

A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL – ENTRE A LÓGICA DO CONTROLE E A FRAGILIDADE PROCESSUAL PENAL¹

Cristiane Chaves Lemos²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo realizar uma breve análise da Lei 12.654/2012 que trata da Identificação Genética Criminal. A partir de uma abordagem criminológica é feito um estudo, primeiramente, sobre a expansão do poder punitivo e a consolidação da cultura do controle nas políticas criminais modernas. Após, examina-se o estigma e sua funcionalidade na política criminal atuarial que, por meio dos bancos de dados genéticos, promete gerir, administrativa e eficientemente, a criminalidade.

Sob a perspectiva processual, são apresentados os pontos obscuros da Lei bem como os direitos e garantias constitucionais por ela mitigados. Também se busca um contraponto entre a manutenção dos bancos de dados biológicos e a real efetividade destes bancos no controle da criminalidade, e ainda, uma discussão sobre o grau de confiabilidade da prova genética. Por fim, estuda-se a importância da cadeia de custódia na formação do elemento probatório, especialmente da prova genética. E, por fim, expõe-se, as consequências da ausência de regulamentação deste instituto na admissão dos perfis genéticos como meio de prova lícito no processo penal.

Palavras-chave: Lei de identificação genética criminal. Bancos de dados genéticos. Cultura do controle. Estigma. Política criminal atuarial. Cadeia de custódia.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso elaborado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelos professores Dr. Augusto Jobim do Amaral (orientador), Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner e Me. Rogério Maia Garcia.

² Acadêmica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Contato: crisl.74@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna é marcada por características muito peculiares como o acelerado e constante avanço tecnológico e o processo de globalização. Aspectos estes, fundamentais para entendermos a relevância do tema e o estudo aqui proposto já que a tecnologia do DNA para fins de investigação criminal vem sendo amplamente utilizada pelo sistema de justiça de vários países. Mais do que isso, a potencialidade de uso desta tecnologia – a serviço da aplicação da lei penal – tende a ser ilimitada já que, além de permitir a alimentação, o controle e a gestão de bancos de dados de perfis genéticos, ela permite, em última instância, o controle e a gestão de populações consideradas “de risco”. A globalização se presta a distribuir (ainda que desproporcionalmente) todos seus frutos; desde o conhecimento científico e tecnológico até as políticas criminais vigentes nos países ocidentais hegemônicos.

No Brasil “a novidade veio dar à praia” em 28 de maio de 2012 com a publicação da Lei 12.654 que trata da Identificação Genética Criminal e autoriza a coleta **compulsória** de material genético do acusado, para fins de prova, e do condenado – por crime hediondo ou por crime doloso contra pessoa cometido com grave violência – para fins de armazenagem em bancos de dados que tem por objetivo ajudar a elucidar crimes futuros.

A despeito do clamor popular por políticas criminais mais rigorosas e da promessa de eficácia e celeridade na solução de crimes a nova Lei traz em seu conteúdo um forte indicativo de utilização dos bancos de dados biológicos como forma de seleção, identificação e controle penal de indivíduos socialmente marginalizados.

Este trabalho busca entender os movimentos de política criminal que orientaram a edição dessa Lei e a questão do controle penal que permeia todo sistema de justiça criminal nacional e internacional e, que se presta a justificar a edição de leis arbitrárias e notadamente inconstitucionais. Assim, partindo de um enfoque criminológico, busca-se chegar ao viés processual a fim de demonstrar que, apesar dos esforços para constitucionalizar o direito penal, a Lei 12.654/2012 adentrou ao nosso ordenamento jurídico com contornos

nitidamente inquisitórios contrapondo um processo penal acusatório que, teoricamente, deveria primar pela observância dos preceitos constitucionais.

No Brasil, as políticas criminais, via de regra, seguem os ditames internacionais. Desta forma, qualquer iniciativa legislativa “importada” do Primeiro Mundo, que prometa controlar a criminalidade é aceita sem maiores questionamentos acerca da sua conformidade com princípios e garantias individuais. À população, cada vez mais amedrontada pelos altos índices de criminalidade, só interessa que o poder público seja eficiente e edite leis cada vez mais duras. O poder público por sua vez, ciente da ignorância e do desinteresse dos cidadãos quanto ao processo legiferante, sabe que uma iniciativa legislativa que prometa controlar a criminalidade será aceita sem maiores questionamentos acerca da sua constitucionalidade.

Logo, não causa surpresa o fato de a nova Lei afrontar diretamente um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito – o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – ao autorizar que o corpo do acusado/condenado seja objeto de prova contra ele próprio. Em nome da suposta eficiência e infalibilidade da prova genética, parece que, gradativamente, retrocedemos a um sistema penal inquisitório.

Fundamentada no conceito de eficiência e partindo da lógica atuarial do controle penal, a Lei, em última instância, objetiva reconhecer, classificar e gerir os grupos sociais indesejáveis, materializando-se em mais um instrumento para facilitar a seleção dos estigmas que – à revelia dos direitos individuais – servirão para identificar e catalogar, a partir dos bancos de dados genéticos, os grupos de risco.

Dessa forma, diante do cenário de intenso punitivismo penal, esse trabalho tem por objetivo analisar como a gestão e manutenção dos bancos de dados genéticos, previstos na Lei de Identificação Genética Criminal, tendem a se tornar instrumento de estigmatização dos indivíduos integrantes de supostos grupos de risco. Mais ainda, busca evidenciar como a função “não declarada” de uso dos perfis genéticos como meio de prova esbarra na ilicitude tanto no que se refere à violação de direitos fundamentais do imputado/condenado – obrigado a “ceder” seu material genético – quanto na ausência de previsão legal da cadeia de custódia, exigida para todas as provas que pretendem integrar, de forma lícita, o processo penal.

O primeiro capítulo, que trata do controle penal, apresenta um breve histórico da evolução do poder punitivo e aponta as mudanças sociais, econômicas e culturais sofridas pela sociedade ocidental que acabaram por “autorizar” a supressão do Estado Previdenciário e a expansão do Estado Punitivo. Diante da promoção da cultura do medo, as políticas criminais irão se valer do controle penal como meio para solucionar problemas sociais, preferencialmente, criminalizando os grupos socialmente marginalizados.

O segundo capítulo aborda o estigma e a lógica atuarial do controle e busca entender como o estigma se presta a colocar em prática a perversa lógica das políticas criminais atuarias. A lógica atuarial, ao trazer o conceito de administrativização e eficiência para o Direito Penal, vai permitir que a estatística e os perfis de risco sejam vetores para selecionar e incapacitar categorias consideradas de risco.

Afastando-se da abordagem criminológica para adentrar na esfera processual, o terceiro e último capítulo trata da Lei 12.654/2012 contemplando o aspecto processual, o âmbito de incidência e os direitos e garantias constitucionais por ela contrapostos. A seguir, é feito um contraponto entre os bancos de dados genéticos, o controle da criminalidade e a ideia da infalibilidade da prova genética. Por último, imprescindível tratar a questão da cadeia de custódia, que se postou como uma das mais significativas problemáticas na abordagem processual penal, vez que tem o condão de invalidar o uso dos perfis genéticos como meio de prova (lícita) num modelo de processo penal constitucional.

2 O PODER PUNITIVO E A CULTURA DO CONTROLE

2.1 A EXPANSÃO DO PODER PUNITIVO

Marco inicial para o pensar criminológico, a Santa Inquisição, ao estabelecer procedimentos punitivos, inaugurou o punitivismo como forma de controle social. Ao longo do tempo, com o objetivo comum de legitimar a função punitiva, Igreja, Estado e Capital criaram mecanismos que os tornaram aptos a exercer o poder de controle e sujeição dos indivíduos.

Se antes do advento do capitalismo a pena recaía única e exclusivamente sobre o corpo dos condenados, a partir da consolidação do sistema capitalista há uma mudança no objeto da ação punitiva. Agora o corpo do condenado é útil à produção de capital, logo, a punição deverá buscar a sujeição do indivíduo ao sistema de produção de mais-valia. O poder punitivo busca garantir a necessidade de ordem social que é constantemente ameaçada pela luta entre as classes sociais. E é justamente com o intuito de conter a “luta de classes” e controlar a grande massa proletária que a prisão subordina-se à fábrica e torna-se a principal pena dos países ocidentais. Nesse sentido, Melossi e Pavarini identificam como alvo do poder punitivo disciplinar, as classes baixas da população:

O lugar onde o empobrecimento conjunto do indivíduo tem lugar é a manufatura e a fábrica, mas a preparação, o *adestramento*, é garantido por uma estreita rede de instituições *subalternas* à fábrica, cujas características modernas fundamentais estão sendo construídas exatamente neste momento: a família mononuclear, a escola, o cárcere, o hospital, mais tarde o quartel, o manicômio. Eles garantirão a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho de que o capital necessita.³

O poder de punir alcança seu objetivo maior que é administrar o contingente humano não adaptado à nova ordem social – os excluídos do sistema de produção capitalista. A estrutura prisional, desde sua criação até sua consolidação, foi permeada pela razão capitalista. E se é, essencialmente, a condição social que determina a clientela das instituições penais, a maioria dos presos será sempre de pobres.

