p. 851-852).



3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O ESTADO DE INOCÊNCIA E O DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO COMO LIMITES CONSTITUCIONAIS À CRIAÇÃO DE UM BANCO DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL

Face à necessidade supraevidenciada de uma imprescindível abordagem constitucional do Direito Penal e do Processual Penal, passar-se-á, pois, ao exame de alguns dos postulados constitucionais do processo penal brasileiro, pilares de todo o sistema processual penal, quais sejam: as garantias do devido processo legal, da presunção de inocência e do direito ao silêncio, dentre outros direitos e garantias fundamentais.

3.1 O postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) aplicado ao processo penal e a opção por um determinado modelo/sistema processual: o modelo acusatório

O artigo 5º, em seu inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, assim determina:

Art. 5º, LIV, CF/88 - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O correto entendimento da aplicação deste postulado processual na seara penal perpassa pela compreensão de cada termo que compõe a expressão *devido processo legal*.

No que tange ao termo “**legal**”, o seu entendimento é relativamente pacífico no que tange à observância não só das *formas* legais (forma é garantia, para Aury Lopes Jr). (LOPES JR., 2008, p. 497), mas principalmente do seu *conteúdo*, que deve atender às finalidades consubstanciadas em direitos e garantias constitucionais e processuais, seguindo a ideia de um processo penal constitucional, tal qual defendemos no item anterior.

Sobre **processo**, Távora e Alencar prelecionam que “o processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto [...]”, uma



vez que o *jus puniendi* concentra-se na figura do Estado (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 30). Já Aury Lopes Jr., assevera que o processo penal “é um instrumento [...] de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). [...]” (LOPES JR., 2008, p. 489). Nesse diapasão, é válido conceituar, de antemão, também o termo **prova**, já inserindo um dos temas centrais deste tópico (teoria geral da prova), para o que seguimos o entendimento de Elmir Duclerc, quando este afirma “a possibilidade de compreender prova como uma espécie de comunicação, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório” (DUCLERC, 2011, p. 493).

Ou seja, o **processo penal**, de modo a legitimar a atuação repressiva do Estado (detentor do *jus puniendi*) manifesta através da aplicação de uma sanção penal, representa um caminho, um esforço de reconstrução de um determinado evento histórico ensejador da pretensão punitiva do Estado, sempre de forma aproximativa, a fim de proporcionar a formação do convencimento do órgão julgador por intermédio da exposição e exame das provas, entendidas enquanto mensagens ou comunicações trocadas ao longo deste processo, dialeticamente entre os nele envolvidos.

Quanto à expressão **devido**, por fim, entendemos que esta, em processo penal, aponta para a adoção de um modelo ou sistema específico de processo: o **acusatório**¹², conforme explicar-se-á a seguir. Nesse sentido, também Elmir Duclerc indica que:

¹² Assim reforça Aury Lopes Jr.: “A questão é de suma relevância quando compreendemos que o sistema processual brasileiro é o (neo)inquisitório (pois o art. 156 e tantos outros atribuem a iniciativa probatória ao juiz) e que possui, como agravante, a prevenção como causa de fixação da competência, de modo que o juiz-ator da fase pré-processual será o mesmo que, pela regra do art. 83 do CPP, irá atuar na fase processual (admitindo, portanto, a prova que ele mesmo colheu). [...]”. (LOPES JR., 2008, p. 495).



[...] o princípio do devido processo legal, que se encontra expressamente previsto no art. 5º, LIV, da CR, pode ser compreendido de duas maneiras diferentes. Assim, há quem entenda que dele só se pode extrair a exigência de que a sentença condenatória seja sempre precedida de um processo, e que esse processo obedeça aos trâmites legais previamente instituídos. Outros, todavia, com os quais nos alinhamos, entendem o texto constitucional como exigência de um determinado tipo de processo (o processo devido). Mas, o que significa exatamente um processo justo ou devido? Nas palavras de SILVA JARDIM, fazendo coro com a melhor doutrina pátria, *o devido processo legal está vinculado à depuração do sistema acusatório de processo penal*. [...] o princípio do devido processo legal, consagrado no texto constitucional, impõe um modelo de processo orientado segundo o sistema acusatório de processo penal, com juiz imparcial e inerte, e partes parciais, em igualdade de condições. [...]. (DUCLERC, 2011, p. 498-520 - grifo do autor).

