

A PROVA A PARTIR DO EXAME DE DNA, UMA REFLEXÃO SOBRE A CONSTRUÇÃO DA VERDADE JURÍDICA.

André Luis dos Reis Neves

Resumo: O presente trabalho trata da questão da aplicação racional do conhecimento científico no âmbito da perícia e prova judicial. Em especial aborda a questão dos usos dos exames de DNA e Polimerase (PCR) e sua idoneidade.

Abstract: The present work deal with the question of the rational application of the scientific knowledge to provide for legal proof. It specially faces the question the use of DNA and PCRs exams and its value.

Sumário: 1- A PERSPECTIVA HISTÓRICA DE CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO. 2-PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.3- A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. 3.1- A importância na PCR na investigação criminal. 4- DNA – BUSCANDO A VERDADE. 4.1-As vantagens do DNA sobre a sorologia tradicional. 5- DNA – É VERDADE SE O RESULTADO FOR INATACÁVEL? 5.1- A credibilidade da prova dependendo da normatização.6- DNA E O JEITINHO BRASILEIRO.- 7- DNA – E A VERDADE JURÍDICA 7.1- DNA provocando conflito entre princípios jurídicos.8- DNA – E AS LEIS. 8.1- DNA e as intervenções corporais no mundo 8.2- DNA – e as intervenções corporais no Brasil.9- Segurança Jurídica versus Verdade Real. 10-CONCLUSÃO.

1- A PERSPECTIVA HISTÓRICA DE CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO

Ao longo da história da humanidade a verdade foi construída, legal e socialmente aceita pela sociedade das formas mais variadas e inusitadas, não raramente, por modalidades absolutamente distantes da racionalidade. Só em meados do século XIII é que surgem os primeiros sinais de racionalismo na busca da verdade, começando a surgir novas formas de justiça. O inquérito unindo o poder e algum conteúdo de conhecimento.

A verdade na Grécia de Homero era feita com o juramento aos Deuses, em outras épocas, a verdade absoluta era construída com a afirmação feita pelo oráculo. No Renascimento é que se passa a valorizar a verificação, a observação e a explicação dos fenômenos com base na apreciação racional, passando a verdade a ser definida como aquela que pode ser verificada e provada. (1)

2- PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Brasileira de 1988, já no seu preâmbulo, ressalta a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista. Conceituada como a constituição cidadã, positivou inúmeros princípios consagrados pela doutrina de direitos humanos, a exemplo dos princípios da dignidade humana, do princípio da isonomia, do direito à intimidade, da intimidade, da vida privada, da honra, imagem, domicílio, do sigilo das correspondências e das comunicações telemática e telefônicas, do Juiz natural, do júri, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da presunção de inocência ou da não culpabilidade e da prevalência dos direitos humanos. 2

Art. 5 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

*.....
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação.*

Com o advento da perícia a partir do pareamento cromossômico e da descoberta da reação em cadeia da polimerase, alguns desses princípios passam a ser discutidos e reavaliados, como discutiremos adiante.

3- A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Admitindo a fundamental importância da preservação da cena do crime ou do local do crime como preferem alguns autores, para que aumente as possibilidades da busca da verdade na investigação, nossa lei adjetiva penal determina que a Autoridade Policial se faça presente *in loco* e promova a preservação do cenário. Os cientistas forenses presentes no cenário, após contato com os primeiros policiais a chegar ao local, iniciam suas análises, fotografando, filmando, descobrindo, apreendendo, embalando evidências, objetos e se for o caso, determinando o transporte do corpo de delito ao o departamento competente para a continuação das análises, conclusões e a posterior confecção do laudo pericial.

3.1- A IMPORTANCIA NA PCR NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

Antes da descoberta da conhecida reação em cadeia da polimerase – PCR eram desprezadas evidências de fluidos corporais principalmente descobertos em situações cuja quantidade, condições climáticas, indicava sua inutilidade para fins de análise e comparação, até que KARY MILLS nos anos 80 e Premio Nobel em 1994 desenvolveu um sistema que possibilita o exame a partir da coleta de fragmentos de DNA em diminuta quantidade a partir de fluidos corporais, manchas, etc. em ambientes hostis e sua posterior comparação com os padrões fornecidos por vítimas e suspeitos. 3

A técnica consiste em explorar a função natural da enzima chamada de taq-polimerase, extraída da bactéria *Thermus aquaticus*. Através da PCR é possível obter-se cópias de uma parte do material genético em quantidade suficiente que permita detectar e analisar a seqüência que é alvo do estudo.

Conhecida também como “fotocópia molecular”, a PCR pode amplificar qualquer seqüência específica de DNA, a partir de amostras de diferentes materiais biológicos como sangue, urina e outros fluidos corporais, cabelo e cortes de tecidos (biópsias) Amostras de microorganismos, células animais ou vegetais, alguns deles de milhões de anos.

