

**NOTA TÉCNICA SOBRE AS ALTERAÇÕES NA REGULAÇÃO DOS BANCOS
DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
PREVISTAS NO PACOTE “ANTICRIME”**

REF. PROJETO DE LEI Nº 882/2019

Taysa Schiocchet

Luiza Louzada

Vitor Ritcher

Curitiba, 2019



SUMÁRIO EXECUTIVO

Buscando contribuir para o aperfeiçoamento das propostas de regulação dos Bancos de Perfis Genéticos presentes no Projeto de Lei 882/2019, a presente Nota Técnica apresenta pontos fundamentais a serem considerados para que a legislação que venha a ser aprovada reflita o comprometimento com o avanço da democracia, o respeito aos direitos humanos e o incremento da inteligência investigativa do Estado fundado no interesse público. O quadro abaixo sintetiza as reformas propostas no PL Anticrime em relação aos Bancos de Perfis Genéticos para fins de investigação criminal:

PROPOSTA	BASE LEGAL
Ampliação dos condenados que terão os seus perfis genéticos incluídos	Altera o <i>caput.</i> do art. 9º-A da LEP
Possibilidade de inclusão de condenados nos BPGIC antes do trânsito em julgado	
Automatização da coleta de material biológico assim que for dada a entrada no sistema prisional	
Flexibilização da obrigatoriedade da coleta	Adiciona o § 4º ao art. 9º-A da LEP
Automatiza a exclusão de perfis genéticos no caso de absolvição	Altera o art. 7º-A da Lei de Identificação Criminal

Tendo isso em conta, a presente nota técnica se resume nos seguintes pontos:

1. Em relação a **ampliação da categoria de pessoas** que serão submetidas a coleta obrigatória de seu DNA para inclusão nos Bancos de Perfis Genéticos, demonstramos que não existe na comunidade científica um consenso a respeito da eficácia desse tipo de medida em relação à diminuição da criminalidade ou da reincidência. Nesse sentido, esse tipo de proposta de ampliação, apesar de custosa no sentido financeiro e social, representa uma espécie de “tiro no escuro” como política de segurança pública. Defendemos que ainda



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

deve ser feita uma análise criteriosa dos tipos de delitos que ensejarão a inclusão dos perfis genéticos nos bancos, o que exige um debate público mais amplo antes de se decidir pela alteração;

2. Sobre a **inclusão de condenados nos BPGIC antes do trânsito em julgado**, demonstramos ser medida contraproducente e que revela a negligência da proposta em relação a proteção de dados genéticos, além das problemáticas implicadas no adiantamento dos efeitos da sentença que já são discutidos em outros pontos do Pacote Anticrime;

3. Quanto à **automatização da coleta de material biológico** assim que for dada a entrada no sistema prisional, acreditamos que a medida seja positiva e que ajuda a dar segurança jurídica em relação ao momento da coleta, o que ainda não existe na regulação atual;

4. Sobre a proposta de atribuir a penalidade de **falta grave aos condenados que se recusem** a autorizar a coleta de DNA, demonstramos que essa medida representa um esvaziamento do conteúdo do direito fundamental à não autoincriminação, que precisa ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 973.837. Por esse motivo, a referida proposta acaba por representar uma tentativa de contornar os debates da corte constitucional que poderá, sim, relativizar essa garantia de natureza constitucional, mas diante do estabelecimento de outras garantias mínimas, a fim de não permitir um “estado de coisas inconstitucional”, tendo em vista as diversas violações de direitos que podem se configurar com a atual anomia regulatória em relação aos bancos de perfis genéticos;

5. Em relação a **proteção de dados**, apontamos as incongruências da proposta, na medida em que, por um lado, prevê de maneira acertada a exclusão imediata dos perfis genéticos dos bancos uma vez que uma pessoa seja inocentada, por outro, deixa de prever diversas outras medidas igualmente importantes. Esse tipo de abordagem revela a elaboração apressada do PL 882, que ainda precisa ouvir a sociedade e amadurecer a partir de debates públicos. Além disso, estabelece o prazo desarrazoado de 20 anos de manutenção dos



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

perfis genéticos dos BPGIC, na contramão do que estabelecem os princípios e garantias previstos na recém aprovada Lei Geral de Proteção de Dados, que precisam ser respeitados;

6. Por fim, indicamos as inúmeras questões que precisam ser abordadas em uma **boa regulação dos bancos de perfis genéticos** e que foram invisibilizadas no PL 882. Entre elas, estão (i) o alto custo da tecnologia; (ii) a integridade da cadeia de custódia; (iii) uma governança qualificada, independente e pluriparticipativa para os bancos de perfis genéticos; (iv) políticas de prevenção e gestão de erros; (v) uma boa interpretação de evidências e comunicação entre perícia e Justiça; (vi) aspectos relacionados à segurança da informação e proteção de dados; (viii) questões relacionadas ao acesso à Justiça e o princípio da paridade de armas no processo penal; (ix) questões bioéticas sobre a coleta coercitiva de DNA em presídios.

Ao final, concluímos pela necessidade de ampliar e aprofundar os debates em torno da tecnologia de identificação genética na investigação criminal e dos bancos de perfis genéticos. Por esse motivo, defendemos:

(i) que se **aguarde o posicionamento do Supremo Tribunal Federal** sobre a constitucionalidade da Lei 12.654/12 antes de se pretender ampliar o seu escopo. Nesse sentido, deve ser recusada a proposta de alteração da legislação penal antes desse posicionamento;

(ii) que se realizem **novas audiências públicas sobre os bancos de perfis genéticos** para fins de investigação criminal, que precisa contar com discussões pluriparticipativas que envolvam, pelo menos, juristas, peritos, representantes das empresas que fornecem a tecnologia e especialistas em proteção de dados e bioética;

(iii) como resultado da ampliação das discussões, que se **ofereça um substitutivo para o PL 882/2019** que reflita o amadurecimento das pesquisas nesse assunto, bem como incorpore as experiências adquiridas a partir do estudo em direito comparado e, por fim, reconheça a situação precária da perícia no Brasil, que tem outras prioridades para além do investimento nos laboratórios de DNA, como a necessidade de contratação de pessoal, treinamentos



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

para a proteção da cadeia de custódia e o oferecimento de equipamentos básicos para a própria atuação imediata na cena do crime pelas polícias e perícia criminal.

INTRODUÇÃO

Não resta qualquer dúvida de que a violência letal é um dos problemas mais urgentes que o Brasil enfrenta. Diante do crescimento constante das taxas nacionais, que ultrapassam os 60.000 homicídios por ano, e a dificuldade das forças policiais da maioria dos estados da federação produzirem políticas e estratégias de enfrentamento eficaz deste problema, diversas alternativas são constantemente apresentadas como solução. Neste contexto, são absolutamente necessários e louváveis os esforços do Ministro da Justiça e Segurança Pública, da SENASP e das secretarias estaduais de segurança pública em fomentar o necessário desenvolvimento e aprimoramento das diversas áreas da perícia criminal brasileira.

Anunciados como uma das prioridades da gestão do ministro Sérgio Moro, os bancos de perfis genéticos têm sido apresentados como uma das mais promissoras alternativas no incremento da qualidade das investigações criminais e na subsequente diminuição dos índices de violência. De forma alguma exclusiva ao contexto brasileiro, esta narrativa tem sido constantemente acionada nos mais diversos países ao redor do mundo para promover e justificar a implementação dos bancos de DNA para fins de investigação criminal.