O **sistema acusatório** apresenta como características elementares: 1) a separação de funções (acusar, defender e julgar) – atribuídas, cada uma, a um órgão ou ator processual específico; 2) a imparcialidade ou inércia do órgão julgador – que não vai atrás das provas, não é dotado de iniciativa probatória, mas, sim, julga os fatos a partir do quadro probatório delineado pelas partes através dos elementos colhidos e por elas evidenciados (juiz espectador); 3) observância dos postulados do contraditório, ampla defesa e publicidade; 4) e o livre convencimento motivado, enquanto sistema de apreciação das provas, justamente em contraposição ao sistema das *provas legais*, que fere a presunção de inocência. Nessa mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Jr.:

[...] no *sistema acusatório* (que se pretende), o juiz mantém uma posição - não meramente simbólica, mas efetiva - de alheamento [...] em relação à arena das verdades onde as partes travam sua luta. Isso porque ele assume uma posição de espectador, sem iniciativa probatória. Forma sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes (e não dos quais ele foi atrás). [...] no processo *acusatório* o que se tem é uma pura operação técnica, *onde um resultado equivale ao outro* (tanto faz a condenação ou a absolvição, ao contrário da lógica inquisitiva dirigida para a condenação). O grande valor do processo acusatório está na justiça, o que equivale dizer, no jogo limpo. Literalmente, afirma o autor que *este modelo* (acusatório), *ideologicamente neutro, reconhece um solo valor: la justicia, El juego limpio (fair play)*. (LOPES JR., 2008, p. 496 - grifo do autor).

O sistema antagônico, que prevaleceu durante séculos no direito ocidental, é o inquisitivo, marcado justamente pela concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única figura: o juiz (verdadeiro ator processual); o órgão julgador é quem iniciará de ofício a persecução, irá em busca das provas e, ao final,



preferirá a decisão, tudo isso sob uma atmosfera sigilosa, obscura, sem compromisso com o contraditório ou a ampla defesa. Diante desse quadro, afirmam Távora e Alencar: “o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos”. (TÁVORA; ALENCAR, 2008, p. 34)

Com efeito, o sistema inquisitivo ou qualquer previsão que contenha o ranço das características supra-descritas, capaz de conferir poderes investigativos/inquisitoriais ao juiz, leva à prevalência de hipóteses (abstratas e imaginárias) sobre fatos, bem como conduz a um resultado específico: a condenação do réu. Senão, vejamos: se as provas carreadas aos autos pelas partes (acusação e defesa) não são suficientes para a formação do convencimento do juiz acerca da ocorrência ou imputação do fato criminoso ao réu (sua materialidade ou autoria) e abre-se, então, a este juiz, a possibilidade de que ele mesmo vá atrás de outras provas, não há outra consequência lógica senão a de crer que este juiz pretende condenar o réu a todo custo, posto que convicto (íntima e abstratamente, conforme suas conjecturas pessoais) de sua responsabilidade penal, afinal, se fosse para inocentá-lo, bastava aludir à insuficiência de provas e, especificamente no Direito brasileiro: ao estado de inocência, bem como ao consequente princípio do *in dubio pro reo* (não tendo o órgão acusador se desonerado da carga do ônus da prova, presumida a inocência)¹³.

É justamente a previsão constitucional inequívoca do estado de inocência (art. 5º, LVII), a ser discutida *infra*, que nos leva a consolidar o entendimento de que a previsão do devido processo legal, aplicada à esfera processual penal, aponta para a adoção do modelo acusatório de processo. Concordamos, pois, com Lopes Jr., ao indicar o “acerto de Goldshmidt ao afirmar que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários [inquisitoriais] ou democráticos [acusatórios] de sua Constituição. [...]” (LOPES JR., 2008, p. 493).

¹³ Foi exatamente isso que desacreditou o sistema inquisitório, aponta Goldshmidt: “o erro psicológico de crer que uma mesma pessoa possa exercer funções antagônicas como acusar, julgar e defender; ou, em termos probatórios, ter iniciativa (probatória), realizar o juízo de admissibilidade e gerir sua produção”. (LOPES JR., 2008, p. 495).



Nesse contexto, é possível afirmar-se, pois, que, *quanto à utilização de dados genéticos para individualização ou armazenamento, o postulado do devido processo legal, por si só, já representaria um importante limite a ser observado*, no seguinte sentido: 1) esta utilização precisará estar prevista por lei que regulamente a matéria em conformidade com os ditames constitucionais (forma e conteúdo); 2) utilizada como prova ao longo do processo, deverá estar sujeita ao diálogo entre as partes, isto é, ao contraditório e à ampla defesa (técnica e pessoal, esta última positiva e negativa, conforme se discutirá *infra*); 3) deverá sujeitar-se, também, ao modelo acusatório, não podendo ser, por exemplo, solicitada de ofício pelo juiz.

3.2 O Estado de inocência (art. 5º, LVII, CF/88) e a busca pela (mitológica) “verdade real”

A premissa do estado de inocência, ou postulado constitucional da presunção de inocência, encontra previsão expressa no art. 5º, LVII, da Carta de 1988, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 5º, LVII, CF/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Este postulado representa verdadeiro pilar do processo penal, podendo verificar-se a qualidade de um sistema processual mediante exame do seu grau de observância e eficácia; a sua relevância é tamanha que Lopes Jr. destaca, também, a afirmação de A. B. de Carvalho de que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ [...], neste momento histórico, da condição humana”¹⁴. Dele decorre, ademais, um *dever de tratamento* em duas dimensões, ainda conforme lição de Lopes Jr., uma interna (no âmbito mesmo do processo penal, destinada ao julgador e ao acusador, que devem tratar o réu como inocente, restando o recurso às medidas cautelares e atribuindo o ônus probatório integralmente ao acusador, sendo este quem deve superar a presunção

¹⁴ Aury Lopes cita Amilton Bueno de Carvalho, remetendo-se à obra: CARVALHO, Amilton Bueno de. “Lei, para que(m)?”. In: **Escritos de Direito e Processo Penal**, p. 51.



de inocência); e uma externa, impondo limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (LOPES JR., 2008, pp. 501-502).

