



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS -
UNIPAC**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA – FADI**

**O USO DOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS
PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

LUÍS GUSTAVO MAGRI

BARBACENA/MG – 2017

LUÍS GUSTAVO MAGRI

**O USO DOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS
PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão.

BARBACENA/MG – 2017

LUÍS GUSTAVO MAGRI

**O USO DOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS
PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Monografia apresentada à Universidade
Presidente Antônio Carlos de Barbacena, como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Prof. Esp. Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado

Prof. Esp. Rafael Francisco Oliveira

BARBACENA/MG - 2017

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Marino e Normeli.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me conceder a oportunidade de buscar novos conhecimentos, aos meus pais e irmãos pelo apoio incondicional, aos mestres pelos ensinamentos, aos “amigos do banco” por todos os debates jurídicos durante o intervalo.

Muitos foram os que deram apoio para que se tornasse possível concluir este, deixo aqui meu agradecimento a todos que participaram dessa etapa.

“Não há nada mais relevante para a vida social, que a formação do sentimento de justiça”.

(Ruy Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar as mudanças advindas da Lei nº 12.654/12, a qual prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Busca fazer uma exposição dos princípios da presunção de inocência, vedação da autoincriminação, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, examinando estes com a aplicabilidade da referida Lei. Por fim, usando como base a Criminologia Atuarial, que em sua essência busca identificar o perfil de um potencial criminoso e manter este o máximo possível recolhido no sistema prisional, este trabalho visa expor os benefícios e riscos do uso da nova tecnologia na persecução penal, apontando possíveis novas aplicações, além das previstas em Lei.

Palavras-chave: identificação criminal; Criminologia Atuarial; persecução penal.

ABSTRACT

The purpose of this Final paper is to analyze the changes arising from the Law n° 12.654/12, which provides the collection of genetic profile as a way of criminal identification. This paper seeks to make an exposition of the principles of presumption of innocence, prohibition against self-incrimination, the dignity of the human person and proportionality, by examining them with the applicability of this Law. Ultimately, using Actuarial Criminology as the basis, which essentially seeks to identify the profile of potential criminals and keep them as much as possible in the prison system, this paper also aims to expose the benefits and risks of using the new technology in criminal prosecution, pointing possible new applications, in addition to those provided by Law.

Keywords: criminal identification; Actuarial Criminology; criminal prosecution.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DA NOVIDADE ADVINDA DA LEI Nº 12.654/12.	11
2.1.	Curto comentário histórico e legislativo da identificação criminal no Brasil: ...	11
2.2.	A criação da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal pela Lei nº 12.654/12:	13
2.3.	Do uso de banco de dados de perfis genéticos na investigação criminal:	16
3	ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO A LUZ DO USO DOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS	19
3.1.	Princípio da presunção de inocência	19
3.2.	Princípio da vedação da autoincriminação	21
3.3.	Princípio da dignidade da pessoa humana	24
3.4.	Princípio da proporcionalidade	26
4	CRIMINOLOGIA ATUARIAL ALIADA AS NOVAS TÉCNOLOGIAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	29
4.1.	Criminologia atuarial	29
4.2.	A política criminal atuarial	31
4.3.	A criminologia atuarial aliada ao uso de banco de dados na investigação criminal	33
5	CONCLUSÃO	37

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa explorar a Lei nº 12.654/12 que criou o banco de dados de perfis genéticos, modificando a Lei nº 12.037/09 e a Lei de Execução Penal (7.210/85). Modificações essas que trazem a previsão da coleta de material genético para criação de banco de dados. Durante a pesquisa buscou-se a formulação do seguinte imbróglio: Durante a instituição dos bancos de dados de perfis genéticos no Brasil foram analisados os princípios norteadores do Direito? Qual seria a forma correta de se utilizar a tecnologia de identificação por meios biológicos no combate/investigação do crime?

Com base no estudo, verificou-se a imensa importância que possuem os bancos de dados na investigação criminal, dando mais eficiência ao combate a criminalidade. Busca-se basear-se em princípios constitucionais possivelmente ofendidos, argumentando os motivos pelos quais estes foram observados pelo legislador durante a criação da Lei nº 12.654/12.

Para efetuar-se este trabalho foram realizadas pesquisas bibliográficas e pela rede mundial de computadores, tendo como base principal a legislação referente ao tema, com o intuito de engrandecer as informações e aperfeiçoar o estudo dos bancos de dados de perfis genéticos.

A princípio, a análise fica por conta da questão histórica legislativa brasileira da temática, buscando analisar o motivo social da utilização dos bancos de dados de perfis genéticos. Explorando, por conseguinte como foi a criação e utilização criada no Brasil no ano de 2012, mostrando como é feita a coleta e armazenamento de dados genéticos nos diferentes casos.

Posteriormente, a exploração fica por conta da questão principiológica, com atenção especial aos seguintes princípios: presunção de inocência, vedação da autoincriminação, dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. Percebe-se ao fim da análise que tais princípios devem ser observados na utilização da Lei nº 12.654/12, sendo importante atentar-se que ao momento de elaboração deste trabalho de conclusão de curso discute-se em recurso extraordinário no STF (Supremo Tribunal Federal) a constitucionalidade da matéria em questão.

Por fim, busca-se explicação funcional da criação dos bancos de dados genéticos na criminologia Atuarial, mostram-se motivos e razões pelos quais possivelmente a tecnologia pode ser usada em benefício da sociedade, diminuindo consideravelmente a reincidência criminológica.

2 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DA NOVIDADE ADVINDA DA LEI Nº 12.654/12.

2.1. Curto comentário histórico e legislativo da identificação criminal no Brasil:

Constante é o crescimento populacional em nosso planeta, nascendo sempre novas necessidades para imposição da ordem social e pública pelo Estado. O problema inicial na antiguidade era tornar essa identificação objetiva e específica, evitando assim possíveis erros. Pode-se dizer que crescente é o avanço tecnológico, com diversos novos meios de se identificar um indivíduo, podendo ser utilizados desde sangue até mesmo fios de cabelo. Com o avanço da tecnologia, surgiram inúmeras formas de se identificar especificamente uma pessoa, tornando assim o processo mais seguro e a prova de falhas.

A identificação por meio de material biológico é utilizada em inúmeras áreas, uma de suas aplicações mais importante se dá na ciência forense, a qual permite atribuir um ato criminoso ao seu real agente ativo. Com isso, têm-se numerosas possibilidades auxiliaadoras na persecução penal, podendo-se investigar determinados suspeitos de um ato delituoso, apenar e evitar futuros crimes.

No que tange a identificação para responsabilização de atos criminosos ilustra brilhantemente Rodrigo Grazinoli Garrido nos seguintes:

A identificação pode ser Conclusiva – impressões papilares (digitais, plantares e palmares), arcada dentária, desenho do palato, desenho dos seios faciais, impressões labiais, íris, DNA (...).Atualmente, o estudo da identificação humana tem se direcionado para o uso de SNPs (single nucleotide polymorphism) que permitem a identificação de evidências degradadas, comuns na Criminalística. Além disso, são discutidas as possibilidades legais e éticas da construção de bancos de dados com informações genéticas de criminosos, a fim de auxiliar a investigação na busca de suspeitos de crimes, especialmente a partir de evidências de crimes sexuais.¹

Portanto, como todo novo avanço, tem-se no uso de dados genéticos extrema discussão com base em preceitos éticos e morais. O que é entendido como normal perante

¹ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos Processos de Identificação Humana**. 05/02/2009.

avanços tecnológicos. Muito já foi discutido sobre inúmeros temas e questões, não seria diferente com uma tecnologia que para alguns atinge o íntimo de qualquer ser humano.

