

**O BANCO DE PERFIS GENÉTICOS E A ESTIGMATIZAÇÃO
PERPÉTUA: UMA ANÁLISE DO ART. 9º-A DA LEI 7.210/84 À LUZ DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

**GENETICAL PROFILE DATABASE AND THE PERPETUAL
ESTIGMATIZATION: AN ANALISYS OF LAW 7.210/84, ARTICLE 9º-A
IN LIGHT OF THE CRITICAL CRIMINOLOGY STUDIES**

NATÁLIA LUCERO FRIAS TAVARES

Mestranda do Programa de em Direito da Universidade Católica de Petrópolis – UCP, pós-graduada em Direito e Processo Penal e Criminologia pela Universidade Cândido Mendes – UCAM (2014) e graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2011). Advogada criminalista e pesquisadora do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico” UFRJ/UCP.

RODRIGO GRAZINOLI GARRIDO

Biomédico; MSc; DSc. Professor Adjunto FND-UFRJ; Professor Adjunto do PPGD-UCP; Perito Criminal, Diretor do IPPGF.

ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO

Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP – Universidade Católica de Petrópolis. Professor Adjunto do IBMEC/RJ. Pós-doutor pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina. Doutor e Mestre pela UFRJ. Mestre pela

Universidad de Granada – Espanha. Coordenador do Grupo de Pesquisa “O Sistema Penal sob Olhar Crítico” UFRJ/UCP. Advogado Criminalista.

RESUMO

Com o advento da Lei 12.654/12, o Brasil passou a admitir a criação de um banco nacional de armazenamento de perfis genéticos voltado para fins de investigação criminal, alterando o texto das Leis 12.037/09 e 7.210/84 (LEP). O presente estudo terá como enfoque principal os impactos da Lei 12.654/12 na execução penal brasileira. Embasado nos estudos da Criminologia Crítica e tendo como fundamento legal os direitos e garantias fundamentais, será feita uma análise sobre as possíveis e efetivas violações de direitos – dos apenados, bem como de terceiros – decorrentes da inclusão e manutenção, por prazo indeterminado, dos perfis genéticos de pessoas condenadas por crimes dolosos com violência de natureza grave contra pessoa ou crimes hediondos, conforme estabelecido pela redação do art. 9º-A da Lei 7.210/84.

PALAVRAS-CHAVE: Genética forense; Criminologia; banco de perfis genéticos; Direitos e garantias fundamentais; Prisão.

ABSTRACT

With the approval of the Law 12.654 in 2012, the Brazilian Government authorized the creation of a national database for storage of genetic profiles to be utilized for criminal trial purposes, altering Laws 7.210/84 and 12.037/09. The impacts on the prison system and society will be the main areas of focus. Led by critical criminology studies and utilizing the fundamental rights as the primary basis for comparison, the present study will analyze the potential and actual violations of rights – of those who are prison convicts as well as third parties – caused by the inclusion of DNA information on the

afore mentioned database for an undetermined period of time, according to article 9º-A of Law 7.210/84.

KEYWORDS: Forensic genetic; criminology; penal process; fundamental rights; imprisonment.

INTRODUÇÃO

Possibilitada pelos avanços tecnológicos e biomédicos, a coleta e análise de material genético é um recurso cada vez mais utilizado pelo universo jurídico para fins de investigação e resolução de conflitos. Seja para o reconhecimento de paternidade ou mesmo identificação de autor de crime, sua popularidade e aceitação seguem em um crescente.

Diante deste panorama, o presente estudo tem como objetivo principal analisar, sob um prisma constitucional, a criação de banco de perfis genéticos para fins criminais nos moldes traçados pelo legislador na Lei 12.654/12.

O recorte temático ora proposto dará maior enfoque ao artigo 9º-A acrescido à Lei de Execução Penal. Contudo, importa ressaltar que o armazenamento de material genético de apenados não atinge apenas os direitos destes, mas também de terceiros com quem mantenham qualquer relação de consanguinidade.

Neste sentido, para melhor compreensão dos efetivos impactos causados pela alteração ao texto da Lei 7.210/84 e potenciais ameaças a direitos e garantias fundamentais, analisaremos os argumentos aduzidos no Recurso Extraordinário 973.837 que aduz a inconstitucionalidade da referida medida e aguarda julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, partindo das considerações traçadas pelos autores da Criminologia Crítica – em especial, Nilo Batista (2007), Eugenio Raul Zaffaroni (2011), Juarez Cirino dos Santos (2014) e Loïc Wacquant (2002) –, questões como a seletividade do sistema penal (desde o processo de criminalização primária até o

modo como se tem estruturado a justiça criminal), os processos de estigmatização e rotulacionismo serão abordadas.