Da presunção de inocência, erige-se o princípio do *in dubio pro reo*, tal qual indicado *supra*, levando à necessária absolvição do acusado nas hipóteses em que o órgão acusador não se desincumbir do *onus probandi*.

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate a sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperiosa. Isso porque, ao estar a inocência assistida pelo postulado de sua presunção, até prova em contrário, esta prova contrária deve aportá-la quem nega sua existência, ao formular a acusação. Trata-se da estrita observância ao *nulla accusatio sine probatione*. (LOPES JR., 2008, p. 503)

Não obstante a evidente, expressa e inequívoca opção política pela tutela constitucional do estado de inocência, a doutrina processual penal tem relutado em atribuir ao processo penal o *objetivo*, senão o *dever*, de buscar a “verdade real” supostamente presente em cada caso examinado, chegando a utilizar este como critério distintivo entre o processo civil e o processo penal. Neste ponto (dever), também se encontraria a pretensa “justificativa” para a assunção de um sistema inquisitivo e para a atribuição de poderes investigativos ao juiz.

Daí porque intimamente relacionados a presunção de inocência e o **problema da verdade** almejada no processo. Nesse contexto, questionamos, junto com Lopes Jr., que verdade seria essa, afinal, “quando se trata da prova no processo penal, culminamos por discutir também ‘que verdade’ foi buscada no processo. Isso porque [...] o processo penal é um ‘modo de construção do convencimento do juiz’, fazendo com que as limitações imanentes à prova afetem a construção e os próprios limites desse convencimento. Daí porque de nada serve lutar pela efetivação de um modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma inalcançável ‘verdade real’”. (LOPES JR., 2008, p. 521)



Em todos os momentos, contudo, que se pretendeu alcançar a verdade real ou material, supostamente mais consistente e com menos limites à atividade de investigação, o resultado obtido foi uma verdade prejudicada, forjada ou obtida à força (força bruta, inclusive). No ambiente sem freios desta inquisição, confessa-se tudo, até o inexistente e impossível.

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ato (inquisidor). [...] Noutra dimensão, devemos sublinhar - na esteira de FERRAJOLI - que a verdade substancial, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como um cognocitivism ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista de processo penal. (LOPES JR., 2008, p. 521-522)

Em nome desta “verdade”, autorizam-se e fundamentam-se as mais diversas atividades e práticas probatórias – os fins justificam os meios (a qualquer custo).

Para a prevalência de uma verdade assim obtida não teriam sido necessários anos de evolução da disciplina e modelo processual penal, nem sequer a existência de um *processo* seria preciso, quiçá um processo *legal, devido* e, conforme tudo o que já se expôs, *constitucional*. Com efeito, no processo penal constitucional hodierno, com destaque para a realidade brasileira, só a *conclusão processualmente válida*, obtida sob um viés dialético, democrático e em observância aos direitos e garantias fundamentais poderá ter lugar de forma legítima.

Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias consideradas como penalmente relevantes. [...] Como explica FERRAJOLI, a verdade processual não pretende ser *a verdade*. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A *verdade formal* é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética *verdade substancial*. (LOPES JR., 2008, p. 522-523)



Fala-se aqui, pois, em *verdade processual*, enquanto uma *verdade aproximativa*, limitada pelo que é possível saber a partir do que é trazido ao processo (na linha do que leciona Luigi Ferrajoli) (FERRAJOLI, 1997).

Ao adotar as premissas epistemológicas lançadas por Ferrajoli na paradigmática obra “Direito e Razão”, Elmir Duclerc afirma que o seu objetivo no capítulo acerca da teoria da prova do seu manual de Direito Processual Penal é “tentar identificar caminhos racionais, democráticos e garantistas de reconstrução da verdade fática no processo penal. Nesse sentido, parece claro que precisamos sair um pouco da discussão estritamente técnico-jurídica para tentar identificar alguns fundamentos filosóficos que devem estar na base de qualquer concepção teórica e normativa sobre a prova”. (DUCLERC, 2011, p. 494)

Tais fundamentos filosóficos teriam sido erigidos a partir do pensamento liberal do séc. XVIII, tendentes a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo formulado em um processo penal, limitando a atuação punitiva do estado e salvaguardando o indivíduo contra o império da arbitrariedade estatal. Tratam-se do *convencionalismo* penal e do *cognoscitivismo* processual.

O primeiro (convencionalismo) teria relação direta com a estrita legalidade, determinando, de um lado, que os fatos puníveis deveriam ser sempre *convencionados* – indicados previamente pela Lei, sem que remanescesse espaço para referência a condutas ontologicamente criminosas; de outro, que a descrição legal necessitaria abarcar exclusivamente fatos, jamais aspectos subjetivos próprios à condição pessoal do agente. O segundo fundamento (cognoscitivismo), por sua vez, poderia ser compreendido a partir da determinação de que as acusações formuladas em um processo devem estar sujeitas à demonstração empírica; imperioso se faz, em conformidade com o cognoscitivismo processual, que seja possível, na prática, averiguar e refutar a tese acusatória. Eis “a máxima *veritas non auctoritas facit iudician*, isto é, a decisão sobre a verdade fática deve ter compromisso com uma verdade que decorra de um determinado tipo de procedimento, e não na confiança depositada na autoridade do juiz, por mais confiável e competente que ele seja (tendência flagrantemente autoritária e antigarantista, conhecida como decisionismo processual)”. (DUCLERC, 2011, p. 495)



Acerca da famigerada “verdade real” é possível afirma-se, ainda, que mesmo que a sua busca fosse autorizada através de meios menos insidiosos, tal busca seria completamente infrutífera, na medida em que simplesmente não existe tal verdade – em primeiro lugar, porque correspondente a fatos passados, impossíveis de serem revividos, rememorados de forma direta; em segundo, por questões filosóficas que podem vir a ser estudadas oportunamente, mas que, em linhas gerais, evidenciam as próprias limitações humanas e da linguagem para apreender tamanha pretensão de Verdade. Já dizia João Ubaldo Ribeiro, “não existem fatos, só existem histórias”, isso porque toda a percepção humana da realidade circundante é intermediada pelas vivências, historicidade e limitações (pré-compreensões) de cada indivíduo, apenas sendo possível um diálogo entre estas percepções. Dessa forma, o que se alcança ao final do processo não é exatamente uma *verdade*, seja ela real, material ou processual, nem bem uma certeza, mas o mais próximo disso que seja humanamente possível.

[...] A única certeza que pode ter [o juiz], na verdade, porque isso depende dele, em cada ato do processo, é que todas as garantias processuais foram respeitadas, e aí, ainda que venha a cometer uma injustiça, ele (e o Estado) terá pelo menos a certeza de que o erro era realmente inevitável. É forçoso reconhecer, portanto, que também no processo penal a verdade possível é apenas a verdade processual, que está necessariamente comprometida com condições de *convalidação*, traduzidas em regras que disciplinam um método legal de comprovação processual. (DUCLERC, 2011, p. 497)

O recurso à utilização do DNA para identificação e investigação criminal, bem como a criação de um banco de dados genéticos encontraria, face ao panorama ora traçado, um limite muito nítido na tutela constitucional do estado de inocência e no *in dubio pro reo*, à medida que poderia representar uma nova perspectiva de busca pela mitológica e utópica “verdade real”. As possibilidades advindas do emprego desta nova técnica, a fiabilidade, eficiência e relativa agilidade dos resultados assim obtidos podem despertar o afã do órgão julgador pela flexibilização de garantias constitucionais em prol da “realização da justiça” e do “interesse público”. Poder-se-ia, nesse contexto, inclusive, legitimar a obrigação de o indiciado ou acusado fornecer material de coleta para estes fins, produzindo prova contra si mesmo (quem sabe até criminalizando a hipótese de negativa), ou ainda a recolha de material desprendido do seu corpo para análise sem o seu consentimento



ou qualquer tipo de fundamentação/procedimento idôneo(a); ambas as hipóteses por demais temerosas.

Sónia Fidalgo ressalva, por fim, que mesmo os exames de DNA não operam com certeza, mas com probabilidade, não devendo ser, portanto, interpretados como “a” prova, mas como mais um meio probatório, nitidamente subsidiário em razão da sua afetação aos direitos e garantias individuais. Esta mesma autora pontua que “uma das finalidades do processo penal é a realização da justiça e a descoberta da verdade material. Todavia, não podemos esquecer outra finalidade do processo penal, a protecção dos direitos fundamentais do cidadão perante o Estado, que impõe que a verdade que se procura seja uma verdade processualmente válida”. (FIDALGO, 2006, p. 120)

3.3 O direito ao silêncio/não autoincriminação (art. 5º, LXIII, CF/88) e a coleta de material genético

O direito ao silêncio remanesce logrado no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal:

Art. 5º, LXIII, CF/88 - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Também o art. 8.2, letra “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos determinou que toda pessoa tem o *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada*. Ainda que tardiamente, ademais, o próprio direito processual penal incorporou, especificando-o, o direito ao silêncio, mediante a alteração do art. 186 do CPP, onde, agora, lê-se:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe foram formuladas.

Este direito, desmembramento do direito à (ampla) *defesa*, neste caso *peçoal e negativa*, representa uma faceta do princípio *nemo tenetur se detegere*, de



acordo com o qual não poderá haver prejuízo jurídico em virtude da opção, por parte do acusado, em calar, omitir-se, não corroborar com os esforços probatórios no decurso do processo.

Acerca do direito ao silêncio e, por conseguinte, à não autoincriminação, afirma Duclerc que: “a defesa pessoal do acusado [...] não está restrita a atos comissivos, mas abarca também determinadas omissões que tenham por objetivo impedir a atuação da pretensão punitiva. Estamos falando, fundamentalmente, das repercussões do chamado direito ao silêncio, ou direito de não declarar contra si mesmo, previsto no art. 5º, LXIII, da CR [...]”. (DUCLERC, 2011, p. 507)

Sónia Fidalgo, ao seu turno, segue o mesmo raciocínio, asseverando que acompanha “Wolfslast quando afirma que ‘não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova. De resto, será difícil discernir porque é que a dignidade humana do arguido só é atingida quando forçado a uma acção e já não quando compelido a ter de tolerar uma acção”. (FIDALGO, 2006, p. 141)

Aury Lopes Jr., por fim, sempre preciso, pontua que: “através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízo ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência”. (LOPES JR., 2008, p. 588)

Com efeito, diante do quadro delineado pelos autores supracitados, não resta dúvida de que, senão impossível, muito difícil é falar-se em obrigatoriedade do indiciado ou acusado em ceder material para **exame genético** que possa vir a ser utilizado como prova contra si, incorrendo o cedente em autoincriminação. Qualquer tipo de coleta sem o seu consentimento, bem como o recurso a amostras já existentes em um banco de perfis genéticos destinado à persecução criminal, além de *meios atentatórios ao estado de inocência, também comprometem, sobremaneira, o direito ao silêncio*. É preciso observar-se, com muita cautela, pois,



em que medida, hipóteses e de que forma estes direitos e garantias fundamentais podem vir a ser flexibilizados.

4 OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO: O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL, PRIVACIDADE, INTIMIDADE E INTEGRIDADE

Além das prerrogativas constitucionais do devido processo legal, estado de inocência, direito ao silêncio e à não autoincriminação já analisadas acima – garantias de cunho mais processual penal –, outros direitos do indivíduo merecem ser examinados com cautela na oportunidade em que for realizado o enfrentamento da colisão entre direitos fundamentais, tal qual já se discutiu, ensejado pela implementação da medida que visa à possibilitar a criação de um banco de perfis genéticos no Brasil.

Estes direitos também contam com um *status* constitucional de direito fundamental, merecendo tutela assegurada tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pelo Código Civil (1916 e 2002), quais sejam: o direito à *privacidade*, *intimidade*, à *autodeterminação informacional* e *integridade* (física/corporal e/ou moral).

O texto constitucional assim determina:

Art. 5º, X, CF/88 - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] **XLIX** - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; [...].

O Código Civil de 2002, ao seu turno, prevê que:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

De acordo com a doutrina constitucional (MENDES, 2009, p. 420), o *direito à privacidade* destinar-se-ia à salvaguarda contra a divulgação ou conhecimento



público de informações pertinentes à vida privada do indivíduo, isto é, referentes ou que possam afetar as suas relações pessoais em geral, comerciais e/ou profissionais. O *direito à intimidade*, ao seu turno, restringiria ainda mais a abrangência dessas informações ao âmbito pessoal do próprio indivíduo e seu núcleo mais próximo, qual seja, de relações familiares e de amizade.

Com a doutrina civilista (FARIAS, 2007, p. 108-111), encontra-se a definição dos chamados *direitos da personalidade*, compreendidos como “direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais”; isto é, tratam-se de direitos relacionados intrinsecamente ao desenvolvimento da pessoa humana, abarcando suas projeções físicas, psíquicas e intelectuais, bem como individualizando cada titular destes direitos de forma a garantir-lhes tutela jurídica plena e segura. São direitos conhecidos, em sua grande maioria, por serem *absolutos, relativamente indisponíveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais*, que tomam por base a *dignidade* e a *integridade* da pessoa humana.

Esta integridade pode ser mais bem delineada se compreendida a partir da subdivisão em *integridade física ou corporal* e *integridade moral ou psíquica*.