Nesse contexto, acompanhamos com preocupação as propostas previstas no PL 882/2019 em relação aos bancos de perfis genéticos. A forma como essa tecnologia vem sendo apresentada, bem como o senso de urgência que busca ampliar essa tecnologia parecem estar atuando na contramão dos debates necessários à construção de uma boa regulação para ela. De certa forma, as propostas constantes do PL 882 em relação aos BPGIC contornam os debates que precisam ser promovidos a respeito, inclusive aqueles que estão acontecendo nos autos do Recurso Extraordinário 973.837, com repercussão geral.

Como uma extensa literatura internacional especializada no tema já demonstrou^[3], as promessas que combinam a crença na infalibilidade da identificação de criminosos pela tecnologia de DNA com a promessa do combate eficaz ao crime e à insegurança tem como pressupostos a precisão atribuída à ciência genética e a agilidade administrativa que os



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

bancos de dados dariam para as atividades policiais baseadas na genética. Este conjunto de pressupostos acerca das práticas da genética forense, caracterizado pelos especialistas britânicos Robim Williams e Paul Johnson¹, viria a configurar um “imaginário socio-técnico”² acerca das práticas da genética forense que se baseia em três representações acerca do uso forense da genética.

O primeiro, consiste no “**excepcionalismo genético**”. Este modo de representação das tecnologias e práticas da genética emerge do contexto de discussões científicas e bioéticas e ampara-se no caráter único, especial, das informações que podem ser obtidas a partir da análise das moléculas de DNA. Diante deste caráter especial e “precioso” da informação genética, o trato destas informações deve ser estritamente regulado diante das ameaças e perigos que o uso inadvertido ou irresponsável dos materiais genéticos pode trazer para os sujeitos dos quais as amostras foram coletadas. Diante da riqueza e multiplicidade de usos, fontes (sangue, sêmem, saliva, bulbos capilares, impressão digital), durabilidade e resistência das moléculas de DNA, dilemas em torno do consentimento e correta informação passada aos sujeitos cujo material genético é analisado passam a ser o ponto central de preocupação.

Apesar das diferenças bastante salientes dos contextos científicos e médicos, o contexto forense também demanda cuidados no manuseio deste tipo de informação e protocolos muito claros e rígidos, especialmente no que diz respeito ao consentimento e à clara informação acerca do uso específico ao qual se destina o dado genético, já que este tipo de representação leva em conta não apenas aquilo que a ciência já pode fazer com esse tipo de informação, mas também aquilo que pode vir a ser feito dela no futuro.

O segundo modo de representação da genética no contexto forense consiste no “**minimalismo genômico**”. Este tipo de representação, ao contrário da primeira, destaca

1 WILLIAMS, R.; JOHNSON, P. Wonderment and dread. Representations of DNA in ethical disputes about forensic DNA databases. *New Genetics and Society*, v. 23, n. 2, ago., 2004, p. 205-223

2 Imaginários socio-técnicos são formas coletivamente imaginadas acerca da vida e ordem social refletidas no desenho e no desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos. Estas formas carregam não apenas aquilo que pode ser alcançado através da mediação da ciência e da tecnologia, seus futuros possíveis. Elas carregam visões sobre como a vida deve ser vivida, expressando, assim, os entendimentos compartilhados acerca do “bem” e do “mal”. Ver JASANOFF, S.; KIM, S.-H. (Eds.). *Dreamscapes of modernity. Sociotechnical imaginaries and the fabrication of power*. Chicago: University of Chicago Press, 2015.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

aquilo que o material e a informação genética têm de mais mundano e prosaico, de mais simples e nada “ameaçador”. Busca, portanto, diminuir o que seria o caráter especial deste tipo de informação através da evocação de imagens do “simples código de barras”. A informação genética usada pelas biotecnologias forenses, portanto, não poderia dizer ou inferir absolutamente nada de “sensível” sobre os indivíduos que tiverem seus materiais genéticos recolhidos por forças policiais, dispensando ou mitigando, assim, maiores preocupações, protocolos e procedimentos de consentimento e proteção dos dados. Esta redução da informação genética a um “mero conjunto de números” é frequentemente acionada para justificar e legitimar como sendo “proporcional” à coleta obrigatória, análise e retenção da informação genética de cidadãos por parte do Estado. Uma tecnologia de controle que não implicaria na erosão dos direitos e garantias individuais diante do benefício que a eficiência dos bancos de DNA traria para o controle social, eficiência das investigações policiais, confiança nas sentenças judiciais e redução do crime. Seria uma “modesta invasão” na privacidade individual justificada pelos benefícios sociais que o banco de DNA traria através da redução do crime e agilidade investigativa.

O terceiro modo de representação dos dados genéticos, chamado “**pragmatismo biométrico**”, consiste na afirmação dos materiais biológicos encontrados em cenas de crime ou extraídos de suspeitos como sendo “apenas mais um vestígio”, igual aos outros tantos “abandonados” a partir da interação do corpo humano com o ambiente. Esta perspectiva, segundo Williams e Johnson, seria a combinação pragmática das duas anteriores. Por um lado, o material genético pode fornecer informações especiais e preciosas, mas por outro, por ser abandonada “naturalmente” pela interação entre corpo e ambiente, não demandando preocupações éticas e legais diferentes de qualquer outro vestígio material com os quais as práticas das ciências forenses já estão acostumados a usar. A informação genética obtida deste materiais, portanto, não poderia ser passível de reivindicação de propriedade individual e, dessa forma, não infringiria qualquer concepção de intimidade ou privacidade do sujeito ao qual a informação genética se refere.

Estas três formas de representação do DNA e da informação genética utilizada no contexto policial raramente são acionadas de forma isolada. Dependendo da situação, múltiplas combinações entre elas são acionadas para justificar o uso e expansão das



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

biotecnologias de investigação e vigilância criminal através da genética. Assim, é justamente da possibilidade de combinação destas representações, compartilhadas pelos especialistas e pelo público leigo, que **o armazenamento de DNA para investigações criminais retira e reforça suas sedutoras promessas de combate ao crime e de aumento da eficiência policial que justificariam legislações cada vez menos preocupadas com direitos e garantias individuais.**

Apesar do consenso técnico, científico, político e ético acerca da possibilidade dos saberes e tecnologias genéticas contribuírem para investigações criminais e controle social do crime, a forma como elas devem ser usadas e se, de fato, conseguem cumprir suas promessas de benefícios para segurança pública estão longe de ser um consenso. Como veremos no restante desta nota técnica, até o momento não há evidências científicas largamente aceitas sobre as efetivas contribuições dos bancos de DNA na redução das taxas de crimes e nem no aumento significativo na detecção de crimes e no efeito dissuasor que se esperaria. Além disso, não há também evidência de que um modelo expansionista dos bancos de DNA, isto é, a inclusão do maior número possível de pessoas catalogadas, seja mais eficiente na detecção de crimes e eficaz na diminuição de atos criminais.

A combinação destas três representações acerca do DNA no contexto forense – isto é, sua capacidade excepcional de identificar precisamente um indivíduo justamente por ser uma informação genética tão especial, seu aspecto mundano e inofensivo por ser “apenas um código de barras” e ser mais um entre outros vestígios – permite tornar mais sedutora a imagem de eficiência dos bancos que está longe de ser provada através de evidências científicas ou de dados oficiais sobre segurança pública e índices de crime em qualquer parte do mundo.

Para além desse tipo de preocupação de natureza teórica e que ressoa em todos os países pelos quais os bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal vêm se disseminando, existem as preocupações de natureza pragmática, que estando presentes em outros países tido como referências e pioneiros na tecnologia, são ainda mais graves no contexto pericial brasileiro. Ressaltamos a dramática situação da perícia brasileira, em especial nos contextos estaduais. **De que adianta aparelhar todo um laboratório se no contexto da cena do crime não se consegue ao menos isolar a área, coletar**



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

corretamente os vestígios e transportá-los de maneira corretamente identificada e com segurança?

O trabalho de excelência da perícia depende de mais do que a própria qualificação dos peritos. No contexto de uma cena de crime, depende de uma população que não tem uma cultura de preservação de cena do crime, de policiais militares que não recebem o treinamento adequado para garantir que as evidências não tenham sido contaminadas ou mesmo alteradas de maneira a mudar o curso das investigações. Isso sem falar em todo o restante da cadeia de custódia, em que muito embora conte, em geral, com a boa vontade e expertise de peritos engajados em promover uma cultura científica, não contam com normativas que garantam que, ao final, não possa haver nenhum tipo de invalidação dos resultados por quebra da cadeia de custódia.

É nesse sentido que acompanhamos com muitas reservas a maior parte das propostas do PL 882/2019 para os Bancos de Perfis Genéticos. Isso porque existem muitas áreas carentes de investimentos da SENASP e de regulação para o incremento da inteligência investigativa e, talvez, investir nessa proporção na tecnologia do DNA sem resolver problemas anteriores pode acabar por deixar cair por terra tantos investimentos sem qualquer resultado expressivo.

Passaremos, a seguir, a analisar de maneira um pouco mais aprofundada cada uma das propostas do PL 882/2019 em relação aos Bancos de Perfis Genéticos.



1. AMPLIAÇÃO DOS CONDENADOS QUE TERÃO OS SEUS PERFIS GENÉTICOS COLETADOS E INCLUÍDOS NOS BANCOS

LEP - LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI 8.072/90)	
REDAÇÃO ATUAL	REDAÇÃO PROPOSTA
Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 10 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.	Art. 9º-A. Os condenados por crimes dolosos, mesmo sem trânsito em julgado, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.

Entre as cinco modificações relativas ao Banco Nacional de Perfis Genéticos presentes no Projeto de Lei 882/2019, aquela que demanda maior atenção e debate é a proposta de alteração do Art. 9º-A da Lei Federal 12.654/12, que por sua vez altera a Lei de Execução Penal (8.072/90). Anteriormente restringindo a coleta obrigatória de amostras biológicas e DNA aos condenados por crimes mais graves, a nova redação do referido artigo tem como efeito ampliar de forma significativa o espectro de condenações passíveis de coleta obrigatória de DNA para todas as pessoas condenadas por crimes dolosos, mesmo antes de transitado em julgado.

Essa mudança é problemática e merece maiores discussões porque a identificação por DNA, além de custosa³, não terá, para muitos crimes que passam a ser passíveis de coleta obrigatória com este PL, qualquer utilidade. A inclusão de perfis genético nos bancos

³ Não se tem informações claras sobre o valor total de investimentos para que a inclusão de um perfil genético nos BPGIC aconteça. No entanto, se sabe que apenas no ano de 2019, a SENASP investiu 9 milhões de reais nesses bancos. Isso sem contar os investimentos estaduais e aqueles relacionados aos kits de análise. Em relação a esses últimos, se sabe que para a inclusão de um único perfil é necessário gastar, em média, 100 dólares. Esse valor não inclui o pagamento de pessoal e os investimentos na estrutura laboratorial.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

só se justifica, para os condenados, na possibilidade de esses reincidirem, já que uma vez catalogados e havendo vestígios biológicos, poderão ser identificados mais rapidamente.

Dessa forma, a ampliação do critério de inclusão nos bancos de DNA para condenados por crime dolosos faz, de certa forma, com que esses indivíduos sejam “eternos suspeitos”, ou ao menos enquanto seus perfis estiverem na base de dados, já que a cada vez que um novo perfil genético for inserido, este será incluído automaticamente na comparação, mesmo que um indício destes não tenha qualquer valor para eventuais investigações. Por esse motivo, foi levantado entre os argumentos do recurso extraordinário 973.837 o de que esse tipo de prática viola o princípio da presunção de inocência.

De qualquer forma, avaliemos a conveniência da ampliação da obrigatoriedade da coleta, como proposto. Pensemos, por exemplo, em um médico que cometeu o crime de omissão de notificação de doença ou um funcionário que empregou verbas públicas de maneira irregular, ambos os casos enquadrados em crimes dolosos. Em caso de reincidência, é difícil pensar na possibilidade de o DNA ajudar no esclarecimento da dinâmica de crimes como estes. Muito provavelmente, em ambos os casos, serão analisadas outras provas, pois não se tratam de casos abertos em que se precisa buscar um suspeito desconhecido.

É nesse sentido que algumas organizações internacionais, como a *Forensic Genetics Policy Initiative* (FGPI), defendem que **os criminosos a serem incluídos devem ser selecionados apenas após um amplo debate público**. Essas organizações consideram pesquisas que apontam que o aumento indiscriminado no número de perfis de referência nos bancos não só não colabora com a sua eficácia, mas aumenta os riscos de erros e violação de direitos. Por essa razão, o relatório internacional de boas práticas da FGPI defende a inclusão do maior número possível de perfis genéticos obtidos vestígios, em contraposição à inclusão criteriosa de perfis de referência⁴.

A seguir, revisamos algumas destas pesquisas.

⁴ Forensic Genetics Policy Initiative (2018). Establishing Best Practices for Forensic DNA databases. Disponível em <http://dnapolicyinitiative.org/wp-content/uploads/2017/08/BestPractice-Report-plus-cover-final.pdf> Acesso em 08 de fevereiro de 2019.

1.1 Expansão dos critérios de inclusão de perfis genéticos sob a justificativa da eficiência dos bancos de DNA forense

O processo de expansão e flexibilização dos critérios de inclusão de perfis genéticos nos bancos criminais tem sido observado em praticamente todos os países que introduziram esta biotecnologia em seus respectivos cenários técnico-legais. Em todos estes o processo foi recebido com críticas, em alguns casos estas foram seguidas de reformulações legislativas posteriores. O caso mais célebre de reformulação legislativa do processo de expansão dos critérios de inclusão aconteceu no país cujo banco nacional de DNA tem sido apontado como referência para o mundo todo, o Reino Unido.

Até 2008, o Reino Unido permitia às forças policiais coletar e manter armazenados perfis genéticos de crianças que sequer tenham sido processadas criminalmente e de pessoas cujas acusações foram retiradas ou inocentadas. Estes critérios, os mais amplos do mundo, fez com que pessoas passassem a exigir a retirada de seus perfis genéticos dos bancos. Diante de seguidas respostas negativas das autoridades judiciais, algumas foram às cortes superiores. O caso que gerou repercussão e modificações legislativas envolveu uma criança de 11 anos de idade e o senhor Marper. O menino S. e o senhor Marper, de 38 anos, foram ambos inocentados das acusações que geraram a coleta de DNA. Diante da recusa das autoridades judiciárias de autorizar a exclusão de seus perfis genéticos do banco, acionaram a Corte Européia de Direitos Humanos em 2001. Ao final do processo, em 2008, a Corte Européia deu ganho de causa aos dois e recomendou ao Reino Unido modificações legais e exclusão de milhares de perfis genéticos.

Como resultado desta recomendação da Corte Européia de Direitos Humanos, o Reino Unido aprovou reformas na legislação do *National DNA Database* (NDNAD) através do *Protection of Freedoms Act* de 2012. Nesta lei, critérios mais detalhados, embora ainda amplos, foram estabelecidos para inclusão obrigatória de perfis genéticos no NDNAD, para o processamento de amostras genéticas e, principalmente, revisão dos tempos de permanência dos perfis genéticos no NDNAD para menores de idade e para pessoas não condenadas pelos atos dos quais foram acusadas.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

O processo de revisão da legislação e dos critérios de inclusão no NDNAD, tido como o maior e mais eficiente banco de DNA do mundo, incentivou um processo de questionamento e investigação sobre as reais contribuições deste tipo de tecnologia para as estratégias e políticas de segurança pública no Reino Unido, bem como para a revisão sobre o balanço entre direitos individuais que seriam abdicados em nome do bem público de combate ao crime. O quanto reter perfis genéticos de crianças de 11 anos e de pessoas inocentes, ameaçado violar direitos e garantias acerca de suas informações genéticas, ajudaria a diminuir crimes naquele país?

Diante deste questionamento, a direção do NDNAD passou a destacar seu relatório anual que costuma apontar mais de 60% de chance de obtenção de uma "coincidência" (*match* ou *hit*) a cada novo perfil genético de um indivíduo inserido no NDNAD. No entanto, analistas começaram a se perguntar o que significa, de fato, uma destas coincidências. Estas questões começaram a ser reforçadas na medida em que o próprio relatório anual do NDNAD acaba por reconhecer os limites de uma correspondência (*match* ou *hit*) gerada através do banco de dados em relação às condenações. O relatório anual do NDNAD, ao se referir à taxa de condenação em casos que utilizaram as correspondências do banco de dados, afirma que não é possível manter esta medida, porque no Reino Unido uma pessoa não pode ser processada baseada exclusivamente na prova de DNA (NDNAD, 2015, p. 19). Este tipo de nuance entre "detecção de crime", "resolução de crime" e "prevenção de crime" através de banco de dados de DNA e sua eficiência e eficácia tem sido alvo de pesquisas apenas recentemente.

Em uma pesquisa realizada em 2010, a partir dos dados do banco de DNA do estado da Flórida nos Estados Unidos, um dos maiores daquele país, Avinash Bhati e Caterina Roman (2014) procuraram mapear os efeitos de dissuasão (*deterrence effect*) que os bancos de DNA poderiam produzir. De acordo com os autores, o impacto sobre um efeito dissuasor dos bancos de DNA é misto. Isto é, para alguns tipos de crimes, os autores conseguiram detectar uma diminuição na reincidência. Isto foi observado nos crimes contra o patrimônio (roubo e assalto), com uma estimativa de 2 a 3% de diminuição da reincidência. No entanto, os autores também observaram um aumento na reincidência para outros crimes na ordem de 20 a 30%. Diante das conclusões acerca dos dados do banco de



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DNA da Flórida, Bhati e Roman (2014) apontam para as dificuldades em construir modelos estatísticos e analíticos que sejam capazes de isolar o impacto dos bancos de DNA no comportamento de pessoas que sabem que têm seu perfil genético armazenado. Como saber se um criminoso deixou de reincidir por saber que seu perfil genético está armazenado em um banco de dados? Como isolar essa variável diante de tantas outras que podem orientar a prática delituosa? Isto é, como incluir nos modelos estatísticos e analíticos as variações relacionadas às organizações criminosas, influências familiares, religiosas ou situacionais diante de um comportamento que podem influenciar a prática delituosa reincidente tanto quanto, ou mais, que o banco de perfis genéticos?

O artigo de Bhati e Roman (2014) aborda de forma detalhada as dificuldades que tal tipo de pesquisa envolve. Para os autores, estas passam pela definição da reincidência, pela identificação dos motivos da reincidência ou não e, portanto, com a possibilidade de isolar o efeito dos bancos de dados em relação a outros fatores. Sobre a reincidência criminal no Brasil, Adorno e Bordini (1989, 1991) já chamavam a atenção para as dificuldades que a definição da reincidência pode trazer para a análise do problema. A pesquisa mais recente realizada no Brasil sobre o tema (IPEA, 2015) também chama a atenção para as diferentes formas de definição da reincidência. Nas concepções mais abrangentes, especialmente aquelas que usam os dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e acabam por definir reincidência como “passagem pelo sistema” de justiça criminal, que muitas vezes não envolve processo ou sentença condenatória, poderiam levar a números na ordem dos 70%. No entanto, estas definições amplas são difíceis de serem analisadas através de estatísticas. Assim, o recente estudo do IPEA parte do conceito de “reincidência legal”, definido como uma nova sentença ocorrida até cinco anos depois que uma sentença anterior tenha sido cumprida. Com essa definição, a amostra pesquisada apresentou uma taxa de reincidência legal de 24,4%.

Jeniffer Doleac (2016) está entre as analistas que também se debruçaram sobre o tema. Diferentemente de Bhati e Roman, Doleac identifica um efeito dissuasor e redução em todos os tipos de crimes que analisa e os relaciona ao aumento da quantidade de perfis genéticos armazenados nos bancos. Para a autora, a cada 10% de aumento na quantidade de perfis genéticos armazenados tenderia a se observar uma redução de 5.2% nos



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

assassinatos, 5.5% em estupros, 3.7% em assaltos e 8.8% em roubo de veículos. As conclusões de Doleac (2016) vão ao encontro daquilo que vem sendo esperado dos bancos de DNA desde sua criação e expansão. No entanto, como Mankwaa e McCartney (2019) demonstraram recentemente, os estudos de Doleac apresentam como resultados estimativas. Sem retirar a legitimidade e importância de suas pesquisas, é preciso situar precisamente o que Doleac pode nos dizer. As estimativas de Doleac estão entre os raros resultados que apontam significativos impactos na redução de crimes. Todas as outras pesquisas revisadas por Mankwaa e McCartney apontam uma contribuição muito menor e restrita a crimes mais graves, como estupros, que é amplamente considerado o crime no qual a genética forense e os bancos de dados têm maior contribuição a dar ao conjunto de técnicas investigativas e forenses.

Diante destes resultados iniciais, isto é, de que os bancos de DNA teriam contribuições a dar para a segurança pública na dissuasão de crimes sexuais, um outro conjunto de pesquisas se dedica a comparar os impactos e eficiência de bancos mais "expansivos", com critérios mais amplos de inclusão de perfis genéticos nos arquivos, e mais "restritos". Será que bancos mais expansivos realmente ajudam a detectar e resolver mais crimes, tendo como efeito a diminuição dos índices de violência?

Este é o caso da pesquisa desenvolvida por Santos, Machado e Silva (2013) na qual comparam a legislação e a performance de vinte e dois bancos nacionais de DNA europeus. A partir de um conceito de "coeficiente de performance" dos bancos de DNA, uma razão entre o número de perfis genéticos de cenas de crime e de indivíduos e as correspondências ocorridas entre eles, os autores concluíram que o tamanho das bases de dados não corresponde à sua eficiência. O exemplo mais saliente é a comparação entre o banco de dados britânico e o banco de dados sueco. O banco britânico é caracterizado por possuir uma quantidade muito maior de perfis genéticos de indivíduos do que de perfis coletados em locais de crime, em grande medida devido a amplos critérios de inclusão que permitem que qualquer pessoa possa ter seu perfil armazenado. O banco sueco, ao contrário, além de ter uma quantidade total de perfis muito menor, possui mais perfis de cenas de crime armazenados em relação aos perfis de indivíduos. A comparação dos coeficientes de performance entre os dois bancos aponta para um resultado muito próximo entre eles, 0.31



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

para o banco britânico e 0.30 para o banco sueco. A conclusão dos autores é que a estratégia de aumentar a inclusão indiscriminada de pessoas nos bancos de DNA não traduz uma melhor estratégia do que aquela de incluir menos perfis genéticos de pessoas suspeitas e mais perfis genéticos obtidos nas cenas de crime.