1. O PAPEL DO DNA NA SEARA CRIMINAL

1.1 PROVA PERICIAL E A CRENÇA NA INFALIBILIDADE

Antes de avançar para o cerne do estudo, faz-se oportuna uma análise sobre o tratamento que vem sendo dado à prova pericial, de modo geral, na seara processual penal.

A despeito da inexistência de uma hierarquia estabelecida entre os diferentes meios de prova admitidos pelo ordenamento brasileiro, a prova pericial, por demandar conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, recebe um tratamento diferenciado por parte de grande parcela da sociedade – e mesmo dos operadores do direito.

Em decorrência da possibilidade de verificação empírica de seus resultados, as ciências exatas são tomadas – ainda que de maneira imprudente – como infalíveis, irrefutáveis. Neste sentido, alguns questionamentos devem ser suscitados:

- 1) Não é possível a ocorrência de falha humana que invalide o resultado obtido pela perícia?
- 2) Um mesmo resultado não pode ser produzido por diferentes circunstâncias/causas? Neste caso, ao afirmar como se operou o evento, o perito não realiza uma interpretação subjetiva?
- 3) Considerando que nem todos os componentes e particularidades são avaliados para fins de perícia, é possível que os parâmetros de análise adotados (ex: número de *loci* verificados para comparação de DNA; número mínimo de marcadores adotados para conferência de coincidência de digitais; etc.) gerem falsos resultados positivos?

Na realidade, são inúmeros os questionamentos que podem ser contrapostos à crença na infalibilidade das provas periciais, sendo o rol acima elencado meramente exemplificativo.

Sobre a fiabilidade da análise de DNA, escrevem André Nicolitt e Carlos Werhs:

É possível dizer sem sombra de dúvida que as provas genéticas, em termos de identificação, são as mais seguras que se tem conhecimento. Trata-se de um sistema de identificação muito positivo e que, embora seja uma prova estatística, as probabilidades que sustentam as conclusões são tão altas que se equivalem à certeza.

Todavia, as conclusões das análises de DNA não constituem *per se* uma prova plena e devem ser associadas aos demais elementos probatórios. Ademais, a prova genética depende ainda da correta interpretação dos resultados por parte dos atores jurídicos, destacadamente por parte do juiz. (NICOLITT e WERHS, 2015, p. 73)

Para que a prova pericial atenda a sua função maior, qual seja a verificação (ou não) da autoria de determinado crime, é imperioso que o resultado obtido seja analisado de forma global. Isto é, a simples coincidência entre os materiais genéticos analisados não deve ser considerada automaticamente sinônimo de culpa.

Um exemplo de falhas que podem decorrer da adoção de parâmetros insuficientes ou inadequados de análise pericial diz respeito à papiloscopia forense. Quanto menor o número de marcadores utilizados para análise, maiores as chances de obtenção de falsos resultados positivos, uma vez que a conferência não é integral.

Deixando em segundo plano a falibilidade humana – capaz de afetar o resultado obtido através de exame pericial em diferentes momentos (contaminação da amostra; utilização de método de análise inadequado; troca de materiais; etc) –, a crença cega nos resultados obtidos por meio de perícia pode ser colocada em xeque pela própria ciência e suas inovações.

Durante um longo período acreditou-se que o átomo seria a menor partícula do universo e indivisível, certeza que caiu por terra quando novos recursos permitiram constatar que o mesmo poderia ser fracionado em partículas ainda menores (prótons, nêutrons e elétrons) e, assim, sucessivamente. Há décadas chegamos aos *quarks* e as tentativas de fracioná-lo ainda persistem.

Esse é um fenômeno constante no mundo moderno globalizado em que nos inserimos: novas tecnológicas surgem diuturnamente, permitindo novas descobertas e tornando obsoletos (ou mesmo refutando) os métodos que lhe precederam.

1.2 PROCESSO PENAL E O BANCO DE PERFIS GENÉTICOS NO BRASIL

O ácido desoxirribonucleico¹ é uma molécula formada por subunidades (genes) que se encontra presente em todas as células do organismo vivo, à exceção dos glóbulos vermelhos. Sua relevância para a seara criminal está relacionada diretamente à possibilidade de elucidação de crimes por meio de análise de amostras.

Por ser uma das avançadas ferramentas de identificação da atualidade e muito superior às técnicas preexistentes na medicina forense, a realização de exames de DNA por parte das polícias e do Poder Judiciário segue numa crescente. Em diversos países² – como Estados Unidos, Portugal e Argentina, por exemplo – os perfis genéticos coletados são armazenados em um banco de dados para fins de comparação com possíveis amostras coletadas no intuito de solucionar delitos.

