

**DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA E OS BANCOS DE PERFIS CRIMINAIS
(LEI 12.654/2012): ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA BIOÉTICA**

GENETIC PRIVACY RIGHT AND THE BANKS OF CRIMINAL PROFILE

(LAW 12.654/2012): CRITICAL ANALYSIS IN THE LIGHT OF BIOETHICS

Gisele Mendes de Carvalho¹

Thaís Aline Mazetto Corazza²

RESUMO: A finalidade do presente artigo é analisar uma problemática consideravelmente nova no Direito brasileiro (a intimidade genética e o banco de perfis criminais), com o intuito de verificar sua compatibilidade com os direitos, garantias e princípios constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para isto, faz-se um estudo do conceito, das técnicas utilizadas e do funcionamento dos bancos genéticos de perfis criminais, instituídos pela Lei 12.654/2012, com o fim de estabelecer a aproximação imprescindível para posterior análise crítica de tal instituto. Eles, sem dúvida, encontram sua origem no avanço da ciência e tecnologia, que trazendo benefícios ao homem, trouxe também a preocupação da sua utilização de forma errônea ou arbitrária e de seus resultados. Constatou-se que essas medidas, de alguma forma ou em algum grau, implicam um severo desprezo de determinados direitos fundamentais de transcendental importância, podendo gerar a estigmatização e a discriminação, ferindo o direito à intimidade, direito à honra, direito à imagem, dentre outros direitos constitucionalmente assegurados, razão pela qual sua admissibilidade em um Estado de Direito democrático e social poderia resultar incompatível com a Constituição Federal brasileira, particularmente com o respeito devido ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Ademais, termina-se demonstrando também que essas medidas, embora já vigentes no ordenamento jurídico pátrio, estão sujeitas a críticas e merecem estudos aprofundados antes de sua aplicação.

Palavras-chave: intimidade genética; bancos de perfis criminais; dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze a problematic considerably new in the Brazilian law (the genetic privacy and the bank of criminal profile), in order to verify its compatibility with the rights, guarantees and constitutional principles in force in the Brazilian legal. For this, a study is made of the concept, of the techniques used and of the operation of the bank of criminal profile, established by Law 12.654/2012, in order to establish the approach essential for subsequent critical analysis such institutes. They, no doubt, find their origin in the advancement of science and technology, that bringing benefits to man, also brought the concern of their use of erroneous or arbitrary way and their results. It appears that all these measures, of some way or in some degree, imply a severe contempt of determined fundamental rights of transcendental importance, and may generate stigmatization, discrimination, hurt the privacy right, the honor right, image right, among other guaranteed constitutional rights, which is why their admissibility in a democratic and social state could

¹ Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá e no Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).

² Advogada. Mestranda em Direitos da Personalidade no UniCesumar – Centro Universitário Cesumar.

result incompatible with the Brazilian Constitution, particularly with respect for the principle of human dignity (art. 1º, III, CF). Moreover, ends up also demonstrating that although these measures are already in force in national law, are subject to criticism and deserves thorough studies.

Keywords: genetic privacy; banks of criminal profiling; human dignity; rights of personality

INTRODUÇÃO

Os avanços no campo da genética e tecnologia contribuíram significativamente para o benefício da humanidade. De um simples gene, descobriu-se a carga genética e hereditária do homem, sendo possível posteriormente contribuir para a prevenção de doenças hereditárias futuras.

As leis tiveram que acompanhar esse desenvolvimento, pois o Direito tutela as relações sociais e deve caminhar juntamente com a sociedade. Diplomas legais passaram a tutelar esses avanços, protegendo os dados genéticos do indivíduo, para permitir que os menos favorecidos não fossem discriminados por sua posição. Mas essa evolução impôs também deveres de ética nas relações de confiança estabelecida entre médico-paciente.

O direito à intimidade genética passou a ser tutelado, como decorrência do direito à intimidade, assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, X, e a preocupação com sua proteção jurídica tem crescido substancialmente nas últimas décadas, em decorrência da evolução da ciência.

A criação dos bancos de perfis genéticos criminais também denota a progresso dos estudos científicos de maneira a facilitar a investigação criminal e a identificação civil do indivíduo, armazenando sequências genéticas para cruzamento de informações oportunamente.

Todos esses avanços científicos nasceram com o intuito de beneficiar a sociedade. Logicamente que quando utilizados de forma errônea ou arbitrária, trarão resultados inesperados, podendo gerar a estigmatização e a discriminação nos moldes positivistas lombrosianos há muito tempo abandonados, ferindo o direito à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros direitos constitucionalmente assegurados.

Por isso, o Direito deve regular esses novos institutos de maneira a contribuir para o avanço do homem e da sociedade, preservando os valores constitucionais e punindo quem por ventura vier a desrespeitá-los ou utilizá-los de forma indevida, com outra finalidade. O objetivo do presente artigo é lançar alguns questionamentos a respeito da possibilidade de

compatibilização entre tais avanços e o respeito à dignidade humana, empregando-se, para tanto, o método lógico-dedutivo, através de análises qualitativas, tendo como recursos a bibliografia nacional, a legislação vigente e a literatura correlata.

1 DADOS GENÉTICOS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

O surgimento de novas tecnologias no âmbito genético tem feito surgir dúvidas e conflitos no âmbito jurídico que não encontram respaldo no aparato legislativo para sua resolução.

A palavra *gene* surgiu em 1910, fazendo referência a uma unidade abstrata de herança que governa traços específicos de uma determinada espécie e após estudos, surgiu o conceito abstrato de gene como unidade fundamental da herança. Avançaram-se os estudos e descobriu-se o ácido desoxirribonucleico (DNA), o ácido ribonucleico (RNA) e as proteínas e “implícito nesses avanços estava o conceito de gene como informação determinante das características e comportamento dos seres vivos e mecanismos transmissor dessas características através das gerações”³.

Por volta de 1883, Wilhelm Roux defendeu que os cromossomos seriam os responsáveis pelo transporte dos fatores hereditários dentro das células. No início do século XX, o inglês E. B. Wilson confirmou a existência do cromossomo X como fator determinante do sexo, confirmando os estudos a respeito da herança ligada ao sexo⁴.

A respeito da herança genética tem-se que:

Ao longo da história da Genética, restou comprovado que, embora o DNA presente nos cromossomos constitua o mais importante repositório do material genético existente em um organismo, elementos extranucleares ou citoplasmáticos também contêm parte do material responsável pela transmissão dos caracteres hereditários. A herança extracromossômica, ou não-mendeliana, reside principalmente nas mitocôndrias, organelas que constituem a principal fonte de energia dos organismos eucariontes. É importante registrar, contudo, que esses elementos comportam apenas uma pequena porção do material hereditária das células, e por isso não chegam a representar uma parte importante do genoma dos seres humanos⁵.

Assim, embora os genes carreguem materiais hereditários, cada pessoa tem uma combinação genética diferente, até mesmos os gêmeos idênticos ou univitelinos, possibilitando a diversidade genética.

³ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 29.

⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 29-30.

⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 30.

No Direito brasileiro, não há legislação específica para dados genéticos, mas existem alguns documentos internacionais que tratam do assunto como a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada na 29ª Conferência Geral da UNESCO, em 11 de novembro de 1997, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, aprovado na 32ª Conferência Geral da UNESCO, em 16 de outubro de 2003, Declaração de Inuyama, aprovada em 1990 no Japão, Declaração de Bilbao sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano, de 1993, que menciona a intimidade como patrimônio pessoal e afasta a utilização dos dados genéticos com fins discriminatórios, Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de abril de 1997, entre outros, sendo os dois primeiros os de maior importância⁶.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997, em seu art. 1º, definiu que o genoma humano, expresso como a base da unidade fundamental da espécie humana, é classificado como patrimônio da humanidade.

Devido às possíveis discriminações, essa Declaração preocupou-se em garantir o respeito à dignidade e aos direitos humanos, independentemente das características genéticas do indivíduo, uma vez que *“tais características não representam a totalidade do homem, ser único e irrepetível, e que não pode ser representado apenas biologicamente”*⁷. O homem é muito mais que suas características biológicas e genéticas.

Os arts. 6º, 7º e 8º desse documento expressamente dispõem que ninguém deve ser submetido a discriminação com base em suas características genéticas. Além disso, os dados genéticos que possam identificar o indivíduo deverão ser mantidos em sigilo. E qualquer dano sofrido em decorrência da intervenção no genoma é passível de reparação de caráter indenizatório.

Merece destaque a exceção que se abre para a intervenção do Estado no mais íntimo bem do ser humano – sua personalidade, onde em nome do interesse público abre-se mão dos princípios do consentimento e confidencialidade, sendo que qualquer restrição só poderá ser estabelecida mediante lei (art. 9º). Além do mais, o acesso ao progresso da Biologia, da Genética e da Medicina em matéria de genoma humano é garantido pelo art. 12 da Declaração, respeitando-se a dignidade e direitos da pessoa, quando permite fazer prova preditivas de enfermidades genéticas ou que permita identificar o sujeito como portador desta,

⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 41-42.

⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 42.

ou detectar predisposição para uma enfermidade genética, com fins médicos ou de pesquisas médicas e com um assessoramento genético apropriado.

Já a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos, de 2003, é mais específica que a anterior. Em seu primeiro capítulo traz alguns conceitos, dentre eles, define dados genéticos como “*informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas*” (art, 2ª, I). Todas as informações genéticas de um indivíduo estão contidas em seus genes. Essas informações são hereditárias e únicas, assim, à exceção dos gêmeos monozigóticos (idênticos), não existem duas pessoas que apresentem informações genéticas idênticas no mundo.

Em decorrência dessas características, hereditária e única, há muitos anos os médicos utilizam as informações genéticas para realizar diagnósticos clínicos. Por exemplo, baseando-se no histórico médico familiar, pode-se calcular a probabilidade do surgimento de alguma patologia hereditária em uma criança, ainda durante a gravidez. As características genéticas são de extrema importância para curar doenças antigas e hereditárias seja encontrada facilitando a vida das pessoas que estão condenadas a viver sem perspectivas de futuro.

O art. 3º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos alerta que as características genéticas não são capazes de descrever por completo a identidade pessoal, que é composta por fatores complexos. Os dados genéticos podem indicar predisposições genéticas dos indivíduos, podem ter para a família consequências importantes que se perpetuam por gerações, contendo informações cuja relevância não se conheça no momento de extrair as amostras biológicas e que poderiam ser importantes culturalmente para as pessoas (art. 4º). Ainda esses dados tem capacidade de identificar o indivíduo, revelar doenças futuras e fornecer informações do parentesco, pois engloba informações genéticas gerais e específicas.

Assim, os dados genéticos fazem parte do âmago do ser humano e através dessas informações constata-se todo o histórico mais profundo da pessoa, o que possibilita a verificação da propensão de alguém vir adquirir determinadas doenças hereditárias tendo em vista o histórico genético da família. Esse fato poderia gerar graves consequências na vida das pessoas, uma vez que as empresas poderiam solicitar esse histórico e deixar de contratar determinados funcionários por futuros prejuízos que trariam para as mesmas.

Dessa forma, os médicos são orientados a seguir alguns passos fundamentais para garantir o direito à intimidade⁸, através do Código de Ética Médica. O segredo médico tem seu fundamento na relação de confiança que deve ser respeitada pelo profissional e pelo paciente, e esse dever de confiança deve proteger a integridade física e moral da pessoa. A relação de confiança ou princípio da confidencialidade aqui é tomada como *“uma atitude ou comportamento de respeito, de silêncio, de segredo que se pede em relação ao fato ou dado íntimo ou privado que o sujeito conhece”*⁹.

O princípio da confidencialidade é corolário dos direitos fundamentais à intimidade genética e à proteção dos dados genéticos, sendo também consequência direta do respeito aos princípios da dignidade, igualdade e não discriminação, vez que toda pessoa que aceda, conheça ou trate da informação genética de um terceiro, está obrigada a manter sua confidencialidade¹⁰.

Os dados genéticos têm capacidade de identificar indivíduos, revelar enfermidades futuras e fornecer informações sobre parentesco, pois englobam quaisquer informações genéticas, desde as mais gerais até as mais específicas. Ainda são únicos, preditivos, estruturais, probabilísticos e geracionais. Únicos, porque apresentam informações genéticas do ser humano enquanto espécie, sendo assim patrimônio da humanidade. Preditivos, porque constituem um indicador da possível saúde do indivíduo. Estruturais, porque guardam características especiais de um indivíduo diferenciando-o dos outros. Probabilísticos, porque apresentam, de forma aproximada, as possibilidades do desenvolvimento de alguma enfermidade. E geracionais, por informar a herança genética do indivíduo e a sua interligação genética com seus parentes¹¹.

Vale destacar aqui a chamada Medicina preditiva, vez que uma das características dos dados genéticos como visto é ser preditivo. A Medicina preditiva é um novo ramo da biomedicina para os seres humanos que já nasceram e consiste em *“fazer previsões quanto à possibilidade, no plano fenótipo, do desenvolvimento e alguma enfermidade, com base em testes diagnósticos realizados no plano genótipo”*¹².

⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos*. Brasília: Consulex, 2006, p. 118.

⁹ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 152.

¹⁰ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 153.

¹¹ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Alguns aspectos da informação, intimidade e descrição genética no âmbito jurídico internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 837, p. 11-42, jul. 2005, p. 17-20.

¹² SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, p. 296.

O arts. 13, 14 e 15, da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, dispõem que os Estados devem adotar medidas que promovam o acesso de seus titulares aos dados genéticos e proteômicos e mantenham a privacidade daqueles dados, coibindo o fornecimento a companhias de seguro, empregadores e instituições de ensino. Os dados genéticos somente poderão ser coletados, utilizados e conservados para fins de diagnóstico e assistência sanitária, investigação médica e outras formas de investigação científica, Medicina forense e procedimentos civis ou penais ou outras atuações legais (art. 5º, do mesmo diploma).

Após a coleta das informações genéticas, tem o sujeito pesquisado o direito potestativo de conhecer ou não conhecer os dados genéticos, pois cabe ao investigado escolher se quer ou ao conhecer o resultado da investigação, daí a importância do aconselhamento genético (art 2º, XIV, da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos). Os dados genéticos podem ser utilizados como prova em procedimentos judiciais ou para fins de medicina legal, mas devem ser destruídos assim que se tornem desnecessários (arts. 12 e 21).

No âmbito dos direitos da personalidade, os dados genéticos também têm suas delimitações. Esses dados compõem a complexa estrutura a identificação do indivíduo, apresentando informações a partir da análise de seu DNA (ácido desoxirribonucleico). Essas informações genéticas determinam o funcionamento de todo o organismo, mas, como alertado pelo art. 3º da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, já citado anteriormente, são apenas um componente da identidade¹³.

Em organismos complexos, eucariontes, o material genético está limitado pelo núcleo celular. Esse material genético nada mais é do que o cromossomo, que, nos seres humanos são em 23 pares. O cromossomo é formado por ácido desoxirribonucleico (DNA) e proteínas. Os setores específicos do DNA, referentes a informações específicas, são chamados genes. Cada cromossomo possui uma grande quantidade de genes, responsáveis pela transmissão das características hereditárias. Nos 23 pares de cromossomos há, aproximadamente, 25 mil genes¹⁴.

Dados genéticos são, portanto, *“informações obtidas, ou passíveis de se obter, do DNA e RNA humanos. A proteção jurídica não se faz presente apenas quando o material*

¹³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 46.

¹⁴ MATTICK, John S. *Páginas ocultas no livro da vida*. Scientific American, São Paulo, Edição Especial n. 16, p. 20.

genético é transformado em informação; a mera potencialidade de se converter em informação já produz efeitos jurídicos". Dessa forma, não se faz necessário que alguém conheça a informação, pois a simples potencialidade dela existir pode ser juridicamente relevante no caso concreto. *"Por esta razão protege-se a intimidade genética ou se garante ao indivíduo a possibilidade de recusar a análise genética"*. Tem-se assim que dado genético e material genético diferem-se, o primeiro é resultado da transformação do material genético em informação ou, ao menos, a potencialidade de transformar o material genético em informação¹⁵.

Infere-se ainda, que somente pelo conceito de dados genéticos oferecido pela Recomendação R5¹⁶, de 13.02.1997, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a Proteção de Dados Médicos, pode extrair-se o alcance das informações genéticas que podem *"não somente identificar cada ser humano, como também desvenda todas as suas características biológicas relacionadas à sua saúde atual e futura, e de seus familiares, pois é através da análise do DNA que se pode averiguar toda a sua herança genética"*¹⁷.

Os direitos da personalidade reúnem os diversos aspectos da pessoa humana, consistentes em bens que guarnecem a própria personalidade. São direitos considerados tradicionalmente como necessários, vitalícios, indisponíveis, extrapatrimoniais e intransmissíveis.

Há perfeita correspondência entre os dados genéticos e a definição e a características dos direitos da personalidade. Dados genéticos são informações vitais para o desenvolvimento da vida humana, são necessários, pois toda matéria viva é regida, biologicamente, pelas informações de seus genes; vitalícios, pois se constituem em bens que acompanham o curso da vida humana; indisponíveis e intransmissíveis, vez que sua transmissão ou disposição resultaria na cessação da vida de seu titular; e finalmente, são extrapatrimoniais, vez que não é passível de valoração econômica, sendo considerados bens fora do comércio¹⁸.

¹⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da "natureza jurídica" dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 47.

¹⁶ Todos os dados, qualquer que seja sua classe, relativos às características hereditárias de um indivíduo ou ao padrão hereditário de tais características dentro de um grupo de indivíduos aparentados. Também se refere a todos os dados sobre qualquer informação genética que o indivíduo porte (genes) e aos dados da linha genética relativos a qualquer aspecto da saúde ou enfermidade, já presentes com características identificáveis ou não.

¹⁷ ECHTERHOFF, Gisele. *Direito à privacidade dos dados genéticos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 80.

¹⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da "natureza jurídica" dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 47.

1.1 Direito à intimidade genética

Ao decifrar a sequência de DNA, o homem deu um grande passo na história, vez que trouxe uma grande repercussão no mundo da medicina e no jurídico, já que toda relação que interfere na vida social deve estar (ou pelo menos deveria estar) amparada pela legislação vigente, pois trata de um bem jurídico de suma importância que é a vida. Uma das consequências imediatas da análise do DNA é a realização dos testes genéticos ou *screening*, que visam, em especial, “*detectar a existência de genes que indicam a possibilidade de manifestação de uma doença*”¹⁹. Ao mesmo tempo em que esse fato reúne diversos pontos positivos, também se verificam inúmeros pontos negativos quando se viola o direito à intimidade genética.

O reconhecimento da autonomia privada, como poder de autodeterminação do indivíduo, volta-se para o controle dos dados genéticos e a tomada de decisões após a sua coleta. No diagnóstico genético, há, antes do procedimento, o direito subjetivo à informação prévia e completa do procedimento a ser realizado. Essas informações fazem parte da própria autonomia, já que seu exercício requer discernimento e consciência da situação envolvida, com as vantagens e riscos e envolvidos. Daí a importância do aconselhamento genético prévio realizado por equipe capacitada e informações claras e acessíveis. Após a coleta das informações genéticas, o sujeito pesquisado tem o direito potestativo de conhecer ou não os dados genéticos. Aliás, esses dados somente poderão ser coletados, utilizados e conservados para os fins de diagnóstico e assistência sanitária; investigação médica e outras formas de investigação científica, como estudos de caráter antropológico, Medicina forense e procedimentos civis ou penais e outras atuações legais²⁰.

O pesquisador também tem um âmbito de autonomia para trabalhar, tratada como princípio da liberdade de pesquisa que é assegurado no inciso IX, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988:

A liberdade do pesquisador encontra seu principal limite no consentimento do sujeito, que deve ser prévio à intervenção genética, expresso e totalmente livre, adequadamente informado e escrito (art. 8º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, UNESCO, 2004). (...) a manifestação do consentimento é revogável a qualquer tempo, isto é, é direito potestativo do sujeito pesquisado²¹.

¹⁹ ECHTERHOFF, Gisele. *Direito à privacidade dos dados genéticos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 77.

²⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 138.

²¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 138.

O paciente tem inteira e inquestionável disposição sobre seus dados médicos e genéticos, não havendo possibilidade de divulgação sem que haja a prévia autorização do mesmo:

A questão da intimidade e da privacidade na revelação dos dados genéticos é de extrema relevância para a análise. Sabe-se que sendo os dados genéticos geracionais, pode a informação colhida ser útil à descendência para tomada de medidas preventivas. Por outro lado, a revelação de dados genéticos a terceiros, pode ser considerada como afronta à intimidade do indivíduo. O espaço privado ganha mais essa nuance: a intimidade individual atinge o nível genético²².

Percebe-se que apesar da extrema utilidade que os dados genéticos podem proporcionar para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, inclusive como medida preventiva, sua revelação a terceiros pode gerar prejuízos à intimidade individual e aos direitos da personalidade, chegando a tutela da intimidade individual ao plano genético.

Ainda no mesmo sentido, Carlos María Romeo Casabona sustenta que:

Tem adquirido maior força a corrente de pensamento segundo a qual cabe a cada pessoa decidir a quem se revela, quando e com que extensão, motivo pelo qual deve ficar proibida a transmissão a terceiros da informação obtida através da análise genética, sem o expresse consentimento do interessado e de seus representantes legais, quando se tratar, neste último caso, de um menor ou incapacitado legal. A transcendência de informação também atinge o não nascido, por ser ele mesmo portador de sua exclusiva informação a partir do momento mesmo da concepção, seja essa natural ou assistida; problemática por isso nova, mas que exige igualmente instrumentos jurídicos de proteção, de alcance similar os estabelecidos para os já nascidos, devendo ser exercidos por seus futuros pais legais (por conseguinte, do mesmo modo se o concebido procede de gametas de doadores), em termos semelhantes, aos direitos e deveres derivados do pátrio poder em relação ao menor a ele submetido²³.

A preocupação com a proteção jurídica do direito à intimidade tem crescido substancialmente nas últimas décadas, em face da multiplicação e aumento da potencialidade dos procedimentos que podem vulnerá-la, como é o caso dos meios técnicos de captação e transmissão da imagem e do som, assim como os meios de acumulação e processamento da informação em geral e dos dados pessoais²⁴.

²² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 139.

²³ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 65.

²⁴ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 58.

O direito a intimidade está disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias fundamentais do homem, sendo uma norma constitucional autoaplicável. Portanto, trata-se de um direito inerente à pessoa, que não precisa ser conquistado, nem se perde por não conhecê-lo, se tem o direito pelo fato de ser um ser humano. A intimidade é inalienável, imprescritível e irrenunciável, sendo que a dignidade da pessoa humana depende de sua observância. Não pode ser extraída do texto constitucional, pois se trata de cláusula pétrea, mesmo que por Emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV). O direito à intimidade genética decorre desse princípio constitucional conforme afirma Bruno Torquato de Oliveira Naves:

O direito à intimidade, garantido na Constituição Federal de 1988 por meio do dispositivo no inciso X do art. 5º, é a esfera individual de projeção do indivíduo em sua relação interior. O direito à intimidade genética decorre desse princípio constitucional e pode ser definido como o direito de determinar as condições de acesso à informação genética. Está ligado de maneira estreita ao princípio da dignidade da pessoa humana. A proteção jurídica da intimidade genética deve ser feita, abrangendo todo ser nascido ou por nascer²⁵.

Nota-se, assim, que o direito à intimidade genética nada mais é do que o direito de determinar as condições de acesso à informações genéticas e além de decorrer do direito constitucional da intimidade previsto no art. 5º, ainda tem estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, estendendo sua proteção a todos, tanto nascido ou por nascer.

Esse direito encontra seu fundamento em diversos textos internacionais, quais sejam: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco (art. 7º²⁶); o Convênio relativo aos Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, realizado em Oviedo, em 04.04.1997 (art. 10²⁷); e a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na Conferência Geral da Unesco, em 16.10.2003 (art. 14-A²⁸), entre outros²⁹.

A informação obtida ou que se poderia obter da realização de análises genéticas nas pessoas, levanta alguns problemas relativos a essa informação, seu acesso e utilização, vez

²⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 139.

²⁶ Art. 7º da DUGH. “*Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidade de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad*”.

²⁷ Art. 10 do CDHB. “*Vida privada y derecho a la información. – 1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud (...)*”.

²⁸ Art. 14 a) DIDGH. “*Los Estados deberían esforzarse por proteger la privacidad de las personas y la confidencialidade de los datos genéticos humanos asociados con una persona, una familia o, en su caso, un grupo inidentificables de conformidad con el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos*”.

²⁹ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 97.

que os interesses da pessoa afetada pode conflitar com outros interesses individuais (incluindo os dos familiares biológicos) ou coletivos relacionados à saúde e à segurança, mas também os de outra natureza como os econômicos. Isso porque “o acesso a esta informação dará conhecimento de aspectos muito importantes da pessoa a que se refiram, atingindo de forma muito direta a sua esfera íntima, mas serão também de grande utilidade para proteger sua saúde e de sua descendência³⁰”.

As características e comportamentos humanos são produtos de uma interação entre dotação genética (genótipo) e entorno social (fenótipo). Portanto, não se pode dizer que os genes determinam completamente a atuação do homem, porém boa parte do que ele é deriva da herança que lhe foi transmitida por seus ascendentes. Assim, a pessoa pode possuir uma predisposição genética para desenvolver uma moléstia, mas somente com a interação dos fatores ambientais essa enfermidade pode se manifestar ou não³¹. Por este motivo, os dados genéticos não podem servir como critério de discriminação, ter a predisposição genética a uma moléstia não significa que desenvolverá a doença.

A propagação descontrolada dos dados genéticos representaria um grave perigo, primeiramente, pelo risco de converter o ser humano em cidadão transparente, “de cristal”, em segundo, por ficar suscetível de discriminações de todo tipo, de caráter familiar, pessoal, trabalhista, para pactuar seguros de vida, enfermidade ou de aposentadoria, para obter determinadas permissões oficiais, na obtenção de empréstimos, pois esse grupo de população defeituosa ou não apta, correria o risco de ser estigmatizada³². Assim, deve-se utilizar a dimensão ética como divisor de águas, como limitação diante das novas tecnologias³³.

Deduz-se que os problemas assinalados podem afetar tanto a liberdade das pessoas (realização de análises genéticas sem contar com a vontade do interessado) como a sua própria intimidade (quando se tem acesso aos resultados, ainda que de forma legítima ou com fins ilícitos), ou a outros direitos fundamentais, tendo em vista os propósitos de utilização dessa informação, vez que pode se fazer dela uso abusivo, discriminatório ou desviado dos objetivos autorizados inicialmente³⁴.

³⁰ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 56.

³¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 137-138.

³² CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 56.

³³ BECKER, Paulo. *Psicanálise e Identidade*. In: BARBOZA, Heloísa Helena, BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.) *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 164.

³⁴ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 57.

Diante dessa perspectiva, o tratamento da informação genética coloca em tensão diversos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Federal, tais como o direito à dignidade e integridade das pessoas, pela possibilidade de modificar o patrimônio biológico delas; direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade, pois a informação genética supõe o conhecimento de si mesmo e forma parte da realização como pessoa; o princípio da igualdade de oportunidades, vez que o conhecimento de predisposições genéticas de cada indivíduo poderá resultar em discriminações sociais e laborais³⁵.

O direito a não conhecer os resultados genéticos pode apresentar restrições, uma vez que as informações obtidas podem ser essenciais não só ao sujeito pesquisado, mas também a terceiros, como familiares e descendentes. Aí surge o dilema de como proceder quando o sujeito se nega a conhecer o resultado da pesquisa e não permite que se disponibilize a informação aos familiares que poderiam ser afetados. Bruno Torquato de Oliveira Neves afirma que os dados genéticos obtidos do estudo do genoma de uma pessoa pertencem a ela e não a seus familiares. No entanto, o direito de acesso aos dados genéticos o direito a intimidade não são absolutos, razão pela qual, no caso concreto, pode haver razão para que determinada informação seja disponibilizada à família³⁶.

No mesmo sentido, Denise Hammerschmidt salienta que, embora a maioria dos doutrinadores entendam que a responsabilidade direta da comunicação incumbe ao sujeito, surge um dilema que diz respeito a obrigação do médico de comunicar por si mesmo a informação aos demais interessados no caso de negativa do paciente³⁷. No entanto, observa que *“se a pessoa prefere não ser informada dos dados sobre sua saúde ou genéticos, haver-se-á de respeitar sua vontade, evidentemente, com a ressalva de que o direito a não saber, como o direito a ser informado, não se pode conceber como um direito absoluto e ilimitado”*³⁸, portanto, pode ser flexibilizado e justificado diante do caso concreto ou quando a lei assim determina, mas sempre como exceção, pois a presunção é a favor do segredo.

Um exemplo que a lei excetua está na Recomendação 3 do Conselho da Europa de 1992, no Princípio 11, onde diante de descobrimentos inesperados se deverá ser comunicado à pessoa objeto da prova unicamente se têm uma importância clínica direta para a pessoa ou sua

³⁵ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 126.

³⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 140.

³⁷ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 153.

³⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 112.

família, sendo essa comunicação extensiva aos seus familiares se a pessoa objeto de provas se negar expressamente a prestar-lhes a informação, inclusive quando estes corram risco de vida. No mesmo sentido é a Recomendação 5 do Conselho da Europa sobre a proteção de dados médicos³⁹.

O princípio da liberdade e da autonomia do interessado deve ser o primeiro a ser garantido, implicando na liberdade inicial de decisão daquele e seu consentimento oportuno para submeter-se às provas analíticas correspondentes, e inclusive, para ceder amostras biológicas para que seja possível sua realização. Outra consequência jurídica originada é necessidade de proteção dos dados genéticos como confidenciais e o correlativo dever de segredo por parte dos profissionais e de outras pessoas que, por qualquer motivo, tenham acesso à informação obtida. Por esse motivo, assegurar a confidencialidade dessa informação está em primeiro plano, como meio de proteção da vida privada – na qual se destaca a intimidade – e de outros direitos, e também como meio de prevenir condutas discriminatórias⁴⁰.

Além do problema referente aos terceiros descendentes, a utilização dos dados genéticos pode beneficiar terceiros, como o empregador, que se utiliza da análise genética como critério de seleção, ou as administradoras dos planos de saúde e seguro de vida. No entanto, é notória que não é legítima essa intromissão de terceiros na intimidade alheia, pois:

A discriminação genética eleva o patrimônio genético a critério definidor de oportunidades e deveres. A desigualdade instaura-se pela determinação de que características genéticas podem fazer com que um indivíduo seja escolhido ou preterido para certa relação ou situação jurídica⁴¹.

O uso inadequado da informação genética pode gerar perigos e preconceitos como discriminação ou prestigiar alguém por suas condições genéticas, bem como a perda ou a diminuição da capacidade de autodeterminação, ante a intromissão e o acesso não autorizados nas esferas e conhecimentos reservados⁴².

O art. 225, § 1º, inciso II, da Constituição Federal dispõe que todas as pessoas têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se o dever de defendê-lo e

³⁹ HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 156-157.

⁴⁰ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 57.

⁴¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 140.

⁴² HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 125.

preservá-lo ao Poder Público e à coletividade. Para garantir a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e a manipulação de material genético.

Tal inciso foi regulamentado pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, conhecida como a Lei de Biossegurança. Essa lei trouxe uma maior segurança jurídica a área genética. A biotecnologia mostra-se com potencial para melhoria da qualidade de vida do homem, já dando suas primeiras contribuições, mas ainda há muito a ser feito. No entanto, deve-se atentar que:

Não só a Bioética, mas todas as formas que caracterizam o ato de informar, perpassam ondas para chegar ao consumidor-destinatário, mas a tecnologia avançada do computador (sem a qual não seria possível a biotecnologia), ao mesmo tempo em que é colocada para servir ao homem, tem a sua contraface. Usada de maneira não aceitável ou errônea pode invadir a esfera individual, trazendo resultados perversos quando vulneram direitos da personalidade⁴³.

Nesse contexto, a intimidade encontra três suportes principais de proteção. O primeiro diz respeito à proteção da intimidade em sua manifestação, como abrigo da personalidade, refere-se à esfera da intimidade que fica direta e exclusivamente reservada ao próprio interessado ou à sua família e a proteção pode ser obtida através da proteção de certas manifestações do segredo e da própria intimidade, na esfera civil e penal. O segundo refere-se à proteção da intimidade em sua manifestação de confidencialidade compartilhada, são aqueles aspectos da intimidade que, por prescrição da lei ou pela própria natureza das relações interindividuais ou sociais, facultam o acesso a terceiros, mas que estão obrigados por lei a manter a confidencialidade. É o dever de segredo profissional ou funcional dos funcionários públicos e a infração a esse dever aparece com caráter geral tanto no âmbito civil, como penal. E por fim, o terceiro seria a proteção da intimidade em relação ao processamento de dados, através das novas tecnologias da informação e comunicação, onde o interessado deve dar a informação pessoal privada, mas possui certa capacidade de controle dessa informação, no mesmo sentido da chamada liberdade e identidade informáticas⁴⁴.

Portanto, para o uso dessa nova tecnologia *“é imprescindível se estabelecerem limites éticos e jurídicos, tanto para os pesquisadores como para a sociedade como um todo. Tal exigência se dá em face dos valores a que a humanidade, em especial, a sociedade*

⁴³ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 465-466.

⁴⁴ CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 61-62.

*brasileira, está submetida*⁴⁵”. O acesso à informação genética de outrem, o direito a não saber e a admissão de exceções ao direito à intimidade se condicionam à dignidade da pessoa humana, valor que serve como fundamento e limite a todos os outros direitos fundamentais⁴⁶.

Dessa maneira, se por um lado é correto que nos casos em que se encontra em risco à saúde de terceiras pessoas o direito à privacidade da informação genética deve ceder, não assumindo contornos absolutos, de outro lado também é correto que o homem seja protegido em seu direito à intimidade genética, inclusive garantindo o direito de ignorar a constituição de seu genótipo quando assim preferir⁴⁷.

Importante assim destacar, que esse direito deve ser sempre respeitado, de maneira a impedir que se invada a esfera individual e a intimidade pessoal, trazendo a discriminação em razão de sexo, raça, crença ou condição social.

2 BANCOS GENÉTICOS DE PERFIS CRIMINAIS (LEI 12.654/2012)

A implementação dos Bancos de Perfis Criminais pela Lei 12. 654/2012 veio como tentativa de auxiliar na investigação criminal, bem como na identificação civil do indivíduo.

Entende-se por biobanco, de maneira mais específica ao estudo em tela, a reunião das informações obtidas em uma pesquisa, sobre voluntários que participaram ou participam da mesma, bem como se refere também ao armazenamento de material biológico destes voluntários, que acaba tendo outros fins que não os definidos no início da pesquisa⁴⁸.

Assim, entende-se por bancos de perfis genéticos aqueles bancos de dados com o fim de armazenar sequências genéticas para posterior cruzamento de informações, podem armazenar amostras de vestígios do local do crime ou ainda amostras doadas pelos suspeitos.

Têm por objetivo a investigação criminal e identificação civil. Na investigação criminal se coleta amostras em locais de crime e é feita a comparação com os perfis de

⁴⁵ ECHTERHOFF, Gisele. *Direito à privacidade dos dados genéticos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 94.

⁴⁶ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 140.

⁴⁷ CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 140.

⁴⁸ CRUZ, Ivana Beatrice Mânica da. *Visão retrospectiva. Parecer sobre banco de armazenamento de dados e de material biológico: breves considerações a serem feitas em busca de uma construção da normatização*. In: KKIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (Orgs.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 135.

suspeitos, enquanto que na civil as amostras de parentes de pessoas desaparecidas são coletadas e armazenadas a fim de compará-las com amostras recolhidas em cadáveres ou em locais de crime⁴⁹. A coleta do perfil genético pode se dar de várias maneiras, como através de raspas de pele, fios de cabelo com raiz, pedaços de unha, sêmen, sangue, saliva, entre outros.

Legislações recentes foram criadas com a finalidade de estabelecer regras de funcionamento e princípios desses biobancos: na Inglaterra (1995), na Irlanda do Norte e Escócia (1996), nos Países Baixos e na Áustria (1997), na Alemanha e Eslovênia (1998), na Finlândia e Noruega (1999), na Dinamarca, Suíça, Suécia, Croácia e Bulgária (2000), em França e na República Checa (2001), na Bélgica, Estônia, Lituânia e Eslováquia (2002), Hungria e Letônia (2003). Portugal promulgou a Lei do Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN (2007)⁵⁰ e finalmente o Brasil promulgou a Lei 12.654, que determina a criação de bancos de DNA para investigações criminais (2012).

Vale salientar, sobre o banco de dados genéticos, a título de exemplo, que os Estados Unidos possuem um banco de dados com 10 milhões de perfis genéticos de indivíduos condenados e, em 26 dos 50 estados, além de coletarem amostras de condenados, também coletam amostras de DNA de detidos/suspeitos *“esse banco de dados (CODIS) já auxiliou 169.000 investigações, conforme se pode observar na própria informação disponível no site do DBI, em <http://www.fbi.gov/about-us/lab/codis/ndis-statistics>⁵²”*.

A maior parte dos países membros do Conselho da Europa permite a coleta compulsória de impressões digitais e amostras de DNA dentro do processo penal. A coleta e armazenamento de perfis de DNA de pessoas condenadas é permitida, como regra geral, por períodos limitados de tempo, após a condenação⁵³.

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos faz referência a dois exemplos de banco de dados genéticos. Um na Alemanha, que armazena informações das pessoas condenadas por

⁴⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 144.

⁵⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 145.

⁵¹ ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Revista Consultor Jurídico, 2 jun. 2012. In: < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil> > Acesso em 30 mai. 2013.

⁵² ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Revista Consultor Jurídico, 2 jun. 2012. In: < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil> > Acesso em 30 mai. 2013.

⁵³ ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Revista Consultor Jurídico, 2 jun. 2012. In: < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil> > Acesso em 30 mai. 2013.

homicídio, estupro, agressão sexual, abuso e corrupção de menores ou outros crimes também graves. E outro na Inglaterra, de pessoas que são meramente suspeitas de prática de crimes⁵⁴.

O Decreto nº 7.959, de 12 de março de 2013 veio regulamentar a Lei 12.654/2012, instituindo o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis genéticos, para o compartilhamento e a comparação dos dados constados dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Objecções sobre o uso de ADN na prática criminal forense surgem, e embora alguns cientistas tenham posições divergentes quanto à neutralidade dos marcadores, Maria Auxiliadora Minahim infere que:

É bem verdade que certos receios dizem respeito ao desconhecimento da técnica, o que inclui a ideia 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 humana⁵⁵. (sic.)

Portanto, a parte do ADN usada para se obter os dados genéticos fica inutilizável, não-codificante, portanto, o material genético armazenado não contém dados que revelem aspectos somáticos ou comportamentais das pessoas. No entanto, o descarte do material excedente deve ser feito impedindo sua utilização de maneira diversa da autorizada em lei.

2.1 Considerações críticas sobre os Bancos Genéticos de Perfis Criminais

A nova lei, que altera dispositivos das Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009 (identificação criminal), e 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), pode ser um marco na discussão do princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo), que no Brasil tem ganhado grandes dimensões em relação à sua

⁵⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano*. In: SANTOS, Mara Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001, p. 321.

⁵⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838> > Acesso em 02 jun. 2013.

interpretação em outros países⁵⁶. Ademais, deve-se ter muita cautela, pois a simples compatibilidade dos perfis não pode ser considerada uma presunção de que aquela pessoa tenha cometido o crime e deva ser condenada.

Assim, denota-se que o ponto principal de incertezas na nova lei reside no fato de entender ou não o fornecimento do material genético como uma forma de identificação genética.

Se as amostras retiradas constituírem meio de prova, como tudo indica que o seja, estar-se-ia violando o princípio inscrito no inciso LXVIII, artigo 5º da Constituição Federal, que assegura o direito ao silêncio. Acolhendo ao *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se descobrir), que significa que 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, como os padrões gráficos e vocais solicitados para prova pericial. Esses foram negados pelo Supremo Tribunal Federal, sob fundamento de que era direito dos acusados a recusa em fornecer material para exame que poderia lhes ser desfavorável⁵⁷.

Quanto ao direito a permanecer calado, o STF decidiu que ele poderia ser arguido por qualquer pessoa que prestasse depoimento, em qualquer das esferas do poder público, tornando-se costumeiro, com isto, presenciar nas CPI's depoentes convocados para prestar depoimentos que permanecem calados, frustrando qualquer expectativa de esclarecimento. Esta interpretação ampliadora a outros espaços, além do processo penal, fortaleceu a autoridade do direito ao silêncio⁵⁸.