Apesar da diversidade de resultados obtidos através de metodologias também diversas, as pesquisas científicas disponíveis até o momento concluem que há necessidade de aprimoramento de estudos que procuram estabelecer uma relação entre os bancos de DNA, seu tamanho, tipos de perfis genéticos coletados e os efeitos sobre a reincidência e diminuição das taxas de crime. Este debate está, portanto, em aberto e especialistas de diferentes áreas vêm tentando encontrar métodos para analisar distintos modos de construção de bancos de DNA para fins de investigação criminal.

Diante dos resultados das pesquisas científicas disponíveis, não há ainda evidências que justifiquem a expansão dos critérios de inclusão obrigatória de perfis genéticos nos bancos de dados para pessoas condenadas por crimes dolosos. Esta tipificação tem como característica uma ampla gama de contravenções e crimes que, por vezes, não guardam qualquer relação com as possíveis e importantes contribuições que a genética forense pode dar às investigações criminais e políticas de segurança pública.

1.2 Diante da falta de evidências sobre eficiência, aumenta o risco de desequilibrar o balanço entre direitos individuais e o poder estatal

Diante das incipientes investigações científicas acerca da eficiência e eficácia dos bancos de DNA para investigações criminais e segurança pública, o tema deve ser abordado com cautela. Não temos ainda modelos estatísticos e analíticos consensuais sobre como apreender e quantificar de forma precisa os reais benefícios da tecnologia de bancos de DNA para a segurança pública e diminuição de crimes para além de sua contribuição em casos pontuais de crimes específicos, que obviamente não pode ser negada. Dessa forma, qualquer expansão dos critérios de coleta obrigatória de DNA deve ser cuidadosamente



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

debatida. No caso do Brasil, a Lei 12.654/12 estabeleceu regulamentação do uso desta tecnologia seguindo um modelo "restrito" de regime legal para coleta obrigatória. Apenas as pessoas condenadas por crimes mais graves seriam submetidas à coleta obrigatória de seu DNA para ter o perfil genético incluído no BNPG.

Mesmo restrito, este critério passou a ser objeto de discussão constitucional no Supremo Tribunal Federal a partir da RE 973.837, tendo em vista as garantias constitucionais da nãoo autoincriminação e presunção de inocência. A Corte atribuiu repercussão geral ao recurso extraordinário em maio de 2016, e ainda está por se pronunciar acerca da adequação constitucional do critério anteriormente estabelecido pela lei 12.654/12. Portanto, a Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a constitucionalidade da lei cujo alcance agora se pretende ampliar.

Diante deste fato, a iniciativa do Poder Executivo se revela problemática, ao tentar contornar os debates no Supremo Tribunal Federal. A proposta de expansão do critério de coleta obrigatória de DNA para todas as pessoas condenadas por crime doloso instaura, assim, preocupante atropelo do debate, podendo, inclusive, estabelecer insegurança jurídica na medida em que o STF ainda está discutindo a adequação constitucional do critério mais restrito do que este proposto por este Projeto de Lei 882/2019. Ora, se o STF decidir pela inconstitucionalidade, então todo o investimento nessa expansão cairá por terra.



2. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE CONDENADOS NOS BPGIC ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

LEP - LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI 8.072/90)	
REDAÇÃO ATUAL	REDAÇÃO PROPOSTA
<p><u>Art. 9º-A.</u> Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 10 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.</p>	<p>Art. 9º-A. Os condenados por crimes dolosos, mesmo antes do trânsito em julgado, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.</p>

Para além das problemáticas envolvidas em se adiantar os efeitos da sentença para antes do trânsito em julgado que vem sendo discutidas em relação a outros pontos do Pacote "Anticrime", a possibilidade da inclusão de condenados nos Bancos de Perfis Genéticos antes do trânsito em julgado nos parece **contraproducente**, violadora de técnica legislativa e refletir **negligência em relação a uma cultura de proteção de dados**.

Contraproducente porque esse tipo de medida implica na movimentação de pessoal e no emprego de recursos para a coleta do material biológico, extração do perfil genético e inclusão nos bancos de perfis genéticos que envolve gastos e tempo. É possível, por exemplo, que determinado condenado em primeira instância tenha a sua sentença reformada mesmo antes de o seu perfil genético ser incluído nos bancos e todo o investimento e esforço da polícia investigativa em coletar e armazenar a amostra terá sido em vão.

É de conhecimento geral, no universo da perícia e investigação criminal, a dramática situação de *backlogs* de amostras a serem analisadas nos laboratórios, diante da falta de pessoal suficiente para atender a demanda. O número de amostras analisadas só



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

crece à medida que a prova de identificação genética é cada vez mais solicitada, enquanto os investimentos na ampliação da capacidade de análises são tímidos ou inexistentes, a depender do estado brasileiro.

Ainda que assim não fosse, é preciso refletir sobre qual a utilidade e adequação de empregar essa medida antes da sentença transitada em julgado. Ora, se é preciso fazer uma análise de **proporcionalidade** para incluir dados genéticos no *software* da polícia quando uma pessoa já foi condenada em definitivo, quando isso acontece antes do trânsito em julgado, ou seja, quando essa ainda está acobertada pelo princípio constitucional da presunção de inocência, essa análise precisa ser ainda mais cuidadosa.

Nesse sentido, a hipótese de coleta coercitiva na investigação criminal (prevista na Lei de Identificação Criminal) passaria a se confundir com a hipótese da coleta de condenados (prevista na Lei de Execução Penal), violando a técnica legislativa. As duas hipóteses não diferem por acaso. Enquanto no primeiro caso – no curso da investigação - o indivíduo ainda goza da incidência do princípio constitucional da presunção de inocência (e, por isso, a determinação da coleta deve acontecer de maneira casuística e justificada por decisão judicial), no segundo, como efeito da condenação, se procede a coleta de maneira automática, independente de qualquer análise de proporcionalidade ou adequação ao caso concreto.

A necessidade de uma decisão judicial a lastrear a coleta coercitiva de suspeitos está de acordo com as melhores práticas em genética forense e está prevista em diversas legislações estrangeiras. A ideia é de que deve haver um sopesamento casuístico entre a necessidade de coletar o DNA e incluí-lo nas investigações com os riscos de violação de direito que esse acesso ao material genético implica.

Países como o Canadá, Coreia, Alemanha, Holanda e Austrália também condicionam a coleta coercitiva de suspeitos à decisão judicial e, por isso, suas legislações foram reconhecidas como com as melhores práticas nesse aspecto pelo relatório da *Forensic*



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

*Genetics Policy Initiative*⁵. Isso porque existem riscos ao se gerar e armazenar esse tipo de dado.

Entre especialistas em proteção de dados, a expressão “tudo que é digital é vulnerável”, é uma máxima. Organizações comprometidas com a proteção de dados são aquelas que tem a consciência de que seria impossível garantir que incidentes não aconteçam e que empregam recursos e pessoal para minimizar as chances de ocorrências negativas e para oferecer garantias de que, acontecendo incidentes com os dados, seus impactos sejam menores.

Entre os incidentes, estão aqueles que podem culminar na discriminação genética de indivíduos a partir de suas informações genéticas - como inúmeros casos relatados na literatura internacional⁶ -, bem como aqueles de empresas que pretendem explorar os dados em seus modelos de negócio⁷ ou mesmo o vazamento de informações de alto impacto sobre indivíduos e seus familiares, que podem gerar implicações bioéticas delicadas⁸.

Uma organização comprometida com a proteção de dados está constantemente pesquisando e implementando ferramentas de mitigação de riscos e promovendo uma cultura de proteção de dados (que envolvem tecnologias adequadas, contratos e regulações que ofereçam garantias e contínuo treinamento de pessoal). Pelo mesmo motivo, **discursos** no sentido de que “**estamos tranquilos em relação a proteção de nossos dados**” ou “está previsto na norma tal que os dados são sigilosos” **denunciam, por si só, a ignorância e**

5 Forensic Genetics Policy Initiative (2017). *Establishing Best Practice for Forensic DNA Databases*. Disponível em <http://dnapolicyinitiative.org/report/> Acesso em 27 de maio de 2019.