Foi com o advento da Lei 12.654, sancionada pela Presidente Dilma Rousseff em 28 de maio de 2012, que a criação de um banco armazenamento de perfis genéticos para fins criminais passou a ser autorizada pelo ordenamento pátrio. A proposta introduzida pelo diploma legal se assemelha ao modelo criado e utilizado pelos Estados Unidos³.

Ao modificar a redação das Leis 7.210/84 e 12.037/09, criou duas possibilidades para coleta e armazenamento de DNA: 1) para fins de identificação criminal; 2) coleta de material de pessoas condenadas pela prática de crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa ou pelo cometimento de crimes hediondos⁴.

¹ A sigla DNA, largamente utilizada para designar o ácido desoxirribonucleico deriva da língua inglesa.

² Mais informações sobre a história da evolução dos bancos de perfis genéticos e análise de sistemas comparados cf. GARRIDO e RODRIGUES, 2015, p. 94-107.

³ O modelo de *Combined DNA Index System* (CODIS) foi criado e implementado pelos EUA na tentativa de elucidar crimes cuja autoria era desconhecida.

⁴ O art. 3º da Lei 12.654/12 acrescentou o seguinte dispositivo à Lei de execução Penal: “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. § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Quando realizada para fins de identificação criminal, a coleta do material genético do investigado necessita de prévia autorização judicial e as informações levantadas serão excluídas do referido banco de dados ao término do prazo legal estabelecido para prescrição do delito.

A segunda hipótese de inclusão de perfil genético no banco de dados, principal objeto de análise do presente estudo, ocorre no momento da execução da pena. A modificação feita à LEP atinge diretamente os apenados cuja condenação decorra do cometimento de: 1) crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa; 2) qualquer um dos tipos penais previstos no art. 1º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

Diferentemente do que ocorre na identificação criminal, não há previsão de qualquer prazo para a remoção do DNA dos apenados após sua inserção na plataforma de cadastro, fato que motivou a interposição do Recurso Extraordinário que recebeu o nº 973.837 e se encontra pendente de julgamento até a presente data.

2. UMA ANÁLISE JURÍDICA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12

A obrigatoriedade da coleta de material biológico para fins de obtenção de perfil genético de apenados condenados pela prática de crimes violentos ou hediondos estabelecida pelo novo art. 9º-A da LEP tem sido objeto de discussão desde a aprovação da Lei 12.654/12.

Antes de realizar uma análise crítica sobre o modelo de política criminal delineado por este diploma legal, faz-se mister apresentar o estado do debate sobre os direitos e garantias fundamentais feridos ou ameaçados por este novo modo de vigilância.

Por esta ocasião, oportuno ressaltar que ainda que muitas das críticas abaixo aduzidas possam ser utilizadas para deslegitimar as modificações que a Lei do banco

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético”.

de perfis genéticos trouxe para o procedimento de identificação criminal, este não é o enfoque do estudo.

Na tentativa de delimitar o conceito de intervenção corporal, Nicolitt e Wehrs (2015, p. 26-28) apontaram dois elementos essenciais: a ingerência sobre o corpo vivo da pessoa humana e a afetação de direitos fundamentais. Ainda sobre o tema, os autores apresentam duas classificações para esta modalidade de intervenção: 1) consentidas e não consentidas; 2) invasivas e não invasivas.

O art. 9º-A não estabeleceu o consentimento do apenado como condição para cadastramento de seu DNA no banco de dados estatal. Considerando que é possível (e usual) que a coleta do material genético se dê majoritariamente por meio de intervenção corporal⁵ (coleta de sangue, pêlos, saliva, etc), a coercitividade do procedimento ganha maior importância.

Ao determinar a obrigatoriedade do exame e cadastramento, o legislador conferiu à segurança pública uma proteção desproporcional em face dos direitos e garantias fundamentais dos apenados, por exemplo: privacidade; não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo; integridade física. Neste sentido, observa-se que a Lei 12.654/12 atinge diretamente direitos e garantias fundamentais consubstanciados por cláusulas pétreas inseridas no bojo da Constituição Federal de 1988⁶.

A Resolução nº 3 do Comitê Gestor do Banco Nacional de Perfis Genéticos⁷,

⁵ A coleta de material genético por meio de intervenção corporal traz uma maior confiabilidade no resultado por trazer a certeza de que o material analisado pertence àquele indivíduo, diferentemente da hipótese em que se coleta DNA de uma guimba de cigarro, chiclete, etc.

⁶ A nova redação do art. 9º-A da Lei de Execução Penal atinge diretamente os direitos e prerrogativas previstos nos art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII da CRFB/88.

