

parece razoável usarmos seres humanos, corruptos ou não, detestáveis ou não, para dizer que a “partir de agora é pra valer”. Exemplos podem ser usados com cobaias, não com pessoas. Parece-me que os fins justificaram os meios. E, agora, aquele juiz hipotético, da comarca hipotética, de um crime grave hipotético que aflige – hipoteticamente – a comunidade, poderá julgar com os fins, e não com os meios.

De fato, o julgamento foi exemplar!

Em tempo: o título não é um xingamento, somente afirma que nada do que é humano nos é estranho. Ou, trocando em miúdos, eu lamentavelmente já vi esse filme.

Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012

Thiago Ruiz

O desenvolvimento da genética e sua inserção como instrumento de produção de provas no processo penal acabou por fomentar um novo viés nos registros criminais. Há muito os registros baseiam-se em dados datiloscópicos e em fotografias, contudo, o desenvolvimento técnico-científico impulsionou a reunião de dados genéticos e, com isso, surgiu a possibilidade de esses dados constituírem um banco para fins de registro criminal.

Existem duas espécies de banco de dados genéticos, o que guarda a própria amostra do material genético e o que apenas armazena a informação extraída do perfil genético. Em específico, o interesse na constituição de um banco de dados genéticos é permitir que o armazenamento do perfil de DNA (ácido desoxirribonucléico) possibilite a comparação dos dados arquivados com os dados genéticos encontrados no corpo da vítima ou na cena do crime, assim, o banco de dados serve às futuras investigações criminais, isto é, unir e conservar dados atinentes ao passado judicial dos condenados, para, depois, a formação desta base de dados servir à Justiça e às pessoas autorizadas.

A segurança na identificação de alguém pelo ácido desoxirribonucléico levou diversos países a criarem seus sistemas de bancos de dados genéticos. Nos Estados Unidos o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) desenvolveu o *software* denominado CODIS – *Combined DNA Index System* – no ano de 1990. Por sua vez, a União Europeia, por meio da Resolução 193/02, de 09 de junho de 1997, estabeleceu o intercâmbio de análise de DNA entre os Estados-membros, que ficaram de legislar a respeito de quais delitos e condições poderiam ensejar a inserção nos registros. Posteriormente, em Europa, diversos países assinaram o Tratado de Prüm, de 27 de maio de 2005, em que os Estados se comprometeram a estabelecer uma relação de cooperação de intercâmbio de dados de DNA, com o fim de facilitar o acesso a informações e possibilitar uma investigação criminal mais profunda. Em decorrência do tratado assinado na cidade alemã que leva seu nome, a Espanha promulgou a Lei Orgânica 10/2007, que regula a base de dados sobre identificadores obtidos de DNA para fins de investigação criminal.

A Argentina, mediante a Lei 26.548 de 2009, estendeu o arquivo nacional de dados genéticos, que era atinente a conflitos no âmbito civil, que giram em torno da filiação, para também assegurar a obtenção, o armazenamento e a análise das informações genéticas que possam servir como provas para esclarecer os delitos de desaparecimento forçada – que ocorreram durante o período da ditadura –, conduta criminosa considerada pelo seu legislador como de lesa humanidade.

No Brasil, a novel Lei 12.654/2012 estabelece a identificação genética e cria o banco nacional de dados de DNA, de caráter sigiloso, a ser regulamentado pelo Poder Executivo e que devem constar como registrados os perfis genéticos dos condenados por crimes praticados

Nota:

- (1) Depois do auge da discussão finalista, outras linhas de pensar floresceram, como o funcionalismo contemporâneo, e que melhor expressam a discussão, de outra perspectiva, sobre o mesmo tema. Nova visão, também ressurta, e produzida com a teoria da imputação objetiva. Mas esta é uma nova história, que fica para outra vez.

Sérgio Salomão Shecaira
Professor titular de Direito Penal da USP
Ex-presidente do IBCCRIM e do CNPCP

dolosamente com violência “de natureza grave” contra a pessoa ou por crimes enunciados na Lei 8.072/1990, a lei de crimes hediondos.

De fato, no Brasil, a partir do ano de 2010 foi criada uma estrutura de relacionamento entre os laboratórios que mantêm perfis genéticos, que é denominada Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, rede que utiliza o *software* Codis, desenvolvido pelo FBI, porém, era imprescindível a previsão legal para a utilização de dados genéticos para fins de investigação criminal, que, agora, bem impõe que deve ser gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, o que descarta a hipótese de os laboratórios particulares custodiarem dados que sirvam à *persecutio criminalis*.

Ademais, as mostras indiretas, aquelas extraídas em laboratórios particulares, de origem clínica ou provenientes de doações de sangue ou esperma, por exemplo, não podem servir de fonte primária de comparação a outra mostra genética em uma investigação criminal e, assim, não podem integrar banco de dados genéticos constituído para fins de identificação criminal.⁽¹⁾ Este é o sentido da redação do art. 16 da Declaração de Dados Genéticos da Unesco, de 2004, que assinala que os dados genéticos “não deverão ser utilizados para uma finalidade diferente incompatível com o consentimento dado originariamente”. De modo que os perfis genéticos que constituam um banco de dados para fins criminais somente podem ser compostos de mostras genéticas colhidas em decorrência de condenação criminal.

Contudo, a nova lei é vaga ao não trazer uma diretriz mínima a respeito da gestão desta base de dados, que ficará a cargo de regulamentação. Sem embargo, seria de extrema importância que a lei dispusesse com pormenores a gestão do banco de dados, isto é, na prática, por quem e como estes dados serão administrados. Deve-se pontuar não somente quem poderá autorizar e ser autorizado a ter acesso à constituição genética de uma pessoa, mas como funcionará o armazenamento desses dados.

Ademais, a recente lei sanou a insuficiência do projeto de lei original, que deixava de estabelecer um prazo para a permanência dos dados no registro, ao determinar que a exclusão dos perfis genéticos deverá observar o lapso dos prazos prescricionais de cada delito. É relevante a preocupação com a previsão de um tempo determinado de permanência das informações genéticas no banco de dados.⁽²⁾ Foi mesmo porque a ideia de prazo indeterminado cria um efeito perpétuo da pena. De semelhante forma, nos casos de reabilitação penal deverá-se evitar o silêncio no registro criminal genético.

Ainda, a Lei 12.654/2012 incluiu o art. 9.º - Ana Lei de Execução Penal, que assegura que somente o condenado terá seus dados inscritos neste banco e que seu acesso depende de autorização judicial.

Sem dúvidas, a inserção no banco de dados do perfil genético de

não condenado ofende a presunção de inocência. Não se pode permitir até mesmo a criação de um banco provisório para os suspeitos, acusados ou réus em processo penal pendentes de condenação com trânsito em julgado, ainda que seja uma base de dados de caráter provisório em que os dados seriam cancelados automaticamente em caso de absolvição, como defende Mora Sánchez.⁽³⁾

Muito mais desarrazoado é cogitar uma base de dados genéticos com fundamento em análise geral da população. Para tanto, alega-se apoio na maior eficácia da investigação criminal e na igualdade entre os cidadãos.⁽⁴⁾ Sem entrar no debate dos custos exigidos para tal empreitada, o registro universal representa risco à intimidade de todos e, sem dúvidas, qualquer sistema geral é vulnerável e pode acarretar a exposição da constituição de uma pessoa ante o acesso ao seu perfil genético, muito mais quando o indivíduo não se encontra processado criminalmente, o que fere a dignidade humana e a presunção de inocência.

Não há dúvidas de que o conteúdo dos dados genéticos importa em um dever de cuidado. José Antonio Seoane Rodríguez⁽⁵⁾ elege o direito à proteção dos dados pessoais como um direito fundamental, daí a necessidade do acesso aos dados somente ser possível após o crivo de judicialidade.

Nesta esteira, o sigilo deve ser impositivo quando se trata de banco de dados composto por informações que carregam a própria constituição da pessoa, como no caso de perfis de DNA. Além de se criar mecanismos de restrição de acesso às informações e todo o zelo inerente ao armazenamento dos dados, é importante destacar a previsão legal (§ 1.º do art. 5.º-A da Lei 12.037/2009 com redação dada pela Lei 12.654/2012) que impõe que somente o DNA que não revela traços corporais ou comportamentais, é que deve constituir o banco de dados, com isso, assegura-se o direito à intimidade. Assim, o perfil genético não codificante é o que deve ser objeto de análise e figurar no banco de dados. Nesse sentido, uma vez restringida a análise e o registro do DNA que carrega o código genético, a informação que se pode obter em uma investigação criminal circunscreve-se exclusivamente a função de identificação.⁽⁶⁾

De toda forma, deve-se prezar pela confidencialidade dos dados genéticos ligados à pessoa identificada, o Estado deve proteger seus dados que não devem ser revelados a terceiras pessoas, sejam familiares, empregadores ou companhias de seguro, salvo com o seu consentimento.⁽⁷⁾ Aliás, o mapeamento genético humano permite o conhecimento de dados da constituição pessoal de cada indivíduo, sendo que seu acesso indiscriminado pode acarretar discriminação social.⁽⁸⁾

Ademais, todo indivíduo possui o direito à autodeterminação informacional (art. 5.º, LXII, da Constituição brasileira), isto é, a pessoa tem o direito de saber quem sabe o quê sobre ela, quem tem acesso as suas informações pessoais, assim, a "possibilidade de uma informação, proveniente do exame de DNA, vir a fazer parte de um banco de dados, também pede a prévia ciência e aprovação do examinado".⁽⁹⁾

Ainda, merece consideração o fato de a novel lei limitar os delitos que podem ensejar a inscrição no banco de dados, posto que o uso indiscriminado do banco de dados como nos casos de previsão de inserção de perfil genético em face de qualquer delito ou em razão de crimes leves, em poucos anos, criaria o risco real de toda a população, direta ou indiretamente, restar gravada ou possa ser detectada por meio de buscas pelo parentesco genético.⁽¹⁰⁾ Tal risco reflete na possibilidade de que pessoas que sequer incorreram em condutas criminosas tenham seu perfil genético devassado em razão da similitude familiar, uma vez que as características genéticas são compartilhadas por parentesco. Ademais, esta possibilidade ultrapassa os limites da pessoa do condenado, o que viola o princípio da pessoalidade.

Ademais, com a existência de uma base de dados, há o risco de se abandonar a devida investigação criminal ou, ao menos, deixar-se de vislumbrar outras linhas de investigação, para buscar diretamente nos registros genéticos a presunção de culpabilidade.⁽¹¹⁾ É dizer, existe a hipótese de cegamente "encontrar" o suposto autor do delito no banco de dados a partir dos vestígios deixados pelo crime, o que se afigura escancaradamente uma aproximação ao Direito Penal do autor e não do fato. Dito de outra forma, o banco de dados pode fomentar uma nova forma de investigação que conclui apressadamente pela autoria do delito,

deixando ao largo a devida investigação, o que pode acarretar equívocos irreversíveis quando se trata de liberdade.

Também não se deve descuidar do dever de responsabilidade⁽¹²⁾ que a presente geração possui por seus atos junto ao futuro da humanidade, com as gerações seguintes, uma vez que o tema gira em torno das características determinantes do ser humano (a identidade genética). Sublinhe-se, o acesso às informações sobre a constituição de cada indivíduo – do homem transparente ou de cristal,⁽¹³⁾ por ser devassada a sua constituição – exige muito mais que um enunciado geral em lei que a sua gestão será regulamentada, obriga, desde logo, a imposição de limites determinados. O que a Lei 12.654/2012 olvidou.

Deveras, na sociedade hodierna, do homem transparente, mais uma vez, em nome do interesse público, franqueou-se o direito à intimidade, desnudou-se a constituição do indivíduo e ratificou-se a seleção dos "inimigos" do Estado, que, agora, são também *estigmatizados* por meio de suas informações genéticas.

Notas:

- (1) FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio. La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*. Granada: Comares, 2002. p. 224.
- (2) ALMEIDA NETO, João Beccon de. Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações de um debate hodierno. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 213, p. 16-17, ago. 2010, p. 16.
- (3) MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. Propuestas para la creación y regulación legal en España de una base de datos de ADN con fines de identificación criminal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Ed.). *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*. Bilbao-Granada: Comares, 2002. p. 54.
- (4) GUILLÉN VÁZQUEZ, Margarita; PESTONI, Carmela; CARRACEDO, Angel. Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 8, p.137-158, jan.-jun. 1998, p. 148.
- (5) SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio. De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos: la protección iusfundamental de los datos genéticos en el derecho español: a propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre – Parte I. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 16, p.71-105, jan.-jun. 2002, p. 95.
- (6) FIGUEROA NAVARRO, Carmen. Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Madrid, v. 5, n. 54, p. 5-18, nov. 2008, p. 10.
- (7) CRUZ-COKE, Ricardo. Principios bioéticos sobre datos genéticos humanos. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 19, p.31-38, jul.-dez. 2003, p. 34.
- (8) RUIZ, Thiago. Discriminação genética: limites jurídicos à divulgação dos dados genéticos do indivíduo. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILO, Miguel Belinati (Coord.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009. p. 380.
- (9) PTOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Identificação criminal e banco de dados genéticos. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 7-12, set. 2004, p. 10.
- (10) SELLAROLI, Valentina; CUCCA, Francesco; SANTOSUOSSO, Amadeo. Shared genetic data and the rights of involved people. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, n. 26, p.193-231, jan.-jun. 2007, p. 226.
- (11) NOGUEIRA, Rafael Fecury. Registro criminal e sua função no sistema penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 220, p. 9-10, mar. 2011, p. 9.
- (12) JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marjane Lisboa, Luiz Barros Montês. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.
- (13) ROMEO CASABONA, Carlos María. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996. p. 56.

Thiago Ruiz

Mestrando pela *Universidad del Museo Social Argentino*.
Professor de Processo Penal na Universidade Norte do Paraná.
Advogado.