

O USO DA BIOTECNOLOGIA COM O DEVIDO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO - UMA ANÁLISE CRÍTICA NECESSÁRIA.

*RIZZO, Mariane Vieira*¹

Resumo: O presente artigo visa explorar a recente alteração legislativa trazida pela Lei 12.654, de 12 de maio de 2012, notadamente no que diz respeito à realização de exames periciais para obtenção do perfil genético do cidadão, como forma de identificação criminal, além de sua evidente utilização como prova para fins de investigação criminal. Analisar-se-á, de forma crítica, a real intenção do legislador, além de eventuais problemáticas decorrentes da disseminação dessa prática, especialmente no que diz respeito à afronta aos direitos fundamentais do ser humano, seja por contrariar a Constituição Federal Brasileira, seja por contrariar normas internacionais que tratam de bioética.

Palavras chave: Identificação criminal. Perfil genético. Prova.

Abstract: This article aims to explore the recent legislative amendment introduced by Law 12654 of May 12, 2012, notably with regard to forensic examinations to obtain the genetic profile of the citizen, as a form of criminal identification, in addition to its obvious use as evidence for purposes of criminal investigation. Analyze will be so much criticism, the real intention of the legislature, and any issues arising from the spread of this practice, especially with regard to the affront to basic human rights, is contrary to the Federal Constitution, be by countering international standards dealing with bioethics.

Keywords: Criminal identification. Genetic profile. Evidence.

Introdução

Há aproximadamente um ano foi publicada a Lei 12.654/12 que trouxe grandes implicações entre o uso da biotecnologia e a ordem constitucional brasileira.

O que se pretende com o presente trabalho é demonstrar, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas com as vistas voltadas à defesa dos direitos fundamentais

¹ Defensora Pública do Estado do Mato Grosso do Sul – Pós-Graduada em Direito do Estado e das Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: marianev@defensoria.ms.gov.br

do cidadão brasileiro, que a legislação, da forma como está, pretende a utilização do perfil genético do cidadão como meio de prova no âmbito criminal, o que poderá violar grave e frontalmente, não só a Constituição Federal, como também normatizações em âmbito internacional acerca do assunto.

E uma das grandes preocupações que a lei traz diz respeito a uma eventual utilização dos dados genéticos obtidos como forma de discriminação eugênica, para evitar futuras práticas de delitos.

Essa prática faz parte da história e atualmente continua sendo praticada e disseminada em todo o mundo, apesar de forma mais velada. E no Brasil não é diferente. Basta acompanhar a mídia e manter uma simples conversa com as pessoas pelas ruas das cidades, principalmente no que diz respeito a acusados e condenados pela prática de delitos.

Será demonstrado nas páginas a seguir, portanto, que referida legislação pode ser considerada inconstitucional sob vários aspectos.

Por fim, a metodologia aplicada limitou-se à pesquisa bibliográfica, como também na experiência prática da autora enquanto defensora pública do Estado de Mato Grosso do Sul, que atua na defesa de acusados de delitos no sistema judicial nacional.

Da alteração legislativa

A Lei nº 12.654, de 12 de maio de 2012, publicada no Diário Oficial da União de nº 103, Ano CXLIX, em 29 de maio de 2012 e que entrou em vigor 180 dias após sua publicação, trouxe alterações à lei que trata acerca da Identificação Criminal (Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009) e também à Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

No que diz respeito à Lei nº 12.037/2009, a nova lei acrescenta o parágrafo único ao art. 5º, para incluir como forma de identificação criminal, além dos processos datiloscópico e fotográfico, o perfil genético do cidadão.

Já o inciso IV do art. 3º, estabelece que a identificação criminal poderá ocorrer quando for essencial às investigações policiais, através de determinação judicial, mesmo tendo sido apresentado documento de identificação civil.

Verifica-se então, que a alteração mais significativa incluiu a possibilidade de coleta de material biológico para obtenção do perfil genético para fins de identificação criminal e formação de um banco de dados.

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, sendo que os dados neles constantes terão caráter sigiloso, conforme regulamento a ser ainda expedido pelo Poder Executivo, e que somente poderão ser utilizados para os fins previstos na lei que o instituiu ou em decisão judicial (art. 2º).

A nova legislação especificou ainda 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 (art. 2º).

Já no que diz respeito à alteração efetivada na Lei de Execução Penal, foi acrescentado o art. 9º-A no Capítulo I, do Título II, que trata da classificação do Condenado e Internado, para fins de individualização da Execução Penal, determinando que os condenados por crimes hediondos ou praticados dolosamente mediante violência de natureza grave contra pessoa serão obrigatoriamente submetidos à identificação do perfil genético mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.

Genoma humano, dados genéticos e exame de DNA.

Para uma melhor compreensão da intenção do legislador, necessário trazer a lume os conceitos dos termos genéticos trazidos pela lei, genoma humano, dados genéticos e exame de DNA.

Segundo leciona Diedrich:

A maior parte das células do nosso organismo possui no seu núcleo uma estrutura contendo o projeto de construção e de funcionamento de todo o corpo, o genoma humano. O genoma é composto por 46 filamentos enrolados em pacotes, os cromossomos, que, por sua vez, são constituídos por uma macromolécula, chamada ácido desoxirribonucléico, o DNA (DIEDRICH, 2001: 214, 215).

Conforme se infere do art. 1º da Declaração Universal sobre o Genoma e Direitos Humanos da UNESCO: “O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade”.

Para Sobrinho:

O estudo do ácido desoxirribonucléico foi desenvolvido no âmbito da Genética com objetivo de identificar indivíduos que apresentassem determinado traço, repetido em seus descendentes, permitindo várias aplicações, tais como detectar doenças hereditárias, verificar parentesco, constatar a evolução da espécie humana, determinar compatibilidade para transplantes etc (SOBRINHO, 2003: 37).

De fato, a constatação do genoma humano de cada indivíduo, através da verificação do DNA, tratou-se da mais importante evolução da genética, já que com

ele a genética passou a ser utilizada em várias oportunidades, seja para descoberta e cura de doenças, seja para averiguação de paternidade e maternidade biológicas, ou para fins de investigação e prova no âmbito criminal.

E a nova Lei expressamente determina que a identificação do perfil genético dar-se-á mediante extração de DNA por técnica adequada e indolor (art. 9º). Apesar de não especificar qual seria a técnica a ser aplicada, a lei fatalmente nos remete aos métodos não invasivos para coleta do material a ser utilizado na realização do exame, já que, repita-se, exige que a extração do DNA seja feita de forma indolor. Leciona Sobrinho:

O DNA é uma macromolécula encontrada em células nucleadas, sendo possível estudá-lo mediante a análise das amostras de substância orgânica que contenha material genético. No homem, este material pode ser extraído de várias substâncias, tais como sangue, sêmen, músculo, osso, dente (polpa dentária) e pêlo (raiz) (SOBRINHO, 2003: 36).

Em assim sendo, a realização do exame pericial fica limitado a alternativas de amostras como a saliva e fios de cabelo que contém a raiz ou bulbo, evidentemente por serem os únicos que podem ser extraídos por técnica indolor.

Verifica-se então que o exame de DNA permite um cálculo estatístico de probabilidade, o que sempre possibilita uma margem de erro, mesmo que ínfima.

E além do erro relacionado à estatística, ou cálculo, podem ocorrer outros problemas que alteram o resultado, como p. ex. falhas técnicas em quaisquer etapas do procedimento, erro humano, erros de técnica, além da contaminação do material, eventual troca do material a ser analisado ou do resultado, o que faz com que a certeza dos resultados dos exames de DNA deva ser relativizada.

Identificação civil e criminal

Ao homem faz-se necessário identificar-se entre os demais conviventes em sociedade, de forma a evitar que seja confundido com terceira pessoa, até porque cada indivíduo é único, com características próprias e imutáveis.

A identificação das pessoas pode ser feita civil e criminalmente. A identificação civil é feita através do documento nacional de identificação civil, que contém o nome, data de nascimento, data da emissão, filiação, foto, assinatura e

impressão digital dos dedos do titular e são emitidas pelas Secretarias de Segurança Pública de cada Estado da Federação, sendo dotadas de fé pública e validade em todo o território nacional, assim como a carteira de trabalho, a carteira profissional, o passaporte, a carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação da pessoa, inclusive documentos de identificação militares, que se assemelham aos documentos de identificação civil (art. 2º da Lei 12.037/2009).