A presente tecnologia em debate visa criar uma identificação criminal que permita identificar exatamente determinada pessoa, diferenciando esta das demais, evitando erros jurídicos grotescos em possíveis condenações de pessoas não identificadas com clareza. Com o objetivo de criar uma identidade criminal do indivíduo para diversos fins, a princípio para garantir atribuição do fato ao verdadeiro autor, posteriormente para criar um banco de dados para futura identificação, contendo ficha criminal, folha de antecedentes dentre outras. Tem-se na identificação criminal um sistema amplamente usado na persecução criminal, auxiliando diversos órgãos responsáveis a punir o verdadeiro autor do ato criminoso investigado.

No Brasil, a identificação criminal passou por consideráveis mudanças para conciliar esta à identificação civil. Antecedente a constituição de 1988, o entendimento presente no país vinha da Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal², a qual não atribuía constrangimento ilegal a identificação criminal ao civilmente identificado.

Posteriormente, a Carta Magna de 1988 trouxe em seu Art. 5º, inciso LVII outro parecer, exposto a seguir:

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

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

Atualmente a identificação tem-se a princípio com a identificação civil, ou seja, apresentação de documentos tais como carteira de identidade, carteira profissional, passaporte dentre outros. No Brasil, a Lei nº 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamenta supracitado inciso constitucional e em seu primeiro artigo repete o texto do mencionado inciso. Posteriormente, a lei traz o rol dos documentos que serão aceitos para a identificação e somente em seu terceiro artigo define a exceção prevista na Constituição. Neste artigo pode-se enxergar a presença da preocupação do

² **BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº568:** A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente.

Legislador no que tange a identificação criminal, quando já existir a civil, trazendo além de requisitos objetivos, um requisito subjetivo, como pode ser observado no inciso IV:

Art. 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;

Tem-se daí que, dependerá de interpretação da autoridade judiciária se caberá a utilização no caso concreto, dando direito ao Estado de valer-se da identificação criminal.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci diz:

“Não se trata a identificação criminal de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, direito do estado, evitando-se com isto o nefasto erro judiciário. Não se confunda, ainda, a identificação criminal com o reconhecimento da pessoa. Neste caso, terceiros poderão apontar o indiciado ou réu como autor do crime. Naquela situação, nada disso tem relevo, pois se busca, apenas, identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo-crime.”³

Pode-se dizer que o Legislador Brasileiro se atentou a diretrizes éticas mundialmente discutidas. A pátria legislação preocupou-se em garantir direitos fundamentais implementando a identificação criminal, porém ao seu tempo não fora observados o uso de DNA, previa-se apenas a identificação criminal com uso de datiloscopia e fotografia. O que nos leva à Lei nº 12.654/12, a qual trouxe novidades jurídicas no que tange a identificação criminal, que tornará a partir deste momento objeto de estudo do presente trabalho.

2.2. A criação da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal pela Lei nº 12.654/12:

No dia 28 de Maio de 2012 foi sancionada a Lei nº 12.654 a qual alterou as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984. Trouxe consigo a possibilidade de se coletar material biológico como forma de identificação criminal através da coleta do ácido desoxirribonucleico⁴, e o uso deste material para criação de banco de dados.

³ NUCCI, Guilherme Souza, **Leis penais e processuais penais comentadas** - 5ª edição - 2010, pg. 692.

⁴ O Ácido Desoxirribonucleico (sigla: ADN; ou em inglês: DNA) é um ácido nucleico que contém toda a informação genética de cada indivíduo, nomeadamente de todos os seres celulares e de grande parte dos vírus.

No que tange a Lei nº 12.037/09, a lei nova veio adicionar entre outros, o parágrafo único no artigo 5º, vejamos:

Art. 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.

Percebe-se que o legislador cria uma nova forma de se obter a identificação criminal, a qual se dará na hipótese subjetiva do artigo 3º já comentada anteriormente. Não obstante, criou-se também a obrigatoriedade de se coletar material genético mediante extração de DNA de condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por crimes hediondos. Adicionando então o artigo 9º à Lei de execução penal de nº 7.210/84, conforme pode-se analisar abaixo:

“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.”

Portanto, criou-se a identificação criminal por meio de coleta do material genético em diferentes casos. Antes de expor sobre banco de dados genéticos, deve-se elucidar sobre a importância do DNA no âmbito jurídico criminal.

Muito vasta é a história das descobertas sobre funções do DNA. Teve-se no ano de 1985 uma importante conquista para o mundo biológico e conseqüentemente para o forense. Alec John Jeffreys⁵, em um de seus trabalhos, conseguiu alcançar através de sonda molecular radioativa regiões sensíveis do DNA, percebendo então que cada indivíduo possui individualmente padrões específicos que levam a identificação de cada ser humano através desta tecnologia que fora chamada de DNA *fingerprinting*⁶.

⁵ Alec John Jeffreys, FRS (Oxford, 9 de janeiro de 1950) é um geneticista britânico. Desenvolveu técnicas de impressão de ADN e perfil de ADN usadas em todo o mundo em ciência forense para ajudar o trabalho policial e também para resolver casos de paternidade ou relacionados com imigração.

⁶ DNA fingerprint é um método de identificação que compara fragmentos de ácido desoxirribonucleico (DNA). Às vezes é chamado de tipagem de DNA. DNA é o material genético encontrado no núcleo das células de todos os seres vivos. Com exceção de gêmeos idênticos, o DNA completo de cada indivíduo é único.

Seguindo esta linha de especificação pessoal, a propriedade do genoma humano em possuir longas cadeias polinucleotídicas resulta em possibilidades de surgirem variações e mutações, que podem não afetar a função do DNA ou das proteínas codificadas por essas sequências. Mas essas mutações permitem a diferenciação entre amostras advindas de indivíduos diferentes. Portanto, mínimas diferenciações nas sequências do DNA humano podem ser descobertas se usadas para precisar indivíduos (PENA, 2005). A constatação de Sergio Pena diz sobre o início do uso da tecnologia na ciência forense, a qual pelo caráter individualizado do DNA pode se identificar com clareza autores de crimes buscando na local deste, resquícios de material biológico dos presentes no momento do fato.

Por conseguinte, a Lei nº 12.654/12 cria através da coleta de DNA o banco de dados para armazenamento destes. Insta elucidar-se que, na hipótese do parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 12.037/09, a coleta será feita exclusivamente para fins de identificação, não podendo revelar qualquer traço comportamental. E fica claro que assim que decorrido o prazo estabelecido para a prescrição do delito em questão, será obrigatório à exclusão dos dados obtidos na identificação criminal. Seguem os artigos da Lei nº 12. 564/12 que regulamentam a criação do banco de dados:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

“Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

Entretanto, o artigo 9-A adicionado à Lei de execução penal, em seus dois parágrafos trata primeiramente do caráter sigiloso do banco de dados, e posterior da o direito a autoridade policial, federal ou estadual, requerer o acesso a este banco de dados de identificação de perfil genético, desde que instaurado inquérito. Com isto, criou-se um grande campo para explorar a área. Atente-se a letra fria do referido artigo, para que depois possa ser explorado seu uso na persecução 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.

§ 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.”