6 Geller, L. et al. Individual, Family and societal dimensions of genetic discrimination: a case study analysis. In: Alper, J et al. (Eds). *The double edge Helix: social implications of genetics in a diverse Society*. 2010.

7 Na Inglaterra, novas medidas de proteção de dados precisaram ser implementadas depois que se descobriu que pelo menos um laboratório privado vinha copiando todos os dados genéticos dos bancos de perfis genéticos público para sua base de dados privada. Ver Louzada (2016). STF os Bancos de Perfis Genéticos para investigação criminal. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/supremo-e-os-bancos-de-perfis-geneticos-para-investigacao-criminal-11072016 Acesso em 28 de maio de 2019.

8 No relatório da organização americana *Council for Responsible Genetics* sobre testes genéticos de ancestralidade são apresentadas algumas das problemáticas éticas envolvendo informações genéticas, no sentido de que, se reveladas, podem “perturbar as famílias, gerar aflição emocional e até mesmo afetar o bem-estar financeiro” Disponível em <http://www.councilforresponsiblegenetics.org/img/Ancestry-DNA-Testing-and-Privacy-Guide.pdf> Acesso em 28 de maio de 2019.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

negligência de uma organização em relação aos enormes problemas que envolvem **incidentes com dados pessoais**. Mais ainda, com dados pessoais sensíveis, como os dados genéticos (art. 5º, II, LGPD).

Em relação a esse aspecto, não é demais lembrar que apesar de ser armazenado apenas o perfil genético que, a princípio, não revela informações fenotípicas a respeito de seus titulares, todo o material biológico precisa ser acessado para extraí-lo. **Sem garantias de proteção dos dados e sem o estabelecimento de punições claras para quem quer que viole os limites de acesso às informações genéticas, defender a tese de que acessar o perfil genético é seguro seria, no mínimo, ingenuidade.**

Isso em um cenário em que vivenciamos uma grave anomia legislativa em relação à proteção de dados em casos de investigação criminal e repressão de infrações penais. Segundo a recém aprovada Lei Geral de Proteção de Dados, que passará a vigor no próximo ano, esses casos deverão contar com uma legislação específica⁹ (art. 4º, § 1º). Isso não afasta, no entanto, o dever de observância dos princípios e direitos da LGPD nas ocasiões de investigação e repressão penal, que são diretamente aplicáveis a esses casos.

Nesse sentido, o adiantamento dos efeitos da sentença está na contramão dos princípios da finalidade, adequação, necessidade, segurança e prevenção previstos no art. 6º da LGPD¹⁰, na medida em que antecipa a catalogação genética de maneira desproporcional, ou seja: **adiantam-se os riscos e problemáticas envolvidos no tratamento desses dados sensíveis sem uma contrapartida razoável.**

9 Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

(...) III - realizado para fins exclusivos de:

(...) d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

§ 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por **legislação específica**, que **deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.**

10 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - **finalidade**: realização do tratamento para **propósitos legítimos, específicos, explícitos** e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - **adequação**: **compatibilidade do tratamento com as finalidades** informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - **necessidade**: **limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades**, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; (...) VII - **segurança**: utilização de **medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas** de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - **prevenção**: adoção de medidas para **prevenir a ocorrência de danos** em virtude do tratamento de dados pessoais; (...)



3. AUTOMATIZAÇÃO DA COLETA DE PERFIS GENÉTICOS DE PRESOS ASSIM QUE DEREM ENTRADA NO SISTEMA PRISIONAL

LEP - LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI 8.072/90)	
REDAÇÃO ATUAL	REDAÇÃO PROPOSTA
<p><u>Art. 9º-A.</u> Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 10 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.</p>	<p>Art. 9º-A. Os condenados por crimes dolosos, mesmo sem trânsito em julgado, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor, quando do ingresso no estabelecimento prisional.</p>

A alteração do artigo 9º-A da LEP também inclui a automatização da coleta de condenados presos, assim que ingressarem no sistema prisional. Nesse aspecto, a lei atual vinha enfrentando algumas dificuldades de "pegar", tendo em vista a necessidade de articulação entre a polícia científica (responsável pelas coletas) e o sistema prisional para a coleta de material genético dos presos que se encaixavam nos critérios legais. A polícia investigativa deveria ser demandada a fazer a coleta ou deveriam ter a iniciativa de buscar acesso aos presos dentro dos critérios legais para coletar?

Dessa forma, em alguns estados houve uma articulação e passou a haver a coleta de DNA em massa, em outros não. O estado do Rio de Janeiro, por exemplo, ainda não conta com nenhum perfil genético de preso incluído nos bancos¹¹. A alteração proposta traz

¹¹ A primeira coleta em massa de material biológico de presos em presídios fluminenses aconteceu no dia 15 de maio de 2019, no presídio Evaristo de Moraes, quando 221 detentos foram obrigados a abrir a boca e permitir a raspagem do interior de suas bochechas com uma espécie de cotonete chamada de suabe. Não temos informações de como as coletas foram conduzidas (que tipo de informações foram fornecidas aos presos, se esses estavam ou não algemados, se as coletas foram acompanhadas por defensores públicos ou advogados particulares, se algum preso se manifestou contrário ao procedimento etc.).



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

uma política mais clara para todo mundo que der entrada no sistema prisional, na medida em que determina o momento da coleta.

Consideramos essa alteração positiva, desde que os crimes dolosos que justifiquem a coleta sejam selecionados após amplo debate público baseado em argumentos científicos, de maneira que o combate àquele tipo penal especificamente guarde uma relação de proporcionalidade *lato sensu* com a inclusão do perfil genético nos bancos, além de outras medidas que serão adiante tratadas a respeito do momento da coleta, como o acompanhamento por um advogado ou defensor público, os esclarecimentos a serem fornecidos, etc.



4. FLEXIBILIZAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DA COLETA E IMPOSIÇÃO DE PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA PARA O CASO DE RECUSA

LEP - LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEI 8.072/90)	
REDAÇÃO ATUAL	REDAÇÃO PROPOSTA
Sem correspondência	Art. 9º-A. § 4º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Segundo a proposta prevista no PLL 882, existirá uma consequência administrativa para os casos de recusa na coleta de DNA, sendo considerados falta grave¹². Essa flexibilização da obrigatoriedade da coleta se dá como uma tentativa de contornar o imbróglio jurídico presente desde o processo legislativo em relação ao direito de não se autoincriminar e que hoje aguarda posicionamento do STF no Recurso Extraordinário 973.837 a ser julgado com repercussão geral.

Com a aprovação do PL, o preso persistirá apenas formalmente com o seu direito de não autoincriminação. Na prática, deixará de exercê-lo, já que o cômputo de uma falta grave poderá fazê-lo perder a possibilidade de progredir de regime, por exemplo. Além disso, para os presos em regime aberto, esses poderão perder o direito de deixar a prisão se recusarem a coleta.

Aliás, a Defensoria Pública de Minas Gerais vem denunciando nos autos do RE 973.837 que diversos magistrados mineiros vêm impedindo que presidiários em regime semiaberto deixem a prisão enquanto não permitirem a coleta de seu DNA, de maneira absolutamente ilegal e inconstitucional. A aprovação da proposta prevista nesse projeto de lei só irá legalizar essa prática violadora de direitos, que persistirá inconstitucional.