Antes do surgimento do neoliberalismo o Estado ainda tinha alguma preocupação em implementar políticas assistencialistas direcionadas às camadas sociais mais vulneráveis, entretanto, após sua ascensão países como os Estados Unidos e Inglaterra, paulatinamente, acabaram com a política assistencialista do *welfare* – Estado de bem-estar social. Assim, houve a substituição de um Estado Previdenciário por um Estado Disciplinar. Em uma

³ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.p. 47-48.

lógica bastante simplista, substitui-se a ideia da ressocialização proporcionada – ainda que minimamente pelo assistencialismo estatal – pela ideia do encarceramento em massa e da incapacitação coletiva de grupos de risco. O sociólogo francês Wacquant afirma:

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a *própria causa* da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo.⁴

Das transformações verificadas nas políticas criminais e nas práticas punitivas inegável que a mais relevante, foi o “declínio do ideal de reabilitação”⁵. Nesse sentido, Bauman⁶ aponta a estreita relação entre a estrutura da sociedade contemporânea e as formas de punição correntes. O autor afirma que, a partir dos anos de 1970, a globalização da economia, aliada à reorganização dos Estados, forjou um novo arranjo nas políticas punitivas. Em um pólo, o capital e todas as facilidades para seu livre crescimento e circulação; no outro, diante do fim do Estado Previdenciário, os exilados por esse sistema, abandonados à própria sorte e cada vez, mais isolados e contidos nas periferias e nas prisões. Corroborando este entendimento o escritor uruguaio Eduardo Galeano afirma:

Já não há uma proposta de reintegrar o delinqüente na sociedade, recuperar o extraviado, como se dizia antigamente. A proposta, agora, é isolá-lo e já ninguém se dá ao trabalho de mentir sermões. A justiça tapa os olhos para não ver de onde vem o que delinuiu, o que seria o primeiro passo de sua possível reabilitação. O presídio-modelo do fim do século não tem o menor propósito de regeneração e nem sequer de castigo. A sociedade enjaula o perigo público e joga fora a chave.⁷

⁴ WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p.9.

⁵ Expressão popularizada por Francis Allen e título do seu livro lançado em 1981. *The Decline of the Rehabilitative Ideal* (in GARLAND, David. **A cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.80)

⁶ BAUMAN, Zygmund. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 258 p.

⁷ GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Porto Alegre: L&PM, 2001. p.113.

A conversão das políticas penais previdenciárias em políticas de controle social pôs fim a todo um sistema de ideias e valores que orientavam as práticas penais modernas. Essa mudança aumentou vertiginosamente as taxas de encarceramento e consagrou à prisão a função de regular as desordens econômicas decorrentes do sistema capitalista.

2.2 A CULTURA DO CONTROLE

O pensar criminológico sofreu profundas mudanças desde o declínio do ideal de reabilitação. Antes, a criminalidade era trabalhada a partir da concepção individual, ou seja, o crime era visto como um problema pontual de indivíduos ou de grupos sociais desajustados. E se essa condição era dada em função da privação social a que estavam expostos esses indivíduos, a resposta ao crime era o tratamento correccional subsidiado pelo Estado.

Dos anos de 1970 em diante o saber criminológico passou a trabalhar com teorias fundadas no controle social. O crime deixou de ser tratado como uma falha no processo de socialização e passou a ser encarado como um evento, um fato normal e inerente à vida em sociedade. Assim, a criminologia deixou de lado a ponderação da subjetividade e dos valores morais para contemplar o criminoso como um ser racional, consciente dos seus atos e resistente ao controle estatal.

Frente ao aumento da criminalidade as políticas criminais se voltaram basicamente à questão da segurança pública. O objetivo mais urgente e imediato do Estado é proteger o público. Para tanto, as políticas criminais se valem do conceito do gerenciamento de risco e da lógica criminal atuarial para traçar perfis e identificar áreas e comunidades que podem ameaçar a “paz pública”. A pretensa resposta estatal ao anseio público por segurança dá-se pela “produção” de leis *populistas* que são excessivamente rigorosas, de caráter meramente retributivo e que violam as liberdades civis dos suspeitos, mitigam o direito dos condenados e relativizam os Princípios e as Garantias Individuais de todos os cidadãos.

No Brasil, a própria Constituição prevê uma legislação de exceção nos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º, que trata dos crimes inafiançáveis. A partir daí, a difusão do poder punitivo – que se manifesta pela produção de leis

autoritárias e claramente inconstitucionais – encontrou amparo para legitimá-las sob a égide do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Maria Lúcia Karan afirma que:

Inaugurada com a Lei 8.072/90, a chamada lei dos crimes “hediondos”, a série prosseguiu, notadamente com a Lei 9.034/95, que, inspirada pelo pretexto de repressão à “criminalidade organizada” [...] não conseguiu explicar o que seja tal indefinido fenômeno; com a Lei 9.296/96 que regulamentou a interceptação de comunicações telefônicas [...]; com a Lei 9.613/98 que veio criminalizar a chamada lavagem de capitais; [...] com a Lei 10.792/03, que, introduzindo modificações na Lei de Execução Penal (Lei 7.290/84) institucionalizou o regime disciplinar diferenciado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. [...] Não bastasse essa longa série, ainda há diversos projetos de lei tramitando no Congresso Nacional em que são propostas sempre maiores medidas excepcionais.⁸

Augusto Jobim do Amaral⁹ pondera que, na esteira dessas leis, os espaços de exceção são progressivamente ampliados o que acaba por legitimar uma atividade probatória orientada pela “busca de provas por meios insidiosos e invasivos”. O direito de não produzir provas contra si mesmo e o contraditório são ignorados diante de práticas como a interceptação telefônica, as escutas e câmeras ocultas, os agentes infiltrados, a delação premiada, entre outras que nos levam a “pensar na nova elevação da *confissão*, em termos atuais, ao trono da rainha das provas.” Ausente a colaboração do réu, por óbvio, o Estado não se valerá da tortura – método cruel, desumano e ultrapassado – bastará a “ingerência de algum meio tecnológico da era digital para cientificamente fazê-lo revelar a verdade de suas ações tornadas criminosas”

Nitidamente embasada nas teorias de controle social, a Lei de Identificação Criminal Genética ofende o princípio do Devido Processo Legal e o direito de não produzir prova contra si mesmo ao prever a coleta compulsória de material genético de investigados e de acusados.

⁸ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 35.

⁹ AMARAL, Augusto Jobim. **A formação cultural inquisitória no contexto brasileiro: o punitivismo e seus atores**. Revista *Jus Societas*, v.5, n.2, p. 89–113, 2011. Disponível em: <http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1644>> Acesso em: 11 set. 2014.

Aliado a esse *populismo penal*, a ideia de que a prisão é a única e mais eficiente forma de reduzir os altos índices de criminalidade ganhou força. Pois se a prisão não logrou êxito em reabilitar, agora ela funciona para conter, neutralizar e punir, além de ser “indispensável pilar da ordem social contemporânea.”¹⁰

O cenário que se desnuda no campo do controle do crime não é nada promissor. A simples troca do modelo previdenciário pelo modelo retributivo não reduziu os índices de criminalidade, bem como o aumento no número de penitenciárias e a edição de leis severas não foram suficientes para inibir a prática de crimes. O Estado, mesmo com auxílio da iniciativa privada, é incapaz de gerir, com o mínimo de eficiência, a segurança pública e a população não crê no sistema de justiça criminal. A sensação de crise vem de longa data e parece que ainda vai perdurar.

O sociólogo Barry Glassner afirma que “os gastos públicos feitos por causa do pânico geram, a longo prazo, uma patologia parecida com a encontrada em viciados em drogas.”¹¹ Isso ocorre porque apesar do imenso investimento estatal na área da segurança pública, cada vez mais a sociedade sente-se desprotegida. Nos Estados Unidos, não há relação entre o incremento absurdo do número de prisões e do aumento do efetivo policial com a redução das taxas de criminalidade. Ao contrário, quanto mais o Estado gasta com o sistema de justiça criminal menos investe e trata das necessidades reais da população.

Não é leviano afirmar que “a complexa questão da insegurança existencial colocada pelo processo de globalização tende a se reduzir à questão aparentemente direta da ‘lei e da ordem’¹²” e nesse cenário o medo tem por objetivo legitimar a função repressiva do Estado e angariar vantagens políticas para aqueles candidatos que se “comprometem” com a redução dos índices de criminalidade e com o investimento e a valorização das polícias civis e militares.

¹⁰ GARLAND, David. **A cultura do Controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 60.

¹¹ GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo**: por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos. 1. ed. São Paulo: Francis, 2003.p. 27.

¹² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 11.

Considerando que o público já está convencido e amedrontado o suficiente com o irrefreável número de crimes e, que a política criminal da “lei e ordem” continua sendo apontada como a mais eficiente para combatê-los, os alvos preferenciais das políticas criminais, cada vez mais, precisam ser selecionados, identificados e contidos. Resguardadas as devidas diferenças sociais e culturais, assim como nos Estados Unidos, também no Brasil os meios de comunicação concentram o processo de estigmatização em grupos sociais vulneráveis, a exemplo do que ocorre com os negros e pobres, que irão integrar, prioritariamente, a massa carcerária.

Maurício Dietter¹³ afirma que a criminologia abandonou o estudo dos processos de criminalização e passou a ver a criminalidade como um fato que precisa ser gerido a partir do conceito de eficiência. Ora, se o Direito Penal não dá conta de administrar os altos índices de criminalidade, as novas políticas criminais, fundadas no populismo e no gerencialismo, gradativamente, assumem essa função.

Se de um lado o gerencialismo se vale de dados estatísticos para traçar os perfis de risco dos criminosos, de outro o populismo recorre ao medo coletivo e generalizado para violar garantias e direitos fundamentais dos indivíduos sob a alegação de proteger a coletividade. Nesse quadro, o medo passa a ser elemento essencial para fortalecer e fomentar a Cultura do Controle.

3 POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL: A EFICÁCIA DO ESTIGMA

3.1 A FUNÇÃO DO ESTIGMA

Na Grécia antiga, a palavra estigma era utilizada para definir marca ou sinal corporal cuja função era destacar o seu portador e evitar contatos sociais que pudessem prejudicar as outras pessoas. Normalmente era utilizada para identificar escravos, criminosos ou indivíduos que sofreram algum tipo de desonra. O autor Erving Goffman afirma que os gregos utilizavam o termo para “se referir a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma

¹³ DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 310 p.

coisa de extraordinário ou mau sobre o *status* moral de quem os apresentava.”¹⁴ O significado da palavra é mantido até hoje, no entanto, as marcas ou sinais transcenderam o limite corporal e passaram a abranger também as características sociais e culturais dos indivíduos.