⁷ O Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013 que Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) regulamentou a Lei nº 12.654, que em seu art. 9º § 1º determinava que a identificação do perfil genético seria armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. Vinculado ao Ministério da Justiça, a administração do BNPG é sempre realizada por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro. Importante determinação deste decreto é a necessidade de constituição de um Comitê Gestor para a RIBPG. Também foi estabelecido que peritos do Departamento de Polícia Federal administradores do BNPG acumulariam a coordenação do Comitê Gestor. A designação dos seus integrantes aconteceu em agosto de 2013 através da Portaria nº 2.774 do Ministério da Justiça. Com o início dos trabalhos do Comitê e após a aprovação do regimento interno (Resolução nº1), tem-se tentado esclarecer alguns questionamentos persistentes a partir da publicação de resoluções, entre elas a Resolução nº 3 que dispôs sobre os procedimentos

de maio de 2014 dispôs “sobre padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos”. Nesta fica clara a necessidade de despacho da autoridade judiciária determinando a coleta de material biológico para fins de inserção no banco de perfis genéticos. Também se estabelece que o sujeito submetido à coleta deva ser informado sobre a fundamentação legal, na presença de pelo menos uma testemunha, além do responsável pela coleta. Além disso, em caso de recusa, o procedimento não deverá ser realizado e o fato consignado em documento e comunicado à autoridade judiciária competente.

Inobstante, não se pode ignorar que uma resolução não *status* legal, bem como não resolve alguns importantes problemas, como a impossibilidade de autoincriminação, bem como a efetiva finalidade e necessidade da coleta do material genético.

No Recurso Extraordinário nº 973.837, originado no estado de Minas Gerais, duas foram as questões levadas ao Supremo Tribunal Federal: (1) a violação do princípio constitucional da não autoincriminação e (2) por se tratar de coleta de material de quem já foi condenado e, portanto, não diz respeito à investigação em curso, trata-se de uma identificação criminal compulsória fora das hipóteses descritas no art. 3º da Lei nº 12.037/2009. Ainda pendente de julgamento, o recurso teve sua repercussão geral reconhecida pelo Relator do feito, Min. Gilmar Mendes⁸.

Em sua manifestação, o Ministro frisou que os limites dos poderes do Estado de coletar, examinar e catalogar DNA de suspeitos e condenados e utilizar essas informações para fins criminais também são objeto de análise e debate em outros ordenamentos jurídicos.

para a coleta compulsória do material biológico para fins de inclusão do perfil de dados no banco de perfil genético (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797> (acesso em 09/01/2017).

Ainda segundo o Ministro, há, inclusive, julgados do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos segundo os quais as informações genéticas dos indivíduos encontram tutela jurídica na inviolabilidade da vida privada⁹.

Ora, cientes de que a liberdade e o direito de autodeterminação dos internos do sistema prisional difere em muito da autonomia encontrada pelo homem livre na sociedade, é patente a desproporcionalidade presente na relação apenado vs. Estado. Ainda que um interno não faça objeção expressa à coleta de seu material biológico ou diga que está de acordo, é certo que sua manifestação de vontade em nada interfere no processo e, mais além, a mesma não traduz sua efetiva concordância.

Assim como nos casos das revistas corporais padrões realizadas em ambiente prisional, as quais os internos se submetem com pseudo voluntariedade, qualquer tipo de negativa vociferada enseja a aplicação de punição administrativa que pode gerar prejuízos da mais alta gravidade ao apenado (regressão de regime, transferências, perda de benefícios estabelecidos pela LEP, etc.).

Certo de que a prática revela que qualquer resposta diferente de “sim” ou do silêncio submisso é capaz, por si só, de ocasionar perdas e sofrimentos, não há que se falar em concordância por parte dos condenados. Assim como a crítica que é feita por inúmeros pensadores e operadores do direito à “delação premiada”, a prisão subtrai a liberdade de escolha do indivíduo, tornando-o nada mais que um corpo dócil e inerte.

Em relação à inviolabilidade da vida privada, a contradição entre lei e texto constitucional torna-se ainda mais grave: ao determinar que o DNA de todas as pessoas condenadas pela prática de crimes violentos ou hediondos deverá ser inserido no banco de dados e lá permanecerá sem qualquer tipo de prazo estipulado

⁹ O Ministro Gilmar Mendes fez expressa referência a três casos, a saber: caso *Van der Velden contra Holanda*, caso *S. e Marper contra Reino Unido* e caso *Peruzzo e Martens contra Alemanha*. Na manifestação do Ministro houve uma confusão quanto aos casos. Os números indicados (30562/04 and 30566/04) como sendo o referente ao processo do último caso eram na verdade do segundo caso. O nº 30562/04 referia-se ao caso *S. contra Reino Unido* e o nº 30566/04 referia-se ao caso Michael Marper contra Irlanda do Norte, mas foram julgados em conjunto. Cf. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["marper"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-90051"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acessado em 30 jan 2017.

para sua retirada, o legislador pátrio extirpa destas pessoas uma clara parcela de seu direito à privacidade¹⁰.