2.3. Do uso de banco de dados de perfis genéticos na investigação criminal:

Primeiramente deve-se destacar as duas formas existentes de se usar o banco de dados, podendo ser pela sua finalidade ou conteúdo.

No que tange a finalidade, esta é dividida em duas partes, genérica e forense. Quando se fala em finalidade genérica, lida-se com uso da genética do indivíduo para ter uma linha de personalidade e tendências à criminalidade dentre outros traços de personalidade. Importante lembrar que esta não é utilizada com fins investigativos por nenhum país. A finalidade forense, como o próprio nome já diz, é então a utilizada para fins auxiliares na persecução penal. Em se tratando da finalidade pelo conteúdo, tem-se a utilização para identificação genética; arquivos de amostras biológicas; e arquivos de DNA.

Os bancos de dados de identificação genética possuem letras e números relacionados à identificação do indivíduo, introduzidos em um sistema informático que sempre será sigiloso, não sendo estes associados na maioria dos países ao que chamamos de identificação civil.

São arquivos de amostras biológicas, aqueles que não dispõem de uma força direta para trazer informações quando se compara aos arquivos de DNA. Este, composto por amostras biológicas anteriormente obtidas por laboratório para depois se obter a análise do DNA. Ou seja, nada mais é do que onde se guarda material biológico para obtenção do DNA mitocondrial ou nuclear.

Biobancos são os arquivos de DNA, não são exatamente bancos de dados, pois não podem ser acessados automaticamente. Mas sim têm-se extraído o DNA do núcleo celular e das mitocôndrias. Sendo então o próximo passo apenas identificar a tipagem do DNA.

Importante para esta análise será apenas a finalidade forense. Esta que pode ser usada com diversos fins, como a identificação de qualquer que seja o material biológico

encontrado na cena do crime, na própria vítima ou até mesmo em um já condenado. Obviamente não vive-se em um seriado de TV, dependendo da legislação específica de cada país a utilização deste. Considerável também fazer um apontamento no sentido de que, a finalidade forense pode ser utilizada também em benefício do identificado. Não se restringindo a somente identificar o autor, mas também se possível inocentar condenado injustamente. Pois sempre que se fala em identificação criminal por meio de DNA o primeiro pensamento que vem e mente é o apontamento do autor do fato, o que não pode prosperar como verdade absoluta no meio jurídico.

O banco de dados forense é armazenado enquanto corre a pretensão punitiva do Estado, quando esta se finda é também terminado a relação do material genético colhido na cena do crime com a autoria do fato. Antes de isso ocorrer, tem-se o que é chamado de “identificação a frio” como explica brilhantemente Norma Sueli a seguir:

Quando os bancos de dados apontam para uma relação entre um provável criminoso e alguns indícios, surge o que na língua inglesa costuma ser denominado de *cold hit* ou, em tradução livre, “identificação a frio”. É o caso de quando há comparação de um indício com outros e se conclui que uma série de delitos foi cometida por uma mesma pessoa, porque, por exemplo, o DNA retirado do sêmen coincide em todos os casos⁷.

Portanto, o motivo pelo qual existe a necessidade de se armazenar perfis no banco de dados em determinados crimes é somente um, dar ao Estado a garantia de se poder posteriormente identificar mais facilmente o autor de crimes semelhantes, fazendo o uso da prova emprestada. Usando então o *in dubio pro societate* evitando a falta de punição por parte do Estado. Não pode-se dizer em inobservância do *in dubio pro réu*, pois este é utilizado quando se existe dúvida, não sendo o caso de existir dúvida em uma identificação criminal, nem tão pouco utilizar-se deste para evitar a análise do material biológico para comprovação da autoria do fato. Seria viável a toda sociedade que exista novos caminhos para se identificar autores de delitos de uma nova forma, diminuindo assim a reincidência por conseguinte.

Já conhecendo as formas de utilização dos bancos de dados para a investigação e identificação criminal, expõem-se como é utilizada essa tecnologia no atual sistema brasileiro.

Tem-se regulamentado pela Lei 12.654/12 somente a identificação criminal por meio de DNA quando o indivíduo não consegue ser identificado civilmente, ou

⁷ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010 op. cit. p. 62.

obrigatoriamente em casos de crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos.

Conforme dispõe tal lei, o banco de dados não poderá revelar traços somáticos ou comportamentais, terá caráter sigiloso e sua exclusão ocorrerá assim que decorrido o prazo da prescrição do delito, leia-se nos seguintes:

Art. 5o-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1o As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2o Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3o As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

‘Art. 7o-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Pode-se perceber o seguinte: igualmente a outros países a regulamentação do uso do banco de dados é bem precária. Deixando apenas o uso dessa tecnologia para fins identificativos. Claramente afetada por diversos princípios gerais do Direito e constitucionais, a Lei 12.654/12 vem dizendo apenas que o material genético será usado para identificar e posteriormente à pretensão punitiva será apagado do sistema, não deixando qualquer vestígio para subsequentemente ser comparado a um futuro ato delituoso. Percebe-se que o caráter de ressocialização para o apenado no Brasil não possui a devida eficácia, ficando a população a mercê da reincidência. Reincidência que poderia ser evitada fazendo o uso da criminologia atuarial, assunto que será debatido posteriormente. Por agora, no próximo capítulo observa-se os princípios que possivelmente podem ser afetados com o uso de banco de dados de perfis genéticos.

3 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO A LUZ DO USO DOS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS

3.1. Princípio da presunção de inocência

Acerca do princípio da presunção de inocência no âmbito legislativo brasileiro, tem-se como garantia constitucional elencada no artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna de 1988, que diz o seguinte:

“Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(EC nº 45/2004)
LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

Pode-se perceber que o legislador constitucional com base no artigo 11º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, trouxe para o Brasil a garantia de ser considerado inocente todo acusado de praticar conduta considerada criminosa, até que se prove sua responsabilidade ou não do ato praticado. Para melhor esclarecimento, nota-se então o referido artigo em que o pátrio legislador se inspirou para criar princípio constitucional:

“Artigo 11º
1.Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”

Percebe-se a garantia para todo acusado de ato delituoso seu devido processo legal, o colocando como mero suspeito até que se tenha prova cabível perante processo para então o considerar culpado. Tal princípio tem função de garantir a todo ser humano direito de defesa, o que se torna extremamente importante na persecução penal, já que sempre se admitirá ao réu direito de se explicar e provar ou não sua inocência. Nota-se que tal princípio evita criar possíveis erros jurídicos, andando lado a lado com o *in dubio pro réu*, sempre quando um ato delituoso for atribuído a alguém, este deverá conter indícios comprobatórios da materialidade e culpabilidade, também caminha lado a lado com o princípio da dignidade

da pessoa humana, já que este garante ao acusado respeito e garantias previstas em Lei até que se dê o transido julgado. Visando garantir o devido processo legal, o Legislador Constitucional atentou-se ao princípio norteado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Esclarecido o princípio, é feita uma análise do motivo para que este seja norteador da Lei 12.654/12.

A princípio, observa-se na Lei a identificação criminal perante coleta de material genético em alguns casos obrigatoriamente ou não. Portanto, por se tratar de simples identificação não existe a possibilidade de se dizer que tal princípio está sendo ferido, pois mera identificação - seguindo a linha de raciocínio do princípio - , não é em si dizer que o criminalmente identificado está sendo atribuído como autor do fato antes da sentença condenatória transitada em julgado.

Nas brechas da Lei, percebe-se que existe sim certa violação de norma constitucional, pois se cogitar uma situação em que um acusado, o qual não é considerado sujeito passivo do crime até que se tenha sentença condenatória e este ser submetido mesmo que voluntariamente a uma coleta de material genético como prova de crime que está sendo acusado, poderíamos então dizer que tal é ilícita, já que o imputado está assegurado constitucionalmente a não ser considerado culpado antes do transido em julgado. Não sendo possível apresentar prova antecipada advinda de seu próprio corpo, além de também violar outros princípios que serão debatidos posteriormente.

Seguindo este raciocínio, veja o que diz Taysa Schiocchet:

É necessário analisar se é constitucional a coleta de material genético que ocorra compulsoriamente (mesmo mediante técnica não invasiva de coleta) ou voluntariamente (mediante consentimento informado ou assentimento), tendo em vista os direitos fundamentais possivelmente afetados, dentre eles: integridade corporal (em sentido amplo), intimidade (tanto corporal quanto genética), autodeterminação informacional, presunção de inocência, direito ao silêncio e não auto incriminação, liberdade de decisão e física, liberdade religiosa, assim como a tutela judicial efetiva⁸.

Portanto, estaria diante de um retrocesso jurídico se usado material genético como meio de prova criminal. Feito uma breve analogia sobre este instituto com confissão mediante tortura, onde o acusado é coagido a externar algo que somente ele detém para se obter prova. Apesar da obtenção do material genético não ser feita através de técnica invasiva e tão pouco

⁸ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito, 2012. Disponível em: <https://unisinovs.academia.edu/TaysaSchiocchet>.

causar dor ao paciente, a luz deste princípio o imputado está fornecendo material comprobatório para se auto incriminar, o que se trataria de uma inconstitucionalidade, já que antecedente a comprovação de culpa o agente passivo está submetido a criar carga comprobatória.

Dispõem-se essas teses como meras discursões jurídicas para aplicação da coleta de material genético. Portanto não se pode dizer em flagrante inconstitucionalidade, já que a identificação criminal possui intuito de suprir a identificação civil e ainda em casos onde esta se torna obrigatória, verifica-se que se dá em crimes os quais precisam ser combatidos de forma específica para que mantenha a ordem social.

3.2. Princípio da vedação da autoincriminação

Quanto à legislação vigente no que toca este princípio, é baseada na CADH⁹, PIDCP¹⁰ e ainda podendo ser interpretado na leitura do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição de 1988. Expõe-se então os textos legais acerca do princípio, começando pelo artigo 8º, 2, g, da CADH:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

Passa-se para o PIDCP, que em seu artigo art. 14, 3, g diz:

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:
- g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Para então ler-se o artigo 5º, inciso LXIII da Constituição de 1988:

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

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos

¹⁰ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Portanto, com a análise fria dos dispositivos legais, podemos perceber que é garantido ao réu permanecer em silêncio não depondo contra si mesmo. Porém insta dizer que tal princípio vai muito além do que somente o direito de se permanecer em silêncio e não ser obrigado a se declarar culpado. Ao analisar-se afundo o princípio, esbarra-se no tema em questão, onde o acusado seria submetido a criar prova contra si próprio, não sendo esta prova comunicativa, como assim nos ensina Sérgio Moro:

Não se pode do nada exigir que alguém assuma a condição de seu próprio acusador. Apenas e ressalva desses princípios a possibilidade pontual de exigir que o acusado colabore na reprodução probatória, inclusive produzindo prova não comunicativa contra si mesmo, quando o concurso de sua ação se faz necessário, ou seja, quando a alternativa seria a não produção da prova relevante. Assim, por exemplo, apenas o acusado pode fornecer amostras de seu sangue ou material grafotécnico. Em hipóteses semelhantes, exige-se o concurso da ação do acusado, podendo ele ser compelido, pela ameaça ou aplicação de sanções legais, para colaborar, sem que haja comprometimento, como no caso das confissões, da qualidade da prova. Isso está longe de caracterizar uma inversão total dos princípios do sistema acusatório.¹¹

Insta acrescentar seguinte manifestação atual do Senhor Ministro Gilmar Mendes, a qual tramita no Supremo Tribunal Federal acerca da obrigatoriedade de se ter a identificação do perfil genético a aquele condenado em crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. Leia-se abaixo trecho do parecer do ilustre Ministro:

- A Lei nº 12.654/12 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos.
 - A criação de banco de dados com material genético do apenado não viola o princípio da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere), vez que decorre de condenação criminal transitada em julgado. Não se cogita violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, ainda, por se tratar de norma que prevê mero procedimento de identificação criminal.¹²

Por conseguinte, tem-se o entendimento retirado de decisão prolatada pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, publicada em 17/07/2015, na qual o relator Kárin Emmerich cria um precedente para se discutir princípios constitucionais,

¹¹ MORO, Sérgio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais**. Revista dos Tribunais, 1995

¹² Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6378913>
 acesso em 21/05/2017

mostrando que podem existir outros princípios mais importantes para uma coletividade a serem seguidos preferencialmente quando se diz em direitos individuais, abaixo observa-se parte da ementa proferida pelo relator:

1. Não há de se falar em desrespeito ao inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal quando a decisão proferida pelo Magistrado Primevo se deu com base em hipótese prevista em lei.
2. Existem limites até mesmo para os princípios constitucionais, quando estes se encontram em colisão com outras garantias constitucionais. Neste sentido, o princípio constitucional da não auto-incriminação pode ser flexibilizado frente à garantia da segurança pública e individual, também previstas constitucionalmente.¹³

Em virtude de tal entendimento jurisprudencial, percebe-se que existe uma linha tênue entre princípios constitucionais, sempre tentando conciliar o direito fundamental individual com o da sociedade em geral.

Como resultado tem-se a identificação criminal por meio da coleta de material genético como mero auxiliador na identificação do indivíduo, não sendo considerada como criação de material comprobatório de culpabilidade. Pois o material encontrado na cena do crime que será o elemento comprobatório em si, ficando sujeito apenas de análise para se comprovar de quem veio o material biológico. Ainda que muito debatido por diversas áreas sociais e jurídicas, não se pode dizer que um acusado estaria criando prova contra si mesmo com o simples fato de se identificar biologicamente a autoridade competente, estaria então à população a mercê de uma enorme insegurança jurídica. Não se pode dizer em qualquer meio de identificação se tal princípio prevalecer ao direito do Estado de identificar suspeitos de atos criminosos.

O objetivo do princípio é evitar praticas abusivas durante a investigação criminal, como torturas, coações e ameaças da autoridade competente. Mas não se pode usar este princípio para dificultar a investigação criminal, não existe inconstitucionalidade em identificar biologicamente um indivíduo que não será considerado sem antes passar por um devido processo legal.

¹³ Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/209967725/agravo-em-execucao-penal-agepn-10024057930505001-mg> acesso em 17/05/2017

3.3. Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana tem um conceito bem vasto, por se tratar de critérios socialmente subjetivos, além de se estender a diversos entendimentos de aplicação.

Primeiramente, tem-se a base legal para o referido princípio. Encontrado no primeiro artigo da carta magna, somente dispõe sobre ter como fundamento a República a dignidade.

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.”

