

Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?

Maria Auxiliadora Minahim

No dia 28 de maio, a presidenta da República sancionou a Lei 12.654 que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, alterando, para tanto, as Leis nos 12.037, Lei de Identificação Criminal e Lei 7.210, Lei de Execução Penal. O novo texto legal, além de autorizar a coleta de material genético, disciplina o funcionamento dos Biobancos, local nos quais as amostras ficarão armazenadas, realçando o sigilo sobre os dados depositados e as consequências para sua violação. Prevê, ademais, as situações nas quais será possível colher de ADN dos suspeitos e condenados.

A redação empregada pelo legislador amortece a magnitude das questões que são ínsitas ao uso da técnica já que preferiu referir-se à alteração de artigos de outras leis, dentre as quais a que permite a identificação criminal dos que são civilmente identificados, ao enfrentamento direto do tema, dispondo, explicitamente, sobre a possibilidade de realização deste procedimento no sistema criminal brasileiro. Com isto, quis superar, talvez, polêmicas sobre o assunto uma vez que o uso de ADN ainda enfrenta muitas resistências, das quais algumas ainda merecem acolhida.

É bem verdade que certos receios dizem respeito ao desconhecimento da técnica, o que inclui a idéia de que o material genético armazenado contenha dados que revelem aspectos somáticos ou comportamentais das pessoas. Em vista da dimensão que vêm ganhando a neurocriminologia e a neurogenética, teme-se que o ADN recolhido possa ser utilizado com o fim de estabelecer novas correlações entre crime e estrutura genética, criando vínculos entre etnia, sexo e outros dados físicos e desvios comportamentais. Ocorre, todavia que a parte do ADN usada para obter a impressão genética é considerada imprestável para qualquer outro fim, por isto considerada não-codificante já que não traz informação alguma sobre uma pessoa além daquela necessária para a identificação humana. Os marcadores selecionados são os microssatélites (STRs, *short tandem repeats*), exatamente em razão de sua propriedade, isto é, de conterem formas (alelos) variáveis, que mudam de um para outro indivíduo. A análise dessas formas e de sua frequência entre as amostras permite a identificação genética. À luz dessa informação, pretende-se ter superado as objeções sobre o uso de ADN na prática criminal forense embora

alguns cientistas tenham posições divergentes quanto à neutralidade dos marcadores.

É importante, de logo, observar que os microssatelites são extraídos de amostras de tecidos ou de secreções que contêm informações que podem afetar a intimidade da pessoa. É essencial, portanto que sejam previstos o descarte deste material e a forma como ele será feito com o objetivo de impedir seu uso posterior, por terceiros, para fins diversos daqueles autorizados ou impostos pela Lei. Não existe, todavia qualquer previsão nesse sentido, ao contrário do que faz a Lei 11.105, a respeito do descarte de organismos geneticamente modificados que constitui crime se feito em desacordo com orientação da CTNBIO.

O ponto central das incertezas e dificuldades na análise da Lei, no entanto, diz respeito ao fato de entender-se ou não o fornecimento de material genético como uma forma de identificação genética.

Se as amostras retiradas constituírem meio de prova, como tudo indica que o seja, estar-se-á, então, diante de uma franca violação do princípio inscrito no inciso LXVIII, artigo 5^o da Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio. Em respeito ao *nemo tenetur se detegere*, que literalmente, significa que ninguém é obrigado a se descobrir, ou melhor, ninguém tem o dever de produzir prova em seu desfavor, os tribunais brasileiros têm recusado o fornecimento de qualquer outro material capaz de possibilitar a identificação de um suspeito. Assim, tem ocorrido com padrões gráficos e também com padrões vocais solicitados para efeito de prova pericial que foram negados pelo supremo Tribunal Federal, entendendo-se que era direito dos acusados a recusa em fornecer material para exame que poderia lhes ser desfavorável.

No que tange ao direito a permanecer calado, o STF entendeu que ele poderia ser arguido por qualquer pessoa que prestasse depoimento, em qualquer das esferas do poder público. Com isto, tornou-se costumeiro presenciar, nas CPI's, depoentes convocados para prestar depoimentos que permanecem calados, frustrando qualquer expectativa de esclarecimento por esta via. Esta interpretação ampliativa, que estendeu a outros espaços o direito ao silêncio, além daquele no qual se desenrola o processo penal, fortaleceu, no país, sua autoridade.

