



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO PROFISSIONAL EM SEGURANÇA PÚBLICA, JUSTIÇA
E CIDADANIA

CÁSSIO JOSÉ BARBOSA MIRANDA

BANCO DE PERFIL GENÉTICO:
A CIÊNCIA A SERVIÇO DA PERSECUÇÃO PENAL

Salvador, BA
2014

CÁSSIO JOSÉ BARBOSA MIRANDA

**BANCO DE PERFIL GENÉTICO:
A CIÊNCIA A SERVIÇO DA PERSECUÇÃO PENAL**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Segurança Pública Justiça e Cidadania, da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do título de mestre em Segurança Pública.

Orientador: Prof.º Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha.

Salvador, BA
2014

M672

Miranda, Cássio José Barbosa,

Banco de perfil genético: a ciência a serviço da persecução penal / por Cássio José Barbosa Miranda. – 2014.

87 f.

Orientador: Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2014.

1. Segurança pública. 2. Investigação criminal. 3. Dignidade (Direito).
I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.0418

CÁSSIO JOSÉ BARBOSA MIRANDA

**BANCO DE PERFIL GENÉTICO:
A CIÊNCIA A SERVIÇO DA PERSECUÇÃO PENAL**

Área de Concentração: Segurança Pública
Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Cidadania

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em 30 de outubro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Júlio Cesar de Sá da Rocha – orientador – UFBA _____
Doutor em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Pós-doutor em Antropologia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Ivone Freire Costa – UFBA _____
Doutora em Sociologia Econômica e das Organizações pela Universidade Técnica de Lisboa –
Portugal

Fábio Periandro de Almeida Hirsch – UFBA _____
Doutor e Mestre em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA).

A Amy, que espalha por nossa casa seu material genético sem mais nem menos porque não carrega culpa alguma, sequer pertence à espécie humana e, por isso mesmo, seu coração canino não sabe o que é maldade.

AGRADECIMENTOS

Aos ilustres professores e prezados colegas do mestrado pelas alentadas discussões e ensinamentos compartilhados.

A Milena Caggy Monteiro D'Almeida, pelo estímulo para o mestrado e pelo companheirismo de sempre.

A João Cássio Adileu Miranda, pelas críticas divergentes e sugestões pertinentes, e a Caio Cássio Adileu Miranda pela ajuda nas traduções. E, antes de qualquer coisa, por darem o sentido mais sublime à palavra amor na minha vida.

Ao pessoal da EMAB e do Mestrado da UFBA, pela solicitude tantas vezes demonstrada.

A Associação de Magistrados da Bahia, a Escola de Magistrados da Bahia, ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela oportunidade concedida.

Ao meu orientador, preclaro Prof^o Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha, pelas inestimáveis lições.

Há os que vêm as coisas como são e se pergutam: por que?

E há os que sonham as coisas diferentes de como são e se pergutam:
por que não?

Bernard Shaw

Nós vos pedimos com insistência: nunca digam - isso é natural!
Diante dos acontecimentos de cada dia, numa época em que corre o
sangue, em que o arbitrário tem força de lei, em que a humanidade se
desumaniza, não digam nunca: isso é natural, a fim de que nada passe
por imutável.

Bertolt Brecht

Se esse nosso mundo humano fosse produto de forças arbitrárias,
poderíamos dizer que a culpa é da fatalidade. Porém, o mundo é obra
dos homens, é obra nossa. Somos os únicos responsáveis pelos males
que existem e persistem porque consentimos. Em consequência,
somos todos irremediavelmente cúmplices, exceto talvez os que se
erigem em cruzados da reedificação do homem e da sociedade.

Darcy Ribeiro

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1. Metodologia: operacionalização e marco teórico.....	12
2. CAPÍTULO 1 O BANCO DE PERFIL GENÉTICO: SENTIDO ONTOLÓGICO, BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA, INCURSÃO ÉTICA E PERSPECTIVA FILOSÓFICA.....	15
2.1. Sentido ontológico.....	15
2.2. Breve notícia histórica.....	19
2.3. Incursão ética.....	22
2.4. Perspectiva filosófica.....	34
3. CAPÍTULO 2 O BANCO DE PERFIL GENÉTICO E SUAS IMPLICAÇÕES.....	44
4. CAPÍTULO 3 O BIOBANCO NO CAMPO LEGISLATIVO: O BRASIL E O CENÁRIO INTERNACIONAL.....	56
4.1. Crítica à legislação vigente no Brasil.....	56
4.2. Breve notícia de Direito Comparado.....	64
5. CAPÍTULO 4 O BANCO DE DNA E SUA APLICAÇÃO CONCRETA: CASUÍSTICA NACIONAL E ESTRANGEIRA.....	66
5.1. Casuística nacional.....	66
5.2. Casuística estrangeira.....	70
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
7. ANEXO	79
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

MIRANDA, Cássio José Barbosa. **Banco de perfil genético: a ciência a serviço da persecução penal.** 87 f. il. 2014. Dissertação (Mestrado) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

RESUMO

Versa este trabalho sobre os limites na criação do banco de perfil genético a serviço da persecução penal. O emprego de DNA para identificação humana, desde a década de 1980, tem sido importante aliado da Justiça. Inicialmente, no Direito de Família, em ações de investigação de paternidade, com eficácia difundida pela mídia, passando a ter larga utilização na Medicina Legal e no Direito Civil. Seu uso nas investigações criminais, não obstante sua aura de infalibilidade, não exclui a utilização dos métodos analíticos. A sobrepujança da análise do DNA em comparação aos tradicionais exames periciais, contudo, não se dá de forma absoluta, embora seja inegável sua eficácia como meio de identificação. Não obstante a Lei 12.654/12 e o Decreto 7.950/13 tenham representado um avanço para a implementação de uma política pública de consolidação do banco de perfil genético, a iniciativa veio eivada de vícios de inconstitucionalidade e incongruências que se resolvem com a proposta da criação de um banco de perfil genético geral e indistinto, a exemplo do que acontece com a coleta de impressões digitais, tal como existe nos países nórdicos com o cadastramento de toda população sem que isso importe em violação dos direitos da personalidade nem ofensa aos princípios constitucionais, contribuindo-se decisivamente para a elucidação de crimes, mormente os de natureza violenta contra a pessoa, reduzindo-se a impunidade e emprestando-se sentido pedagógico de prevenção à criminalidade, ampliando-se a sensação de segurança, dever inafastável do Estado e direito fundamental do cidadão atinente à dignidade humana.

Palavras-chave: biobanco, investigação criminal, elucidação de crimes, segurança pública, dignidade humana.

MIRANDA, Cássio José Barbosa Miranda. **Genetic profile bank: science in service of criminal prosecution.** 87 f. il. 2014. Dissertation (Master) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

ABSTRACT

This work approaches the limitations of the creation of a genetic profile bank in service of criminal prosecution. The employment of DNA for human identification, since the 1980s, has been an important ally of Justice. Initially, on Family Law, in paternity investigation actions, with its efficacy widespread by the press, and since then started to have large utilization on Forensics Medicine and Civil Law. Its use on criminal investigations, despite its aura of infallibility, does not exclude the utilization of analytical methods. The excellence of DNA analysis in comparison with traditional expertise examination, however, is not absolute, although its efficacy as an identification method is undeniable. Notwithstanding the Law 12.654/12 and Decree 7.950/13 have represented an advance to the implementation of a public policy of consolidation of the genetic profile bank, the initiative came fraught of vices of unconstitutionality and incongruence's that are solved with the proposal of the creation of a general and indistinct genetic profile bank, with the collection of fingerprints taken as example, as exists in the Nordic countries with the registration of all its population without violation of personality rights nor offense to the constitutional principles, decisively contributing to the elucidation of crimes, especially the ones of violent nature against a person, reducing the impunity and lending itself pedagogical sense of criminality prevention, expanding the sense of security, unswerving duty of the State and fundamental right of the citizen regarding human dignity.

Key-words: biobank, criminal investigation, crime elucidation, public security, human dignity.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente trabalho, investigar a utilidade do banco de perfis genéticos no que tange à aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes e seus reflexos no âmbito da bioética jurídica e dos direitos humanos, mormente os direitos da personalidade frente ao Estado. Nessa toada, importa examinar quais são os limites da criação do banco de dados genéticos e de sua utilização na investigação criminal. Este, a rigor, é o objetivo de pesquisa que se apresenta.

Objetiva-se, ainda, apresentar os necessários e indispensáveis comentários à legislação específica vigente no Brasil, qual seja a Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que alterou as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 (que versa sobre identificação criminal do civilmente identificado e que regulamenta o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal) e a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (que é a Lei de Execução Penal) para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, bem como o Decreto 7.950, de 12 de março de 2013, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Não obstante a Lei 12.654/12 e o Decreto 7.950/13 tenham representado avanços para a implementação de uma política pública de consolidação do banco de perfil genético como forma de identificação criminal no Brasil, a iniciativa veio eivada de vícios de inconstitucionalidade e incongruências passíveis de resolução com a proposta da criação de um banco de perfil genético geral e indistinto, a exemplo do que acontece com a coleta de impressões digitais, meio trivial de identificação civil, tal como existe nos países nórdicos com o cadastramento de toda população sem que isso importe em violação dos direitos da personalidade nem ofensa a princípios constitucionais relativos às garantias fundamentais, inclusive o da não-auto-incriminação, contribuindo-se decisivamente para a elucidação de crimes, sobretudo os de natureza violenta contra a pessoa e, no particular, os crimes contra a dignidade sexual, reduzindo-se a impunidade e emprestando-se sentido pedagógico de prevenção à criminalidade, ampliando-se a sensação de segurança, dever inafastável do Estado e direito fundamental do cidadão atinente à dignidade humana.

Busca-se, assim sendo, respaldo à perspectiva propositiva, com possível alteração do padrão normativo, numa relevante, ainda que concentrada, notícia de Direito Comparado, propugnando-se, por conseguinte, pela implantação de um biobanco abrangente, capaz de

cadastrar dados genéticos de toda a população com o propósito específico de servir como instrumento para uma persecução penal mais eficiente mediante este meio de identificação criminal. E como meio que é não pode ser visto como um fim em si mesmo e como tal não representa afronta alguma à Lei Fundamental da República.

Propõe-se, outrossim, esta dissertação a examinar a natureza científica do genoma humano, apresentar esboço histórico e cuidar da perspectiva filosófica em face da ética contemporânea, buscando-se, neste passo, aferir a efetividade das investigações criminais diante da casuística nacional e estrangeira.

Colhe-se da experiência dos magistrados criminais, muito especialmente nas Varas do Tribunal do Júri em Salvador, Bahia, Brasil, a espantosa constatação prática da revelação estatística¹ segundo a qual 80% dos inquéritos policiais atinentes aos crimes dolosos contra a vida, destacando-se o homicídio consumado, são arquivados porque a polícia judiciária não logra êxito em apontar a autoria.

A preocupação com a impunidade, com toda razão, tem sido um dos justos reclamos da sociedade, que roga sobretudo por segurança, direito fundamental apregoado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. E malgrado os avanços da tecnologia, da ampliação do conhecimento e do aguçamento da inteligência humana a serviço do Estado, logicamente, este não os detém de forma exclusiva. Também aqueles que se dedicam às atividades ilícitas lançam mão dos mesmos instrumentos e, não raro, de forma cada vez mais inovadora.

A criminalidade sofisticada só pode ser investigada com mecanismos de igual ou superior porte. Do contrário, este enfrentamento resultará numa luta vã com prejuízos irreparáveis para a efetividade do Direito Penal. Invoca-se, portanto, a necessidade de ampliação do propósito do Banco Nacional de Perfis Genéticos como instrumento eficaz no combate à impunidade, colocando a ciência a serviço da persecução penal, aliás, sub-título desta dissertação.

A rigor, pode-se dizer de logo, os moldes em que foram propostos a coleta e o armazenamento de perfil genético na legislação de regência, não apenas importa em violação da Carta Magna com desrespeito ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere ou nemo tenetur se ipsum accusare ou nemo tenetur se ipsum prodere, como se preferir*), significando, sem margem para divergência, que ninguém pode ser obrigado a se

¹ JACQUES, Guilherme. Banco de perfis genéticos. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Ano XVII – nº 389, p. 25-27, 1º de abril de 2013.

acusar, a produzir prova contra si mesmo, a se auto-incriminar, figure como suspeito, indiciado ou acusado.

Daí o sentido propositivo deste trabalho objetivando, dentro de uma perspectiva de mudança de política institucional e social, a necessária alteração do padrão normativo, sem a qual até mesmo a natureza ontológica de um banco de perfil genético restará irreconhecível, seja do ponto de vista conceitual, seja porque resultará inócua a sua existência. A mudança deste paradigma, em meio a esse contexto, revela-se necessária e inevitável.

Se é certo que banco de perfil genético nos moldes propostos pela legislação atual resulta em inafastáveis inconstitucionalidades e incongruências prática e ontológica, a perspectiva propositiva de um biobanco de toda população para fins de identificação criminal objetivando servir de instrumento à persecução penal, diversamente do que se possa imaginar apressadamente, não se prestará nem de longe a eugenia ou seleção genética de qualquer espécie porque funcionará submetido aos rigores de uma lei que não descuidará de coibir eventuais desvios.

Por isso mesmo, a bem dizer, haveremos de reconhecer que este é um trabalho ambicioso, sujeito, portanto, a não lograr o êxito almejado, e não apenas pela exiguidade de tempo na construção do seu estudo, como se já não bastasse o parco conhecimento do autor, cujo “plano foi maior que seu cabedal”, como diria Passos (1989, p. 4), mas, principalmente, porque almeja uma revisão de conceitos que encontrará natural e compreensível resistência. Em outra medida, de igual modo, buscou-se também compatibilizar a relevância e a complexidade do tema com um possível aprimoramento da persecução penal, adotando-se como norte o ensinamento de Miracy Gustin e Maria Tereza Dias (2006, p. 11), segundo o qual “a ciência jurídica contemporânea apela à razoabilidade, ao conhecimento crítico e à reconceituação do ato justo”.

1.1. METODOLOGIA: OPERACIONALIZAÇÃO E MARCO TEÓRICO.

A metodologia empregada baseou-se em pesquisas de natureza bibliográfica, documental, doutrinária, legislativa, jurisprudencial, eletrônica e de campo, consistente em uma visita ao laboratório da polícia técnica do Estado da Bahia, em Salvador, especificamente à Coordenação de Genética Forense.

A pesquisa, portanto, restou fundamentada na compilação do que consideramos útil e adequado ao desenvolvimento deste trabalho, com evidente limitação², passando por uma análise crítica da legislação brasileira atinente à espécie frente à Constituição Federal, constatando-se inafastável inconstitucionalidade por força do princípio da não auto-incriminação, além de detectar-se incongruências sistemáticas que a torna praticamente inócua.

Procedeu-se, ainda, a uma investigação no campo do Direito Comparado, objetivando demonstrar que é perfeitamente possível avançar no sentido de instituir-se um banco de perfil genético de caráter populacional como instrumento de identificação criminal a serviço da persecução penal, dando-se-lhe maior eficiência na elucidação de delitos cujos autores costumam deixar vestígios de material genético.

A pesquisa teve como finalidade avaliar a aplicação do exame de DNA na investigação criminal, dada a sua eficácia como meio de prova, inclusive a partir de um banco de dados genéticos geral, indiscriminado, sem que isso importe em violação dos direitos da personalidade ou venha a ferir qualquer aspecto dos chamados direitos humanos. Pelo contrário, ao oferecer maior sensação de segurança, reforça a dignidade da pessoa humana.

Buscou-se alcançar o desiderato proposto, iniciando-se com um exame do sentido ontológico de um biobanco, a fim de demonstrar-se a incoerência da norma constante da Lei 12.654/2012 ao determinar a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados, ainda que se considere a incidência da prescrição, posto que esta vincula-se a uma infração penal isolada e não impede a reiteração de conduta delituosa a desafiar a realização de exame de DNA. Tal conduta, aliás, pode ser até anterior a que fora objeto de investigação, embora, logicamente, a reiteração reporte-se a uma conduta preexistente.

Cuidou-se, outrossim, ainda no primeiro capítulo, de apresentar notícia histórica a respeito da descoberta e da evolução do estudo do DNA e de sua utilização em vários ramos do Direito, passando-se por uma incursão ética sem perder de vista uma análise da perspectiva filosófica, ampliando-se, destarte, a discussão dentro das várias nuances que o tema comporta e exige.

O segundo capítulo, a seu tempo, versa sobre as implicações da criação de um banco de perfil genético, dentre elas as que dizem respeito à dogmática e à práxis processual penal, especialmente no âmbito axiológico da prova.

² Quanto à pesquisa de campo, seguramente, o ideal seria visitar os laboratórios de polícia técnica de outros Estados da Federação e traçar um quadro comparativo. Porém, a ausência de tais dados não traz qualquer prejuízo a este trabalho. De qualquer modo, a realidade de outros Estados, no que tange ao armazenamento praticamente inútil das amostras vestígio não é diferente da que pudemos verificar *in loco* aqui na Bahia.

Trata o terceiro capítulo de um exame do biobanco na esfera legislativa, levando-se a efeito uma visão crítica sobre a legislação vigente no Brasil, bem como o necessário paralelo com o Direito Comparado com notícias sobre diversas legislações a respeito dos bancos de perfis genéticos com seus invejáveis resultados em prol da investigação criminal e sem notícia de qualquer tipo de desvirtuamento que justifique os temores de imaginárias restrições quanto aos direitos da personalidade com consequentes discriminações por conta de uso indevido das informações oriundas do armazenamento de dados genéticos.

O quarto capítulo, por sua vez, oferece exemplos da casuística nacional e estrangeira.

E chegamos às conclusões finais.

Este trabalho é o resultado de uma inquietação diante da desconsideração de uma ferramenta capaz de servir como meio para realização da justiça na medida em que um banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal contribui sobremaneira para a diminuição da impunidade, sem que isso importe em violação da intimidade genética ou ofensa aos direitos da personalidade.

2. O BANCO DE PERFIL GENÉTICO: SENTIDO ONTOLÓGICO, BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA, INCURSÃO ÉTICA E PERSPECTIVA FILOSÓFICA

2.1. SENTIDO ONTOLÓGICO³

A ideia de um banco de dados está vinculada a um sentido de acumulação porque inspirado no congêneres econômico. Banco é o “local ou depósito onde algo é guardado para algum tipo de utilização futura” (HOUAISS, 2001, p. 393). Um banco de perfil genético consiste em um conjunto estruturado de resultados de testes de análise de DNA, preservado materialmente em registros manuais ou em base de dados informatizada. No particular, esclarecem Matte e Goldim (1999):

Os bancos de dados de DNA são casos particulares em que as informações genéticas são armazenadas para um determinado fim, usualmente a identificação de um indivíduo por comparação com o padrão armazenado. Estes bancos geralmente têm caráter forense ou militar e várias críticas têm sido feitas a sua utilização, tanto do ponto de vista tecnológico (...) quanto ético (...), sendo que um dos principais problemas diz respeito à privacidade e autonomia dos indivíduos analisados.

Não há que se falar, portanto, em banco de dados de material genético sem estocagem de amostras para comparação futura. E, no entanto, a nossa legislação que rege a matéria determina o descarte do material genético ao término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Mas, disso cuidaremos mais adiante. Temos, a rigor, quatro tipos de bancos de material genético: de pesquisa, de diagnóstico, de dados, que já mencionamos, e potenciais.

Os **bancos de pesquisa** são formados mediante a coleta de DNA de indivíduos, famílias ou populações portadoras ou afetadas por alguma doença genética. Temos, por exemplo, no âmbito público, o Banco Nacional de DNA de Pacientes com Câncer de Mama,

³ “O que é ôntico? E o ontológico? Em filosofia, especialmente a partir de Heidegger e Kant, o ôntico diz respeito ao ente, ao imanente, ao fenomênico (fenômeno: do grego *fanós*, aquilo que aparece), **aquilo que os sentidos nos mostram. O ôntico é o superficial que fundamenta o senso comum.** É o que o mundo vê. Já o **ontológico**, em contraposição, diz respeito ao **ser**, ao que está por trás e além do fenomênico. **O ontológico pressupõe sair do comum e buscar enxergar o que nem todo mundo vê.** Ir além do ôntico significa, por isso, exercitar-se na constante busca das raízes dos acontecimentos, das causas de tudo o que acontece no se chama realidade”. (*in* alemdoontico.blogspot.com.br. Mário Tito Almeida).

da FIOCRUZ⁴; e no privado, o Banco Nacional de DNA para Desordens do Sistema Nervoso Central, mantido pela GENSET, empresa francesa, na Argentina (MATTE e GOLDIM, 1999).

O Projeto Genoma Humano disponibiliza os dados resultantes no site do projeto para qualquer pesquisador. De igual modo, “o Projeto Hapmap reúne instituições de diversos países (Japão, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, China e Nigéria) para catalogar semelhanças e diferenças genéticas entre os seres humanos”, assinala Côrrea (2010, p. 82), enfatizando que “o primeiro grande projeto de bases de genética populacional foi da deCODE Genetics na Islândia”, envolvendo toda a população islandesa, mediante autorização do Estado islandês.

Várias outras instituições privadas em diversos países têm atuado na exploração de base de dados genéticos da população, ainda que isso não ocorra na sua totalidade. Colhemos exemplos da Estônia (quase totalidade no Estonian Genome Project Foundation), da Letônia (Latvian Genome Project), Malásia (The Malaysian Cohort Project), México (Instituto Nacional de Genética Humana), Austrália (Western Australia DNA Bank, criado pelo governo australiano).

Em todos eles, além da coleta de material genético de voluntários, também ocorre a coleta junto a médicos e hospitais, segundo consta, tornados anônimos para evitar problemas com a proteção da privacidade e a obtenção de consentimento.

Mas, a rigor, que garantia temos, senão mediante a confiança pura simplesmente apoiada na boa-fé, de que preceitos éticos serão respeitados, de que esses bancos privados não terão utilização desvirtuada para fins escusos? Pode-se dizer que, em certa medida, já estamos fazendo parte de um banco genético cujo material fornecemos voluntariamente nos supostamente inofensivos exames de laboratório⁵ destinados a outros fins? Pode-se responder negativamente em confiança aos sérios e bons propósitos da iniciativa privada. Porém, se a coleta é para compor um biobanco estatal como forma de identificação criminal, então retira-se a confiança nos sérios e bons propósitos do Estado?

A indispensável restrição legal a eventuais desvios na utilização dos perfis genéticos, por sua vez, como sempre, cuidará dos efeitos, mas não impedirá sua ocorrência. Daí o

⁴ “A Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ, criada pelo Decreto nº 66.624, de 22 de maio de 1970, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede na cidade do Rio de Janeiro, com prazo de duração indeterminado, tem por finalidade desenvolver atividades no campo da saúde, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico (...)”

⁵ Afinal de contas, embora haja uma presunção de que o material colhido para exames laboratoriais (sangue, urina, fezes, tecidos, etc) é descartado, a rigor, não há qualquer controle sobre isso. E, de paranóia em paranóia, bem ao gosto dos que costumam raciocinar dando credibilidade às teorias conspiratórias, toda vez que alguém vai a um salão de beleza acaba deixando material genético (cabelos, unhas, pele) e também não há garantia alguma de que esse material não seja coletado para um biobanco alienígena que, se existente, talvez leve a efeito um estudo sobre a raça humana para uma futura invasão do nosso planeta. Quem pode garantir que não? O uso da razão.

reforço da relevância de um biobanco geral com o estabelecimento prévio de procedimentos de manipulação desses dados, de modo que a responsabilização penal, inclusive neste campo, seja praticamente certa, considerando-se o rigoroso controle de acesso.