Portanto, fica a juízo de todos interpretarem o que seria tal dignidade. Procurada no dicionário a definição da palavra dignidade¹⁴, será encontrado algo em torno de valores morais, honradez, nobreza, respeito, dentro outros. Consequentemente tem-se na palavra o sentido de uma ótima reputação, alguém de respeito perante a sociedade. Neste sentido Plácido e Silva ensina que:

“dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.¹⁵

Este respeito que o autor explica, é tido como norteador de como vai se comportar o indivíduo perante a sociedade, sendo todas suas atitudes habituais pensadas em sua dignidade, assim sendo qualquer ato proferido por ele ou contra ele, que não entre dentro de um padrão social sobre valores éticos poderia estar ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁴ Qualidade de digno. Modo digno de proceder. Procedimento que atrai o respeito dos outros. Brio; gravidade. Cargo ou título de alta graduação. Honraria. Dignitário. Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 27-02-2017 Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/dignidade>>. Acesso em: 22/05/ 2017.

¹⁵ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 1967.

Ademais, pode-se acrescentar o motivo para que este princípio seja possivelmente ferido diante da utilização de banco de dados. Ora, se garantia constitucional visa não violar princípios éticos do ser humano, quem será garantidor e quais princípios são estes? Tão pouco discutir o que é moralmente permitido para um cidadão? São questionamentos profundamente íntimos os quais uma norma Jurídica não poderia ser capaz de respondê-los. Um praticante da religião testemunha de Jeová sentiria constrangido de sua liberdade religiosa se a coleta do material biológico for feita através da retirada de seu sangue¹⁶.

A garantia dada pela Lei que este princípio não será violado, como já versado anteriormente, se trata do caráter sigiloso do banco de dados de perfis genéticos além da garantia deste ser removido do sistema assim que decorrer o prazo prescricional do crime. Em vista disso, não existe a possibilidade de se encontrar no dispositivo legal falha na observação do princípio por agora debatido. Visto que tais garantias não violariam a dignidade da pessoa humana no sentido de que, se será sigiloso as informações contidas no banco de dados não se encontra motivos claros para que a honra de uma pessoa humana fosse quebrada para se valer de identificação criminal.

Estaria diante de flagrante inconstitucionalidade se as informações contidas no banco de dados fossem públicas, o meio para se obter material genético fosse danoso ao cidadão e voltando ao pensamento de possível violação dos princípios religiosos, insta dizer que os meios atuais para obtenção do DNA não são feitos somente através da retirada sanguínea, tão pouco é assegurado pela lei o processo para aquisição de tal. Não existindo regulamentação, talvez o legislador possa ter pensado neste tema quando criou a lei, fazendo com que possa ser feito a identificação por meio de dados genéticos de diversas formas oferecidas pela ciência.

Como último argumento pelo não ferimento do princípio, insta salientar que o banco de dados de perfis genéticos não possuem traços semânticos do identificado. Ele apenas diz quem é o indivíduo e o registra como qualquer outro documento (CPF, RG entre outros), porém neste caso, por se tratar de suspeito de um ato delituoso cria-se uma identidade criminal, o que já acontece em todos os casos mesmo sem utilizar-se da identificação por coleta de material biológico.

¹⁶ A partir da leitura da Bíblia, testemunhas de Jeová entendem que o uso do sangue na alimentação, bem como em transfusões (total ou dos seus componentes primários), é proibido pela lei divina.

3.4. Princípio da proporcionalidade

Talvez este seja o principal princípio para que se criasse no Brasil o banco de dados genéticos, visto que se trata de adequar garantias individuais a garantias da sociedade. Não existindo na constituição previsão, é importante dizer que nossa Carta Magna foi composta seguindo o raciocínio do princípio mundialmente conhecido no âmbito jurídico. Seguindo regra constitucional presente no artigo 5º, § 2º pode-se atrelar todas as normas e costumes jurídicos a este princípio. Tem-se a leitura do referido artigo constitucional:

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

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Fica clara a ideia do legislador constitucional em assegurar princípios elementares não contidos expressamente na carta, mas que por simples interpretação pode-se averiguar princípios contidos tacitamente e assim fazer o uso como garantia constitucional.

Muito próximo ao âmbito da razoabilidade, pode-se assegurar que este princípio possui grande força em criação de normas e sua aplicabilidade. Por ser garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conceito também vem a ser muito amplo e interpretativo. Porém como já dito, basicamente se refere em adequar garantias individuais as da sociedade como um todo. Esse princípio, largamente adotado pela jurisprudência alemã do pós-guerra, preceitua que nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente.

Portanto, não fica sujeito norma constitucional a ser seguida sempre cegamente pelo judiciário sem a observância de outras que garantem ordem à coletividade. O que garante ao devido processo legal razoabilidade e proporcionalidade perante a sociedade, podendo então valer-se desse princípio para se aplicar norma pensando em garantias coletivas. Como já exposto anteriormente, tem-se seguindo essa linha de raciocínio principiológica uma decisão judicial sobre o tema feita pelo ilustre relator Kárin Emmerich do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Por óbvio, o princípio elencado possui maior significância no âmbito penal, para que se garanta ao indivíduo que a intervenção estatal não será exorbitante no que tange seus direitos e garantias, mas será essencial para proteção da segurança pública, o que teoricamente também atinge o apenado de uma forma benéfica. É como diz Grazielle Martha Rabelo:

“O princípio da proporcionalidade integra uma exigência ínsita ao Estado Democrático de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.”¹⁷

Atrelando a proporcionalidade ao direito de intimidade, o Senhor Ministro Gilmar Mendes relatou brilhantemente em uma decisão onde o mesmo reconhece a repercussão geral do tema no caso concreto, o qual gira em torno da obrigatoriedade da identificação criminal do acusado mediante colheita de DNA para criação de banco de dados, parecer que engrandece com o seguinte trecho do relatório:

“Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se debruçou sobre a questão em algumas oportunidades.

Em Van der Velden contra Holanda, 29514/05, decisão de 7.12.2006, o Tribunal considerou que o método de colheita do material esfregação de cotonete na parte interna da bochecha é invasivo à privacidade. Também avaliou como uma intromissão relevante na privacidade a manutenção do material celular e do perfil de DNA. Quanto a esse aspecto, remarcou-se não se tratar de métodos neutros de identificação, na medida em que podem revelar características pessoais do indivíduo. No entanto, a Corte avaliou que a adoção da medida em relação a condenados era uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes.”¹⁸

O motivo pelo qual o princípio fora observado com o surgimento do banco de dados é claramente garantir à segurança pública maior aplicabilidade da lei penal, no sentido de estar sempre aprimorando o efeito investigativo criminal, para que então possa se inibir a

¹⁷RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990 acesso em: 22/05/2017.

¹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6378913> acesso em 22/05/2017.

prática de novos delitos. Em razão da individualização que traz o DNA, é perfeitamente proporcional utilizar deste artifício para identificar um condenado a crime mediante violência ou hediondo, por se tratarem de crimes amplamente rejeitados pela sociedade e por consequência disso são inimigos da ordem pública. Nada mais justo para a sociedade que o Estado detenha da informação dos autores desses crimes para que em possível nova prática delituosa obtenha êxito rapidamente na apuração e identificação do autor.

Portanto, fica clara a influência principiológica na Lei 12.654/12 em sua efetiva aplicabilidade. Podendo-se dizer que o princípio constitucional está devidamente representado pela referida lei, não cabendo logo o desmerecimento de motivo do legislador em acrescentar no âmbito jurídico este novo meio de se conduzir a persecução penal.