Os avanços da genética possibilitaram, dentre muitas outras conquistas, neste meio tempo, a possibilidade de identificação de uma pessoa através de material genético. O processo já é utilizado em muitos países, e quase sempre de forma abusiva, mas também proporcionando o esclarecimento sobre a autoria de alguns crimes. Nos Estados Unidos, onde começou a ser usado desde a década de noventa, até o ano 2004, afirma-se ter sido possível realizar a identificação de 19000 suspeitos. As cifras são altas e quanto maior o número de amostras armazenadas, mais prestigiado pretende ser um Biobanco, embora algumas vezes isto signifique, como na Inglaterra, um estoque basicamente constituído por ADNs da população de raça negra (quarenta por cento contra apenas dez por cento de brancos), além de 210 mil amostras recolhidas de crianças.

O Brasil dava sinais notórios de adesão ao projeto já que dispunha de vasta estrutura montada à espera de instrumento legal que permitisse seu pleno funcionamento. Já em 2009, foi assinado termo de Compromisso com o FBI para uso do *software* CODIS (Combined ADN Index System), programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo mesmo órgão em parceria com 14 laboratórios especialistas em questões forenses. Os técnicos brasileiros foram treinados pelos americanos que também doaram o *software*. Todos estes preparativos eram feitos inobstante as garantias constitucionais.

Aprovada a Lei, surge, todavia interpretação que considera a coleta e comparação de material genético para efeito criminal como sendo apenas mais uma forma de identificação proporcionada pelo avanço científico. Desta forma, portanto lítica, e tão inócua, se se pode assim falar, como as fotografias e as impressões digitais. Assim, conforme dispõem a lei, 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, A possibilidade estaria assentada no art. 5º, inc. LVIII da Constituição Federal regulamentado pela Lei 12.037 de 2009, conforme já observado. Ocorre que este texto legal, independentemente dos acréscimos feitos pela lei 12.654, não foi aceito sem críticas seja pela imprecisão dos termos utilizados - a exemplo daquele empregado no inciso IV do artigo 3º que permite a dupla identificação quando esta for essencial às investigações policiais - seja pela obrigação imposta ao acusado de provar sua identificação.

Ainda assim, acrescentou-se a tais normas a possibilidade de identificação por ADN, não mais para afastar desconfianças com relação aos documentos apresentados, como estabelece a Lei 12037. Desta feita, a necessidade de coleta de mais um dado de identificação apóia-se não apenas na vaga formulação do inciso supra referido, mas também na natureza do crime praticado.

A grande questão é por que se incluiu entre os dados, que são elementos de identificação, este outro, já dispensável para este fim, mas muito importante para prova de autoria.

Para a identificação - processo que consiste na obtenção e registro dos dados que singularizam uma pessoa, tendo como fim a comprovação de sua identidade, existe todo um processo de levantamento de informações sobre a filiação, naturalidade, nacionalidade, dados do registro de nascimento e impressão digital. Não constitui identificação civil, por exemplo, a simples coleta da digital, nem tão pouco a pura fotografia; mas o conjunto de dados que possam tornar a pessoa reconhecível como sendo quem é. A coleta de digitais é feita para espancar dúvidas sobre a autenticidade das demais informações.

A identificação criminal do civilmente identificado só deve ocorrer em face das exceções abertas pela Lei 12.037, ou seja, para afastar incertezas diante dos documentos. Pode-se então, recorrer também ao processo datiloscópico e ao fotográfico, conforme a mesma lei e, atualmente, à coleta de ADN. Ocorre, todavia que o suspeito ou o indiciado já estariam, por ocasião do recurso à nova técnica, suficientemente identificados, como pessoas, com os dados colhidos uma vez que a impressão digital é única e mantém-se inalterada durante toda a vida. Sua capacidade de singularizar uma pessoa é tão precisa que, mesmo nos gêmeos, tem características diversas. A coleta de ADN tem, portanto, outra inequívoca finalidade, a de servir de meio de prova, que se dissimula, fazendo-se crer que se trata de mais uma informação para a identificação.

É bem possível que, no futuro, as pessoas possam vir a ser identificadas pelos microssatélites, quando fizerem empréstimos bancários, em viagens para o exterior, na obtenção de empréstimos, para retirar os documentos e outras atividades da vida civil. Hoje, a única finalidade da coleta instituída pela Lei 12.654, é a de provar autoria e, em assim sendo, em dissonância com o inciso LXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio.