

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CARLOS EDUARDO MARTINS LIMA

**A UTILIZAÇÃO DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE
PERSECUÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DO DIREITO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

São Leopoldo

2015

Carlos Eduardo Martins Lima

A UTILIZAÇÃO DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE
PERSECUÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DO DIREITO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.
Área de concentração: Direito

Orientador (a): Prof (a). Doutora Taysa Schiocchet

São Leopoldo

2015

L732u

Lima, Carlos Eduardo Martins.

A utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de perseguição criminal: uma análise à luz da bioética e do direito constitucional brasileiro / Carlos Eduardo Martins Lima. – 2015.

247 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Taysa Schiocchet.

1. Direito e biologia. 2. Bioética. 3. Genética legal – Brasil. 4. Investigação criminal. I. Título.

CDU 340.68

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Carla Maria Goulart de Moraes – CRB 10/1252)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A UTILIZAÇÃO DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA BIOÉTICA E DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**” elaborada pelo mestrando **Carlos Eduardo Martins Lima**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

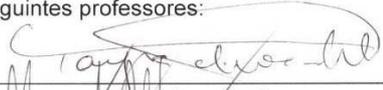
São Leopoldo, 21 de janeiro de 2016.

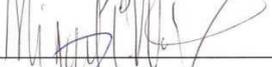


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

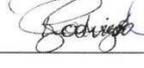
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Taysa Schiocchet:  _____

Membro: Dr. Miguel Tedesco Wedy:  _____

Membro: Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner:  _____

Membro: Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido:  _____

Dedico com todo o amor e carinho este trabalho aos meus avós Georgina Borges Lima e Eduardo Lopes Lima e a minha namorada Rithiely Luis dos Santos, os quais sempre me apoiaram e tornaram esse sonho possível, com muita dedicação, zelo e afeto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois sempre esteve do meu lado, ajudando-me a vencer todos os empecilhos, barreiras e obstáculos durante o caminho.

Agradeço ao senhor Geraldo Gonçalves Gaston, por ser um grande Mestre e, principalmente, um grande instrutor e amigo.

Agradeço ao amigo Joel Pacheco Cruz, pela grande amizade e pelo apoio que demonstrou nesse período.

Agradeço aos meus pais, por terem me proporcionado parte desse objetivo, com bastante luta e dedicação, jamais deixando de acreditar na minha capacidade intelectual e no meu potencial.

Agradeço com bastante carinho à minha orientadora da dissertação do Mestrado, à professora Dra. Taysa Schiocchet, por sempre tentar me ajudar com críticas construtivas que fizeram e tornaram possível a realização desse trabalho como um todo.

Agradeço à Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e aos professores do PPGD, por tornarem possível a realização do meu mestrado.

'Só é lutador quem sabe lutar consigo mesmo'.
(*Carlos Drummond de Andrade*)

RESUMO

A presente dissertação de mestrado versa sobre a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil, analisando os pressupostos da Bioética, os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 e a possível afetação dos princípios basilares no processo penal que é o princípio da não autoincriminação, isto é, o direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo. Diante disso, será analisada uma possível colisão do princípio da coletividade em relação à individualidade do ser humano, buscando dessa forma uma possível amenização e/ou solução, diante dos prováveis benefícios que a tecnologia do DNA humano possa trazer em termos de avanços na Biotecnologia e no campo do Direito, como ciência social e jurídica. Será feita ainda uma análise crítica do advento da lei 12.654/2012, buscando entender melhor a forma de aplicação e atuação da mesma em termos jurídicos, biopolíticos e sociais. Ao final, será feita uma abordagem sobre a política criminal atuarial e a expansão do fenômeno do Direito Penal na contemporaneidade, buscando correlacionar esse avanço com a tecnologia dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal. Através disso, a pesquisa será sustentada e ao final buscar-se-á uma resposta quanto à possível afetação do princípio da autonomia da vontade e da questão crucial do consentimento prévio, livre e esclarecido.

Palavras-chave: Bancos de perfis genéticos. Bioética. DNA humano. Princípios Constitucionais. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

This master's thesis deals with the use of bank of genetic profiles for criminal prosecution purposes in Brazil, analyzing the assumptions of bioethics, the rights and guarantees listed in the Federal Constitution of 1988 and the possible allocation of basic principles in criminal proceedings. It is the principle of non-self-incrimination, and the constitutional right not to produce evidence against himself. Therefore, a possible collision of the principle of collectivity over individuality of the human being will be analyzed, thus seeking a possible softening and / or solution on the likely benefits that the human DNA technology can bring in terms of advances in Biotechnology and in the field of law as a social and legal science. It will be even made a critical analysis of the advent of Law 12.654 / 2012, seeking to better understand the application form and performance of it on legal, bio-political and social terms. At the end, an approach on actuarial criminal policy and the expansion of criminal law phenomenon in contemporary times will be made an attempt to correlate this advance with the technology of banks genetic profiling for criminal investigation purposes. Through this, the research will be sustained and the end will be sought for an answer about the possible affectation of the principle of freedom of choice and the crucial issue of prior, free and clear.

Keywords: Banking genetic profiles. Bioethics. Human DNA. Constitutional Principles. Freedom of choice.

LISTA DE SIGLAS

ADN (Ácido Desoxirribonucleico)

CODIS (Combined DNA Index System)

CPP (Código de Processo Penal)

CSI (Crime Scene Investigation)

DNA (Deoxyribonucleicacid)

DPDNA (Divisão de Pesquisa Forense)

FBI (Federal Bureau of Investigation)

GPS's (Global Position System)

HC (Habeas Corpus)

INFOPEN (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias)

LEP (Lei de Execução Penal)

ILANU (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do delito e tratamento do Delinquente)

ONG (Organização Não Governamental)

PCR (Polymerase Chain Reaction)

RENAGENF (Rede Nacional de Genética Forense)

RFLP (Restriction Fragmente Lenght Polymorphism)

SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública)

SIM (Sistema de Informações sobre mortalidade)

STRs (Shorts Tandem Repeats)

TCI (Termo de Consentimento Informado)

VNTRs (Variable number Tandem Repeats)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A BIOÉTICA E OS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL	21
2.1 A Bioética e a Transdisciplinariedade	33
2.2 A Declaração sobre Bioética e Direitos Humanos e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos	44
2.3 A Ciência, a Tecnologia e a Genética.	52
2.3.1 A Identificação Humana e as Impressões Genéticas	55
2.3.2 Extração de DNA	59
2.3.3 Polymarese Chain Reaction (PCR)	61
2.4 Os Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Uma Visão no Plano Internacional	63
2.5 Aspectos Relevantes em Relação a Tecnologia dos Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Investigação Criminal	71
2.5.1 As Bases de Dados Forenses por Meio da Cientificação e Mercadorização da Justiça	71
2.5.2 Governabilidade do Risco, Tecnologia e Informação	79
2.5.3 Cultura de Controle e Biovigilância	82
2.5.4 Reflexões em Torno do Uso da Tecnologia de DNA para Identificação Criminal	83
2.5.5 Figurações	92
2.6 O Consentimento Informado na Esfera Forense	95
3 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONEXOS À IDENTIFICAÇÃO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA E SUA APLICAÇÃO	99
3.1 Os Direitos Fundamentais e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana	99
3.2 As Possíveis Colisões dos Direitos Fundamentais no Contexto da Identificação e da Investigação Criminal Genética	111
3.3 O Direito de não Produzir Prova Contra si Mesmo	112
3.3.1 O Princípio 'Nemo Tenetur se Detegere' nos Diplomas Internacionais e sua Incorporação ao Direito Nacional	119

3.3.2 O Princípio ‘Nemo Tenetur Se Detegere’ Encartado no Devido Processo Legal, no Direito à Defesa, na Presunção de Inocência e sua Relação com a Tutela da Dignidade Humana_____	131
3.3.2.1 O ‘nemo tenetur se detegere’ e o devido processo legal_____	131
3.3.2.2 O Princípio ‘nemo tenetur se detegere’ e o Direito à Ampla Defesa_____	134
3.3.2.3 O Princípio ‘nemo tenetur se detegere’ e a Presunção de Inocência_____	136
3.3.2.4 O Princípio ‘nemo tenetur se detegere’ e sua Relação com a Tutela da Dignidade Humana_____	137
3.4 Os Direitos Fundamentais Conexos à Identificação e à Investigação Criminal Genética_____	140
3.4.1 O direito à privacidade e à intimidade_____	140
3.4.2 Conceitos, formas de violação, sujeito e conteúdo_____	145
3.4.3. O direito à liberdade de locomoção_____	149
3.4.4 O direito à integridade físico-corporal_____	150
3.4.5. O direito à proteção dos dados pessoais_____	151
3.5 O Direito Fundamental à Não Autoincriminação: A Utilização do DNA Frente aos Postulados Constitucionais do Estado Democrático de Direito_____	154
3.6 O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento para a Mensuração da Possibilidade de Utilização de Bancos de Dados de Perfis Genéticos na Investigação Criminal no Brasil_____	156
3.7 Participação do Público nos Bancos de Dados Genéticos: Cruzar as Fronteiras entre Biobancos e DNA Forense Bases de Dados através do Princípio da Solidariedade_____	162
3.7.1 Ética Biobancos Médicos e Bancos de Dados de DNA Forense_____	164
3.7.2 Participação Pública_____	165
3.7.3 Confiança pública e legitimação_____	167
3.7.4 O princípio da solidariedade_____	169
3.8 A Legislação que Cria e Regulamenta o Banco de Perfis Genéticos Criminal Brasileiro: A Lei 12.654/2012_____	172
3.9 Os Bancos de Dados de Perfis Genéticos, a Biopolítica e o Biopoder_____	176

4 O PROCESSO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL	
ATUARIAL	182
4.1 O Efetivo Aparecimento de Novos Riscos	184
4.2 A Institucionalização da Insegurança	185
<i>4.2.1 A Sensação Social de Insegurança</i>	<i>188</i>
4.3 A Configuração de uma Sociedade de ‘Sujeitos Passivos’	191
4.4 O Descrédito de Outras Instâncias de Proteção	196
4.5 A Globalização Política e Cultural e o Direito Penal	197
4.6 A Gestão dos Riscos de Origem Pessoal e a Neutralização no Direito Penal Atual	199
4.7 DNA e Investigação Criminal no Brasil: O Processo de Expansão do Direito Penal e a Busca por Provas Indiscutíveis	200
<i>4.7.1 O legislador ‘cool’ e a Politização do Direito Penal</i>	<i>208</i>
<i>4.7.2 A Flexibilização/Supressão das Garantias e a Busca pelas Provas Indiscutíveis</i>	<i>209</i>
4.8 O Atual Sistema da Política Criminal: o Direito Penal e o Medo	212
<i>4.8.1 Risco, Medo e Segurança: o Trinômio Orientador do Processo de Expansão do Direito Penal</i>	<i>216</i>
<i>4.8.2 Efetividade versus Eficiência</i>	<i>219</i>
<i>4.8.3 O Sistema Penal brasileiro no Estado Democrático de Direito brasileiro</i>	<i>220</i>
<i>4.8.4 Medo e Direito Penal: Reflexos da Expansão Punitiva na Realidade brasileira</i>	<i>221</i>
<i>4.8.5 O medo como Ideia Motora do Processo de Expansão do Direito Penal</i>	<i>224</i>
4.9 Reflexos do Processo de Expansão do Direito Penal na Realidade brasileira	225
4.10 O Reforço da ‘Cápsula de Sustentação’ do Estado de Polícia como Missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito brasileiro	227
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	234
REFERÊNCIAS	245

1 INTRODUÇÃO

O título da dissertação versa sobre a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: uma análise à luz da bioética e do direito constitucional brasileiro.

O tema se delimita em analisar a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil, por meio da reflexão sobre o princípio da não autoincriminação e do princípio constitucional do respeito à autonomia da vontade e da análise do consentimento prévio e esclarecido, analisando dessa forma também a contribuição da bioética nesse contexto abordado.

O problema de pesquisa é sobre qual é a possível afetação da utilização da tecnologia dos bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil em relação ao princípio constitucional do respeito à autonomia da vontade e da não autoincriminação no processo penal, tendo como parâmetro a Bioética e seus pressupostos?

As hipóteses estão em torno das vantagens oferecidas por esse tipo de bancos de dados para a investigação policial são inúmeras, funcionando como uma ferramenta de grande eficácia para a elucidação de crimes. Contudo, deve-se ressaltar que esse banco, pode representar uma arma perigosa contra os direitos e garantias individuais, preservados petreamente na Constituição Federal do Brasil. Essa possibilidade fica clara quando se verifica algumas distorções de princípios basilares da bioética, como o respeito à autonomia que pode ser facilmente menosprezada na obtenção ilegal de material biológico para o desenvolvimento de perfis genéticos.

O objetivo geral é analisar a possível afetação da utilização da tecnologia dos bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil em relação ao princípio constitucional do respeito à autonomia da vontade e o direito a não autoincriminação, tendo como parâmetro os referenciais da Bioética e os direitos e garantias fundamentais.

Os objetivos específicos são: estudar as principais repercussões da catalogação desses perfis genéticos em relação ao princípio constitucional do respeito à autonomia da vontade e da não autoincriminação.

Analisar os aspectos relevantes da bioética e do biodireito e as contribuições destes na esfera do DNA humano e da utilização dos bancos de perfis genéticos na persecução criminal no Brasil.

Apontar os principais problemas ético-legais relacionados ao banco de dados de DNA, embasados nas diretrizes basilares da bioética e nos tratados internacionais que discorrem sobre o tema.

Refletir sobre as vantagens e desvantagens da utilização dos bancos de perfis genéticos no combate à criminalidade no Brasil, tendo por base e parâmetro legal, a autonomia da vontade e o consentimento prévio, livre e esclarecido.

A abordagem do tema em questão tem como justificativa a sua previsível discussão não somente no mundo jurídico, mas por toda a sociedade, em razão de ser um tema novo para o direito criminal brasileiro, mas certamente que tende a ser muito questionado. A escolha do tema está ainda vinculada à relevância do assunto no campo jurídico, político e social. Com o presente trabalho poder-se-á levar ao conhecimento dos leitores esse tema já tão controverso, possibilitando sua reflexão e crítica acerca do problema proposto.

O presente trabalho tem como característica predominante, a pesquisa bibliográfica. A qual foi a principal fonte de coleta de informações e de dados, contidos e disponibilizados em uma variada gama de livros e artigos, nacionais e internacionais, bem como, em publicações de artigos postados na internet por outros pesquisadores. Este referencial teórico, composto por consagrados autores, norteou a abordagem desenvolvida nesta dissertação, cujo tema configura-se em uma grande preocupação na contemporaneidade e que, por essa razão, requer a atenção de importantes áreas das ciências sociais e humanas, as quais têm dado especial atenção ao desenvolvimento das tecnologias genéticas forenses aplicadas à investigação criminal. Porquanto, tal fato se deve às implicações de caráter social, cultural, econômico e político, que em última análise, constitui-se em consequências da utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil e que é o objeto sobre o qual versa a presente dissertação.

A reflexão sobre a eticidade do uso de um banco de dados dessa natureza se justifica pelos riscos de desrespeito de direitos e liberdades fundamentais, como o direito à vida privada, e de desrespeito à autonomia dos doadores de material genético para a inclusão no banco e, ainda, pela necessidade de se ampliar o debate, exigindo um olhar mais atento da sociedade para a elaboração de políticas públicas sobre o tema.

Nesse sentido, a bioética é chamada a contribuir em situações que envolvam interesses coletivos e individuais, e a possibilidade de desrespeito à dignidade humana de indivíduos em situação de vulnerabilidade. Segundo Garrafa¹, a bioética é caracterizada por derivar da análise processual dos conflitos baseada em uma ética minimalista, almejando a mediação e a solução pacífica dos conflitos envolvidos.

Visto que, para ninguém é conveniente tentar impedir o avanço da ciência e da tecnologia, é justo que o mesmo seja pautado pela responsabilidade pública e individual e pelo respeito à cidadania, com intuito de se maximizar os benefícios e minimizar os malefícios².

Segundo Schiocchet³ as descobertas na área da genética humana são consideravelmente amplas e sua aplicação técnica cada vez mais diversificada, não apenas na área da identificação civil e penal, mas também no contexto da pesquisa e da medicina. Os resultados obtidos no campo do diagnóstico genético são significativos e seu principal benefício consiste na possibilidade de prevenir doenças ou evitar o seu desenvolvimento, já que é possível descobrir precocemente a presença de genes e cromossomos alterados, os quais são responsáveis por inúmeras enfermidades genéticas. Com os avanços das biotecnologias nos últimos anos, mais precisamente com a possibilidade de estabelecer a função e regulação dos genes, a pesquisa e a medicina são efetivamente as áreas que contam com um arcabouço normativo mais avançado em detrimento de outras, como a do Direito Penal.

¹ GARRAFA, Volnei. **Clonagem Humana: pros e contras**. Revista Scientific American, São Paulo-SP, 2003. v. 2, p. 56-57.

² KOTTOW MH. Salud Pública, Genética y Ética. Rev. Saúde Pública, São Paulo, 2002. V.36, n. 5.

³ SCHIOCCHET, Taysa. **A regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos Nº 9, Editora Livraria do Advogado, 2013.

De acordo com Schiocchet⁴, a despeito da presença maciça das biotecnologias e pesquisas genéticas no país, inclusive forense, bem como da proliferação de documentos normativos no plano internacional, a população brasileira é particularmente afetada pela criminalidade e pelos reflexos de um sistema jurídico debilitado e titubeante. A incipiência e mesmo imaturidade jurídica sobre o tema no Brasil, tanto na literatura quanto na regulamentação do Direito estatal positivo, deve-se ao impacto recente das biotecnologias na temporalidade e na espacialidade do Direito, bem como nas categorias jurídicas clássicas.

De fato, categorias jurídicas são postas em discussão pelas novas tecnologias aplicadas às ciências da vida, o que acaba por revelar o impacto produzido nas mais diversas áreas do saber humano e, especialmente, nos fundamentos sobre os quais se assentam o sistema jurídico, enquanto regulador das ações humanas. Nesse contexto, em que pese a avançada normativa constitucional, notadamente a consolidação de princípios e direitos fundamentais, que o país conquistou a partir de 1988, diversos são os desafios a serem enfrentados nesse campo. Em uma sociedade marcada pela profunda desigualdade socioeconômica, pelas pressões supranacionais sofridas em virtude de interesses econômicos do mercado globalizado e pelos altos índices de criminalidade, a efetiva concretização dos direitos fundamentais, ainda que regulamentados, resta profundamente prejudicada.

A humanidade atravessa uma era de grandes conquistas em diferentes territórios da ciência. Pela primeira vez em sua história, o ser humano tem a possibilidade concreta de manipular seu material genético utilizando, para isso, tecnologia aplicada ao uso do ácido desoxirribonucleico (DNA). Isso a coloca em um lugar privilegiado de suas conquistas, mas, ao mesmo tempo, acentua uma enorme esfera de responsabilidades e compromissos para com as gerações futuras⁵.

O desenvolvimento tecnológico na área de biologia molecular assim como propriedades intrínsecas da molécula de DNA, como a estabilidade química em diversos ambientes e situações, tem levado a um crescimento exponencial do uso dessa molécula. Dentre as aplicações da análise do DNA, se destaca seu uso na

⁴ SCHIOCCHET, Taysa. **A regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA.** Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos Nº 9, Editora Livraria do Advogado, 2013.

⁵ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Genética y Derecho—Responsabilidad jurídica e mecanismos de control.** Ed. Astrea. Buenos Aires (Argentina). 2003.

identificação individual humana e, conseqüentemente, sua utilização como mais uma ferramenta da criminalística.

Esses avanços, associados ao crescente desenvolvimento da informática, possibilitaram a criação de bancos de dados de DNA voltados à identificação individual humana. A automatização de acesso aos perfis genéticos humanos nesses bancos tem trazido preocupações e dilemas aos governantes dos países que decidiram os adotar. A partir dessas preocupações, os países estão promovendo medidas legais e jurídicas sobre o tema, porém questiona-se se a normatização da criação de um banco de dados genéticos para identificação de criminosos, que claramente legaliza, também estaria legitimando.

As vicissitudes e os benefícios dos bancos de dados genéticos para fins forenses são questionadas quando se analisam os aspectos técnicos, éticos e normativos em relação às garantias de direitos individuais e coletivos. Dentre as fragilidades da implantação destes bancos de dados, se destaca a questão ética concernente à possibilidade de uso indevido dos perfis genéticos. A composição dos bancos, isto é, de quem serão os perfis genéticos que irão compor o banco de dados e qual o tempo máximo de catalogação, é igualmente um fator preocupante.

A bioética, atualmente, vem estendendo sua discussão sobre políticas públicas, econômicas e sociais, com a finalidade de intervir nas questões de abuso e injustiças. Portanto, vislumbra-se a necessidade de se refletir e discutir, sob seu amparo, um equilíbrio entre a criação de políticas de segurança públicas (como a implantação do banco de dados) cada vez melhores para a sociedade e a intervenção de mecanismos legitimadores no sentido de preservar a dignidade da pessoa humana, de acordo com os referenciais da bioética. Essa discussão traz à tona uma série de questionamentos acerca da eticidade da implantação dessa nova ferramenta da criminalística.

A Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos tem como objetivo proporcionar um enquadramento universal de princípios e procedimentos que orientem os Estados na formulação de sua legislação, das suas políticas ou de outros instrumentos em matéria de bioética e as normas elaboradas baseadas na declaração deverão contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Em consonância, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, diz em seu preâmbulo, que *‘o interesse e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre os direitos e os interesses da sociedade e da investigação’*. Portanto, reconhece que os dados genéticos humanos podem ser passíveis de investigação para diversas finalidades, mas não devem servir de interesse para nenhuma hipótese que possa prejudicar o bem estar do indivíduo.

Além do mais, a mesma declaração apresenta orientações que visam assegurar que todos os dados genéticos devem estar amparados por procedimentos transparentes e de confiabilidade ética, como pode ser visto no artigo 6º, alínea a: *Do ponto de vista ético, é imperativo que os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos sejam recolhidos, tratados, utilizados e conservados com base em procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis.*

O respeito à autonomia do indivíduo está diretamente ligada ao pressuposto acima descrito, pois os ‘procedimentos transparentes’ devem garantir ou prever a garantia de uma aceitabilidade prévia do indivíduo, mediante a um consentimento esclarecido, sob a retirada e manipulação de seu material genético. Em relação aos bancos de dados genéticos forenses, esses patamares de transparência dos procedimentos devem estar descritos em leis que normatizem o seu uso.

O poder de decidir ou autodeterminação e o poder de usar o próprio corpo, baseado na possessão que se tem dele, é o que chamamos de princípio da autonomia.⁶ Essa autonomia abrange também o genoma que, por sua vez, pode ser considerado como individual e também coletivo, como pertencente ao indivíduo e à espécie humana. Em relação à catalogação genética em banco de dados, pode-se dizer que o perfil genético constitui um valor em si próprio que comporta a dignidade do ser humano como indivíduo singular e a dignidade da espécie humana como um todo. Esse perfil genético, considerado como ora individual ora coletivo deve ser respeitado e protegido⁷.

A autonomia surge como princípio moral no âmbito dos direitos humanos fundamentais formulados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este princípio foi concebido pela bioética no sentido do paciente ou do sujeito objeto de pesquisa ou de manejo biotecnológico. O indivíduo também pode ser tratado de

⁶ Beauchamp TL, Childress JF. **Principles of biomedical ethics**, 5th ed. New York City, NY: Oxford University Press; 2001.

⁷ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. EDIPUCRS. Porto Alegre (RS). 2003.

acordo com o desejo ou a beneficência de outro, deixando ao lado sua autonomia. Ou ainda, pode ser tratado como uma pessoa que tem o direito de decidir sobre as questões essenciais relativas a sua vida e às preferências pessoais, sendo que a pessoa do médico ou pesquisador deve respeitar o desejo universal do indivíduo em questão⁸.

Ademais, o princípio da autonomia se relaciona com a questão do consentimento livre e esclarecido dos indivíduos catalogados no banco de dados genéticos. Podemos, portanto, concluir que o principal problema ético-legal dos bancos de dados genéticos forenses surge com o não consentimento do indivíduo para se catalogar o seu perfil de DNA. É indiscutível o potencial dos bancos de dados para auxiliar na investigação criminal, mas não se pode esconder a problemática ética adjacente a eles, relacionada à possibilidade de que algumas das amostras e dados catalogados sejam obtidas sem o consentimento dos indivíduos apenados⁹.

Apesar das inquietações apresentadas pelos avanços tecnológicos, houve uma revitalização da reflexão ética no Direito, no sentido de repensar os valores que informam o Direito, como a autonomia, a liberdade e a dignidade humana. É percebida a necessidade de recuperar o sentido de dever moral, anterior à própria lei e de sua dimensão crítica. Justamente por essa razão, a ideia de autolimitação voluntária, continua sendo um tema de reflexão importante, no sentido moral, de assumir a autonomia, legada pela modernidade, de maneira responsável, seja individual ou coletivamente¹⁰.

A metodologia de trabalho consistirá, basicamente, na pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema, a partir de uma perspectiva interdisciplinar. Como resultado, apresenta-se um estudo sistematizado acerca dos reflexos jurídicos da utilização de um banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Direito brasileiro, de modo a subsidiar os debates sobre a problemática, bem como as tomadas de decisão no campo legislativo, de política criminal e de segurança pública.

⁸Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso no dia 06/09/2015.

⁹ Lorente-Acosta JA. Identificación genética criminal: importância médico legal de las bases de datos de ADN. In: Casabona, CMR (ed.). **Bases de Datos de Perfiles de ADN Criminalidade**. Ed. Comares, p. 01-25. Granada (Bilbao – Espanha). 2002.

¹⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo; SCHIOCCHET, Taysa. Bioética: dimensões biopolíticas e perspectivas normativas. In: STRECK, L.L.; ROCHA, L.S. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

A metodologia deste estudo encontra sentido nas palavras de Minayo¹¹, que a descreve como sendo o caminho e o instrumental mais adequado para se abordar a realidade. A pesquisa é definida como sendo a união entre teorias, pensamentos e ação, onde a teoria é o esclarecimento parcial da realidade (proposição), que cumpre várias funções em relação ao estudo do objeto de investigação e atribui a esse um sentido, que pode ser colocado a partir de conceitos.

E um dos conceitos, que caracteriza o presente trabalho, é o método dialético. Porquanto, a dialética, por definição, consiste em um método que se preocupa com a contraposição e contradição de ideias que levam a outras ideias e que tem sido um tema central na filosofia ocidental e oriental desde os tempos antigos. Outra definição de método dialético, que também respalda diretamente a presente dissertação é aquela postulada por Platão, para quem a dialética era a própria definição do pensamento científico, ou seja, a dialética era simplesmente a investigação racional de um conceito. E deste modo, a dialética é a investigação através da contraposição de elementos conflitantes e a compreensão do papel desses elementos em um fenômeno. O pesquisador deve confrontar qualquer conceito tomado como 'verdade' com outras realidades e teorias para obter-se uma nova conclusão, uma nova teoria.

Assim, a dialética não analisa o objeto estático, mas contextualiza o objeto de estudo na dinâmica histórica, cultural e social. Estas duas definições do método dialético, são as que mais precisamente se identificam com os objetivos deste trabalho, que, em última análise, é encontrar um ponto de equilíbrio entre a ciência tecnológica e as ciências sociais e humanas. De tal modo que a criação e utilização dos bancos de dados de perfis genéticos possam contribuir, de maneira positiva, para fins de persecução criminal sem que se configure em uma ameaça aos direitos e garantias constitucionais do cidadão.

Após a delimitação do problema e definição dos objetivos do estudo, será feita uma análise documental de alguns instrumentos legais – Declarações da UNESCO, a Lei nº 12.654/2012 e o Decreto nº 7.950/2012 – e leitura de livros e artigos científicos sobre o tema a fim de subsidiar a discussão proposta.

O método de procedimento será o Comparativo. Esse método consiste no confronto entre elementos, levando em consideração seus atributos. Promove o

¹¹ Minayo MCS, Deslandes SF, Neto OC, Gomes R. Pesquisa Social: teoria, método e criatividade. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

exame dos dados a fim de obter semelhanças ou diferenças que possam ser constatadas e as devidas relações entre as duas. Pode ser unido ao método histórico, realizando comparações entre os dados do presente com os do passado.

As técnicas de pesquisa dar-se-ão por meio de análise doutrinária, legislativa, documentos nacionais e internacionais que abordam o tema estudado.

2 A BIOÉTICA E OS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

A bioética, considerando-se a perspectiva do norte-americano bioquímico Van Rensselaer Potter e a data da publicação de seu primeiro artigo (1970)¹², completou 43 anos de existência desde que o termo foi cunhado nos Estados Unidos da América (EUA). Pesquisas recentes deslocam esta data para 1927, na Alemanha, e descobrem

Fritz Jahr. Fato histórico, nesse sentido, foi o lançamento do livro *Fritz Jahr and the foundations of global bioethics: the future of integrative bioethics*, divulgado no 8º Congresso Internacional de Bioética Clínica, realizado em São Paulo (16-19/5/2012).

Assim, nossa jornada reflexiva em busca das raízes do neologismo ‘bioética’ se faz em dois momentos fundamentais. Começamos com Potter nos EUA, com seu ‘credo bioético’, e voltamos na história para a década de 20, com Fritz Jahr. Concluimos nossa reflexão com a aproximação entre os dois protagonistas pioneiros na agenda bioética, no urgente resgate do cuidado da Terra, para que tenhamos a garantia do futuro da vida. Este trabalho, portanto, visa ao resgate histórico da contribuição de Van Rensselaer Potter e Fritz Jahr na criação do termo bioética. A bibliografia contempla trabalhos originais dos próprios autores, bem como os referenciais que orientam a construção da discussão ecológica e de sua possível interface com a bioética.

A bioética, como uma ética aplicada à vida, busca se relacionar com as questões de direitos humanos e de cuidados com a vida em sua plenitude, dentre outros. A mesma agrega valores morais, sejam estes denominados direitos, princípios, virtudes ou cuidados¹³. A evolução das ciências biológicas e das tecnologias aplicadas a análise do DNA, especialmente no século XXI, fez com que surgissem novas possibilidades de intervenções nessa área. Juntamente com essas novas tecnologias, emergiram novos conflitos éticos jamais antes concebidos e, para os quais não há respostas prontas¹⁴.

¹² POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: bridge to the future**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall; 1971.

¹³ GARRAFA, Volnei. **Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética**. In: Garrafa V, Kottow M, Saada A. (orgs). Bases conceituais da bioética – enfoque latino-americano. Ed. Gaia. São Paulo (SP). 2006.

¹⁴ CRUZ, Márcio Rojas; CORNELLI, Gabriele. **(Bio)Ética e (Bio)Tecnologia**. Revista Brasileira de Bioética (RBB).Vol. 6 n. 1-4, 2010. pg 115-138.

Para se buscar uma mediação a estes conflitos é necessário analisá-los a partir de um prisma transdisciplinar, sendo a bioética o campo do conhecimento que proporciona esse debate, estabelecendo um diálogo entre os diferentes ramos do saber na busca de soluções eticamente adequadas a tais controvérsias. Dessa forma, a bioética recusa qualquer projeto globalizante, qualquer sistema fechado de pensamento, reconhecendo a urgência de uma troca dinâmica entre as ciências biológicas e as ciências humanas.

Se procurarmos o verbete, Bioética, num dicionário ou enciclopédia, teremos, provavelmente, a desagradável surpresa de não achá-lo. Trata-se de um conceito novo. O neologismo, Bioética, foi cunhado e divulgado pelo oncologista e biólogo americano Van Rensselaer Potter no seu livro *Bioethics: bridge to the future*. O sentido do termo Bioética tal como é usado por Potter é diferente do significado ao mesmo hoje atribuído. Potter usou o termo para se referir à importância das ciências biológicas na melhoria da qualidade de vida; quer dizer, a Bioética seria, para ele, a ciência que garantiria a sobrevivência no planeta.

Certamente se impõe a necessidade de serem adotados determinados valores até agora considerados de caráter não relevante. A Terra está em perigo, vítima do crescimento descontrolado da sociedade industrial e de sua tecnologia. O respeito à ecologia e a necessidade de estabelecer limites ao desenvolvimento industrial e tecnológico são inquestionáveis para a sociedade universal no fim do segundo milênio. Assim foi que a Organização das Nações Unidas criou em 1983 a Comissão Mundial para o Meio Ambiente ou Comissão Brundtland. A partir de então, multiplicaram-se o número de entidades e sessões dedicadas a esses temas. Cabe recordar o protagonismo brasileiro na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em junho de 1992.

O termo, Bioética poderia ser usado também com o significado amplo referente à ética ambiental planetária, por exemplo: o tema dos agrotóxicos ou o uso indiscriminado de animais em pesquisa ou experimentos biológicos. Mas não é essa, atualmente, sua conotação específica e mais comum. Segundo a *Encyclopedia of Bioethics*¹⁵— resultado da colaboração de 285 especialistas e 330 supervisores, e a maior contribuição coletiva para a Bioética numa só obra, com sua segunda edição

¹⁵ REICH, W.T. (Ed.). **Encyclopedia of bioethics: New York. The Free Press**, London: Collier Macmillan Publishers, 1978.

em fase final de elaboração –, Bioética é ‘o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais’¹⁶.

Outros autores preferem a expressão ética biomédica¹⁷, porém, sem ampla aceitação. A Bioética ocupa-se, principalmente, dos problemas éticos referentes ao início e fim da vida humana, dos novos métodos de fecundação, da seleção de sexo, da engenharia genética, da maternidade substitutiva, das pesquisas em seres humanos, do transplante de órgãos, dos pacientes terminais, das formas de eutanásia, entre outros temas atuais. Convém salientar que a Bioética não possui novos princípios éticos fundamentais. Trata-se da ética já conhecida e estudada ao longo da história da filosofia, mas aplicada a uma série de situações novas, causadas pelo progresso das ciências biomédicas. Para K.D. Clouser, a Bioética ‘não é direcionada para busca de princípios, mas sim para o esgotamento de todas as implicações relevantes a partir daqueles que já possui’¹⁸. A Bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações originadas da ciência no âmbito da saúde. Poder-se-ia definir a Bioética como a expressão crítica do nosso interesse em usar convenientemente os poderes da medicina para conseguir um atendimento eficaz dos problemas referentes à vida, saúde e morte do ser humano.

A disparidade existente entre as opiniões morais sobre temas básicos, como são todos aqueles relacionados com a vida e a morte, evidencia o pluralismo moral da sociedade hodierna. De outro lado, devemos concordar que não há normas únicas para resolver as diversas situações que se possam apresentar. No caso de uma criança recém-nascida, com síndrome de Down e fistula tráqueo-esofágica,¹⁹ podem ser dadas e justificadas opiniões diferentes sobre o tratamento ou destino a serem outorgados à mesma. O importante, no caso anterior, como em todos os casos que se apresentem como conflitantes, é tentar conciliar as melhores soluções. A Bioética procura, de maneira racional e pactuada, resolver os problemas biomédicos, decorrentes de visões diferentes dos mesmos, depois da consideração de princípios e valores morais. O desenvolvimento da Bioética exige a atitude reflexiva que

¹⁶ Idem, p. 19.

¹⁷ MAHOWALD, M.B. Biomedical ethics: a precious youth. In: DEMARCA, J., FOX, R.M. **New directions in ethics**: London: Routledge and Kegan Paul, 1986.

¹⁸ CLOUSE, K.D. **Bioethics**. In: REICH, W.T. 1997. p. 125.

¹⁹ BARBASH, F. RUSSEL, C.H. Permitted death gives life to an old debate. *The Washington Post*: Apr.: 1982. p. 17.

descobre se é o homem ou a mulher que usa a ciência ou se, contrariamente, são por ela usados.

A Bioética precisa, portanto, de um paradigma de referência antropológico-moral que, implicitamente, já foi colocado: o valor supremo da pessoa, da sua vida, liberdade e autonomia. Esse princípio, porém, às vezes parece conflitar com aquele outro, relativo à qualidade de vida digna que merecem ter o homem e a mulher. Nem sempre os tais princípios se amoldam perfeitamente sem conflitos, no mesmo caso. Sabemos por própria experiência que, em determinadas circunstâncias, não é fácil tomar uma decisão. Constitui uma tarefa de a Bioética fornecer os meios para fazer uma opção racional de caráter moral referente à vida, saúde ou morte, em situações especiais, reconhecendo que esta determinação terá que ser dialogada, compartilhada e decidida entre pessoas com valores morais diferentes. Para um melhor entendimento das exigências e dificuldades da Bioética, esta deve ser compreendida, no momento atual da nossa cultura e civilização, dentro da 'linguagem dos direitos'²⁰.

Uma introdução ao conteúdo da Bioética não pode prescindir de uma breve explicação dos princípios básicos que compõem a sua estrutura reguladora. Vejamos, pois, o que alguns críticos denominam o mantra da Bioética. Quando, em 1977, a National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, criada pelo Congresso dos Estados Unidos iniciou suas reuniões, teve que elaborar alguns princípios gerais que permitissem resolver os casos apresentados e que, ao mesmo tempo, fossem aceitos pela maioria. Esses princípios constituem uma parte do conhecido *Belmont Report*, publicado pela Comissão em 1978: a seção B do informe é dedicada aos princípios éticos básicos: o do respeito às pessoas, o da beneficência e o da justiça²¹.

O princípio da autonomia, denominação mais comum pela qual é conhecido o princípio do respeito às pessoas, exige que aceitemos que elas se autogovernem, ou, sejam autônomas, quer na sua escolha, quer nos seus atos. O princípio da autonomia requer que o médico respeite a vontade do paciente ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças. Reconhece o domínio do paciente sobre a

²⁰ FADEN, R.R., BEAUCHAMP, T.L. 2006. p. 6.

²¹ The Belmont Report: **Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research**. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research: Department of Health, Education and Welfare. 1979. April 18, 2-5.

própria vida e o respeito à sua intimidade. Limita, portanto, a intromissão dos outros indivíduos no mundo da pessoa que esteja em tratamento. Os fundamentos filosóficos desse princípio podem ser encontrados, entre outros autores, em Locke,²² Kant²³ e J. S. Mill.²⁴

O princípio da beneficência requer, de modo geral, que sejam atendidos os interesses importantes e legítimos dos indivíduos e que, na medida do possível, sejam evitados danos. Na Bioética, de modo particular, esse princípio se ocupa da procura do bem-estar e interesses do paciente por intermédio da ciência médica e de seus representantes ou agentes. Fundamenta-se nele a imagem do médico que perdurou ao longo da história, e que está fundada na tradição hipocrática: ‘usarei o tratamento para o bem dos enfermos, segundo minha capacidade e juízo, mas nunca para fazer o mal e a injustiça’²⁵; ‘no que diz respeito às doenças, criar o hábito de duas coisas: socorrer, ou, ao menos não causar danos’²⁶. A mesma mensagem, com o mesmo arquétipo da práxis médica, está presente na obra do médico John Gregory²⁷. O princípio da justiça exige equidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde. Uma pessoa é vítima de uma injustiça quando lhe é negado um bem ao qual tem direito e que, portanto, lhe é devido. Para a fundamentação filosófica do princípio da justiça podem ser utilizados diversos autores, merecendo ser destacados: Aristóteles na época do iluminismo.²⁸ e John Rawls.²⁹ Assim como o princípio da autonomia é atribuído, de modo geral, ao paciente, e o da beneficência ao médico, o da justiça pode ser postulado, além das pessoas diretamente vinculadas à prática médica (médico, enfermeira e paciente), por terceiros, como poderiam ser as sociedades para a defesa da criança, em defesa da vida, ou grupos de apoio à prevenção da AIDS, cujas atividades e reclamações exercem uma influência notável na opinião pública através dos meios de comunicação social.

²² LOCKE: J. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Madrid: Aguilar, 1976. p. 6.

²³ KANT, I. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburg : Verlag von Felix Meiner, 1965. p. 41.

²⁴ MILL, J.S. **On liberty**: Edited with and introduction by Mary Warnock. New York: Meridian Book, 1974. p. 135.

²⁵ HIPPOCRATES. 1984. p. 298-299.

²⁶ HIPPOCRATES. *Hippocrates I: Epidemics*. Cambridge: Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd., 1984. p. 164-165.

²⁷ GREGORY, J.: **Lectures on the duties and qualifications of a physician**. London: Straham, 1772.

²⁸ ARISTOTELIS: **Ethica nicomachea**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 1129a-1139b: (Oxford Classical Texts).

²⁹ RAWLS, J. **A theory of justice**: Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 60.

São esses os princípios que, inicialmente, sustentam o exercício da Bioética. A aplicação dos mesmos nos diferentes casos nem sempre é fácil, nem conclusiva; mas o seu uso constitui uma amostra do interesse e importância pelas formas corretas de agir.

A origem da bioética pode também ser atribuída a outros fatos. Dentre estes está a publicação, em 1966, do artigo de Henry Beecher no *The New England Journal of Medicine*, sobre os abusos de médicos em relação aos pacientes em experimentos clínicos controversos e abusivos. O exemplo mais contundente destas experimentações absurdas foi o ‘caso Tuskegee’, em que homens negros sífilíticos foram usados, por cerca de 40 anos, em experimentos clínicos sobre a sífilis, cujo objetivo era observar a evolução natural da doença sem tratamento. Essa experimentação abusiva teve uma conivência criminosa por parte da comunidade científica geral dos Estados Unidos, haja vista que artigos foram publicados sobre os resultados sem que ninguém se opusesse a essa transformação de seres humanos em ‘cobaias’³⁰.

A reação da população, impulsionada por ideais de direitos humanos e ativistas do movimento negro e feminista³¹, forçou o governo americano a criar, em 1974, a ‘Comissão Nacional para Proteção de Sujeitos Humanos nas Pesquisas Biomédicas e Comportamentais’. Em 1978, a comissão apresentou um relatório intitulado: ‘Relatório Belmont: Princípios Éticos e Diretrizes para a Proteção de Sujeitos Humanos nas Pesquisas’ a respeito dos trabalhos realizados.³² Este relatório, que apresentava diretrizes morais que deviam pautar pesquisas com humanos, é considerado um marco histórico dentro do crescimento exponencial dos ideais bioéticos propostos por Potter. Essas diretrizes ficaram conhecidas em toda a comunidade científica como os três primeiros princípios da bioética: respeito às pessoas, depois denominado de autonomia, beneficência e justiça³³.

³⁰ Beecher H. **Ethics and Clinical Research**: In: *The New England Journal of Medicine*. 1354-1360.1966.

³¹ Diniz D; Guilhem D. **Bioética Feminista: o resgate do conceito de vulnerabilidade**. Revista Bioética: junho/julho, 2000.

³² National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research: *‘Belmont Report: ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research’* Disponível em

<http://www.med.umich.edu/irbmed/ethics/belmont/BELMONTR.HTM>. Acessado em 10/01/2015.

³³ JUNGES. Jose Roque. **O nascimento da bioética e a constituição do biopoder**. Revista Acta Bioethica. Número 17 (2), 2011. p. 171-178.

Contudo, a bioética obteve expansão mundial pela publicação do livro *Principles of Biomedical Ethics* em 1979.³⁴ Nessa obra, os autores Beauchamp e Childress propõem ampliação dos três princípios universais expressos no Relatório Belmont - a beneficência, a justiça e o respeito à autonomia – para quatro, com a inclusão da não maleficência. Os princípios universais são geralmente aplicados na busca de ponderação dos prós e contras em determinadas situações, isto é, são evocados na tentativa de resolução de conflitos. Apesar de muito criticado³⁵, é ainda pertinente e satisfatório quando aplicado à pesquisa envolvendo seres humanos e em casos de limite de atuação da ciência³⁶.

Atualmente na bioética, as pesquisas biotecnológicas tendem a ser orientadas, também, por outros princípios éticos ou até com concepções éticas estranhas ao princípalismo. No entanto, ao associar esses outros princípios éticos num modelo de princípios *prima facie*, sem que nenhum princípio tenha prioridade sobre os demais, acontece uma abordagem do fenômeno pelos princípios de forma integrada. Isso geralmente origina modelos normativos e conceituais, porém, ainda se destaca o modelo princípalista. Desta forma, a fundamentação da bioética em princípios está no fundamento de muitas resoluções e diretrizes acerca das condições éticas necessárias para se desenvolver pesquisas biotecnológicas, como é o caso da manipulação genética para a criação do banco de dados genéticos para fins criminais³⁷.

Dentro do contexto dos quatro princípios tradicionais, verifica-se que há um desdobramento do princípio do respeito à autonomia e da justiça, em correntes paralelas ao contexto desses dois princípios. O princípio do respeito à autonomia se desdobra na confidencialidade e privacidade do indivíduo e divide a responsabilidade do respeito à autonomia com o princípio de respeito à informação individual. Já o princípio da justiça se desdobra em equidade, pois se entende que uma situação justa deve possuir uma delimitação equânime entre os dados a serem analisados.

³⁴ Beauchamp TL, Childress JF. **Principles of biomedical ethics**, 5th ed., New York City, NY: Oxford University Press. 2001.

³⁵ GARRAFA, Volnei. **Da bioética de princípios a uma bioética interventiva**. Rev. Bioética. Vol. 13, nº1. 2005.

³⁶ SCHRAMM, Fermim Roland; PALÁCIOS, M; REGO, S. **O modelo bioético princípalista para a análise da moralidade da pesquisa científica envolvendo seres humanos ainda é satisfatório?** Revista Ciência e Saúde Coletiva. 13(2), 2008. p. 361-370,

³⁷ Ibid. p. 361-370.

A bioética, atualmente, vem estendendo sua discussão sobre políticas públicas, econômicas e sociais, com a finalidade de intervir nas questões de abuso e injustiças. Portanto, vislumbra-se a necessidade de se refletir e discutir, sob seu amparo, um equilíbrio entre a criação de políticas de segurança públicas (como a implantação do banco de dados) cada vez melhores para a sociedade e a intervenção de mecanismos legitimadores no sentido de preservar a dignidade da pessoa humana, de acordo com os referenciais da bioética. Essa discussão traz à tona uma série de questionamentos acerca da eticidade da implantação dessa nova ferramenta da criminalística.

É nesse cenário, onde a tecnologia e a técnica parecem possibilitar a realização de qualquer objetivo jurídico, que caberá trazer a proposta de José Faria Costa³⁸, quando, a partir de um texto em homenagem a Martins Heidegger, utiliza a imagem da *linha*, justamente para tentar estabelecer algumas possibilidades de reflexão do fascínio da criatividade. A invasão do padrão genético expresso no DNA está na rota da criatividade humana que se instaura por meio da técnica, gerando novos riscos em relação ao próprio ser humano, pois gera uma exposição do humano e suas características sem precedentes³⁹.

Cabe destacar que a própria técnica gera um cenário do imprevisível, imputável, não como o antigo, a um defeito de conhecimento, mas a um excesso do nosso poder de fazer, enormemente maior do que nosso poder de prever e, portanto, avaliar e julgar⁴⁰. Os potenciais que a investigação científica tornam possíveis gera a sensação de que se pode fazer tudo. No entanto, aí nasce o efetivo risco: a perda do controle da criação, com a violação de espaços muito delicados e reservados. O alerta deve ser direcionado para um novo olhar para o passado, para a tradição, tentando resgatar dela o aprendizado que permitia avaliar a encruzilhada que as pessoas criaram⁴¹.

Segundo Galimberti, este afirma:

O fazer superou em muito o agir, e essa é a razão pela qual a ética, que domina o agir, não é capaz de regular a técnica, da qual procede o fazer. A humanidade, dos seus albos aos umbrais da idade da técnica, sempre

³⁸ FARIA COSTA, José de: **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

³⁹ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 37.

⁴⁰ Ibid. p. 57.

⁴¹ Ibid. p. 57.

elaborou éticas que faziam referência a um agir limitado no espaço e no tempo, e substancialmente inócuo em relação à natureza⁴².

É o momento de se planejar uma Fernethik, ou seja, uma ética em que os efeitos ou resultados se repercutem no tempo distante, uma ética em que as respostas aos comportamentos moralmente relevantes se não podem medir ou ajuizar pela dimensão do imediato⁴³.

É esta Bioética (uma ética preocupada com a vida para os fins desse projeto) que se pretende aplicar e desenvolver para relacionar à utilização do patrimônio genético na persecução criminal. Trata-se de uma ética do cuidado com a vida, com o outro, numa relação de corresponsabilidade, como afirma Faria Costa:

Na verdade, o 'eu' e o 'outro' que vão pressupostos na nossa compreensão do Direito e, de forma muito particular, os que chamam para a visão do Direito Penal têm, digamo-lo em estilo simples, curto e incisivo, um radical onto-antropológico e não se estruturam em puras manifestações, mais ou menos sólidas, mais ou menos consistentes, de dever⁴⁴.

A perspectiva onto-antropológica, onde a essência do ser emerge como a projeção do ente homem, sinaliza a centralidade da preocupação bioética. Dessa maneira, se exigirá, para o atual momento de criação e avaliação das possibilidades e riscos das manipulações e a utilização do DNA, uma ética de responsabilidade. Vale dizer, uma responsabilidade que é o cuidado, reconhecido como dever, por outro ser, cuidado que, dada a ameaça de sua vulnerabilidade, se converte em preocupação⁴⁵.

Com isso, se tem um dos pressupostos para o desenvolvimento de uma ética adequada para o momento, ou seja, ela deverá considerar o devido cuidado com o gênero humano, que se projeta em preocupação, em decorrência do grau de perigo e vulnerabilidade a que está sendo exposta a geração futura, provocado pelo nível a que está chegando a investigação científica⁴⁶.

Para tanto, será fundamental a prática de uma solidariedade antropocósmica, isto é, significa que o homem não é essencialmente alheio ao cosmos que o rodeia,

⁴² GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e Techne: o homem na idade da técnica**. Tradução de José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006.

⁴³ FARIA COSTA, José de: **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

⁴⁴ Ibid. p.58

⁴⁵ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 58.

⁴⁶ Ibid. p.58

senão pelo contrário que é uma espécie natural, um produto deste cosmos. Bem entendida, dita solidariedade tem um efeito que é, até certo ponto e às vezes, redutor para o homem que se emancipou em relação às forças da natureza. Como integrante do conjunto, o ser humano precisa dar-se conta que, eventualmente, a emancipação não o colocou na parte superior da organização hierárquica. Pelo contrário, haverá momentos que a natureza continua sendo irreduzível ao poder biotecnológico, quando deverá entrar em cena a bioética para fazer este alerta⁴⁷.

Além disso, deve-se levar em consideração o fato de que os dados genéticos, revelam questões intimamente ligadas ao núcleo da personalidade e da dignidade humana, sendo especialmente relevante sua incidência no exercício das liberdades e o risco de práticas discriminatórias⁴⁸.

Em função disso então, se por um lado, o desenvolvimento das tecnologias da informação e de conhecimento sobre o genoma humano e sua aliança com o Direito Penal pode redundar em resultados positivos no que se refere à identificação de delinquentes e vítimas, por outro lado, se esses dados não forem utilizados de forma adequada, coloca-se em risco os direitos e garantias fundamentais do ser humano, em especial, frise-se, em um momento de expansão do raio de intervenção do Direito Penal, marcado pela flexibilização de garantias⁴⁹.

Portanto, ao se estabelecer as possíveis relações entre Bioética e o Direito, no caso, o Direito Penal e o Direito Processual Penal, não se pode olvidar, segundo Casabona, o seguinte:

‘Perante os riscos da tirania da verdade científica unidimensional e reducionista, particularmente sensíveis no caso das ciências biomédicas aplicadas ao ser humano, tanto a nível individual como coletivo, é a sociedade que deve decidir acerca do que está disposta a aceitar e do que recusa’⁵⁰.

A deliberação que a sociedade deverá enfrentar cinge-se ao nascimento de uma nova versão do ‘biopoder’⁵¹, isto é, o controle sobre a vida, a partir do acesso ao

⁴⁷ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 59.

⁴⁸ Ibid. p.59.

⁴⁹ Ibid. p.62.

⁵⁰ CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Genética y Derecho—Responsabilidad jurídica e mecanismos de control**. Ed. Astrea. Buenos Aires (Argentina). 2003.

⁵¹ ‘O biopoder, dentro da narrativa do poder em Foucault, pode ser apresentado a partir da comparação com o poder soberano. Dessa maneira, a ‘velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano’ será agora recoberta pela ‘administração dos corpos [poder disciplinar] e pela gestão calculista da vida [biopoder]’.

DNA das pessoas, vasculhando-o para fins de produção probatória no processo penal. Estes aspectos vinculados à vida do ser humano que deverão ser mensurados num plano pré-normativo, os quais serão decisivos para a construção da resposta sobre a utilização ou não de dados genéticos para a apuração de crimes na sociedade brasileira⁵².

Por outro lado, verifica-se uma obstinação pela inovação, o que gera uma dinâmica peculiar, pois a intensidade do progresso da ciência não é acompanhada pela análise, por parte dessa mesma ciência, dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias⁵³. Esta é uma característica que acompanha as novidades científicas geradas na atualidade: a busca pelo novo é tão intensa, que os atores ficam cegados pelas possibilidades, mas esquecem os efeitos e as consequências, nem sempre positivas, que poderão ser geradas. No entanto, a utilização dos dados genéticos na persecução criminal se inscreve nesse cenário, é preciso ter cautela e prudência, a fim de se avaliar todos os desafios que emergirão da deliberação a ser tomada.

Não se poderá pensar apenas no imediato, que seria a eficiência da persecução criminal, é preciso lançar o olhar para um prazo mais longo e sopesar também os riscos de se ter à disposição dados e códigos secretos e particulares, como quase tudo é permitido à ciência, somente faltará um passo para que se façam alterações nestes dados genéticos, a fim de se descobrir um tratamento para restabelecer a normalidade nos indivíduos criminosos, ou seja, aos indesejados sociais⁵⁴.

Diante disso, verifica-se que a sociedade está vivenciando um descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva⁵⁵.

Assim, se o recrudescimento da ação penal e processual penal serviria para a busca do equilíbrio e a paz social, a contrapartida, gerada pela utilização da inovação

⁵² CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 63.

⁵³ Ibid. p.63.

⁵⁴ Ibid. p.63.

⁵⁵ Ibid. p.63.

científica na construção probatória, gerará um novo risco, muito mais potente e, na maior parte da vezes, invisível⁵⁶.

O questionamento que fica, é de como se proteger do risco invisível, carregado pelas novas tecnologias e que poderão ser utilizadas contra a qualidade mais essencial do ser humano, o seu mapa genético. Qual o grau de tolerância desta invasão da privacidade, cujos efeitos se prolongarão no tempo, com a exposição num banco de dados?

Diante disso, surge o paradoxo do risco, a dificuldade em estabelecer sua medida ou seu grau de tolerância, a disputa entre discursos pela manutenção e pela extinção das atividades arriscadas, repercute nas categorias do Direito. Para dar conta dessas variações, será fundamental estabelecer, em paralelo, as regras para a gestão dos riscos, destacando as seguintes etapas: definição desses riscos; os juízos de valor sobre eles e o estabelecimento de pautas de conduta para reduzi-los ao mínimo necessário para o funcionamento social⁵⁷.

A discussão circula em torno de dois perigos: a ameaça da criminalidade, que assume contornos substanciais e territoriais que desafiam as forças de controle e prevenção e uma nova ameaça gerada por uma das fórmulas para enfrentar essa situação: Quem controla o acesso aos bancos de perfis genéticos? Quem estabelecerá critérios e mecanismos de sigilo? Essas são questões que deverão ladear e perpassar a análise da utilização de uma prova tão invasiva e de difícil contrariedade. Não são questionamentos conclusivos, mas apenas preliminares. Responder será uma tarefa inicial para a introdução do tema no cenário jurídico, político e nacional de debate⁵⁸.

2.1 A Bioética e a Transdisciplinariedade

Atualmente a expressão transdisciplinaridade vem sendo amplamente utilizada nas mais diferentes áreas das ciências, mas, na maioria das vezes, de modo inadequado, em função de desconhecimento do seu real significado. O tema transdisciplinaridade atrai a atenção e instiga a investigação. O que é, afinal, essa

⁵⁶ Ibid. p.64.

⁵⁷ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 64.

⁵⁸ Ibid. p.64.

expressão tão utilizada e propagada na atualidade? De que se trata tudo isso? Trata-se de uma nova abordagem científica e cultural, uma diferente forma de entender os acontecimentos da vida humana. É um modo de compreensão de processos, uma nova atitude frente ao saber, necessária ao mundo complexo atual. Em qualquer área do conhecimento existente na sociedade complexa atual se faz necessário e imprescindível o uso de técnicas transdisciplinares, de forma a possibilitar uma real chance de transformação da realidade.

O prefixo *trans* significa que a transdisciplinaridade está *entre, através e além* de qualquer disciplina. A lógica clássica criou a disciplinaridade, a divisão dos saberes em inúmeros compartimentos, todos isolados, sem relação entre si. Foram formados, deste modo, inúmeros especialistas em quase nada, que tampouco quase nada criam para solucionar os reais problemas da humanidade. Assim, não é mais viável que se siga fazendo ciência desta forma, inclusive em função das atuais necessidades mundiais.

Os níveis de conhecimento podem ser classificados em monodisciplinar, pluridisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar, sendo que níveis de conhecimento disciplinares e transdisciplinares não são antagonistas, mas complementares⁵⁹. A monodisciplinaridade constitui um corpo específico de conhecimentos inerentes a uma determinada ciência, de acordo com seus próprios antecedentes de educação, treinamento, procedimentos e conteúdos. Já a pluridisciplinaridade diz respeito ao estudo de um objeto por várias disciplinas ao mesmo tempo. Ocorre quando para a solução de um problema é necessária a obtenção de informações de outras áreas envolvidas, sem que as disciplinas relacionadas com o processo, sejam modificadas ou enriquecidas⁶⁰.

Todavia, o resultado continua limitado a uma estrutura do campo disciplinar. Por outro lado, na interdisciplinaridade, as diferentes disciplinas trocam interações reais devido a uma certa reciprocidade no intercâmbio, o que acaba produzindo um enriquecimento mútuo⁶¹. Representa o esforço em superar tudo o que está

⁵⁹ MORIN, Edgar. **A religação dos saberes—o desafio do século XXI**. Ed. Bertrand Brasil. Rio de Janeiro(RJ).2007.

⁶⁰ NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da Transdisciplinaridade**. Tradução de Lúcia Pereira de Souza. Ed. Triom. São Paulo (SP). 1999.

⁶¹ MORIN, Edgar. **Complexidade e transdisciplinaridade: a reforma da universidade e do ensino fundamental**. EDUFRRN. Natal(RN). 1999.

relacionado ao conceito de disciplina. Assim, interdisciplinaridade é parte de um movimento que busca a superação da disciplinaridade⁶².

A transdisciplinaridade, conceito que está sendo abordado nesse trabalho, se interessa pela dinâmica gerada pela ação de vários níveis de realidade ao mesmo tempo⁶³. Esse conceito engloba e transcende o que passa por todas as disciplinas, reconhecendo o desconhecido e o inesgotável que estão presentes em todas elas. Desta forma, ela é uma ampliação da visão do mundo e uma aventura de espírito que representa uma nova atitude diante do saber⁶⁴.

Em bioética, o pensamento transdisciplinar é constante e muito bem vindo, sendo que os temas tratados pelo ponto de vista principialista devem conter uma liberdade para os diversos saberes, com o propósito de chegar a novas leituras de problemas que não são plenamente alcançados pelos saberes individuais.⁶⁵ Essa ideia é similar à teoria do pensamento de Edgar Morin, que traz a complexidade como um fator de agregação, não para tornar o tema complicado, confuso, mas para religar os saberes que foram fragmentados como passar do tempo nas ciências, isto é, incorpora o caráter transdisciplinar para o fenômeno estudado⁶⁶.

Morin incorporou a epistemologia da complexidade em suas obras a partir da década de 60, e assim integrou os diversos modos de pensar, opondo-se ao pensamento linear e reducionista, assim como estabeleceu princípios e paradigmas para a 'teoria da complexidade' ⁶⁷. Propôs que devemos ir além do objeto em que se apoia nos referenciais disciplinares, ou mesmo interdisciplinares, avançando para uma transdisciplinaridade⁶⁸.

Portanto, a bioética recusa qualquer projeto globalizante, qualquer sistema fechado de pensamento, reconhecendo a urgência de uma troca dinâmica entre as ciências biológicas, as ciências humanas, a arte e a tradição⁶⁹. Pode-se dizer que este

⁶² MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Instituto Piaget. Lisboa (Portugal). 1991.

⁶³ Ibid. p.25

⁶⁴ NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da Transdisciplinaridade**. Tradução de Lúcia Pereira de Souza. Ed. Triom. São Paulo (SP). 1999.

⁶⁵ GARRAFA, Volnei. **Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética**. In: Garrafa V, Kottow M, Saada A. (orgs). Bases conceituais da bioética –enfoque latino-americano. Ed. Gaia. São Paulo (SP). 2006.

⁶⁶ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Instituto Piaget. Lisboa (Portugal). 1991.

⁶⁷ Foucault M. **A História da Sexualidade I – A Vontade de Saber**. Ed. Graal, 11ª edição Rio de Janeiro (RJ). 1997.

⁶⁸ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Instituto Piaget. Lisboa (Portugal). 1991.

⁶⁹ GARRAFA, Volnei. **Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética**. In: Garrafa V, Kottow M, Saada A. (orgs). Bases conceituais da bioética –enfoque latino-americano. Ed. Gaia. São Paulo (SP). 2006.

enfoque transdisciplinar está inscrito em nosso próprio cérebro, pela interação dinâmica entre seus dois hemisférios. O estudo conjunto da natureza e do imaginário, do universo e do homem, poderia assim nos aproximar mais do real e nos permitir enfrentar melhor os diferentes desafios de nossa época⁷⁰.

Existe uma ligação direta entre o tipo de vida do homem e os progressos da ciência, ou seja, as mudanças científicas trazendo consigo mudanças sociais. A partir disso é importante à observação de como se desenvolve a ciência para que se possa salvaguardar a sociedade. O progresso técnico-científico constrói, dentro de uma ciência experimental uma realidade fictícia de aspecto quantitativo mensurável, reduzindo à fórmulas matemáticas a realidade⁷¹. Após o desenvolvimento de novas conclusões, surgem novas dúvidas que desencadearão um novo processo experimental, assim por diante, os objetivos alcançados pela ciência tornar-se-ão novos pontos de partida, evidenciando o progresso.

Há de se observar que o ser humano não pode mergulhar no reducionismo matemático de maneira que não possa mais perceber o universo real, sob pena de que todas essas técnicas percam seu sentido de direção e sua finalidade como melhoramento da vida⁷².

Por isso se faz necessária uma ética de aproximação entre a cultura tecnológica e o humanismo, entre ciências experimentais e ciências humanas, e, sobretudo, é necessário que a ética apreenda o sentido de direção da civilização e garanta o seu caminho. Pois, atualmente o poder científico-tecnológico atingiu um potencial de macro possibilidades, que não representam significativamente um desenvolvimento de bem estar social.

Segreccia apresenta que ética da tecnologia não deve ser: 'considerada simplesmente em função da fase aplicativa, mas também em sua insuficiência radical, em sua ambivalência teleológica e em sua dinâmica de saber poder, que aumenta cada vez mais e, portanto, também em sua face elucidativa. Em outras palavras, a tecnologia exige ser completada e ter sua referência numa antropologia global na qual

⁷⁰ NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da Transdisciplinaridade**. Tradução de Lúcia Pereira de Souza. Ed. Triom. São Paulo (SP). 1999.

⁷¹ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: Fundamentos e ética biomédica**. São Paulo: Loyola. 1996. p. 652.

⁷² Ibidem. p. 652.

possa encontre o seu papel ao lado das outras dimensões do homem. Isto supõe o desenvolvimento tecnológico sem desumanizá-lo e sem absolutizá-lo' ⁷³.

Todavia, rapidamente o campo de atuação de sua proposta foi, equivocadamente, reduzido somente a discussões que dizem respeito à Biomedicina, devido ao aumento de incidência dessas condutas a partir dos novos desenvolvimentos da Biomedicina.

Felizmente, inúmeros debates e pesquisas sobre o assunto foram sendo realizados, até que em 2001 o Programa Regional de Bioética, vinculado à Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) definiu que a Bioética possui um caráter de atuação amplo incluindo a vida, a saúde e o ambiente como áreas de reflexão. Descartando veementemente a idéia de que a Bioética é uma 'torre de marfim' que abriga médicos, biólogos ou disciplinas deístas⁷⁴.

Sendo assim, pode-se dizer que a Bioética é designada para traçar o *como* a ciência deve agir para que se desenvolva e não prejudique a qualidade de vida do ser humano.

Buscando prioritariamente uma reflexão ética sobre os valores inerentes à vida⁷⁵. Segundo Galvão esse agir da Bioética se define como a ética da vida a qual trabalha *a serviço da vida*⁷⁶.

A Bioética é uma estrutura de conceitos éticos presentes em uma sociedade destinados a proteção da vida perante as outras ciências. Visando, a partir da moral, garantir uma conduta em prol do desenvolvimento da vida. 'A bioética é o estudo da moralidade da conduta do indivíduo no campo da ciência da vida', afirma Ramos⁷⁷, e em seguida Sgreccia coloca que essa 'reflexão deveria se ocupar, ao mesmo tempo, de todas as intervenções na biosfera e não apenas das intervenções sobre o homem. Sendo assim, essa não se limita à apenas uma ciência ou disciplina, mas sim se destinando à toda complexidade científica que se apresenta na atualidade. Abordando de forma transdisciplinar as ciências e os sistemas sociais.

Pode-se afirmar que a bioética é um claro exemplo de aproximação a um objeto de estudo comum, multidisciplinar, para onde confluem diversas ciências, além da ética, com suas respectivas perspectivas e metodologias próprias. Neste sentido

⁷³ Ibidem, p. 653.

⁷⁴ GALVÃO, Antônio Mesquita. **Bioética: a serviço da vida**. Aparecida: Santuário. Ano 2004. p. 57.

⁷⁵ Ibidem, p. 58.

⁷⁶ Ibidem, p. 59.

⁷⁷ RAMOS, Dalton Luiz de Paula. Conferência proferida em 31 de maio de 2001 na UFSP.

amplo de sua manifestação empírica, também o direito se integraria nela. Todas essas características acrescentadas ao seu marco ideológico plural e transnacional propendem a que a Bioética se configure como um poderosíssimo, mas ainda – em certo grau – potencial instrumento intelectual de reflexão, de elaboração de critérios de orientação e de ponto de partida para tomada de decisões oponíveis às tentações dos excessos do Estado, dos poderes fáticos difusos de pressão (políticos, econômicos, industriais) e, se for necessário, dos próprios pesquisadores⁷⁸.

Em seguida pode-se apresentar a definição proposta por Roque Junges que reforça o caráter transdisciplinar:

A Bioética é uma área específica com identidade e estatuto epistemológico próprios, que tem como objeto a análise ética de situações e de desafios nos quais estão implicados a vida, em seu sentido amplo, e mais especificamente a saúde humana. Ela tem, por um lado uma dimensão teórica preocupada com seus pressupostos e fundamentos e, por outro lado, uma dimensão prática de ética aplicada interessada na metodologia para chegar a decisões morais no âmbito da vida e da saúde. Em suas análises, a Bioética tem igualmente uma preocupação com as dimensões sociais dos problemas, levando em consideração aspectos legais e de política pública⁷⁹.

Essa observação é de extrema significância, pois salienta a importância de um momento reflexivo de debate teórico aliado a um momento pragmático. Assim, pode-se que o primeiro constrói a discussão ética sem se distanciar do segundo, o qual vem a ser a efetivação do primeiro e, ao mesmo, tempo sua conexão com a realidade. Pois diante a complexidade social que se apresentam atualmente os estudos teóricos e pragmáticos não podem, de maneira alguma, se encontrarem seccionados, sob pena de ter suas expectativas frustradas.

Em uma sociedade moderna, onde impera o pensamento racional cognitivo instrumental, os conhecimentos se encontram fragmentados em inúmeras disciplinas, que, por sua vez, se desenvolvem criando outras disciplinas. Esse processo contínuo de fragmentação desencadeia uma reação oposta de reaproximação das disciplinas que se apresenta necessária perante a complexidade

⁷⁸ CASABONA, Carlos Maria Romeo. *O Direito Biomédico e a Bioética*. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Org. CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. p. 22-23.

⁷⁹ JUNGES. José Roque. *Bioética: hermenêutica casuística*. São Paulo: Loyola. Ano 2006. p. 256.

social. Para Capra: O paradigma que está agora retrocedendo dominou a nossa cultura por várias centenas de anos, durante as quais modelou nossa sociedade moderna ocidental e influenciou significativamente o restante do mundo.

Esse paradigma consiste em várias ideias e valores entrincheirados, entre os quais a visão do universo como um mecânico composto de blocos de construção elementares, a visão do corpo humano como uma máquina, a visão de uma vida em sociedade como uma luta competitiva pela existência, a crença no progresso material ilimitado, a ser obtido por intermédio de crescimento econômico e tecnológico, e – por fim, mas não menos importante - a crença em que uma sociedade na qual a mulher é, por toda parte, classificada inferior ao homem é uma sociedade que segue a lei básica da natureza⁸⁰.

Diante uma sociedade democrática, pluralista e multicultural duas características se fazem presente: a complexidade e a contingência. A primeira expõe que, em determinada situação, existem mais possibilidades do que se pode concretizar, ou seja, em certa situação se encontra um determinado número de ações que podem ser realizadas, todavia só é possível efetuar apenas uma delas.

A segunda, a contingência, disserta que, dependendo da decisão tomada, possibilitarão resultados distintos até certo ponto imprevisíveis, sendo assim, não se pode afirmar com certeza o resultado futuro a ação tomada mediante a complexidade, somente poderá se distinguir as possíveis reações e suas probabilidades. Para uma melhor compreensão pode-se utilizar um exemplo bastante simplificado, mas que pode rapidamente ilustrar o que é a contingência: ao arremessar um dado dotado de seis faces não se pode prever com certeza o resultado, mas se saberá que as possibilidades são 1, 2, 3, 4, 5 ou 6, tendo a mesma chance de 1/6 de sortear qualquer um dos números. Todavia a contingência não se limita essa configuração, podendo apresentar inúmeras possibilidades e diversas variações de probabilidade. Em outras palavras quando algo está a mercê da contingência pode-se dizer que está lançado à sorte.

Dessa forma, vislumbra-se que na complexidade se pode escolher uma ação entre muitas possíveis dentro de um sistema e na contingência não se pode prever o resultado exato de uma determinada ação em um entorno sistêmico, mas sim, as possíveis reações futuras.

⁸⁰ JUNGES. José Roque. *Bioética: hermenêutica casuística*. São Paulo: Loyola. Ano 2006. p. 25.

Parsons se refere aos indivíduos do sistema social como atores que, trabalhando em conjunto, produzem falas, cenas e resultados, de acordo com as expectativas dos espectadores⁸¹, assim, se o resultado gerado não estiver em consonância com as expectativas, será obtida a *frustração*. A *frustração* é o pesadelo de qualquer expectativa, portanto para que a Bioética possa alcançar suas expectativas de proteção à vida, será necessário fazer uma reaproximação da complexidade social com a ciência e suas disciplinas.

Uma dessas maneiras de reaproximação é a interdisciplinaridade. Essa tem como objetivo unir os conhecimentos de diferentes áreas para discutir determinados temas, os quais, ao serem observados por uma disciplina isolada, apresentam um grau de complexidade que a torna limitada.

Em outros casos pode ser utilizada a multi ou pluridisciplinaridade, que consiste em aplicar uma disciplina em outra, e por fim, a transdisciplinaridade⁸² 'que tenta encontrar temas e metodologias que vão além das disciplinas'. Essa religação não nega a secção disciplinar, todavia demonstra que essa percepção é reducionista 'porque não dá conta da complexidade da realidade'⁸³.

A transdisciplinaridade ampliará percepção de mundo observando as contradições, a desordem e o ruído que são excluídos pela abordagem analítica. Esse processo de exclusão elaborado pela ciência clássica pode ser explicado rapidamente pelos seguintes axiomas: axioma da identidade afirma que 'X é X'; o axioma da não contradição afirma que 'X não é não-X'; na proposta analítica é negada a existência de um terceiro axioma que seja 'X' e 'não-X' ao mesmo tempo. Dessa forma, o pensamento complexo e transdisciplinar irão recuperar o princípio do terceiro incluído. Pois, 'existem aspectos emergentes que podem ser e não ser ao mesmo tempo e referir-se à mesma realidade'⁸⁴.

A partir desses pensamentos se possibilitará transcender a objetividade de uma ciência prática-cognitiva-instrumental, percebendo-se a complexidade do universo e da sociedade atual.

A abordagem transdisciplinar é necessária à Bioética para que essa possa perceber com clareza os conflitos que ocorrem entre os sistemas sociais, de que

⁸¹ PARSONS, Talcott. *El sistema social*. Madrid: Revista de Occidente, 1976. p. 35.

⁸² JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica casuística*. São Paulo: Loyola. Ano 2006. p.16.

⁸³ Ibid. p. 16.

⁸⁴ Ibid. p. 22.

maneira esses podem estar agredindo a vida, visualizando que conduta deve-se tomar para que se garanta o bem estar da saúde e da vida. Salienta-se que, uma visão seccionaria rígida a qual distingue e separa cada ciência buscando resolver os problemas sociais de separadamente, no presente contexto social, está fadada ao fracasso por não conseguir visualizar os transtornos que transpassam diversas áreas, podendo até mesmo agravar a situação indesejada. Nem mesmo Descartes aprovava esse tipo de atuação, afirmando:

Se alguém quiser investigar a sério a verdade das coisas não deve escolher uma ciência particular: estão todas unidas entre si e dependentes umas das outras; mas pense apenas em aumentar a luz natural da razão, não da pra resolver esta ou aquela dificuldade de escola, mas para que, em cada circunstancia da vida, o intelecto mostre à vontade o que deve escolher [...]

Em seguida acrescenta: em breve, ficará espantado de ter feito progressos muito superiores aos de quantos se dedicam a estudos particulares e de ter obtido não só tudo o que os outros desejam, mas ainda coisas mais elevadas do que as que se podem esperar⁸⁵.

Além disso, outro fator que fortifica a necessidade de uma visão transdisciplinar na Bioética se dá a partir do momento que o objeto principal da disciplina é a vida, que é a essência da sociedade, então seus regramentos de conduta poderão atingir a qualquer ciência ou sistema social. Elio Sgreccia 'reivindica a transcendência da pessoa humana, como valor intangível, ontologicamente recapitulativo de todos os valores do cosmo, centro da sociedade e da história'⁸⁶.

Tendo em vista a transdisciplinariedade, Galvão afirma que a Bioética é uma disciplina em que a ética se coloca a serviço da vida, estando consciente dos 'interesses de outros, subalternos, econômicos, corporativistas ou de busca de notoriedade'⁸⁷. O autor acredita nesse trabalho transdisciplinar da Bioética com 'vistas à felicidade humana, à melhoria da qualidade de vida na terra e ao progresso ordenado das ciências'⁸⁸.

Para que isso ocorra, é importante salientar, que se deve transcender de uma concepção reducionista de Bioética, restrita apenas a determinados profissionais,

⁸⁵ DESCARTES, RENÉ. *Regras para a direção do espírito*. Lisboa: edições 70: s/d. p. 13.

⁸⁶ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Loyola. 1996. p. 129.

⁸⁷ GALVÃO, Antônio Mesquita. *Bioética a serviço da vida*. Aparecida: Santuário. Ano 2004. p. 8.

⁸⁸ Ibid. p. 10.

para uma ideia de Bioética social em serviço da vida e da pessoa. Antigamente a essa percepção reducionista da Bioética se demonstrou suficiente para proteger a vida de condutas nocivas à vida a partir dos profissionais da saúde. Todavia, atualmente, com a ampliação da complexidade social, a vida não só é ameaçada por condutas nocivas dos profissionais da saúde como também se encontra a mercê de danos ambientais, aumento descontrolado de utilização de agrotóxicos e produtos químicos em plantações e alimentos, desenvolvimentos genéticos na agricultura (que degradam o meio ambiente e se desconhece seus efeitos na saúde do consumidor), etc. Portanto, fica clara a necessidade da abordagem transdisciplinar da Bioética para que essa possa atuar eficientemente em favor à vida humana.

Dessa forma a ética, segundo Junges⁸⁹, une o que se encontra separado, pois assumindo um papel transdisciplinar irá reaproximar as ciências e os sistemas sociais para poder vislumbrar seus objetivos de proteção à vida, ‘todo o olhar sobre a ética deve reconhecer o aspecto vital do egocentrismo assim como a potencialidade fundamental do desenvolvimento do altruísmo’⁹⁰. Ou seja, para poder-se perceber os problemas que atingem o objeto principal da Bioética é necessário, primeiramente, observar os acontecimentos e influências que se apresentam no entorno. Toda essa reaproximação interdisciplinar leva até os pensamentos expostos por Capra, que trabalha novos modos de perceber o mundo, entrando, naturalmente, em conflito com os paradigmas predominantes na sociedade ocidental, citando-se as chamadas visões holística e ecológica: Os dois termos ‘holístico’ e ‘ecológico’ diferem ligeiramente em seus significados, e parece que ‘holístico’ é um pouco menos apropriado para descrever um novo paradigma. Uma visão holística, digamos: de uma bicicleta significa ver a bicicleta como um todo funcional e compreender, em conformidade com isso, as interdependências das suas partes. Uma visão ecológica da bicicleta inclui isso, mas acrescenta-lhe a percepção de como a bicicleta está encaixada no seu ambiente natural social – de onde vêm as matérias-primas que entram nela, como foi fabricada, como o seu uso afeta o meio ambiente natural e a comunidade pela qual é usada, e assim por diante. Essa distinção entre ‘holístico’ e ‘ecológico’ é ainda mais importante quando falamos de sistemas vivos, para os quais as conexões com o meio ambiente são muito mais vitais⁹¹.

⁸⁹ JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica casuística*. São Paulo: Loyola. Ano 2006. p.27.

⁹⁰ MORIN, Edgar. *O método 6: Ética*. Porto Alegre: Sulina 2005. p 21.

⁹¹ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Editora Cultrix. 1996. p. 25.

Observar-se-á tudo como um todo, estudando assim as partes e seu interrelacionamento, cooperando para a existência do todo, formando um único Sistema. A Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, desenvolvida pelos biólogos Maturana e Varela para compreender a vida biológica, se caracteriza por estudar elementos distintos que, de alguma forma, estão interligados, e esse contato faz com que se construa um sistema operacional, que se substituirá por meio de um ciclo autoreprodutivo; portanto, atingindo um elemento desse sistema, estar-se-á comprometendo a harmonia do sistema autopoiético e até mesmo a dos sistemas que com ele se comunicam. Parsons explica que é necessária a cooperação de todos os elementos de um sistema, para que se efetive o ciclo evolutivo: ‘Uma sociedade só poderá ser autossuficiente na medida em que, de modo geral, seja capaz de ‘contar’ com as realizações de seus participantes como ‘contribuições’ adequadas para o desenvolvimento societário’⁹².

Seguindo o modelo transdisciplinar, pode-se dizer que a bioética deve ir além de suas dimensões pragmáticas de solução de casos para que consiga desempenhar sua tarefa, desvendando e interpretado os paradigmas mentais e simbólicos que movem as ações demandadas pelas biotecnologias e pela sociedade⁹³.

Em seguida, outro desafio para a Bioética além de uma busca transdisciplinar é a consolidação de um enfoque epistemológico e de perspectivas coletivas⁹⁴.

2.2 A Declaração sobre Bioética e Direitos Humanos e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos

No título da Declaração sobre Bioética e Direitos Humanos, já se percebe uma orientação baseada nas legislações internacionais que pregam os direitos humanos, o respeito às liberdades fundamentais e à dignidade humana. Sobretudo pela importância dada ao papel que esses valores devem exercer e ao desenvolvimento científico e tecnológico, na promoção do bem-estar dos cidadãos, das comunidades e da humanidade em geral⁹⁵, como destacado por Cruz e Cornelli. Reconhecendo que a presente Declaração deve ser interpretada de modo consistente com a legislação

⁹² PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 20.

⁹³ JUNGES, José Roque. **Bioética: hermenêutica casuística**. São Paulo: Loyola. Ano 2006. p.31.

⁹⁴ Ibid. p.256.

⁹⁵ CRUZ, Márcio Rojas, CORNELLI, Gabriele. **(Bio) Ética e (Bio) Tecnologia**. Revista Brasileira de Bioética (RBB, 2010); v.6n. 1-4. p. 115-138.

doméstica e o direito internacional, em conformidade com as regras sobre direitos humanos⁹⁶.

Na Declaração encontram-se vários princípios éticos de cunho universal, frutos do consenso entre 191 países⁹⁷, alguns deles estão intimamente envolvidos na problemática do arquivamento de perfis genéticos em base de dados para fins criminais, tais como: o princípio da autonomia e responsabilidade individual (art. 5º); do consentimento (art. 6º); o respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade física (art. 8º); da vida privada e confidencialidade (art. 9º); da igualdade, justiça e equidade (art. 10º); da não discriminação e não estigmatização (art. 11º).

Um marco na história da Bioética dos países periféricos foi a inserção do artigo 14º, que aborda a responsabilidade social e a saúde na DUBDH. Esse fato proporcionou a ampliação do escopo da bioética global para uma bioética mais social.

Ainda, no artigo 14º, percebe-se, embora não esteja literalmente escrito em seu corpo, a relação existente entre o progresso da biotecnociência e os direitos humanos, pode ser evidenciada em diversas passagens na Declaração⁹⁸. O artigo 9º da Declaração – privacidade e confidencialidade – será contemplado na próxima seção devido sua relevância para o tema abordado nesse estudo.

O princípio da autonomia, contemplado no artigo 5º, pode ser considerado como a autodeterminação e o poder de usar seu corpo conforme seus próprios interesses⁹⁹. O respeito à autonomia do indivíduo encontra força no princípio da dignidade humana, assim como no imperativo categórico kantiano que determina que o ser humano é um fim em si mesmo e nunca um meio.

Artigo 5º – Autonomia e Responsabilidade Individual

Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia¹⁰⁰.

⁹⁶ Unesco. **Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos**. Tradução da Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB), 2005.

⁹⁷ OLIVEIRA, Anna Augusta Sampaio. **Bioética e Direitos Humanos**. Edições Loyola, São Paulo-SP. 2011. p. 35.

⁹⁸ Ibidem. p. 36.

⁹⁹ GARRAFA, Volnei. **Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética**. In: Garrafa V, Kottow M, Saada A. Bases conceituais da Bioética: enfoque latino-americano. São Paulo, 2006. p. 73-86.

¹⁰⁰ UNESCO. **Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos**. Tradução da Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB), 2005.

Esta autodeterminação deve ser considerada quando se trata das informações genéticas, especificamente, e do genoma humano de maneira geral, pois as informações contidas no genoma são de propriedade do indivíduo, embora sejam compartilhadas pela sua família e represente de certa forma, a espécie humana como um todo. Nesse sentido, quando se questiona o armazenamento de informações genéticas em bancos de dados, questiona-se sobre a pertença destas informações e sobre o direito de consentir ou não a doação das mesmas.

Clotet¹⁰¹ discorre com muita propriedade sobre o princípio da autonomia aplicado às especificidades das informações genéticas.

(...) Essa autonomia abrange também o genoma. Esse, por sua vez, pode ser considerado como individual e também específico, quer dizer, como pertencente à espécie humana e, por conseguinte, coletivo. O genoma humano constitui um valor em si próprio que comporta a dignidade do ser humano como indivíduo singular e a dignidade da espécie humana como um todo. O genoma humano, considerado de forma ora individual ora coletiva deve ser respeitado e protegido. Cabe à pessoa, em virtude de sua autonomia, como sujeito, decidir sobre a informação do próprio genoma (...)
102.

Na concepção de Beauchamp e Childress¹⁰³, a escolha autônoma não é somente a capacidade de autogovernar-se, mas sim o ato de se governar efetivamente. Considerando o contexto das pessoas institucionalizadas, como presos ou portadores de transtornos mentais, pode se dizer que possuem autonomia reduzida, pois não são capazes de agir com base em seus próprios planos.

O princípio do consentimento livre e esclarecido pode ser considerado como uma expressão do princípio da autonomia, visto que somente o indivíduo autônomo é capaz de consentir ou recusar ações que possam lhe atingir diretamente, conforme citação abaixo.

Artigo 6º – Consentimento

- a)** Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.
- b)** A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser

¹⁰¹ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Edipucrs. Porto Alegre, 2003.

¹⁰² Ibid. p.118

¹⁰³ Beauchamp TL, Childress JF. **Princípios de Ética Biomédica**. Loyola, São Paulo, 2002.

adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento¹⁰⁴.

Com relação ao armazenamento de perfis genéticos em banco de dados, a autorização prévia para a coleta e análise de material biológico, ou seja, o consentimento livre e esclarecido deveria ser condição *sine qua non*. No entanto, quando se trata de bancos com finalidade criminal, as legislações específicas desqualificam a necessidade de consentimento para estes procedimentos, o que faz desta uma das questões mais delicadas do uso de bancos de perfis genéticos forenses.

Outro ponto fundamental está relacionado ao princípio da igualdade, justiça e equidade, como exposto abaixo, que defende o tratamento digno e justo para todas as pessoas. Já à obrigatoriedade de fornecer perfil genético para inclusão em bancos de dados criminais, imposta a um único grupo de indivíduos, pode caracterizar, sem dúvida, uma situação de ausência de equidade de tratamento.

Artigo 10º – Igualdade, Justiça e Equidade.

A igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e de direitos deve ser respeitada de modo que todos sejam tratados de forma justa e equitativa.

Vale destacar a relevância que o princípio da não discriminação e não estigmatização (art. 11º) possui em questões que envolvem dados de caráter sensíveis, como informações genéticas. A inclusão compulsória de indivíduos condenados por crimes específicos nesses bancos de dados pode ser entendida como discriminatória, visto que existe a possibilidade de alguns grupos da população serem super-representados neles.

Artigo 11º – Não-Discriminação e Não-Estigmatização

Nenhum indivíduo ou grupo deve ser discriminado ou estigmatizado por qualquer razão, o que constitui violação à dignidade humana, aos direitos humanos e liberdades fundamentais¹⁰⁵.

¹⁰⁴ UNESCO. **Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos**. Tradução da Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB), 2005.

¹⁰⁵ UNESCO. **Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos**. Tradução da Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB), 2005.

A ligação existente entre o progresso biotecnológico e a obrigatoriedade de salvaguardar os direitos humanos, também, pode ser observada na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO, quando aborda a proteção à dignidade e aos direitos humanos e considera o genoma humano como constituinte fundamental da herança comum da humanidade, que por sua vez deve ser protegido para salvaguardar a integridade da espécie humana¹⁰⁶.

Portanto, as informações genéticas de qualquer indivíduo não estão relacionadas apenas à pessoa desse indivíduo, mas sim a todos os seus ascendentes e descendentes. Nesse sentido, é importante alertar para a necessidade de proteção dessas informações, sobretudo porque elas pertencem, primordialmente, à espécie humana.

Um dos objetivos da Declaração é possibilitar um ajuste universal de princípios e procedimentos que possam direcionar os Estados na elaboração de legislações, políticas ou algum outro instrumento que trate de conflitos bioéticos.

Por mais que possam ser desagradáveis ou até mesmo inconvenientes, as normas são necessárias para que a vida em sociedade se desenvolva dentro de uma convivência harmônica aceitável. Contudo, é de suma importância que a sociedade possa desempenhar uma participação democrática na construção das normas e políticas públicas que serão aplicadas no seio desta mesma sociedade.

Nessa perspectiva, Segato¹⁰⁷ declara que a ética é uma provocadora de um estranhar o próprio mundo e de um reavaliar a moral orientadora e a lei que limita as ações do homem em sociedade. Garrafa¹⁰⁸ também dá a sua contribuição, conforme a citação abaixo, quando observa que a liberdade da ciência depende do agir responsável e que as normas devem direcionar esse agir de forma a considerar os referenciais éticos representados em cada comunidade.

Para que a liberdade da ciência seja preservada com responsabilidade, existem dois caminhos: O primeiro deles, por meio de legislações que deverão ser construídas democraticamente pelos diferentes países no sentido da preservação de referenciais éticos estabelecidos em consonância com o progresso moral verificado nas respectivas sociedades. O segundo, a partir da construção democrática, participativa e solidária pela Comunidade

¹⁰⁶ Presidência da República (Brasil). Casa Civil. Lei nº 12.654/2012.

¹⁰⁷ SEGATO, Rita L. **Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos humanos universais**. Mana, 2006. p.207-236.

¹⁰⁸ GARRAFA, Volnei. **Respeito à autonomia e livre consentimento em pesquisas com material biológico armazenado** – Editorial. Revista da Associação Médica Brasileira – Ramb, 2010. 56 (5), p.494 - 495.

Internacional de Nações - de uma versão atualizada da 'Declaração Universal dos Direitos Humanos'¹⁰⁹.

Diante disso, a Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos tem como objetivo primordial proporcionar um enquadramento universal de princípios e procedimentos que orientem os Estados na formulação de sua legislação, das suas políticas ou de outros instrumentos em matéria de bioética e as normas elaboradas baseadas na declaração deverá contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Em consonância, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, diz em seu preâmbulo, que *'o interesse e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre os direitos e os interesses da sociedade e da investigação'*. Portanto, reconhece que os dados genéticos humanos podem ser passíveis de investigação para diversas finalidades, mas não devem servir de interesse para nenhuma hipótese que possa prejudicar o bem estar do indivíduo.

A Declaração tem como objetivo a garantia do respeito à dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de coleta, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos, considerando sempre os princípios da igualdade, justiça e solidariedade¹¹⁰.

Entende-se por tratamento de dados ou informações, toda operação realizada com ou sem o auxílio de meios automatizados para a coleta, o armazenamento, o ordenamento e a conservação destes dados, assim como seu fornecimento a terceiros.

De forma clara está reconhecida na Declaração a preocupação com o acesso à dados genéticos humanos e às amostras biológicas e com a divulgação destes a terceiros e ainda com o fato de que informações genéticas de indivíduo identificável sejam coletadas, utilizadas e armazenadas sem que esses procedimentos estejam pautados em métodos eticamente aceitáveis. A Declaração ressalta, também, a necessidade de se garantir a privacidade dos indivíduos que têm seus perfis genéticos

¹⁰⁹ SEGATO, Rita L. **Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos humanos universais**. Mana, 2006. 12(1): p.57-58.

¹¹⁰ Unesco. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Paris: Unesco, 2004.

armazenados em bases de dados, restringindo a vinculação direta dos dados pessoais (identificação pessoal, CPF, filiação, etc.) aos dados genéticos¹¹¹.

Em seu artigo 4º, dispõe sobre a especificidade dos dados genéticos humanos e sobre o caráter sensível atribuído aos mesmos. Pondera sobre o impacto que o acesso aos dados genéticos de uma pessoa pode exercer sobre a sua família e a sua descendência e até mesmo sobre o grupo que pertença¹¹².

Além do mais, a mesma declaração apresenta orientações que visam assegurar que todos os dados genéticos devem estar amparados por procedimentos transparentes e de confiabilidade ética, como pode ser visto no artigo 6º, alínea a: *Do ponto de vista ético, é imperativo que os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos sejam recolhidos, tratados, utilizados e conservados com base em procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis.*

O respeito à autonomia do indivíduo está diretamente ligada ao pressuposto acima descrito, pois os 'procedimentos transparentes' devem garantir ou prever a garantia de uma aceitabilidade prévia do indivíduo, mediante a um consentimento esclarecido, sob a retirada e manipulação de seu material genético. Em relação aos bancos de dados genéticos forenses, esses patamares de transparência dos procedimentos devem estar descritos em leis que normatizem o seu uso.

O poder de decidir ou autodeterminação e o poder de usar o próprio corpo, baseado na posse que se tem dele, é o que chamamos de princípio da autonomia¹¹³. Essa autonomia abrange também o genoma que, por sua vez, pode ser considerado como individual e também coletivo, como pertencente ao indivíduo e à espécie humana. Em relação à catalogação genética em banco de dados, pode-se dizer que o perfil genético constitui um valor em si próprio que comporta a dignidade do ser humano como indivíduo singular e a dignidade da espécie humana como um todo. Esse perfil genético, considerado como ora individual ora coletivo deve ser respeitado e protegido¹¹⁴.

A autonomia surge como princípio moral no âmbito dos direitos humanos fundamentais formulados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este princípio foi concebido pela bioética no sentido do paciente ou do sujeito objeto de

¹¹¹ UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Paris: Unesco, 2004.

¹¹² UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Paris: Unesco, 2004.

¹¹³ BEAUCHAMP, TL, CHILDRESS JF. **Principles of biomedical ethics**. 5th ed. New York City, NY: Oxford University Press, 2001

¹¹⁴ CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. EDIPUCRS. Porto Alegre (RS). 2003.

pesquisa ou de manejo biotecnológico. O indivíduo também pode ser tratado de acordo com o desejo ou a beneficência de outro, deixando ao lado sua autonomia. Ou ainda, pode ser tratado como uma pessoa que tem o direito de decidir sobre as questões essenciais relativas a sua vida e às preferências pessoais, sendo que a pessoa do médico ou pesquisador deve respeitar o desejo universal do indivíduo em questão¹¹⁵.

Ademais, o princípio da autonomia se relaciona com a questão do consentimento livre e esclarecido dos indivíduos catalogados no banco de dados genéticos. Podemos, portanto, concluir que o principal problema ético-legal dos bancos de dados genéticos forenses surge com o não consentimento do indivíduo para se catalogar o seu perfil de DNA. É indiscutível o potencial dos bancos de dados para auxiliar na investigação criminal, mas não se pode esconder a problemática ética adjacente a eles, relacionada à possibilidade de que algumas das amostras e dados catalogados sejam obtidos sem o consentimento dos indivíduos apenas¹¹⁶.

Nessa perspectiva, existe a possibilidade da pesquisa familiar dentro de uma base de dados de perfis genéticos forenses, o que já é uma realidade em alguns países. O Reino Unido e os estados da Califórnia, do Colorado, Massachusetts e Nova York, nos Estados Unidos, atualmente, desempenham a pesquisa ou busca familiar¹¹⁷, embora seja vetada pelo *Combined DNA Index System* (CODIS) em nível federal¹¹⁸.

Pesquisa familiar é uma busca adicional deliberada, que se realiza em um banco de dados de DNA criminal após a realização de uma busca de rotina onde nenhum perfil – indivíduo específico – foi identificado, com finalidade de potencialmente apontar parentes biológicos próximos da pessoa que produziu o perfil desconhecido retirado de uma cena de crime. Esta pesquisa se baseia no fato de que parentes de primeira ordem – pai, irmão ou filhos – que compartilham dados genéticos,

¹¹⁵**Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso no dia 06/01/2015.

¹¹⁶LORENTE. Acosta JA. **Identificación genética criminal: importância médico legal de las bases de datos de ADN.** In: Casabona, CMR (ed.). **Bases de Datos de Perfiles de ADN y Criminalidade.** Ed. Comares, p. 01-25. Granada (Bilbao – Espanha). 2002.

¹¹⁷Federal Bureau of Investigation (FBI).Org. {homepage na Internet}. Washington, DC: *Federal Bureau of Investigation*. [Acesso em 2015, jan 15]. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/familial-searching>.

¹¹⁸BONACCORSO, Norma. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil (Tese).** São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010.

possuem um número maior de dados genéticos em comum do que indivíduos não aparentados¹¹⁹.

Nesse sentido, a Declaração, em consonância com a DUBDH, considera a possibilidade de discriminação e estigmatização a partir de dados genéticos. Indica, também, a necessidade de um consentimento prévio, livre, informado e expresso para a coleta de dados genéticos, de dados proteômicos ou de amostras biológicas. Mesmo nos casos em que a coleta seja realizada a partir de métodos não invasivos e por instituições públicas ou privadas, o termo de consentimento se faz necessário¹²⁰.

No entanto, algumas restrições ao princípio do consentimento livre e informado podem ser impostas por medidas fixadas pelo direito interno, desde que estejam em consenso com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

A coleta de material biológico, um ponto crucial para a constituição de qualquer tipo de banco de dados de DNA, especialmente em bancos com finalidade criminal, encontra-se destacado no artigo 12º da declaração.

Art. 12º - Quando são recolhidos dados genéticos humanos ou dados proteômicos humanos para fins de medicina legal ou de processos civis ou penais ou outras ações legais, incluindo testes de paternidade, a coleta de amostras biológicas *in vivo* ou *post mortem* só deverá ter lugar nas condições previstas pelo direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos¹²¹.

De acordo com a Declaração, os dados genéticos humanos são 'informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucléicos ou por outras análises científicas'. Na Recomendação do Conselho da Europa nº R(97)¹²², observa-se uma definição nesse sentido que diz: dados genéticos são todos os dados que se referem às características hereditárias de uma pessoa ou ao padrão de herança dessas características dentro de um grupo de indivíduos relacionados.

¹¹⁹ Federal Bureau of Investigation (FBI).Org {homepage na Internet}. Washington, DC: *Federal Bureau of Investigation*. [Acesso em 2013 jun 15]. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/familial-searching>.

¹²⁰ UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Paris: UNESCO, 2004.

¹²¹ UNESCO. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. Paris: UNESCO, 2004.

¹²² Council of Europe: Committee of Ministers (Europa). Recommendation nº R (97) 5: on the protection of medical data, 1997.

2.3 A Ciência, a Tecnologia e a Genética

Habituo-nos a olhar a ciência, idealmente, como uma área do saber que regula a si própria. Liberdade, autonomia, independência, criatividade, seriam algumas das características inerentes à ciência. O direito, por seu turno, assume a função inalienável de regular as diversas áreas da vida social¹²³.

É a partir do momento em que a ciência procura no mundo, fora de si própria, a sua razão de existir que ela se externaliza e, ao fazê-lo, não pode evitar transferir para fora de si própria – ainda que parcialmente – a sua regulação¹²⁴.

Acompanhando as transformações tecnológicas e científicas, verifica-se cada vez mais a necessidade de zelar para que os direitos de cidadania não sejam por elas cerceados e nessa medida, torna-se necessário encontrar uma forma de regulação alternativa à auto-regulação pela comunidade científica. Essa forma alternativa de regulação tem passado, nos últimos anos, pelo recurso à peritagem científica, o qual designou-se de ciência regulatória¹²⁵.

Caberia, nesta perspectiva, ao direito, aos tribunais e a agências reguladoras especializadas acompanhar e regular a evolução da ciência e da técnica. O que se procura, é no fundo, uma ciência mais reflexiva e um direito mais reflexivo, em que os domínios da ciência e do direito, sem renunciarem definitivamente às suas especificidades, se impliquem num processo de construção mútua, capaz de responder às novas exigências colocadas pelos problemas emergentes das sociedades contemporâneas¹²⁶.

Em sociedades como aquelas em que vivemos hoje, em que a ciência e a tecnologia ocupam uma posição central e afetam todos os domínios da vida social, esta inter-relação entre ciência e direito tem importantes consequências para o exercício da cidadania e para a prática da democracia. Não se exige que o direito se cientifique a tal ponto que perca a sua especificidade enquanto domínio do conhecimento e da vida social. Mas também não podemos esperar que a ciência venha resolver todos os problemas que hoje a tecnologia nos apresenta, em grande medida porque é a própria tecnologia que, ao procurar responder a certos problemas

¹²³ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 17, Coimbra-Portugal, 2003.

¹²⁴ GONÇALVES, Maria Eduarda, 1991, **Ciência e Direito: de um paradigma a outro**, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 31, pp. 105-128.

¹²⁵ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 17, Coimbra-Portugal, 2003.

¹²⁶ Ibid. p. 18.

vem gerar problemas novos, que por sua vez, se procura resolver com mais tecnologia. Essa situação, que Ulrich Beck¹²⁷ caracterizou como uma das dimensões que definem as sociedades de risco, suscita, por sua vez, no plano da intervenção sobre a sociedade e sobre a natureza, as interrogações, de há muito familiares aos filósofos, historiadores e sociólogos das ciências, sobre a possibilidade de um conhecimento objetivo e de uma verdade objetiva que sejam independentes das condições da sua produção e das representações e intervenções em que se materializa essa produção, interrogações que, aliás, são extensivas ao direito¹²⁸.

Por conseguinte, para que os direitos de cidadania não sejam postos em causa pelos usos sociais da ciência e da tecnologia, tornam-se prementes novas formas de regulação que deveriam, em princípio, assumir a forma de uma cooperação mútua entre os dois campos do saber que são a ciência e o direito, mas também a de uma abertura à participação pública na definição das estratégias de regulação e capacidade de incorporar nesse processo os saberes profanos e locais daqueles que estão diretamente expostos às consequências dos usos da ciência e da tecnologia¹²⁹.

Se passarmos, especificamente, para o tema que aqui nos ocupa, verificamos que, ainda que a ciência forense tenha vindo a contribuir decisivamente para auxiliar o direito, ela não deixa de suscitar novos problemas¹³⁰.

Ainda que a ciência forense venha colmatar algumas lacunas que existiam até aqui no que respeita à investigação do crime, a questão complica-se quando se entra em domínios que interferem diretamente com os direitos dos cidadãos, como é o caso da identificação do perfil genético de DNA¹³¹.

De fato, se por um lado, essa técnica permite hoje uma identificação em princípio rigorosa do perfil de um criminoso e, quando executada de modo adequado, poderá constituir-se como um elemento probatório importante, a verdade é que, ainda assim, ela está sujeita a uma imensidade e fonte de abusos e de erros judiciais, podendo pôr em causa princípios fundamentais da cidadania e da vida democrática¹³².

Na verdade, desde os erros provenientes de má identificação devidos, em grande medida, a contaminações na recolha do material e na execução da técnica,

¹²⁷ BECK, Ulrich, 1992, *The Risk Society: Towards a New Modernity*, London: Sage.

¹²⁸ SANTOS, Boa Ventura de Sousa, 1995, *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York: Routledge.

¹²⁹ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 18, Coimbra-Portugal, 2003.

¹³⁰ Ibid. p. 18.

¹³¹ Ibid. p. 19.

¹³² COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 19, Coimbra-Portugal, 2003.

até a falta de preparação dos atores do meio judicial: advogados, juízes, jurados etc., para analisar esses resultados, são numerosos obstáculos ao cumprimento das promessas que se colocam ao meio judicial, nomeadamente, o da adequação de uma sentença ao crime¹³³.

2.3.1 A Identificação Humana e as Impressões Genéticas

Desde os tempos mais remotos já havia a necessidade de identificação do indivíduo. Enquanto no passado a identificação humana tinha como objetivo apontar criminosos, atualmente ela visa à fixação da personalidade jurídica do indivíduo para todos os seus atos. Os métodos de identificação foram aperfeiçoados ao longo dos anos e hoje é possível estabelecer a identidade de um ser humano com alta precisão¹³⁴.

O termo identidade, do ponto de vista da criminalística, pode ser considerado como um conjunto de sinais, características pelas quais se podem individualizar uma pessoa, tornando-a distinta das demais. Já identificação, é um termo que corresponde aos vários processos, métodos e sistemas usados para reconhecer um indivíduo, ou ainda atos a partir dos quais a identidade de alguém pode ser determinada¹³⁵.

A identificação humana teve seu início, propriamente dito, com o método antropométrico de Bertillon no ano de 1882, que considerava características morfológicas e cromáticas, a exemplo, do formato do queixo, lóbulo da orelha, cor da pele ou cabelos e posição de sobrancelhas. As características biológicas que podiam identificar pessoas ou grupos foram usadas para determinar o perfil criminológico até o início do século XX e, juntamente com as características psicológicas implantaram o caráter bio-psicológico da criminologia¹³⁶.

Na identificação humana são considerados métodos de identificação conclusivos as impressões papilares (digitais, plantares e palmares), o desenho do palato, dos seios faciais e da arcada dentária; as impressões labiais, da íris, e do DNA.

¹³³ Ibid. p. 19.

¹³⁴ BARALDI, AM. **Utilização da Técnica de Identificação Genética: panorama da realidade dos serviços oficiais de identificação brasileiros**. Banco de tese da USP, São Paulo, 2008.

¹³⁵ JOBIM, LF et al. **Identificação Humana: identificação pelo DNA**. Millennium Editora, v. II. Campinas – SP, 2006.

¹³⁶ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos Processos de Identificação Humana: das características antropométricas ao DNA**. Revista Genética na escola. 2009; v2, p.38-40.

Já os métodos não conclusivos são as marcas e tatuagens, o tamanho do pé, a tipagem sanguínea (ABO, Rh), a identificação visual e impressão auricular¹³⁷.

As impressões digitais foram até pouco tempo tidas como a maior estrela da identificação criminal, devido sua possibilidade de diferenciar um indivíduo dentre todos os demais e pelo fato da simples presença de uma impressão digital em uma cena de crime ser um indício criminal muito forte¹³⁸. No entanto, o processo de identificação humana por meio das técnicas de análise do material genético, a partir da metade do século passado, tornou-se o grande destaque da individualização humana na contemporaneidade.

A utilização das técnicas genéticas na identificação humana teve início com a análise dos sistemas sanguíneos ABO e Rh, evoluindo para o uso de vários grupos sorológicos variantes da hemoglobina, sistema HLA, até chegar ao material genético, a partir do ano de 1980, com a descrição do primeiro marcador polimórfico de tamanho de fragmentos de restrição (RFLP), pelo pesquisador Ray White. Posteriormente, com a criação da técnica da PCR (reação em cadeia de polimerase), em 1985, passou-se a utilizar os exames de DNA, de forma mais ampla na identificação humana¹³⁹.

É importante frisar que a análise da molécula de DNA não aponta para uma única pessoa, mas indica, a princípio, a probabilidade estatística de inclusão da mesma na cena do crime. Isto possivelmente coloca o exame de DNA, como uma poderosa ferramenta para associar diretamente vítimas e/ou suspeitos a um ato delituoso. Especialmente, a partir de sua associação com o conjunto de provas levantadas durante o processo investigativo.

Por ser um exame comparativo, a análise do DNA é geralmente utilizada em casos criminais em que existe a figura do suspeito. Em crimes sexuais, por exemplo, o material encontrado na cena do crime e/ou no interior da vítima, somente pode ser comparado com material coletado de suspeitos indicados pela investigação criminal.

No Brasil, a identificação civil é atestada por carteira de identidade ou por qualquer documento público que permita a identificação do indivíduo. Contudo, a identificação criminal era realizada somente por meios dos processos datiloscópicos

¹³⁷ ESPINDULA, Alberi. **Perícia Criminal. Uma visão completa para peritos e usuários da perícia.** 3ª ed. Millennium, 2009.

¹³⁸ ACOSTA, Jose Antônio Lorente. **Identificación Genética Criminal: importância médico legal de las bases de datos de DNA.** In: Romeu Casabona, CM. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002. p.1-25.

¹³⁹ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos Processos de Identificação Humana: das características antropométricas ao DNA.** Revista Genética na escola. 2009; v2, p.38-40.

e fotográficos em casos de flagrante delito, de indiciamento em inquérito policial, de prática de infrações penais de menor gravidade e em casos de mandado de prisão judicial expedido contra si¹⁴⁰. Pois até pouco tempo não existia uma regulamentação acerca da identificação por meio da técnica de análise do DNA.

Entretanto, com a publicação da Lei 12.654, de Julho de 2012 (este instrumento legal será analisado em campo próprio), que prevê a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, esta realidade foi alterada. O que abriu precedente para a criação de um banco nacional de perfis genéticos criminais – ferramenta bastante utilizada por vários países do mundo para auxiliar na investigação criminal e, por conseguinte, na identificação de criminosos.

Nesse momento, é adequado apresentar algumas especificações dos bancos de dados de perfis genéticos com finalidade criminal.

Busca-se abordar os fundamentos da técnica de identificação conhecida por DNA Profillig e, em particular, dos princípios da genética que estão na sua origem e que são indispensáveis à compreensão das técnicas e dos seus contextos em usos forenses.

Os primeiros trabalhos que vieram a ter uma influência decisiva no entendimento da genética e na descoberta de unidades de transmissão de caracteres (que mais tarde viria a ser conhecido como genes) se devem a Gregor Mendel, em 1865. Interessado em estudar a respiração das plantas e como se diferenciavam as suas sucessivas gerações. Mendel cruzou diferentes linhagens de plantas diferindo apenas uma característica, observando aquilo que se viria a chamar de estrutura fenotípica, ou seja, aspectos exteriormente identificáveis das plantas, como a textura, altura e cor¹⁴¹.

Ainda que apenas interessados na estrutura fenotípica, os estudos encetados por Mendel permitiram verificar, a partir da distribuição dos caracteres relevantes em sucessivas gerações, que certas características nas plantas se mantinham imutáveis de geração para geração¹⁴². Esses estudos viriam a tornar-se de grande utilidade na descoberta, um pouco mais tarde, da existência do genótipo. A partir dos trabalhos de Mendel, mas centrando-se já não no fenótipo, mas antes no genótipo e no

¹⁴⁰ ESPINDULA, Alberi. **Perícia Criminal. Uma visão completa para peritos e usuários da perícia.** 3ª ed. Millennium, 2009.

¹⁴¹ Ibid. p. 25.

¹⁴² Ibid. p. 25.

funcionamento da célula, os estudiosos da hereditariedade virão a propor o termo 'gene' por volta de 1909.

Segundo Costa, o gene viria, assim, a torna-se 'the fundamental physical and functional unit of heredity', isto é, um trecho da molécula de ADN que se encontra estruturado em cromossomos, ou veículos de hereditariedade, e que é transmissível de pais para filhos¹⁴³.

De acordo com Costa, o ácido desoxirribonucleico é o material químico que compõe cada molécula encontrada nos cromossomos, que permite especificar a composição das proteínas e que transporta a informação genética de cada organismo. No entanto, seria preciso quase mais um século, depois dos trabalhos de Miescher¹⁴⁴, até que o ADN fosse descrito como material genético constituído por uma dupla hélice, isto é, duas longas moléculas de nucleótidos em forma espiral que se formam paralelamente. Esta descoberta deve-se a Watson e Crick, em 1953¹⁴⁵.

Segundo Costa, a técnica que permite identificar um indivíduo com base numa sequência específica de nucleótidos foi frequentemente descrita como impressão digital de ADN ou DNA fingerprinting. Depois do seu aparecimento, em contextos forenses, em 1985, na Inglaterra, seria adotada nos Estados Unidos, um ano depois e em 1988 era já uma das técnicas de identificação usadas pelo FBI (Federal Bureau of Investigation). A partir de então, a técnica espalhou-se pelo mundo, sendo atualmente usada em muitos países, em processos civis e penais¹⁴⁶.

O ADN é, hoje, considerado um aspecto fulcral da identidade humana, e mesmo, por alguns, como elemento definidor, por excelência, das características únicas de cada ser humano. As células de que é constituído o organismo de cada indivíduo contém, cada uma, um núcleo, que é a parte o organismo de cada indivíduo contém, cada uma, um núcleo, que é a parte da célula onde se encontram 46 cromossomos em 22 pares (autossômico) e mais dois cromossomos sexuais (só nas mulheres é par). A metade provém do pai e a outra metade da mãe. Assim todos os

¹⁴³ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 26, Coimbra-Portugal, 2003.

¹⁴⁴ **Johann Friedrich Miescher** (Basileia, 1844 - 1895) foi um bioquímico suíço que descobriu o ácido desoxirribonucleico em 1869. Seu objetivo era identificar os componentes químicos do núcleo celular. Miescher descobriu então no núcleo celular uma substância desconhecida dos químicos, rica em átomos de fósforo e de nitrogênio, que foi denominada nucleína, e depois ácido nucléico. Por volta de 1920 já sabia que os ácidos nucleicos eram constituídos por três tipos de substâncias químicas: açúcares, ácido fosfórico e bases nitrogenadas. E foi descoberto o RNA (ácido ribonucléico). Na época a descoberta causou um certo impacto na população e na Igreja.