4 CRIMINOLOGIA ATUARIAL ALIADA AS NOVAS TÉCNOLOGIAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

4.1. Criminologia atuarial

A atual sociedade passa a ser cada vez mais descrente no papel do *jus puniendi* estatal na medida em que o crime vai evoluindo. Apesar de a legislação ser reflexo de uma sociedade e caminhar no mesmo sentido desta, a proporcionalidade do apenamento esta cada vez mais enfraquecida, a primeira ideia que se tinha da simples privação de liberdade por determinado tempo equivalente ao crime cometido já não esta surtindo os devidos efeitos que se esperavam. Apesar de o prognóstico legal ser um fator determinante na coibição do ato delituoso, será um ser humano que analisará e julgará os fatos cometidos, ficando a segurança pública a mercê do entendimento da aplicabilidade da lei por uma pessoa que pode perfeitamente aplicar de maneira errônea uma sanção por diversos fatores. Fatores estes que independentemente de serem previstos anteriormente pela legislação, podem não ser eficazes no caráter ressocializador, intimidativo e repressor da pena.

Seguindo este sentido da função da pena, diz Paula de Souza o seguinte:

“a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social”.¹⁹

Portanto, o que mais contribui para o crescimento do crime é a falta da eficácia da função do apenamento, surgindo como consequência sempre maior índice reincidente com a ideia de que o crime compensa. Quando um indivíduo viola norma penal, ele tem que ser punido por dois motivos: o primeiro seria uma forma de pagar pelo que fez; algo que com a precariedade do sistema prisional Brasileiro é cristalino que este castigo é pago por qualquer que seja o detento. Por segundo, seria o aprendizado do criminoso que estar fora da Lei é algo que gera transtornos, perda de direitos e benefícios que um cidadão cumpridor do direito penal possui, é preciso mostrar ao delituoso que o crime é a pior saída para qualquer situação, não se pode apenar um criminoso com o simples intuito de retirá-lo da sociedade, mas sim o

¹⁹ (QUEIROZ, 2001, p. 40)

mostrar que suas ações não são aceitas pela coletividade. Por essas razões que se tem no Direito Penal Brasileiro a previsão de uma pena mais severa para o infrator reincidente, não obstante somente a pena, outras medidas serão tomadas como exemplo da falta do direito do reincidente de responder um crime em liberdade dentre outras consequências. Dieter sobre reincidência ensina que:

“ninguém sabe com segurança como se comportará no futuro outra pessoa. Somente Deus sabe. Nós somos induzidos a deduzir do passado de um indivíduo seu futuro. O passado significa neste caso: sua ascendência, sua herança física e moral, a família, a educação, o ambiente e por fim a própria conduta.”²⁰

Cria-se então a necessidade de existir uma melhor aplicabilidade da lei baseado em estudos relativos à teoria do cálculo da pena e dando ao apenado uma medida que seja em sua essência eficaz.

Sabe-se que o atual pensamento da sociedade perante o crime é sempre no sentido dos criminosos serem pessoas de classe econômica desfavorecida ou aquelas que habitam a região da periferia nos grandes centros. Pensamento este que, com a atual situação política do Brasil, está cada vez mais disperso na percepção da sociedade. Passa-se por um momento o qual esta sendo divulgado para a sociedade espécies de criminosos antes não conhecidos pela mesma. Sendo assim, chegou o momento para aumentar o estudo do crime como um todo, e utilizar-se o atual sistema de uma maneira mais eficaz.

A criminologia Atuarial é a junção de todos esses fatores expostos até o momento. Consiste em analisar o comportamento do ser humano criminoso para então ter uma prevenção mais eficaz, coibindo assim sua reincidência. A técnica atuarial compõe-se por três pilares. São eles identificar o indivíduo com perfil de risco, classificar o mesmo procurando e reputando os de alto perigo para sociedade, e por conseguinte criar um sistema que anule os indivíduos classificados pelo maior período possível, ignorando o caráter ressocializador da pena.

Assim sendo, a temática da Criminologia Atuarial baseia-se em sancionar o indivíduo baseado em seu comportamento. O crime é questão de princípios comerciais, a famosa lei da oferta e da procura, o apenamento vem para regular isso, não deixando que o preço pago por ser criminoso seja tão baixo a ponto de valer a pena correr o risco. Apóia-se a Criminologia Atuarial em estudar o motivo e razões para o acontecimento do crime e

²⁰ (Dieter 2013, p. 11)

consequentemente o surgimento do criminoso, para que então possa se aplicar sua teoria em favor do menor número reincidente existente.

Ora, afastando-se da sociedade um indivíduo reincidente no crime, seria a melhor forma de evitar que este volte a praticar novos atos delituosos e também a melhor resposta do detentor do *jus puniendi* que o preço do crime está alto. A sociedade necessita de exemplos para que fique clara a aplicabilidade correta da lei, assim como acredita Luiz Fernando da Costa vulgo “*Fernandinho Beira-Mar*” em uma entrevista cedida ao Sistema Brasileiro de Televisão (SBT)²¹ na qual diz que as pessoas precisam ter alguém para se rotular, sendo uma questão cultural identificar alguém como o motivo de algo. Apesar de não ter conteúdo doutrinário, tal pensamento exposto pelo criminoso nos alude a imaginar que a criminologia atuarial pode trabalhar no sentido de repreender o criminoso reincidente como forma de mostrar a sociedade uma resposta as suas atitudes criminosas.

4.2. A política criminal atuarial

É de conhecimento geral que o sistema privativo de liberdade de um indivíduo por si só não ressocializa o infrator, e que por mais que sejam criados meios para que sua ressocialização seja eficiente, determinados infratores serão sempre vistos com outros olhos perante a sociedade, essa mesma que discriminando o ex-detento dificultará sua retornada a vida social harmônica. Não se dar por falta de motivos os elevados índices reincidentes criminais, sendo a falta da devida inserção do infrator um dos motivos. Porém é de importante valor ao tema alertar que muitos encarcerados se tornam ao longo do tempo incapazes de viver em uma sociedade pacificamente. Seguindo essa linha de raciocínio, Maurício Stegemann ensina nas seguintes palavras:

“...para compreensão do atual estado de legitimidade da lógica atuarial no sistema de justiça criminal dos Estados Unidos – de onde se projeta para os demais países – é pertinente esclarecer a natureza do consenso sobre a necessidade de descarte da proposta de reabilitação social, profundamente relacionado com a crítica mais geral às políticas públicas do “Welfare State²²” formulada pela ideologia neoliberal e vendida como panaceia para maior parte dos problemas sociais.”²³

²¹ Entrevista disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=TWcijz8eSd9w> Minuto 29:35 ao 30:04.

²² O conceito de Welfare State ou Estado de Bem Estar Social é baseado em uma ideia de que o homem possui direitos indissociáveis a sua existência enquanto cidadão, estes direitos são direitos sociais. De acordo com esta concepção, todo o indivíduo tem o direito, desde seu nascimento, a um conjunto de bens e serviços que devem lhe serem oferecidos e garantidos de forma direta através do ESTADO, ou indiretamente, desde que o

Por consequência, a política criminal atuarial se beneficia de esquecer o caráter ressocializador da pena, e aplicar a privação de liberdade com clara intenção de afastar um indivíduo problemático da sociedade, evitando com isso a reincidência de maneira incontestável.