Os bancos de diagnóstico, como a expressão sugere, são construídos a partir do DNA de pessoas com suspeita de determinada doença, colhendo-se ainda o material genético de seus familiares para fins diagnósticos ou até mesmo de aconselhamento (detecção de portadores, prognósticos, etc.). Neste ponto, advertem Matte e Goldim (1999), “muitas vezes os laboratórios mantêm as amostras armazenadas após a realização do teste sem que o paciente tenha conhecimento”. Aqui, no âmbito da iniciativa privada, o controle sobre eventual desvirtuamento do uso de material genético comporta complexidade de ordem prática, mas, ainda assim, até prova em contrário, não tem resultado em violação dos direitos da personalidade.

O quarto tipo de bancos de material genético, **os potenciais**, preleciona Matte e Goldim (1999), “é formado por qualquer coleção de tecido (...), inclusive cartões para *screening* neonatal (conhecido como “teste do pezinho”) e bancos de sangue, que são fontes de DNA, e portanto bancos em potencial”.

Côrrea (2010, p. 74), tendo em vista a diversidade de modelos de bancos e bases de dados genéticos, todavia, opta por uma definição ampla, nos moldes do relatório *Creation and Governance of Human Genetic Research Databases* da OCDE – Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico, ou seja: “qualquer coleção de amostras das quais podem derivar amostras genéticas e dados relacionadas (tais como genealógicos, clínicos, etc.) organizados de modo sistemático e usados para fins de pesquisa”. Esta definição, conforme observa a referida autora, “exclui, portanto, os bancos de dados genéticos destinados à investigação criminal”.

O exame de DNA como meio de investigação ganhou destaque nos meios de comunicação, tornando-se amplamente conhecido como método eficaz e seguro quanto ao resultado de determinação de paternidade, tornando-se proeminente frente ao método analítico e mesmo frente ao limitado exame hematológico, dado o caráter meramente excludente deste.

Destaca-se, também, e mui especialmente, o exame de DNA na identificação de suspeitos de crimes contra a dignidade sexual, de pessoas desaparecidas ou foragidas da Justiça, bem como de partes de cadáveres mutilados, carbonizados, em decomposição, esqueletizados ou destruídos quase completamente, como ocorre, por exemplo, em acidentes aéreos e desastres de todo tipo.

A realização do exame de DNA tem servido, outrossim, na busca por pessoas desaparecidas, oportunidade em que, diante de amostras vestígios, os familiares são convidados a fornecer seu material genético de forma evidentemente voluntária, cumprindo salientar que seus perfis genéticos jamais são utilizados para outras finalidades, consoante assegura o §2º do art. 5º -A- da Lei 12.037/2009 com a alteração feita pela Lei 12.654/2012.⁶

Também é utilizado o exame de DNA na identificação de pessoas foragidas da Justiça. Neste caso, a inexistência da amostra-referência praticamente inviabiliza o resultado.

Presta-se, ainda, o exame de DNA, a estabelecer uma vinculação entre suspeitos e locais de crimes, entre locais diversos onde tenham sido deixados vestígios de material genético, entre o instrumento usado na prática do delito e a vítima.

Naturalmente, quando reporta-se a material genético refere-se a análise sanguínea, esperma, saliva, urina, fragmentos de tecidos, pêlos, dentes, ossos, secreções e fluidos diversos coletados na cena do crime ou no corpo e indumentária da vítima. Pois bem, a partir destas amostras objeto de questionamento traça-se um quadro comparativo com as amostras-referência determinando-se eventual correspondência positiva. Neste sentido, acentua Bonnacorso (2008, p. 22):

A genotipagem forense se presta, no núcleo principal de sua finalidade, a estabelecer os correspondentes vínculos genéticos entre amostras-questionadas, vestígios de origem biológica desconhecida, e amostra-referência, de origem biológica conhecida, concluindo-se pela determinação da origem individual de cada vestígio e, a partir desse ponto e mesmo coligado a outros meios de prova, eventualmente reconstruir parcial ou totalmente a dinâmica do ato infracional.

Eis a finalidade, o sentido mesmo da existência, de um banco de perfil genético destinado a servir como um instrumento relevante na elucidação de crimes mediante a pronta identificação ou exclusão da autoria deliquencial questionada.

Não faz sentido algum, diga-se de logo, a existência de um banco de dados provisório com descarte do material genético como prevê a nossa legislação, contrariando a própria natureza ontológica de um banco, segundo a definição retromencionada, resultando em uma existência despropositada porque imprestável para o fim colimado, porquanto, assim sendo, inviabilizado restará o estudo comparativo do material genético.

Os biobancos, como devem ser, de um modo geral, “destinam-se, sobretudo, a servir como repositório de material para pesquisas futuras”, consoante assevera Côrrea (2010, p. 79). E, por conseguinte, com mais razão, um biobanco destinado a servir como instrumento de

⁶ Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

investigação criminal não pode sofrer limitação no seu armazenamento, inclusive de natureza temporal. Seria de igual inutilidade se assim se procedesse com relação à coleta das impressões digitais. Ora, se estas fossem descartadas periodicamente de que serveriam ao longo do tempo?

E, enquanto isso, no plano da iniciativa privada, temos em funcionamento biobancos que cumprem sua finalidade acumulativa para fins de estudos de natureza médica, o que é perfeitamente normal, não sendo o caso de se fazer exercícios de futurologia raciocinando-se pela exceção ao considerar que um banco de perfil genético prestar-se-á à implantação de um programa de eugenia para o mercado de trabalho ou para compor uma elite intelectual, como na obra cinematográfica *Gattaca: a experiência genética*⁷, produção estadunidense de 1997, do diretor Andrew Niccol.

2.2. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

As siglas DNA (*deoxyribonucleic acid*, em inglês) ou ADN (ácido desoxirribonucleico, em português) representam um composto orgânico cujas moléculas contêm as instruções genéticas que coordenam o funcionamento e o desenvolvimento de todos os seres vivos, transmitindo-lhes as características hereditárias. Os dados genéticos são responsáveis pela identificação e características dos seres humanos, estando presentes em todas as células do nosso organismo.

A estrutura do DNA foi descoberta conjuntamente pelo norte-americano James Watson e pelo britânico Francis Crick em de 1953 (WATSON, 2014, p. 12).

Competiu ao bioquímico suíço Johann Friedrich Miescher (Basel, 1844/ Davos, 1895), que trabalhava na Alemanha, a descoberta do DNA no século XIX (1869), deixando registrado, em 1893, a seguinte observação, segundo Watson e Berry (2005, p. 49):

"A hereditariedade garante, de geração a geração, uma continuidade de forma num nível ainda mais profundo que o da molécula química. Faz parte dos grupos atômicos estruturais. Nesse sentido, sou partidário da teoria da hereditariedade química".

⁷ O filme retrata um tempo futuro onde a reprodução humana é feita mediante seleção genética em laboratórios e as pessoas concebidas biologicamente são consideradas inválidas porque sujeitas a imperfeições, sendo discriminadas pelo Estado e pela Sociedade, que priorizam os "válidos", nascidos da combinação genética planejada. O título decorre, curiosamente, do acrônimo GATTACA, resultado da "ordenação de uma série de bases nitrogenadas que compõem o DNA: Guanina Adenina Timina Timina Adenina Citosina Adenina". (Fonte: Revista Galileu. São Paulo: Globo, n. 211, fev 2009, p. 48)

Diversos pesquisadores, ao longo desse percurso, também contribuíram, como costuma acontecer continuamente no campo da ciência, para o avanço dos estudos do DNA, dentre eles, ainda no século XIX, o austríaco Gregor Mendel (1822/1884), que realizou experiências sobre a hibridação das plantas e a hereditariedade entre os vegetais; os alemães Ludwig Karl Martin Leonhard Albrecht Kossel (1853/1927) e Richard Altmann (1852/1900); e a partir do início do século XX, o lituano Phoebus Levine (1869/1940), o estadunidense Walter Jacobs (1883/1967) e muitos outros, consoante se infere do quadro a seguir⁸:

1902	O norte-americano Walter Sutton e o alemão Theodor Boveri dão início à teoria cromossômica da hereditariedade.
1909	O dinamarquês Wilhelm Johannsen introduz o termo "gene" para descrever a unidade mendeliana da hereditariedade. Utiliza os termos "genótipo" e "fenótipo" para diferenciar as características genéticas de um indivíduo de sua aparência externa.
1915	O norte-americano Thomas Hunt Morgan e outros publicam o livro "O Mecanismo da Hereditariedade Mendeliana", no qual relatam experimentos com drosófilas e mostram que os genes estão linearmente dispostos nos cromossomos.
1949	O austríaco Erwin Chargaff descobre, nos EUA, uma relação quantitativa entre as bases do ADN: a proporção entre adenina e timina é sempre igual, e o mesmo ocorre entre guanina e citosina.
1950	Os norte-americanos Linus Pauling e Robert Corey identificam a estrutura molecular básica de proteínas. Eles propõem uma estrutura para o ADN com três cadeias helicoidais entrelaçadas (o modelo da tripla hélice).
1952	A britânica Rosalind Franklin obtém imagens de ADN, por difração de raios X.
1953	O norte-americano James Watson e o britânico Francis Crick decifram, em 7 de março, a estrutura de dupla hélice para o ADN e a publicam na revista "Nature" de 25 de Abril. Em 30 de maio, também na "Nature", Watson e Crick analisam as implicações genéticas de seu modelo e sugerem um mecanismo para a replicação do DNA.
1958	Os norte-americanos Matthew Meselson e Franklin Stahl confirmam a hipótese feita por Watson e Crick de que o ADN replica-se de maneira semiconservativa.
1972	O norte-americano Paul Berg obtém moléculas de ADN recombinante, unindo ADN de diferentes espécies e inserindo esse ADN híbrido em uma célula hospedeira.
1975	Grupos de pesquisa desenvolvem métodos de sequenciamento de ADN.
1976	Criada a primeira companhia de engenharia genética, a Genentech.
1980	A Suprema Corte dos EUA decide que formas de vida alteradas podem ser patenteadas.
1982	O primeiro animal (camundongo) transgênico é obtido nos EUA.
1983	Companhias nos EUA conseguem obter patentes para plantas geneticamente modificadas. É mapeado nos EUA o primeiro gene relacionado a uma doença, um marcador da doença de Huntington encontrado no cromossoma 4.

⁸ Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki>.

1985	Alec Jeffreys (inglês) descreve técnica de identificação que ficou conhecida como "impressão digital" por ADN.
1986	Plantas de tabaco geneticamente modificadas para se tornarem resistentes a herbicida são testadas em campo pela primeira vez, nos EUA e na França.
1988	Nos EUA, Philip Leder e Timothy Stewart obtêm primeira patente para um animal geneticamente modificado, um camundongo.
1989	Criação nos EUA do Instituto Nacional para Pesquisa do Genoma Humano (NHGRI), chefiado por James Watson, para determinar toda a sequência do ADN que compõe os cromossomas humanos.
1994	Liberação de tomate, primeiro alimento geneticamente modificado cuja venda é aprovada pela FDA.
1995	É obtida a primeira sequência completa de ADN de um organismo de vida livre, a bactéria <i>Hemophilus influenzae</i> .
1997	Nascimento da ovelha Dolly, primeiro mamífero clonado a partir de uma célula de um animal adulto pelo Instituto Roslin (Escócia). Mapa genético completo do camundongo.
2000	Pesquisadores do consórcio público Projeto Genoma Humano e da empresa privada norte-americana Celera anunciam o rascunho do genoma humano. No Brasil, pesquisadores paulistas anunciam o seqüenciamento do genoma da bactéria <i>Xylella fastidiosa</i> , a causadora da doença do amarelinho em cítricos. O artigo foi destacado na capa da revista "Nature".
2001	12 de fevereiro: anunciada a publicação da análise da sequência do genoma humano.
2003	Conclusão parcial da análise da sequência do genoma humano (PGH).

Não deixa de ser curioso observar que as descobertas mais relevantes neste campo foram feitas por dois jovens cientistas: os ácidos nucléicos, em 1869, por Friedrich Mieser, um médico suíço de apenas 22 anos de idade (BONACCORSO, 2008, p. 34); e a descrição da estrutura do DNA, tido como o mais importante trabalho da biologia no século XX, pelo estadunidense James Watson, de 24 anos de idade, juntamente com o britânico Francis Crick (então com 37 anos), em 1953 (WATSON, 2014, p. 33).

Historicamente, no que tange à identificação criminal, como bem salientado por Mendes (2013, pp.3-5) “o homem sempre buscou ampliar técnicas que pudessem individualizar o criminoso na sociedade”.

É consabido que muitas foram as formas empregadas aos longo da história para se marcar uma pessoa, estigmatizando-a com o fim de ser facilmente reconhecida como alguém que infringiu a lei, passando por amputações, ferro em brasa, tatuagens, etc, colmos, apenas como ilustração, o exemplo imposto pela Coroa Portuguesa em terras brasileiras no século XVI. Aqui lembrado como efeito meramente ilustrativo, não sendo o caso de alongar-se quanto a este aspecto com reminiscências a Cesare Lombroso e sua teoria determinista ou a

Güntther Jakobs, com sua teoria sobre o direito penal do inimigo, ou a Howard Becker com a teoria do etiquetamento ou “labelling approach”.

Quando Tomé de Souza fundou a cidade do Salvador, em 29 de março de 1549, teria trazido com ele, segundo a historiografia oficial, 400 degredados⁹ (homicidas, ladrões, bigamos, blasfemos, hereges, raptos, estupradores, contrabandistas, vadios e desocupados). Destes, alguns eram “ferrados”, ou seja, tinham sido postos a ferros; outros, desorelhados, não por acaso ou por crueldade, mas, por serem os mais perigosos, precisavam ser reconhecidos, eis que viveriam em liberdade no Brasil, consoante anota Bueno (2006, p. 69).

O historiador baiano Edison Carneiro (1980, p. 79), contudo, após minuciosa pesquisa sobre a expedição de Tomé de Souza, concluiu que “só há notícia certa de 62 degredados”. Infere-se que a diferença seria resultado de superfaturamento nas despesas com os degredados.¹⁰

Também refoge ao desiderato deste trabalho discorrer sobre tratamentos desumanos praticados ao longo dos tempos contra os acusados, culpados ou não, estes, aliás, mais vítimas do que aqueles, sendo desnecessário discorrer mais sobre esta faceta da humanidade.¹¹

2.3. INCURSÃO ÉTICA

Como se sabe, o ácido desoxirribonucléico (ADN) é o material genético nuclear dos seres humanos e está presente em todas as células do nosso organismo. Os dados genéticos identificam e caracterizam o indivíduo através de uma dotação genética própria e distinta dos demais seres, sendo reflexo de sua individualidade e de seu caráter personalíssimo. Daí o interesse na defesa da intimidade genética, que se define como o direito a determinar as

⁹ Também o historiador português Jorge Couto (1998, p. 240) reportando-se a obra NOTÍCIA DO BRASIL, de Gabriel Soares de Souza, ed. de Pirajá da Silva, vol. I, São Paulo, s.d. [1547], p. 245.

¹⁰ A quem possa interessar, contados um a um, entre as páginas 107 *usque* 120, da obra A CIDADE DO SALVADOR 1549: UMA RECONSTITUIÇÃO HISTÓRICA, de Edison Carneiro, do Governador Tomé de Souza ao mais reles habitante, entre altos funcionários, escrivães, sacerdotes soldados, “gente do mar”, ferreiros, pedreiros, serradores, serralheiros, telheiros, carvoeiros, cabouqueiros, pescadores e outros, dentre estes os degredados, apontados nominalmente, exceto as mulheres e os índios, que não foram registrados, Salvador, à época de sua fundação, possuía exatamente 422 habitantes.

¹¹ Recolho em Johan Huizinga (2013, pp. 33-35), na sua portentosa obra O OUTONO DA IDADE MÉDIA (estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos Países Baixos), cuja primeira edição é de 1919, a seguinte constatação: “O fim da Idade Média foi a época de ouro da justiça severa e da crueldade judiciária. Ninguém duvidava um instante que o criminoso merecia sua pena; todos ficavam profundamente satisfeitos quando o próprio príncipe ditava uma sentença. Volta e meia, o governo se lançava em campanhas de justiça severa, ora contra os ladrões e salteadores, ora contra as bruxas e feiticeiros, ora contra a sodomia. O que nos impressiona na crueldade judiciária do fim da Idade Média é menos a perversidade doentia que a alegria animal e embrutecida do povo, a atmosfera de quermesse. As pessoas de Mons compram o líder de um bando de ladrões a bom preço, para ter o prazer de esquartejá-lo, ‘com o que o povo ficou mais feliz do que se o corpo de um santo tivesse ressuscitado’ (...) A Idade Média ignora os sentimentos que tornaram nossa noção de justiça mais tímida e hesitante: a noção de atenuantes, a noção de falibilidade, a responsabilidade social, a ideia de emendar em vez de punir”.

condições de acesso à informação genética, conforme acentuam Hammerschmidt e Oliveira (2006, p. 434).

Ocorre, porém, que a informação genética, por sua característica hereditária, não obstante seu traço individual, e, antes mesmo, por constituir um patrimônio não apenas do indivíduo, mas de sua família, embora seja visto como um bem particular, em verdade, cuida-se de um patrimônio coletivo com trânsito no passado, no presente e no futuro¹². Assim é que o consentimento de um atinge a todos, o que retira do indivíduo, em certa medida, o exercício desse direito indistintamente, como se tratasse de uma questão individual, particular, personalíssima, por assim dizer.

Disso decorre, de um lado, que todo reclamo contra a dita violação de intimidade não diz respeito a uma pessoa, mas a um grupo, a rigor, não identificável à primeira vista. Noutra giro, em aparente conflito, nos deparamos com o interesse público em aparelhar a persecução penal com essa ferramenta científica capaz de elucidar a autoria delituosa, ou pelo menos excluir indigitado suspeito inocente, mediante o exame comparativo de material genético: o constante no banco de dados e o colhido na cena do crime ou no corpo da vítima.

Em outras palavras, presta-se o banco genético para fins de investigação criminal à mera identificação do autor de um crime, não sendo o caso de o material colhido ser destinado a outro fim, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade e conseqüente punição de quem violar a lei neste sentido.

Um outro aspecto relevante é o fato de que, de uma forma ou de outra, voluntariamente ou não, fornece-se material genético diretamente sempre que alguém é submetido a algum tipo de exame laboratorial e sem qualquer garantia de que esse material esteja sendo descartado.

Poder-se-ia dizer, então, pelo menos para aqueles que são suscetíveis às teorias conspiratórias, sempre pautadas em raciocínios desconexos com a realidade, ou pelo menos com um mínimo de substância probatória, que o artigo 4 da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, que prevê que “o genoma humano em seu estado natural não deve dar lugar a ganhos financeiros” também estaria sob constante risco de violação ante a fúria capitalista.

¹² Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, art. 1 - O genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade.

Em tese, inexistindo limite para imaginação, tudo é possível. Nessa linha da desconfiança sobre os lícitos e legítimos propósitos de uma política estatal de segurança pública na formação de um banco de perfil genético com vistas à identificação criminal, de modo que se converta em absurdo desvio para um programa de seleção genética ou de violação da intimidade genética para fins escusos, pode-se imaginar, ampliando o discurso paranóico, que as empresas privadas também poderiam adotar uma política eugênica para o mercado de trabalho, segundo seus interesses particulares sobre determinadas características do indivíduo a ser recrutado como mão de obra seletivamente.

Hipóteses sobre hipóteses, numa retórica que se resumirá a meros exercícios de ficção científica excludentes da democracia, pode-se imaginar todo tipo de limitação à liberdade onde o indivíduo praticamente nada representa. E nisso não haverá originalidade alguma, bastando que se consulte a literatura do gênero desde o início do século XX.

Mas, haveremos de lidar com conjecturas de toda ordem ou sobre um exame objetivo sobre a realidade? Por isso mesmo vem a lei para estabelecer limites à formação e funcionamento de um banco de perfil genético. E, como dito, um dos problemas de nossa lei que versa sobre o biobanco está justamente na fixação dos limites porque ora torna praticamente inútil a sua criação, quando ordena o descarte de material armazenado; ora, sem pudor legislativo algum, contrariando o princípio constitucional da não-auto-incriminação, torna compulsória a coleta de material genético a um certo grupo de indivíduos pela circunstância de já terem sido condenados, como se não fosse possível, nessa lógica distorcida, aos que venham a ter o material genético descartado, que não pudessem voltar a figurar como suspeito ou que não seja um reincidente contumaz. E, antes disso, como se fosse possível excluir o condenado da proteção constitucional.

Diante da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos¹³, no que nos interessa à defesa de uma perspectiva propositiva com vistas à alteração legislativa, com a implantação de um biobanco generalizado, indistinto para toda a população, como ocorre com a disponibilidade das digitais para identificação civil, bem como frente à mudança de paradigmas que possibilitem novas políticas institucionais e sociais, destamos o seguinte:

Artigo 6 - Ninguém será sujeito a discriminação baseada em características genéticas que vise infringir ou exerça o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana.

¹³ In www.ghente.org/doc_jurídicos/dechumana.htm

A toda evidência, o biobanco geral não importa em discriminação, pelo contrário, porquanto é destinado a todos, indistintamente. E, além disso, não se trata infringir os direitos humanos, mas de assegurar uma sensação de segurança pública. Refiro-me claramente a uma sensação de segurança e não a uma promessa de segurança efetiva porque aquela é o que se nos afigura possível, enquanto esta tem um caráter utópico na medida em que se apresenta como uma assertiva absoluta diante da vida que sempre comporta relativismo.

Entretanto, ainda que se apresente como um tigre de papel, na expressão da cultura chinesa repetida por Mao Tsé-Tung¹⁴, produz efeitos pedagógicos e de prevenção. Primeiro porque os resultados positivos que advirão com o emprego de métodos científicos na investigação criminal, com a utilização de um biobanco capaz de apontar autoria delituosa mediante coleta de material genético e sua consequente comparação com os dados arquivados previamente, demonstrará à sociedade o preparo e a eficácia do Estado para o inevitável enfrentamento com a delinquência, reduzindo-se o vergonhoso índice atual de impunidade por conta de investigações mal sucedidas e por vezes levadas a efeito de forma atabalhoada e quase amadorísticamente, remetendo-nos a todos à lição de Arthur Conan Doyle (2007, p. 788) por meio do seu alter ego Sherlock Holmes: “Não existe o crime perfeito. O que existe é uma investigação imperfeita”.

Murat (2012, p. 120), a propósito da conturbada Paris no início do século XIX, reproduz uma piada corrente à época: “- Sabe o que se passa? – Não. – Então, você é da polícia”.

A criminalidade deve ser investigada com inteligência, muito especialmente quando inteligente é, mediante uma cadeia de informações vinculativa, horizontal, conexa. E tanto melhor se servir como prevenção por refreiar impulsos que não são levados adiante por receio da efetividade da norma penal.

A bem da verdade, não se cogita de dignidade humana para quem vive, como é corrente em nossos dias para quem tem um mínimo de senso, sobressaltado, inseguro, por vezes angustiado com o triste quadro da ausência de segurança em nosso país. Neste ponto, convém lembrar que ao Estado compete promover o bem comum e harmonizar, na medida do possível, eventuais conflitos, pacificando-os, tanto quanto possível, com a prestação

¹⁴ A expressão tigre de papel, como a figura linguística sugere, diz respeito a alguma coisa aparentemente ameaçadora, mas em verdade inofensiva porque não é real, é mera representação de papel. Esta expressão, oriunda da cultura chinesa, tornou-se difundida depois de uma entrevista concedida por Mao Tsé-Tung, em 1956, à jornalista estadunidense Anna Louise Strong. Durante a entrevista o ditador chinês usou a metáfora “tigre de papel” para referir-se ao imperialismo dos Estados Unidos.

jurisdicional. Ou, pelo menos, dirimindo as lides. Não sendo possível, impor a manutenção da ordem e da paz públicas, o que não é possível fazê-lo senão com o emprego da força legitimada constitucionalmente com o poder de polícia. E nisso reside o aprimoramento dos meios de investigação criminal.

O direito à segurança, reiteramos, tem *status* constitucional e encontra-se amparado no caput do art. 5º da Carta Política de 1988, bem como no Título V, que trata “da defesa do Estado e das instituições democráticas”, no capítulo III, que versa sobre a segurança pública, no art. 144, como evidente “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”. E aqui, a toda evidência, não se trata de norma programática porque ou o Estado preserva a ordem e a paz públicas mediante uma política de segurança pública que funcione ainda que minimamente ou a convulsão social estabelecerá uma nova ordem, reorganizando-se o Estado e a sociedade. E até lá espera-se que o caos não se estabeleça, ainda que temporariamente, em nosso país porque sempre elevado é o custo material e humano.

Erigida a direito fundamental, a segurança pública é a base da possibilidade de coexistência pacífica, não sendo razoável que se contraponha às garantias fundamentais. Pelo contrário, o seu sentido é de natureza complementar, vale dizer, um direito fundamental não existe para excluir outro direito de igual estatura constitucional, ainda que comporte em determinadas situações a indispensável ponderação de valores.

Artigo 7 - Quaisquer dados genéticos associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de pesquisa ou para qualquer outra finalidade devem ser mantidos em sigilo, nas condições previstas em lei.

Neste ponto existe perfeita sintonia entre esta norma e o §2º do art. 5º-A- da Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, *in verbis*:

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

Evidente que o banco terá caráter sigiloso. A lei 12.654, de 28 de maio de 2012, já prevê isso no art. 5º-A, parágrafos 1º e 2º.

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

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou

promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

O problema é que nós, brasileiros, não nos reconhecemos como cidadãos e achamos que sempre haverá alguma burla à lei. Vem a propósito, a indefectível observação de Borges (1999, p. 37), adaptando-se o que se diz do argentino, porque perfeitamente adequado, para o brasileiro:

O argentino, ao contrário dos americanos do Norte e de quase todos os europeus, não se identifica com o Estado. Isso pode ser atribuído à circunstância de que, neste país, os governos costumam ser péssimos ou ao fato geral de que o Estado é uma inconcebível abstração; a verdade é que o argentino é um indivíduo, não um cidadão. O Estado é impessoal: o argentino só concebe relações pessoais. Por isso, para ele, roubar dinheiro público não é crime. Apenas constato um fato; não o justifico nem o desculpo.

Eis a gênese da nossa desconfiança endêmica frente à lei, quase sempre examinada de forma circunstancial, pontual, e não sistemática, sob o prisma constitucional, fonte de equívocos interpretativos ou de distorções próprias de teorias conspiratórias ou coisas do tipo, como se ainda vivêssemos sob a opressão de um regime ditatorial ou a um passo de um impensável retrocesso político, sonho dos fascistas e pesadelo dos democratas.

Este quadro, todavia, não encontra espaço na atual conjuntura geo-política internacional, menos por questões que digam respeito a uma evolução institucional e mais pelo custo que esses regimes de exceção representam para o mercado em um mundo globalizado em que as informações estão a fluir difusamente, tornando praticamente impossível sua proibição.

Artigo 8 - Todo indivíduo terá o direito, segundo a lei internacional e nacional, à justa reparação por danos sofridos em consequência direta e determinante de uma intervenção que tenha afetado seu genoma.

Consequência lógica. Do contrário, não faria sentido algum o caráter protetivo da legislação de regência. De qualquer forma, não se concebe como seria possível uma intervenção que pudesse afetar o genoma do indivíduo na hipótese de um biobanco para fins de investigação criminal. Portanto, uma vez coletado e armazenado o material genético, a única intervenção admissível é de natureza comparativa com o que venha a ser colhido do

suspeito, não sendo o caso de submetê-lo a procedimento que não se resume a uma simples coleta feita mediante o uso de um cotonete passado na boca do suspeito ou acusado, por exemplo. Nada complexo ou, como se diz atualmente, invasivo. Nada, absolutamente nada, que seja capaz de afetar o seu genoma.

Artigo 9 - Com o objetivo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, as limitações aos princípios do consentimento e do sigilo só poderão ser prescritas por lei, por razões de força maior, dentro dos limites da legislação pública internacional e da lei internacional dos direitos humanos.

Como compatibilizar a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais com a criação de um biobanco geral para fins de investigação criminal? O que, à primeira vista, como se fora um desafio lançado pela Esfinge¹⁵, afinal vencida por Édipo, como a dizer igualmente “decifra-me ou te devoro!”, apresenta-se como algo inelutável, na nossa concepção, afastadas as teorias conspiratórias e outras até mesmo com certo grau de paranóia política, trata-se de algo perfeitamente conciliável, dir-se-ia até, a essa altura, imprescindível justamente à proteção dos direitos humanos e sem qualquer violação das liberdades fundamentais, desde que, como não poderia ser diferente, devidamente submetida a criação e o funcionamento do banco de dados genéticos da população a normas definidas clara e objetivamente em lei, sob a égide do Estado de Direito, a exemplo do que já foi feito nos países nórdicos onde toda população encontra-se cadastrada em um biobanco de caráter permanente sem que isso implique em qualquer violação dos direitos humanos ou das garantias próprias das liberdades fundamentais.

O que se passa é que, conforme se pode observar, tal qual o armazenamento de nossas impressões digitais, o material genético, no caso específico de identificação para fins de investigação criminal, prestar-se-á a este único propósito, coibindo-se e punindo-se severamente eventuais distorções, a exemplo de uso indevido das informações genéticas para qualquer outra finalidade.

Por outro lado, a ninguém é dado desconhecer que os biobancos privados já são uma realidade com a finalidade de promoção de pesquisas médicas, submetidos, com todas as

¹⁵ “Ao chegar a Tebas, Édipo encontrou a Esfinge – um monstro híbrido de leão e mulher, que apresentava enigmas aos transeuntes e devorava os que não conseguissem responder-lhe. Costumava perguntar: ‘qual é o ser que caminha ora com dois pés, ora com três, ora com quatro, e que, contrariamente ao normal, é mais fraco quando usa o maior número de pés?’ Havia ainda um outro enigma: ‘há duas irmãs: uma gera a outra e a segunda é gerada pela primeira’. A resposta à primeira adivinha é o homem (porque o homem gatinha na sua primeira infância, desloca-se depois caminhando sobre dois pés, e apoiado a um bordão no declinar da vida). A solução para a segunda é ‘o dia e a noite’ (o substantivo *dia* é feminino em grego; por conseguinte, o dia é ‘irmã’ da noite) (GRIMAL, 1993, p. 149)

razões que se aplicam à espécie, às fronteiras éticas. Mas, essas também, o que não se deseja, podem ser ultrapassadas, eis que a toda e qualquer norma legal não passa de uma barreira imaginária entre a conduta vedada e o indivíduo.¹⁶ De maneira que o desvio de conduta é possível, eis que é próprio da natureza humana, mas seja privado ou seja público, a existência de um biobanco só se concebe sob o rigoroso controle do Estado.

Deve-se pensar, então, na relação de custo e benefício, em um e em outro caso. No primeiro, que existe para fins de pesquisas que proporcionarão o avanço evolutivo da medicina com incomensuráveis benefícios para a humanidade, o risco de desvirtuamento pode valer à pena, especialmente se existem mecanismos de correção de rumo e política de punição adequada dos ditos violadores das normas legais e éticas. Diversamente não ocorrerá com um biobanco geral destinado a servir de instrumento para a investigação criminal, sendo certo que os benefícios alcançados, de igual modo, são animadores para sua criação na medida em que proporcionar eficácia de resultados, sendo fator de redução considerável para os índices de impunidade, oferecendo à sociedade a tranquilizadora sensação de segurança.

Deve-se saber, por óbvio, que a vida não é absoluta. Deveríamos saber, outrossim, que, consoante acentua Zaffaroni (1995, p. 23), “dentro da relatividade do mundo, o ideal não legitima a perversão do real”. Em um mundo ideal, não existiria doenças nem crimes. No mundo real, uma e outra mazela não apenas existem, mas atingem graus de complexidade a exigir da ciência estudos e avanços constantes. E do Estado, como responsável por proporcionar o bem comum, providências efetivas, concretas, resguardados os princípios constitucionais democráticos, como é de se esperar.

Ora, se é possível dispor de uma ferramenta como um biobanco capaz de ser um valoroso auxiliar na elucidação de crimes, prestando-se, ainda, a produzir um efeito pedagógico com reflexos na prevenção da ocorrência de delitos, sem que isso importe, nem de longe, na violação dos direitos humanos e das garantias fundamentais, afigura-se incompreensível que ainda não exista no Brasil.

E não se faz referência, obviamente, ao biobanco criado timidamente, mas aquele que, por sua generalidade, não comporte questionamento sobre discriminações de tal ou qual ordem porque levado a efeito de forma indistinta para a população. Afinal, se o direito à segurança é um dos direitos humanos inafastáveis na relação cidadão-Estado, o biobanco multicitado é um instrumento imprescindível na sociedade hodierna para o alcance deste

¹⁶ Embora imaginária, projetada para o futuro, fora a muralha de Roma materializada no sulco delimitador da cidade feito no chão por Rômulo e ultrapassado por seu irmão gêmeo Remo, levando o primeiro ao fratricídio. “(...) Rômulo começou a demarcar o limite de sua cidade. Esta primeira demarcação é um fosso cavado por uma charrua puxada por dois bois. Remo, decepcionado por não ter sido favorecido pelo céu, zomba desta proteção tão facilmente superável e, de um salto, penetra no interior do perímetro que o irmão acabara de consagrar. Este, irritado pelo sacrilégio, desembainha a espada e mata Remo”, anota Grimal (1993, p. 406)

objetivo, sob pena de continuar-se lidando com a criminalidade do século XXI com aparelhamento da polícia judiciária da primeira metade do século XX.

Artigo 10 - Nenhuma pesquisa ou aplicação de pesquisa relativa ao genoma humano, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for o caso, de grupos de pessoas.

Artigo 11 - Não serão permitidas práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva de seres humanos. Os Estados e as organizações internacionais competentes são convidados a cooperar na identificação de tais práticas e a determinar, nos níveis nacional ou internacional, as medidas apropriadas a serem tomadas para assegurar o respeito pelos princípios expostos nesta Declaração.

As normas supracitadas, infere-se, não têm correlação direta com a criação de um banco de dados genéticos como ferramenta auxiliar na investigação criminal. Em todo caso, faz todo sentido tais proibições e preocupações.

Não vão tão distantes assim, afinal, as experiências nazistas nos campos de concentração do complexo Auschwitz-Birkenau, sob a direção de Josef Mengele, vulgo “O Anjo da Morte” (NYISZLI, 1980). George Steiner (2012, p. 98), afirmou que “até a época do nazismo, o inferno era um lugar imaginário: os crematórios de Auschwitz arraigaram os teológicos horrores medievais em terra firme e os despojaram de toda e qualquer literatura”.

Não sem razão, admitiu “Hans Frank¹⁷, Governador-Geral da Polônia, pouco antes de ser enforcado em Nuremberg em 16 de outubro de 1946: 'Mil anos passarão, e a culpa da Alemanha não será apagada’” (SHIRER, 1967, p. 9).

Entretanto, em matéria de atrocidades, para sermos justos, a Alemanha, diante da História, não está sozinha, embora possivelmente tenha sido o mais burocraticamente organizado dos infernos criados pelo homem.

Durante a Revolução Francesa, por exemplo, em meio à profusão das execuções da pena de morte, objetivando-se, ironicamente, dar-se tratamento igualitário aos infelizes condenados pena fúria sanguinária do insano fervor revolucionário, criou-se a guilhotina, a qual, mesmo sendo um dispositivo que proporciona, segundo a ideia do seu inventor, morte

¹⁷ O jornalista Howard K. Smith, da CBS, foi testemunha ocular dos últimos momentos de Hans Frank diante da execução da pena capital: “Ele foi o único dos condenados a entrar na câmara com um sorriso em seu semblante. Apesar de nervoso e de engolir em seco seguidamente, esse homem, que havia se convertido à fé católica romana após sua prisão, parecia aliviado com a perspectiva de expiar sua culpa por seus atos demoníacos. Ele respondeu calmamente à chamada de seu nome e quando perguntado se tinha alguma última declaração a fazer, disse numa voz que era quase um suspiro: "Eu agradeço pelo tratamento que tive durante o cativeiro e peço a Deus que me receba em sua piedade" (KAHN, 1973, p. 155).

rápida e indolor, durante o período do Terror, gerou macabros espetáculos com suas execuções diárias e públicas.

Aqui cabe uma correção. O verdadeiro inventor da guilhotina foi o médico Antoine Louis em 1792, daí porque era chamada, inicialmente, de Petite Louison ou Louisette. Coube, entretanto, ao Deputado na Assembléia Constituinte, também médico, Joseph Ignace Guillotin, a ideia de estabelecer igualdade nas execuções da pena capital.

E, ao contrário do que se diz comumente, Joseph Guillotin, que foi um dos fundadores da Academia de Medicina de Paris, não morreu na guilhotina e sim de causas naturais. Um outro médico de Lion, com o mesmo sobrenome é que foi guilhotinado. Antoine Louis, por sua vez, cirurgião renomado, foi secretário perpétuo da Academia de Cirurgia da França (MURAT, 2012, p. 55).

O temor de que as atrocidades nazistas do passado sejam repetidas no futuro não correspondem a um risco efetivo no presente. E, embora seus meros sinais agitados por extremistas devam ser combatidos imediata e rigorosamente, não se vislumbra, no mundo de hoje, a menor possibilidade de que tenham espaço para prosperar.

Não há, deve-se enfatizar, qualquer apoio na realidade o temor de que um banco geral de dados genéticos tenha sua finalidade exclusivamente como meio de investigação criminal deturpada, a ponto de colocar em risco os direitos humanos ou as garantias constitucionais de liberdade ou resulte na queda do Estado de Direito para instauração de um regime totalitário que defenda a seleção genética como meio de criação de uma nova humanidade ou coisas igualmente absurdas.

Ora, admitindo-se, apenas para não fugir do debate, a ocorrência de um retrocesso político institucional capaz de possibilitar a retomada de um regime ditatorial, certamente isso não advirá pela via da criação de um biobanco. E se o impensável acontecer, vencida a democracia, nada impedirá a criação de um biobanco, agora sim, sem qualquer limitação ética, humanitária ou que não passe por cima dos direitos humanos e das garantias relativas às liberdades, os direitos de personalidade e questões afins em um cenário onde a palavra democracia será uma vaga lembrança sob o império da força apoiado, claro, em outra “constituição” ou coisa que o valha num arremedo de legitimação do novo regime político. Mas isso é tão provável de acontecer quanto a colonização humana de outros planetas fora do sistema solar.

todos, com a devida atenção para a dignidade e os direitos humanos de cada indivíduo.

b) A liberdade de pesquisa, que é necessária para o processo do conhecimento, faz parte da liberdade de pensamento. As aplicações das pesquisas com o genoma humano, incluindo aquelas em biologia, genética e medicina, buscarão aliviar o sofrimento e melhorar a saúde dos indivíduos e da humanidade como um todo.

Faz todo sentido as normas supracitadas, guardando harmonia inclusive a criação do biobanco nos moldes que se propõe, o que, por certo, também servirá para promover saúde em sentido amplo, considerando que a multicitada sensação de segurança servirá até mesmo para reduzir a angústia, o sobressalto e a apreensão dos quais, de uma forma ou de outra, mais dia, menos dia, todos acabam figurando como vítimas.

Artigo 17 - Os Estados devem respeitar e promover a prática da solidariedade com os indivíduos, as famílias e os grupos populacionais que são particularmente vulneráveis a, ou afetados por, doenças ou deficiências de caráter genético. Eles devem fomentar pesquisas "inter alia" sobre a identificação, prevenção e tratamento de doenças de fundo genético e de influência genética, em particular as doenças raras e as endêmicas, que afetam grande parte da população mundial.

Artigo 18 - Os Estados devem envidar todos os esforços, levando devidamente em conta os princípios expostos nesta Declaração, para continuar fomentando a disseminação internacional do conhecimento científico relativo ao genoma humano, a diversidade humana e as pesquisas genéticas e, a esse respeito, para fomentar a cooperação científica e cultural, especialmente entre os países industrializados e os países em desenvolvimento.

O tempo hodierno, não obstante os infundáveis conflitos que grassam a África e o Oriente Médio, requer solidariedade e cooperação internacional, inclusive para o encontro das soluções pacíficas das divergências entre os povos.

Noutra banda, no âmbito nacional brasileiro, tratando-se de material genético relativo a enfermidades de comunicação compulsória¹⁸, o médico tem o dever de fazê-lo, sob pena de incorrer no crime de omissão de notificação de doença¹⁹. E, neste caso, obviamente, a privacidade do paciente é o que menos importa ante a premência do interesse da saúde pública.

¹⁸ A Portaria 104, de 25.01.2011, do Ministério da Saúde, define as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme o disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005), a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo território nacional e estabelece fluxo, critérios, responsabilidades e atribuições aos profissionais e serviços de saúde.

¹⁹ Código Penal. Art. 269 – Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Diz-se que o direito à intimidade genética está albergado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o que é certo. Mas, não menos certo é que este mesmo princípio apresenta-se em primeiro plano em defesa do direito à vida, à segurança.

A lei de regência não ignorou os aspectos éticos sobre o tema, consoante se infere do art. 5º-A- e seus parágrafos.

Primeiro cuida para que “os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal”.

Segundo, o que se nos apresenta mais importante, assegura que “as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos”.

Terceiro, em norma igualmente relevante, “os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial”.

Finalmente: “as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado”. E com isso exclui a possibilidade, ao contrário de outras perícias, que o perito não tenha capacitação específica, conforme previsão do Código de Processo Penal (art. 159, §1º)²⁰, mui especialmente considerando o temerário advérbio preferencialmente contido na norma em questão.

Em síntese, de tudo quanto analisamos, exsurge uma constatação cardeal: da perspectiva ética, observadas as restrições legais que estabeleçam limites com o fim de zelar pelo respeito aos direitos humanos e às garantias constitucionais atinentes à espécie, não há que se falar em conflito entre estes e a criação de um biobanco de natureza geral, instituído indiscriminadamente, a fim de atender de forma eficaz ao objetivo exclusivo de servir como instrumento para a investigação criminal, alastrando a sensação de segurança, seja por sua mera existência, dado o seu caráter de prevenção, seja pelos resultados positivos que advirão na elucidação de crimes, reduzindo drasticamente a impunidade, e também na exclusão de

²⁰ “Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior **preferencialmente** na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame” (grifo nosso)

inocentes que figurem como suspeitos, tudo como parte do esforço na busca da verdade processual capaz de possibilitar melhor distribuição de justiça.

2.4. PERSPECTIVA FILOSÓFICA

Importa saber se a Lei nº 12.654/2012, que anuncia no seu preâmbulo que “altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências”, afinal, é adequada e útil ao fim a que se propõe ou se ratifica a máxima de Montesquieu (1979, p. 385): “as leis inúteis abolem as leis necessárias”.

Na verdade, o processo legislativo não anda em linha reta. Nem costuma tratar de forma sistemática os objetos da normatização, mas, quase sempre, de forma pontual e casuística. Diversos são, invariavelmente, os interesses em torno da edição de uma lei, muitos deles inconfessáveis, o que nos remete a um aforismo atribuído a Otto von Bismarck a partir de 1930 e depois a Winston Churchill, mas que teria origem em um artigo publicado em 29 de março de 1869 no *The Cleveland Daily Herald* da autoria de John Godfrey Saxe (SHAPIRO, 2008): “as leis, como as salsichas, deixam de inspirar respeito na medida em que sabemos como são feitas”. A frase, no entanto, atribuída a Otto von Bismarck (1815/1898) e depois a Winston Churchill (1874/1965) tem sido difundida nos seguintes termos: “se as pessoas soubessem como são feitas as salsichas e as leis, não comeriam as primeiras e não obedeceriam às segundas”.

Há quem tema que a criação de um banco de dados genéticos, ainda que destinado a servir como instrumento na investigação criminal, culmine na violação da dignidade da pessoa humana, mormente quanto aos direitos da personalidade, como se o Estado Democrático, da noite para o dia, se transmudasse em um Estado Totalitário.

Ocorre que a leis que regulamentam a coleta e o armazenamento de material genético cuida em estabelecer limites para a utilização do perfil genético, conforme demonstrado. Qualquer desvio de conduta nesta seara importará em ilegalidade, justamente submetida ao crivo do Estado de Direito.

De qualquer sorte, na pior das hipóteses, acaso a democracia venha a ser extirpada como já aconteceu ao longo da história de nossa república, cenário completamente esdrúxulo e improvável nas atuais conjunturas nacional e internacional, o que menos vai importar, diante do risco iminente à própria vida daqueles que oferecerem resistência a um descontrolado

regime de exceção, será a utilização desvirtuada de um banco de dados genéticos, exceto se se prestar a uma política genocida de eugenia.

Mas, aí qual seria o critério dessa raça de super-homens, sabido que somos uma nação de mestiços²¹ e que, a bem pensar, a miscigenação mundial refuta a ideia estapafúrdia da pureza racial, que tanto custou em crimes contra a humanidade no delírio nazista? Esse receio paranóico, por conseguinte, não pode ser levado a sério porque anacrônico e despropositado.

O risco do surgimento de um Estado Totalitário não advém da criação de um banco de perfil genético, mas do aparelhamento de um governo por um partido, confundindo-se e fundindo-se; da confusão entre um partido hegemônico e uma política de Estado; e dessa política com uma nação. Já vimos este filme na Alemanha sob o domínio do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães e, quero crer, estamos atentos para que isso não ocorra de novo em qualquer país, ainda que se assista, num ou noutro ponto, violações de direitos humanos em regimes que desprezam a democracia e até mesmo em anomalias isoladas dentro desta mundo afora.

O que um banco de perfil genético se propõe é justamente contribuir de forma mais segura nas investigações criminais, inclusive em delitos contra a organização do Estado Democrático de Direito.

Pois bem, admitindo-se um conflito de interesses entre a instrumentalização científica do Estado com vistas à inevitável persecução penal e eventual relativização de direito à privacidade de informações do indivíduo, o que não vislumbramos porque o perfil genético só deverá ser utilizado para fins de investigação criminal, defendemos a prevalência da primeira hipótese porque resulta em benefício à segurança de todos. E, em verdade, a privacidade não se presta emprestar imunidade criminal. Tanto assim que o nosso sistema prevê hipóteses de quebra dos sigilos de comunicação, bancário, fiscal, inclusive com medidas invasivas como a busca e apreensão domiciliar de coisas e pessoas.

A ninguém é dado desconhecer, ignorar e muito menos afrontar os princípios constitucionais que albergam os direitos humanos e as garantias fundamentais. Se isso é certo, também o é que há certa banalização na invocação desses princípios, prestando-se a justificar quase tudo, a pretexto de conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais, como se fosse um mantra jurídico capaz de sacralizar qualquer argumentação, mormente se desconexa com a realidade. Neste sentido, bem assinala Barretto (2013, p. 23):

²¹ RIBEIRO, Darcy. **Mestiço é que é bom**. Rio de Janeiro: Revan, 1997. Querendo com isso dizer que bom mesmo é a diversidade, o respeito ao outro diferente, a solidariedade, e não o estranhamento.

Na verdade, o fetiche dos direitos humanos apresenta na modernidade duas faces: uma face simbólica, libertadora e redentora dos seres humanos; e outra face dogmática, formalista e na sua arrogância de tudo abranger limitadora do aperfeiçoamento da sociedade

Ocorre que, consoante enfatiza o referido autor em sua obra *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*, a expressão direitos humanos é o resultado de uma combinação entre a lei e a moralidade e reporta-se, em síntese, desde o século XVIII, o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei, à segurança, à liberdade de expressão, o acesso à educação e o direito à participação política. Como exercer esses direitos sem que o Estado assegure a segurança?

A rigor, não se concebe qualquer exclusão. Não se pretende o estabelecimento da perversa dicotomia imposta pela Guerra Fria entre dois mundos inconciliáveis e incompletos: o pão comunista sem liberdade e a liberdade capitalista sem o pão. O que se busca é pão e liberdade, natural e justo anseio, não obstante a desconfiança da cultura pós-moderna. Nesse compasso, SOARES (2010, p. 63) destaca lucidamente:

A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas de liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. [...] A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno. A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluida e incerta.

Em apertada síntese, “a liberdade sem segurança não assegura mais firmemente uma provisão de felicidade do que segurança sem liberdade” (BAUMAN, 1998 *apud* SOARES, 2010, p. 63).

Diz-se que a criação de um banco de perfil genético, por si só, seja generalizado, como propomos, ou específico, limitado e nati-morto, como prevê a nossa legislação atinente à espécie, fere os direitos da personalidade e, em última análise, a dignidade humana. Ocorre que a mera referência à dignidade humana é insuficiente para determinar a incidência de um dano de tal magnitude, como, aliás, assevera Schreiber (2013, p. 126), *in verbis*:

Se, por um lado, a seleção dos interesses merecedores de tutela não pode, especialmente no que diz respeito às lesões da personalidade, ser guiada por categorias rígidas pré-estipuladas pelo legislador, claro está que tampouco pode tal seleção operar-se à luz da simples referência nominal ao valor constitucional da dignidade humana.

Por isso mesmo, o temor hipotético de violação dos direitos inerentes à dignidade humana por conta da criação e implementação de um banco de perfis genéticos a serviço da investigação criminal não encontra apoio na conjuntura própria do Estado de Direito e seu sistema de adequação legal aos princípios fundamentais da Constituição Federal.

E, no entanto, muito provavelmente, a resistência à criação de um bando de perfis genéticos nos moldes propostos, injustificadamente, ao argumento de defesa dos direitos da personalidade, dos direitos humanos e das garantias fundamentais protegidos pela Carta Política de 1988, está lastreada em uma premissa falsa e, por conseguinte, só pode gerar uma conclusão equivocada²². A premissa falsa é desconsiderar que o Estado de Direito no Brasil não seria capaz de estabelecer normas rígidas de controle na utilização do biobanco destinado às investigações criminais, coibindo e evitando eventuais distorções.

Não se está a propor coisa diversa, evidentemente, e nem o indesejável desvio de conduta acaso levado a efeito na utilização do biobanco, aliás fato que só vislumbramos em escala individual, produzirá um mundo como o descrito na obra “Nós”, de Zamiatin (2004), escrita entre 1920 e 1921, que acabou inspirando “Admirável Mundo Novo”, escrito em 1932 por Aldous Huxley, e 1984, de George Orwell, em 1949.

Em “Nós”, que é um libelo contra o totalitarismo, Zamiatin (2004) nos fala das causas e de como se engendra e se leva a efeito uma revolução no futuro, numa sociedade onde seus membros vivem confinados entre muros e são permanentemente vigiados pelos “Guardiões”, agentes do Estado. No mundo de “Nós”, as pessoas habitam casas de paredes de vidro, não têm privacidade, têm números e não nomes, e são obrigadas a reverenciar o “Benfeitor” e sua “Máquina”. Tudo é controlado pelo “Estado Unificado”, desde a execução de trabalhos mecânicos até seus encontros íntimos, que são impessoais, com horários e locais previamente programados e só podem acontecer entre os “números” (indivíduos) previamente registrados. Um mundo aterrorizante no qual toda e qualquer manifestação de liberdade é suprimida.

Deixando a ficção de lado, o mundo real já produziu, apenas para ficarmos nos limites do século XX, genocidas de toda ordem, tais como Adolf Hitler (FEST, 2005), (SHIRER, 1967); Josef Stalin, cujo nome é Iosef Djugashvili, mas adotou o pseudônimo Stalin, que significa “homem de aço”²³ (VOLKOGONOV, 2004), (KOESTLER, 1987) Mao Tsé-Tung (HOLLYDAY e CHANG, 2006), Pol Pot (GUIRELLI, 2004), e outros.

²² Por vezes, até premissas verdadeiras podem conduzir a uma conclusão falsa, desde que distorcida propositadamente como acontece com os exercícios de sofisma, v.g.: a) “cachorro é mamífero; gato é mamífero. Logo, cachorro e gato são a mesma coisa”; b) “Deus é amor; o amor é cego. Steve Wonder é cego. Logo, Deus é Steve Wonder”.

²³ Curiosa “mitologia comunista”: “Vladimir Ulyanov adotou *Lênin*, derivado do rio Lena, da Sibéria, onde esteve exilado, enquanto Leon Bronshtein assumiu o nome de um de seus guardas na prisão e virou *Trotsky*. Parece que alguns adotaram nomes para criar imagem: por exemplo, Vyacheslav Skyrabin acabou *Molotov*, o ‘Martelo’, ao passo que Lev Rosenfeld tornou-se *Kamenev*, ‘Homem de Pedra’, e Iosef

Agora mesmo, e não há risco algum de erro em afirmar-se tal coisa, várias violações de direitos humanos acontecem mundo afora. Mas, dando-se tratamento mais específico à questão, tratando de situações que deveriam ser objeto de discussão permanente e providências efetivas na ONU, dentre outras mazelas que se desenvolvem na África ou no Oriente Médio, quem haverá de esquecer dos prisioneiros de Guatánamo, encarcerados sem direito a um julgamento justo? KHAN (2008, p. 280), com seu Diário de Guatánamo – os detentos e as histórias que eles me contaram – nos remete a uma triste constatação:

É fácil tratar mal alguma coisa chamada número 1154. É fácil raspar-lhe a barba, chutá-lo para um lado e para outro como a um objeto, cuspir nele ou fazê-lo chorar. É mais difícil praticar tais abusos quando o 1154 tem identidade: Dr. Ali Shah Mousovi, um pediatra que fugiu do Talibã, que trabalhou para as Nações Unidas e encorajava os afegãos a participar e votar na nova democracia. É mais fácil difícil odiar o 1154 quando você percebe que ele é mais parecido com você do que diferente. É fácil olhar listas de números. E há centenas deles.

Tratar presos ou prisioneiros por um número não foi uma inovação infeliz dos Estados Unidos em Guatánamo. Apenas para ficarmos nos exemplos emblemáticos, os nazistas assim tratavam os judeus confinados nos campos de concentração, inclusive os números eram tatuados nos braços das vítimas. Ironicamente, os nazistas condenados em Nuremberg também eram chamados pelo número que traziam às costas, mas sem tatuagem nem maus tratos. O número era fixado no uniforme. Na pele ou no uniforme, o número acaba marcado na alma.

Na Prisão de Spandau, situada na antiga Berlim Ocidental, demolida em 1987, após a morte do seu último preso, Rudolf Hess, confirma Steiner (2012, p. 96) em ensaio sobre Albert Speer (que cumpriu vinte anos de reclusão em regime fechado do primeiro ao último minuto), arquiteto e ministro de armamentos e produção de Guerra de Adolf Hitler, que “os prisioneiros nunca eram tratados pelo nome – apenas pelo número que traziam nas costas -, pois chamar um homem pelo nome é honrá-lo em sua humanidade”.

E negar humanidade é exatamente o que se faz em Guatánamo contra os prisioneiros. Contudo, o que é mais preocupante em Guatánamo é a sua mera existência como meio de burlar os princípios constantes na Constituição dos Estados Unidos, que, teoricamente,

Djugashvili escolheu *Stalin*, o ‘Homem de Aço’, (...) a quem Trotsky, depois de expulso da União Soviética, definia como “a mais marcante mediocridade de nosso partido”. Os de origem judia, ao adotarem nomes russos, buscavam, além do anonimato dentro do movimento revolucionário, ocultar sua origem étnica “em face da força policial anti-semítica” (VOLKOGONOV, 2004, p. 9 e 19)

deveriam preservar os direitos humanos, as garantias de que toda e qualquer pessoa tem direito a um julgamento imparcial com acusação certa²⁴ e exercício da ampla defesa.

Para quem está preso em Guatánamo o fornecimento de material genético, voluntária ou involuntariamente, é um detalhe completamente irrelevante. Está preso sem acusação formal e sem direito a exercer sua defesa livremente perante um Tribunal imparcial, sim, é tudo o que importa e não acontece.

No final de junho de 2004, segundo Khan (2008, p. 19), “a Suprema Corte estabeleceu que os prisioneiros da Baía de Guatánamo tinham de ter acesso às cortes dos EUA para questionar o encarceramento deles”. Isso, porém, desgraçadamente, não tornou possível a realização de um julgamento aberto, justo, público e imparcial para nenhum deles, mormente para os 14 (quatorze) presos denominados de “alto valor”. Estão condenados a permanecer excluídos do mundo, ainda que estejam sob a jurisdição, de uma forma ou de outra, conforme decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, da democracia americana.

Portanto, se querem uma causa, uma motivação real para lutar em nome dos direitos humanos, Guatánamo deveria ter preferência. Guatánamo é a vergonha do nosso tempo, expressão da doutrina da “*indefinite detention*” por meio da qual uma sociedade que se diz livre e democrática viola os mais elementares princípios do Estado de Direito, ao utilizar métodos que a desqualifica.

Tudo isso nos remete a uma breve reflexão sobre o que vem a ser a democracia desde a criação genial dos atenienses com a participação direta do cidadão sobre os assuntos do Estado até a representatividade questionável sob vários aspectos e sujeita a inumeráveis distorções quanto a sua efetiva correspondência.

Invoca-se a democracia que se perfaz na tolerância das diferenças, no combate às injustiças de toda ordem, na supremacia do Estado de Direito. Da democracia que sai do mundo metafísico das idéias sobre sua concepção para ser exercitada no confronto cotidiano entre os nossos deveres e os nossos direitos frente ao Estado, do qual somos cidadãos e não vassalos. Vem a propósito a seguinte frase de Montaigne, citado por Sábato (2005, p. 105): “Os príncipes me dão muito se não me tiram nada, e me fazem bastante bem quando não me fazem nenhum mal”.

²⁴ No Brasil, durante a Ditadura Vargas, ocorreram muitas prisões sem acusação formal, apenas porque o indivíduo supostamente representava um risco à ordem constituída, como no caso do escritor Graciliano Ramos, o que causou sérios problemas ao exercício da defesa patrocinada pelo advogado Sobral Pinto. Com refinado humor, dando prova de sua superioridade mental, Ramos (1982, p. 34) proclamou logo no início das suas Memórias do Cárcere: “certos escritores se desculparam de não haverem forjado coisas excelentes por falta de liberdade – talvez ingênuo recurso de justificar inépcia ou preguiça. Liberdade completa ninguém desfruta: começamos oprimidos pela sintaxe e acabamos às voltas com a Delegacia de Ordem Política e Social, mas, nos estreitos limites a que nos coagem a gramática e a lei, ainda nos podemos mexer”.

Com efeito, a democracia assume um significado que vai muito além do conceito quase meramente aritmético dos antigos gregos, como se a vontade da maioria pudesse desconsiderar os sagrados direitos das minorias a uma vida condigna. Afinal, todos, indistintamente, temos direito à felicidade; a melhorarmos o nosso presente, a inventarmos o nosso futuro, a progredirmos na vida, a nascermos de novo a cada morte que a vida nos impõe. “Na verdade, apenas vivemos por causa desta partícula de sonho que colocamos sobre o real”, como salienta José Ingenieros (2002, p. 01).

Não é a democracia, por conseguinte, a reprodução de um discurso vazio, mera figura de retórica, como por vezes, de forma canhestra, interpreta-se a declaração de Abraham Lincoln (1986, p. 793) em Gettysburg, de que se trata do “governo do povo, pelo povo e para o povo”. A propósito, Maurice Duverger (1970, p. 259) assinala que “nunca se viu e nunca se verá um povo governar-se por si mesmo”. Talvez o cientista político francês tenha concluído por esta impossibilidade inspirado no suíço Jean-Jacques Rousseau (1978, p. 142), que sentenciou no Contrato Social: “Se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente”. Há, ainda, a visão fatalista de Winston Churchill, (1975, p. 46) ao acentuar que “a democracia é a pior forma de governo, excetuadas todas as demais que têm sido experimentadas de tempos em tempos”. E o ceticismo de Millôr Fernandes (1994, p.122) ao provocar afirmando que “democracia é quando a gente manda nos outros. E ditadura é quando os outros mandam na gente”. E, ainda: “Só haverá democracia no dia em que tivermos voto a favor, voto contra e voto retroativo”.

Diante de tanta ambigüidade conceitual, não foi sem razão que, em maio de 1949, Sérgio Buarque de Holanda²⁵ fez parte de um comitê internacional convocado pela UNESCO, em Paris, para exame, esclarecimento e síntese dos diferentes significados atribuídos à palavra "democracia", e não sendo este o espaço para uma discussão mais ampla sobre o tema, concluímos, pragmaticamente: democracia não é fazer com que as pessoas sejam iguais, mas dar oportunidades iguais para que as pessoas possam ser diferentes²⁶.

Noutro giro, também deve-se dar por satisfeito com o conceito apresentado pelo Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (SIDOU, 2006, p. 263), desejando-o mesmo:

²⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Introdução à Democracia*. Artigo publicado pelo jornal A Folha da Manhã, São Paulo, terça-feira, 18.09.1951. Durante muito tempo, Chico Buarque de Holanda foi apenas o filho do historiador Sérgio. Há quem pretenda, agora, referir-se a Sérgio como se fosse apenas o pai de Chico.

²⁶ Em matéria penal, por exemplo, não queremos a balela da ressocialização do indivíduo, mas a socialização do meio.

DEMOCRACIA. S.F. (Gr. Demokratia). Dir. Polit. Governo do povo expressado na maioria política, assentado nos princípios da liberdade e igualdade, e em que a representação popular das minorias é assegurada por plena fiscalização e crítica.

Para tanto, depreende-se, o exercício da cidadania deve ser posto em prática de forma mais efetiva, não se limitando ao mero momento simplório do voto, mas com a participação ativa nos assuntos da vida pública.

Com toda razão, o estadista ateniense Péricles (495 a.C. a 429 a.C.) usava o termo pejorativo *idiotes* para designar o cidadão que não participava da vida pública (CANTÚ, 1951, vol. II, p. 364). Etimologicamente, anota o historiador Isidor Stone (1989, p. 112), a palavra grega *idiotes* é a origem de nosso termo “idiota”, mas na época não designava incapacidade mental, daí a tradução de *idiotes* como sendo inútil.

Fustel de Coulanges (1971, p. 412) em sua portentosa obra *A Cidade Antiga*, escrita em 1864, anota o seguinte sobre o direito ao voto em Atenas e Roma:

O pobre tinha igualdade de direitos. Mas certamente os seus sofrimentos diários lhe fariam pensar ser muito preferível a igualdade das fortunas. Ora, o pobre não levou muito tempo sem compreender que a igualdade, que tinha, podia servir-lhe para adquirir a que não tinha, e para, senhor dos sufrágios, poder tornar-se também senhor da riqueza.

Começou por desejar viver do seu direito de sufrágio. Fez-se pagar para assistir à assembléia, ou para julgar nos tribunais. Quando a cidade não era suficientemente rica para prover tais despesas, o pobre inventou outros recursos. Vendia o seu voto e, como as ocasiões de votar eram frequentes, o pobre podia viver destas transações. Em Roma, fazia-se este comércio regularmente e em pleno dia. Em Atenas encobria-se mais a troca. Em Roma, onde o pobre não fazia parte dos tribunais, vendia-se como testemunha. Em Atenas, como juiz. Tudo isto não tirava o pobre da sua miséria, e lançava-o na degradação.

A degradação, ao longo dos séculos, sofreu metamorfoses de toda ordem e espécie, apresentando-se nos dias que correm em nosso país disfarçada de políticas de cunho, aparente e exclusivamente, social. O abuso do poder político, o abuso do poder econômico e a captação ilícita de sufrágio continuam contaminando a legitimidade das eleições no Brasil. Mas, esse é outro tema que refoge aos limites deste modesto trabalho.

Uma outra miséria do nosso tempo são os campos de concentração da Coreia do Norte. E, não obstante, a perversidade de sua existência, “mal alfinetam a consciência coletiva do mundo” (HARDEM, 2012, p. 31). Para esses campos de trabalhos forçados, a maioria dos norte-coreanos é enviada sem processo judicial e muitos morrem sem saber do que são acusados. “A culpa por associação é legal na Coreia do Norte. Muitas vezes um transgressor é preso com os pais e os filhos”, denuncia Hardem (2012, p. 24). Quem se importa? A ONU?

Para Morin (2013, pp. 22 e 176), “a ONU não possui senão uma fraca autoridade e uma fraca legitimidade. (...) Quanto à competência de uma instância de justiça internacional efetivamente planetária, ela permanece uma promessa piedosa”.

Por essas e outras é que o Direito Internacional pode ser definido como sendo o direito que com o qual ou sem o qual o mundo continua tal e qual.

No campo de concentração número 14, na Coréia do Norte, as prisioneiras são tratadas habitualmente por “putas”; os prisioneiros do sexo masculino são chamados em geral de “filhos da puta” (HARDEM, 2012, p. 37). E isso é o mínimo do tratamento desumando e degradante a que são submetidos.

Noutra perspectiva, não se deve encarar a proposta de criação de um banco geral de perfis genéticos com o mesmo espírito retrógrado similar ao que proporcionou os desmandos que provocaram a Revolta da Vacina, em 1904, no Rio de Janeiro, então Capital Federal, transmutando uma medida necessária, útil e indispensável à saúde pública em uma convulsão social e política.

A revolta popular foi alimentada por mentiras, de um lado, por quem era contra a vacinação, espalhando o boato de que as mulheres deveriam ficar nuas diante dos vacinadores, a fim de que a vacina contra a varíola fosse aplicada nas suas partes íntimas (SEVCENKO, 2003, p. 33); e, por outro, por uma conduta abusiva dos agentes públicos encarregados da vacinação, que invadiam as casas e vacinavam as pessoas à força. Resultado: entre 10 e 16 de novembro de 1904, o Rio de Janeiro tinha se transformado numa praça de guerra, levando o governo de Rodrigues Alves a declarar estado de sítio. Saldo: 200 mortos, 110 feridos, centenas de presos, muitos desterrados para o Acre (LOPEZ; MOTA, 2008, p. 577).

O problema não estava na vacinação em si mesma, enquanto medida de saúde pública imprescindível, mas, na forma como foi colocada em prática, além da conjuntura sócio-política da época. O primeiro erro: sem qualquer campanha de esclarecimento e, portanto, sem discussão pública, o sanitarista Oswaldo Cruz conseguiu junto ao Congresso a aprovação da Lei da Vacina Obrigatória, que autorizava as denominadas brigadas sanitárias, auxiliadas por policiais, a entrar nas casas das pessoas e vaciná-las à força. Segundo erro: parte dos militares, de forma oportunista, pretendiam instaurar uma “ditadura republicana” com o tenente-coronel Lauro Sodré à frente. O levante acabou sendo sufocado e Lauro Sodré ferido e preso, após tiroteio travado entre os rebeldes e as forças leais ao governo (BUENO, 2010, p. 284).

Defende-se, à vista do quanto exposto, uma ampla discussão sobre a implantação de um banco de dados genéticos de forma indiscriminada para totalidade da população, como existe nos países nórdicos, contudo, segundo especificidades nossas, tal como que seja um biobanco público e com finalidade determinada, qual seja servir de ferramenta para a elucidação de crimes.

Essa discussão poderia desembocar numa proposta de plebiscito, acaso pesquisas indicassem resistência popular, o que se nos parece muitíssimo improvável desde que ocorra uma campanha de esclarecimento à população sobre os vários aspectos que norteiam o tema.

3. O BANCO DE PERFIL GENÉTICO E SUAS IMPLICAÇÕES

O banco de perfil genético, não obstante sua relevante contribuição para a elucidação de crimes, mormente quanto à possível indicação de autoria e até mesmo para afastá-la, não é a solução para todos os problemas da Justiça Criminal, como se sabe. Trata-se apenas de mais um instrumento, tal qual a produção de outras provas, outras perícias e a utilização dos tradicionais métodos de investigação.

Não enxergamos distinção prática entre a coleta de digitais, como ocorre com qualquer pessoa que venha a ser identificada civilmente, eis que deve disponibilizá-las para os arquivos do Estado, podendo ser apontada eventual autoria delinqüencial à vista de perícia datiloscópica, e a coleta de material genético que poderá vir a passar por um processo comparativo, a exemplo do que ocorre com as impressões digitais, para o mesmo fim de investigação criminal.

A datiloscopia, ou seja, segundo Sacconi (2010, p. 588), o exame de datilogramas, com propósito de identificação pessoal, com base no fato de que os desenhos das polpas dos dedos humanos são perenes, imutáveis e diferentes em cada indivíduo, seguramente, não tem o alcance das informações advindas do exame de DNA, porém, repetimos, a sua utilização não deve ir além da finalidade legal como instrumento de investigação criminal com o único propósito de indagar a autoria ou, se for o caso, possivelmente descartá-la.

Neste sentido, o que se nos apresenta incompreensível é que ainda não seja utilizado largamente para cumprir o desiderato que mencionamos e defendemos. Aliás, o uso das digitais tem servido como ferramenta de segurança, a exemplo do controle de frequência de empregados ou funcionários públicos, o acesso a residências, escritórios e automóveis, além de conferir lisura nos pleitos eleitorais, consoante se depreende, com o advento da urna eletrônica e o exercício do voto digital biométrico nas eleições no Brasil, segundo atesta o Tribunal Superior Eleitoral:²⁷

A biometria garante ainda mais segurança aos eleitores brasileiros na hora de votar. Nas Eleições 2014, mais de 22 milhões serão identificados pelas digitais. Por isso, de 2012 a 2014, o programa de identificação biométrica da Justiça Eleitoral recadastrará cerca de 14 milhões de eleitores (até o momento, 14,4 milhões de eleitores já foram convocados), que se juntarão a outros 7 milhões já recadastrados.

²⁷ www.tse.br/eleitor/recadastramento-biometrico. Acesso em 28.07.2014.

Ora, esse novo sistema da Justiça Eleitoral fez-se necessário para coibir e evitar fraudes. Isto porque a fotografia, que continua servindo como meio de identificação criminal, a assinatura, a apresentação de documento de identificação, revelaram-se incapazes de impedir a fraude eleitoral no cadastramento de eleitores e no curso do exercício do sufrágio, base de toda democracia hodierna.

E como a criatividade, a engenhosidade e a inteligência a serviço da criminalidade não encontra limites, senão na própria evolução da ciência, que deve andar um passo à frente, a identificação biométrica já está sendo burlada mediante o emprego de cópias de digitais de silicone,²⁸ tal como aconteceu com uma médica do SAMU de Ferraz de Vasconcelos (SP), que teria sido flagrada usando dedos falsos para fraudar o ponto eletrônico de serviço.

Um sistema futurista baseado na utilização da íris já está sendo testado nos Estados Unidos pelo FBI²⁹ e, mais uma vez, a fraude virá em questão de tempo. E mesmo quando, finalmente, chegarmos à utilização do DNA para identificação nesse campo, ainda assim, a fraude não será vencida.³⁰ Estes sistemas, contudo, reduzem significativamente a possibilidade de fraude. E, por conseguinte, aumentam a sensação de segurança, eis que a segurança absoluta é irreal.

Retomando especificamente nosso tema, o receio de que ocorra eventual desvio de conduta dentre aqueles que serão responsáveis pela administração e funcionamento do biobanco, com possível desvirtuamento de sua finalidade, talvez com utilização dos dados para fins estranhos ao proposto, quiçá para atender a interesses particulares de ordem pessoal ou para favorecimento da iniciativa privada ou como meio de tomada do poder, não se justifica, consoante assevera-se amiúde, tendo em vista a conjuntura atual.

A uma, porque o biobanco haverá de funcionar sob rígido controle procedimental e sob o crivo da lei que disporá a respeito e o regulamentará. A duas, a própria lei haverá de prever as penalidades correspondentes e as linhas indenizatórias para quem sofrer algum dano, além do aspecto penal; a três, se for a hipótese, dificilmente o dano irá além do limite individual, sem deixar de merecer resposta efetiva do Estado por isso, mas pior seria se atingisse um grupo ou parcela da população, o que se afigura improvável; a quatro, ninguém

²⁸ Vide matéria TV Folha sob o título: “dedo de silicone de R\$ 50,00 engana leitor de impressão digital” <http://www.youtube.com/watch?v=63W64UiT9u0>. Acesso em 28.07.2014.

²⁹ “O FBI está tocando um projeto que fica no limite entre a segurança e a invasão da privacidade dos cidadãos norte-americanos. Até 2014, o órgão de espionagem criará uma base de dados que compilará detalhes da íris de criminosos e que poderá ser usada para identificar qualquer pessoa, com 100% de certeza. Hoje em dia, o escaneamento da íris é usado praticamente só por agentes federais e por cientistas e outros profissionais que trabalham em projetos de segurança máxima, principalmente para dar acesso a salas restritas”. <http://olhardigital.uol.com.br/noticia/fbi-usara-sistema-de-reconhecimento-pela-iris/27574>. Acesso em 28.07.2014.

³⁰ Vide filme GATTACA, de 1997, com direção e roteiro de Andrew Niccol.

desconhece que praticamente todo cidadão em algum momento de sua vida necessitou fazer um exame laboratorial ou pelo menos esteve internado em alguma clínica ou hospital onde, igualmente, acabou fornecendo voluntariamente ou não material para exame (sangue, urina, fezes). E quem garante que esse material, ainda que voluntariamente cedido, tenha sido descartado e não utilizado para outros fins?

Paranóia por paranóia ou teoria da conspiração uma pela outra, se for para cultivar-se o absurdo, a exceção, o desvio, poder-se-ia dizer ou pelo menos suspeitar que todo esse material passou a integrar um biobanco clandestino com inconfessáveis finalidades, sabe-se lá se até para fins de eugenia futura ainda em estágio de preparação. Este exemplo é tão canhestro quanto a ideia de que um biobanco destinado a servir como instrumento auxiliar na investigação criminal prestar-se-á à prática de crimes no seu funcionamento de uma forma ou de outra.

Da perspectiva que se defende na presente dissertação, não se vislumbra qualquer conflito entre a criação do banco de perfis genéticos a serviço da persecução penal e o exercício dos direitos humanos em sentido lato. Muito pelo contrário, não se está a propor uma troca da liberdade pela segurança porque uma não faz sentido sem a outra.

Não há que se falar em liberdade se a cada passo a ausência de segurança representa um risco para o viver. Vida sem segurança é estorvo permanente. E, obviamente, segurança sem liberdade equivale a uma prisão.

Entretanto, ainda que fosse o caso, ainda que algum sacrifício relativo de parcela da liberdade se tratasse, por conta da quebra da voluntariedade no fornecimento de material genético, sem que isso represente dano algum, exceto pela desconsideração injustificável da voluntariedade, deveria incidir sobre a espécie a aplicação do princípio da proporcionalidade porque não é admissível que uma resistência de tal monta, sem qualquer prejuízo objetivo para o indivíduo, sirva de obstáculo intransponível a uma providência que resultará no benefício da coletividade.

Daí a necessidade da ponderação de interesses, não sendo o caso de uma pretensão individual de suposta defesa de um direito da personalidade prevalecer sobre o interesse coletivo de proporcionar mais eficácia à persecução penal, consubstanciado no direito à produção da prova, reforçando-se a segurança para o bem de todos.

Concepção antagônica defende Habermas *apud* Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p. 91), ao afirmar que “a permissão forçada da coleta deste material, para fins de composição de um ‘banco de dados’, coloca em risco ‘o futuro da natureza humana’ e se

afigura como inconstitucional”. Tal sentença, porém, com todo respeito, soa como um mero exercício de retórica.

Primeiro porque há uma contradição em termos na expressão “permissão forçada”, dispensando-se digressão a respeito.

Segundo, o discurso está dissociado de algum fato que aponte minimamente para essa realidade.

Terceiro, a bem pensar, de qual risco para a natureza humana se trata e, ainda, de qual natureza humana se cogita? Quando a sociedade se depara com um crime que causa repulsa, o primeiro impulso é negar humanidade a seu autor, qualificando-o como monstro, quando, afinal, trata-se apenas de um humano³¹. E, mesmo quando se admite sua natureza humana, o passo seguinte é negar-lhe sanidade, como se a insanidade fosse uma justificativa para o cometimento de atrocidades. A expressão, portanto, não justifica nem explica coisa alguma.

O certo é que não existe qualquer investigação ou notícia da existência de um banco genético destinado a eugenia. E muito menos na hipótese que se aventa, qual seja, repita-se, com a pretensão específica de servir à produção de prova no campo criminal, desde que levado a efeito de forma geral, indistinta, tal como ocorre com a coleta de digitais.

Deve-se reconhecer inconstitucionalidade na legislação atual por ferir o princípio da não-auto-incriminação. O que se propõe neste trabalho é coisa diversa: a coleta do material genético para a formação de um biobanco geral sem qualquer vinculação de natureza individual específica, muito menos frente a um fato delituoso destacado.

Um outro aspecto que não pode ser desconsiderado é que a privacidade, atualmente, é algo completamente ilusório. Ninguém está protegido das investidas ilegais dos serviços secretos dos Estados ou mesmo da bisbilhotice privada que conta com o auxílio de aparelhos sofisticados para quebra de sigilo telefônico e escutas ambientais ou sabe-se lá o que. Ora, se é possível reprimir tais condutas ilegais, também o será diante do inafastável dever de preservação dos dados genéticos colhidos unicamente para os fins de investigação criminal. E com a vantagem de que o acesso a esses dados não será possível senão pela falta de dever profissional daqueles que haverão de zelar por sua proteção. Isso poderá acontecer? Sim, tanto quanto o acesso, por exemplo, à Casa da Moeda, ao Banco Central, aos segredos militares e assim por diante. Mas, neste caso, voltamos a raciocinar pela exceção, apostando no imponderável, o que é irrazoável.

³¹ “Irmãos humanos, permitam-me contar como tudo aconteceu. Não somos seus irmãos, vocês responderão, e não queremos saber” (LITTELL, 2006, p. 11). Com essas frases inicia-se a narrativa das memórias do carrasco Maximilien Aue, jovem oficial nazista de origem francesa, antevendo que seria excluído da humanidade por suas atrocidades. Somos todos humanos, no entanto. Da mais abissal iniquidade à mais elevada generosidade, transitamos entre as profundezas do inferno e as alturas do céu.

Há quem defenda a tese de que “a exacerbação do discurso da segurança assedia a defesa da liberdade” (NAVES, 2010, p. 83). Bela frase do ponto de vista retórico e mais uma vez sem qualquer reflexo na realidade. E a ausência de um discurso que exija mais segurança não prejudica o exercício da liberdade? O discurso da segurança é respaldado em implicações concretas para quem vive com medo de quase tudo nessa guerra de quem nada tem contra quem tem alguma coisa. É o medo de ser assaltado na ida, na volta ou no trabalho. É o medo de ser vítima de um latrocínio por possuir um celular, um relógio, um par de tênis, uma bicicleta. O cidadão comum não teme assalto a banco. Isso é problema de banqueiro e os bancos bem sabem como defender seu patrimônio. E, no final, se tudo der errado, ainda tem seguro e uma política governamental de pronta salvação. Tudo isso é estranho ao cidadão comum. Para este, o que resta é um futuro negado; é o Estado que só aparece em sua vida para punir; é o medo dos bandidos e o medo de uma polícia despreparada, que também se descontrola e pratica arbitrariedades impulsionada pelo medo da criminalidade violenta, na medida em que a enxerga em tudo e desconta em quase todos.

E, afinal, de qual liberdade estamos falando? A liberdade de praticar delitos impunemente e, se punido, contar com a complacência da Lei de Execução Penal? Ou estamos falando da liberdade de sermos vítimas na próxima esquina?

O que se espera do Estado, primeiro, é que tenha capacidade preventiva; e, depois, quando o pior já aconteceu, é que tenha meios de investigação capazes de levar a julgamento com provas contra os autores dos crimes, não se lhes negando, porém, o sagrado direito de defesa; e, acaso condenados, que cumpram suas penas em condições humanitárias, com possibilidade efetiva de socialização, eis que não pode ser ressocializado quem nunca foi socializado, como é comum acontecer com a maioria dos delinquentes. Condições humanitárias, diga-se de passagem, não significa privilégios e relaxamento em detrimento da segurança carcerária com o ingresso de aparelhos celulares, drogas, prostitutas, etc.

De qualquer modo, ainda é possível que o senso-comum não prevaleça como uma força paralisante frente à imprescindível evolução de uma concepção de mundo em que a criminalidade vive em guerra declarada contra os cidadãos que sustentam toda a estrutura do Estado com o pagamento de impostos e com uma obediência civil às suas leis e regras de convivência. Vem a propósito a percepção de Watts (2011, p. 23-24):

A peça miraculosa da inteligência humana que nos habilita a solucionar problemas é o que chamamos de senso comum. É um conceito muito banal quando nos falta, mas é absolutamente essencial para funcionarmos em nosso dia a dia. (...) Na perspectiva do senso comum, é suficiente saber que algo é verdadeiro ou que é assim que as coisas acontecem. Ninguém precisa saber o porquê para desfrutar do

conhecimento, e talvez seja melhor que não nos preocupemos muito com isso. Em contraste com o conhecimento teórico, em outras palavras, o senso comum não reflete sobre o mundo; em vez disso, tenta lidar com o mundo simplesmente como ele é.

E, no entanto, “o Direito consiste essencialmente nisto: saber distinguir”, ensina San Tiago Dantas (*apud* SCHEREIBER, p. 121). Todo o trabalho do jurista, afinal de contas, deveria consistir num esforço incansável de buscar o encontro com a verdade, uma vez postas tese e antítese, outra não deveria ser a síntese. Entretanto, o comum é que essa concepção dialética esbarre no encontro com uma verdade que é meramente formal e não com a verdade real. Da qualidade desse encontro com a verdade, se formal ou real, decorre uma constatação irrefutável: quanto mais próximo o processo penal (ou cível ou trabalhista) estiver da verdade real mais certa será a realização da justiça; o que equivale dizer que quanto mais distante, quanto mais conformado com a verdade formal, mais distante.

Objetar-se-á, afinal, o que é essa busca da verdade no processo penal? Acreditamos que essa seja uma busca da verdade possível, aquela que se conseguiu chegar ao exame dos autos. Mas essa seria possivelmente uma forma simplista de ver as coisas. Guzmán (2006, p. 181) afirma que “o conhecimento da verdade, claro, é o fim último do processo”. Ferrajoli, em prólogo à obra *La Verdad en el Proceso Penal*, de Nicolas Guzmán, diz que “o problema da verdade processual é, seguramente, o problema central e, ao mesmo tempo, o mais difícil da teoria do processo penal” (GUZMÁN, 2006, p. 13). E arremata no seu consagrado livro *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (FERRAJOLI, p. 64):

A rigor, se se pensasse que o juízo penal devesse alcançar a verdade ‘objetiva’ e se tomasse ao pé da letra o princípio *in dubio pro reo*, as margens irreduzíveis de incerteza, que caracterizam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação e, portanto, a paralisia da função judicial. Ou, ao contrário, poderiam gerar um resignado ceticismo judicial, disposto a afastar como ilusória qualquer pretensão de perseguir a verdade no processo e a avalizar modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas. (...) Estas duas posições são inaceitáveis.

De outra ótica, essencialmente, pensamos (diversamente de Albert Camus que elege o suicídio³²) que a busca da verdade é o maior problema filosófico posto para o homem depois do mistério da morte. Aqui não é o caso de se perguntar, perplexo, como fez Pilatos a Jesus Cristo, *quid est veritas?*, pergunta nunca respondida, porque o processo não comporta esta dimensão filosófica, reduzindo-se, tanto quanto possível, à aferição de uma realidade objetiva,

³² “Só existe um problema filosófico realmente sério: o suicídio. Julgar se a vida vale ou não vale a pena ser vivida é responder à pergunta fundamental da filosofia. O resto, se o mundo tem três dimensões, se o espírito tem nove ou doze categorias, vem depois” (CAMUS, 2010, p. 19)

vinculada a dados concretos, com respaldo na prova trazida aos autos, que visam responder não o que é a verdade, mas onde está a verdade na causa apresentada. Dir-se-ia, portanto, que procuramos a chave do conhecimento real, tal como este verdadeiramente é, embora tenhamos, não raro, de nos contentarmos com a verdade formal, aquela que foi possível aferir ao final do processo.

A pergunta de Pilatos ficou sem resposta nos evangelhos “oficiais”. Mateus, Marcos e Lucas a ignoram. E João (18:38) silencia: “Disse-lhe Pilatos: que é a verdade? E, dizendo isto, tornou a ir ter com os judeus, e disse-lhes: não acho nele crime algum”. Neste sentido, depreende-se que a indagação feita por Pilatos, a rigor, seria uma resposta expressando perplexidade à afirmação de Jesus Cristo de que viera ao mundo para dar testemunho da verdade. Há notícia de evangelho apócrifo, atribuído a Maria Madalena, ou segundo anedota corrente na Idade Média, de que Jesus teria respondido a Pilatos, a nosso ver tergiversando: “A verdade é o homem que está diante de ti” (TOSI, 1996, p. 142).

Sérgio Habib (2010, p. 217), no substancioso romance *O 13º Apóstolo*, nos oferece interessante visão sobre a referida passagem bíblica:

“Pilatos, que jamais ouvira alguém falar com tanta autoridade, nem mesmo Tibério com toda sua realeza conseguira passar-lhe tamanha convicção, assustado, mas sem querer demonstrar sua desconcertante fragilidade, busca uma saída filosófica e lhe indagou: “— Quid est veritas? (...) A maneira pela qual ele perguntara não era realmente como se buscasse uma resposta, mas como se dissesse que a verdade nada mais representa do que aquilo que se que é, algo assim compatível com o modo romano de ver as coisas. Jesus, que encarnava a verdade, nada respondeu. Bastaria a Pilatos que o reconhecesse para ter a sua pergunta como respondida”.

De nossa parte, nos contentamos com Littel (2007, p. 13):

“Quero ser preciso, na medida do possível. Apesar dos meus defeitos, e eles são muitos, ainda sou dos que acham que as únicas coisas indispensáveis à vida humana são o ar, a comida, a bebida e a excreção, além da busca pela verdade. O resto é facultativo”.

Este encontro com a verdade no processo passa pelo exame acurado da prova coligida aos autos. E ao proceder a este exame, o julgador não pode perder de vista que inexistem hierarquia entre as provas. Neste sentido, bem acentua Acosta (1989, p. 220)

“Não há provas infalíveis, nem qualquer delas pode ser imposta como definitiva. O juiz forma sua convicção apreciando-as livremente, e produzindo-as, ele mesmo, quando necessário. Não há hierarquia de provas: todas são relativas e nenhuma de valor decisivo”

A gênese da prova, a qualidade de sua produção, depreende-se do mais elementar raciocínio a respeito deste problema, interfere no resultado do processo e tem estreita vinculação com a ineficiência estatal na efetividade do Direito Penal, que consiste, dentre outras coisas, no exercício do direito de punir pelo Estado. E para fazê-lo sem incorrer em injustiça é preciso que a prova não sofra contaminação nem seja produzida de forma canhestra, incompleta, defeituosa.

A qualidade da prova interfere diretamente no convencimento do julgador qualquer que venha a ser o veredicto. A impunidade decorre, justamente, da incapacidade de o Estado submeter a julgamento com prova consistente, robusta, iniludível, o infrator da lei.

Quando o Estado não logra êxito em fazê-lo, quando sequer consegue apontar a autoria ou quando o faz de forma defeituosa ou passível de suscitar dúvida, então o autor da infração penal, que pode ou não ser o acusado, estará livre de sofrer a reprimenda estatal. E disso advém o descrédito para a polícia judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário, com prejuízo à segurança pública, posto que em um quadro dessa ordem em que os crimes continuam acontecendo sem que os autores sejam punidos ou sequer submetidos a julgamento, resta claríssimo que a sensação de segurança estará afetada negativamente, porquanto diminuída em face do descrédito nas instituições.

Colhe-se da experiência da magistratura criminal em Salvador, Bahia, em vários juízos criminais, com competências distintas, mais especificamente na 1ª Vara do Tribunal do Júri na Comarca da Capital baiana, a espantosa constatação prática da revelação estatística segundo a qual 80% dos inquéritos policiais atinentes aos crimes dolosos contra a vida, mormente o homicídio consumado, são arquivados porque a polícia judiciária não logra êxito em apontar a autoria. Disso decorre, como desdobramento lógico perverso, não obstante a previsão legal no sentido de que “a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”, o desconhecimento de qualquer precedente neste sentido, sendo certo que o arquivamento do inquérito equivale, invariavelmente, à falta de exceção, à extinção da punibilidade, embora tecnicamente não o seja. Ademais, a norma em questão, prevista no art. 18 do Código de Processo Penal, deveria empregar o verbo dever porque denota obrigatoriedade, como de fato é, em vez da faculdade aparente do verbo poder conjugado no futuro³³.

Em caráter complementar, afastando o risco de denúncia infundada, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 524 nos seguintes termos: “Arquivado o inquérito policial,

³³ “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial **poderá** proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

Obviamente, novas provas podem prescindir da reabertura do inquérito policial, que é mera peça de informação, desde que o Ministério Público possa dispor de outras provas. O problema, infere-se, está no fato de que tanto a polícia judiciária quanto o Ministério Público estão assoberbados de trabalho e, assim sendo, “viram a página”, ou seja, vão tratar de outros casos dando o inquérito arquivado como assunto encerrado, salvo quando, por algum lance fortuito do destino, aquele fato delituoso vem à tona por conta de outro crime atribuído ao mesmo suspeito ou mediante delação de algum comparsa. E quase sempre essa prova é seriamente questionada e questionável porque há notícia de situações em que a polícia judiciária resolve os crimes dados como insolúveis colocando-os no “pacote” de uma mesma quadrilha ou na “conta” de algum meliante contumaz. E este, sem qualquer dúvida, é outro problema porque, a rigor, a investigação deveria recair sobre a solução apresentada, questão posta para o Ministério Público e sua árdua atribuição de exercer o controle externo das polícias.

No mesmo passo caminha a sentença de impronúncia. Para Rangel (2002, p. 454), “a decisão de impronúncia não é nada. O indivíduo não está nem absolvido nem condenado, e pior: nem vai a júri”, acentuando que, no Estado de Direito, não se pode admitir que o indivíduo “fique sentado no banco de reserva aguardando ou novas provas ou a extinção da punibilidade”. Nucci (2008, p.749), pegando carona nessa ideia, defende a extinção da impronúncia para que em seu lugar colocar a absolvição, ao entendimento de que esta decisão é um “estranho meio-termo”, uma “sentença provisória, algo inconciliável com o processo penal democrático almejado pela Constituição Federal de 1988”.

Respeitosamente, não podemos concordar com estes eminentes doutrinadores. A transformação das hipóteses de impronúncia em absolvição sumária não nos parece possível, nem ao legislador, inclusive no projeto do que poderá vir a ser o novo CPP, porque se trata de um juízo relativamente precário quanto a existência dos requisitos da pronúncia, ou seja, ou não houve indícios suficientes de autoria, embora houvesse indícios; ou o juiz não se convenceu da existência da materialidade do fato delituoso à falta de prova direta ou indireta. Estas provas poderão surgir, como prevê o parágrafo único do art. 414 do CPP.³⁴ E, surgindo, dar ensejo a nova denúncia ou nova queixa, o que não seria possível com a absolvição. Na prática, sem as filigranas jurídicas, o resultado equivale a uma “absolvição” porque essa

³⁴ “Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova”.

“nova prova” quase nunca aparece. Pelo menos não se tem notícia neste sentido no Estado da Bahia. E não se tem notícia que seja diferente nos demais Estados da Federação porque essa triste realidade não é exclusiva da Bahia. Contrariando o poeta Gregório de Matos³⁵, sim, neste aspecto, temos semelhantes.

Noutro passo, numa perspectiva propositiva com o fito de alcançar a alteração do padrão normativo, impõe-se uma avaliação do quadro limitativo imposto pela legislação brasileira. De fato, a Lei nº 12.654, de maio de 2012, não obstante representar um considerável avanço ao prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, contém limitações e incongruências que devem ser corrigidas sem que isso importe em qualquer afronta ao Estado de Direito. Aliás, no particular, justamente para corrigir vício de inconstitucionalidade que a contamina ante a violação do princípio da não auto-incriminação. No mesmo passo, o Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, presta-se mais a burocratizar o desiderato da criação do banco de perfis genéticos, inclusive com exercício de democratismo inútil, primando pela ausência de objetividade no tratamento de sua implementação efetiva. Ainda que o referido decreto assevere que o Banco Nacional de Perfis Genéticos “tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes”, a *vexata quaestio* está no *modus faciendi*.

De outro ponto de vista³⁶, buscando-se uma melhor compreensão e análise da correlação ética entre a existência e utilização de um banco de perfis genéticos para a elucidação de crimes e o interesse privado da proteção à intimidade genética, cuida-se observar, reitera-se, do exame dos conceitos correspondentes com um propósito de demonstrar que não se cogita de incompatibilidade nesta coexistência. Pelo contrário, afastando um raciocínio que se lastreie na exceção ou que se apoie no terreno movediço das teorias conspiratórias, aponta-se o Estado como ente capaz de harmonizar estes interesses com o propósito de oferecer um quadro de segurança pública mais confiável, capaz de proporcionar à sociedade, ao cidadão, a sensação de segurança sem a qual a ordem e a paz públicas restam comprometidas.

³⁵ Do soneto dedicado à cidade da Bahia: “Triste Bahia! Ó quão dessemelhante...” (Matos, 2013, vol. 3, p. 32)

³⁶ “Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê, é necessário saber como são seus olhos e qual é a sua visão do mundo” (BOFF, 1998, p. 09). Terra à vista para o navegante, mar à vista ou com vista para o mar para quem está na terra. Neste livro, A ÁGUIA E A GALINHA, Leonardo Boff invoca a lenda da renovação da águia que, aos 40 anos de idade, arrancaria as penas e quebraria o bico para depois ressurgir nova e forte. Uma mera consulta a qualquer compêndio ornitológico sério a desmente. Trata-se de um discurso para animar deprimidos e derrotados incentivando-os a recobrar a auto-estima. Nada contra, ainda que não perca de vista que livro de autoajuda só ajuda mesmo o autor, se vender bem. Mas, esse também é apenas um mero ponto de vista. De outro, reconhecemos em Boff, que está longe desse discurso piegas da autoajuda, uma figura ilustre merecedora de admiração por sua caminhada lúcida na linha da Teologia da Libertação.

De fato, sendo certo que inexistente fator inibidor em caráter absoluto para a prática de crimes, o que nos remeteria a parafrasear a máxima latina *ubi societas, ibi jus* para afirmarmos *ubi societas, ibi crimen*, pode-se afirmar que a certeza da descoberta do crime e de sua autoria com a pertinente punição funciona, sem dúvida, como mecanismo de prevenção delinquencial com efeito pedagógico para a sociedade. Neste ponto, outrossim, ratifica-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial, lastreado na legislação de regência, no sentido de que não há prova absoluta, primando nosso sistema pelo livre convencimento motivado do magistrado à luz do conjunto probatório a seu dispor.

Uma brevíssima incursão sobre o Direito Comparado revela que nos Estados Unidos a Suprema Corte considera legal o recolhimento de DNA de qualquer pessoa presa, equivalendo à coleta de digitais.³⁷ Na Alemanha, a coleta de material genético é possível em casos de acusação de crimes violentos e reincidência, desde que ordenada por um juiz.

O ato de coletar o material, em si mesmo, é inteiramente irrelevante, pois consiste em nada mais nada menos do que passar um cotonete esterilizado³⁸ na boca do investigado. Assim sendo, e assim o é, um suposto grau de violação à intimidade do preso ou investigado pela coleta de amostra de DNA não tem importância alguma se comparado à maior efetividade e segurança da persecução penal que um banco de dados genéticos pode proporcionar, principalmente, como na espécie, se a coleta é feita apenas em casos de prisões por crimes graves. Ora, dizer que isso afronta os direitos humanos diante das condições carcerárias no Brasil beira o cinismo.

O problema, na Alemanha, cinge-se à possibilidade de violação de direitos constitucionais no caso de armazenamento dos perfis genéticos. Contudo, não deixa de ser curioso o fato de que o processo penal alemão autoriza a prisão para averiguação (JUY-BIRMANN, 2005, p. 37), a qual não passa de escancarada ilegalidade no Brasil. Trazemos, também, notícias dos países nórdicos dando conta de que por lá toda a população encontra-se cadastrada no banco nacional de perfis genéticos, apontado-nos o caminho para o sentido de sua existência, vale dizer, todos são iguais perante a lei realmente³⁹.

³⁷ Vide U.S. Supreme Court OKs taking DNA from those arrested In wake of 5-4 vote, many Cook County inmates will be swabbed for samples By David G. Savage and Jason Meisner <<http://bio.tribune.com/JasonMeisner>>, Tribune Newspapers.

³⁸ Diz-se suabe, anclicismo (swab). Pequeno pedaço de material absorvente (algodão, por exemplo) ligado à extremidade de uma haste, usado na limpeza de cavidades, aplicação de medicamento, ou na obtenção de uma porção de tecido ou secreção, para exame bacteriológico (SACCONI, 2010, p. 1.898)

³⁹ Bem diferente do que acabou acontecendo na Revolução dos Bichos: “Pela primeira vez Benjamim consentiu em quebrar sua norma, e leu para ela o que estava escrito na parede. Nada havia, agora, senão um único Mandamento que dizia: TODOS OS BICHOS SÃO IGUAIS, MAS ALGUNS BICHOS SÃO MAIS IGUAIS QUE OUTROS” (ORWELL, 2007, p. 106)

Por isso mesmo a presente dissertação tem por finalidade demonstrar que as limitações da legislação vigente no Brasil sobre a matéria proporcionará efetividade apenas de pequena monta, possivelmente irrelevante no cenário da segurança pública, quando deveria ir mais adiante para garantir que o banco de perfil genético cumprisse o seu papel de forma generalizada e indiscriminada em todo território nacional em um sistema que possibilitasse a cooperação entre os entes federativos.

No Estado de Direito, por sua própria natureza, causa aversão e repugnância a condenação de um inocente. Quanto a isso, a genética forense presta-se não apenas a proporcionar a identificação do criminoso, mas também contribui decisivamente para a exclusão de suspeitos inocentes das agruras de um processo penal.

A coleta do material genético na cena do crime (amostra vestígio), por exemplo, e sua comparação com os dados que venham a ser armazenados no banco de perfis de DNA (amostra referência), não obstante sua relevância, não importa em prova absoluta de autoria. Com efeito, repise-se, toda e qualquer prova, à evidência, deve ser examinada em face do contexto, vale dizer, cotejada com o quadro probatório e suas perspectivas. Ao juiz compete ver o filme do fato delituoso com todas suas nuances, não se contentando com as fotografias apresentadas pelas partes, segundo suas visões, por vezes limitadas ou intencionalmente parciais, o que pode até ser considerado natural. Como natural é o embate de ideias, o confronto de teses antagônicas, o contraditório, a dialética, cuja síntese deve ser o encontro com a verdade real. Neste ponto, preleciona Ferrajoli (2006, p. 48), com o brilhantismo de sempre: “Se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”.

E quanto aqueles que se colocam contra a busca da verdade real no processo penal por considerá-la inalcançável, o que importa em negação da realidade pela opção de um “processo metafísico”, compatível apenas com o plano meramente teórico, o que se refuta porque o mundo real, admita-se ou não, existe, colaciona-se a propósito a lição de Flusser (2011, p. 120) sem mais delongas:

Continuemos a grande aventura que é o pensamento, mas sacrifiquemos a loucura orgulhosa de querer dominar o de tudo diferente com o nosso pensamento. Encaremo-lo adorando-o, isto é, na dúvida e na submissão. Em outras palavras, voltemos a ser seres pensantes – voltemos a ser homens.

4. O BIOBANCO NO CAMPO LEGISLATIVO: O BRASIL E O CENÁRIO INTERNACIONAL

4.1. CRÍTICA À LEGISLAÇÃO VIGENTE NO BRASIL

A Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, anuncia em seu preâmbulo que “altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências”.

A Lei 12.037/2009 trata da identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, que preceitua que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal⁴⁰, salvo nas hipóteses previstas em lei”⁴¹.

Não deixa de ser curiosa a gênese da norma constitucional em questão, conforme crítica acertada feita por Nucci (2008, p. 95): “Trata-se de norma de indevida inserção na Carta Magna, que, à época de sua elaboração, teve por finalidade corrigir a publicidade que se costumava dar ao fato de determinada pessoa – especialmente conhecidas do grande público – ser criminalmente identificada, como se isso fosse desastroso e humilhante. A norma tem contorno de direito individual, unicamente porque o constituinte assim desejou (formalmente constitucional), mas não é matéria para constar em uma Constituição Federal. É certo que muitos policiais exorbitaram seus poderes e, em vez de garantir ao indiciado uma colheita corriqueira do material datiloscópico, transformavam delegacias em lugares de acesso da imprensa, com direito à filmagem e fotos daquele que seria publicamente indiciado, surpreendido na famosa situação de ‘tocar piano’. Ora, por conta da má utilização do processo de identificação criminal, terminou-se inserindo na Constituição uma cláusula pétreia que somente problemas trouxe, especialmente ao deixar de dar garantia ao processo penal de que está se acusando a pessoa certa”. E conclui asseverando que para conter os abusos bastaria a edição de uma lei que punisse severamente quem cometesse excessos ao proceder a coleta datiloscópica, inclusive a exposição pública do indiciado. O autor também ilustra sua

⁴⁰ Ferreira (1989, p. 218) em seus Comentários à Constituição de 1988 faz a seguinte observação: “parece-nos que ao proteger o indivíduo não condenado facilitou-se a situação dos presos em geral. Pois é através da ficha datiloscópica que a polícia consegue encontrar foragidos”.

⁴¹ “Em conclusão, a regra é a impossibilidade de identificar criminalmente aquele que apresentar identificação civil. A exceção constitucional expressa consiste na possibilidade de a legislação ordinária estabelecer hipóteses em que será necessária a identificação criminal, independentemente da civil. Por fim, a exceção constitucional implícita diz respeito à possibilidade de exigir a identificação criminal quando houver séria e fundada dúvida sobre a autenticidade da identificação civil apresentada” (MORAES, 2002, p. 390):

argumentação com um caso de erro judiciário por conta pessoa que teve sua carteira de identidade perdida e que passou a ser usada por um ladrão de automóveis que depois veio a fugir da cadeia. “M.L., que ficou 16 dias preso, acusado de roubar um carro. Estava detido em lugar de um ladrão que fugiu da cadeia de Cotia (SP) e usava a identidade do caminhoneiro”.

Vejamos, no que interessa, as alterações introduzidas pela Lei 12.037/2009.

A primeira alteração diz respeito à inclusão, para fins de identificação criminal, da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, completando o sentido e alcance da norma do inciso IV do art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Presta-se, neste caso, a coleta de material genético a aferir-se a identificação do suspeito ou indiciado. Com efeito, ao indivíduo sobre tal condição, e mesmo quando figure como réu em processo penal, não é dado, sem sofrer as consequências legais, silenciar ou mentir sobre sua identidade no momento da qualificação. Ao fazê-lo, na primeira hipótese, dá ensejo à autoridade judiciária, de ofício ou mediante provocação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, adotar providências que possibilitem sua identificação, até mesmo para evitar que o nome de terceiro inocente venha a constar nos autos do inquérito

policial como investigado ou no polo passivo da ação penal como réu com todos os infortúnios decorrentes.

Quanto a mentir sobre sua identidade, se o agente o faz para evitar sua prisão ao ser abordado pela autoridade policial, atribuindo-se falsa identidade para escapar da ação policial e evitar sua prisão, trata-se de fato atípico. O momento a que nos referimos como extrapolação dos limites do exercício da autodefesa é outro. Se mente sobre sua identidade ao ser ouvido e qualificado na Delegacia de Polícia ou ao ser interrogado em Juízo, sua conduta não se confunde com exercício da autodefesa porque não existe direito absoluto, prevalecendo o interesse na escorreita administração da justiça, impedindo-se que um inocente seja processado e julgado em lugar do culpado.

E, não bastasse isso, “o direito ao silêncio, previsto na Constituição Federal, não legitima o agente à prática do crime de falsa identidade”, conforme preleciona Nucci (2009, p. 1046). Neste sentido aponta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do seguinte aresto, publicado em 25.02.2014 (REsp 1291312/RS. Relator: Ministro MOURA RIBEIRO. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 20/02/2014)

O entendimento desta Corte Superior, acompanhando a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 640.139/DF, submetido ao rito da repercussão geral, é no sentido de considerar típica a conduta do indivíduo que se atribui falsa identidade perante a autoridade policial com a intenção de esconder seus maus antecedentes (art. 307, do Código Penal)⁴².

A coleta do material genético na hipótese aventada destina-se à aferição da identidade do indivíduo e se depara, à evidência, com a necessidade de que dele exista no banco de dados genéticos a denominada amostra-referência, viabilizando-se, assim, o exame comparativo. Do contrário, a coleta torna-se inútil.

A existência do banco de perfil genético, muito ao contrário do que prevê a legislação brasileira, como veremos mais adiante, naturalmente, não deve ficar adstrito ao lapso temporal da prescrição, sob pena de perder o sentido de sua utilidade para fins de investigação criminal.

Outra coisa, e nisso a lei de regência andou bem, são os cuidados com os aspectos éticos, mormente quanto à preservação de sigilo com responsabilização civil, penal e administrativa contra aquele que permitir ou promover sua utilização para fins estranhos ao

⁴² Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

objetivo desta lei ou atinente a decisão judicial. Em suma, consideramos adequada, nos moldes da lei, a coleta de material genético do investigado para fins de atestar sua verdadeira identidade pelas razões que ora apresentamos, sem prejuízo das tomadas datiloscópica e fotográfica.

Por isso mesmo, apresenta-se incongruente a norma do art. 7ºA que determina a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ao término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. A rigor, essa ordem legal torna inócua a destinação, a utilidade mesmo de um banco de perfil genético, porquanto a eventual prescrição de um delito não significa que o agente não voltará a delinquir ou que tenha voltado a delinquir ainda no curso do prazo prescricional do crime em questão. Antes, sem qualquer pieguice jurídico-penal, o mais provável é que venha a reincidir genérica ou especificamente.

E uma vez deixado na cena do crime ou no corpo da vítima vestígios de material genético, descartada a amostra-referência, voltamos a estaca zero porque inviabilizada restará a operação comparativa. E, destarte, o banco de dados genéticos estará sem depósito de material e sem sentido de existência, por conseguinte.

O correto seria que o armazenamento da identificação do perfil genético em banco de dados sigiloso não sofresse exclusão, mas fosse permanente.

Noutro ponto, ao alterar a Lei de Execução Penal no art. 3º, a Lei 12.654/12 acrescentou o art. 9º-A- com sua iniludível inconstitucionalidade, como se observa:

“Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Com efeito, aqui nos deparamos com um conflito inconciliável com o princípio constitucional da não auto-incriminação albergado no art. 5º, inciso XIII, assegurando que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)”. A rigor, este princípio do direito a não auto-incriminação é bem mais amplo do quanto expresso na norma constitucional da qual se extrai seu significado, como bem preleciona Gomes (2010):

O direito de não auto-incriminação (que faz parte da autodefesa) possui várias dimensões: (1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse

genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.

Ora, se antes, salvo para efeito de identificação criminal nas hipóteses em que a identificação civil resulta ineficaz, ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, a circunstância de ter sido condenado não lhe retira esse direito, até porque também goza da presunção do estado de inocência⁴³ quanto a acusação diversa daquela sobre a qual restou condenado com trânsito em julgado.

Necessário se faz, aqui e agora, dois esclarecimentos: o primeiro diz respeito ao fato de que a coleta de material genético para identificação criminal não interfere na apreciação do mérito da imputação irrogada contra o investigado. Do contrário, também vislumbraríamos inconstitucionalidade porque haveria confusão entre o direito de permanecer em silêncio e o constrangimento de ser obrigado a fornecer material capaz de produzir prova contra si mesmo. Tal coleta deve ser precedida, enquanto meio de identificação, da existência de qualquer investigação ou acusação formal, daí a imprescindibilidade da existência de um biobanco geral, indiscriminado.

Outra coisa bem distinta, e este é o segundo ponto, é o fato de que o investigado ou réu identificado civilmente ou por força de processo datiloscópico, fotográfico ou genético não perde o direito ao princípio da não auto-incriminação, podendo permanecer em silêncio ou mentir sobre a imputação que lhe é feita.

Convém salientar, contudo, que até o advento da Carta Política de 1988, o Código de Processo Penal, seguindo a linha do sistema inquisitorial, ignorava o princípio da não auto-incriminação com norma expressa no art.186, *in verbis*:

Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, **o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.**

Não obstante o advento da Carta Política promulgada em 05 de outubro 1988, a adequação infraconstitucional só veio com a Lei 10.792,⁴⁴ de 1º de dezembro de 2003, quinze

⁴³ Constituição Federal, art. 5º, inciso LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴⁴Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

anos depois, portanto. Isso não significou, porém, que o sistema de garantias constitucionais não fosse difundido pela doutrina e aplicado na jurisprudência pátria, a exemplo do seguinte acórdão do Pretório Excelso publicado em 28.08.92 (MIRABETE, 2003, p. 516):

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo penal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal” (HC 68.929-9-SP)

Em conclusão, a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético para fins de identificação criminal, como consta do do art. 1º da Lei 12.654/2012, acrescentando parágrafo único ao art. 5º da Lei 12.037/2009 para esta finalidade específica não viola o princípio da não auto-incriminação porque ao fazê-lo não se está produzindo prova relativa a acusação alguma, mas tão somente objetivando a identificação do suspeito.

Este material, logicamente, não poderá ser utilizado para outra finalidade relativa à produção de prova contra o identificado, sob pena de violação do multicitado princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o suspeito ou acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Coisa diversa é a imposição de que o réu condenado com trânsito em julgado por crime praticado dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos ditos crimes hediondos, seja submetido à identificação do perfil genético, desde que seja civilmente identificado, porque o fato de ter sido condenado não lhe retira o direito a não produzir prova contra si mesmo, a uma; e, a duas, goza do princípio da presunção do estado de inocência no que tange a acusações futuras, inexistindo justificativa, no contexto limitado da lei em comento, para que forneça obrigatoriamente material genético destinado uma identificação sobre a qual não se tem dúvida porque provada documentalmente e, portanto, não se enquadrando na exceção legal.

Curiosamente, a norma prevê que, nesta hipótese da coleta obrigatória de material genético, contra a vontade do condenado, portanto, dar-se-á “por técnica adequada e indolor”⁴⁵. Vale dizer, havendo oposição, recusa, até mesmo resistência física, o condenado

⁴⁵ Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A: “Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

deverá ser contido de forma indolor, possivelmente mediante a utilização de meio mecânico, quem sabe carinhosamente, ou químico que lhe retire a resistência, restando presumida, de qualquer modo, a violência, ainda que se utilize mero chumaço de algodão, cotonete ou coisa parecida.

Quanto ao Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Perfis Genéticos administrado por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro da Justiça, receamos que o aparelhamento partidário mais uma vez resulte na escolha do cargo para o homem e não de o homem para o cargo. Esta escolha deveria prescindir de uma avaliação e correlação política, deixando ao largo o apotegma de Darcy Ribeiro (1981, p. 53): “cientista que diz que só pensa em ciência e que não pensa em política é porque só pensa em política”.

De qualquer sorte, tanto melhor que o cargo não venha a ser ocupado por alguém despreparado, mas por quem detenha qualificação técnica para tanto, dado a relevância de sua atribuição. Não se tem como escopo neste trabalho, de todo modo, tecer comentários sobre o decreto em tela, ponto a ponto, mas apenas fazer estas duas observações. A que se acabou de fazer e outra atinente ao §5º do inciso III do art. 2º, haja visto que serão convidados para participar das reuniões do Comitê Gestor, sem direito a voto, um representante do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa. Sem direito a voto. Vale dizer, como figuras decorativas. Eis um exemplo de exercício de democratismo inútil.

O art. 7º do Decreto nº 7.950/13, repete a norma que determina a exclusão do perfil genético do identificado criminalmente ao término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito ou em data anterior definida em decisão judicial. Reporta-se este artigo ao crime objeto do processo criminal do qual resultou a autorização judicial para sua coleta e armazenamento. Destarte, a prevenção e, precipuamente, a celeridade na investigação criminal e identificação da autoria apontada ou suspeita ou mesmo ignorada restará seriamente prejudicada.

Tratando-se, por exemplo, de um criminoso contumaz, a cada processo criminal cuidar-se-á da coleta do material para armazenamento provisório, o que se apresenta como uma perfeita nescidade operacional e um risco para a efetividade do processo penal, mas, principalmente, um perigo para a sociedade com a reiteração da conduta delituosa que poderia

ser evitada, inclusive, mediante a adoção de medida cautelar que importasse na custódia prévia do meliante, cuja periculosidade se reflete na contumácia. Além disso, tudo importa em custo para o contribuinte com repetição desnecessária de providências⁴⁶.

Em síntese, no que merece chamar à atenção, o problema da imposição de “extração de DNA” prevista no art. 9º-A para “os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes” denominados hediondos, segundo dispõe a Lei nº 8.072/90, é que essa obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo viola o princípio da não auto-incriminação. Diversamente seria se a coleta de perfil genético fosse feita de forma indiscriminada, como acontece normalmente com a coleta das impressões digitais por ocasião da identificação civil, como asseverado anteriormente de forma exaustiva.

E é justamente neste ponto que se reafirma a defesa do ponto de vista no sentido de que a criação de um biobanco para o fim de auxiliar na persecução penal não deveria ter vinculação específica com a coleta caso a caso de material genético de suspeito ou acusado, mas ter preexistência de forma geral e indiscriminada como ocorre, repita-se mesmo, com a coleta e armazenamento das impressões digitais. E, com isso, não se desconsidera a pertinente observação feita por Mendes (2013) em seu premiado artigo A Caixa de Pandora⁴⁷: perfil genético no âmbito da investigação criminal à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*:

É preciso salientar que, o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal/88, aduz que não será objeto de emenda tendente a abolir: “os direitos e garantias individuais”. Sendo assim, o inciso LXIII do artigo 5º da referida Constituição possui *status* de cláusula pétrea, ou seja, o princípio do *nemo tenetur se detegere* é inviolável, inemendável ou irrevisível. Dessa forma, não cabe à lei complementar, nem à lei ordinária suprimir ou reduzir o alcance dos direitos fundamentais do cidadão. Assim, estar-se-á ante uma flagrante inconstitucionalidade de norma infraconstitucional.

⁴⁶ O custo financeiro de um exame dessa ordem oscila entre R\$400,00 (quatrocentos reais) e R\$800,00 (oitocentos reais), atualmente, segundo informação prestada pela Coordenação de Genética do Laboratório da Polícia Técnica do Estado da Bahia.

⁴⁷ Existe controvérsia sobre o tipo de recipiente violado por Pandora. Gardin (2012, p. 61, refere-se a uma jarra: “(...) Pandora depressa descobre a jarra e, consumida pela curiosidade, levanta a tampa da jarra: dela saem todos os males que se espalham pela Terra. Assustada, Pandora volta a colocar rapidamente a tampa, deixando presa a esperança, que fica encerrada na jarra”. Bulfinch (1999, p. 22) menciona uma caixa: “Pandora foi tomada por intensa curiosidade de saber o que continha aquela caixa, e, certo dia, destampou-a para olhar”. Hamilton (1997, p. 88), idem: “Os deuses presentearam-na com uma caixa na qual cada um deles havia colocado algo de nocivo, dizendo-lhe que jamais a abrisse”. Preferimos a versão de Grimal (1993, p. 354), por se tratar de uma obra mais consistente, que menciona um vaso: “Ora, havia um vaso (...) que continha todos os males. Estava coberto por uma tampa, que impedia o conteúdo de se extravasar. Mal chegou à Terra, movida por uma imensa curiosidade, levantou a tampa do recipiente, e todos os males se espalharam sobre a humanidade. Apenas a esperança, que estava no fundo, ficou, por não conseguir sair antes de Pandora voltar a colocar a tampa no vaso. Segundo outra versão, este vaso conteria não os males, mas tudo o que de bom existe (...). Abrindo imponderadamente o recipiente, ela deixou escapar os bens, que voltaram para a morada dos deuses em vez de permanecerem entre os mortais...” A esperança, então, seria um mal capaz de paralisar os homens? Ou um bem que os estimula a ir adiante mesmo quando tudo parece perdido? Pedro Laín Entralgo (apud TINANT, 2010, p. 210) esclarece a dúvida, a nosso pensar: “Un hombre sin esperanza sería un absurdo metafísico”

De fato, há inconstitucionalidade na Lei nº 12.654/12, consoante explicitado, exatamente por seu caráter exclusivista, na medida em que elege algumas pessoas para submetê-las obrigatoriamente à coleta de material genético.

Entretanto, se o banco de perfil genético tivesse, ou venha a ter, natureza genérica, indistinta, preexistente, valendo para todo e qualquer cidadão, sem qualquer vinculação com situações particulares e específicas, *concessa maxima venia*, não vislumbramos qualquer violação à Constituição Federal, não havendo que se cogitar do princípio do *nemo tenetur se detegere* pela simples razão de que não se trata de produção de prova contra si mesmo ou contra quem quer que seja, eis que crime algum sequer fora praticado.

Explica-se possivelmente melhor: o biobanco, tal como ocorre com o armazenamento de digitais, conterà um repositório de material genético de toda a população no Brasil, nacional e estrangeiros residentes e civilmente identificados, que poderá ou não vir a ser utilizado, acaso surja uma situação em que aquela pessoa figure como suspeito ou acusado, podendo a legislação estabelecer critérios para seu uso, a exemplo de crimes graves contra a pessoa e até mesmo contra o patrimônio. Mas, essa é outra discussão. O importante é que o biobanco preexista na forma mencionada e que possa ser utilizado como instrumento capaz de dar eficiência às investigações criminais, diminuindo-se sobremaneira o risco assumido da impunidade, deletério efeito do atual sistema conjugado com outras causas.

4.2. BREVE NOTÍCIA DE DIREITO COMPARADO

Rápida incursão sobre o Direito Comparado revela que nos Estados Unidos a Suprema Corte considera legal o recolhimento de DNA de qualquer pessoa presa, equivalendo à coleta de digitais⁴⁸.

Na Alemanha, a coleta de material genético é possível em casos de acusação de crimes violentos e reincidência, desde que ordenada por um juiz.

Na Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia, Estônia e Islândia (desde 1998), 100% da população está cadastrada em um banco nacional de perfil genético (CÔRREA, 2010, p. 82-86).

⁴⁸ No que concerne ao famigerado Teste do Bafômetro, o motorista tem direito a recusar-se a soprar o equipamento, mas é obrigado a fornecer uma amostra de sangue. A Suprema Corte estadunidense, em 17 de abril de 2013, discutiu o tema no caso *Missouri X McNeely*, apenas para definir se a coleta de sangue prescindia de mandado judicial. Decidiu-se, então, que o policial deverá ao menos tentar obter um mandado judicial, que poderá ser dispensado nas hipóteses em que o agente policial venha a enfrentar uma situação de emergência, a exemplo de socorrer as vítimas do acidente de trânsito, tornando demorada a obtenção do mandado e, por conseguinte, podendo resultar em dissipação da prova (álcool no sangue). Vale lembrar que em alguns Estados-membro americanos mandados desse tipo são obtidos pela autoridade policial em menos de vinte minutos.

No Reino Unido, salienta Côrrea (2010, p. 83), diversamente do modelo islandês, afastou-se a concessão de licença exclusiva a uma companhia privada e a cessão de dados de saúde da população sem o prévio consentimento, “o projeto de constituição de um banco de dados genéticos em escala populacional orientou-se, também, no sentido de explorar suas potencialidades para o desenvolvimento tecnocientífico”.

Na Letônia, a partir de 2001, Malásia e México, a partir de 2004, ainda conforme Côrrea (2010, p. 86-88), o propósito da criação de um banco de dados genético populacional pretende examinar “a variação genética na população, suscetibilidade a doenças e variedade de respostas a medicamentos”.

Segundo Bonaccorso (2008, p. 21), autoridades de Nova York planejam revisar sistematicamente as evidências biológicas de centenas de crimes sexuais não solucionados com base em seus perfis de DNA, com a intenção de indiciar agressores não identificados.

Nos Estados Unidos, a propósito, o CODIS (*Combined DNA index System*), que é um programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo FBI, foi decisivo na elucidação de mais de 190.000 (cento e noventa mil) investigações. E no plano judicial muitas condenações foram revistas diante da prova negativa do exame comparativo de DNA, proporcionando absolvições em casos cujas decisões tinham sido respaldadas na prova testemunhal com reconhecimento pessoal do indigitado autor do delito.

Na Inglaterra, que possui uma legislação abrangente sobre banco de dados genéticos, 60% dos vestígios biológicos encontrados em locais de crimes são prontamente identificados. Na Itália, entretanto, a utilização de DNA para fins de investigação criminal só é possível se o material genético for fornecido voluntariamente pelo investigado. Mais de 60 países em todo o mundo utilizam banco de perfis genéticos e o número vem aumentando a cada ano (JACQUES, 2013, p. 26-27).

5. O BANCO DE DNA E SUA APLICACÃO CONCRETA: CASUÍSTICA NACIONAL E ESTRANGEIRA

5.1. CASUÍSTICA NACIONAL

No Brasil, em mais de 70% dos locais de crime em que a perícia coleta material biológico dentre os vestígios, o exame de DNA não é realizado porque o nosso banco de dados genéticos não tem cumprido sua finalidade e não há como levar a efeito a operação comparativa de dados. Enquanto isso, 80% dos homicídios resultam em inquéritos arquivados porque a polícia judiciária não logra êxito em apontar a autoria, não obstante a existência de um acordo de cooperação entre a Polícia Federal e o FBI, desde 2009, para a utilização do CODIS (JACQUES, 2013, p. 21).

Essa cooperação entre as polícias federais dos Estados Unidos e do Brasil, para efeito de investigação do crime de homicídio, seria irrelevante porque, na sua quase totalidade é atribuição da polícia civil.

O Brasil, infelizmente, tem a sexta taxa de homicídio mais alta do mundo, segundo o Instituto Sangari⁴⁹. E de acordo com a ONU, em números absolutos, estamos em primeiro lugar.

Caso emblemático é o do maníaco de Contagem, na região metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais. Somente depois de estuprar e matar, entre 2009 e 2010, cinco mulheres, não obstante deixasse material biológico a cada novo crime, é que o agressor acabou sendo preso e identificado, mesmo tendo a perícia recolhido o material biológico e encaminhado para o laboratório, medida anódina ante a inexistência prévia de um banco de dados genéticos abrangente.

Neste caso, o criminoso era o latrocida condenado M.A.T., reincidente (JACQUES, 2013, p. 26). Pelo menos quatro vidas, poderiam ter sido salvas se o Estado estivesse adequadamente aparelhado para o enfrentamento com a criminalidade violenta. Este aparelhamento, entretanto, a seguir o modelo de formação de um banco de dados genéticos proposto pela Lei nº12.654/2012, reafirmamos, comporta inafastável inconstitucionalidade. Mas, não é só esse o problema de sua limitação. Se não avançarmos para a construção de um

⁴⁹ divulgacao.mapadaviolencia@flacso.org.br. Acesso em 11.08.2014

biobanco de caráter populacional que recolha material genético de toda a população, o criminoso sem registro nos órgãos de segurança não será identificado por esse meio, perdendo-se, assim, oportunidade de conter sua sanha delinquencial.

Em Salvador, na Bahia, A.E.S., assassino contumaz de crianças, o que se costuma denominar de *serial killer*, também não se preocupava em não deixar material genético na cena do crime, inclusive no corpo das suas onze vítimas até que fosse preso, julgado e condenado. Mais dez vidas na conta da ineficiência do Estado.

Apenas para termos uma ideia sobre o quadro da evolução da violência no Brasil, vejamos a estatística de homicídios consumados em Salvador e Região Metropolitana de Salvador, conforme dados da Secretaria da Segurança Pública do Estado da Bahia, de 2000 a 2013, os quais falam por si só:

REGIÃO/ANO	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
SALVADOR	645	720	807	809	840	923	966	1.333	1.732
RMS	166	173	190	235	241	238	275	318	479
TOTAL	811	893	997	1.044	1.081	1.161	1.241	1.651	2.211

REGIÃO/ANO	2009	2010	2011	2012	2013
SALVADOR	1.736	1.639	1.528	1.660	1.482
RMS	465	576	564	857	942
TOTAL	2.201	2.215	2.092	2.517	2.424

Dois casos de repercussão envolveram aspectos interessantes sobre a coleta de material genético à revelia dos envolvidos: o caso da mexicana Glória Trevi e da nacional Robert Jamilly. A primeira, com material genético colhido da placenta para elucidar controvérsia sobre quem a teria engravidado; a segunda, que teria sido sequestrada ainda criança, a fim de que se esclarecesse sobre sua ascendência em exame comparativo de material genético coletado mediante recolhimento de uma ponta de cigarro dispensada na lixeira de uma Delegacia de Polícia.

Sem adentrar em discussão aprofundada sobre ambos os casos, quanto ao primeiro, o certo é que o Supremo Tribunal Federal, por 10 a 01, determinou a realização do exame de DNA ao argumento de que o interesse público em esclarecer as circunstâncias da gravidez da artista é maior do que o direito à intimidade garantido pela Constituição Federal.

Nestes dois casos, a saliva e a placenta, o material genético fora recolhido de *res derelicta*⁵⁰ e, portanto, suscetível de apropriação (SILVA, 1987, p. 111). Daí porque, com todo respeito, toda a discussão. Não se trata de *res perditus* (coisa perdida) sobre a qual não se discute que subsiste o direito de propriedade, mas de coisa abandonada, cuja propriedade fora renunciada, legitimando a sua apropriação por outra pessoa, podendo utilizá-la como bem entender.

Dentre os casos insolúveis que poderiam ter sido desvendados acaso existisse no Brasil um banco de perfil genético nos moldes do que se propõe neste trabalho, ou seja, de forma indistinta, generalizada, que abrangesse toda a população, destaca-se, em meio a outros de igual gravidade, o da menina Rachel Maria Lobo Oliveira Genofre, assassinada brutalmente aos 09 (nove) anos de idade, desaparecida ao sair de uma escola pública no centro de Curitiba (PR), por volta das 17h30min do dia 03 de novembro de 2008. Dois dias depois, o corpo foi encontrado dentro de uma mala na rodoviária da capital paranaense.

A polícia judiciária faz referência à realização de mais de 100 (cem) exames de DNA, todos com material genético fornecido voluntariamente pelos ditos suspeitos. Nenhum deles mostrou-se compatível com a amostra vestígio, vale dizer, com o material genético do criminoso colhido nos objetos e no corpo da vítima, inclusive sêmen. E até hoje o crime continua sem solução, malgrado todos os esforços empreendidos com várias linhas de investigação frustradas. Até retrato falado, com todos os riscos que envolvem eventuais equívocos de aparência, se fez. E nada.

A espera da polícia judiciária brasileira pela cooperação, com a submissão voluntária a exame de DNA, de suspeitos ou do autores de uma infração penal, normalmente de natureza grave ou gravíssima, na esteira de delitos que atentam contra a vida ou integridade física da pessoa, destacando-se, desgraçadamente, os crimes contra a dignidade sexual seguidos de homicídio, afigura-se demasiadamente inócua, revelando resultados negativos quanto aos primeiros, porque já se sabiam inocentes; e inexistentes quanto aos segundos porque, sabendo-se culpados, não se submetem ao exame comparativo entre a amostra vestígio e a amostra referência carente de coleta voluntária.

Veja, no anexo ao final, o “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” utilizado pela Polícia Técnica do Estado da Bahia, obviamente adequado ao princípio constitucional da não auto-incriminação, isto é, submisso à voluntariedade do suspeito da prática de infração

⁵⁰ “Res derelictae. Entende-se a coisa abandonada. E, nestas condições, é suscetível de apropriação. O abandono da coisa importa em renúncia à propriedade dela. Desse modo, fica sem dono”, anota De Plácido e Silva (1987, p. 111).

penal grave, inclusive com a garantia de que o material genético fornecido será utilizado exclusivamente para a realização daquele exame específico.

Visita ao Instituto de Criminalística da Bahia, especificamente à Coordenação de Genética Forense, revela grande armazenamento de amostras vestígios e apenas 100 (cem) amostras referências colhidas voluntariamente, inclusive dentre os servidores públicos da unidade numa demonstração de transparência a assegurar que os dados são trabalhados de forma absolutamente isenta de qualquer interferência no processo de manipulação/aferição e no resultado. Trata-se de um trabalho desenvolvido com seriedade e responsabilidade, mas, em certa medida, prejudicado pela limitação da inexistência de um banco de perfil genético abrangente, indistinto, geral, como o que se está a propor. Assim sendo, as amostras vestígios colhidas nas cenas dos crimes ficam depositadas à espera que algum suspeito ou réu, voluntariamente, forneça seu material genético para a realização do exame comparativo de DNA, que poderá, obviamente, apresentar resultado positivo ou negativo. O problema é que como se encontra não apresentará resultado algum porque inviabilizado resta a realização do exame comparativo.

A quantidade de amostras vestígios armazenada nas dependências da Coordenação de Genética do Laboratório Central de Polícia Técnica do Estado da Bahia, no Instituto Nina Rodrigues, em Salvador, é enorme e variada, abrangendo objetos recolhidos da cena do crime (roupas, capacetes, luvas, instrumentos usados na prática do delito, etc), ocupando espaço físico considerável, aguardando a amostra referência compatível para elucidação do crime correspondente. Entretanto, enquanto perdurar a legislação atual, inequivocamente, todo esse esforço será praticamente inútil.

De uma posição forçosamente inerte, a polícia científica, uma vez instaurado o Banco Nacional de Perfil Genético para toda população, passaria a ser proativa, apresentando resultados que contribuíssem para a efetivação da justiça com a diminuição da impunidade e do erro judiciário.

De fato, este valioso instrumento científico não se presta apenas a apontar a autoria de forma segura, mas também a excluí-la, favorecendo o inocente.

Enquanto na Europa e nos Estados Unidos a ciência segue à serviço da persecução penal, o Brasil continua com uma legislação que é ineficiente, assistemática, incongruente e na prática inócua para fazer valer seu desiderato.

É tempo de trocar, com incomensuráveis vantagens de ordem prática, o discurso demagogo e vazio de uma suposta violação de direitos da personalidade por um instrumento eficaz no combate ao crime.

5.2. CASUÍSTICA ESTRANGEIRA

Trago à baila interessante matéria publicada na revista italiana Panorama nº 27, ano XLI, de 03.07.2003, p. 78, sob o título: “Lasciate il DNA, o voi che entrate”, parafraseando Dante Alighieri, na Divina Comédia, à porta do inferno, canto III, verso 9: “*Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate*” (Deixai toda esperança, ó vós que entraís”). Em verdade, o título original da obra-prima de Dante, escrita entre 1307 e 1321, era apenas “Comédia”. O adjetivo “Divina” foi introduzido a partir da edição de 1555, lançada por Ludovico Dolce. E, depois dele, outros editores, a exemplo de Giovanni Boccaccio.

Quanto à reportagem, versa sobre a inusitada situação do preso Pietro Dellagaren, um nômade comparado a Hannibal Lecter (um *serial killer* fictício vivido no cinema por Antony Hopkins), que se recusa a fornecer material genético, um fio de cabelo sequer, para o exame comparativo de DNA, cujo resultado elucidaria o problema da autoria de dois homicídios dos quais é acusado, um deles contra uma criança de oito anos. Pietro Dellagaren limpa quotidiana e freneticamente sua cela individual e seus objetos de uso pessoal (escova de dentes, copos e talheres de plástico), inclusive suas roupas, para inviabilizar a coleta de resíduos de suor, além de distribuir pelo ambiente vestígios de células de outros presos, a fim de confundir os investigadores. Nega Dellagaren, ao que tudo indica, a possibilidade da ocorrência de coleta de algum material genético seu abandonado na cela, ainda que involuntariamente, reforçando a tese da coleta via *res derelicta*.

Dir-se-ia, por conseguinte, que um fio de cabelo é o obstáculo entre a acusação e a verdade em face da não relativização do princípio da não-auto-incriminação na Itália.

Quanto a nós, no Brasil, problema dessa ordem não existiria se tivéssemos em funcionamento um banco de perfis genéticos de toda população, como acontece, consoante afirmado amiúde, com a coleta das impressões digitais.

Sobre a situação de Pietro Dellagaren, Roberto Lyra (1971, p. 41) adverte: “é melhor não punir um crime do que cometer outros crimes para descobri-lo e prová-lo”. Repugna ao Direito, por conseguinte, o emprego da força para coleta de material genético. Entretanto, a extração de um fio de cabelo ou a passagem de um cotonete esterilizado no interior da boca do investigado para obtenção desse material não se afigura um ato de força do Estado. Até porque o resultado poderia ser favorável ao próprio investigado, excluindo-o da condição de suspeito no primeiro momento e fundamentando sua absolvição no segundo.

Em todo caso, a quebra da voluntariedade, haveremos de reconhecer, por si só, se vista de forma absoluta, implica em violação do princípio *nemo tenetur se detegere*, resultando em inconstitucionalidade no Brasil e, depreende-se, na Itália. E, no entanto, passível de submeter-se, pelo menos aqui, ao princípio da proporcionalidade, sopesados os princípios da não-auto-incriminação e da dignidade humana, neste caso em respeito à vítima, cuidando-se da ponderação de valores, ou seja, o direito de recusa pura e simples do acusado em colaborar para a elucidação da autoria de um crime no qual figura como suspeito, podendo até ser inocentado, e o dever do Estado na aplicação do *jus puniendi*.

No mesmo sentido do pensamento de Lyra (1971, p. 41) aponta a Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*), de inspiração bíblica⁵¹, criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América a partir do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co v. United States* (1920), em que a empresa *Silverthorne Lumber* tentou sonegar o pagamento de tributos federais. No combate à fraude, agentes federais copiaram de forma irregular os livros fiscais da empresa em questão. O caso chegou à Suprema Corte e o ponto cardeal da controvérsia era, em síntese, se as provas derivadas de atos ilegais poderiam ser admitidas em juízo, concluindo-se pela resposta negativa.

A referida doutrina, que implica na nulidade das provas subseqüentes obtidas com fundamento na original ilícita, vale dizer, as provas colhidas licitamente, mas que sejam em material probatório adquirido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo, tem sido relativizada com doutrinas decorrentes, quais sejam: a) a doutrina da fonte independente (art. 157, §1º, segunda parte e §2º; b) a doutrina da conexão atenuada (art. 157, §1º, primeira parte); c) a doutrina da inevitável descoberta.

Com base nessas doutrinas, acatadas no atual Código de Processo Penal brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm abrandado o rigor da Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada, a respeito da qual Andrés de la Oliva Santos, catedrático de processo penal da Universidade Complutense de Madri, (*apud* MOUGENOT, 2008, p. 314), sentencia:

A metáfora da ‘árvore envenenada’ e seus ‘frutos’ somente é isso, uma metáfora. E, para seguir com ela, diria que estes ‘frutos’ são perfeitamente digeríveis e aproveitáveis por quem não tenha envenenado a ‘árvore’. Trasladar os termos da

⁵¹ Vide Mateus, capítulo 7, versículos 16-20, colhendo-se um fragmento do Sermão da Montanha proferido por Jesus Cristo: “Por seus frutos os conhecereis. Porventura colhem-se uvas dos espinheiros ou figos dos abrolhos? Assim, toda a árvore boa produz bons frutos, e toda a árvore má produz frutos maus. Não pode a árvore boa dar maus frutos; nem a árvore má dar frutos bons. Toda a árvore que não dá bom fruto corta-se e lança-se no fogo. Portanto, pelos seus frutos os conhecereis” (A BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Editora Vida, 1981)

metáfora, absolutizados, ao plano da realidade e, em concreto, da prova, constituiria uma arbitrária sacralização.

Defende-se, em situações como esta posta pela revista Panorama, que não se enquadra na advertência de Lyra (1971, p. 41), no que tange à prática de um outro delito pelo Estado para colher prova contra o acusado, a relativização dos princípios mencionados, com supedâneo nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem que isso importe em afronta ao princípio da dignidade humana ou em violação à incolumidade física (respectivamente, artigos 1º, inciso III, e 5º, inciso III, da Carta Magna), como, por certo, haverão de reclamar outros.

No caso Dellagaren, tomado hipoteticamente, há um interesse coletivo superior em xeque, a elucidação da autoria de dois homicídios, contra o direito individual a não-auto-incriminação, não por meio da obtenção forçada de uma confissão, mas da simplória coleta de um fio de cabelo ou de vestígios de suor ou de saliva do acusado, que podem ser coletados de forma absolutamente indolor.

Ora, a prevalecer uma concepção absoluta do princípio da não-auto-incriminação, como se a vida fosse absoluta, degrada-se, sim, a condição humana das famílias das vítimas ao assistir ao Estado ceder a um capricho do réu, cuja prova colhida poderá também inocentá-lo, embora o seu comportamento seja um indicativo em sentido contrário, especialmente se levado a julgamento perante o Tribunal do Júri. Mesmo que o acusado Dellagaren seja um inocente teimoso que insiste em medir força com o Estado, esquecendo-se que é o próprio Estado quem permite isso, ainda assim seria o caso de realização do exame de DNA, inclusive para evitar possível erro judiciário com a sua condenação ou absolvição por ausência de uma prova perfeitamente possível de ser produzida.

Assim sendo, não se vê prejuízo em admitir-se a relativização ora discutida. Ao contrário, qualquer que seja o resultado do exame, só enxergamos benefício na relativização proposta. Afinal, para situações extremas, soluções extremadas sem perder de vista a máxima “faz mal aos bons quem poupa os maus” (TOSI, 1996, p. 503).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa pode-se asseverar sem dúvida alguma que as limitações da legislação vigente sobre a matéria em foco talvez proporcione efetividade apenas em pequena monta, mesmo porque, a rigor, dependente da colaboração do investigado ou acusado, quando deveria ter ido mais adiante para garantir que o banco genético cumprisse o seu papel de forma generalizada e indiscriminada em todo território nacional em um sistema que possibilitasse a cooperação entre os entes federativos.

A condenação de um inocente, especialmente no Estado de Direito, por sua própria essência, causa aversão e repugnância à evidência. Neste sentido, a genética forense presta-se não apenas a proporcionar a identificação do criminoso, mas também contribui para a exclusão de suspeitos inocentes das agruras de um processo penal.

A coleta do material genético na cena do crime, por exemplo, e sua comparação com os dados que venham a ser armazenados no banco de perfis de DNA, repita-se com segurança, não importa em prova absoluta de autoria. Toda e qualquer prova, evidentemente, deve ser examinada em face do contexto. Ao juiz compete examinar todas as nuances do fato delituoso diante da prova coligida aos autos, não se limitando aquelas produzidas pelas partes em apoio às suas teses e versões contaminadas pela parcialidade. O certo é que não existe hierarquia entre as provas, devendo ser observado um critério complementar diante do contexto, de modo que o quadro probatório possibilite uma percepção mais segura da realidade observada em face do caso concreto.

A doutrina, ademais, no que tange à produção de prova pelo Juiz, tem caminhado no sentido de sua inadmissibilidade diante do sistema acusatório do processo penal. Entretanto, o atual Código de Processo Penal ainda contraria em certa medida o espírito da denominada Escola Garantista. E não sem razão, como acontece, v.g., com a inquirição de testemunha referida⁵², ainda que as partes não tenham requerido a tomada de seu depoimento. Neste caso, trata-se de uma inferência lógica entre a prova colhida de forma insuficiente e precária e a possibilidade de, não obstante, servir como liame à produção de prova capaz de trazer luzes à discussão até então nebulosa, proporcionando o esclarecimento e a condução a um resultado do processo mais condizente com a verdade real. Vejamos um elementar exemplo: admitindo-

⁵² Art. 209, CPP: Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem. § 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

se que o Ministério Público ao oferecer a denúncia de um crime de estupro seguido de morte o tenha feito apenas com relação a testemunhas que passaram depor sobre o que ouviram dizer. No entanto, uma delas faz referência a duas pessoas que teriam presenciado o fato delituoso, mas que não foram arroladas na peça vestibular acusatória. Nesta hipótese, aplicando-se a norma do art. 209 do CPP, o juiz ordena a inquirição das testemunhas referidas.

A pretensão, portanto, de excluir-se essa possibilidade é contrária à utilidade do processo penal. E não se diga que ao Ministério Público cumpria ter arrolado estas últimas testemunhas tempestivamente, operando-se a preclusão, porque o Parquet poderia desconhecer a existência delas. Mas, ainda que dos autos do inquérito conste seus depoimentos, o princípio da busca da verdade real se impõe. E, de qualquer modo, estas testemunhas poderão ou não confirmar seus depoimentos e a alusão de que teriam presenciado o fato delituoso. O que não se apresenta razoável com uma justiça penal que busque a verdade é sua exclusão atendendo a uma medida meramente formal.

De mais a mais, a criminalidade tem evoluído qualitativamente na prática de crimes, aumentando a engenhosidade, objetivando, logicamente, a impunidade, tornando indispensável que a persecução penal seja feita de forma inteligente, cooperativa entre as polícias e seus métodos de investigação, não sendo razoável que se despreze a contribuição da ciência no avanço de meios eficazes de elucidação de fatos delituosos, mormente aqueles mais graves que são praticados contra a vida e contra a dignidade sexual, sem falar na proteção ao patrimônio e a resistência aos atos de terrorismo.

Um banco de dados genéticos geral, permanente e atualizado, pode e deve ser considerado como instrumento capaz de colocar o Estado em condição de enfrentamento capacitado na elucidação de crimes de toda natureza.

E, no entanto, nos dias que correm a partir de uma interpretação restrita da Constituição de 1988, criou-se o paradigma de que o indivíduo é intocável, como se seu interesse particular pudessem prevalecer diante do interesse coletivo. Ou, por outra, ao final, ao assegurar-se uma crescente sensação de segurança destinada à sociedade, esta só faz sentido quando gerada a partir do indivíduo.

Cuida-se, especificamente, da segurança pública, termo, aliás, demonizado, como se fosse sinônimo de ditadura, quando, a rigor, é uma das preocupações que mais afligem os cidadãos qualquer que seja o regime político, mas muito especialmente em um mundo em que um sistema perverso de má distribuição de renda e ausência de oportunidades iguais para que as pessoas possam progredir de formas diferentes nos coloca a todos como se estivéssemos a

mercê de uma roleta russa, vale dizer, como se vivêssemos na iminência de sofrermos algum tipo de violência na rua, no trabalho e até mesmo em casa.

Importante salientar, ademais, que o direito à segurança, obviamente, integra a dignidade da pessoa humana, constando no *caput* do art. 5º da Carta Política de 1988.

Deixando-se de lado qualquer conotação filosófica, nada mais republicano e democrático do que o diálogo franco, aberto, sem tergiversação, frente à eventual rota de colisão dos interesses individual com os coletivos. E nem se defende que isso seja feito a qualquer preço, mas o que custa passar um contonete esterilizado boca adentro, delicadamente, de um investigado diante do que aconteceu com a vítima e sua família e o anseio de que a justiça seja feita na forma da lei? O que têm a temer os inocentes com a guarda de seus perfis genéticos? O receio de que, no futuro, um governo totalitarista venha a fazer uso indevido destes dados? Até lá, que ninguém se iluda, se chegarmos a um tempo tão sombrio e triste, até mais do que este em que vivemos sobressaltados pelo medo da violência, em que a liberdade de ir e vir é cada vez mais uma mentira, o que menos importará será a existência de um banco de dados genéticos. Se a vida já vale menos do que o patrimônio no sistema democrático-capitalista, numa ditadura, qualquer que seja sua matiz ideológica-econômica, valerá menos ainda. Já vimos esse filme na curta existência da história de nossa república em longas sessões de 1930 a 1945, com Getúlio Vargas (NETO, 2013); e de 1964 a 1985, com os militares no poder (GASPARI, 2002, 2003, 2004).

Além do mais, não deixa de ser curioso que uma sociedade narcisista que voluntariamente se expõe nas redes sociais, onde as intimidades são reveladas com uma banalidade que quase nos leva a questionar se ainda existe algum pudor, venha eventualmente a posicionar-se contra a utilização da ciência a serviço da persecução penal, alegando justamente uma susposta violação de intimidade. Entretanto, não se pode desconsiderar que esta exposição é obviamente voluntária em contraposição à imposição do Estado, ainda que tenha como objetivo a realização de um quadro de segurança que, por via de consequência, a todos beneficiará, de uma forma ou de outra, podendo, conforme já afirmamos, produzir prova positiva ou negativa no âmbito da investigação criminal.

Por fim, se os criminosos violentos contam em muitos casos com a Lei do Silêncio que impoem à aterrorizada comunidade invariavelmente carente, se é certo que as vítimas, letais ou não, falam através dos laudos periciais, inclusive nos conteúdos das necrópcias, ao DNA também deve ser dado voz.

A existência de um banco de dados genéticos, senão de forma generalizada e indistinta como seria ideal, mas pelo menos quanto aos criminosos violentos, como homicidas e

estupradores, contumazes ou não, iniludivelmente, pode evitar crimes e salvar vidas. Mas, aqui, convém salientar, inevitável torna-se-á a violação da constituição federal ante o princípio da não-auto-incriminação, sobre qual já se discorreu à saciedade, salvo engano. Nesta hipótese, a produção legislativa importará em apostar para ver e perder diante da lucidez da magistratura.

Se Jack, o estripador, *serial killer* londrino, praticasse seus crimes na Inglaterra atual, ante a existência de um banco de dados genéticos normalmente utilizado, muito provavelmente seria responsabilizado com a autoria desvendada a tempo de ser punido por seus crimes. Entretanto, se agisse no Brasil, contaria com a probabilidade de 80% para ficar impune, consoante restou demonstrado.

Em conclusão, depreende-se, até aqui:

- a) O emprego de DNA para identificação humana, desde meados da década de 1980, tem sido um importante aliado da Justiça, não apenas no campo criminal, mas no Direito de Família, no Direito Civil e na Medicina Legal;
- b) O emprego do exame de DNA nas investigações criminais, não obstante sua aura de infalibilidade, não exclui a utilização dos métodos analíticos. A prova deve ser complementar, ou seja, o fato de ser encontrado material genético de uma pessoa na cena do crime não atesta a sua autoria, embora a coloque dentre os suspeitos em potencial. Somente o exame do conjunto probatório poderá definir a autoria ou pelo menos apontá-la.
- c) A prevalência ou sobrepujança da análise do DNA em comparação aos tradicionais exames periciais não se dá de forma absoluta, portanto.
- d) A obtenção de padrões genéticos indivíduo-específico tem sido determinante na identificação de suspeitos em casos de crimes sexuais, estabelecendo-se iniludível vínculo entre estes e o local do crime ou em relação ao corpo da própria vítima, a exemplo de material genético coletado sob as unhas ou em cavidades, inclusive na genitália.
- e) A análise de DNA, mesmo sendo uma poderosa ferramenta, está longe de ser uma condição *sine qua non* em estudos forenses. A prova do DNA deve ser sempre considerada dentro de um conjunto de variadas evidências, não comportando presunções de culpabilidade ou de inocência, mas cumprindo o papel de fornecer informações exatas para melhor aplicação da justiça.

- f) Convém acentuar, ainda, que a persecução penal não pode ficar à mercê da vontade do infrator. Do contrário, teríamos um sistema de segurança pública de “faz de conta”, além de outras repercussões para o sentido da existência do Estado.
- g) Reconhece-se o avanço proporcionado pela Lei 12.654/12 e o Decreto 7.950/13 para o implemento de uma política pública de consolidação do banco de perfil genético, mas considera-se fundamental sua ampliação nos moldes existentes nos países nórdicos, vale dizer, com toda a população cadastrada, de modo que seja dada eficácia ao exame de DNA no curso de uma investigação criminal, contribuindo de forma decisiva para a elucidação de crimes, mui especialmente os de natureza violenta contra a pessoa, reduzindo-se, por um lado, a impunidade, e, por outro, emprestando sentido pedagógico de prevenção à criminalidade.
- h) Não há que se falar em conflito entre a criação de um biobanco nacional indistinto e generalizado com o princípio constitucional da não auto-incriminação pela simples razão de que o banco de perfil genético nestes moldes será prévio a qualquer imputação. Em outras palavras, o material genético de toda população será cadastrado previamente independente da ocorrência pontual de qualquer delito, tal como ocorre com a coleta das impressões digitais por ocasião da confecção das carteiras de identidade; o momento adequado para essa coleta será objeto da lei que, à evidência, regulará severamente a questão.

A máxima de experiência jurídica diz que Direito é bom-senso. Entretanto, nem sempre dentre os operadores do Direito, dentre os que pensam o Direito, se faz escolhas acertadas, seja na aplicação do Direito, que é o que mais importa, seja na construção da doutrina. E de forma precípua quando não se tem autonomia intelectual ou quando o medo de contrariar um pensamento majoritário, uma escola acadêmica em evidência numa determinada época, um modismo pseudo-libertário ou o receio de parecer anti-democrático, resulta em inércia ou mera repetição de lugar-comum, a exemplo da invocação, como se fosse um mantra, da dignidade da pessoa humana ou da democracia. Por vezes não se sabe exatamente o que vem a ser uma coisa nem outra. Ambas as expressões estão contaminadas de tanta ambiguidade que se prestam a justificar quase tudo, o que equivale dizer que, assim sendo, não se prestam a justificar com profundidade quase nada.

Examinada a legislação atinente ao banco de dados genéticos no Brasil, inevitavelmente, depara-se com as incongruências e as inconstitucionalidades apontadas neste trabalho, à vista do cenário internacional sobre o tema da utilização de biobanco como meio

auxiliar no combate à criminalidade, enquanto mero meio de identificação criminal, concluindo-se por uma posição propositiva, qual seja a criação de um banco de perfil genético para este fim de forma geral, vale dizer, cadastrando toda a população de modo que o material genético de todo e qualquer indivíduo esteja à disposição do Estado para este fim determinado, exclusivo, preexistente a qualquer acusação, como é a hipótese da coleta de digitais, resguardados os cuidados e as garantias que a espécie exige.

Sob aspecto algum, exceto na conjuntura atual pela quebra da voluntariedade no fornecimento de material genético pelo suspeito, indiciado ou acusado, vislumbramos qualquer ofensa aos direitos da personalidade, à violação da privacidade genética, às garantias e aos direitos fundamentais preceituados e albergados na Constituição Federal de 1988, dentre eles o decantado princípio da dignidade da pessoa humana, ante à existência de um banco de perfis genéticos.

De qualquer modo, afastando-se de uma vez toda e qualquer dúvida, a legislação deverá avançar, inclusive de forma salutar mediante amplo debate público sobre o tema e até mesmo com a possibilidade de uma consulta popular através de um plebiscito, com as naturais defesas de pontos de vistas antagônicos, a favor e contra, o que se apresenta como uma medida a princípio desnecessária, no sentido do aperçoamento indispensável rumo à criação de um banco de perfis genéticos de toda a população com os evidentes benefícios para desvendar-se as autorias de fatos delituosos, resguardados os direitos e garantias constitucionais, conforme esclarecido, resultando em significativa contribuição para a segurança pública, emprestando-lhe sensação de segurança, ante à diminuição da impunidade e a certeza da existência de um instrumento eficaz, posto que, neste aspecto, a ciência estará a serviço da persecução penal.

Discorreu-se, à evidência, sobre isso ao longo deste trabalho. Destarte, marcou-se posição neste sentido, mas sem qualquer pretensão de que o tema não mereça novas reflexões convergentes ou divergentes, as quais, indistintamente, serão sempre bem-vindas.

ANEXO: TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO



GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA
DEPARTAMENTO DE POLÍCIA TÉCNICA
LABORATÓRIO CENTRAL DE POLÍCIA TÉCNICA
COORDENAÇÃO DE HEMATOLOGIA



TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Referente: Coleta de amostras para exames pericial-forenses.

PROTOCOLO L.C.P.T. nº _____ / _____

Informações: (Documento Encaminhador / Origem / Autoridade Requiritante / etc.)

DECLARAÇÃO

Eu, _____, portador da
identificação (C.I. / R.G.) nº _____, emitida em ____/____/____ pela
_____ tendo comparecido no Laboratório Central de Polícia
Técnica/D.P.T. da S.S.P./BA, conforme documento de encaminhamento supra citado,
no dia ____/____/____, às ____ horas e ____ minutos a fim de proceder à coleta de
amostra(s) para exames pericial-forenses; **DECLARO QUE PERMITI A COLETA DE
AMOSTRA(S) DE _____ PARA EXAME DE _____
DE LIVRE CONSENTIMENTO E ESPONTÂNEA VONTADE, APÓS TOMAR
CONHECIMENTO QUE TAL MATERIAL SOMENTE SERÁ USADO PARA O CITADO
EXAME.**

Assinatura

Salvador, ____ de ____ de ____

Polgar Direito

Recolhimento dos dados e coleta efetuado por: _____
Nome / Cadastro / Assinatura _____

Testemunha 1 _____
Nome / Identificação / Assinatura _____

Testemunha 2 _____
Nome / Identificação / Assinatura _____

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, Walter P. **O processo penal**. 19.ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1989.
- ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. São Paulo: Editora 34, 1999.
- ALMEIDA, Mário Tito. **Além do ôntico**. Disponível em alemdoontico.blogspot.com.br. Acesso em 29 maio 2012.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BALESTRERI, Ricardo Brizolla. **Um Novo Paradigma de Segurança Pública**. In *Segurança Pública no Brasil: um campo de desafios*. Salvador: Edufba, 2010.
- BAUMAN, Zigmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. São Paulo: Edições APMP, 2008.
- BORGES, Jorge Luis. **Obras completas**. São Paulo: Globo, 1999.
- BORGES, Jorge Luis; SÁBATO, Ernesto. **Diálogos**. São Paulo: Globo, 2005.
- BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.ht. Acesso em 15 outubro 2013.
- _____. Lei n.º 12.654, de 28 de maio de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm. Acesso em: 18 abril 2013.
- _____. Lei n.º 12.037, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm. Acesso em 29 maio 2012.
- BRECHT, Bertolt. **Antologia poética**. São Paulo: Elo, 1982.
- BUENO, Eduardo. **A Coroa, a cruz e a espada: lei, ordem e corrupção no B Colônia**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.
- _____. **Brasil: uma história**. Cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. Histórias de deuses e heróis. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2010.

CANTÚ, Césare. **História Universal**. São Paulo: Editora das Américas, 1951.

CARNEIRO, Edison. **A cidade do Salvador 1549** – uma reconstituição histórica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

CHURCHIL, Winston. **Pro e contra**. São Paulo: Melhoramentos, 1975.

CÔRREA, Adriana Espíndola. **O corpo digitalizado**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COSTA, Ivone Freire; BALESTRI, Ricardo Brisolla (org.). **Segurança Pública no Brasil: um campo de desafios**. Salvador: EDUFBA, 2010.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

COUTO, Jorge. **A construção do Brasil**. Lisboa: Edições Cosmos, 1998.

DOYLE, Arthur Conan. **Sherlock Holmes**: edição completa. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

FAST, Joachim. **Hitler**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

FERNANDES, Millôr. **A Bíblia do caos**. Porto Alegre: L&PM, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Campinas: Julex, 1989.

FLUSSER, Vilém. **A dúvida**. São Paulo: Annablume, 2011.

GARDIN, Nanon. **História das mitologias do mundo**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2012.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **A ditadura encurralada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 26 janeiro. 2010. Acesso em 18.04.2014.

GRIMAL, Pierre. **Dicionário da mitologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993.

GUIRELLI, Antônio. **Tiranos**: de Hitler a Pol Pot. Rio de Janeiro: Difel, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**. 3. ed. São Paulo: Del Rey, 2006.

GUZMÁN, Nicolas. **La verdad em el proceso penal**: una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires: Editores del Porto, 2006.

HABIB, Sérgio. **O 13º apóstolo**: testemunha ocular da saga de Jesus. Salvador: Contexto, 2010.

HAMILTON, Edith. **Mitologia**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HAMMERSCHMIDT, Denise; OLIVEIRA, José Sebastião de. **Direito à intimidade genética**: um contributo ao estudo dos direitos da personalidade. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, vol. 6, nº1 (ISSN 1677-6402 impressa ISSN 2176-9184 On-line) 2006.

HARDEN, Blaine. **Fuga do campo 14**. A dramática jornada de um prisioneiro da Coreia do Norte rumo à liberdade no ocidente. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012.

HALLYDAY, Jon; CHANG, Jung. **Mao**. A história desconhecida. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Introdução à democracia. Artigo publicado pelo jornal A Folha da Manhã, São Paulo, terça-feira, 18 de setembro de 1951.

HOUAISS, Antônio et al. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 393.

HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. Campinas: Edicamp, 2002.

JACQUES, Guilherme. Banco de perfis genéticos: a ciência em prol da justiça. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Ano XVII – nº 389, p. 25-27, 1º de abril de 2013.

JUY-BIRMANN, Rudolphe. **O sistema alemão**. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KAHN, Leo. **Julgamento em Nuremberg**: história ilustrada da 2ª Guerra Mundial. Rio de Janeiro: Renes, 1973.

KHAN, Mahvish Rukhsana. **Diário de Guatánamo**. Os detentos e as histórias que eles me contaram. São Paulo: Larousse do Brasil, 2008.

KOESTLER, Arthur. **O zero e o infinito**. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio. **Enciclopédia e dicionário ilustrado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Delta, 1999.

LITTELL, Jonathan. **As benevolentes**. Rio de Janeiro: Objetiva Alfaguara, 2007.

LYRA, Roberto. **Novo direito penal**: processo e execuções penais. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil**: uma interpretação. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2008.

LUBISCO, Nídia M.L.; VIEIRA, S.C.; SANTANA, I.V. **Manual de estilo acadêmico**: monografias, dissertações e teses. 4. ed. Salvador: EDUFBA, 2008.

MANGUEL, Alberto. **Contos de horror do século XIX escolhidos por Alberto Manguel**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

MARÍAS, Julián. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Duas cidades, 1966.

MATOS, Gregório de. **Poemas atribuídos**. Códice Asensio-Cunha, volume 3/ João Adolfo Hansen, Marcello Moreira (edição e estudo). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

MATTE, Ursula; GOLDIM, José Roberto. **Bancos de DNA: considerações éticas sobre o armazenamento de material genético**. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrs.br/bancodn.htm>. Acesso em 26.03.2014.

MENDES, Fabiana Machado. **A caixa de pandora: perfil genético no âmbito da investigação criminal à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere***. Disponível em: <http://portalmultipla.com.br/wp-content/uploads/2013/10/1-lugar- perfil genetico no ambito da investigacao criminal.pdf>. Acesso em 23.07.2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do espírito das leis**. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MURAT, Laure. **O homem que se achava Napoleão**. Por uma história política da loucura. São Paulo: Três Estrelas, 2012.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos da personalidade e dados genéticos**. Revisão crítico-discursiva dos direitos da personalidade à luz da natureza jurídica dos dados genéticos humanos. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Hélder Câmara, 2010.

NETO, Lira. **Getúlio**. Do governo provisório à ditadura do Estado Novo (1930-1' São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

NYISZLI, Miklos. **Médico em Auschwitz**. Rio de Janeiro: Otto Pierre Editores, 1980.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PANORAMA. Roma: edição impressa, 2003. Ano XLI, nº 27, julho, p. 78. Artigo: **Laciate il DNA, o voi che entrate**. *International Standard Serial Number* não localizado. Partita IVA 08386600152.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 4.

RAMOS, Graciliano. **Memórias do cárcere**. 15.ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 1982.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

REVISTA GALILEU. São Paulo: Globo, n. 211, fev 2009, p. 48. Artigo: Bebês geneticamente selecionados.

RIBEIRO, Darcy. **Sobre o óbvio**. Rio de Janeiro: Guanabara. 1986, p. 77.

_____. **Mestiço é que é bom**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

RIBEIRO, João Ubaldo. **Política**. Quem manda, por que manda, como manda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SACCONI, Luiz Antonio. **Grande dicionário Sacconi da língua portuguesa**: comentado, crítico e enciclopédico. São Paulo: Nova Geração, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEVCENKO, Nicolau. **A revolta da vacina**. São Paulo: Scipione, 2003.

SHAPIRO, Fred R. **Quote...Misquote**. Disponível em: ><http://www.thenewyorktimes.com>>. Acesso em 21.07.2013.

SHAW, Bernard. **Socialismo para milionários**. São Paulo: Ediouro, 2004.

SHIRER, William Lawrence. **Ascensão e queda do Terceiro Reich**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 1987.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STEINER, George. **Tigres no espelho**: e outros textos da revista The New York. São Paulo: Globo, 2012.

STONE, Isidor F. **O julgamento de Sócrates**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

TINANT, Eduardo Luis. **Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Dunken, 2010.

TOSI, Renzo. **Dicionário de sentenças latinas e gregas**. São Paulo: Martins Font, 1996.

VIDAL, Gore. **Lincoln**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

VOLKOGONOV, Dmitri. **Stalin**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

WATSON, James D. **A dupla hélice**: como descobri a estrutura do DNA. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

WATSON, James; BERRY, Andrew. **DNA: O segredo da vida**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WATTS, Duncan J. **Tudo é óbvio desde que você saiba a resposta**: como o seu cérebro comum nos engana. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário – Crise**. Acertos e Desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAMIATIN, Evgueny. **Nós**. São Paulo: Alfa-Omega, 2004.