Alguns questionamentos devem ser traçados neste ponto: quais são os limites aplicáveis ao arbítrio estatal? Não age de forma discriminatória o legislador ao determinar o armazenamento de perfis genéticos apenas daqueles que são perseguidos pelo sistema penal em lugar de buscar um cadastramento universal que poderia ser muito mais efetivo para a suposta finalidade a que se destina a Lei 12.654/12? Deve o direito à segurança sobrepor-se de tal monta ao direito à privacidade de uma parcela da sociedade e à prerrogativa de não produzir provas contra si próprio?

Ao abordar as ondas de irracionalidade punitiva, Batista e Zaffaroni (2011, p. 40) afirmam caber ao direito penal cumprir o papel de reduzir o poder punitivo para impulsionar o estado constitucional de direito. Poderíamos apontar como um dos instrumentos de redução ou contenção do poder punitivo o princípio da legalidade.

Qualquer restrição ou violação de direito depende de autorização legal ou judicial. Numa análise acrítica da legalidade desta violação aos direitos do apenado, a elaboração de norma legal que observa os ritos de tramitação e competência seria – aparentemente – suficiente. Entretanto, uma visão *en passant* não permite avaliar se a motivação da norma também atende aos critérios de necessidade e cabimento.

Partindo da certeza de que o cadastramento de todos os membros de uma sociedade aumentaria exponencialmente as chances de se identificar o autor de determinado crime quando comparado com a coleta de material genético apenas de pessoas investigadas e condenadas, o texto da Lei nº 12.654/12 representa uma escolha de política criminal discricionária. Mais grave quando se verifica que mesmo diante dos condenados o legislador escolheu aleatoriamente aqueles que o tenham sido por crime tipificados como praticados com violência de natureza grave contra a pessoa ou por crime hediondo, descrito no art. 1º da Lei nº 8.072/90, deixando de fora

¹⁰ No sentido de considerar que a invasão indevida no genoma humano do investigado “dá ao Estado significativo poder de intromissão no eu mais íntimo do ser” e que, por isso, à luz do previsto no art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “em se tratando do recôndito biológico da pessoa, ter-se-ia invasão demasiada e, portanto, inconstitucional” (MAHMOUD e MOURA, 2012)

os crimes tradicionalmente equiparados a hediondo e excluindo o roubo quando praticado com grave ameaça e violência leve, o que sequer se consegue explicar e terminam por denotar que a discricionariedade vincula-se lamentavelmente ao direito penal de autor. Este tema será abordado mais detidamente no capítulo seguinte.

Sendo patente a limitação ao direito à privacidade que decorre da perene manutenção de perfil de DNA dos condenados no banco estatal, o total desrespeito à prerrogativa de não autoincriminação também merece especial atenção.

Partindo das premissas aduzidas ao longo do presente estudo, a realização de exames de comparação de DNA detém elevada importância para a seara penal e segue em constante ampliação. Neste sentido, ao ser obrigado a fornecer seu perfil genético à revelia, o indivíduo fornece prova que pode ser utilizada contra si próprio ao longo de toda a sua vida – tanto em relação a crimes pretéritos que tenha ou não cometido, como futuros delitos.

Desta maneira, a Lei nº 12.654/12 apresenta-se como uma (absurda) forma de revogação da garantia a não autoincriminação, uma vez que o funcionamento do banco de perfis se opera nos parâmetros do CODIS norte americano (compara uma amostra coletada em local de crime com todos os perfis ali cadastrados).

É possível ir ainda mais além: o modo de funcionamento do banco de perfis acaba por ferir até mesmo o princípio da presunção de inocência ao submeter à prova todos aqueles indivíduos catalogados (ainda que os mesmos não tenham ciência deste fato), ponto que será melhor aprofundado a seguir.

Ainda abordando a desproporcional proteção conferida ao (hipotético) direito à segurança, importa salientar que não apenas a privacidade dos condenados é vilipendiada pelo monitoramento perpétuo de seu perfil genético. Sendo certo que o DNA de um indivíduo resulta da soma do material fornecido pelos gametas de seus genitores, ao criar um sistema de vigilância genética perene para indivíduos condenados, a Lei nº 12.654/12 atinge por via diversa todas as pessoas que possuam relação de consanguinidade com aqueles.