12 Vale registrar que os casos em que os suspeitos negam a fornecer o material genético não foram abordados e a situação continuaria sem previsão legal. Essa negativa será interpretada em seu desfavor, como acontece nos casos de investigação de paternidade? É importante lembrar que o RE 973837 que discute a questão no STF, também avalia apenas os casos de negativa de condenados, e não de investigados. Nesse sentido, a proposta de alteração parece mais uma resposta à discussão que acontece no Supremo.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

O **direito de não autoincriminação** possui raízes na história brasileira, buscando proteger o indivíduo dos excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o “resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar nas investigações e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações”. Embora seja um direito humano negativo do indivíduo em face do Estado (em que a obrigação do Estado é se abster) está incluído também no direito à defesa e ao devido processo legal. Nesse sentido, trata-se de uma ferramenta de interesse público, “para o exercício correto e adequado da jurisdição”¹³.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal possui uma jurisprudência pacífica e consistente no sentido de que pessoas não podem ser obrigadas a colaborar com a prova que vá incriminá-las. Da mesma forma, sua jurisprudência indica que o princípio constitucional da intimidade deve ser respeitado, de forma que o material biológico de uma pessoa só pode ser acessado pela polícia depois que não integre mais o corpo do investigado, como nos casos da cantora Glória Trevi (em que o material biológico de sua placenta foi analisado após o parto) ou de bebê sequestrado em Goiânia, cujo teste de paternidade foi realizado muitos anos depois através do material biológico de bituca de cigarro descartada¹⁴.

Tendo isso em conta, sabemos que nenhum direito fundamental é absoluto. Ora, os cidadãos têm o direito de não se autoincriminarem, mas a sociedade também clama por segurança pública e é dever do Estado prover tudo o quanto possível para proporcioná-la. Nesse sentido, acreditamos ser possível e necessário avaliar, diante da tecnologia de identificação genética, se o direito a não autoincriminação deveria ceder espaço diante da necessidade do estado de investigar e punir para distribuir justiça. Uma ponderação de garantias constitucionais, no entanto, não é uma atividade simples. É preciso ter em conta, a todo momento, a medida exata de cada direito que precisa ser relativizada, ao mesmo

13 Queijo, Maria Elizabeth (2003). O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nem tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva. São Paulo – SP.

14 Louzada (2015). Bancos de Perfis Genéticos para fins de investigação criminal: reflexões sobre a regulamentação no Brasil. Dissertação de Mestrado. Programa de PósGraduação em Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade Federal Fluminense – UFF. Niterói, Rio de Janeiro – RJ.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

tempo que é necessário garantir de que o direito em contraposição não seja suprimido em sua totalidade. Nas palavras de Maria Elizabeth Queijo¹⁵,

Como direito fundamental, eventuais restrições à sua incidência têm caráter excepcional, poderão ser reguladas exclusivamente por lei, respeitado seu conteúdo. E deverão atender aos princípios da proporcionalidade, ou seja, é mister que sejam observadas a adequação, a necessidade e a razoabilidade da medida adotada.

É nesse sentido que defendemos que a opção do PL 882 em contornar os debates que vem ocorrendo na corte constitucional não seja saudável para uma sociedade democrática em que as garantias constitucionais desempenham um papel tão importante. É necessário que o Supremo enfrente a questão, partindo de sua jurisprudência atual e atualizando o seu entendimento à nova realidade tecnológica que pode, sim, trazer muitos benefícios para a investigação criminal.

Por outro lado, assegurar essa relativização no atual estado da regulação seria legitimar um “estado de coisas inconstitucional”¹⁶. Isso porque a legislação, desrespeitando os critérios de adequação, necessidade e razoabilidade acima mencionados, não oferece quaisquer garantias aos titulares de dados genéticos catalogados, nem ao menos de que não serão indevidamente responsabilizados por um material biológico contaminado ou por seu DNA estar em um local como “DNA de background”, mas ser interpretado como vestígio da cena de crime¹⁷.

Ora, ou o ordenamento jurídico brasileiro decide ressignificar o princípio da presunção de inocência, através de amplo debate público e da jurisprudência do STF ou estará fugindo de forma antidemocrática a um debate necessário, que também não está acontecendo nos autos do PL, ao menos em relação aos bancos de perfis genéticos. Para

15 Queijo, Maria Elizabeth (2003). O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nem tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva. São Paulo – SP.

16 Utilizamos aqui a expressão com o significado atribuído a ela na na ADPF 347, em discussão no Supremo Tribunal Federal. A ação defende que diante de um cenário de constantes violações de direitos, uma norma legal pode se tornar inconstitucional. Nesse sentido, não se poderia mais usar essa norma coercitivamente, já que ela não garante direitos mínimos.

17 Para mais informações sobre isso, ver o excelente material de disseminação científica da rede de especialistas em genética forense europeia EUROFORGEN. Making sense of Forensic Genetics. Disponível em <https://senseaboutscience.org/activities/making-sense-of-forensic-genetics/> Acesso em 28 de maio de 2019.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

isso, devem ser estabelecidas as condições mínimas em que ponderar o direito a autoincriminação seja legítimo: determinando que o material biológico seja imediatamente descartado, que os dados sejam dissociados, que a cadeia de custódia desde a coleta de vestígios na cena do crime seja íntegra, que eventuais pessoas que violem o sigilo das informações sejam punidas, entre tantas outras condições para que essa identificação seja correta e atue mais no sentido de promover direitos fundamentais do que de violá-los.

Reconhecer a oposição a coleta como falta grave configura em verdadeiro abandono do compromisso assumido com os diversos países que assinaram o Pacto de San José da Costa Rica. A Clínica de Direitos Humanos da UFPR acredita ser imprescindível enfrentar o debate e fazer as escolhas que precisamos fazer como sociedade. O que não pode acontecer é tentar dar um “jeitinho brasileiro”, no pior sentido da expressão, para escapar dos debates públicos, afirmando manter o respeito à presunção de inocência enquanto retira dela todo o seu conteúdo material e sua viabilidade prática.

Nesse sentido, a tentativa de contornar os debates que vem acontecendo no STF sobre a constitucionalidade da obrigatoriedade das coletas não resolverá os problemas jurídicos e bioéticos que essa medida levanta, que precisam ser enfrentados com amplo debate público que conte com a participação de diversos setores sociais.

Apesar de enfrentar diversas limitações enquanto ferramenta de promoção de debates públicos e da incapacidade do Judiciário de legislar, o debate que vem acontecendo no STF contou com audiências públicas e a participação de diversos *amici curiae*. Contornar esse debate, na tentativa de fugir ao enfrentamento de questão tão importante, consiste em medida absolutamente antidemocrática e antirrepublicana.

Nos autos do RE 973.837, por exemplo, já está em debate uma outra alternativa para a coleta coercitiva, que também pode ser problemática, mas que deve ser enfrentada: ao invés de obrigar o condenado a abrir a boca através de coerção física, se pode realizar busca e apreensão de material biológico seu, respaldada por decisão judicial. Nesse sentido, se poderia coletar a sua escova de dentes, por exemplo, buscando extrair dali o seu material biológico. Em princípio, essa alternativa estaria em conformidade com o direito à intimidade como interpretado pela atual jurisprudência do STF e não violaria diretamente o direito de não produzir provas contra si mesmo.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

As possíveis problemáticas em relação a essa medida alternativa dizem respeito, entre outras coisas, a (i) a aspectos técnicos de garantias de uma cadeia de custódia íntegra, na medida em que pode ser difícil individualizar o material biológico do preso ou investigado, especialmente quando esse morar com outras pessoas e compartilhar objetos pessoais íntimos; (ii) a própria estrutura das perícias, especialmente as estaduais, que carecem de recursos, pessoal treinado e protocolos, bem como a própria polícia militar, a quem muitas vezes incumbe resguardar as amostras biológicas até que a polícia investigativa chegue; (iii) o aumento da vigilância genética sobre os cidadãos, ao extrapolar o ambiente da cena do crime para realizar a identificação genética, adentrando, na maioria das vezes, em espaços ocupados por outras pessoas que nada tem a ver com um fato criminoso e cujo material biológico pode acabar por colocá-las no meio de uma investigação criminal.