Consiste a chamada reação em cadeia de um sistema onde se utiliza a amostra que se quer copiar a análise da molécula, a adição da enzima tag-polimerase, a alteração positiva e negativa de temperatura, passagens que requerem

conhecimento científico, método e equipamentos específicos, poderão reproduzir milhões de cópias. 4

4- DNA – BUSCANDO A VERDADE.

O advento do DNA e em especial da PCR, se aumentou sobremaneira as possibilidades de descobertas científicas sem precedentes, mas especialmente na investigação criminal, identificando suspeitos de crimes, identificando cadáveres decompostos e carbonizados, identificando corpos mutilados, identificando ossos e órgãos humanos, produzindo perfis genéticos a partir de evidência de natureza biológica encontrados na cena do crime, Investigação de paternidade. 5

4.1- AS VANTAGENS DO DNA SOBRE A SOROLOGIA TRADICIONAL.

São de grande importância as descobertas científicas que possibilitaram as classificações tradicionais a exemplo da tipologia sanguínea, fator RH e outros, mas o DNA é possível ser detectado em em todo material biológico com todo o seu potencial discriminatório, a exceção gêmeos monozigóticos, com destaque para a possibilidade real da resistência aos fatores ambientais e da possibilidade de separar o DNA da célula espermática de outro DNA celular. 6

5- O DNA É A VERDADE SE O RESULTADO FOR INATACÁVEL?

Num olhar simplista, considerando o percentual de acerto que tende a 100%, somos tentados a afirmar que o exame de DNA é a verdade, mas para tanto, precisamos entender os motivos que fizeram essa prova aparentemente incontestável ser desconsiderada em alguns processos criminais. Como essa prova se torna inidônea?

O professor Grandinetti sabiamente leciona que “*o furor investigatório pode acarretar o abuso e a perda da credibilidade das provas produzidas*” Vale ressaltar o mundialmente comentado Caso O.J. Simpson, absolvido da acusação de homicídio, pela evidente inidoneidade da prova apresentada pela polícia que investigou o fato.

5.1-A CREDIBILIDADE DA PROVA DEPENDENDO DA NORMATIZAÇÃO

A credibilidade da prova a partir do DNA depende de rigorosa normatização e padrão de conduta dos agentes públicos envolvidos nessa atividade, desde a coleta da evidência na cena do crime até a confecção do laudo pericial, aspecto que vem sendo amplamente discutido nos ambientes forenses, que inclusive já produziu algumas constatações, a exemplo da forma de coleta, embalagem e transporte da evidência, dos protocolos do laboratório, do trânsito das evidências no laboratório, da planta do laboratório, do chamado "laboratório mínimo" de 256 itens, da utilização de equipamentos padronizados no Brasil com calibragem nos chamados laboratórios regionais de DNA, o modelo de estatística, insumos e métodos utilizados a certificação técnica.

6- DNA E O JEITINHO BRASILEIRO

A Professora Livia Barbosa ⁸, analisando o fenômeno sociológico que chamamos de “jeitinho brasileiro”, aborda várias facetas do “jeito” tratando da questão da corrupção, quando funcionário público se desviando da sua obrigação por dinheiro ou outra vantagem, sem prejuízo de outras formas do “jeito”, a exemplo do cidadão contornando regras para obter vantagens pessoais, ou do funcionário público desidioso ou com atenção especial por dinheiro, etc., ou ainda do funcionário público e cidadão superando formalismos que consideraram irrealistas, injustos ou inúteis.

Ainda que em análise superficial, percebe-se que é absolutamente incompatível a necessária rigidez de métodos e normas para que seja a prova a partir do DNA e essa característica histórico-sociológica do povo brasileiro.

Insta ressaltar que o contato com resoluções, artigos e entrevistas com profissionais envolvidos com a questão nos leva a crer que a rede de laboratórios de DNA e toda a gama de equipamentos, métodos, profissionais, dão a nítida impressão que a maior de todas as preocupações não é outra senão a de que essa rede surja no Brasil de forma padronizada, com a preocupação de garantir o produto final que é a idoneidade da prova.

7- DNA E A VERDADE JURÍDICA

O DNA de certa forma pode alterar o direito em alguns de seus pilares na medida em que supera, por exemplo, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas e até mesmo determinada prova pericial e, em determinadas condições, pode provocar uma discussão acerca da verdade formal versus a verdade real, relativizando a *res judicata* (material) e por consequência abalando a segurança jurídica.

7.1- DNA – PROVOCANDO CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Diante da impossibilidade de perícia de DNA pela recusa do investigado na ação de investigação de paternidade, se faz necessário a ponderação dos princípios da Presunção de inocência versus da presunção de veracidade dos fatos alegados.

O Superior Tribunal de Justiça *in casu*, assim decidiu: Investigado no exame de paternidade que se recusa de forma injustificada a fazer o exame é condenado. (RT 750/336) STJ- REsp 4987-RJ. 9

8 DNA E AS LEIS

A comunidade científica precisa se debruçar sobre os princípios e analisar os fatos de forma coerente, para que se possa garantir a segurança jurídica sem perder de vista que a verdade incontestável, real é o objetivo maior do processo. Montesquieu ¹⁰ afirmou que “O SER INTELIGENTE VIOLA SEM CESSAR AS LEIS ESTABELECIDAS POR DEUS E MUDA AS QUE ELE PRÓPRIO ESTABELECE”.

8.1-AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO MUNDO

Segundo o professor Grandinetti, ¹¹, na Alemanha se admite a intervenção e a extração compulsória de sangue para DNA, o mesmo ocorrendo na Itália e em Portugal que admite inclusive a intervenção com a coação direta. Nos EUA- *searches*

, são protegidas pela 4ª emenda (ar , urina, sangue, cirurgia, *finger scrapings*) a permissão só de dá com autorização judicial.

8.2-AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO BRASIL

No Brasil, prevalece o princípio da dignidade humana o que impede que o corpo seja invadido em suas cavidades (boca, ânus, vagina, cirurgias) para a coleta de evidências, ficando como regra geral a da concordância do investigado, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, 12 (STF, HC 71.371-RJ, Min. Marco Aurélio).

Dois casos no Brasil cuja prova pericial a partir do DNA foi decisiva. O argumento da ilegalidade da prova foi rechaçada pelo Poder Judiciário com base na ponderação de princípios, como no caso de Roberta Jamilly, que se recusou a fornecer material para o exame de DNA, cuja prova foi considerada válida tendo o fragmento de DNA sido colhido da saliva depositada nas pontas de cigarro que ele usou durante seu depoimento na Delegacia de Polícia, sob o argumento de que a evidência teria sido colhido fora da cavidade corporal e em local público.

O mesmo ocorrendo no caso da cantora mexicana Glória Trevi, presa do Departamento da Polícia, que declarou ter sido violentada por policiais federais, tendo a violência resultado em gravidez. Apesar da recusa dela em fornecer material para perícia, a Justiça determinou a coleta de material da placenta exteriorizada durante o parto e sua comparação com o DNA dos policiais, quando se provou a inocência daqueles agentes públicos.

9- SEGURANÇA JURÍDICA versus VERDADE REAL

Que verdade deve prevalecer no caso da perícia de DNA afirmar fato diverso daquele com trânsito em julgado não mais alcançado pela ação rescisória? Mantém-se a coisa julgada ou se relativiza a sentença? E em caso de anulação os efeitos serão *ex tunc* ou *ex nunc*?

Os autores resistem a possibilidade de se relativizar a coisa julgada sob o argumento de que não se pode deixar de decidir e muito menos o de desdizer o direito, aspecto que por hipótese pode vir abalar a segurança jurídica, mas e a verdade real?

10- CONCLUSÃO

É surpreendente a capacidade da perícia de DNA em apontar resultados de percentual de acerto próximo do absoluto e não menos surpreendente é a possibilidade trazida da biologia no que concerne a reação em cadeia da polimerase (PCR), de possibilitar o exame do DNA colhido a partir de evidências coletadas em condições hostis, fragmentos prejudicados pela ação da temperatura, do tempo contado até em milhares de anos.

Mas a verdade no processo será sempre construída através do conjunto de provas idôneas, devendo o julgador estar atento a possibilidade de contaminação pela certeza aparente, mas nem sempre real da perícia de DNA, que como discutimos, pode ser tornada inidônea ou por outro lado, só será idônea caso os cientistas forenses e demais agentes públicos consigam determinar métodos científicos claros e aceitos em todas as fases da produção da prova.

Essa necessidade vem sendo discutida ao longo da década de 90, com destaque para a resolução do FBI na padronização da produção desse tipo de prova e

no Brasil, da resolução nº. 194/99, dita normas de padronização de conduta e a exposição de motivos da SENASP que faz referência a resolução.

REFERÊNCIAS:

- 1-FOUCAULT, Michel- A verdade e as formas Jurídicas, Rio de Janeiro
- 2- GRANDINETTI, Luis Gustavo, O Processo Penal em face da Constituição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998
- 3- Internet: www.eldnavaalaescuela.com acessado em 12-03-06
- 4-Internet: www.dnalc.org, acessado em 27-06-06
- 5 MALAGHUINI, Marcelo, Análises de Material Genético na Investigação Criminal, internet www.labfa.com.br acessado em 28-02-06
- 6 BONACCORSO, Norma, Análise Forense de DNA, internet www.labfa.com.br acesso em 28-2-06
- 7- Informação verbal por passada pelo Dr. Luis Renato em entrevista, Vitória, Laboratório de DNA em 22/03/06.
- 8 BARBOSA, Livia, O Jeitinho Brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros, Ed. Elsevier, Rio, 2006
- 9 Internet www.justicavirtual.com.br acessado em 24-3-06
- 10-MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, O Espírito das Leis, Ed. |Saraiva, SP, 2000
- 11-GRANDINETTI, Luis Gustavo, O Processo Penal em face da Constituição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998
- 12-Internet www.portalielf.com.br acesso em 27-3-06
- 13- Internet www.senasp.gov.br acesso em 27-3-06