¹⁴⁵ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 26, Coimbra-Portugal, 2003.

¹⁴⁶ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 27, Coimbra-Portugal, 2003.

núcleos das células de um dado indivíduo contêm o mesmo número e o mesmo tipo de cromossomos, observáveis microscopicamente, em que se encontram os genes¹⁴⁷.

De acordo com Costa, cada um dos cromossomos tem como sua espinha dorsal, uma longa molécula de ADN com a forma de uma dupla hélice. As proteínas, cadeias de aminoácidos necessárias à estrutura, função e regulação da atividade celular, são codificadas por sequências específicas de nucleótidos a partir do ADN. A sequência de nucleótidos que determina a síntese dos amino-ácidos em proteínas é geralmente designada de código genético¹⁴⁸.

Introduzidas as noções básicas da genética molecular, passa-se a abordar sobre como se processa tecnicamente a identificação do perfil genético.

2.3.2 *Extração de DNA*

A realização de identificação por perfis genéticos baseada no DNA inclui um conjunto de operações, realizadas em laboratório especialmente equipado, e que pressupõe o acesso a material biológico, como sangue, saliva, esperma ou outros fragmentos de tecidos orgânicos¹⁴⁹.

Na fase de extração, e como seu nome indica, é extraído de uma célula nucleada o DNA que se encontra num determinado objeto (peça de vestuário, madeira, metal, etc.) ou em determinada substância (sangue, sémen, saliva, etc). Isolando o DNA nativo do restante do material consegue-se, se o material for fresco, um fragmento que tem de ter um peso molecular elevado, sem o qual a fiabilidade da análise ficaria comprometida¹⁵⁰.

As fases de extração e purificação são quase simultâneas e realizam-se recorrendo a vários métodos, entre os quais, pode-se citar dois: a extração orgânica ou extração por Chelex. Após selecionar e recortar a mancha que se quer extrair, no caso de se optar pela extração orgânica, deve introduzir-se a mancha numa solução de fenol e clorofórmio com isso-amil-alcool, que permitirá, após a sua precipitação, separar o ADN desta substância preparada. Alternativamente, pode optar-se pela extração por CHELEX-100, uma resina captadora de íons que permite purificar a

¹⁴⁷ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 28, Coimbra-Portugal, 2003.

¹⁴⁸ Ibid. p. 29.

¹⁴⁹ Ibid. p. 30.

¹⁵⁰ Ibid. p. 30.

amostra e torná-la apta para análise. Este segundo procedimento é muito utilizado quando se faz PCR¹⁵¹.

Extraído e purificado o DNA, é necessário ainda decidir o melhor método a utilizar, pelo que se torna conveniente verificar a quantidade de amostra, já que '(...) *the amount of DNA available for analysis can be the primary determinant of whether a meaningful profile can be obtained from a tissue specimen*

Por um lado, é necessário saber se se possui quantidade suficiente de DNA, por outro lado, é necessário saber de que tipo de DNA é que se dispõe, ou seja, é necessário obter informação sobre o seu estado de conservação: se é recente, se tem vários dias ou se é antigo; é, ainda, necessário saber qual o tipo de substância de que se extrai o DNA (sêmen, saliva, sangue, unhas, cabelo); saber se se trata de vestígio humano ou animal e, por fim, se se trata de vestígio de origem masculina ou feminina, o que pode ser determinado através da amelogenina¹⁵².

Esta é uma tarefa de grande importância, já que, ainda que o DNA seja muito estável, resistindo a temperaturas muito baixas ou muito elevadas, permitindo mesmo que se extraia DNA de insetos embalsamados ou de múmias, as amostras de cenas de crime degradam-se com relativa facilidade, devido a fatores químicos, físicos ou biológicos. Da mesma forma, enquanto um vestígio de esperma numa mancha seca numa peça de roupa se mantém durante muitos anos, já um vestígio vaginal se degrada muito rapidamente¹⁵³.

2.3.3 Polymerase Chain Reaction (PCR)

O passo seguinte consiste num procedimento laboratorial '*in which enzymes are used to copy a tiny amount of DNA over and over until the sample is sufficiently large for chemical analysis or experimentation*'¹⁵⁴). Isto é, amplificar-se a amostra a analisar através de uma técnica, hoje, muito utilizada e a que já foi feita referência, que é o PCR (Polymerase Chain Reaction): Foi graças ao desenvolvimento desta técnica (em 1987) que Karis Müllis recebeu, em 1993, o prêmio Nobel da química.

¹⁵¹ Ibid. p.30.

¹⁵² COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 31, Coimbra-Portugal, 2003.

¹⁵³ Ibid. p.31.

¹⁵⁴ Ibid. p.32.

A técnica da PCR permite que um fragmento específico da molécula de DNA seja amplificado milhares de vezes em apenas algumas horas. Esta técnica revolucionou as pesquisas em biologia molecular, pois até então demorava-se muito tempo para a amplificação do DNA. A partir da PCR é possível obter-se cópias de uma parte do material genético em quantidade suficiente que permita detectar e analisar a sequência que é alvo do estudo. A reação pode ser comparada a uma procura por uma única pessoa em uma grande cidade e cloná-la ao ponto de poder povoar toda a cidade.

A reação explora função natural da enzima chamada de taq-polimerases, extraída da bactéria *Thermus aquaticus*, que é uma enzima termoestável, fato de imensa importância uma vez que a reação se processa em ciclos de diferentes temperaturas.

A técnica pode ser descrita, sumariamente, do seguinte modo: após a extração, é necessário isolar uma região polimórfica do ADN, permitindo a ampliação e desnaturação de uma molécula através de uma enzima termo-resistente o *taq polymerase*¹⁵⁵.

Esta etapa é, no fundo, uma replicação *in vitro* do DNA natural já que, conhecendo-se uma sequência de região (lócus) é possível criar, artificialmente, outro fragmento ou alelo, isto é, '*one of several possible forms of a gene, found at the same location on a chromosome, which can give rise to noticeable hereditary differences*'¹⁵⁶ que o vem complementar.

Segundo Costa, esta técnica permite, pois, amplificar e multiplicar milhões de vezes o DNA extraído, realizando-se em três ciclos distintos: desnaturação, 'annealing' e extensão¹⁵⁷.

Costa afirma que não se deterá neste ponto, em pormenores acerca das controvérsias relativas à utilização das várias técnicas, mas é relevante referir as suas principais diferenças. A técnica de RFLP consiste em cortar fragmentos de DNA com uma enzima de restrição que permite identificar os polimorfismos através dos VNTRs (*variable number of tandem repeats*), que são pequenas sequências de base nos cromossomas e que se repetem várias vezes¹⁵⁸.

¹⁵⁵ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 32, Coimbra-Portugal, 2003.

¹⁵⁶ HUBBARD, Ruth e ELIJAH, Wald. **Exploding The Gene Myth**, Beacon Press, Boston, 1997.

¹⁵⁷ COSTA, Susana. **A justiça em laboratório**. Ed. Almedina, p. 32, Coimbra-Portugal, 2003.

¹⁵⁸ Ibid. p.33.

Como estas repetições variam de indivíduo para indivíduo, elas permitem distinguir fragmentos pertencentes a diferentes indivíduos¹⁵⁹. Assim, sempre que a enzima de restrição corta o DNA em determinado *locus*, tal significa que nesse *locus* específico foi detectada uma mutação ou variações no tamanho dos fragmentos¹⁶⁰.

Diante disso, ora, ao comparar dois perfis de DNA, por exemplo, e, sabendo-se que cada indivíduo tem dois alelos diferentes (um herdado do pai e outro herdado da mãe), que são únicos para cada ser, os RFLPs podem, por isso, ser definidos como '*variations in the base sequence of DNA molecule*'¹⁶¹.

Assim, enquanto os RFLPs examinam áreas altamente distintas do DNA humano, identificáveis através dos VNTRs e requerendo, por isso, fragmentos de ADN de grande dimensão que levam varias semanas a ser processados, o PCR permite trabalhar com fragmento de ADN podendo ser usado não só em amostras recentes, como também em amostras degradadas ou das quais se possui pouca quantidade ou, ainda, em amostras de zonas muito pequenas, também designadas por short tandem repeats (STRs)¹⁶².

De acordo com Costa, a utilização de PCR vem também resolver muitos problemas práticos: para além da sua maior rapidez, é uma técnica que envolve menos custos do que a de RFLPs, e que permite uma leitura mais fácil. No entanto, a técnica de PCR está mais sujeita a contaminações de que de RFLPs, o que, como veremos, é um aspecto não negligenciável sob o ponto de vista das aplicações forenses¹⁶³.

2.4 Os Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Persecução Criminal: Uma Visão no Plano Internacional

O acúmulo de dados é sem dúvida um ato necessário na modernidade, não se podendo impedir nem mesmo diminuir a sua autogeração, pois eles são úteis para a sociedade em geral e para os cidadãos em particular¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Ibid. p.33.

¹⁶⁰ Ibid. p.33.

¹⁶¹ Ibid. p.33.

¹⁶² Ibid. p.34.

¹⁶³ Ibid. p.34.

¹⁶⁴ Acosta JAL. Identificación Genética Criminal: importância médico legal de las bases de datos de DNA. In: Romeu Casabona, Carlos Maria. **Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad**. Bilbao-Granada, 2002; p.1-25.

De uma forma sucinta, pode-se considerar que os bancos de dados de perfis genéticos para fins forenses são bases que armazenam dados procedentes de indivíduos já condenados por tipos específicos de crimes ou, a depender do país, de suspeitos ou indiciados, bem como, perfis obtidos de vestígios biológicos encontrados em locais de crimes; e em alguns casos, perfis de vítimas.

Os bancos de dados de DNA podem ser classificados pelo seu conteúdo ou pela sua finalidade. De acordo com o conteúdo os bancos podem ter dados alfanuméricos, DNA extraído ou material biológico. Entretanto, os bancos que contêm somente dados alfanuméricos são considerados bancos de dados propriamente ditos. Os depósitos de amostras biológicas e DNA extraídos são denominados de biobancos. Os bancos com propósito de identificação genética são compostos por números associados ao código de identificação de um indivíduo¹⁶⁵. Eles podem ser implantados com objetivo de identificar pessoas desaparecidas, pessoas vítimas de acidentes ou em atos terroristas em que o corpo encontra-se irreconhecível, e ainda, com objetivo de identificar os autores de delitos criminais¹⁶⁶.

Esses bancos podem diferir quanto às formas de constituição, especialmente, no que se refere ao tempo de permanência dos perfis genéticos na base de dados, em alguns deles os dados permanecem por tempo indefinido na base (como ocorre na Inglaterra, Noruega e Áustria). Na sua grande maioria os bancos são constituídos por perfis genéticos de condenados, por amostras de suspeitos e/ou por amostras anônimas coletadas em locais de crimes. A Alemanha é o único país que não dissocia os dados pessoais dos dados genéticos de cada indivíduo, mantendo-os em uma mesma base¹⁶⁷.

Uma característica intrigante desses bancos é que alguns dados e amostras são, muitas vezes, obtidos sem consentimento das pessoas envolvidas, a exemplo do que acontece no Reino Unido, na Holanda e na Alemanha. Sua finalidade principal é colaborar com as investigações de casos judiciais criminais, utilizando a prova

¹⁶⁵ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil (Tese)**. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010.

¹⁶⁶ Mora Sánchez JM. **Propuestas para la Creación y Regulación Legal em Españã de una Bases de Datos de ADN con Fines de Identificación Criminal**. In: Casabona CMR. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002. p.45-73.

¹⁶⁷ García O, Alonso A. **Las Bases de Datos de Perfiles de ADN como instrumento en la investigación Policial**. In: Casabona CMR. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002. p.27-43.

genética para identificar a autoria do crime, por meio da comparação automatizada de perfis de DNA obtidos de vestígios de cena de crime com os perfis obtidos das amostras referências – amostras biológicas de vítima e dos suspeitos ou condenados¹⁶⁸.

Como já abordado anteriormente, outra forma de fazer uso de um banco é realizando *pesquisa familiar*. Esta busca dentro do banco é usada quando não há coincidência total (coincidência de 15 ou mais alelos) entre o perfil de DNA obtidos do local de crime e os perfis armazenados no banco de dados¹⁶⁹. É realizada uma varredura à procura de coincidências parciais, a fim de identificar possíveis parentes do autor do dado crime.

Um aspecto interessante é que o banco de dados de perfis de criminosos está dissociado do banco de dados que identificam estes criminosos, melhor dizendo, os perfis genéticos são armazenados em espaço físico distinto dos dados de identificação¹⁷⁰. Evitando, com isso, a associação dos perfis genéticos aos dados pessoais dos indivíduos que forneceram esses perfis. O que possibilita a garantia da privacidade e da intimidade dos indivíduos envolvidos.

Similarmente ao que aconteceu em outros países, a criação de um banco de perfis genéticos com finalidade forense no Brasil é apresentada como estratégia política e de governo para prevenção e redução da criminalidade. Na opinião de Machado e Silva¹⁷¹, esta é uma estratégia que se apoia na retórica da grande eficácia e confiabilidade da genética forense - das técnicas de identificação humana por meio da análise do DNA -, o que tem diminuído significativamente o espaço para críticas a essa premissa. Sobretudo pelo fato da tecnologia de DNA forense ser encarada como a prova pericial mais confiável¹⁷² e pelo seu elevado padrão de eficiência.

¹⁶⁸ Acosta JAL. Identificación Genética Criminal: importância médico legal de las bases de datos de DNA. In: Romeu Casabona, CM. **Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad**. Bilbao-Granada, 2002; p.1-25.

¹⁶⁹ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil (Tese)**. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010.

¹⁷⁰ García O, Alonso A. **Las Bases de Datos de Perfiles de ADN como instrumento en la investigación Policial**. In: Casabona CMR. **Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad**. Bilbao-Granada, 2002. p.27-43.

¹⁷¹ Machado H. **Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN**. Rev. Etnográfica, 2011; 15(1): p.153-166.

¹⁷² Machado H, Silva S. **Confiança, Voluntariedade e Supressão dos Riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética**. In Frois C. **A sociedade vigilante: ensaios sobre privacidade, identificação e vigilância**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008; p.151-174.

O uso de diversos microssatélites do DNA, para determinar a autoria de um delito e, a comparação de uma amostra problema com perfis genéticos armazenados em bancos de dados forenses, é uma realidade que se faz presente em vários países no mundo, como: Estados Unidos, Reino Unido, Espanha, Inglaterra, Alemanha, Áustria, Canadá, Chile, Colômbia, Dinamarca¹⁷³.

As primeiras discussões sobre a criação de um banco de dados de perfil genético com essa finalidade surgiram nos Estados Unidos, em 1989. Um *software* piloto do atual sistema CODIS foi lançado em 1990. No ano seguinte, mais ou menos quinze Estados Americanos já haviam promulgado leis autorizando a implantação de um banco de dados de DNA criminal. Em 1994, foi estabelecido por meio legal o sistema em escala nacional – o *National DNA Index System* (NDIS)¹⁷⁴.

Já na Europa, o tema começou a ser discutido em 1991, com a Reunião do Comitê *ad hoc* de Peritos nos avanços das Ciências Biomédicas (CDBI). O Conselho da Europa estabeleceu recomendações sobre o uso das análises de DNA no sistema criminal¹⁷⁵. No entanto, o banco inglês foi o primeiro banco nacional de perfis genéticos a ser criado, no ano de 1995, e atualmente, o banco de dados mais importante é o dos Estados Unidos, denominado CODIS, elaborado pela agência governamental norte-americana, FBI (*Federal Bureau of Investigation*).

O FBI desenvolveu alguns estudos a despeito da variabilidade dos STRs (do inglês, *short tandem repeats* ou repetições curtas em tandem, em português) e selecionou um conjunto de 13 STRs para compor o sistema CODIS. A probabilidade de ocorrência estimada para o perfil composto pelos genótipos mais frequentes de cada um dos 13 marcadores é cerca de 1 em 160 bilhões, a utilização desse conjunto de marcadores permite assegurar que cada indivíduo da população mundial apresente um perfil alélico exclusivo, com exceção, é claro, dos gêmeos idênticos¹⁷⁶. O CODIS é um sistema de banco de dados, em que todos os estados norte-americanos estão interligados, onde perfis de DNA de criminosos e amostras encontradas em cenas de crimes são armazenados. Este sistema é constituído por dois arquivos contendo perfis

¹⁷³ Cole S. **The myth of fingerprints. Gene watch opinion piece.** 2002. Disponível em: <. Acesso em: 08 jan. 2015 <http://www.gene-watch.org/genewatch/articles/19-6Cole.html>>.

¹⁷⁴ Lima HB. **DNA x Criminalidade.** Revista Perícia Federal – APCF. Brasília, 2008. ano IX – n. 26: p.8–11.

¹⁷⁵ Almeida Neto JB. **Banco de Dados Genéticos para Fins Criminais: aspectos jurídicos.** PUCRS, Porto Alegre 2008.

¹⁷⁶ Marano LA, Simões AL, Oliveira SF, Mendes Junior CT. **Polimorfismos Genéticos e Identificação Humana: o DNA como prova forense.** Revista Genética na escola. 2010. v 05.01, p.53-56.

genéticos, um com perfis genéticos obtidos de cenas de crimes – *Forensic Index* – e outro contendo perfis de criminosos condenados por crimes sexuais e outros crimes violentos – *Offender Index*¹⁷⁷.

Cópias do *software* do CODIS são fornecidas a vários países no mundo. Atualmente, mais de 63 países utilizam o CODIS em seus laboratórios forenses e respectivos bancos de dados. Esse *software* apresenta quatro principais funções: entrada e gestão de perfis de DNA; busca de perfis; gestão dos resultados da pesquisa, o que permite indicar se a ocorrência de uma determinada coincidência se deu entre um criminoso e um vestígio ou entre vestígios e, ainda, apontar em que jurisdição ocorreu o crime; e, por fim, a função de cálculos estatísticos, a partir dos quais se pode determinar a frequência de ocorrência de um determinado perfil na população¹⁷⁸.

É válido lembrar que a responsabilidade sobre a gestão de um banco de dados com fins criminais possui grande relevância, sobretudo pelo motivo dessas bases de dados serem fontes de informações especiais e, portanto, devem ter acesso restrito. Tal relevância pode ser evidenciada nas palavras de Carlos Romeo Casabona¹⁷⁹:

De todo modo, estas provas originam problemas novos e acentuam outros já estabelecidos anteriormente em relação com as provas biológicas, respeito às quais não se trata de primar ou obstaculizar sua utilização, senão de assegurar que se realizem com as suficientes garantias técnicas processuais e de respeito aos fundamentos que puderam ver-se afetados.

Nos países que possuem bancos de dados dessa natureza, as legislações recomendam que a gestão seja feita por órgão de natureza pública ou semipública, na tentativa de garantir um funcionamento adequado do banco. Em muitos desses países a gestão nacional fica a cargo da polícia federal, a exemplo dos Estados Unidos onde a gestão nacional é feita pelo FBI e a local pelos laboratórios estaduais. Ao passo que em outros, a gestão é realizada pelos Laboratórios das Polícias Científicas e pelo Instituto Nacional de Medicina Legal, o que acontece em Portugal.

¹⁷⁷ Gattás GJF, Garcia CF. **Caminho de Volta: tecnologia na busca de crianças e adolescentes desaparecidos no Estado de São Paulo**. SP, YM Gráfica Ltda. 2007.

¹⁷⁸ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil (Tese)**. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010.

¹⁷⁹ CASABONA, Carlos Maria Romeo. Prólogo. In: Casabona CMR. **Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidade**. Bilbao-Granada: Comares, 2002.

Nesse momento, é interessante caracterizar os bancos de perfis genéticos em vários países do mundo, para só então entrar na seara do banco brasileiro.

Em Portugal, conforme a Lei nº 5/2008 de 12 de fevereiro, a criação de uma base de dados de perfis genéticos para fins de identificação civil e criminal foi aprovada, com as seguintes características: uma base com perfis de condenados, onde são incluídos indivíduos condenados por crime doloso com pena igual ou superior a três anos de prisão, mediante decisão judicial; outra base com perfis de voluntários que obrigatoriamente devem prestar seu consentimento livre, informado e escrito para a coleta de material biológico; uma base contendo perfis de amostras coletadas em cenas de crimes; e, por último, uma base com informações de cadáveres não identificados e de pessoas desaparecidas para fim de identificação civil. Quanto ao tempo de permanência do perfil na base vai depender da duração da pena condenatória e a eliminação do perfil ocorre logo após o cumprimento da mesma¹⁸⁰.

Na Inglaterra tem-se um dos bancos de perfis genéticos criminais mais rígidos e abrangentes do mundo, com a inclusão de uma grande proporção da população (8). Em 1995, foi estabelecida a primeira base nacional de dados de DNA do mundo, a *National DNA Database* – NDNAD – o banco inglês de perfis genéticos. Nela está incluído o perfil genético de todas as pessoas que cometeram ‘qualquer infração penal’. A lei britânica estabelece que as amostras biológicas e os perfis sejam detidos por tempo ilimitado. De acordo com o último *Annual Report* publicado pelo banco inglês, em 2010, existem armazenados em sua base de dados o perfil genético de mais de 4.859.934 pessoas¹⁸¹.

São também exemplos de banco de grande abrangência quanto à inclusão de perfis genéticos, os bancos da Áustria, Eslovênia e Suíça.

Diferentemente de Portugal, a Holanda, após a Reforma do Código de Processo Penal, de 1994, realiza todos os testes de DNA, sem o consentimento do suspeito e mediante autorização judicial, em crimes com pena de prisão de oito ou

¹⁸⁰ Assembleia da República (Portugal). Lei Nº 5/2008 - Aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal. Diário da República, 1ª série – nº 30-12 de fevereiro de 2008.

¹⁸¹ National DNA Database (NDNAD). Annual Report 2007–09. London, UK: **The Forensic Science Service**. 2010.

mais anos, nos casos de estupro e abuso sexual. Recentemente, passou a incluir delitos com pelo menos quatro anos de prisão¹⁸².

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, as leis federais garantem a recolha de material genético de americanos presos por crimes federais – mesmo antes de qualquer julgamento – e de imigrantes ilegais que estejam detidos pelas autoridades, por qualquer que seja o crime. O CODIS, até janeiro de 2013, possuía nas suas bases de dados mais de 10.142.600 perfis genéticos de condenados armazenados e 472.500 de perfis genéticos obtidos de vestígios retirados de cenas de crimes. Nesse mesmo período, mais de 200.300 consultas foram realizadas ao CODIS em assistência a mais de 192.400 investigações criminais¹⁸³.