Foi tratada até o momento a política criminal atuarial como maneira de apontar determinados indivíduos, justamente por acreditar na eficiência do princípio da individualização da pena, este que está assegurado na Constituição Federal e posterior regulamentado pela Lei de Execução Penal Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Visto que tal princípio visa apenar o condenado individualmente, analisando seu histórico pessoal e qual seria a melhor forma de se aplicar a correta punição a este. Tem-se a seguir a garantia Constitucional do princípio para somente depois concluir o raciocínio.

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

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Isto exposto implica enfatizar que, a política criminal atuarial possui papel de criar determinados grupos de risco para assim poder isolar este grupo do convívio social, o que de certa forma no Brasil estaria violando o caráter individual da pena. Portanto, para se aplicar a ideia em nosso país deve-se adequar o conceito atuarial, ou por outro lado o que se acredita ser mais eficiente desairar o princípio constitucional para obter melhores resultados no combate à criminalidade, valendo-se é claro do princípio também constitucional da proporcionalidade.

O raciocínio atuarial segue o pensamento de baratear os custos estatais no combate ao crime, baseando-se em dados estatísticos para obter êxito no apenamento do encarcerado. É o que diz Maurício Stegemann no seguinte:

Estado exerça seu papel de regulamentar isso dentro da própria sociedade civil. Disponível em <http://www.joseferreira.com.br/blogs/sociologia/nao-deixe-de-ler/estado-de-bem-estar-social-welfare-state/welfare-state.pdf?anexo>

²³ (DIETER, 2012 p 89).

“... inegável que a lógica atuarial representa uma das mais óbvias expressões do processo de racionalização da vida social, ao colaborar na transformação do místico em científico. Pouco a pouco, a ideia de que o cálculo das probabilidades de sucesso deve ser o critério preferencial para orientar a sanções sociais - ou, no mínimo, um elemento indispensável de análise - invadiu o cotidiano, constituindo-se hoje como padrão fundamental de racionalidade.”²⁴

4.3. A criminologia atuarial aliada ao uso de banco de dados na investigação criminal

A política criminal atuarial, como já exposto visa identificar grupos de risco. Isto dito pode-se então perceber a sua origem na teoria da probabilidade, qual seja discernir o lógico através de estudos a forma mais econômica e eficiente de se combater o indesejável. Para que possamos compreender melhor o que seria o risco, é preciso desprender a realidade dos casos tangíveis. Além é claro de apontar o caminho em que possa se alcançar o objetivo. É o que ensina brilhantemente o autor Maurício Stegemann nas ulteriores palavras:

“...inegável que a *lógica atuarial* representa uma das mais óbvias expressões do processo de *racionalização* da vida social, ao colaborar na transformação do *místico* em *científico*. Sob essa perspectiva, a emergência da *lógica atuarial* e sua crescente penetração no cotidiano – processo historicamente paralelo ao desenvolvimento do Estado capitalista – simbolizariam uma conquista sobre terreno divino, aumentando a responsabilidade da humanidade por seu próprio destino ao conjugar campos que antes se apresentavam como opostos. Pouco a pouco, a ideia de que o cálculo das probabilidades de sucesso deve ser o critério preferencial para orientar as ações sociais – ou, no mínimo, um elemento indispensável e análise – invadiu o cotidiano, constituindo-se como padrão fundamental de *racionalidade*.²⁵”

A teoria da probabilidade se classifica como um número que sintetiza a possibilidade de alcançar um determinado objetivo ou experimento, este puro e simples conceito matemático não possui muito valor para o atual tema. Porém, procurando dissecar o assunto será entendido onde tem-se a existência da lógica matemática na utilização de banco de dados para fins de persecução penal.

A princípio teve a teoria usada por muitos somente para questões financeiras, hora estatais ou empresariais. Porém depois do melhor desenvolvimento da teoria, estudiosos passaram a enxergar que existiam outros fins para se usar a probabilidade, os quais viriam a serem graves problemas sociais. Acontece que para se resolver estes problemas seria necessário um aparato muito mais sistemático do que uma conta matemática, não

²⁴ (DIETER, 2012 p. 22).

²⁵ (DIETER, 2013, p. 38).

desmerecendo por óbvio o valor mundial da matemática, mas nessa nova modalidade o objeto para se obter a probabilidade seriam seres humanos. Jacob Bernoulli²⁶ foi o primeiro a criar o teorema fundamental da teoria da probabilidade, encontrando margens de erro em presságios. Foi a partir daí que se modificou a ideia de probabilidade.

Fica claro para qualquer um que esse novo método de pressentir males em uma sociedade apesar de muito interessante, ficaria inviável de se por em prática de maneira eficaz em meados da segunda metade do século XVII e primeira do XVIII, por diversos fatores tecnológicos inexistentes a época. Por outro o uso coevo das análises de risco nas mais variáveis áreas do domínio humano não seria viável sem a integração dessa racionalidade por especialistas em outras áreas, que foram de suma importância para a expansão da sua legitimidade de decisões individuais à definição de políticas públicas.

Na medida em que se ia analisando o risco atuarial, ao redor do mundo começaram a surgir políticas públicas de gerência em diversas áreas. Sendo por óbvio utilizou-se dessa corrente para se criar políticas criminais. Lambert Adolphe Jacques Quetelet²⁷ foi pioneiro na utilização deste para fins sociais, especificamente no que tange o assunto criminalidade.

Lambert possuía o pensamento no sentido de que não era eficaz estudar somente o indivíduo, mas sim todo o seu meio social. Portanto, segundo este pensamento chegou à lógica da criminologia atuarial, qual seja procurar entender todo o contexto social do indivíduo e somente após disso conseguir chegar às causas do entendimento. Pode-se fazer uma analogia com o Tribunal do Júri no que tange a aplicação penal dessa teoria, onde o réu representa alguém à beira da sociedade e, por conseguinte os jurados pessoas de convívio social puro e ilibado. Seriam capazes estes mesmos jurados adentrar na prática social do acusado sendo que não participam do contexto social do indivíduo? Portanto seria de tamanha importância entender o que o levou a aquela atitude, e não somente julgar a legalidade do ato em si (DIETER, 2013).

Para trazer todo este contexto a luz da utilização de banco de dados genéticos, será feita uma análise criteriosa sobre como será usado os dados genéticos como auxiliares da persecução penal. Importante frisar que já se debateu sobre a questão principiológica da

²⁶ Jakob Bernoulli, ou Jacob, ou Jacques, ou Jacob I Bernoulli (Basileia, 27 de dezembro de 1654 — Basileia, 16 de agosto de 1705), foi o primeiro matemático a desenvolver o cálculo infinitesimal para além do que fora feito por Newton e Leibniz, aplicando-o a novos problemas.

²⁷ Lambert Adolphe Jacques Quételet foi um astrônomo, matemático, demógrafo, estatístico e sociólogo do século XIX. O seu rigor metodológico e a sua visão de crime enquanto fenômeno social subordinado a regras que possibilitariam a determinação da propensão ao seu cometimento fizeram dele um dos estatísticos-sociais mais importantes de sua época.

matéria, não sendo estes argumentos debatidos neste momento. Sabe-se que no âmbito jurídico, princípios são possivelmente os principais norteadores para que as normas se adequem a sociedade. Portanto, será analisado a partir de agora o que se trata de uma nova visão para aplicação e criação de normas regulamentadores, as quais em algumas partes poderão ser flagrantes desrespeito a princípios basilares do Direito. Evidentemente como já se viu no princípio da proporcionalidade, para que se tenha uma melhor efetividade de norma, considerando todo um coletivo, é necessário abdicar de certos princípios em favor de outros e ainda de um bem coletivo.