O conceito de estigma¹⁵ – apresentado por Erving Goffman – aliado ao conceito de estereótipo¹⁶ – desenvolvido por Denis Chapman – ajudam a explicar o motivo de o direito penal alcançar, sistemática e inexoravelmente, alguns grupos sociais enquanto outros usufruem de uma suposta “imunidade”. Como refere Cervini¹⁷, “a incidência diferenciada da condenação deve-se fundamentalmente aos processos sociais que dividem a sociedade em classes criminais”. Dessa forma, a distribuição da criminalidade, obedece a uma seleção, a um processo de “filtragem” iniciado pelo legislador, e estendido aos autores, às vítimas, às testemunhas, à polícia, aos promotores de justiça e finalmente aos tribunais que irão selecionar quais atos serão fixados como crime e quais as pessoas serão consideradas criminosas.

A teoria do etiquetamento, surgida no final da década de 1960, busca entender o problema da criminalidade como consequência da intervenção do controle estatal, e, em última análise, entende que a condição de delinquência é resultado direto da estigmatização produzida pelo próprio sistema penal. A rotulação social e o processo de estigmatização por ela desencadeado mostram toda perversidade de um sistema de justiça penal totalmente submisso às relações de poder e, como aponta Rosa Del Olmo¹⁸, altamente desigual na atribuição dos estereótipos.

Entender a criminalização como um processo social, subordinada às práticas dominantes de uma classe social sobre as outras, dá conta de explicar

¹⁴ GOFFMAN, Erving. **Estigma** – Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p.11.

¹⁵ Goffman ao estudar a “identidade deteriorada” definiu o criminoso, ou desviante, como uma pessoa portadora de um estigma, ou seja, de um atributo depreciativo que o diferencia dos outros. In: GOFFMAN, Erving. **Estigma** – Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

¹⁶ Para Chapman o estereótipo cumpre a função justificar a estratificação do sistema social. O criminoso estereotipado torna-se o “bode expiatório” de uma sociedade cheia de pecados a purgar. In: BACILA, Carlos Roberto. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1440/1143>> Acesso em: 18 ago. 2014.

¹⁷ CERVINI, Raul. **A cifra negra da criminalidade oculta**. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285251973.pdf> Acesso em: 03 ago. 2014.

¹⁸ DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

porque algumas condutas são criminalizadas e outras não. E, como já foi referido, porque os pobres são o alvo preferencial da criminalização.

Dentro de uma “tendência gerencialista das políticas criminais contemporâneas”¹⁹ o Princípio da Eficiência passa a nortear o sistema criminal de justiça e a lógica atuarial opera como um “critério reitor na definição de estratégias preventivas para controle da *criminalidade*.”²⁰ O estigma, assume uma “nova função”: além de identificar e destacar o estigmatizado do corpo social, alimenta estatísticas, que servirão de base para traçar perfis de risco.

Hoje nos Estado Unidos, os estigmas “preferidos” do sistema penal – cor, idade, classe social e sexo – foram oficializados como “meta-regras” punitivas. Coerente a essa lógica, o sistema de justiça criminal, sem correr o risco ser taxado de preconceituoso ou seletivo, escolhe os alvos para persecução criminal dentre indivíduos negros, jovens e pobres.

Nesse contexto, os bancos dos dados genéticos se mostram instrumentos indispensáveis à “gestão eficiente” da criminalidade na medida em que, o material biológico dos investigados e acusados lá armazenados, traduz-se em informação dotada de certeza e confiabilidade científica. Logo, torna-se indispensável para a identificação dos perfis de risco de indivíduos perigosos, tais como predadores sexuais e predadores sociais – os chamados “*habituais incorrigíveis*, responsáveis pela maioria dos crimes, afinal identificados, classificados e neutralizados [...] em nome da ciência, em defesa do ser humano e para o bem da democracia.”²¹

3.2 A LÓGICA ATUARIAL DO CONTROLE

O conceito de “sociedade de risco” desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, é fundamental para entendermos o funcionamento da lógica atuarial dentro do direito penal. Para esse modelo social, o risco é onipresente, é um evento rotineiro que permeia todas as dimensões da vida e que alcança

¹⁹ SCHEERER, Sebastian. **Sobre o livro “Crítica da Razão Punitiva”** Entrevistador: Paulo Queiroz. Disponível em: < <http://pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-prof-sebastian-scheerer>> Acesso em: 14 jul. 2014.

²⁰ DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 19.

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. “Posfácio” in DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 269.

proporções globais. Dessa forma, se todos estão expostos aos mesmos riscos, “a sociedade de risco é uma sociedade que equaliza a todos (embora não necessariamente nos iguale).”²² Também importa destacar que o risco é sempre coletivo pois deriva de informações do grupo social como um todo. Entretanto, esse fato não impede que o risco seja individualizado. Assim, cada integrante desse grupo irá apresentar um nível de risco distinto – “risco individual” - dentro do risco total. A crueldade estatal se mostra, precisamente, no processo de cotejamento do risco individual, pois como já referido, esse processo é parcial, seletivo e voltado às populações marginalizadas e estigmatizadas.

Dentro do sistema penal, a lógica atuarial, manifesta-se por meio do processo de administrativização das práticas punitivas em face da sociedade de risco. Para o doutrinador Mauricio Dieter, no estágio atual da nossa sociedade, a desigualdade própria do capitalismo, intensificada pelo neoliberalismo, foi “naturalizada”. Existe uma falsa crença de que, diante da prosperidade e desenvolvimento social, não há mais lugar para a luta de classes. A criminologia passou a aceitar o crime com um fato ontológico e, assim, abriu espaço para prosperar uma “razão cínico gerencial” no sistema de justiça criminal. Nesse contexto, a política criminal atuarial, partindo do pressuposto de que não existem soluções sociais plausíveis, se compromete a gerenciar a criminalidade com o máximo de eficiência possível.

Em rápida síntese, entende-se por *Política Criminal Atuarial* o uso preferencial da *lógica atuarial*, na fundamentação teoria e prática dos processos de *criminalização secundária* para fins de controle de grupos sociais considerados de *alto risco* ou *perigosos* mediante *incapacitação seletiva* de seus membros. O objetivo do novo modelo é *gerenciar* grupos, não punir indivíduos: sua finalidade não é *combater o crime* – embora saiba se valer dos rótulos *populistas* quando necessário – mas *identificar, classificar e administrar* segmentos sociais indesejáveis na ordem social da maneira mais fluida possível.²³

²² WERNECK, Alexandre. **Resenha de ‘Sociedade de risco’**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/posts/2011/02/21/resenha-de-sociedade-de-risco-de-ulrich-beck-364623.asp>> Acesso em 27 ago. 2014.

²³ DIETER, Maurício Stegemann. **Política crimina atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013 p. 20.

A política criminal atuarial simplifica e “autoriza” a atuação perversa do *Estado* permitindo que o direito penal selecione os estigmas que mais lhe interessam (etnia, sexo, faixa etária, classe social), legitime-os por meio dos dados estatísticos e se utilize deles como fatores de risco, para, literalmente, fazer a escolha dos indivíduos que sofrerão a persecução penal. Significa dizer que aplicação da justiça, agora é cartesiana, baseada em um critério atuarial que permite criminalizar não só quem cometeu objetivamente um delito, mas em última instância, também quem tem potencial para cometê-lo. Como afirma Nilo Batista:

Estabelecer a quantidade de sofrimento punitivo a ser ministrado ao condenado a partir de “fatores de risco” estatisticamente prováveis exprime sem dúvida a mais cabal negação do direito pena do fato e da culpabilidade. A pena é dimensionada não em nome de algo que o condenado *fez* nem mesmo – o que já seria monstruoso – de algo que ele *é*, e sim em nome de algo que *talvez ele venha a fazer*.²⁴

Hoje o movimento mais visível da consolidação do direito penal estabelecido a partir do conceito de risco, é a aproximação do *populismo* e do *internacionalismo*. De um lado, o populismo, fundado em ameaças indefinidas e a pretexto da proteção social, explora o medo e as paranoias coletivas. De outro, o internacionalismo, a pretexto de combater essas ameaças coletivas extraterritoriais (tais como crime organizado, terrorismo, tráfico internacional de drogas), possibilita a ingerência de políticas criminais dos países hegemônicos nos países “periféricos”.

A primeira e mais nociva consequência trazida pelo uso da lógica atuarial no direito penal é justamente a adequação do sistema penal às “atuais necessidades de proteção” da sociedade. Para utilizar as ferramentas de avaliação de risco é necessário mitigar e até mesmo sacrificar alguns princípios e postulados clássicos do Direito Penal pois o ordenamento jurídico não pode ser um empecilho “à necessária *automatização* das práticas punitivas”²⁵.

²⁴ BATISTA, Nilo. “Posfácio” in DIETER, Maurício Stegemann. **Política crimina atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 11.

²⁵ DIETER, Maurício Stegemann. **Política crimina atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013 p. 21.

A *nova criminologia administrativa* não se interessa pela responsabilidade, tampouco pela patologia. Não quer discutir e nem reabilitar já que o “foco é anterior à ocorrência em vez de posterior, está na preservação em vez de no encarceramento ou na cura.”²⁶ Sua base está em um discurso excludente preocupado em antever o problema, não importando o crime em si, mas tão somente a sua possibilidade de ocorrência. E para tanto, basta separar o cidadão de “bem” do desviante – excluindo-o e isolando-o para que este não comprometa o “funcionamento suave do sistema”.

Como destaca Jock Young, nesse processo, perde-se a justiça individualizada na medida em que categorias inteiras de indivíduos passam ser consideradas suspeitas e a noção de justiça, desvincula-se da punição. Diante do aumento do número de crimes e dos recursos limitados para administrar a criminalidade, se faz inevitável recorrer à seletividade.