O citado sistema é novo no Brasil, porém, tem sido amplamente utilizado em outros países, e quase sempre de forma abusiva, mas também esclarecendo 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 elevadas e quanto mais amostras armazenadas, mais prestigiado é um Biobanco, embora

⁵⁶ ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Revista Consultor Jurídico, 2 jun. 2012. In: < <http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil> > Acesso em 30 mai. 2013. Esse mesmo artigo foi capa da Revista Jurídica Consulex do mês de abril de 2013.

⁵⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838> >. Acesso em 02 jun. 2013.

⁵⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838> > Acesso em 02 jun. 2013.

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 crianças⁵⁹.

Notoriamente, o Brasil acenava para a adesão ao projeto que já estava montado à espera de instrumento legal que permitisse seu funcionamento. Em 2009, foi assinado termo de Compromisso com o FBI para uso do *software* CODIS (Combined ADN Index System⁶⁰), programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo mesmo órgão em parceria com 14 laboratórios especialistas em questões forenses, onde os técnicos brasileiros receberam treinamento dos americanos que também doaram o *software*. Porém, o Brasil ainda carecia de legislação que permitisse a coleta de material genético e a inclusão do perfil em um sistema oficial, vez que há inúmeras controvérsias e implicações constitucionais⁶¹.

Finalmente, em 28 de maio de 2012, foi aprovada a Lei nº 12.654, sobre as hipóteses de coleta e armazenamento de material genético, no entanto, as lacunas e os questionamentos quanto às inconstitucionalidades ainda não foram superados⁶².

A citada legislação brasileira a respeito da criação de banco de dados para fins de investigação criminal tem crucial importância, pois *“diversos são os casos de crimes que, a despeito de terem sido cometidos anos antes da técnica de investigação a partir de perfis de DNA, foram solucionados com o uso de tal técnica”* e ainda continua concluindo que *“não há que se discutir sobre a importância da existência dos bancos de perfis de DNA na atualidade, sendo um eficiente meio na colaboração das investigações criminais. Nestes casos, os dados genéticos contidos nos bancos de dados atuam como situação jurídica de ônus”*⁶³.

De acordo com 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

⁵⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em 02 jun. 2013.

⁶⁰ Sistema Combinado de Índices de ADN - é uma base de dados de DNA fundada pelo FBI (Federal Bureau of Investigation).

⁶¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>>. Acesso em 02 jun. 2013.

⁶² MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>> Acesso em 02 jun. 2013.

⁶³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 145.

8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético. Essa possibilidade encontra respaldo no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal regulamentado pela Lei 12.037/09⁶⁴. Quinze Estados, além da Polícia Federal, já têm estrutura pronta para alimentar a rede nacional de perfis genéticos⁶⁵.

Ainda, a nova lei possibilita ao juiz responsável pela investigação criminal ordenar a identificação criminal do suspeito, por iniciativa própria ou a pedido do delegado, promotor ou da defesa do acusado, para confrontar com os vestígios encontrados no local do crime. Essas informações dos bancos de dados são sigilosas, somente podendo ser acessadas por agentes públicos credenciados nas unidades de perícia de cada estado, de forma a garantir o direito a intimidade genética do indivíduo⁶⁶.

Nota-se que a partir da obrigação de doar o material genético, haverá o cruzamento das informações, comparando o material genético encontrado no local do crime, com o banco de dados, a fim de identificando se aquele material pertence a alguma pessoa presente no sistema. Na verdade, a coleta de material genético já existia, no entanto, limitava-se à cena do crime. O que a lei fez foi ampliar a possibilidade de coleta desse material genético para fins de investigação criminal, aumento a eficiência nas investigações e diminuindo a impunidade.

Ocorre que este texto legal, independentemente dos acréscimos trazidos pela lei 12.654/12, não foi aceito sem críticas, seja pela imprecisão dos termos utilizados (como é o caso 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, que ainda assim, não exclui a possibilidade de identificação por ADN, de acordo com a natureza do crime praticado⁶⁷.

Os questionamentos giram em torno da necessidade de se incluiu entre os dados (que são elementos de identificação), este outro dado genético, que é muito importante para prova de autoria, mas dispensável para a identificação do indivíduo. Para a identificação civil (processo de obtenção e registro dos dados que singularizam uma pessoa, tendo como fim a

⁶⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>> Acesso em 02 jun. 2013.

⁶⁵ MURADI, Laura. *Entra em vigor a lei que determina criação de banco de DNA para investigações criminais.* In: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/banco-de-perfis-geneticos/>>, Acesso em 30 jan. 2013.

⁶⁶ MURADI, Laura. *Entra em vigor a lei que determina criação de banco de DNA para investigações criminais.* In: <<http://blog.justica.gov.br/inicio/tag/banco-de-perfis-geneticos/>>, Acesso em 30 jan. 2013.

⁶⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>> Acesso em 02 jun. 2013.

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 constituindo identificação civil a simples coleta da digital, mas o conjunto de dados que possam tornar a pessoa reconhecível⁶⁸.

A identificação criminal do civilmente identificado só deve ocorrer para afastar incertezas diante dos documentos, exceção abertas pela Lei 12.037/09, podendo-se se recorrer ao processo datiloscópico e ao fotográfico, e agora, com a nova lei, à coleta de ADN. No entanto, o suspeito já estaria suficientemente identificado quando da utilização da nova técnica, vez que a impressão digital é única e mantém-se inalterada durante toda a vida, e até mesmo os gêmeos, tem impressões digitais diversas. Conclui, portanto, que a coleta de ADN tem outra finalidade escondida, que é a de servir de meio de prova, levando a acreditar que se trata de mais uma informação para a identificação. E conclui *“Hoje, a única finalidade da coleta instituída pela Lei 12.654, é a de provar autoria e, em assim sendo, em dissonância com o LXVIII, artigo 5º da Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio”*⁶⁹.

Por outro lado, há quem afirma que:

Não se trata, como alguns juristas têm defendido, de se obrigar a pessoa a produzir prova contra si mesma. O projeto não obriga o acusado a fornecer material genético para ser confrontado no caso em que está sendo processado. O fornecimento obrigatório só acontecerá se o indivíduo for definitivamente condenado. E, então, ficará para sempre identificável. E não se deve taxar de inconstitucional lei que prevê a identificação criminal, por qualquer meio não degradante, de indivíduos condenados. Afinal, o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um coringa para a prática de novos delitos⁷⁰.

E o investigado não será obrigado a fornecer material enquanto estiver sendo processado. A obrigação é posterior, em caso de condenação e para servir como prova em eventuais processos futuros. Um exame de DNA nunca será, isoladamente, prova cabal de culpa, apenas provar-se que o indivíduo estava na cena de um crime, ou que teve relações sexuais com a vítima, fato que não o torna, automaticamente, culpado do crime investigado.

⁶⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>> Acesso em 02 jun. 2013.

⁶⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12.654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12.654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>> Acesso em 02 jun. 2013.

⁷⁰ FELLER, Marcelo. *Banco de DNA: O Brasil está preparado?* Revista Consultor Jurídico, 09 maio 2012 *apud* AMARAL, Carlos Eduardo Rios Do. *Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal.* In: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>> Acesso em 02 jun. 2013.

Por outra parte, a prova de DNA poderá ser prova cabal de inocência, ainda que isoladamente⁷¹.

Assim, a nova lei traz grande responsabilidade ao Poder Público, que exercerá o monopólio do armazenamento dos dados genéticos de condenados, que além de zelar pelo seu caráter sigiloso, velará para que traços somáticos ou comportamentais das pessoas não sejam revelados. Qualquer atividade estatal que se afaste disso deve responder civil, penal e administrativamente. O que foi criado como solução pode se tornar um terrível pesadelo, vez que *“o escopo maior e a razão de ser do Direito é a ressocialização do condenado, jamais a sua perpétua reclusão moral ou profissional por conta de seu perfil genético. Os testes genéticos ou screenings no Brasil não são uma novidade”*⁷². Nesse mesmo sentido, tem-se que:

A nova tecnologia, principalmente aquela voltada para o banco de dados, para a massa imensa de informações, importa em assombrar, como também a criar condições para a produção de danos, quando invade a esfera do indivíduo e afeta direitos personalíssimos⁷³. (...) Essa luta ferrenha entre o que há de moderno, entre o computador que favorece a criação de enormes bancos de dados e a necessidade de proteção da dignidade pessoal, em todas as suas dimensões, cria tensão permanente e geradora de desconfiças de parte a parte. Como mediador, está o Poder Judiciário para impedir que o mal atinja sua finalidade, por meio de medidas preventivas, ou fazendo com que o danador arque com as consequências de um ato vulnerante a qualquer direito da personalidade, com a fixação de indenização por dano moral⁷⁴.