A *integridade física ou corporal*, decorrência indiscutível da proteção maior à *vida* humana, destina-se à tutela jurídica do corpo humano, da incolumidade corporal, aqui englobando-se o corpo vivo, morto, além dos tecidos, órgãos e *partes suscetíveis de separação e individualização*. Já a *integridade moral ou psíquica*, por sua vez, decorrência da tutela da *dignidade* da pessoa humana, destina-se a proteger o conjunto psicológico da estrutura humana, isto é, a incolumidade moral ou higidez psíquica da pessoa, abarcando a sua honra, liberdade, recato, imagem, vida privada e nome; representa, por fim, a salvaguarda das “*emanações da alma, essencialmente incorpóreas, distintas das projeções físicas do indivíduo*”. (FARIAS, 2007, p. 139)

A defesa da integridade moral perpassa, tal qual mencionado, pelo fomento ao resguardo também da privacidade, aqui destacando-se a *teoria dos círculos concêntricos da vida privada* ou *teoria das esferas da personalidade* de Heinrich Hubmann (HUBMANN, 1995, p. 36), elaborada e incorporada pela doutrina alemã a partir de 1953, para esclarecer a relação entre privacidade, intimidade e segredo.



Para Hubmann, a vida privada do ser humano poderia ser compreendida a partir da formulação de três círculos concêntricos a delimitar, de acordo com a densidade de cada camada, três esferas de privacidade: a *privacidade* propriamente dita, que representaria o refúgio do indivíduo diante da coletividade, o direito de viver a sua própria vida sem interferências ou ingerências externas; o direito ao *segredo*, isto é, de não divulgação dos fatos relacionados à própria vida da pessoa que só a ela e ao seu núcleo mais próximo dizem respeito, não aos demais; e, por fim, a *intimidade*, que a esfera mais pessoal e próximo do próprio indivíduo, devendo por ele ser controlada, afinal, existem fatos e informações que nem à família ou amigos dizem respeito.

O direito à privacidade pode ser ainda apontado, conforme o difundido ensinamento de Paulo José da Costa Júnior (1995, p. 14), como a necessidade do indivíduo de “encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna”.

A utilização de amostras de material genético para fins de identificação ou armazenamento (civil ou criminal), nesse contexto, representa potencial mecanismo de violação aos direitos supra indicados, na medida em que:

1) A depender da **forma de coleta** das amostras, se não revestida de justificção e fundamentação legal e constitucionalmente proporcional, poderá representar agressão à integridade corporal do indivíduo; neste ponto, para configurar a ofensa não se faz necessária lesão significativa, evidente ou capaz de ensejar dor ao corpo da pessoa, mas apenas que a amostra colhida contenha potencial lesivo à sua integridade. No caso das amostras de DNA (ou ADN), ainda que diminutas (fio de cabelo, saliva ou esperma), elas contém, em cada célula, todo o mapa genético do indivíduo, uma pequena síntese de todo o seu corpo e ser. Dessa forma, para os usos a que se destinam, estas amostras, independentemente do tamanho, representam, sim, uma ameaça de lesão à integridade física.

2) O mais grave, contudo, é a **forma de análise e armazenamento** destas amostras, uma vez que, justamente por conter, em cada célula, o DNA completo de uma determinada pessoa, para além de identificá-la, o código genético pode revelar características pessoais (físicas e, para alguns, inclusive psicológicas/de personalidade), traços de hereditariedade (informações relativas ao núcleo familiar,



que transcende a esfera do indivíduo) e anomalias congênitas ou patologias genéticas (muitas que sequer poderão vir a se desenvolver ao longo de toda a vida da pessoa).

Tais informações contidas no DNA, se manipuladas de forma inidônea ou descuidada, podem provocar o vazamento de dados relacionados às esferas da privacidade e intimidade do indivíduo, afinal, esta divulgação poderá afetar as suas relações de trabalho (discriminação em razão da compleição física ou potencial para desenvolvimento de alguma patologia que, por ventura, venha a impossibilitar a pessoa para o trabalho), familiares (doenças hereditárias), dentre outras.

No âmbito da intimidade, fala-se ainda em *intimidade genética* (direito à intimidade genética, bem explicado e defendido por Víctor Gabriel Rodríguez (RODRÍGUEZ, 2008)) e em *autodeterminação informacional*. Este último direito individual tem ampla previsão no Direito Europeu, sendo bastante debatido quando o tema é justamente a criação de bancos de perfis genéticos. O seu conteúdo, em linhas gerais, diz respeito à prerrogativa conferida ao indivíduo de controlar (incluir, retirar, modificar, atualizar e acompanhar, a qualquer tempo) qualquer base de dados pessoais que lhe diga respeito e possa afetar-lhe; é o direito de autodeterminar-se relativamente a informações pessoais. No Brasil, esse direito poderia ser compreendido como abarcado pelo direito à privacidade e intimidade, inclusive no que tange à intimidade genética e à proteção das informações contidas no DNA.

Face ao panorama ora construído de direitos fundamentais e da personalidade passíveis de violação em caso de desvirtuamento da finalidade a que se destina a criação de bancos de perfis genéticos (FIDALGO, 2006, p. 120-128; RODRÍGUEZ, 2008, p. 209-216), a *separação da parte não-codificante da molécula de ADN* para fins de análise (parte do DNA que não contém características pessoais ou hereditárias), apenas se observada de forma rigorosa, controlada e sancionada, poderá garantir a salvaguarda dos direitos do doador – do contrário ensejará a correspondente responsabilização civil, mediante *reparação* (danos materiais) ou *compensação* (danos morais), ou, ainda, através do exercício da contemporaneamente tão discutida *função punitiva da responsabilidade civil* –, sem



que se possa, por fim, prescindir da já indicada necessidade de ponderação dos bens em confronto quando da aplicação da medida (coleta/armazenamento de amostras).