Já a identificação criminal se dá através de um processo técnico-científico, que somente poderá ser feita quando houver a necessidade jurídica de identificar uma pessoa que não possa ser civilmente identificada, ou quando, pairarem dúvidas acerca de referida identificação, nos termos do art. 5º, LVIII, da Constituição Federal.

A Lei 12.037, de 1º de outubro de 2009, substituiu a Lei 10.054/2000 e veio regulamentar o inciso LVIII, do art. 5º da CF acima citado, trazendo em seu art. 3º, as hipóteses em que a pessoa não identificada civilmente será submetida à identificação criminal. Isso se dará nas seguintes situações: o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação, o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado, o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si, 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, constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações ou o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Portanto, verifica-se que a identificação criminal, em todas as hipóteses legais autorizadas de sua realização, somente poderá ocorrer caso a pessoa não seja civilmente identificada ou pairarem dúvidas acerca dessa identificação.

Contudo, já foi acima especificado que a nova lei incluiu como forma de identificação criminal, além dos processos datiloscópico e fotográfico, o perfil genético do cidadão, mesmo já tendo sido a pessoa suspeita civilmente identificada, nos casos em que a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo determinação da autoridade judiciária competente.

Anteriormente, portanto, da edição da lei em comento, a identificação criminal somente poderia ser feita através de processo datiloscópico e fotográfico, e somente poderia ocorrer caso a pessoa acusada da prática de delitos não pudesse ser civilmente identificada, ou seja, através de seus documentos pessoais, ou em outros casos previstos pela lei, nos termos do art. 5º, inciso LVIII da Constituição Federal.

É preciso esclarecer que a identificação criminal também é considerada como meio de prova, seja para comprovar a autoria de um delito, seja para afastar a imputação de prática de delitos a pessoas inocentes. Para Sobrinho:

A identificação criminal auxilia a aplicação do Direito Processual Penal, pois, por meio dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que supostamente praticou o crime em apuração, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, permitindo que seja imposto àquele sujeito, e a mais ninguém além dele, as sanções decorrentes do crime praticado. Ao mesmo tempo, a identificação servirá como meio de prova colocado à disposição das pessoas inocentes para que possam demonstrar que não são as verdadeiras autoras das infrações penais, quando houver equívoco de identidade (SOBRINHO, 2003: 56).

Verifica-se então, que o legislador infraconstitucional criou outro meio de prova a ser utilizado no processo penal.

Da prova no processo penal

Os fatos acontecem no mundo fenomênico e a partir daí forma-se o litígio processual penal, quando duas verdades devem ser buscadas pelo Poder Judiciário: a verdade real dos fatos e a verdade do direito. Para Aranha:

A verdade relativa aos fatos é uma tarefa reconstrutiva do juiz, buscando, através de um levantamento, o que aconteceu ou o que acontece, usando, para tanto, a prova como meio disponível. A verdade no tocante ao direito diz respeito à escolha, interpretação e aplicação da norma adequada ao caso. Portanto, o juiz tem dupla tarefa: ir à procura da realidade do fato acontecido (verdade dos fatos) e buscar o preceito legal aplicável ao caso (verdade do direito) (ARANHA, 2004: 4).

Diz-se no processo penal que o Julgador deve nortear-se pela verdade real dos fatos. Contudo, para a apuração do que realmente aconteceu, o julgador somente pode se valer das provas produzidas pelas partes, oportunidade em que então passará à interpretação e aplicação da norma adequada ao caso em comento (verdade do direito).

Portanto, a defesa criminal tem como ponto de partida um fato devidamente provado nos autos, já que o que não está nos autos não está no mundo processual. Daí se pode observar a essencialidade da prova, que é exatamente provar, convencer o juiz da existência dos fatos e todas as suas circunstâncias.

Regra geral, cabe a cada parte provar o que alega nos autos, como um verdadeiro ônus. E notadamente no processo penal deve a acusação provar os fatos sobre os quais se funda a acusação, assim como o seu autor, consoante se observa do art. 156 do CPP. E caso a acusação não obtenha êxito em desincumbir-se de seu ônus, ou que o fato não tenha sido provado de forma satisfatória, será aplicado em

benefício do acusado o princípio constitucional da inocência, já que em caso de dúvida, o magistrado deverá decidir em favor do réu.