Para que se tenha uma melhor eficácia junto com a Política Criminal Atuarial, deve-se primeiramente revisar todo o contexto penal, principalmente na área de processual. Esquecendo todo o conceito de justiça que se tem atualmente para a automação da repressão, onde se teriam todos os garantidores da persecução penal como gestores, os quais simplesmente analisariam estatística aplicada para se obter a pretensão punitiva.

A criminologia Atuarial se faz bastante presente na Execução Penal, define diversos fatores para o apenamento do indivíduo, garantindo a este a individualização da pena, onde se encontra o problema maior para sua aplicabilidade. Expõe-se então um exemplo, identificar criminalmente um potencial pedófilo aplicado única e puramente sanções baseadas em sua potencial reincidência, abriria um enorme precedente para que em todos os casos de pedofilia, também se aplicasse penas igualitárias ao primeiro. Onde então se estaria diante de flagrante desrespeito aos artigos 5º, 8º, 41, XII e 92 parágrafo único, II, da Lei 7.210/84.

Acerca desta discursão tem-se o *BACIS (Behavioral Alert Classification Identification System*²⁸), que é um sistema de classificação, habitação e identificação da população carcerária confinada em uma prisão de supervisão direta. O sistema combina avaliação de entrada, análise de risco, comportamento em custódia e instrumentos de comportamento psicológico (CHAMPION, 1994). Que se divide em quatro etapas visando sempre o cálculo atuarial. Primeiramente se dá através de um exame de aceitação, com o intuito de distinguir os presos aventureiros dos demais. Posteriormente, este é confinado em um regime exclusivo, por setenta e duas horas, onde implica o real risco que o confinado produz.

Com a conduta do recolhido, cria-se a possibilidade de conferir a especificação do mesmo, o que posteriormente será usada para determinar qual será a sua vida dentro da

²⁸ Sistema de Identificação da Classificação de Alerta Comportamental.

penitenciária – segurança máxima, média ou mínima – posterior a isto, ser tomadas as condutas específicas da entidade a qual o detento fora delegado.

Na Califórnia (EUA) em meados da década de 70 existia um exercício voltado a empregar o uso de uma estatística definidora da aplicação do apenamento mais adequado para determinados presos, provou-se com isso que em 26% (vinte e seis por cento) dos cenários analisados, apenas 1% (um por cento) fora exacerbado o apenamento do indivíduo, portanto o índice de acerto é bastante elevado nestes casos. Como resposta, o Departamento Correccional do Estado experimentou novos prognósticos de risco a luz da aplicação do apenamento, expondo melhorias no atino, porém não informou os dados.

Visto que é eficiente a utilização de uma análise comportamental do detento para então melhor aplicar sua pena. Fica evidente que a identificação criminal através de análise biológica pode ser usada aliada a lógica atuarial. Ora, o material biológico pode ser objeto da primeira fase do *BACIS*, onde em seu exame de aceitação seria utilizado o banco de dados a primeira vista para buscar se existem informações do detento e não existindo o adicionar no banco de dados.

Ora, mas em que isso ajudaria na persecução penal? Usando este artifício, pode-se ter uma melhor análise comportamental do condenado, passando a responsabilidade de se definir como a pena será cumprida para um profissional psicológico. O qual teria melhores condições de entender o que seria melhor para o detento - conseqüentemente para a sociedade - bem como seria tratado sua pena. Sem retirar o mérito de um aplicador do Direito, que sempre em suas decisões está amparada pela Lei penal em geral, este sabe aplicar o Direito, mas infelizmente não sabe e nem pode aplicar a individualização da pena baseada em probabilidades, ficando então responsável um profissional especializado na área, o qual possui infinitas melhores condições de analisar o comportamento do indivíduo.

Além de todo o exposto anteriormente, a identificação por meio de material genético pode também auxiliar na investigação de crimes, buscando nos vestígios do ato material genético para se identificar o autor ou partícipe. Existindo um vasto banco de dados de perfis genéticos, maiores serão as chances de se encontrar um praticante de atos delituosos reiterados, como exemplo de um *Serial Killer*, ou qualquer outro crime praticado em série.

5 CONCLUSÃO

Com o crescimento populacional e conseqüente crescimento no índice criminológico, fica evidente com a pesquisa que a tecnologia abordada neste trabalho possui papel importante para a modernização do sistema Penal Brasileiro. Verifica-se que a utilização da identificação criminal por meio de coleta de material genético se faz importante auxiliadora no combate e prevenção do crime.

No atual cenário nacional tem-se discutido bravamente constitucionalidade de atos políticos. Aproveitando o ensejo, deve-se também questionar questões penais as quais, embora esquecidas por grande parte da sociedade a prejudica diretamente. Segundo análise dos 4 (quatro) princípios constitucionais, conclui-se que não estamos diante de flagrante inconstitucionalidade. Por se tratar de direito coletivo que acarreta na maior eficácia na investigação criminal, constata-se que a tecnologia aliada a persecução penal é proporcional, não é invasiva, não possui força probatória de culpabilidade por si só e por se tratar de dados sigilosos não pode-se dizer que fere a moral do ser humano submetido a identificação criminal por meio de coleta de material biológico.

O uso de novas tecnologias sempre gera discussões empolgantes aos seus estudiosos. Com a análise da Criminologia Atuarial, conclui-se que a nova ferramenta utilizada com sabedoria poderá aumentar à eficiência no combate a criminalidade – principalmente na reincidência – sem grandes custos ao Estado.

A população deve ser mais receptível às novas tecnologias, obvio que contestações serão levantadas, e são importantes para melhor eficiência das novidades jurídicas. Mas com a conclusão da pesquisa, fica cristalino que a matéria em questão deve ter sua continuidade prosperada no Brasil. Perante os altos níveis de criminalidade presentes no País, não se pode frear uma pequena, porém importante modificação na legislação brasileira que da resposta a sua população que incansavelmente pleiteia por paz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 05/05/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº568: disponível em: <https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=568>

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil.** 2010. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Saraiva, 2005.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm

CHAMPION, Dean J. *Measuring offender risk: A criminal justice sourcebook.* Greenwood Publishing Group, 1994.

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>

DIAS, Suhelem: Banco de dados, 2008.

Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/banco-de-dados/39764/> acesso em 13/05/2017.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história.* Tese Apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2012.

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

FERRARI, Rafael. **O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal,** 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829 acesso em 19/05/2017.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos Processos de Identificação Humana: das características Antropométricas ao DNA.** *Genética na escola,* Rio de Janeiro. 05/02/2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/271530735_Evolucao_dos_Processos_de_Identificacao_Humana_das_caracteristicas_Antropometricas_ao_DNA> Acesso em: 11/05/2017.

MORO, Sérgio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais**. Revista dos Tribunais, ano 95, v. 853, p. 437, nov. 2006.

NUCCI, Guilherme Souza, **Leis penais e processuais penais comentadas** - 5ª edição - São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em [:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

PENA, S.D.J. **Segurança pública: determinação de identidade genética pelo DNA**. Parcerias estratégicas, nº 20, 2005.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990 acesso em 22/05/2017.

QUEIROZ, Paula de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967

SCHIOCCHET, T. **Bancos de Perfis Genéticos para fins de persecução criminal**. Série Pensando o Direito, 2012.

Disponível em: <https://unisinus.academia.edu/TaysaSchiocchet>. Acesso em: 20/05/2017.