5 CONCLUSÃO: A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ALEXYANA – UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL

Em face do panorama delineado *supra* acerca do *processo penal constitucional* brasileiro e dos direitos fundamentais potencialmente afetados com o uso do material genético para fins de investigação criminal, com destaque para a garantia do devido processo legal, da presunção de inocência e do direito ao silêncio, é possível inferir-se que tanto a utilização pontual de material genético para fins de identificação na esfera criminal, quanto a formação de um banco nacional de perfis genéticos para fins de persecução interferem por demais na esfera dos direitos e garantias constitucionais do indivíduo.

Para enfrentar esta colisão que ora se delinea entre os direitos e garantias individuais e o direito da coletividade à segurança pública, é possível recorrer-se à máxima da proporcionalidade formulada pelo jurista alemão Robert Alexy.

Com base em um conceito não positivista de Direito, o qual conduz a uma proposta de união necessária entre Direito e Moral em virtude da aproximação entre a dimensão real e fática do Direito (“o decretado e o eficaz”) e uma dimensão ideal ou discursiva (“pretensão de correção”) imperiosa a partir da II Guerra Mundial, Robert Alexy constrói a sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” e a noção de um “Constitucionalismo Discursivo”, cuja ideia de proporcionalidade, compreendida enquanto razão efetivadora de direitos fundamentais, visa a resguardar ao máximo o núcleo essencial de cada um dos direitos em colisão – racional e argumentativamente. Dessa forma, Alexy leva para diversos países as construções teóricas do “Tribunal Constitucional Alemão”.

Também esta visão não positivista do Direito leva o jurista alemão a compreender, seguindo o quanto já fora indicado pelo americano Ronald Dworkin, as normas (sobretudo aquelas que veiculam direitos fundamentais) como passíveis



de apresentar uma estrutura de regras ou de princípios (ou, ainda, uma estrutura mista), ambas com caráter verdadeiramente jurídico-normativo.

O ponto decisivo acerca da distinção entre estas duas estruturas seria o fato de os princípios corresponderem a normas que ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível, no limite das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*. Princípios jurídicos representariam, pois, *mandamentos de otimização*, cuja marca seria justamente a possibilidade de serem satisfeitos ou realizados em graus variados, enquanto as regras, por sua vez, representam normas que deverão ser plenamente satisfeitas, exatamente como determinam os seus comandos, ou terão a sua validade comprometida. A distinção entre regras e princípios, nesse contexto, é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau.

A partir desta diferença qualitativa, também a colisão entre regras e princípios merece tratamento diferenciado, destacando-se, para efeitos deste trabalho, a colisão entre princípios. Princípios podem colidir abstrata ou concretamente, isto é, enquanto previsões normativas e no caso concreto, a título ilustrativo. Em um primeiro momento, poderá o Legislador, ele mesmo e mediante lei ordinária que tenha passado, necessariamente, pelo crivo da compatibilidade com a Constituição Federal, solucionar a contenda, atribuindo maior proteção a um ou a outro bem jurídico e definindo as hipóteses e/ou condições em que tal proteção se dará. Também nesta atividade legislativa recorre-se a considerações relativas à ponderação de valores, princípios ou direitos – compreendidos, aqui, enquanto razões que guiam, diretrizes e mandamentos de otimização. Não obstante, é em face do caso concreto, da aplicação e efetivação destes direitos fundamentais colidentes, que se fará mais nítida e imprescindível (em razão da necessária fundamentação das decisões judiciais) a utilização da *ponderação*.

No direito constitucional alemão, a ponderação é uma imponente etapa do que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o ***princípio da proporcionalidade***.

O *princípio ou máxima da proporcionalidade* decompõem-se em três *princípios parciais ou subprincípios*: 1) princípio da idoneidade; 2) da necessidade; 3) e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três expressam a ideia supramencionada de otimização.



Os princípios da idoneidade e da necessidade consubstanciam a otimização no que tange às *possibilidades fáticas*. **Idoneidade** (ou adequação) equivale à noção de que o meio empregado para realizar um princípio ou direito fundamental deve ser, impreterivelmente, idôneo, adequado, apto à consecução do fim pretendido; do contrário, a mitigação que a escolha deste meio ou medida implica ao direito fundamental contrário será em vão e nenhum direito fundamental, enfatiza Robert Alexy em seus escritos, pode vir a ser afetado sem que haja uma razão justificadora muito forte para tanto. Este subprincípio, primeira etapa do exame acerca da proporcionalidade de uma medida a ser adotada, exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem que, ao menos, outro princípio de igual relevância seja fomentado. Esta nada mais é que a expressão da ideia da *Otimidade-Pareto*: uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras.

No mesmo sentido deve seguir o raciocínio em torno do subprincípio da **necessidade**. Este determina que, face à constatação da existência de dois meios aptos a fomentarem igualmente bem um determinado direito fundamental, deve-se escolher aquele que menos intervenha no outro direito fundamental colidente com o primeiro. Isto é, se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente idôneo, então, na linha da *Otimidade-Pareto*, uma posição pode ser melhorada sem que nasçam custos para a outra. Em outras palavras, ainda, um dado meio de realização de um princípio/garantia/direito fundamental só deve ser empregado se não houver, disponível, nenhum outro que interfira menos no princípio/garantia/direito fundamental colidente com o primeiro e seja igualmente idôneo ao alcance dos mesmos fins pretendidos; apenas se for realmente *necessário* e não houver outra solução tanto idônea, quanto menos gravosa.

Se custos ou sacrifícios não podem ser evitados, todavia, torna-se necessária uma ponderação.

O terceiro e último subprincípio da proporcionalidade alexyana é, pois, a **ponderação**, também conhecida como *proporcionalidade em sentido estrito*. Este princípio parcial traduz o significado da otimização relativamente às *possibilidades jurídicas* e corresponde a uma regra que Robert Alexy denomina como “lei da ponderação”.



De acordo com a “*lei da ponderação*”, esta atividade (etapa), este ponderar, também decompõe-se em três passos: a) no primeiro, deve ser verificado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; b) em seguida, seria necessário proceder-se à análise da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário; c) e, por fim, no terceiro momento, questionar-se-ia se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário *justificaria* o prejuízo ou não-cumprimento do primeiro princípio.

Ao seguir-se as três etapas da máxima da proporcionalidade, incluindo-se os três passos da ponderação, seria possível enfrentar a inevitável colisão entre direitos fundamentais de forma racional, argumentativa, fundamentada e legítima, salvaguardando-se o máximo possível do núcleo de cada um destes direitos de *status* constitucional, ao menos de acordo com o entendimento do jurista alemão Robert Alexy e em conformidade com o que tem entendido e manifestado também o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Qualquer determinação do legislador penal/processual penal nesse sentido, portanto, levando em consideração a relevância das finalidades de política criminal, deve assegurar, impreterivelmente, a realização de um juízo de proporcionalidade abstrata entre os direitos em conflito, observando os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da previsão legislativa, restringindo as hipóteses de utilização/armazenamento do material genético.

Também o órgão julgador, quando estiver diante do caso concreto e da prerrogativa já conferida por lei de manuseio destes dados pessoais deverá realizar, *in concreto*, o sopesamento de direitos a justificar a aplicação da medida, constatando a inexistência de outro(s) meio(s) *adequado, necessário e proporcional em sentido estrito*.

Afinal, retornando às bases filosóficas kantianas do hoje já quase famigerado princípio da dignidade da pessoa humana, aqui resgatado em seu sentido mais nobre, o homem só pode ser considerado enquanto *fim* e jamais *meio* ou instrumento a serviço de finalidades outras. Daí falar-se, também, em



*bioconstituição*¹⁵, em razão da sua preocupação bioética, a qual deve ser parâmetro ético-filosófico das discussões em torno da temática ora proposta, reforçando a impossibilidade de instrumentalização do indivíduo (em tempos de funcionalização do processo penal), não importando os fins ou resultados (no caso, de política criminal) pretendidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA NETO, João Beccon de. **Bancos de dados genéticos para fins criminais**: aspectos jurídicos. Monografia apresentada como requisito para a aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovada pela Banca Examinadora composta pelo orientador Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza, Profa. Dra. Anamaria Gonçalves dos Santos Feijó e Profa. Me. Livia Haygert Pithan.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e Política – Tópicos para uma Intervenção. *In*: **Constituição e Processo**: entre o Direito e a Política. Felipe Machado e Marcelo Cattoni (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 139-154.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁵ Conceituando: “As questões suscitadas pela evolução das pesquisas realizadas pelas ciências biomédicas têm merecido atenção por parte dos textos constitucionais. Oliveira Baracho, em instigante artigo intitulado *Bioconstituição: bioética e direito; identidade genética do ser humano*, esclarece que o discurso jurídico constitucional, que tem como base a identidade genética, proporcionou o surgimento da palavra *bioconstituição*, entendida como conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, quem tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a biomedicina”. (FABRIZ, 2003, p. 319-320)



D'URSO, Flavia. **Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. In: DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 29 (2006), p. 15-31.

FIDALGO, Sónia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 16. Nº. 1. Jan./Mar. 2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 115-148.

GOMES, Luiz Flávio. Mídia e Direito Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2040, 31 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12274>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

HUBMANN, Heinrich. Das persönlichkeitsrecht. Münster: Böhlau-Verlag, 1953, apud COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Tutela Penal da Intimidade: perspectiva da atuação penal na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2008.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.