3. MONITORAMENTO, SELETIVIDADE E ESTIGMATIZAÇÃO

Ao tratar dos objetivos do Direito Penal em suas obras, Juarez Cirino dos Santos faz uma clara distinção entre os denominados “objetivos declarados” e os velados (seus efetivos desdobramentos), apontando a grande interseção existente entre este ramo do direito e a desigualdade social. Afirma o autor:

O significado político do controle social realizado pelo Direito Penal e pelo Sistema de Justiça Criminal aparece nas funções reais desse setor do Direito – encobertas pelas funções declaradas do discurso oficial: a criminalização primária realizada pelo Direito Penal (definição legal de crimes e de penas) e a criminalização secundária realizada pelo Sistema de Justiça Criminal constituído pela polícia, justiça e prisão (aplicação e execução de penas criminais) garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 10).

Cirino dos Santos chama atenção para a maneira como o Direito Penal – por meio da criminalização de determinadas condutas – atende aos interesses das classes sociais hegemônicas, assegurando a manutenção de seu *status quo*.

O processo de criminalização primária traduz claramente as escolhas de política criminal de seu local de inserção em virtude da natureza dos bens jurídicos tutelados: inexistindo em nosso ordenamento qualquer direito absoluto¹¹ ou ordem de importância e prevalência pré-estabelecidas, o ato de conferir proteção penal a determinado bem jurídico não é automático ou óbvio, mas uma construção.

A Lei nº 12.654/12 segue esta mesma dinâmica: calcada pelo interesse de uma determinada parcela da população – é falacioso o discurso que afirma que a sociedade, de forma integral, clama por segurança e justiça uma vez que os conceitos de “segurança” e “justiça” são abstratos e subjetivos (WACQUANT, 2003, p. 30) – e emanada daqueles que detêm o poder de legislar, cria uma nova forma de monitoramento que se dirige àqueles que são investigados ou condenados por determinados crimes. Nasce, assim, como uma ferramenta de política criminal que atende à agenda punitiva vigente.

¹¹ Nenhum direito – ainda que garantido por cláusula pétrea – é absoluto. Deste modo, sempre que diferentes direitos ou garantias colidem não existe uma ordem pré-determinada de prevalência ou sacrifício, demandando a realização de um estudo do caso concreto para determinar qual deverá prosperar naquela hipótese específica. Nem mesmo o direito à vida é absoluto, sendo admitida pena de morte nas hipóteses do inciso XLVII, alínea “a” do art. 5º da CRFB/88.

Em uma sociedade desigual e punitiva onde a tutela dos direitos humanos é criticada por “atrapalhar a justiça” e “defender bandidos”, o processo penal democrático é afrontado pela sanha punitiva.

A (infundada) crença popular na pena como meio de combate à criminalidade, bem como no direito penal, não é coerente com os resultados empiricamente obtidos: o aprisionamento de pessoas não minora a prática delituosa; as taxas de reincidência são altíssimas; a pífia estruturação do sistema penal vai de encontro às culturas “RE”; a prisão não soluciona as causas da delinquência¹²; etc.

Ignorando por completo o fracasso do sistema prisional, uma grande parcela da população, insuflada pelos discursos inflamados e processo penal do espetáculo propagandeados pela grande mídia, clama por mais punição. Respaldados por este apoio popular alienado, os Poderes Judiciário e Legislativo produzem leis e sentenças mais severas: penas maiores, tolerância zero e banalização da prisão.

A Lei nº 12.654/12 cai como uma luva em meio a esse estado de polícia: reduz liberdades, direitos e garantias; facilita e acelera a aplicação da punição em uníssono com a política criminal atuarial; perpetua a desigualdade de tratamento entre as classes dominantes e dominadas.

A seletividade deste monitoramento já se inicia com a designação de quem serão os indivíduos obrigados a fornecer seu DNA para inserção no banco de perfis genéticos.

Diante da subversão das características mais essências do direito penal¹³ operada pela agenda pessoal dos grupos detentores de capital político e econômico, é sempre importante ressaltar que a criminalização de condutas é produto de uma

¹² Importante ressaltar que o termo “causas da delinquência” está sendo empregado neste estudo de maneira atécnica, uma vez que o cometimento de ilícitos não pode ser matematicamente mapeado. Não há uma relação de causa e efeito obrigatória que justifique ou explique a prática de crimes, sendo a ideia aqui trabalhada próxima ao conceito de culpabilidade por vulnerabilidade trabalhado por Zaffaroni (como a desigualdade econômica numa sociedade capitalista que acaba servindo de estímulo à prática de crimes contra o patrimônio) e à ideia de crimes culturais (por exemplo, numa sociedade misógina, o cometimento de crimes contra mulheres acaba sendo estimulado).

¹³ Contrariando os parâmetros do garantismo de Ferrajoli (cf. FERRAJOLI, 2014) e a essência trazida pelo legislador constitucional, a edição de novos tipos penais, penas mais gravosas, redução de direitos e garantias, dentre outros, vêm se tornando eventos corriqueiros. O direito penal vai passando a figurar não mais como *ultima ratio*, mas uma ferramenta de uso tópico e banal: a subsidiariedade dá lugar ao agigantamento do estado penal.

escolha legislativa e, portanto, não necessariamente reflete os interesses da coletividade.