Cabe então à defesa provar fatos extintivos (causas extintivas da punibilidade, como prescrição ou decadência), impeditivos (causas excludentes de antijuridicidade, como erro de fato ou coação irresistível) ou modificativos (causas excludentes da culpabilidade, como legítima defesa ou estado de necessidade) da persecução penal do Estado, em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa.

Também não se pode deixar de mencionar que o Juiz pode, e deve colher e produzir elementos de prova visando a apuração da verdade real dos fatos, determinando, de ofício, as diligências necessárias para tanto e que não foram requeridas ou produzidas pelas partes, nos termos do art. 156, II, do CPP.

Portanto, quando instaurado o processo penal, devem as partes propor desde já as provas existentes, além de indicar os meios pelos quais pretendem provar o que alegam, se as provas não puderem ser desde logo apresentadas, como depoimento testemunhal, p. ex. e para tanto existem as peças e momentos processuais oportunos.

Contudo, o art. 231 do CPP admite a juntada de documentos pelas partes em qualquer fase processual, desde que seja dado conhecimento à parte contrária, de forma a oportunizar-lhe a manifestação e evidente contraprova. E tal possibilidade tem muito mais aplicação com relação aos acusados da prática de delitos ou atos infracionais, em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual, em alguns casos, o momento da produção da prova é mitigado.

Inobstante isso, as provas a serem produzidas pelas partes não podem ser proibidas, impedidas pela lei, e por isso contrárias ao direito. Dentre elas estão as provas ilegítimas (produzidas em desrespeito às formalidades processuais) e as provas ilícitas (vedadas por lei ou contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito), nos termos do art. 5º, LVI da Constituição Federal.

Da prova pericial

Dentre as provas admissíveis está a prova pericial, que se faz necessária quando a verificação da existência de fatos exigir conhecimento técnico ou científico e, também consoante expressamente previsto pelo art. 158 do CPP, quando a infração deixar vestígios.

Para Aranha (2007: 181-182) “[...] embora situada como uma prova nominada idêntica às demais, para nós, numa afirmativa arrojada, tem a perícia uma natureza jurídica toda especial que extravasa a condição de simples meio probatório, para atingir uma posição intermediária entre a prova e a sentença.”

E continua (ARANHA, 2007: 184) “A conclusão da perícia fundamenta a decisão. A perícia é a lanterna que ilumina o caminho do juiz que, por não a ter quanto a um determinado fato, está na escuridão. A lente que corrige a visão que está deficiente pela falta de um conhecimento especial.”

De fato, apesar do art. 182 do CPP dispor que o juiz não fica adstrito ao laudo, podendo rejeitá-lo no todo ou em parte, somente poderá fazê-lo em caso comprovado de erro ou dolo, uma vez que se não necessitasse do parecer técnico-especializado para decidir, obviamente a prova pericial não necessitaria ser produzida.

E como já exposto acima, a identificação do perfil genético somente poderá se dar através da extração de DNA - ácido desoxirribonucléico, de caráter pericial, portanto, diante da necessidade de emissão de uma opinião por quem tenha conhecimento técnico-científico para tanto.

Da utilização do exame de DNA como prova

Finalmente chega-se ao liame tão pretendido com a nova legislação. Ora, o objeto precípuo almejado pelo legislador foi utilizar a conclusão do exame pericial como prova em investigação criminal.

E tal conclusão está explícita na norma, quando se autoriza à autoridade policial, federal ou estadual, requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Obviamente o que se pretendeu foi facilitar a identificação de autores de delitos que deixam vestígios, principalmente no que diz respeito a crimes sexuais.

Ocorre que a problemática trazida pela nova lei poderá ser declarada inconstitucional, por entenderem os Ministros do Supremo Tribunal Federal ferir frontalmente a Constituição Federal, principalmente no que diz respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da inocência, da ampla defesa, da honra, da intimidade, da integridade corporal, da imagem e, principalmente, do princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, além do direito ao silêncio.

Por princípio da ampla defesa tem-se que ao acusado é permitido participar de todos os atos processuais, produzir todas as provas que entender necessárias à sua defesa (desde que também permitidas por lei), além de contraditar as provas produzidas pelo persecutor processual penal estatal, conforme se observa do art. 5º, inciso LV da CF.

Pelo princípio da inocência, inserto no art. 5º, LVII da CF, temos que ninguém poderá ser considerado culpado, senão após sentença judicial condenatória transitada em julgado.

Intrinsecamente aos princípios acima especificados, está o princípio de que

ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, ou seja, a se auto-incriminar.

Também se remete ao direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF), já que consoante preceito constitucional, o acusado pode permanecer calado sem que isso o prejudique, não estando nem mesmo obrigado a falar a verdade. E se o acusado pode o mais, que é exatamente permanecer calado e até mesmo não falar a verdade ou omiti-la, quando mais o menos, que é a possibilidade de recusar-se a produzir prova contra si mesmo.

E esse princípio constitucional é amplamente utilizado no sistema judicial brasileiro, atualmente com maior ênfase no crime tipificado pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, qual seja, a pessoa conduzir veículo automotor, na via pública, com concentração de álcool por litro de sangue superior a seis decigramas. Ora, a concentração de álcool por litro de sangue somente poderá ser aferida através de exame pericial, seja o teste do bafômetro, seja o exame de sangue.

Traz-se entendimento do egrégio STJ, corroborando o entendimento acima esposado:

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (nemo tenetur se detegere). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

(...)

9. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 04/09/2012)

Verifica-se, pois, que a lei pressupõe que aquelas pessoas que já foram condenadas por delitos anteriores também podem ser os autores de outros delitos, obrigando-os a fornecer elementos de prova contra si mesmos, em possível afronta

aos princípios e direitos constitucionais acima especificados.

Também não se pode esquecer que essa obrigatoriedade de fornecimento de material genético há muito tempo foi objeto de debates na esfera cível, tendo o STF assim decidido:

Investigação de Paternidade – Exame de DNA – Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – Preservação da dignidade humana, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – ‘Provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame do DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos (HC 71.373/RS).

Portanto, se na esfera cível não é possível obrigar o suposto pai a fornecer material genético para realização de exame de DNA para fins de comprovação da paternidade, por desrespeitar os direitos fundamentais do cidadão, muito menos tal obrigatoriedade pode ser exigida no âmbito criminal, tendo em vista as considerações acima expendidas, principalmente por violar o princípio-fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Do problema específico da execução penal

A Lei ainda alterou a Lei de Execução Penal para determinar que os condenados por crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa ou por crimes hediondos serão obrigatoriamente submetidos à identificação do perfil genético, mediante extração do exame de DNA.

Assim dispondo, pode ser entendido pelos Magistrados nacionais que a lei traz inúmeras afrontas a direitos fundamentais individuais, em especial a dignidade da pessoa humana, segundo conceituação dada por Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007: 62).

Num primeiro momento, notamos discriminação não fundamentada com relação aos crimes enumerados pela lei, já que estabelece diferenciação entre os crimes cometidos mediante violência contra pessoa, por não obrigar os crimes cometidos mediante violência de natureza leve ou média. Como se não bastasse, também diferencia os crimes dolosos dos culposos, independente do grau de violência. Por fim, incluiu todos os crimes hediondos, independentemente de terem sido praticados mediante violência ou não.

Essa diferenciação nos leva a pensar que o cumprimento de tal determinação fatalmente levaria à realização das atividades biotecnológicas com fins de eugenia, já que, a priori, os exames somente serão feitos naqueles que já estão condenados pelos crimes na lei especificados, ou seja, quando o Estado já cumpriu sua função, o que significaria estipular um “plus”, com vistas a uma eventual segurança futura, evidenciando o Direito Penal do Inimigo, teoria defendida por Günther Jakobs que distingue o cidadão do inimigo, descaracterizando esse dos direitos inerentes à pessoa humana, não podendo gozar do mesmo tratamento destinado àquele.

A presunção da utilização dos dados para fins de eugenia é reforçada pela determinação contida no art. 5º-A, notadamente no § 1º, na parte que determina 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.

Segundo Chieffi (2001: 39): “Se non adeguatamente irreggimentata, in direzione del benessere dell’individuo, l’ingegneria genetica potrebbe pure prestarsi al perseguimento di obiettivi inquietanti ad opera di scienziati senza scrupoli.²”

De fato, caso disseminada a prática da coleta de material genético dos condenados pelos crimes nela especificados, e nesse caso observada qualquer alteração genética na grande maioria desses indivíduos, poderá passar a ocorrer a prática discriminatória do eugenismo seletivo através da escolha de embriões que não possuem referida alteração genética, ou ainda qualquer alteração genética semelhante. Consumar-se-ia então a mais grave das violações à dignidade humana.

A partir dessa análise, portanto, verifica-se que essa obrigatoriedade imposta, além de desrespeitar o direito constitucional pátrio, desrespeita normas internacionais que tratam da bioética, notadamente a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, assinada na Conferência Geral da UNESCO, realizada entre 21 de outubro e 12 de novembro de 1997.

² Tradução livre. Se não adequadamente desenvolvida, em direção ao benefício do indivíduo, a engenharia genética poderia prestar-se puramente ao perseguimento de objetivos inquietantes por cientistas sem escrúpulos.

Dentre suas determinações mais importantes, estão disposições acerca da dignidade humana e direitos humanos, insertas nos artigos 2 e 3, além das disposições expressas acerca dos direitos dos indivíduos, previstas nos artigos 5, 6, 7 e 9.

Tem-se então que as normas editadas pelo Estado devem respeitar os direitos inerentes ao indivíduo, devendo assegurar as condições necessárias para o respeito das pessoas quanto à sua vida, existência, integridade, liberdade e moral.

Portanto, leis que podem promover a discriminação devem ser recebidas com parcimônia, já que da recente aprovação da lei, ainda sem dados práticos, podem surgir diversos questionamentos, notadamente no que diz respeito aos crimes hediondos, cuja classificação já fora exaustivamente discutida, haja vista que não é o crime, mas a situação que é hedionda. Moraes salienta que:

Assim, o crime hediondo, no Brasil, não é o que se mostra repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execuções, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer critério válido, mas o crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador ordinário, uma vez que não há em nível constitucional nenhuma linha mestra dessa figura criminosa (MORAES, 2005: 323).

Portanto, após detida análise de todos os aspectos acima esclarecidos, verifica-se que a nova legislação pode ser declarada inconstitucional através de ação direta de inconstitucionalidade a ser proposta por algum dos legitimados ativos para tanto, por violar os direitos fundamentais do cidadão, especialmente a dignidade humana.

Considerações finais

Evidente que a legislação precisa evoluir e acompanhar o desenvolvimento biotecnológico. Contudo, as disposições legais não podem contrariar os direitos fundamentais do cidadão e muito menos contrariar disposições internacionais a esse respeito.

Há que se evitar, principalmente, que a lei implemente discriminações inadvertidas e sem qualquer fundamentação lógica, psicológica ou prática, mas tão somente fundamentada na espécie de crime anteriormente praticado pelo indivíduo, pelo qual já foi julgado, condenado e cumpre pena.

Os legisladores nacionais também não podem esquecer que os meios materiais disponíveis não estão em condições de acompanhar, seja a evolução biotecnológica, seja a evolução legal, e muito menos evitar que erros ou injustiças

aconteçam, especialmente no que diz respeito à avaliação da prova.

A intersecção do direito com a ciência sempre existiu e seu futuro liame será cada vez mais estreito. Entretanto, falta ainda muito desenvolvimento em ambas as áreas, de forma que uma possa complementar e respaldar a outra.

Até lá, não se pode ser leviano na criação de mecanismos legais que não podem ser concretizados ou que tal se dê em manifesta afronta aos direitos mais importantes do ser humano, que deverá ser respeitado, sob qualquer prisma.

Referências bibliográficas:

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, **Lei 12.654, de 12 de maio de 2012**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

CHIEFFI, Lorenzo. **Ingegneria Genética e Valori Personalistici**, *In*: Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite (org. Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed., São Paulo: Atlas S.A., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **O Exame de DNA e sua Influência na Investigação da Paternidade Biológica**, *IN* Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite (org. Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

UNESCO. **Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos**, assinada na Conferência Geral da UNESCO, realizada entre 21 de outubro e 12 de novembro de 1997.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.