O banco canadense se estabeleceu oficialmente no ano 2000. A legislação canadense obriga a doação compulsória de material genético, mediante determinação judicial, nos casos de crimes mais graves como homicídio, sequestro e estupro. O tempo de armazenamento do perfil genético se dar até o prazo de cumprimento da pena de prisão. No ano de 2012, o banco canadense contabilizou cerca de 237.000 perfis genéticos de condenados e 71.000 perfis obtidos de cenas de crimes, de acordo com dados retirados de seu *annual report*¹⁸⁴ (66).

Quanto ao tempo de arquivamento das amostras biológicas e de seus respectivos perfis genéticos, as legislações internacionais em vigor são bastante variadas. Podendo ser encontrados bancos em que os perfis são arquivados por tempo indefinido, bancos onde eles permanecem arquivados enquanto a pessoa viver e enquanto dure a sentença condenatória; e, aqueles que ficam armazenados na base até o delito prescrever; e, ainda, aqueles que o tempo de arquivamento vai depender da idade do indivíduo¹⁸⁵.

Um ponto importante, que foi motivo de grande discussão em vários países, é a definição de quais os tipos de crimes que serão considerados para a inclusão de perfis genéticos nos bancos de dados. Pois os critérios de inclusão devem ser bem

¹⁸² Vázquez MG. **Bases de Datos de ADN con Fines de Investigación Penal: especial referencia al derecho comparado.** In Estudios Jurídicos. Espanha, 2004. p.1990-2022.

¹⁸³ Combined DNA Index System (CODIS). Brochure: offender/forensic profiles & total offender hits. Washington, EUA, 2013. [Acesso em 2015 jan 20]. Disponível em: <http://www.fbi.gov/hq/lab/html/codisbrochure_text.html>.

¹⁸⁴ National DNA. Data Bank of Canada (NDDB). Annual Report 2011-2012. Canada, 2013. [Acesso em 2015 Jan 20]. Disponível em: <<http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/dna-eng.aspx>>.

¹⁸⁵ Vázquez MG. **Bases de Datos de ADN con Fines de Investigación Penal: especial referencia al derecho comparado.** In Estudios Jurídicos. Espanha, 2004. p.1990-2022.

restritivos, a princípio. Sendo necessário haver uma ligação *a priori* entre o indivíduo, o banco e o crime a ser investigado. Nesse sentido, quatro variáveis devem ser consideradas para justificar o arquivamento do perfil na base: o tipo de delito, a gravidade e o índice de recorrência destes e a possibilidade de originarem vestígios biológicos ou não.

É possível ainda fazer uma análise comparativa entre diferentes países no que tange ao tempo de armazenamento de perfis genéticos: na Alemanha, Áustria, Hungria, Suíça, Finlândia, os perfis de suspeitos permanecem armazenados enquanto durar a apuração do crime. Por outro lado, na Inglaterra, o perfil nunca é removido, mesmo se os suspeitos forem absolvidos. Por fim, na maioria dos países, os perfis de condenados ficam por um longo período de tempo na base de dados, entre 40 e 50 anos¹⁸⁶.

No Brasil, os primeiros passos na direção da implantação do banco nacional de perfis genético criminal foram dados em maio de 2010, quando o governo brasileiro assinou um acordo com o FBI, para a utilização do *software* CODIS. Assim, a princípio, o banco brasileiro teria os mesmos padrões do banco norte-americano, e esta foi a maior instalação do sistema CODIS já feita até o momento¹⁸⁷. Instalou-se o CODIS 5.7.4, com finalidade criminal, e o CODIS 6.1 para identificação de pessoas desaparecidas e de vítimas de desastre em massa¹⁸⁸.

A partir disso, permitiu-se a criação de uma Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos (RIBPG) - projeto em parceria da SENASP (Secretária Nacional de Segurança Pública), da Polícia Federal e das Secretarias Estaduais de Segurança Pública -, o que possibilitou o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos em todo o país. Este compartilhamento ocorre por meio de um banco central, onde todos os laboratórios forenses estaduais estão associados¹⁸⁹.

Já em 2011, os bancos de perfis genéticos estaduais iniciaram suas atividades, armazenando materiais genéticos coletados em locais de crimes, para posterior

¹⁸⁶ Ibid. p. 2022.

¹⁸⁷ Aguiar SM et al. **Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil**. Anais do III Congresso Brasileiro de Genética Forense. SBG. Porto Alegre, 2011.

¹⁸⁸ SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos Para Fins de Persecução Criminal**. Relatório nº 43, Ministério da Justiça. São Leopoldo, Brasil, 2012.

¹⁸⁹ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil (Tese)**. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010.

comparação com o perfil genético de indivíduos, suspeitos ou condenados pela prática de determinados crimes¹⁹⁰.

Em princípio, 18 estados da federação já possuem laboratórios especializados que participam da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, são eles: Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Assim como o Distrito Federal, a Polícia Federal também possui um laboratório credenciado à rede¹⁹¹.

Investimentos, criação de novos laboratórios, aquisição de equipamentos e reagentes são de responsabilidade da SENASP; e recurso pessoal, capacitação e atualização dos profissionais e controle de qualidade dos laboratórios estão sob a responsabilidade da Polícia Federal e das Secretarias de Segurança Públicas estaduais¹⁹².

Até o início do ano de 2012, a análise de DNA era usada apenas na investigação criminal específica que deu origem à coleta de material biológico. Ou melhor, em casos de investigação denominados de casos fechados, onde há vestígios coletados na cena do crime e coletados da vítima ou do suspeito.

No entanto, em maio desse mesmo ano, foi publicada a Lei nº 12.654 (comentada em seção anterior), regulamentada pelo Decreto de nº 7.950 de 12 de março de 2013, que estabeleceu a identificação genética como forma de identificação criminal¹⁹³, e possibilitou a implantação e utilização do banco nacional de perfis genético criminal.

2.5 Aspectos Relevantes em Relação à Tecnologia dos Bancos de Perfis Genéticos para Fins de Investigação Criminal

Nesse ponto, serão abordados aspectos relevantes sobre a utilização dos bancos de perfis genéticos na persecução criminal, como a questão da

¹⁹⁰ SCHIOCCHE, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos Para Fins de Persecução Criminal**. Relatório nº 43, Ministério da Justiça. São Leopoldo, Brasil, 2012.

¹⁹¹ BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil (Tese)**. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010.

¹⁹² SCHIOCCHE, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos Para Fins de Persecução Criminal**. Relatório nº 43, Ministério da Justiça. São Leopoldo, Brasil, 2012.

¹⁹³ Presidência da República (Brasil). Casa Civil. Decreto nº 7.950/12 de março de 2013.

mercadorização da justiça e a governabilidade do risco, enfatizando os principais aspectos voltados para essa tecnologia contemporânea como ferramenta importante da criminalística.

2.5.1 As Bases de Dados Forenses por Meio da Cientifização e Mercadorização da Justiça

A criação e expansão de bases de dados tem se tornado um elemento de grande importância na área da investigação criminal. E que, por possuir uma abrangência global, tem gerado inúmeras discussões no âmbito das ciências sociais e humanas¹⁹⁴.

Com base nessa asserção, Maciel e Machado¹⁹⁵ citam:

As ciências sociais e humanas têm focado com crescente atenção o desenvolvimento das tecnologias genéticas forenses com aplicabilidade na investigação criminal. Tal fato se deve às implicações de caráter social, cultural, econômico e político.

Destacam que a utilização de dispositivos tecnológicos, a informatização e o massivo manuseio de informações biogenéticas sobre os cidadãos, com o objetivo de combater a criminalidade, mostram o quanto se expande, com amplitude global recente, os ‘aparatos de biovigilância burocrático-estatais’¹⁹⁶. Este é um conceito que tem um objetivo, exposto assim pelos autores: *‘no presente texto, usamos o conceito de governabilidade dos corpos criminais e da criminalidade para discutir os processos de biovigilância nas sociedades da informação’*¹⁹⁷.

Segundo Maciel e Machado¹⁹⁸, o enfoque no fenômeno da ‘governabilidade da criminalidade’ é explorado com base na abordagem desenvolvida por Michel Foucault¹⁹⁹ sobre este tema.

¹⁹⁴ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org). **Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 141.

¹⁹⁵ Ibid. p. 141.

¹⁹⁶ Ibid. p. 141.

¹⁹⁷ Ibid. p. 141.

¹⁹⁸ Ibid. p. 142.

¹⁹⁹ FOUCAULT, Michel. Sécurité, Territoire, population: Cours au Collège de France, 1977 – 1978. Paris: Gallimard. Paris, 2004.

Foucault²⁰⁰ se referiu a uma ‘passagem histórica de uma sociedade ‘disciplinar’ para uma sociedade de ‘segurança’’. Cujo objetivo não é erradicar o crime e sim, busca, necessariamente, uma intervenção capaz de fazer com que a criminalidade atinja um grau tolerável e, com isso, garanta o equilíbrio da sociedade²⁰¹.

Sobre este tipo de governabilidade, Maciel e Machado²⁰² citam:

Essa nova forma de governabilidade, em crescente expansão nas duas últimas décadas, fundamenta-se em práticas de gestão governamental caracterizadas por um ‘conjunto’ formado por instituições, procedimentos, análises e reflexões, em que os cálculos e as táticas que permitem o exercício deste tipo de poder específico e complexo têm a sua população-alvo, as sua principal forma de economia política do conhecimento, e os seus principais meios e aparatos técnicos de segurança.

Pelo exposto, resta-nos saber como se dá a legitimidade deste tipo de governabilidade? Maciel e Machado²⁰³ respondem:

Esta modalidade de governabilidade legitima-se pelo recrutamento de conhecimentos especializados na área da ciência e do direito e a ordem social segue orientações normativas provenientes desses saberes científico-jurídicos que, por sua vez, se apresentam como ferramentas imprescindíveis para assegurar o progresso da sociedade e a segurança e tranquilidade públicas.

Quanto ao objetivo do conteúdo exposto até aqui, Maciel e Machado²⁰⁴ citam:

O objetivo deste texto é sistematizar as principais linhas orientadoras de debate em torno das questões éticas, sociais e políticas suscitadas pela criação e expansão de bases de dados de informação biogenética sobre os cidadãos, orientadas para o controle social e a gestão do risco do crime, explorando os seguintes tópicos de reflexão: (i) cientificação da justiça e do trabalho policial; (ii) governabilidade do risco, tecnologia e informação; (iii) cultura de controlo e biovigilância.

E, ao focar este tema, nos levam a refletir sobre a importância de atendermos à amplitude do fenômeno da criação e da expansão de base de dados que compilam e mantêm informações biogenéticas sobre condenados e, até mesmo, de suspeitos.

²⁰⁰ Ibid. p. 142.

²⁰¹ Ibid. p. 142.

²⁰² MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). **Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 142.

²⁰³ Ibid. p. 142.

²⁰⁴ Ibid. p. 142.

As quais são utilizadas por agentes criminais, a fim de viabilizar a identificação de autores de crimes. Seja através da coleta de vestígios encontrados na cena do crime ou pela obtenção de amostra biológica, colhida junto ao um indivíduo identificado e a respectiva comparação das informações fornecidas por essa, com os perfis genéticos contidos em bases de dados forenses²⁰⁵.

Maciel e Machado afirmam ainda, tratar-se de um projeto ‘técnico-genético e biopolítico’ de ascensão global. E coberto por imaginários coletivos, assentados no medo do crime e do criminoso²⁰⁶.

E, é justamente, a globalização aliada à crescente visibilidade política, segundo os autores, que não permitem que os cientistas sociais fiquem indiferentes, principalmente porque provocam múltiplas e complexas interrogações ligadas à defesa dos direitos humanos, bem como, com os mecanismos de transparência e nas sociedades contemporâneas²⁰⁷.

Conforme asserção feita por Maciel e Machado: ‘é possível afirmar que políticos e cientistas forenses tendem a projetar uma visão otimista das bases de dados genéticos forenses, salientando as suas potencialidades no combate e prevenção do crime’²⁰⁸.

Nesse sentido, Maciel e Machado²⁰⁹ afirmam:

Acadêmicos de áreas sociais e humanas, bem como comitês de bioética e organizações não governamentais voltadas para a proteção dos direitos e garantias dos cidadãos têm uma perspectiva que enfatiza a compressão dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Os avanços científicos, de modo geral, têm sido extraordinários. Mas, particularmente, consideráveis no âmbito da genética forense. O poder político, ainda que menos expressivo globalmente, tem se mostrado um forte aliado desta ferramenta, cuja perspectiva prevê a possibilidade de se combater o crime com maior eficácia e precisão. A estimativa, segundo os autores, é de que cinquenta e seis (56) países no mundo detenham perfis de DNA reunidos em bases de dados. E, desses,

²⁰⁵ Ibid. p. 143.

²⁰⁶ Ibid. p. 143.

²⁰⁷ Ibid. p. 143.

²⁰⁸ Ibid. p. 143.

²⁰⁹ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). **Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 143.

24 países pertencentes à União Europeia. Bem como, vinte e seis (26) países estejam em fase de criação desse tipo de base de dados²¹⁰.

Alguns países como Bermudas, Emirados Árabes Unidos, Uzbequistão e Paquistão planejam construir bases de dados universais. Isto é, bases de dados que contenham informações genéticas de cem por cento da população²¹¹.

Segundo informações publicadas pelo FBI (Federal Bureau of Investigation) em 2012 e referidas pelos autores, os Estados Unidos possuem a maior base de dados genéticos forense do mundo. Aproximadamente 10 milhões de registros de perfis genéticos. Bem como, a Inglaterra e País de Gales têm, proporcionalmente, um quantitativo semelhante. Isto porque, dez por cento (10%) da população desses países têm seu perfil genético (DNA) inserido na base de dados e sujeito ao manuseio pelas autoridades. Sejam elas policiais ou judiciais²¹².

A política tem um papel importante na proteção frente ao crime e a segurança é inegável. Tendo em vista, não só a crença na melhoria da justiça apoiada na ciência, como também na necessidade de acompanhar as tendências científicas globais, devido à pressão política. As quais assumem uma natureza social e coletiva nas sociedades contemporâneas, como se fossem inatas em todos os indivíduos e de certa maneira, os transcendessem²¹³.

Segundo o exposto, é possível perceber que a criação, desenvolvimento e a expansão de uma base de dados estejam diretamente vinculados à 'retórica da busca do bem coletivo', implícita na busca de maior segurança e tranquilidade, visando à obtenção da 'verdade' e, por conseguinte, identificar criminosos e justificar inocentes²¹⁴.

É perceptível que valorização, cada vez maior, das promessas tecnológicas aliadas à suavização dos riscos gera alguns efeitos sociais, culturais e éticos, que tendem à geração de 'dispositivos retóricos', cujo objetivo é apoiar a construção da confiança pública, através de mecanismos dirigidos, de modo concomitante, à justiça e à ciência²¹⁵.

²¹⁰ Ibid. p. 144.

²¹¹ Ibid. p. 144.

²¹² Ibid. p. 144.

²¹³ Ibid. p. 144.

²¹⁴ Ibid. p. 144.

²¹⁵ Ibid. p. 144

Conforme ressalta Jasanoff²¹⁶:

As bases de dados de informação genética sobre indivíduos que passaram pelo sistema de justiça criminal são ilustrativas da coprodução ideológica da ciência e do direito, o que pode ser descrito como um fenômeno de cientificação do sistema de justiça, que converte uma tecnologia cientificamente reconhecida num dos mais poderosos meios de auxílio da 'busca da verdade'.

Nesse sentido, Santos²¹⁷ afirma:

Revela-se neste dispositivo uma cumplicidade epistemológica e uma circulação de sentido entre a ciência e o direito moderno, resultantes da submissão da racionalidade moral-prática do direito e da ética à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência.

Maciel e Machado²¹⁸ acrescentam:

A tríade 'tecnologias de identificação – bases de dados – sistema de justiça criminal' envolve-se num movimento direcionado para a governabilidade racional de populações que se fundamenta não só em novas redes de regulação e vigilância tecnológica, mas também em 'regimes de verdades' eficazmente definidos e aplicados.

A evidente e considerável expansão de bases de dados de informação levam a ciência e a lei a agirem de forma conjunta, não só na busca da otimização da gestão e do controle dos fluxos de informação, mas também com a finalidade de produzir, de modo constante, novos conhecimentos e saberes periciais²¹⁹.

Neste contexto surge um personagem, cujo conhecimento é composto por dois importantes elementos, quais sejam: o imperativo prático da lei e a sustentação teórico-científica. Este personagem é o perito, que é uma mescla, entre o político, o jurista e o cientista²²⁰: 'conjuga aspectos de duas esferas da sociedade (lei e ciência)'.

²¹⁶ JASANOFF, Sheila. **Science at the bar: Law, Science and Technology in America**. Cambridge: Harvard University Press. 1997.

²¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. Porto: Afrontamento, 2000.

²¹⁸ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 144

²¹⁹ Ibid. p. 145.

²²⁰ JASANOFF, Sheila: **Designs at nature, science and democracy in Europe and in the United States**. Princeton: Princeton University Press. 2005.

E quando chamado, intervém nos ‘pontos de intersecção entre a utilização do saber científico e a sua respectiva adequação às necessidades da sociedade’ ²²¹.

E é, por essa razão, que o perito é um personagem investido de poder no âmbito da hierarquia social dos regimes técnico-científicos que, em nome do ‘bem comum’, têm a seu encargo a produção da verdade. Ao mesmo passo em que afasta a participação dos leigos da esfera da decisão. Os quais, em suma, são o primeiro alvo do controle social exercido pelas bases de dados, bem como se encontram em uma posição de submissão ante o perito jurídico-científico²²².

No contexto do desenvolvimento das bases de dados de perfis de DNA surgem importantes implicações no âmbito social, como o desenvolvimento das bases de dados de perfis de DNA, reflete mudanças sociais que vão de encontro às necessidades do mercado e do capitalismo (como parte de um movimento geral para a mercantilização das ciências da vida) ²²³, descritas por alguns autores como ilustrativas de um processo social e político de naturalização do capitalismo, pela via do qual, de acordo com a sugestão de Boaventura de Souza Santos²²⁴, a ordem e o progresso se desenrolam ‘sob a égide do princípio do mercado, que se afigura mais hegemônico que nunca no seio do pilar da regulação’ ²²⁵.

Além de justificar o desenvolvimento social e econômico do capitalismo, este processo, ao se legitimar, traz consigo diversos personagens e ‘sistemas de saberes e fazeres heterogêneos’, enfatizando mais os benefícios de sua utilização do que os riscos dela decorrentes, evocando mais as promessas de utilidade imaginada e de eficácia na identificação de criminosos do que os riscos e incertezas²²⁶.

Um fator importante a ser considerado neste trabalho é o fato de que a superioridade do princípio do mercado no âmbito da regulação se impõe com tal força,

²²¹ JERÓNIMO, 2006 apud MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 145. ²²² MACHADO, 2011 apud MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 145.

²²³ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 145.

²²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. Porto: Afrontamento. 2000, p. 143.

²²⁵ Ibid. p. 143.

²²⁶ WILLIAMS, Robin. ‘DNA databases and the forensic imaginary’, in Richard Hindmarch; Barbara Prainsack (eds), *Genetic suspects. Global governance of forensic DNA profiling and databasing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 131-142.

que é capaz de causar, de forma crítica, a ‘desconstrução das condições epistemológicas tanto no campo jurídico como da ciência moderna, assentes no princípio da sua relativa autonomia’ ²²⁷. De acordo com a citação de Maciel e Machado²²⁸:

Este posicionamento considera ainda os processos de hierarquização que produzem efeitos da despolitização do conflito social e de moralização dos criminosos, sobretudo daqueles que pertencem a grupos sociais desapossados, pela via da crescente criminalização da pobreza ²²⁹.

Os custos e os riscos envolvidos em todos os ‘processos sociais de criação e expansão de bases de dados de perfis de DNA’ são de grande importância e devem ser considerados. Tendo em vista que podem prejudicar a sua utilização²³⁰.

Ao se referirem, em particular, à sociedade portuguesa, Maciel e Machado²³¹ questionam a relação custo-benefício desta tecnologia. E perguntam se estes investimentos não seriam mais bem aplicados na ‘prevenção geral de integração e prevenção especial de socialização’ ²³², tendo em vista que estes são os pontos defendidos por seu sistema de política criminal? Ou seja, este raciocínio dá margem ao argumento de que esses recursos financeiros poderão ser mais bem aplicados²³³, conforme citam Maciel e Machado²³⁴:

Em políticas de prevenção do crime por medidas de socialização preventiva de reinserção social de condenados pela prática de crime e outros ofensores criminais e em medidas de reforço de produção a pessoas mais vulneráveis e vítimas potenciais.

Observa-se dentro deste contexto a existência da dominação jurídico-racional, que se nutre do ceticismo, o qual promove uma transformação do direito em artefato

²²⁷ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 146.

²²⁸ Ibid. p. 146.

²²⁹ WACQUANT, 2000; 2007, apud MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 146.

²³⁰ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 146.

²³¹ Ibid. p. 146.

²³² Ibid. p. 146.

²³³ Ibid. p. 146.

²³⁴ Ibid. p. 146.

científico, fato este, que leva a uma utopia de regulação social, que embora convoque o direito estatal, o converte em uma ‘utopia isomórfica da utopia automática da tecnologia’²³⁵. Nesse processo se enquadra um dispositivo de ‘universalidade’ que se nutre da verdade científica, bem como, das funções esperadas da justiça, pelo cumprimento da lei, de forma igualitária²³⁶.

A crença de que o perfil de DNA é um método de identificação único e inequívoco em cada indivíduo é o que dá sustentação à universalidade. Isto porque, é universalmente reconhecido (Aas, 2006)²³⁷, que tem a capacidade de revelar à justiça algo que permaneceria encoberto ao utilizar-se outro método de busca. Isso significa dizer que o perfil do DNA, apoia-se na supremacia dos saberes e conhecimentos científicos ‘e na defesa da aproximação do direito ao ideal de objetividade e certeza proporcionada por esta (Jasanoff, 2006)’²³⁸.

Em última análise, a política de criação e expansão das bases de dados genéticos tem sua legitimidade embasada, em grande parte, na união da ciência com a política e a Mercadorização, que objetiva criar uma potente ferramenta, com vistas à detecção e investigação da criminalidade, de modo a viabilizar níveis de segurança e tranquilidades públicas adequadas e de gerar a base de uma ‘nova justiça’, de maior credibilidade, rapidez e eficácia²³⁹.

