

O DNA Forense e suas Implicações Jurídico-penais

Juliana Hermont de Melo

Advogada, especialista em Bioética pela PUC-MINAS, membro-fundador do Capítulo de Bioética da Sociedade Brasileira de Clínica Médica e atual Vice-presidente do mesmo, Membro Consultor da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB Federal, Presidente e membro-fundador da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/MG e Consultora de Bioética e Biodireito do Núcleo Estudos Mulher e Saúde – NEMS da Faculdade de Medicina da UFMG.

Segundo o grande pesquisador norte americano, Dr. Alvim Toffler, em sua última visita ao Brasil, “os analfabetos do futuro não serão os que não sabem ler e escrever, mas aqueles que não sabem aprender, desaprender e reaprender”. Esta afirmação representa a realidade que os operadores do direito enfrentam atualmente, em face do desenvolvimento acelerado da biotecnologia, a qual coloca em xeque vários institutos e princípios do arcabouço jurídico pátrio. A nova realidade descortinada exige um reposicionamento não só dos juristas como de todo o direito.

Todo esse “progresso” se deve a dois cientistas britânicos que há 50 anos atrás “descobriram o segredo da vida”. Tratava-se de Francis Crick que, juntamente com um jovem bioquímico americano, James Watson, havia desvendado a estrutura da molécula do DNA. A partir deste fato histórico para a ciência e para a humanidade, as demais pesquisas, juntamente com os conflitos éticos, morais e jurídicos que delas advierem tornaram-se possíveis. Assim, hodiernamente resta clara e notória a mudança ocorrida na ciência depois da descoberta da estrutura básica do DNA, a molécula de dupla hélice que guarda todas as informações genéticas dos organismos dentro das células. Somente discutimos sobre Projeto Genoma Humano, clonagem e transgênicos graças aos estudos de Watson e Creek, um desconhecido e “admirável mundo novo” foi descoberto e passível de ser concretizado.

A utilização do exame de DNA como meio de identificação de suspeitos e indiciados criminais, se por um lado pode representar a diminuição da impunidade e/ou uma poderosa arma no auxílio de casos difíceis, já que propicia a associação e a identificação da origem de evidências biológicas presentes nos locais do crime com seus prováveis “donos”, tais como suor, cabelo, sangue, sêmen, saliva entre outros. Inúmeros questionamentos são trazidos à baila quanto à legalidade da utilização destas técnicas quando as confrontamos com as garantias constitucionais e processuais penais vigentes no país.

Desta forma, uma análise mais minuciosa da questão faz-se necessária. A molécula de DNA possui quatro características que lhe são inerentes, as mesmas responsáveis por a tornarem tão eficiente como prova em um processo crime ou em qualquer outro meio de identificação humana. São elas: perenidade, imutabilidade, variabilidade e possibilidade de classificação por um método científico.

Entende-se por perenidade a capacidade de estar presente nos seres vivos do início ao fim da vida, inclusive em restos mortais. Imutabilidade a propriedade de não sofrer alterações relevantes no conteúdo informacional ao longo da vida do indivíduo, ou seja, o DNA de um ser vivo terá a mesma informação básica desde de seu desenvolvimento embrionário até após sua morte. Variabilidade, o DNA de uma pessoa jamais será igual ao de outra; exceto o dos gêmeos univitelinos (idênticos). O mais impressionante a respeito desta

característica que genotipicamente somos somente 0,1 % diferentes, ou melhor, por mais gritantes que possam aparentar as diferenças entre nós, seres humanos, –no fenótipo, na aparência externa - somos 99,9% iguais em nosso código genético.

Desta forma, somos identificados com precisão devido a esta pequena; porém fundamental distinção, que há entre o genoma de cada pessoa. A possibilidade de classificação do DNA ocorre através dos marcadores genéticos entre outros métodos, já esclarecidos pela Dra. Cláudia em seu trabalho.

A forma utilizada para identificação de uma amostra coletada em uma cena de crime obedece a uma gama de critérios e procedimentos rígidos e específicos como bem esclareceram a Dra. Cláudia e o Dr. Alessandro no início deste curso. Uma falha em qualquer parte do processo quer de coleta do material quer da análise a prova será invalidada, pois ocorrerá a contaminação da amostra.

Vale ressaltar que a mesma técnica utilizada para a tipagem do DNA criminal será para a prova utilizada na amostra de um processo cível, ou seja, parte-se da análise da amostra questionada – é que se busca identificar, compara-se esta com a amostra padrão – origem conhecida; porém sem vinculação com o crime e por fim procede-se a verificação da amostra de exclusão – origem conhecida e com vinculação com o local do crime, com o suspeito ou com a vítima. Esta última não deve ser da própria vítima como ensina a boa técnica de perícia criminal, normalmente utiliza-se o DNA dos detetives do caso ou de alguém que teve acesso à vítima, como o do marido de uma mulher que foi estuprada e morta; contudo na noite anterior mantiveram relação sexual. Como ensinam Luiz Antonio Ferreira da Silva e Nicholas Soares Passos in DNA Forense – Coleta de Amostras Biológicas em Locais de Crime para Estudo do DNA -, “a amostra de exclusão tem como objetivo eliminar a possibilidade do DNA questionado ter sido doado por outras pessoas que não as implicadas no crime”.

Isto posto, o DNA como meio de prova e investigação pode ser utilizado para auxiliar o esclarecimento em vários tipos de condutas delituosas, como: associar ou excluir um indivíduo como autor de um delito, associar dois ou mais locais de crime entre si ou a um suspeito, identificar uma vítima desaparecida através de seus parentes e encontrar suspeitos através de amostras previamente coletadas e armazenadas em um “banco de dados”.

Conforme já visto durante o curso, o processo de extração do DNA quer de material fresco, partes moles (tipagem mais fácil) quer de ossos, dentes ou corpos carbonizados (tipagem bastante difícil) é uma biotecnologia (conhecimento) caro; logo a utilização pelos agentes policiais sofre algumas limitações, uma vez que a questão de alocação de recurso, seja ela em qual área for, representa um sério problema para um país em desenvolvimento como o Brasil. Ante tal dificuldade fática, nascem os questionamentos jurídicos processual-penais. Por quanto tempo o DNA de um criminoso ficaria arquivado junto aos órgãos policiais (Estado)? Quais seriam os critérios para um cidadão ter seu DNA identificado? Como conciliar a presunção constitucional de inocência e a formação de um banco de dados de DNA para o combate ao crime?

As questões supramencionadas devido a grande relevância que possuem merecem ser avaliadas com maior cuidado; portanto iremos nos deter um pouco em cada uma.

I - Prescrição da ação e execução penal X perenidade do DNA

De que adianta o Estado ter em seu poder provas e/ou conhecimento para obtê-las a qualquer tempo se a propositura da ação penal prescreve, bem como a execução da pena ante a inércia do Ministério Público (ação pública ou condicionada) e/ou da vítima (ação privada) vide art. 43, II do Código Processual Penal Brasileiro (CPP) ou do Poder Judiciário?

O acesso a este conhecimento parece-nos uma incoerência jurídica, uma vez que uma prova cabal de um crime; porém onerosa para o erário, será mantida ou poderá ser obtida, mas não terá mais valia devido ao decurso de tempo. Neste caso, qual será a solução? A não utilização da tecnologia ou a adequação do sistema jurídico processual penal, penal e constitucional e a introdução do conhecimento à disposição dos peritos criminais? O que o direito deve buscar como seu fim último? A condenação a qualquer preço de um indiciado, movido por um mal-estar social de impunidade ou proteger o cidadão e suas garantias constitucionais e processuais?

Neste tema, como nos demais as dúvidas são grandes e infelizmente, nós operadores do direito nos encontramos perdidos e momentaneamente sem respostas para esta realidade. Resta-nos estudar e buscar o diálogo com as demais áreas do conhecimento, na tentativa de surgirem soluções mais justas e eficientes. Uma vez que, parafraseando Ronald Dworkin em *O Império do Direito*, em casos difíceis não existem respostas certas, apenas diferentes, as quais devem ser procuradas pela razão e pela imaginação e ousamos acrescentar pela transdisciplinariedade entre as várias ciências e seus operadores, ou seja, lutar pela comunhão do saber científico.

II - Instituto da reabilitação penal, art. 743 CPP X formação de bancos de dados de DNA

A formação de um banco de dados de DNA de criminosos já é uma realidade em vários países do mundo, como Estados Unidos, Inglaterra e Austrália. Todos aqueles suspeitos por terem cometido crimes contra a vida, violência sexual e de combate internacional possuem seu DNA tipado e arquivado por tempo indeterminado, através de um sistema conhecido nos Estados Unidos por CODIS e NIDIS.

Este sistema implantado no Brasil como ficará o instituto da reabilitação penal, o qual permite ao condenado, depois de cumprido sua pena requerer sua reabilitação, ou seja, a exclusão do cometimento do delito de seus registros públicos. Novamente, a tecnologia se choca com a norma vigente, por uma séria de razões. Porém, a principal é o enorme descompasso entre a tecnologia e nossas leis, normas e princípios vigentes.

III - Presunção de inocência X formação de bancos de dados de DNA

Este se revela como a face mais cruel da formação de um banco de dados de DNA para fins criminal, pois modifica, inverte, a presunção processual penal de inocência estipulada na Constituição da República (CR/88) artigo 5º, LVII; já que a pessoa não será inocente até se prove o contrário e sim culpada até que se prove sua inocência.

Uma vez tendo o DNA identificado a pessoa estará automaticamente marcada como criminosa, porque uma prova tão cara não pode ser simplesmente “destruída” ela deve atender a uma função e justificar os recursos que foram investidos em sua produção.

Na Austrália esta inversão já aconteceu, hoje toda criança que nasce em território australiano tem seu DNA tipado e arquivado em um banco de dados de DNA, ou seja, pressupõe que o cidadão vá cometer um crime ao longo de sua vida e o Estado está se precavendo para identificá-lo e puni-lo.

Será que este é o desejo da sociedade brasileira, uma vez que a positividade das leis, em última análise, representam isso? A sociedade está pronta a dar tal poder para o Estado? Voltando para um governo ditatorial quem irá proteger o cidadão do Estado e de um sistema jurídico draconiano? Não estaremos subjugando o indivíduo em nome de uma pretensa segurança social?

Vale lembrar que o crime de homicídio é o mais fácil de ser cometido. A doutrina penal o classifica como: comum, material, simples, de dano instantâneo e de forma livre. Dessas características as que nos interessam são comum, qualquer pessoa pode praticá-lo e de forma livre, ou seja, admite qualquer tipo de execução para se atingir o resultado desejado. A título de exemplo, destacamos os homicídios eventuais, pois basta estarmos dominados por forte emoção que o mais pacato dos seres humanos torna-se capaz de matar da forma mais brutal, cruenta e hedionda que se possa imaginar. Pergunta-se este homicida ocasional e circunstancial receberá o mesmo tratamento dado a um matador profissional? Como ficará o autor do crime de latrocínio, vide Código Penal Brasileiro art. 157, §3º, crime na origem contra o patrimônio e não contra a vida?

IV - Princípio da Intimidade e Privacidade X Teste de DNA

Aqui novamente na busca alucinada pelo fim da impunidade corremos o risco de deixar o Estado entrar onde o cidadão está mais vulnerável dentro de si mesmo, pois com a tipagem do DNA tudo sobre você será revelado. Em quais circunstâncias isso deverá ocorrer?

Infelizmente, o país acompanhou uma cidadã brasileira que nem crime cometeu ver sua vida virar de ponta cabeça, simplesmente porque deixou uma guimba de cigarro em uma delegacia de polícia em Goiânia. A revelia total desta pessoa, o material coletado foi analisado e provou que ela tinha como mãe biológica outra pessoa. De uma hora para outra seu mundo ruiu, devido a uma “esperteza” da autoridade policial ou desrespeito por suas garantias constitucionais, as quais fundamentam e constituem este Estado Democrático, o qual tem como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, CR/88 art. 1º, III e art. 3º, I, respectivamente.

Aqui o direito não só deixou de cumprir sua função, qual seja dirimir e apaziguar os conflitos sociais, como criou outros, pois o que é ser mãe/pai. Basta transferir o material biológico? Como reparar o mau causado a esta pessoa? Quem irá a proteger de um Estado que se valendo de sua ignorância a respeito do assunto obteve uma prova contra esta pessoa a sem a sua autorização?

Os princípios constitucionais da intimidade e privacidade foram duramente desrespeitados e infelizmente a população não percebeu que a todo tempo e em qualquer atividade que fazemos rotineiramente estamos liberando vestígios corporais que podem ser fonte de extração de DNA.

Estes questionamentos não devem ser interpretados como apologia à impunidade nem como a defesa de uma pessoa egoísta e desumana que para realizar seus desejos não hesitou em destruir duas famílias. Entretanto, o que se busca é resguardar o cidadão, o homem comum, de uma super interferência e ingerência do Estado sob sua vida íntima e privada.

Devemos refletir se queremos uma sociedade que utiliza esta forma de combate ao crime e esclarecer a população sobre o assunto. Deve-se pensar sobre tudo, todas as consequências dessa técnica, pesar a relação custo/benefício de consumir este tipo de tecnologia (conhecimento). Será que já estamos maduros o suficiente para isso? Já que como ensina o professor C.S. Lewis, “Cada novo poder conquistado pelo homem é também um poder sobre o homem.”

Referências Bibliográficas:

BRASIL. Código civil - lei 3.071/1916. Organização dos textos por Juarez de Oliveira. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Atualizada até a EC nº 31 de 14/12/2000. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Código penal. Decreto-lei nº 2848 de 1940. Autoria da ed. Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Alves de Siqueira. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Código Processual Penal. Decreto-lei nº 3.689 de 1941. Autoria da ed. Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Alves de Siqueira. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional. 9. ed. atual. com a EC nº 31/2000. São Paulo: Atlas, 2001.

PASSOS, Nicholas Soares; DA SILVA, Luiz Antonio Ferreira. DNA Forense – Coleta de Amostras Biológicas em Locais de Crime para Estudo do DNA. Alagoas: edUFAL, 2002.