Portanto, o direito a intimidade genética deve ser preservado, pois a impessoalidade, signo da época, do século do terror em que se vive, é a marca cruel dos bancos de dados⁷⁵. Registre-se ainda a hipótese de submissão de populações inteiras aos exames com vistas à criação de bancos de dados que permitissem o conhecimento prévio da constituição genética dos indivíduos, uns pelos outros, visando a evitar o nascimento de crianças enfermas⁷⁶.

⁷¹ AMARAL, Carlos Eduardo Rios Do. *Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal*. In: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>> Acesso em 02 jun. 2013.

⁷² AMARAL, Carlos Eduardo Rios Do. *Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal*. In: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>> Acesso em 02 jun. 2013.

⁷³ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 467.

⁷⁴ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 470.

⁷⁵ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 469.

⁷⁶ Destaque-se que essa espécie de banco já existe entre algumas comunidades de judeus Askenazis de Nova York e Jerusalém, entre os quais é bastante alta a probabilidade de manifestação do mal de Tay-Sachs. Assim, na tentativa de evitar o nascimento de crianças que padeçam dessa enfermidade, o projeto *Dos Yeshorim* (“geração dos justos”) estimula jovens judeus a submeter-se à análise sanguínea para determinar se são portadores do gene recessivo causador da doença. Após a realização do teste, cada pessoa recebe um número de identificação e quando duas pessoas começam a sair juntas, são incentivadas a contatar os responsáveis pelo projeto para que se lhes comunique se formam um casal geneticamente compatível ou se podem gerar filhos enfermos. Nessa última

Considera-se que a divulgação dos dados desses bancos, em princípio, deve ser veementemente rechaçada, já que implica a violação de um direito constitucional fundamental e cria novas formas de discriminação. Isso porque essa forma de acesso à intimidade genética encontra-se intimamente vinculada a um pensamento que superestima o papel da carga hereditária na configuração não apenas da saúde como também do comportamento humano de modo geral, criando uma espécie de “determinismo genético” que ignora a função decisiva desempenhada pelo ambiente, pela educação e pela própria liberdade do homem na conformação de seu futuro⁷⁷. Essa concepção, porém, carece de fundamento, se considerado que a realização progressiva do conteúdo genético existente já na célula inicial de um organismo está condicionada, em maior ou menor medida, à atuação de fatores ambientais⁷⁸. Como já oportunamente destacado, as características e comportamentos humanos são produto de uma interação entre dotação genética (genótipo) e entorno social (fenótipo), sendo tão equivocado dizer que os genes determinam completamente a atuação do homem quanto negar que boa parte do que ele é deriva da herança que lhe foi transmitida por seus ascendentes⁷⁹.

Observe-se que tampouco tem sentido a ideia, que na atualidade ganha cada vez mais adeptos, de que a culpabilidade criminal estaria completamente determinada por fatores genéticos, de forma que a reprovabilidade que recai sobre o autor de um fato típico e ilícito

hipótese, são informados do risco genético existente e recebem o assessoramento médico adequado (CAVOUKIAN, Ann. La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a “no saber”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 2, 1995, p.65-66).

⁷⁷ Nesse sentido, sustenta-se com razão que “os testes genéticos não fazem mais do que reforçar a excessiva valorização da constituição puramente biológica do indivíduo, que corre o risco de se ver reduzido a uma composição genética. Assim, alguns caíram na tentação de não enxergar na enfermidade mais do que uma função genética. Já duvidosa do ponto de vista médico, essa vinculação se traduz sobretudo no desprezo pela pessoa envolvida e por sua história” (DARÍO BERGEL, Salvador. *Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos*. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 9, 1998, p.42).

⁷⁸ Cf. ABRISQUETA ZARRABE, José Antonio. Genes y discriminación. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 11, 1999, p.158. A respeito da influência das concepções deterministas sobre a responsabilidade penal, vide, com riqueza de detalhes, MANTOVANI, Ferrando. Libertad, responsabilidad jurídica y genes. In: ARROYO ZAPATERO, Luis A.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Eds.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, v.I, p.1135-1139; PERIS RIERA, Jaime Miguel. Condicionantes genéticas y responsabilidad penal: ¿hacia un renacimiento de los planteamientos deterministas fundadores de la responsabilidad? In: Díez Ripollés, José Luis; Romeo Casabona, Carlos María; Gracia Martín, Luis e Higuera Guimerá, Juan-Felipe (Eds.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir)*, p.93-107; e na doutrina nacional SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *A criminalidade genética*. São Paulo: RT, 2001, p.108-129.

⁷⁹ Em síntese, isso significa que “a pessoa humana, como todo ser vivo, é resultado da ação convergente dos fatores genéticos e dos agentes ambientais, até o ponto em que os genes e o ambiente constituem um processo ontogenético único e irrepetível. Até mesmo no caso de gêmeos monozigóticos idênticos, porque alguns podem não sê-lo, seu desenvolvimento os situa em coordenadas espaço-temporais um tanto diferentes, de forma que cada um dá lugar a um processo ontogenético distinto. Cada um deles é único e irrepetível. Os agentes ambientais podem ser fatores do ambiente interno, como também fatores externos. Os fatores ambientais não são apenas físicos, mas também culturais, e abarcam desde os agentes físico-químicos que incidem sobre as células, o entorno familiar e social, até o estímulo total que recebe o indivíduo desde o momento da concepção até a sua morte” (ABRISQUETA ZARRABE, José Antonio, op. cit., p.158).

não mais teria razão de ser, já que deixaria de existir a ideia de liberdade de atuação conforme o Direito que fundamenta o juízo de censura a ele dirigido. O homem agiria condicionado por seus genes, e não poderia ser declarado culpável de uma conduta cuja realização já se encontra programada pelo código de genético de cada uma de suas células, que ele próprio jamais poderia alterar. Salta à evidência que o absurdo desse ponto de vista é que todos os acusados deveriam ser declarados inimputáveis, aplicando-se-lhes medidas de segurança em lugar de penas, tal como propunha a Escola Positiva do Direito Penal no século XIX, auge do positivismo e do determinismo biológico como forma de explicação do comportamento humano, capitaneado por Cesare Lombroso. Defender semelhante posicionamento, portanto, é retroceder no tempo e aceitar uma escusa que “representaria um modo muito mais fácil e ‘limpo’ de explicar nossa conduta em sociedade do que ter que lidar com tantas e imprecisas influências ‘sociais’ que se encontram no ambiente”⁸⁰.

Diante da tendência à divulgação desse tipo de informação, que poderia levar ao surgimento de um “cidadão transparente” aos olhos não só do Estado, como também da sociedade em geral, sustenta-se que deveria ser resguardado sempre o direito subjetivo de recusar-se a participar dessa espécie de exame, pois a subordinação de direitos individuais aos interesses coletivos implicaria nesse caso um manifesto desrespeito à autonomia e à liberdade humanas⁸¹.

Em síntese, o acesso à informação genética de outrem e a admissão de exceções ao direito à intimidade encontram-se condicionados por um valor que serve como fundamento e limite a todos os direitos fundamentais: o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Assim, se por um lado é certo que em alguns casos, nos quais se encontra em risco a segurança de terceiras pessoas, o direito à privacidade da informação genética deve ceder, não assumindo contornos absolutos, também é certo que o homem deve ser protegido em seu direito de não ver devassado o seu genótipo e inclusive de ignorar sua constituição quando assim o prefira. Como já salientado, não há direitos fundamentais ilimitados, e seu limite é aportado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O mais importante, portanto, é que esse princípio esteja sempre a assegurar o respeito devido às decisões, intenções e manifestações de consentimento dos indivíduos afetados, impedindo qualquer tentativa de valorar as ações humanas por suas características pessoais, em virtude de raça, sexo, crença

⁸⁰ CAVOUKIAN, Ann, op. cit., p. 59.