No tocante à suspeita, a polícia deixou de suspeitar de indivíduos e passou a suspeitar de categorias[...]. Joga-se o arrastão em águas de resultado mais prováveis e ricos, em vez de se tentar a sorte de achar a “maça no cesto”, isto é, de efetuar prisões procedendo na base de indivíduo por indivíduo. A velha evocação “prenda os suspeitos de sempre” se transforma em “prenda as categorias de sempre”: suspeita individual passa a ser suspeita coletiva.²⁷

A implementação da política criminal atuarial, assim como todas as políticas fundadas no controle social, é sustentada pelo eterno processo de criminalização da pobreza. Vera Malaguti Batista alerta para o fato de que tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, a “clientela do sistema penal é recrutada no exército de jovens negros e/ou pobres”.²⁸

Wacquant informa que nos últimos 25 anos, a população carcerária norte americana aumentou cinco vezes e atingiu a cifra de dois milhões de pessoas presas e cerca de sete milhões sob alguma forma de tutela judiciária “graças ao desenvolvimento de tecnologias de informática e genética, e à

²⁶ YOUNG, Jock. **A Sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 76.

²⁷ YOUNG, Jock. **A Sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 74.

²⁸ BATISTA, Vera Malaguti. “Prefácio” in WACQUANT, Lóic. **Punir os Pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p.11.

proliferação de bancos de dados criminais aos quais pode-se ter livre acesso a partir da internet [...].”²⁹

Nesse contexto, a Lei de Identificação Criminal Genética é mais uma lei que aponta o caminho científico como solução para frear os altos índices de criminalidade e, na esteira dos movimentos de “lei e ordem”, é vista como um instrumento fundamental para o controle social dos indivíduos que ameaçam a ordem social. Na época em que vivemos, o encarceramento é “*uma alternativa ao emprego*, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para à qual não há trabalho ‘ao qual se reintegrar’”³⁰.

A despeito do falso sentimento de segurança proporcionado pelos mecanismos modernos de segurança, a sociedade parece não se dar conta de que o monitoramento atuarial dos grupos de risco implica também no controle de todos e de cada um de nós. Vivemos em um panóptico moderno onde o “grande irmão”³¹ monitora “eles” e zela constantemente por “nós”. Logo, se todos somos vigiados, todos somos controlados e todos estamos sujeitos em maior ou menor grau ao totalitarismo e à discricionariedade estatal. Ao aplaudirmos a iniciativa estatal de editar leis que mitigam direitos fundamentais, não nos damos conta de que também os nossos direitos são mitigados.

Superado esse ponto, a parte final deste trabalho busca fazer uma análise processual da Lei 12.654/2012. Todos os tópicos já apresentados foram trazidos à discussão na tentativa de entender como a ideologia presente nas políticas criminais atuais se materializam em leis arbitrárias e constitucionalmente questionáveis, a exemplo da Lei de identificação genética criminal.

²⁹ WACQUANT, Löic. **Punir os Pobres**. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p.14.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 119-120.

³¹ Alusão ao personagem fictício do Livro 1984 de George Orwell em que todas as pessoas estão o tempo todo sendo vigiadas pelas autoridades.

4 A LEI DE IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA CRIMINAL

4.1 ABORDAGEM PROCESSUAL

Primeiramente, importa ressaltar que no plano internacional os tratados e declarações que versam sobre bioética, genética ou dados genéticos, em geral, não tratam, particularmente, de dados genéticos para fins de persecução criminal.

O ADN (ácido desoxirribonucleico) ou DNA – em inglês, *deoxyribonucleic acid* – é a molécula que carrega toda informação genética de uma pessoa e subdivide-se em uma parte codificante e outra não codificante. A primeira indica todas as informações genéticas do seu titular, desde suas características físicas até a propensão a uma determinada doença. A segunda pode ser comparada a um código de barras que serve apenas para identificar, sem informar características. Nos países onde já se utilizam bancos de dados genéticos, eles são alimentados com amostras de DNA não codificantes, “simples” marcadores genéticos, denominados **perfis genéticos**³².

O assunto não é pacífico na comunidade científica. Parte dela afirma que os marcadores genéticos utilizados nos bancos de dados não possibilitam revelar nenhuma característica física ou relativa à saúde do indivíduo ali fichado. Outra corrente entende que, no atual estágio de conhecimento e a partir de qualquer tipo de amostra genética, é possível sim, manipular, estudar e fazer uma varredura completa de todas as informações genéticas dos indivíduos ali cadastrados. Isso porque toda e qualquer coleta de material genético encerra em si a totalidade das informações genéticas humanas, pois “ao longo das bilhões de letras que compõem o DNA de uma célula humana estão codificadas informações sobre as características físicas da pessoa, sobre a sua saúde, origem e constituição étnica.”³³

³² SCHIOCCHET, Taysa (coord.) Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Projeto Pensando o Direito. Relatório n.43. São Leopoldo: Ministério da Justiça, 2012. p. 13.

³³ JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. **Perícia Federal**, Brasília, ano 9, n. 26, p. 17-20, jun. 2007/mar. 2008. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>> Acesso em: 15 set. 2014.

Jacques e Minervino apontam que os maiores temores em relação ao uso inadequados das amostras genéticas constantes dos bancos de dados, residem justamente na possibilidade manipular e divulgar informações sensíveis dos indivíduos como, por exemplo, a propensão a determinadas doenças, o que permitiria à empresas e seguradoras negar assistência e/ou emprego e promover a discriminação genética. Também há o temor de que governos se utilizem dos perfis genéticos para colocar em execução algum tipo de “eugenia genocida”, não mais no modelo hitleriano, mas com objetivos similares de purificação do “corpo social”. Uma das principais reflexões propostas nesse trabalho refere-se justamente à possibilidade de manipulação inadequada do material genético constante dos bancos de dados genéticos de forma a validar, agora com base científica, a estigmatização e a discriminação.

No nosso país, sem nenhum esforço crítico, concluímos que “a experiência internacional tem mostrado que a adoção destas medidas tornará muito mais eficaz o combate e, principalmente, a prevenção dos crimes em nosso país”³⁴. Portanto, em nome de uma política eficiente de combate e prevenção à criminalidade, a promulgação da Lei 12.654/2012 há muito é esperada por aqueles que acreditam que os bancos de dados genéticos são as armas mais eficientes de combate ao crime.

A Lei antes de se prestar a buscar uma solução para a questão da criminalidade em nosso país, já estava “desenhada” conforme os contornos das políticas criminais internacionais, particularmente a norte-americana, e, deliberadamente, elaborada para abraçar o movimento de política criminal atuarial vigente no cenário internacional.

O legislador pátrio, em (in)observância às normas constitucionais e internacionais sobre Direitos Humanos determina que os perfis genéticos que integrarão os bancos de dados não devem conter traços somáticos ou comportamentais das pessoas. Assegura, também, o sigilo das informações ali contidas e estabelece que a extração do material biológico seja realizada de forma “adequada e indolor”. No plano ideal não há espaço para negativas e contradições, entretanto, ausente a voluntariedade, a lei determina que a coleta

³⁴ MICHELIN, Kátia Jacques, et al. Bancos de dados de perfis genéticos no combate aos crimes sexuais. **Perícia Federal**, Brasília, ano 9, n. 26, p 13-16, jun. 2007/mar.2008. Disponível em: < <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>> Acesso em: 20 set. 2014.

seja feita de forma compulsória. A autoridade precisará se valer da força para fazer cumprir a lei e, emprego de força nunca é indolor para quem é submetido fisicamente.

Na fase investigatória, com a nova redação, o artigo 7º-B da Lei 12.037/2009 fica disposto que o material genético coletado “será armazenado em banco de dados sigiloso” e estará disponível para acesso das polícias federal e civil, desde que atendido o requisito previsto no artigo 3º, parágrafo IV³⁵ combinado com o parágrafo único do artigo 5º³⁶ da mesma Lei. Portanto, ainda que já tenha sido feita a identificação civil do suspeito, pelos meios tradicionais – datiloscopia e fotografia – poderá ser autorizada a identificação genética desde que “essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente.”

Antes da Lei, a coercitividade do Estado ao determinar que um indivíduo civilmente identificado sofresse também a identificação criminal, alcançava apenas a parte externa do seu corpo, quer fosse por suas impressões digitais, que fosse por fotografia. Agora, impõe-se uma “retirada coercitiva de parte do corpo, para adentrar no profundo de sua estrutura biológica [...]”³⁷

Não obstante à exigência de que a autoridade policial ou Ministério Público fundamente o pedido e comprove ser esse o único meio de prova possível para determinar a autoria do delito, uma intervenção corporal – ainda que consentida – afronta diretamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e todas as garantias dele decorrentes. Não bastasse isso, Lopes Jr. alerta que o juiz, poderá, de ofício, determinar a coleta do material genético do acusado “rasgando tudo o que se sabe acerca do sistema acusatório e imparcialidade.”

³⁵ Lei 12.037/2009, artigo 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

[...] IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm> Acesso em: 02 out. 2014.

³⁶ Lei 12.037/2009, artigo 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm> Acesso em: 02 out. 2014.

³⁷ Editorial do **Boletim IBCCRIM**, ano 20, n 238, Setembro/2012. p. 1

Outro instituto legal que sofreu modificação foi a Lei de Execução Penal. Nesse caso, o condenado por crime hediondo ou por crime doloso cometido com violência grave contra a pessoa será, obrigatória e independente de autorização judicial, a submeter-se à identificação criminal genética. Na fase de execução da pena, a finalidade deste banco de dados é coletar e armazenar material genético para elucidar crimes futuros com autoria ignorada. Determina a lei que havendo inquérito instaurado, a autoridade policial, federal ou estadual, pedirá autorização ao juiz para acessar o banco de dados de perfis genéticos dos condenados.

Apesar de a Lei 12.654/2012 declarar objetivos diversos, a doutrinadora Maria Elizabeth Queijo³⁸ é categórica ao afirmar que:

[...] a coleta de material genético tem por único objetivo – e não há outro – a identificação de autoria de delito, em persecuções penais futuras, ou naquela que está em andamento: ou seja, a finalidade não é a identificação criminal, como se sugere na Lei, mas a comprovação de autoria/participação em delito. A finalidade é inegavelmente probatória.

O fato de o Estado custodiar um banco de dados com provas passíveis de serem utilizadas em um crime que ainda não ocorreu é um total retrocesso e desrespeito aos princípios e garantias constitucionais e processuais penais. Em oposição direta ao Direito Penal do Fato, permitir que informações orgânicas de uma pessoa estejam à disposição do Estado é retomar os postulados do Positivismo Penal e restringir a criminalidade, basicamente a fatores patológicos.

No tocante aos efeitos da pena, nosso ordenamento jurídico prevê somente efeitos obrigacionais, patrimoniais e de restrição de direitos. Logo, a compulsoriedade da coleta de material genético dos condenados prevista no artigo 9º-A da Lei 7.210/1984³⁹ pode ser interpretada como um efeito secundário da aplicação da pena. Além disso, o fato de um perfil genético

³⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n 250, Setembro/2013, p. 8.

³⁹ Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no [art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 03 out. 2014.

figurar no banco de dados e poder ser utilizado a qualquer tempo contraria a vedação constitucional da perpetuidade da pena prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b da Constituição Federal.

Obrigar alguém a submeter-se a uma intervenção corporal, traduz-se, em última instância, em uma pena corporal. Então a pergunta a ser respondida é: se a Constituição Federal e o Direito Penal vedam as penas corporais, porque uma lei estaria apta a autorizar que os efeitos da pena recaiam sobre o corpo do condenado?

Outro ponto obscuro se refere ao prazo que os perfis genéticos ficarão disponíveis nos bancos de dados. A Lei prevê em seu artigo 7º-A que “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.” Aury Lopes Jr.⁴⁰ aduz que é perfeitamente aplicável, por analogia, o artigo 7º da Lei 12.037/2009 que prevê a faculdade do indiciado (quando não ofertada ou rejeitada a denúncia) ou do réu (quando sobrevier absolvição) de requerer a retirada da identificação genética do inquérito ou do processo, já que, diante destas situações, não há porque haver o constrangimento de figurar eternamente no banco de dados genéticos.

Também para o perfil genético dos condenados, a lei não prevê por quanto tempo estes deverão figurar no banco de dados. Novamente, aplica-se a analogia para alcançar o instituto da “reabilitação” previsto no artigo 93 e seguintes do Código de Processo Penal, “permitindo-se a retirada dos registros após decorridos dois anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução.”⁴¹

A dignidade da pessoa humana deve ser o limite à atuação estatal. De tal forma que, “submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso.”⁴² Em nome da suposta eficiência e infalibilidade da prova genética, parece que, gradativamente, retrocedemos a um sistema penal inquisitório.

⁴⁰ LOPES, Jr., Aury. Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, ano 20, n 236, Julho/2012. p. 6

⁴¹ LOPES, Jr., Aury. Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, ano 20, n 236, Julho/2012. p. 6

⁴² LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 492.

No âmbito de incidência do Devido Processo Legal, importa destacar que a expressão “devido”, na esfera do processo penal, indica a observância do modelo processual acusatório, orientado por princípios que asseguram a defesa dos direitos humanos. Amaral, Gloeckner e Santos⁴³, advertem que, baseado em fundamentos democráticos, o modelo processual acusatório afasta do juiz a iniciativa probatória, cedendo-a às partes e, dessa forma, faz nítida a distinção entre o ato de acusar e o de julgar. Nas palavras de Silva Jardim (citado por Duclerc)⁴⁴, consoante 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. [...].

Assim, a lei que deixa de reconhecer as mínimas garantias processuais ao imputado e ainda permite a atuação *ex officio* do magistrado a fim de produzir provas, flerta perigosamente com o modelo processual inquisitivo, que, se caracteriza, justamente, pela concentração de poderes – acusação, defesa e julgamento – nas mãos do juiz. Carolina Grant esclarece que “o órgão julgador é quem iniciará de ofício a persecução, irá em busca das provas e, ao final, proferirá a decisão, tudo isso sob uma atmosfera sigilosa, obscura, sem compromisso com o contraditório ou a ampla defesa.”⁴⁵

4.2 BANCOS DE DADOS X CONTROLE DA CRIMINALIDADE

A Lei 12.654/2012 dispõe no artigo 7º-B que os perfis genéticos serão armazenados em bancos de dados sigilosos, cuja regulamentação deve ser expedida pelo Poder Executivo. Primeira questão que se impõe é o fato de que,

⁴³ AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SANTOS, Gabriel Ferreira dos. **Lei 12.654/2012: e o perfil genético do controle se mostra no Brasil.** In: TRINDADE, André Karam; BORTOLOTI, José Carlos Kraemer (Org.). **Direitos fundamentais e democracia constitucional.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 271.

⁴⁴ DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

⁴⁵ GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba, 2011, n. 5, Jul.-Dez. p. 123.

conforme mandamento constitucional compete privativamente à União – por meio de lei federal⁴⁶ – legislar sobre matéria de direito penal. Assim, não deveria o Presidente da República instituir a criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPD), por meio de um Decreto.

A tentativa de vincular teorias científicas ao campo social-comportamental mostra-se sempre tendenciosa e preconceituosa, haja vista que, a população “selecionada” para análise e os tipos de comportamentos considerados delituosos são recorrentes a determinados grupos sociais. Sem perder de vista este fato, é preciso ficar muito atento à possibilidade do uso de pesquisas que, fundadas no determinismo genético, busquem identificar padrões genéticos vinculados a algum tipo de comportamento social, ou legalmente reprováveis.

André Nicolitt afirma que nem mesmo o argumento do bem-estar máximo, base do utilitarismo, poderia justificar a aplicação “irresponsável e eticamente descomprometida” dos bancos de dados genético. Em defesa da sua posição informa que, na base de dados do Reino Unido, a probabilidade de que um perfil genético obtido na cena do crime ser confrontado com um perfil já incluído em um banco de dados é de 45%. Entretanto, no universo deste percentual (de 45%), só haverá sucesso em relação ao crime apurado em menos de 1% dos casos. “O sistema da Inglaterra é gigantesco e de insignificante eficiência, o que podemos esperar do sistema brasileiro?”⁴⁷

O banco de dados do Reino Unido, o *National DNA Database* (UKNDNAD), é a maior base de dados do mundo e uma das mais controversas já que uma série de medidas legislativas possibilitou que amostras de DNA sejam coletadas pela polícia, de qualquer pessoa detida, para um grande número de crimes e delitos – excluem-se basicamente infrações de trânsito e outras poucas. As amostras são colhidas pela própria polícia, independente da sua relevância para a investigação policial, e ficam armazenadas no sistema da própria polícia, a nível nacional e integram o registro criminal daquelas pessoas

⁴⁶ Constituição Federal, artigo 22, inciso I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 08 out. 2014.

⁴⁷ NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades de Lei 12.654/2012. **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n 245, Abril/2013, p. 15.

ad eternum.⁴⁸ A seletividade é evidente já que três em cada quatro jovens negros possuem registro nos bancos de dados e, junto a outras minorias étnicas, perfazem a quase totalidade dos perfis armazenados nos bancos de dados genéticos.

No Brasil, o cenário não será diferente, senão pior, vez que o controle social exercido por meio da seletividade penal encontra fundamento histórico e cultural na segregação e marginalização dos negros e dos pobres nos morros e favelas. O nosso sistema penal continuará recebendo, prioritariamente, os alvos preferenciais da abordagem policial.

O argumento de combate à criminalidade vinculado à criação de bancos de dados genéticos se presta, antes, a justificar os altos investimentos feitos pelo governo federal na implementação da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos⁴⁹ e a dar uma resposta à opinião pública sedenta de punição e eficiência estatal, do que realmente buscar uma solução plausível para os índices de criminalidade. O Brasil perpetua um modelo internacional de políticas criminais que exigem, cada vez mais, pesados investimentos financeiros que acabam por transformar o Estado em “uma indústria de produção do crime sustentada pelo dinheiro público.”⁵⁰

Nesse sentido, Augusto Jobim informa que nos Estados Unidos,

Proliferam de forma selvagem as práticas de bancos de registro, já havendo [...] mais de seiscentas empresas especializadas em “verificação de antecedentes”. Este fascínio por novas técnicas de controle tecnológicas, de fato, alarga, generaliza, prolonga sem precedentes e indefinidamente os meios de vigilância. Ainda mais quando falamos de bancos de dados infinitamente maiores e mais poderosos. Em 1994, apenas para ilustrar, o Congresso americano liberou US\$ 25 milhões para facilitar a sistematização de fichários informatizados, graças à criação de um registro-fonte comum, o CODIS (*Combined DNA Index System*), que contém impressões genéticas dos indivíduos. Hoje, já praticam 48 dos 50 estados americanos o “fichamento biológico” efetuado por

⁴⁸ HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. **Relatório sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN**. Portugal, Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida. Presidência do Conselho de Ministros, 2007, p.14.

⁴⁹ O Ministério da Justiça (MJ) irá investir até 2014 cerca de R\$ 8 milhões para equipar laboratórios de DNA no Brasil. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/10/investimento-em-laboratorios-garantira-banco-genetico> > Acesso em 07 out. 2014.

⁵⁰ ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 221.

meio da coleta de sangue do condenado por ocasião da saída da prisão.

De fato, o DNA pode ser utilizado como meio de prova e já é utilizado com bastante eficiência na determinação da paternidade e na identificação de desaparecidos e vítimas de tragédias e desastres. Em crimes sexuais, nos casos em que o autor é pessoa conhecida, o banco de dados pode se apresentar como um meio eficaz de combate à impunidade. Os bancos de dados de perfis genéticos, longe de ser a panaceia para todos os males relacionados à criminalidade em nosso país, são somente mais um instrumento a ser utilizado na “elucidação de crimes, o que não está direta e necessariamente ligado ao combate à criminalidade.”⁵¹

4.3 A CONFIABILIDADE DA PROVA GENÉTICA

Como já referido, é irrefreável o emprego da genética na medicina forense e, incontestável, o auxílio por ela prestado na identificação de vítimas e na solução de crimes. Norma Bonaccorso indica que as análises de DNA podem ajudar a ligar suspeitos a locais de crime ou, ainda, um local de crime a outro por meio do estudo de vestígios biológicos, oriundos da saliva, de células da pele, de pelos ou cabelos, etc. A estabilidade química e térmica do DNA permite a obtenção de padrões genéticos, mesmo após longo período de tempo transcorridos.

Estas, entre outras razões, fazem com que o emprego do DNA seja ferramenta de grande utilidade na perícia forense, fato este que implica em grande repercussão social. A partir dos primeiros resultados positivos da sua utilização, os meios de comunicação deram à prova genética uma aura de infalibilidade, alçando-a à condição de técnica pericial suprema, cujos resultados são incontestáveis.

Daí, surge um imenso problema relacionado ao uso dessa prova, como argumento de autoridade, “dado o fetiche exercido por essa técnica

⁵¹ SCHIOCCHET, Taysa (coord.). **Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal**. Projeto Pensando o Direito. Relatório n.43. São Leopoldo: Ministério da Justiça, 2012. p. 52.

probatória”⁵² tanto no imaginário popular quanto no imaginário dos operadores do sistema de justiça criminal. E, no campo do imaginário, principalmente o popular, alimentado por filmes e seriados, rapidamente, a partir de vestígios biológicos encontrados na cena do crime chega-se ao autor do delito. Outra questão que se impõe, por se tratar de uma prova tão específica, é a necessidade de conhecimento técnico-científico para a correta interpretação dos resultados por parte dos operadores judiciais.

Não obstante o fato de o DNA ser amplamente utilizado como prova, o teste não é 100% infalível. O biólogo e perito judicial carioca André Smarra afirma que o DNA “costuma ser apresentado como algo isento de erros e inclusive muitos juízes pensam que isso é verdade, mas existem muitos casos de contestações judiciais e invalidação de exames”⁵³ por conta da contaminação das amostras ou erros de estatística. Segundo Bonaccorso, as análises podem ser contaminadas, trocadas ou mal interpretadas, principalmente, quando no local do crime, existem amostras de material genético de mais de uma pessoa.

Além da possibilidade de erro, uma notícia recente veio colocar em xeque a credibilidade da prova genética. Cientistas israelenses demonstraram ser possível “fabricar provas de DNA”. Eles produziram amostras de sangue e saliva contendo o DNA de uma pessoa diferente do doador da amostra original. Também mostraram que, se tivessem acesso a um perfil de DNA num banco de dados, poderiam construir uma amostra de DNA para combiná-la a esse perfil sem a necessidade de obter qualquer tecido da pessoa. “Você pode simplesmente projetar uma cena de crime”, disse Dan Frumkin, principal autor do trabalho, publicado online pelo jornal *Forensic Science International: Genetics*. Finalizou afirmando que “qualquer estudante de biologia poderia fazer isso.”⁵⁴ Diante das evidências que demonstram que a prova genética

⁵² AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SANTOS, Gabriel Ferreira dos. **Lei 12.654/2012**: e o perfil genético do controle se mostra no Brasil. In: TRINDADE, André Karam; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer (Org.). **Direitos fundamentais e democracia constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 276.

⁵³ MOUTINHO, Sofia. A caça às evidências. *Revista Ciência Hoje*. Edição 28, Maio 2011, p. 26. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/revista-ch/2011/281>> Acesso em: 08 out. 2014.

⁵⁴ Notícia originalmente publicado no jornal americano *New York Times* em 17/08/2009 no site: <http://www.nytimes.com/2009/08/18/science/18dna.html>.. Veiculação na imprensa nacional disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/conteudo.phtml?id=919399>> Acesso em 08 out. 2014.

pode apresentar tanta fragilidade quanto qualquer outra, mister esclarecer sua real contribuição para estabelecer a relação causa-resultado em crimes dolosos ou culposos.

A despeito do “canto de sereia” e da sedutora “ambição de verdade”⁵⁵ presente no discurso científico, ele é incompatível com o modelo de processo penal vigente em nosso ordenamento e com o processo de convencimento do magistrado que, obrigatoriamente, deve se formar a partir do contraditório e de um conjunto probatório. Lopes Jr assevera que a prova em questão apenas tem o condão de demonstrar, em maior ou menor grau, a probabilidade de um aspecto do delito. O que não se confunde com “a prova de toda a complexidade que constitui o fato.”

Em momento nenhum o julgador deverá deixar de se perguntar, como determinado material genético foi parar no local do crime e até que ponto o réu pode ser responsabilizado penalmente pelo simples fato de seu material genético ter sido lá encontrado. Em outras palavras, o nexo de causalidade deve ser demonstrado sempre. Portanto, a prova genética, apesar da sua importância e de sua forte influência sobre o convencimento do julgador, deve ser considerada “*apenas mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais*”.⁵⁶

Incontroverso que a Lei 12.654/2012 traz em sua essência traços inquisitórios, seja pela presunção em considerar a prova genética como uma prova plena, seja pelo fato de reduzir o condenado/investigado novamente à condição de objeto de prova vez que, “portador da verdade passível de ser extraída (DNA), deverá sofrer a intervenção corporal.”⁵⁷ Adverte Nicolitt, que “não podemos nos cegar e fascinar com as ‘modernas’ tecnologias olvidando o fato de que a tortura também já foi considerada um grande avanço tecnológico.”⁵⁸

⁵⁵ LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 502.

⁵⁶ LOPES Jr., Aury. Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, ano 20, n 236, Julho/2012, p. 6.

⁵⁷ AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SANTOS, Gabriel Ferreira dos. **Lei 12.654/2012: e o perfil genético do controle se mostra no Brasil**. In: TRINDADE, André Karam; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer (Org.). **Direitos fundamentais e democracia constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 277.

⁵⁸ NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades de Lei 12.654/2012. **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n 245, Abril/2013, p. 15–16.

Assim, ainda que a lei esteja posta e que decisões já estejam sendo proferidas no sentido de validar o uso dos bancos de dados genéticos, há que se continuar a discussão a sobre a admissibilidade e a constitucionalidade deste tipo de prova. Maria Lúcia Karam⁵⁹ ensina que a substituição da liberdade pela segurança, e o progressivo desaparecimento do “desejo de liberdade”, faz com que aceitemos docilmente os “mecanismos invasivos de vigilância e controle proporcionados pela revolução científico-tecnológica” que facilita o agigantamento do poder punitivo estatal, negando direitos fundamentais e enfraquecendo o modelo de Estado de direito democrático. Nas palavras de Eros Grau, “diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.”⁶⁰

4.4 A CADEIA DE CUSTÓDIA

Grande parte dos ilícitos penais está subordinada ao exame de determinados locais e à coleta de evidências materiais para posterior análise. No entanto, essas evidências só poderão ser aceitas nos tribunais – como meio de prova – se a sua coleta, manuseio a análise observarem condições mínimas de segurança a fim de garantir a integridade do material e a idoneidade dos meios empregados.

Para que a coleta de material no local do crime seja eficiente é essencial que este seja isolado e preservado a fim garantir as condições técnicas para análise dos vestígios sem o risco de contaminação “pós crime” pois, o sucesso da análise depende do tipo de amostras e do modo como estas foram colhidas e preservadas. Portanto, alguns pontos críticos devem ser observados no decorrer desse processo, tais como a técnica de coleta e documentação do vestígio, o procedimento de manuseio e embalagem e, por fim, a preservação do material. Segundo Bonaccorso, a coleta dos vestígios obriga seu acondicionamento de forma individual, a fim de evitar a contaminação por

⁵⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.08–09.

⁶⁰ Voto do Ministro do STF, Eros Grau, no HC 95,009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 06 out. 2014.

contato, mistura ou pelo material genético do próprio coletor, bem como, impõe, sempre que possível, a coleta das chamadas “amostras referência” para que não parem dúvidas sobre a sua origem.

Nesse sentido, as orientações gerais para a manipulação, acondicionamento e depósito do material genético colhido a partir vigência da Lei 12.654/2012, enquanto não houver um regulamento que as padronize, deverá seguir àquelas informadas pelos agentes do FBI quando do treinamento dado aos peritos brasileiros.

As orientações gerais que devem ser seguidas para documentação, coleta, embalagem e preservação de vestígios biológicos a serem submetidos à análise estão nas recomendações comumente encontradas em manuais editados por órgãos ou entidades internacionais que fomentam ou procedem a análise em biologia forense e especialmente análises de DNA, como por exemplo, os manuais do FBI, da INTERPOL [...].⁶¹

Ainda que a lei processual penal do nosso país não faça menção à formação, manuseio e preservação do elemento probatório, esses procedimentos são de suma importância e deverão obedecer a um rigoroso sistema de controle chamado **cadeia de custódia**, assim definido:

[...] conjunto de procedimentos efetuados no levantamento do local de crime e no tratamento dos vestígios que, em última instância, irá garantir a credibilidade das provas e a imparcialidade na sua formação.

No sentido prático, refere-se a um conjunto de documentos que demonstrem todos os “passos percorridos” por um determinado vestígio no decorrer do seu processo de análise, incluindo as condições em que ele foi coletado, a identidade de todas as pessoas que a ele tiveram acesso [...], a duração da custódia, as condições de segurança e armazenamento a que ele foi submetido e a maneira utilizada para se registrar todas as transferências do material a pessoas diferentes em cada fase.⁶²

⁶¹ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e Jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 24.

⁶² BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e Jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 25.

No direito brasileiro, quase não há referências doutrinárias sobre cadeia de custódia. No entanto, nas bibliografias de perícia criminal, ela é tema recorrente. Assim, se faz muito útil a lição de Alberi Espíndola:

Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial.⁶³

O autor supra citado esclarece que a cadeia de custódia não se restringe à esfera da perícia criminal. Sua incidência se dá a partir dos procedimentos que devem ser adotados na delegacia de polícia – quando da apreensão de algum objeto – e estende-se ao percurso desses objetos nas diferentes fases do processo criminal, tanto no Ministério Público, quanto na própria justiça. Havendo qualquer suspeita ou questionamento sobre o objeto de prova ou sobre suas condições, implicará prejuízo para o processo como um todo.

Assim sendo, Geraldo Prado é categórico ao afirmar que presente qualquer causa de interrupção, mesmo que consentida, na cadeia de custódia haverá o enfraquecimento ou destruição do valor da prova. Por esse motivo, a experiência atual sobre preservação obriga que “a cadeia de custódia deve estar conformada pelo menor número de custódios possíveis”⁶⁴ vez que, quanto menos pessoas tiverem contato com o elemento probatório, menos ele será manipulado. E, quanto menos exposto ao risco de quebra da cadeia de custódia, mais protegido estará.

O Ministério da Justiça, por meio do último Diagnóstico da Perícia Criminal (2013) informa que o Brasil ainda não dispõe de uma normativa geral sobre cadeia de custódia, ocorrendo o mesmo na maioria dos Estados, onde se encontram muitas fragilidades na gestão da atividade pericial. Poderia parecer brincadeira se o assunto não fosse tão sério e se as palavras não tivessem sido proferidas oficialmente, em uma publicação do próprio Ministério da Justiça:

⁶³ ESPÍNDOLA, Alberi. **Perícia criminal e cível**: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3.ed. Campinas: Millenium, 2009, p.165.

⁶⁴ BATISTA, Juan Carlos Urazá. **La cadena de custodia em el nuevo código de procedimiento penal**. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>> Acesso em 11 out. 2014.

Apesar da ausência de normas formalizadas é possível, porém, identificar elementos que demonstram a existência mais ou menos consistente de cadeia de custódia nas atividades periciais.⁶⁵ (grifo nosso)

No mesmo documento, a análise de tabelas que tratam dos elementos da cadeia de custódia aponta a fragilidade dos procedimentos adotados pela maioria dos Estados que dispõem de laboratórios de DNA, conforme segue :

[...] Em conjunto, esses dados apontam para a inexistência de procedimentos de cadeia de custódia na Criminalística. O que funciona, enfim, é tão somente a parte burocrática pertinente ao protocolo de recebimento e encaminhamento dos vestígios dentro das unidades. A exceção diz respeito aos laboratórios de DNA, que por serem mais recentes e melhor estruturados apontam um pouco mais de robustez nos procedimentos pertinentes à cadeia de custódia.⁶⁶ [...]. (grifo nosso)

Outra informação⁶⁷ que revela a vulnerabilidade da cadeia de custódia nos laboratórios de DNA, diz respeito ao conhecimento dos peritos sobre os procedimentos específicos da cadeia de custódia do material genético. Dos seis peritos que responderam à pesquisa, somente um afirmou conhecer tais procedimentos.

A “robustez” (?) nos procedimentos da cadeia de custódia constatado nos laboratórios de DNA é atribuído não tanto ao fato de ela ser uma tecnologia relativamente nova, mas, primordialmente, ao fato de que sua implementação nos Estados vem sendo feita por peritos federais, devidamente treinados pelo FBI. Diante dos fatos apresentados, as perguntas que se impõem são: como é que um país que não tem uma regulamentação nacional sobre cadeia de custódia e que detecta uma existência “mais ou menos” consistente dos procedimentos exigidos, pretende atender às regras internacionais de padronização? E mais ainda, como a justiça pretende garantir a qualidade das decisões, se não há a mínima garantia de que esses dados serão custodiados

⁶⁵ Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Diagnóstico da perícia criminal no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 81.

⁶⁶ Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Diagnóstico da perícia criminal no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 82.

⁶⁷ Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Diagnóstico da perícia criminal no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 84.

dentro de um processo legítimo? Aqui cai por terra um dos argumentos mais utilizados (e mais falacioso) para a implementação dos bancos de dados criminais, que é justamente aumentar a segurança processual, reduzindo a possibilidade de erro judicial.

Geraldo Prado⁶⁸ noticia que a primeira abordagem sistêmica sobre a questão da preservação da cadeia de custódia se deu no STJ quando do julgamento do HC 160.662/RJ em 18 de fevereiro do ano corrente. A partir do voto da Ministra Assusete Magalhães, foi acolhida, por unanimidade, a tese de quebra da cadeia de custódia e o tribunal declarou a ilicitude da prova. Esse posicionamento demonstrou importante avanço no nosso ordenamento jurídico na busca da concretização das garantias constitucionais em um assunto tão delicado e pouco abordado pela doutrina e jurisprudência.

O autor sustenta que partindo a investigação criminal de um juízo de incerteza (decorrente do princípio da presunção da inocência), a punição só poderá ser legitimamente aplicada quando superado esse estado de incerteza. Dessa forma, a constituição prevê que o tipo de processo adequado é aquele que se caracterize “por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria em um esquema lógico e jurídico que esteja apto a apoiar a decisão em um determinado contexto de <<verdade>>.”⁶⁹ Esse “tipo de processo” fica no plano da idealização quanto pensamos na possibilidade do uso dos perfis genéticos como prova pré-constituída, proporcionado pela Lei objeto deste estudo.

Em um processo penal orientado pela presunção de inocência e balizado pelo contraditório é fundamental observar as regras que disciplinam a atividade probatória. O magistrado é o responsável em assegurar a igualdade entre as partes e em controlar os requisitos de verificabilidade dos fatos para que o processo “não seja mero jogo de cena ou cerimônia protocolar, consoante mencionado, ritual que apenas antecederia a imposição do castigo, previamente definido pelas forças políticas.”⁷⁰ Assim, havendo a quebra da

⁶⁸ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 12.

⁶⁹ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19.

⁷⁰ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 44.

cadeia de custódia, não há que se falar em examinar a boa ou má-fé do agente custódio que manuseou o elemento de prova; impõe-se que se adote diretamente o critério *in dubio pro reo*.

Comprovada a quebra da cadeia de custódia, todos os elementos posteriores à quebra, automaticamente serão contaminados e invalidados. O CPP em seu artigo 157 estabelece a inadmissibilidade das provas derivadas de provas ilícitas, “assim entendidas por aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”⁷¹.

No que concerne ao uso dos perfis genéticos como objeto de prova, apesar da lei não o declarar expressamente, é inegável sua utilização como tal. Além do fato de o Brasil não dispor de um regulamento nacional que trate da cadeia de custódia, inúmeros são os pontos obscuros da Lei de identificação genética criminal não só no que se refere à utilização, mas também no que tange ao armazenamento, permanência, e fiscalização dos bancos de dados.

A despeito de todos os problemas processuais apontados, a Desembargadora Kárin Emmerich da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem recomendado ao juízo de execuções daquele Estado que faça a coleta do material genético dos condenados pois, no seu entendimento, “a coleta de material biológico, para obtenção de perfil genético é providência automática decorrente da condenação e, como tal, deve ser observada pelo Juízo da Execução.”⁷² A requerimento do Ministério Público de Minas Gerais, três já são os julgados que autorizam o Estado a coletar o material genético dos condenados.

Aceitar que a coleta de material genético possa ser considerada “providência automática” da condenação, é um dos argumentos que autorizam a aparente “competição” entre os Estados cujos laboratórios de DNA estão cadastrados junto ao BNPG. Notícias veiculadas na imprensa do Paraná,

⁷¹ Código de Processo Penal, artigo 157 – São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. §1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quanto não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. [...] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 11 out. 2014.

⁷² Desembargadora recomenda aplicar lei da coleta de material genético. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/desembargadora-recomenda-aplicar-lei-da-coleta-de-material-genetico.htm#.VDv751fLJ4>> Acesso em: 13 out. 2014.

alardeiam ser ele a “sair à frente dos outros Estados brasileiros”⁷³ na coleta de amostras para bancos de DNA. Desde o dia 15 de setembro deste ano, equipes de peritos iniciam a coleta de DNA “da mucosa bucal de presos que estão nas carceragens de delegacias de municípios” da região norte do Estado. A previsão é que, ao todo, quatro mil detentos nessa condição, tenham o seu material genético colhido. Segundo Marcelo Malaghini, perito chefe do laboratório de DNA do Instituto de Criminalística, “a análise e inserção de perfis genéticos já é realizada há quase três anos no Paraná. Agora de uma maneira sistematizada está sendo feita a coleta de material dos detentos condenados.”⁷⁴

Considerando toda importância da cadeia de custódia, inúmeras perguntas se postam frente a essas notícias. Primeiramente, salta aos olhos a questão da ciência e do consentimento desses indivíduos quanto ao procedimento a que eles estão sendo submetidos. Sabem que o “swab” bucal introduzido na sua boca se destina à coleta de material genético? São informados que essa “amostra” integrará um banco de dados nacional cuja finalidade é a apuração de crimes futuros? Assinam algum tipo de documento informando seu consentimento? E mais ainda, tem alguma possibilidade de se negarem a ceder seu material genético?

A mera determinação legal de que a coleta seja feita “por técnica adequada e indolor” não deveria ser suficiente para autorizá-la de pronto. Enquanto pendente a padronização dos procedimentos e técnicas de coleta, bem como da análise, inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis nos bancos de dados, o mínimo esperado, dentro de um Estado que afirma-se “Democrático de direito”, é a interrupção desta prática totalitária.

Por fim, no que tange ao processo e à cadeia de custódia, conclui-se que não há possibilidade alguma de os perfis de dados genéticos serem utilizados como prova. Ainda que houvesse toda regulamentação exigida e a observância a todos procedimentos necessário, a condição primeira de legalidade da prova não é atendida, qual seja a não violação às normas

⁷³ Paraná inicia coleta de amostras para banco de DNA de criminosos. <<http://www.plantaodacidade.com.br/novo/noticia/6311>> Acesso em: 13 out. 2014.

⁷⁴ CHUEIRE JR. Rubens. Começa a coleta de DNA de criminosos condenados. Folha de Londrina, 19 set. 2014. Disponível em: < http://www.bonde.com.br/?id_bonde=1-3--630-20140916> Acesso em: 13 out. 2014.

constitucionais e legais. Não existe um meio de submeter um indivíduo a uma intervenção corporal não consentida, sem violar sua dignidade. Com já referido, a submissão por si só, configura violação a vários preceitos constitucionais. E, diante da evidente ilegalidade, não há como se pretender utilizar os perfis genéticos como meio de prova.

5. CONCLUSÃO

O modelo econômico neoliberal trouxe consigo a exigência de um sistema penal que, cada vez mais, exerça um controle máximo sobre os marginalizados que ele próprio produz. Desta forma, a evolução tecnológica e científica tende a subsidiar modernos instrumentos para servir à repressão estatal. Sentimentos decorrentes do medo e da sensação de insegurança generalizada autorizam, em nome da prevenção de riscos, novos mecanismos de controle como, por exemplo, o uso do DNA para fins de persecução criminal.

No Brasil, a novidade chegou por meio da Lei 12.654/2012 que prevê a coleta compulsória de material genético do investigado – mediante autorização judicial e desde que indispensável à investigação criminal – e dos condenados, de forma automática e independente de autorização, por prática de crime doloso de natureza grave. Esse material biológico, sob a forma de perfil genético, será depositado na Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e ficará disponível para consulta das polícias civis e federal a fim de auxiliar na investigação de crimes.

Além dos temores mais comuns presentes no imaginário popular em relação ao uso inadequado das amostras genéticas como, a possibilidade de manipulação e divulgação de informações da esfera privada dos indivíduos, outros mais específicos, ligados à aspectos éticos e legais vem se somar à dúvidas suscitadas quanto ao uso dos bancos de dados genéticos. A lei é imprecisa em vários pontos. Não contempla um procedimento mínimo sobre a gestão dos bancos de dados, falta uma definição sobre quem e como será feita a administração dos referidos bancos; não prevê quem autorizará e quem, especificamente, terá acesso às informações. Não define como se dará o

armazenamento dos dados, por quanto tempo os perfis ficarão incluídos nos bancos e menos ainda como se dará o descarte desse material.

Em relação à prova a ser obtida a partir dos perfis genéticos, é certo que cautelas obrigatórias devem ser tomadas para a coleta do material e manutenção da cadeia de custódia dos perfis genéticos. A cadeia de custódia não está prevista na lei processual penal Brasileira e poucas são as referências doutrinárias sobre o tema. No entanto, o material existente é muito significativo para que os operadores do direito entendam a importância desse conjunto de procedimentos que, obrigatoriamente, devem ser observados para a aquisição, manutenção e garantia de uso da prova dentro do processo penal.

Em um mundo ideal, onde o processo penal obedece ao modelo acusatório, ainda que haja total observância à cadeia de custódia da prova, não podemos esquecer que, a prova genética será só mais um meio de prova a ser valorado pelo magistrado dentro de um conjunto de provas e evidências que objetivam alcançar a verdade processual. Como aduz Bonaccorso, não se pode reputar o uso do DNA como condição *sine qua non* da investigação criminal pois o papel desse tipo de prova “não é de fazer presunções de culpabilidade ou de inocência, mas de fornecer informações exatas para melhor aplicação da justiça”⁷⁵.

A identificação genética criminal facilita a aplicação da lógica atuarial no sistema penal viabilizando mais um elemento a ser considerado na elaboração dos perfis de risco. O sistema de controle social seleciona estatisticamente os indivíduos que irão sofrer a perseguição e, em uma verdadeira caça às bruxas, “os objetos de perseguição não tem mais o direito de ficar em silêncio, nem mesmo de não produzir provas contra si mesmos”⁷⁶, sendo o estigma aplicado independente da condenação ou não.

Assim, conclui-se que apesar de a Constituição do nosso país alinhar-se aos ditames democráticos e comprometer-se a concretizar os direitos humanos, no campo processual penal há uma clara contradição entre os

⁷⁵ **Aspectos técnicos, éticos e Jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil.** 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php>> Acesso em: 16 out. 2014.

⁷⁶ ROSA, Alexandre Moraes da, KHALED Jr., Salah H. **O horror do crime seduz e faz gozar, em silêncio.** Disponível em:< <http://justificando.com/2014/09/23/o-horror-crime-seduz-e-faz-gozar-em-silencio/>> Acesso em 17 out. 2014.

preceitos constitucionais e os procedimentos processuais autorizados pela Lei posta em estudo. Nesse sentido, “o processo penal da era digital parece voltar no tempo”⁷⁷ e seguir as regras dos antigos manuais inquisitórios onde não havia espaço para a dialética e para o contraditório.

Desta forma, todo esforço aqui depreendido não encontrou justificativa aceitável para essa mudança de função atribuída ao sistema penal, senão a de servir, unicamente, como um meio de controle social que possibilita a expansão de uma sociedade de vigilância que pretende atuar pré e pós punitivamente de forma constante e perpétua.

⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.42.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **A formação cultural inquisitória no contexto brasileiro**: o punitivismo e seus atores. Revista *Jus Societas*, v.5, n.2, p. 89 – 113, 2011. Disponível em: <http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/view/1644>> Acesso em: 11 set. 2014.

AMARAL, Augusto Jobim; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SANTOS, Gabriel Ferreira dos. **Lei 12.654/2012**: e o perfil genético do controle se mostra no Brasil. In: TRINDADE, André Karam; BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer (Org.). **Direitos fundamentais e democracia constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 271.

BATISTA, Juan Carlos Urazá. **La cadena de custodia em el nuevo código de procedimiento penal**. Faceta Jurídica, Editorial Leyer, Bogotá, Enero, 2005. Disponível em: <<http://fundacionluxmundi.com/custodia.php>> Acesso em 11 out. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. 145 p.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 258 p.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e Jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php>> Acesso em: 15 Set. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.

_____. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm> Acesso em: 12 ago. 2014.

_____. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 18 set. 2014.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, pág. 10227, 13 de julho de 1984. Seção 1.

_____. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, nº 1139, pág. 1, 02 de outubro de 2009. Seção 1.

_____. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, Altera as leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 e, 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, nº 103, pág. 1, 29 de maio de 2012. Seção 1.

_____. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Diagnóstico da perícia criminal no Brasil**. Organização e revisão de Isabel Seixas de Figueiredo e Ana Carolina Cambeses Pareschi. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B327DA7A1-910D-4AF5-9D8A-C95B361E7BE9%7D&ServiceInstUID=%7BB78EA6CB-3FB8-4814-AEF6-31787003C745%7D>> Acesso em: 10 out. 2014.

CERVINI, Raul. **A cifra negra da criminalidade oculta**. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1285251973.pdf> Acesso em: 03 ago. 2014.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 328 p.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 310 p.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 928 p.

ESPÍNDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. 3.ed. Campinas: Millenium, 2009, 432 p.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 2001. 386 p.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução de: André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. 438 p.

GLASSNER, Barry. **Cultura do Medo**: por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos. Tradução de: Laura Knapp. 1. ed. São Paulo: Francis, 2003. 342 p.

GOFFMAN, Erving. **Estigma – Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988. 158 p.

GRANT, Carolina. Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 5, Jul-Dez. p. 111 – 141. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revistas_interna6.php> Acesso em: 08 out. 2014.

HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. **Relatório sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN**. Portugal, Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida. Presidência do Conselho de Ministros, 2007. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328_Relatorio_base_dados_perfis_ADN.pdf> Acesso em 07 out. 2014.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. **Perícia Federal**, Brasília, ano 9, n. 26, p. 17-20, jun. 2007/mar. 2008. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>> Acesso em: 15 set. 2014.

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 57 p.

LOPES Jr., Aury. Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)? **Boletim IBCCRIM**, ano 20, n 236, Julho/2012.

LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 529 p.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 266 p.

MICHELIN, Kátia Jacques, et al. Bancos de dados de perfis genéticos no combate aos crimes sexuais. **Perícia Federal**, Brasília, ano 9, n. 26, p 13-16, jun. 2007/mar.2008. Disponível em: < <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>> Acesso em: 20 set. 2014.

MOUTINHO, Sofia. A caça às evidências. **Revista Ciência Hoje**. Edição 28, Maio 2011, p. 25 - 31. Disponível em: < <http://cienciahoje.uol.com.br/revista-ch/2011/281>> Acesso em: 08 out. 2014.

NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades de Lei 12.654/2012. **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n 245, Abril/2013.

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas.” **Boletim IBCCRIM**, ano 22, n 262, Setembro/2014.

_____. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 100 p.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Provas Contra Si Mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas consequências no Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 461 p.

_____. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? **Boletim IBCCRIM**, ano 21, n 250, Setembro/2013.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. 312 p.

ROSA, Alexandre Moraes da, KHALED Jr., Salah H. **O horror do crime seduz e faz gozar, em silêncio**. Disponível em:< <http://justificando.com/2014/09/23/o-horror-crime-seduz-e-faz-gozar-em-silencio/>> Acesso em 17 out. 2014.

SCHEERER, Sebastian. **Sobre o livro “Crítica da Razão Punitiva”**
Entrevistador: Paulo Queiroz. Disponível em: < <http://pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-prof-sebastian-scheerer>>
Acesso em: 14 jul. 2014.

SCHIOCCHET, Taysa (coord.) Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Projeto Pensando o Direito. Relatório n.43. São Leopoldo: Ministério da Justiça, 2012. 282p.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. 207 p.

_____. **Punir os Pobres.** A nova gestão da miséria nos Estados Unidos 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. 168 p.

WERNECK, Alexandre. **Resenha de 'Sociedade de risco'**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/posts/2011/02/21/resenha-de-sociedade-de-risco-de-ulrich-beck-364623.asp>> Acesso em 27 ago. 2014.

YOUNG, Jock. **A Sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 314 p.