Nesse sentido, apenas diante de um amplo debate público transdisciplinar e democrático se poderia rever o posicionamento do STF diante da necessidade de incremento nas investigações criminais. Esse debate, embora não tão amplo quanto necessário, já vem ocorrendo nos autos do RE 973.837, no Supremo Tribunal Federal, com a participação de *amici curiae* e a promoção de audiências públicas e não pode ser contornado por um projeto de lei apressado que não está dialogando com a sociedade civil.

O avanço das novas tecnologias e, em especial, das biotecnologias, só será legítimo quando essas tecnologias refletirem não apenas os regramentos do Direito mas o resultado dos compromissos éticos assumidos pela sociedade diante de dilemas bioéticos como o que se coleta com a obrigatoriedade da coleta de DNA. Isso só pode acontecer a partir de diálogos qualificados que envolvam o maior número de atores possível.

Esse tipo de garantia constitucional, incorporada no Brasil após o país assinar o Pacto de San José de Costa Rica, não pode ser contornado por um projeto de lei apressado que não está dialogando com a sociedade civil e toda a academia que possui qualificadas pesquisas na área.

5. PROPOSTAS CONTRADITÓRIAS EM RELAÇÃO A PROTEÇÃO DE DADOS

Denunciando a falta de técnica legislativa e de diálogo com a sociedade civil e com especialistas na temática dos bancos de perfis genéticos e proteção de dados, o projeto de lei traz propostas contraditórias em relação a proteção de dados.

Automatização da exclusão de perfis genéticos de pessoas declaradas inocentes

Se por um lado o anteprojeto prevê a necessária exclusão automática dos perfis genéticos de pessoas absolvidas, **medida básica e importantíssima para a proteção de dados genéticos de pessoas declaradas inocentes** e ainda inexistente na regulação atual, por outro, perde a oportunidade de estabelecer outras medidas similares, igualmente necessárias, como: determinar a exclusão de todas as outras bases de dados relacionadas, com quem as informações dos bancos de perfis genéticos foram compartilhadas; determinar a exclusão imediata dos perfis genéticos nos casos de investigados, quando o inquérito policial for arquivado; determinar a exclusão imediata de perfis genéticos em casos de processos extintos ou arquivados sem a condenação ou absolvição.

Estabelecimento de prazo comum de armazenamento por 20 anos após o cumprimento da pena

Ademais, condiciona a exclusão do perfil genético a requerimento e apenas após o prazo fixo de 20 anos do cumprimento da pena, o que nos parece excessivamente longo e ainda pior do que o prazo previsto na lei atual, que é o da prescrição do crime. Segundo as melhores regulações em proteção de dados e os próprios princípios estabelecidos na recém aprovada Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD), aplicáveis aos BPGIC, o tratamento de dados deve respeitar os princípios da finalidade, adequação, necessidade e mesmo o de prevenção.

6. PONTOS QUE PRECISAM CONSTAR EM UMA BOA REFORMA NA REGULAÇÃO DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS

Para além da crítica à reforma que o ministro da propos, está a reforma que não foi proposta. Pesquisas transdisciplinares vem sendo desenvolvidas no Brasil desde a tramitação do processo legislativo e diversas vozes também vem se manifestando como *amicus curiae* no RE 973.837 que ultrapassam a discussão estritamente jurídica e objetiva da não autoincriminação. Entre as questões que precisam ser consideradas em uma boa reforma estão:

- (i) o **alto custo da tecnologia** e a relação de custo benefício com as reais possibilidades de melhoria para a segurança pública;
- (ii) a **integridade da cadeia de custódia**, que envolve a necessidade do estabelecimento de garantias em lei *stricto sensu*, proporcionando **segurança jurídica**. Sabe-se que a situação das perícias no Brasil está aquém do aceitável e que o contexto atual não garante sequer que haja integridade na primeira etapa dessa cadeia, que é o isolamento do local e a coleta de vestígios na cena do crime;
- (iii) uma boa **governança** para os bancos de perfis genéticos, que atenda aos critérios de independência financeira, autonomia e pluriparticipação, bem como a necessidade de transparência na sua gestão;
- (iv) uma política de **prevenção e gestão de erros**;
- (v) a garantia de uma boa interpretação de evidências e de boa comunicação entre peritos e os profissionais do direito, para que a prova de DNA não seja erroneamente interpretada pelos operadores de direito;
- (vi) aspectos relacionados à **segurança da informação**;
- (vii) aspectos relacionados à **proteção de dados**;
- (viii) a **paridade das armas** no processo penal e que medidas precisam ser tomadas para que a tecnologia da identificação genética possa ser usada pela defesa para inocentar o réu. Medidas como a documentação de tudo que acontece na cadeia de custódia permitem o contraditório diferido;



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

(ix) **considerações bioéticas** sobre a coleta coercitiva e possíveis medidas de mitigação de riscos e de redução de violação de direitos;

Entre as garantias de direito necessárias, estão: a necessidade de o indivíduo compreender o que está sendo feito no ato da coleta e as possíveis consequências desse ato, bem como seu direito de oposição; o acesso a essa tecnologia por quem quer se defender de acusações baseadas ou não no DNA - baseado no princípio bioético da beneficência, o que envolve tanto a possibilidade de acessá-la sem custos como a necessidade de documentação de todos os atos da cadeia de custódia (rastreabilidade); a não violabilidade dos corpos e da intimidade das pessoas submetidas a coleta; a proteção de dados genéticos, e; a prevenção de vieses discriminatórios no emprego da tecnologia, especialmente àqueles relacionados à raça.

Em relação a alguns desses aspectos, ainda é necessário aprofundar o debate. Para diversos outros, há discussões maduras e legitimadas pela experiência internacional que foram desconsideradas na proposta de Moro. No que tange à garantia de direitos e, mais especificamente, à proteção de dados, por exemplo, é bem estabelecida a necessidade de que a lei determine a obrigatoriedade do correto e imediato descarte da amostra biológica após a identificação do perfil genético, a fim de evitar que a região codificante do DNA seja acessada e que informações recebam tratamento ilegal, bem como o estabelecimento de consequências claras para quem viole a proteção de dados. Também é consolidada a necessidade de previsão de consequências claras para quem viole a proteção dos dados, o que ainda não existe na lei.



CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que os bancos de perfis genéticos têm muito a contribuir para com a investigação criminal, mas isso depende de um bom desenho regulatório e de governança para que a tecnologia alcance os seus propósitos e não venha a gerar injustiças.

Apesar de o PL apresentado não corresponder às propostas necessárias, o processo legislativo ainda representa uma oportunidade de ampliação e aprofundamento do debate. Para que isso aconteça da maneira mais adequada a **Clínica de Direitos Humanos da UFPR sugere que haja um substitutivo para o PL 882/2019 que enderece as questões aqui tratadas.**

Sugere também que sejam realizadas outras audiências públicas que possam discutir os aspectos que precisam constar na regulação dos bancos de perfis genéticos. Superando a dicotomia entre segurança pública e garantia de direitos, as audiências devem enfrentar as questões cruciais para uma boa regulação dos bancos, de maneira que esses sejam viabilizados sem, no entanto, violar garantias fundamentais.

Curitiba, 29 de maio de 2019.

Taysa Schiocchet

OAB/PR 80.232

Luiza Louzada

OAB/RJ 162.855

Vitor Ritcher

Antropólogo e pesquisador