⁸¹ Cf. CAVOUKIAN, Ann, op. cit., p.68-69.

ou condição social e excluindo, certamente, o determinismo positivista como força de justificar o comportamento social do homem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento tecnológico trouxe muitas mudanças, inclusive progressos em estudos genéticos, que contribuíram de maneira significativa para o avanço da humanidade. O homem é mais que suas características biológicas e genéticas.

Houve avanços no campo jurídico também, pois o Direito acompanha a evolução da sociedade. Diplomas legais passaram a dispor expressamente sobre a não discriminação com base em características genéticas e os dados genéticos que possam identificar um indivíduo devem ser mantidos em sigilo, sob pena de reparação indenizatória.

Uma vez que todas as informações genéticas de um indivíduo estão contidas em seus genes, sendo essas características hereditárias e únicas de cada pessoa os médicos passaram a utilizar essas informações para diagnósticos clínicos, calculando a probabilidade do surgimento de alguma patologia hereditária em uma criança, ainda durante a gravidez. Ainda passaram-se a utilizar essas mesmas informações para curar doenças antigas e hereditárias, ou seja, para o benefício do homem.

No entanto, o mau uso desses dados genéticos, além do permitido em lei, pode gerar uma situação de discriminação genética, tanto na relação labora, quanto na relação civil (ao contratar seguros) e penal. Por esse motivo, os médicos precisam seguir os mandamentos do Código de Ética Médica, respeitando o segredo médico e a relação de confiança que lhe foi depositada.

O direito à intimidade genética é o direito de determinar as condições de acesso a informações genéticas e a preocupação com sua proteção jurídica cresceu substancialmente nas últimas décadas, devido o aumento de procedimentos que podem vulnerá-la. Esse direito decorre direito à intimidade disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, no rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo um direito inerente à pessoa, que não precisa ser conquistado, é inalienável, imprescritível e irrenunciável, sendo que a dignidade da pessoa humana depende de sua observância. Também não pode ser extraída do texto constitucional, pois se trata de cláusula pétrea.

A liberdade e da autonomia do interessado devem ser garantidas, assim como a proteção dos dados genéticos como confidenciais e o correlativo dever de segredo por parte dos profissionais e de outras pessoas que tenham acesso à informação obtida. Assegurar a

confidencialidade da informação está em primeiro plano, como meio de proteção da vida privada e da dignidade humana, prevenindo condutas discriminatórias.

Da coleta de materiais genéticos geram-se os chamados Bancos Genéticos de Perfis Criminais. Entende-se por bancos de perfis genéticos os bancos de dados com a finalidade armazenar sequências genéticas para posterior cruzamento de informações, armazenando amostras de vestígios do local do crime ou amostras doadas pelos suspeitos. Têm por objetivo a investigação criminal e a identificação civil.

A recente Lei 12.654/2012 altera dispositivos das Leis de Identificação Criminal e de Execução Penal, e abriu discussões sobre o direito de não produzir provas contra si mesmo. A nova lei possibilita ao juiz responsável pela investigação criminal ordenar a identificação criminal do suspeito, para confrontar com os vestígios encontrados no local do crime. Ainda, na condenação poderá ser determinada a coleta do material genético do condenado por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos. Não se trata de uma faculdade e sim de uma obrigação.

Os questionamentos giram em torno da necessidade de se incluiu entre os dados (que são elementos de identificação), este outro genético, que é muito importante para prova de autoria, mas dispensável para a identificação do indivíduo. A identificação criminal do civilmente identificado só deve ocorrer para afastar incertezas diante dos documentos, exceção abertas pela Lei 12.037/09, podendo-se recorrer ao processo datiloscópico e ao fotográfico, e agora com a nova lei, à coleta de ADN.

Na identificação civil por processo datiloscópico e fotográfico já estaria suficientemente identificado o indivíduo quando da utilização da nova técnica, vez que a impressão digital é única e mantém-se inalterada durante toda a vida, e até mesmo de gêmeos, que têm impressões digitais diversas. Debate-se que a coleta de ADN tem uma finalidade oculta que é a de servir de meio de prova de autoria. Outros defendem que não se trata de obrigar a pessoa a produzir prova contra si, pois o fornecimento obrigatório só acontece na condenação definitiva e o direito de não produzir provas contra si não pode servir como escudo para a prática de novos delitos.

No âmbito ético, constata-se que a regulação jurídica das novas biotecnologias mediante a criação de bancos genéticos de perfis criminais descortina a possibilidade de conflito entre valores constitucionais e direitos fundamentais do indivíduo. Corre-se o risco de criação de um “cidadão de cristal”, cujo determinismo biológico e tendência genética à criminalidade, de duvidosa comprovação, autorizaria a estigmatização e o preconceito, além

da possibilidade de aplicação de medidas de segurança pré-delitivas que atuariam de forma preventiva, antes mesmo da comissão do crime, com total desrespeito ao princípio da culpabilidade. Assim, impõe-se que o conflito entre a necessidade de tutela da segurança pública e o direito à intimidade (art.5º, X, CF) seja resolvido sempre em favor do indivíduo, resguardando-se o seu direito a não ver revelados dados de sua constituição genética que possam comprometer sua estabilidade emocional e sua vida familiar e profissional. Em outras palavras, não há direitos – fundamentais ou não – que se possam reputar ilimitados, e o limite ao seu exercício é conferido pelo respeito devido à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

REFERÊNCIAS

ABRISQUETA ZARRABE, José Antonio. Genes y discriminación. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 11, 1999.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios Do. *Da coleta do perfil genético como forma de identificação criminal*. In: <<http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>> Acesso em 02 jun. 2013.

ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Revista Consultor Jurídico, 2 jun. 2012. In: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>> Acesso em 30 mai. 2013.

ARMAZA, Emilio José Armaza. *Derecho Biomédico y posibles respuestas penales para el tratamiento penal del delincuente imputable peligroso: psicocirugía, castración química y control telemático*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Direito biomédico: Brasil-Espanha*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2011, p. 262-287.

BECKER, Paulo. *Psicanálise e Identidade*. In: BARBOZA, Heloísa Helena, BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 163-179.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Patrimônio genético & Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 140.

CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 65.

CAVOUKIAN, Ann. La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a “no saber”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 2, 1995.

CISNEROS, María Poza. *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*. Revista del Poder Judicial, nº 65, p. 59 – 134, 2002.

CRUZ, Ivana Beatrice Mânica da. *Visão retrospectiva. Parecer sobre banco de armazenamento de dados e de material biológico: breves considerações a serem feitas em busca de uma construção da normatização*. In: KKIPPER, Délio José; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (Orgs.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 135.

DARÍO BERGEL, Salvador. Derechos humanos y genética: los principios fundamentales de la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 9, 1998.

ECHTERHOFF, Gisele. *Direito à privacidade dos dados genéticos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 80.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Alguns aspectos da informação, intimidade e descrição genética no âmbito jurídico internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 837, p. 11-42, jul. 2005, p. 17-20.

—. *Intimidade Genética & direitos da personalidade*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 152.

MANTOVANI, Ferrando. Libertad, responsabilidad jurídica y genes. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Eds.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, v.I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001.

MATTICK, John S. *Páginas ocultas no livro da vida*. São Paulo: Scientific American, Edição Especial n. 16, p. 20 [200-].

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Lei 12654: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?* In: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838> >. Acesso em 02 jun. 2013.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos de personalidade e dados genéticos: revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2010, p. 41-42.

PERIS RIERA, Jaime Miguel. Condicionantes genéticas y responsabilidad penal: ¿hacia un renacimiento de los planteamientos deterministas fundadores de la responsabilidad? In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis e HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe (Eds.). *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, p.93-107, 2002.

REGHELIN, Elisangela Melo. *Crimes sexuais violentos: tendências punitivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 465-466.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Limites éticos e jurídicos do projeto genoma humano*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001, p. 321.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, 0. 296.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *A criminalidade genética*. São Paulo: RT, 2001.

VAZ, Denise Provasi. *Monitoração eletrônica de presos: limites legais e constitucionais*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, nº 216, nov. 2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos*. Brasília: Consulex, 2006.

ZACKSESKI, Cristina. *A imposição das tornozeleiras*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, nº 199, jun. 2009.