Por ser um país capitalista marcado pela desigualdade de classes, ocorre no Brasil uma primazia da tutela do direito ao patrimônio (facilmente constatada por meio da análise das penas previstas no Código Penal para potenciais lesões, bem como pelas estatísticas do sistema penal¹⁴).

Assim como o faz com a identificação papiloscópica, o legislador pátrio poderia facilmente ter determinado no momento da criação do banco de dados estatais que todos os indivíduos deveriam obrigatoriamente fornecer seu material genético para cadastro, criando assim uma ferramenta muito mais eficiente para a elucidação de crimes, uma vez que afirma ser este o fio condutor da nova lei.

Mais uma vez, o que se observa é uma tentativa de manipulação do discurso de modo a legitimar a criação de mais uma forma velada de monitoramento e distinção social: vigiamos de forma perene e invasiva apenas aqueles rotulados como “criminosos” (BARATTA, 2002, p. 178 e ss).

Engana-se aquele que crê que a pena de prisão priva o apenado apenas de sua liberdade ambulatorial: perde também a dignidade, ao ser jogado em um ambiente de barbárie e superlotação; por vezes perde ainda a saúde ou a vida em decorrência da violência e insalubridade características do cárcere.

Agora, por força do art. 9º-A da Lei 7.210/84, o apenado perde também parte de seu direito a privacidade; tem de produzir prova contra si próprio (e seus parentes consanguíneos) e passa a ser presumidamente culpado.

Uma vez que todas as amostras coletadas em novas cenas de crimes serão comparadas com todos os perfis presentes no banco cadastral para verificação de possível coincidência, a cada nova análise realizada, os indivíduos que têm seu

¹⁴ De acordo com os dados fornecidos no último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, publicado pelo Ministério da Justiça em 2015, o número de pessoas presas no Brasil já ultrapassou a marca dos seiscientos mil, colocando o país na 4ª posição no ranking mundial de população encarcerada, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. O sistema penitenciário nacional funciona hoje com uma lotação equivalente a 161% da sua capacidade total e o número de internos segue numa constante elevação. As cifras do cárcere permitem constatar que 74% dos internos já condenados encontram-se privados de sua liberdade em decorrência da prática de crimes contra o patrimônio (46%) ou relacionados ao comércio ilegal de entorpecentes (28%).

material genético catalogado são automaticamente investigados. Ou seja, mesmo sem qualquer indício ou prova, estes indivíduos serão colocados sob suspeita da prática de todo e qualquer dos delitos em que se tenham conseguido coletar amostra de DNA.

Afirma-se, então, que o banco de perfis acaba por acirrar o problema da estigmatização e poderia ser classificado como uma espécie de pena restritiva de direitos acessória à condenação principal¹⁵.

Se compreendida como pena, a manutenção das informações genéticas dos apenados contraria duas das mais basilares regras inerentes ao estado democrático de direito:

- 1) Não haverá penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, alínea “b”, CRFB/88);
- 2) Nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CRFB/88).

Ao estabelecer a inclusão dos dados dos apenados no banco sem estabelecer um prazo limite para a sua retirada, o legislador criou – deliberadamente ou não – uma pena restritiva de direito de caráter perpétuo.

Tomando por base a seletividade da Lei nº 12.654/12 apontada, estando o sigilo das informações genéticas de um indivíduo inserido na esfera de seu direito a privacidade, ao catalogar o DNA de pessoas condenadas, também se está catalogando uma parcela¹⁶ do DNA de seus parentes consanguíneos. Contraria, portanto, o princípio da individualização da pena, em virtude da condenação transcender a figura do apenado e atingir terceiros.

Em ambas as hipóteses, se está diante de casos de violação de cláusulas pétreas constitucionais.

¹⁵ MAHMOUD e MOURA (2012) também de forma crítica, porém em linha conclusiva diversa, afirmam que se trata de efeito da condenação, porém diversamente do que ocorre com os art. 92 e 93 do CP, que enunciam efeitos extrapenais, este seria eminentemente penal. Ademais, também diversamente do parágrafo único do art. 92 do CP, que exige motivação, esta coação opera *ex lege*.

¹⁶ A parcela do perfil genético de terceiros que constará no banco de dados dependerá da proximidade do vínculo familiar entre estes e o apenado cujo material genético encontra-se no banco de perfis estatal. Seja em maior ou menor proporção, a presença desses dados atinge o direito à privacidade dos parentes consanguíneos ainda que os mesmos não possuam efetivo conhecimento a respeito do modo como funciona o banco ou os procedimentos de investigação. Pode-se traçar aqui um paralelo com as violações que decorrem de interceptações telefônicas: não apenas a pessoa monitorada tem o direito ao sigilo de suas comunicações violado, mas também os demais interlocutores.

CONCLUSÃO

Como apontou Zygmunt Bauman (2008, p. 19-53), numa sociedade marcada pela liquidez, onde nada é feito para durar, o desenvolvimento de novas tecnologias é uma das poucas certezas que restam ao homem e o modo como elas serão empregadas é, por vezes, assustador. Considerando o contexto de globalização e aproveitamento de recursos, a utilização destas inovações pelos diversos ramos do direito surge como um desdobramento lógico.

Graças à elevada crença social na infalibilidade das provas periciais, o exame de DNA, sem dúvida, tornou-se uma ferramenta de mais elevada importância para a seara criminal. Desta sorte, a aprovação de diploma legal que cria um banco para armazenamento de perfis genéticos se coaduna com a prática nacional e segue na mesma direção de tantos outros ordenamentos alienígenas.

A Lei nº 12.654/12 trouxe modificações tanto para o procedimento de identificação criminal quanto para a execução penal pátria. Nesta última, uma das mais graves críticas deve-se à inexistência de um limite temporal para o monitoramento dos dados genéticos de pessoas condenadas.

Em uma sociedade policialesca e punitiva, o processo penal democrático vai sendo desnudado de suas garantias de tal modo a tornar-se nada mais que um simulacro daquilo que deveria ser, não passando de uma espécie de teatro que antecede o desejo maior da parcela reacionária: a aplicação da pena.

Servindo a pena como ferramenta de neutralização daqueles que se encontram às margens do modelo de sociedade capitalista excludente, as condições desumanas do sistema prisional apenas ocupam manchetes de jornais quando ocorrem massacres. Discursos como “direitos humanos para humanos direitos” e “bandido bom é bandido morto” são socialmente aceitos e reproduzidos.

O sistema penal é excludente e criminalização primária se pauta pela lógica de valorização da propriedade em detrimento do ser humano, atingindo diretamente as camadas mais carentes da população. Não só a proteção conferida pelo Estado é desigual: a punição também difere de acordo com o autor e a natureza do crime.

A criação do banco de perfis genéticos repete a mesma parcialidade (e preconceito) do sistema penal: seleciona um grupo de “inimigos” sob os quais se faz “necessária” uma vigilância diferenciada (FOUCAULT, 2015, p. 57 e ss).

Ao mesmo tempo em que perpetua o estigma dos apenados, o cadastramento de perfis rotula seus descendentes, ascendentes e colaterais: coloca-os sob suspeita, analisando parte de seu material genético a cada nova conferência.

A gravidade destas violações de direitos e garantias fundamentais, contudo, não gera grande comoção. Afinal, aqueles mais prejudicados pela Lei nº 12.654/12 fazem parte da parcela de excluídos da sociedade: condenados, acusados e seus familiares. Esta afirmação se calca nas estatísticas do sistema penal: prendemos, em sua larga maioria, pessoas pobres, de baixa escolaridade e negras.

De fato, o direito não se pode furtar às inovações e modernidade sob pena de perder sua efetividade e espaço. Importante, porém, que não negligencie suas funções principais: o aumento do número de condenações não traduz eficiência do direito, podendo retratar até mesmo uma possível incoerência na tutela penal conferida a um bem jurídico. Neste sentido, a observância e proteção dos direitos e garantias fundamentais deve pautar a aplicação das normas e atuação dos operadores do direito.

Neste diapasão, é cristalina a incoerência entre o texto constitucional e as alterações introduzidas pela Lei nº 12.654/12. A admissão de uma prática discriminatória, excludente, por prazo indeterminado e contrária ao ordenamento vigente – como é o caso do cadastramento forçoso de material genético de condenados selecionados pelo legislador sem critério racional justificado – fere de morte o regime democrático forjado pelo constituinte originário e coloca em risco todo o ordenamento jurídico.

Partindo destas premissas, conclui-se que a maneira como se estruturou a coleta de material genético na execução penal atenta contra a Constituição Federal de 1988 ao violar o direito à privacidade, forçar a produção de provas contra si próprio, afastar a presunção de inocência, assemelhando-se a uma espécie de pena privativa de direitos de caráter perpétuo que não respeita o princípio da individualização da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal - 6ª ed.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral. 6ª Ed atualizada e ampliada.** Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A Sociedade Punitiva.** Tradução Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº 12.654.** In Revista de Bioética y Derecho, v. 35, p. 94-107, 2015.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 339-358., set./out. 2012

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12. 2ª ed.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onde punitiva].** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro - I.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.