2.5.2 Governabilidade do Risco, Tecnologia e Informação

Este é um dos tópicos de reflexão anteriormente referidos e que passamos a analisá-lo mais detalhadamente. Iniciaremos abordando-o a partir da ‘perspectiva das teorias da sociedade do risco (Beck 1992; Beck et. al., 2000; Guiddens, 1991, 1999)’²⁴⁰. Segundo as quais, a acumulação, a informatização e o manuseio de grandes

²³⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento. 2000, p. 133.

²³⁶ Ibid. p. 146.

²³⁷ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 146.

²³⁸ JASANOFF, Sheila: **Designs at nature, science and democracy in Europe and in the United States**. Princeton: Princeton University Press. 2005.

²³⁹ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 146.

²⁴⁰ BECK, 1992; BECK et al. 2000; GUIDDENS, 1991,1999 apud MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ,

quantidades de dados sobre os cidadãos. Bem como, os desenvolvimentos tecnológicos e científicos aplicáveis ao sistema de justiça criminal, causam uma grande dependência nos mecanismos de controle social e também de gestão da confiança pública acionados pelo Estado²⁴¹. E, sobre esta asserção citam:

O final do século XX trouxe o desenvolvimento tecnológico na área da vigilância em quatro campos fundamentais²⁴²: redes interconectadas de partilha de informação; o poder de processar, manusear, transmitir e armazenar dados; a transformação de computadores e aparelhos de visualização, simulação e processamento de dados; e o surgimento das tecnologias de localização geográfica em tempo real²⁴³.

A magnitude do desenvolvimento, ocorrido nestes campos impõem, ao Estado, uma necessidade urgente de adequação dos mecanismos clássicos de controle da ordem pública e da criminalidade a esta nova realidade²⁴⁴.

Significa dizer que todas aquelas informações das populações, obtidas através dos ‘mecanismos clássicos’ e armazenadas pelo Estado, devem ser adaptadas para uma linguagem de máquina, de tal modo, que todas estas informações possam ser lidas e ‘entendidas’ pelas máquinas. E que estejam disponíveis para transmissão em ‘blocos’, permitindo assim, que sejam acessadas por qualquer agente de controle social. Como por exemplo, as instituições de investigação criminal²⁴⁵. Nesse sentido Maciel e Machado²⁴⁶ afirmam:

Um dos casos mais reconhecíveis pelo cidadão comum será a implementação e expansão da videovigilância tanto em espaços de acesso restrito como em espaços abertos e públicos, com o intuito de registrar imagens para posterior identificação²⁴⁷; poderíamos incluir aqui também tecnologias de geolocalização (GPS) ou identificação biométrica (impressão digital, perfil de DNA).

Helena (org.). **Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 147.

²⁴¹ Ibid. p.147.

²⁴² MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 147.

²⁴³ Ibid. p.147.

²⁴⁴ Ibid. p.147.

²⁴⁵ Ibid. p.148.

²⁴⁶ Ibid. p.148.

²⁴⁷ HEMPEL e TÖPFER, 2009 apud MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 148.

À luz destas considerações, pode-se perceber que a posse de todos os dados sobre os cidadãos é passível de armazenamento em grandes bases de dados. Isto porque, tais dados são transformados em informações virtuais, que tornam o indivíduo um alvo fácil de ser identificado, com grande certeza e precisão. Sendo possível, por exemplo, afirmar-se peremptoriamente a quem pertence um determinado perfil. Por exemplo: Tal perfil pertence à pessoa A e não à pessoa B. Conforme citam Maciel e Machado²⁴⁸:

A pessoa é assim reescrita virtualmente, numa produção de ‘cultura-a-distância’ que descreve uma nova forma de identidade segundo a qual o corpo é uma fonte de ordem. Dispensa-se desta forma o contributo pessoal do sujeito observado, já que o seu testemunho subjetivo passa a ser visto como uma fonte de incerteza e erro (principalmente face à certeza produzida pela tecnologia com recurso ao corpo).

Um aspecto importante a ser destacado é a ‘nova ontologia do corpo’²⁴⁹, a qual é bastante evidente quando o debate se refere às bases de dados genéticos e a distinção entre dois tipos de DNA. Denominados de ‘DNA codificante’ e ‘DNA não codificante’²⁵⁰. E sobre esta distinção, Maciel e Machado²⁵¹ destacam:

Teoriza-se que apenas parte da cadeia de genes que caracteriza a molécula de DNA é ativa na codificação das características que garantem o desenvolvimento normal do corpo humano; o resto da molécula será composto por DNA-lixo, genes que não são utilizados. Apenas o chamado ‘DNA não codificante’ é utilizado na criação do perfil para inserção nas bases de dados genéticos com finalidade de identificação criminal. E, segundo os autores, isto ocorre em conformidade ‘com um princípio de preservação do direito à privacidade’ o qual está fortemente ligado à configuração do corpo em informação. E, conforme se observa na citação acima, tal configuração foi classificada em graus de relevância. Quais sejam: (codificante vs. não codificante).

Surge, a partir daí, o direito a uma privacidade que não mais está diretamente ligada à intrusão no corpo do indivíduo e, sim, ‘à intrusão do Estado na informação ‘implícita’ no código genético’.

2.5.3 Cultura de Controle e Biovigilância

²⁴⁸ Ibid. p. 148.

²⁴⁹ MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 149.

²⁵⁰ Ibid. p. 149.

²⁵¹ Ibid. p. 149.

A inserção da genética às demais modalidades de vigilância e monitoração dos cidadãos dá origem a formas de biovigilância, respaldadas pelo apoio público na luta contra o crime e, também o terrorismo. Neste sentido, Maciel e Machado afirmam:

Neste âmbito, as bases de dados de perfis de DNA podem ser perspectivadas como uma das instâncias pela qual se têm configurado novas e eficazes modalidades de controle social, associadas a estratégias políticas e governamentais de prevenção e controle do crime, em sociedades cada vez menos tolerantes em relação aos cidadãos ‘suspeitos’ e favoráveis à incorporação de regimes mais intensivos de regulação, inspeção e controle²⁵².

Cabe destacar que as tecnologias de vigilância, embora possuam grande amplitude, não se encontram disseminadas de forma universal. Por isso, na maioria das vezes são voltadas para alvos ou circunstâncias específicas. E, que, principalmente no que diz respeito à aplicação de biometrias, a fim de categorizar populações, não é algo novo (ver, por exemplo, a história do surgimento e aplicação das impressões digitais)²⁵³.

Inicialmente, estas se limitavam ‘ao nível da identificação criminal’ e, posteriormente, passaram a figurar como identificador (dos cidadãos) predileto do Estado²⁵⁴.

Finalizaremos as considerações sobre o conteúdo, até aqui, apresentado, registrando os seguintes questionamentos citados por Maciel e Machado²⁵⁵:

O desenvolvimento de saberes e tecnologias associadas a recolha, armazenamento e processamento de informação sobre os cidadãos, com vistas à gestão e prevenção da criminalidade poderá passar no futuro por mecanismos mais democratizados de governabilidade dos corpos e das populações? Restará nas mãos de organizações cívicas com capacidade de influência pública, assim como nas instituições envolvidas neste aparelho tecnocientífico, a capacidade de assumir a responsabilidade e apresentar soluções para o futuro?

2.5.4 Reflexões em Torno do Uso da Tecnologia de DNA para Identificação Criminal.

²⁵² NORRIS e ARMSTRONG, 1999; GARLAND, 2001; LYON, 2001a; MARX, 2002 apud MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 152.

²⁵³ COLE. 2001, apud MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 152.

²⁵⁴ Ibid. p. 152.

²⁵⁵ Ibid. p. 160.

Ao introduzir estes importantes temas no contexto geral do presente trabalho, Fonseca²⁵⁶ inicia apresentando sua anuência à criação da lei que regulamentou, no Brasil, a criação do banco de perfis de DNA para crimes violentos. Qual seja: a Lei 12.654-12. Na qual reza que:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes [hediondos], serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA [...], por técnica adequada e indolor.

§ 1.º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo²⁵⁷.

Sabe-se que esta lei foi regulamentada em 12 de março, 2013. Cujas regulamentação, segundo Fonseca²⁵⁸, só ocorreu ‘quase um ano depois’ de ter sido assinada (29 de maio de 2012) pela presidente. E que, ao aprovarem a mesma, ‘proponentes da lei afirmaram que ela é bem-vinda, pois vem ‘preencher uma lacuna’ na legislação brasileira sobre práticas que já existem, mas que não eram reguladas’²⁵⁹.

Fonseca²⁶⁰ acrescenta ainda, que esta lei, além de ser bem vinda, dá margem a uma discussão ‘ampla e pública’, no que tange não só aos efeitos práticos, mas também éticos, das novas tecnologias no âmbito do governo. Porquanto este tema oportuniza a sociedade, de modo geral, a possibilidade de debater com olhar crítico sobre uma variedade de importantes questões relacionadas à, por exemplo, direitos, discriminação e cidadania²⁶¹.

É de suma importância que tenhamos uma noção clara a respeito das novas tecnologias utilizadas no campo da investigação criminal. Assim sendo, faz-se necessário documentarmos seus usos e avaliarmos seus efeitos práticos, observados em locais cuja implantação do banco de perfis genéticos tenha ocorrido já, há algum tempo²⁶².

²⁵⁶ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 167.

²⁵⁷ Ibid. p. 167.

²⁵⁸ Ibid. p. 167.

²⁵⁹ Ibid. p. 167.

²⁶⁰ Ibid. p. 167.

²⁶¹ Ibid. p. 167 - 168.

²⁶² Ibid. p. 168.

Notadamente no Brasil, o crime violento tem se configurado em dos principais fatores causadores de insegurança. À qual se atribuem, como pressupostos, a existência de uma ‘cultura da impunidade’. E, baseados nestes fatos é que surgem comentários entusiasmados, prometendo que o banco de perfis genéticos para fins de identificação criminal poderá ser de grande utilidade na resolução deste tipo de crime, que hoje se encontra em primeiro lugar, dentre os crimes praticados no Brasil²⁶³.

Ao se referir a alguns casos emblemáticos frequentemente veiculados na mídia, geralmente importado de países onde a os bancos de perfis genéticos existem há mais tempo, Fonseca²⁶⁴ expõe situações em que determinado criminoso só foi identificado ‘graças à tecnologia do DNA’ e sobre casos de ‘assassino em série que poderia ter sido preso antes de cometer tantos crimes’ se houvesse à época um banco de perfis genéticos²⁶⁵. ‘Por outro lado, ouvimos falar muito dos casos em que o DNA conseguiu exonerar pessoas injustamente suspeitas de um crime, inocentar determinados presos e até tirar alguns condenados do corredor da morte’²⁶⁶.

E, ainda, segundo Fonseca²⁶⁷:

Parece haver nessas histórias uma associação automática entre tecnociência e justiça – como se os elementos ‘impessoais’ do DNA pudessem finalmente introduzir no sistema de justiça uma objetividade livre de preconceitos para levar adiante a causa do bem-estar de todos.

Indubitavelmente, tem sido de grande importância os avanços da ciência e sua utilização, em especial, em áreas como a da informação genética, no que tange a aspectos ligados aos direitos humanos²⁶⁸. Conforme Fonseca²⁶⁹:

Basta pensar no trabalho de cientistas para identificar os corpos de pessoas assassinadas durante ditaduras sangrentas na África ou América Central ou, mais perto de casa, para identificar os filhos de desaparecidos da ditadura argentina²⁷⁰. Também tem permitido a reunificação de famílias separadas por migrações ou políticas estatais autoritárias.

²⁶³ Ibid. p. 168.

²⁶⁴ Ibid. p. 168.

²⁶⁵ Ibid. p. 168.

²⁶⁶ Ibid. p. 168.

²⁶⁷ Ibid. p. 168.

²⁶⁸ Ibid. p. 168.

²⁶⁹ Ibid. p. 168-169.

²⁷⁰ PENCHASZADEH, Víctor. **Genética y derechos humanos: Encuentros y desencuentros**. Buenos Aires: Paidós, 2012.

Faz-se necessário destacar que, embora a área de investigação criminal seja bastante polêmica, observa-se a existência de certo consenso ‘de que a tecnologia de DNA veio para ficar’, segundo a autora. Tendo em vista sua grande importância, que a torna um recurso indispensável para o trabalho do sistema judiciário²⁷¹.

Outro aspecto merecedor de destaque é como a tecnologia do DNA tem sido utilizada no Brasil, atualmente. Parte-se da coleta de vestígios encontrada na cena de crimes para posterior comparação com o DNA de pessoas suspeitas, seja por indicação de testemunhas, bem como através de outros indícios. Um suplemento importante deste processo é a coleta de impressões digitais, assim como outras técnicas de identificação²⁷².

Todos os vestígios não identificados colhidos nas mais variadas cenas de crime são armazenados, a fim de que possam ser comparados com o perfil genético de cada novo suspeito.

Eis que surge o novo banco de dados de perfis genéticos, o qual promove uma inversão neste processo. Porquanto, faz a armazenagem do código de DNA de pessoas identificadas, para que este seja comparado com o material colhido em cada nova cena de crimes.

Dessa inversão advém uma série de questões sobre a necessidade desse tipo de banco de dados, oriundas de especialistas como peritos, juristas, filósofos, geneticistas e cientistas sócias.

Alguns observados preocupam-se com questões ligadas ao direito à privacidade. E nesse sentido, afirma Fonseca²⁷³:

Alguns observadores chamam atenção para a ameaça que um banco de perfis genéticos representa para o direito à privacidade. Concentram suas críticas na extensão de um poder central capaz de vigiar, produzir e controlar informações sobre aspectos íntimos da vida de seus cidadãos²⁷⁴.

Fonseca²⁷⁵ faz referência a outros especialistas, cujas preocupações vão desde os problemas da coleta clínica do material genético, destacando questões como

²⁷¹ Ibid. p.169.

²⁷² Ibid. p.169.

²⁷³ Ibid. p.169.

²⁷⁴ LAZER, 2004; BIEBER *et. al.*, 2006 apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 169.

²⁷⁵ Ibid. p.170.

a inviolabilidade do corpo humano e tecendo considerações sobre ‘a hierarquia de lugares íntimos’ – que vão desde superfícies menos controvertidas como cabelo e pele até os líquidos como o sêmen e sangue e orifícios corporais tais como a boca e a cavidade vaginal²⁷⁶. E, dentro deste contexto, afirma Fonseca²⁷⁷:

Nos anos 80, por causa da tecnologia rudimentar, a única maneira de fazer um teste de DNA era por extração de sangue. Hoje a tecnologia permite a coleta amostras a partir de muitos outros ‘vestígios’ corporais. Não é difícil ver a relação do avanço tecnológico com mudanças de legislação em muitos países que tornaram a boca um lugar ‘não íntimo’ do corpo, de onde é possível extrair amostras sem o consentimento da pessoa²⁷⁸.

E, refere-se também àqueles especialistas preocupados com aspectos políticos de todo este processo. Ou preocupados com as condições técnicas do processo laboratorial, sobre as quais recaem suas preocupações com possibilidade da garantia de exatidão dos resultados, considerando-se os vários contextos. Sobre estas questões levantadas por estes especialistas, cita Fonseca²⁷⁹:

Chamam a atenção para possíveis falhas na ‘cadeia de custódia’ do material genético – uma cadeia que inclui a coleta por policiais na cena do crime, o condicionamento e transporte da amostra, o manuseio no laboratório, e muitos outros elementos técnicos (Lynch et. al., 2008). Ou fitando a etapa posterior de investigação questionam a capacidade de juristas (e júris) de entender a lógica dos resultados probabilísticos da identificação de um indivíduo via DNA²⁸⁰.

Fonseca²⁸¹ acrescenta ainda:

Como lembra Jasanoff²⁸², ‘O risco de inferir, a partir de informações científicas, mais do que elas podem estabelecer com certeza razoável é particularmente agudo no caso da ciência genética que carrega conotações de precisão e infalibilidade’.

²⁷⁶ Ibid. p.169-170.

²⁷⁷ Ibid. p.170.

²⁷⁸ WILLIAMS e JOHNSON, 2008 apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 170.

²⁷⁹ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 170.

²⁸⁰ JASANOFF, Sheila: **Designs at nature, science and democracy in Europe and in the United States.** Princeton: Princeton University Press. 2005.

²⁸¹ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). **Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social.** Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 170.

²⁸² JASANOFF, Sheila: **Designs at nature, science and democracy in Europe and in the United States.** Princeton: Princeton University Press. 2005.

A tecnologia de DNA pode ser bastante positiva, quando sua utilização se dá no sentido de reverter a condenação de pessoas inocentes. Nesse sentido, Fonseca²⁸³ faz referência à existência de uma organização norte-americana, chamada *Projeto Inocência*, que com a ajuda do DNA, procura comprovar a inocência de ‘pessoas condenadas pelos tribunais e servindo longas sentenças no sistema prisional’. Essa organização foi criada em 1992, por dois advogados, que por desconfiarem da mediação do sistema rotineiro de justiça. Atualmente estes dois advogados ativistas dos direitos humanos, não se sentem satisfeitos, apesar da libertação expressiva de pessoas encarceradas apesar de sua inocência (aproximadamente 300 pessoas). Dentre essas, pelo menos 17 estavam no corredor da morte aguardando para receberem uma injeção letal. Ao contrário, parecem estar mais preocupados. Porque, tudo o que vimos até agora é apenas uma pequena parte (‘o topo do iceberg’) de um sistema em cujas cadeias encontram-se milhares de pessoas inocentes²⁸⁴. Segundo afirma Fonseca²⁸⁵:

Pessoas condenadas injustamente tendo como causa ‘defensores incompetentes, investigações policiais parciais, confissões falsas, testemunhas compradas e a compreensão limitada do júri quanto à relevância de análises laboratoriais de sangue e cabelo’²⁸⁶.

Um olhar mais acurado sobre esse contexto, nos mostra o seguinte paradoxo: O DNA, enquanto elemento revelador de falhas no sistema contribui para agravar a desconfiança no andamento da justiça²⁸⁷.

Conforme mostrou uma pesquisa realizada por Machado (Machado, 2012) em cadeias portuguesas, os presos associam o DNA mais a esses tipos de falha do sistema do que, propriamente, a uma real possibilidade de que uma condenação injusta possa ser revertida²⁸⁸.

²⁸³ Ibid. p.171.

²⁸⁴ Ibid. p.171-172.

²⁸⁵ Ibid. p.172.

²⁸⁶ JASANOFF, Sheila: **Designs at nature, science and democracy in Europe and in the United States**. Princeton: Princeton University Press. 2005.

²⁸⁷ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 172.

²⁸⁸ MACHADO, Helena. ‘Crime, bancos de dados genéticos e tecnologias de DNA na perspectiva de presidiários em Portugal’, in Claudia Fonseca et. al. (orgs.), **Ciências na vida: Antropologia da ciência em perspectiva**. São Paulo: Editora: Terceiro Nome, 2012. 66-86.

Outro aspecto relevante mostrado por esta pesquisa foi o fato de parecer que as dúvidas dos presos estavam voltadas na direção de agentes corruptos e a adulteração proposital dos fatos²⁸⁹. A utilização do DNA ‘pós-condenação’ é um aspecto sobre o qual assevera Fonseca²⁹⁰:

Conforme observadores, as leis – na maioria dos lugares – não favorecem o uso pós-condenação do DNA (Lazer e Meyer, 2004)²⁹¹. Em primeiro lugar, geralmente existe um prazo relativamente curto – às vezes só seis meses – para o condenado apelar de sua sentença. Ironicamente, a longa vida do DNA – o fato de ser possível usá-lo como prova mesmo 20, 30 anos depois do crime – tem levado a mudanças e legislação no mundo inteiro para aumentar ou mesmo abolir prazos para a prescrição de diferentes crimes.

Em contrapartida, não ocorreu a mesma preocupação com a ampliação dos prazos para que os condenados pudessem apelar da sentença, tampouco em facilitar o acesso dos defensores aos vestígios genéticos, a fim de que pudessem rever as provas materiais da condenação²⁹².

Cabe aqui destacar um aspecto importante dentro desse contexto, sobre o qual cita Fonseca²⁹³:

Observadores lembram que, na organização administrativa do judiciário, em geral quem decide se ‘novas evidências’ justificam reverter o princípio sagrado da ‘coisa julgada’ é o promotor de justiça, justamente a pessoa que tem menos interesse em ver escancarados seus erros ou as falhas do sistema. Como esperar que esse ‘mediador’ apoie: Os casos pós-condenação [que] desviam recursos da missão organizacional prioritária – a de condenar criminosos – e solapam a credibilidade do serviço judiciário?²⁹⁴.

À luz destas citações, podemos inferir que os usos ‘positivos’ do DNA, com o objetivo de inocentar pessoas condenadas injustamente, só ocorrerá se houver ‘investimentos políticos e financeiros nesse tipo de projeto’²⁹⁵.

²⁸⁹ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.173.

²⁹⁰ Ibid. p.173.

²⁹¹ Ibid. p. 173.

²⁹² Ibid. p. 174.

²⁹³ Ibid. p. 174.

²⁹⁴ LAZER e MEYER, 2004 apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.174.

²⁹⁵ Ibid. p. 175.

Fonseca²⁹⁶ complementa citando:

Por outro lado – e o que preocupa observadores críticos -, o banco de dados parece causar efeitos que não foram conscientemente projetados – a saber, a criação de novos tipos de ser humano.

Ao abordar este tema, Fonseca²⁹⁷ baseia-se na discussão lançada por Ian Hacking²⁹⁸ e que foi retomada por Nikolas Rose²⁹⁹, entre outros.

Segundo afirma Fonseca³⁰⁰, estes pesquisadores:

Procuram operacionalizar conceitos como ‘medicalização’ ou ‘genetização’ da sociedade, definindo os diversos mecanismos que seriam constitutivos desses processos e perguntando quais os efeitos sobre as subjetividades.

Uma possível resposta a esse questionamento pode estar ligada à ideia de que estejamos ligados a diversos mundos ao mesmo tempo e que a partir dessa diversidade criamos sentido, reinventando categorias relevantes de percepção ou selecionando-as³⁰¹.

Ao se observar os diversos estudos de Hacking³⁰², encontra-se uma série de categorias cunhadas ao longo do tempo, mais precisamente, no último século - esquizofrenia, abuso sexual autismo – Hacking nos mostra como estes novos termos criam ‘tipos’ que moldam a nossa percepção dos objetos (identificação) e também alcançam a própria identidade das pessoas, a partir do momento em que estes se referem a humanos, isto é quando são ‘interativos’³⁰³.

Nesse sentido, Fonseca faz a seguinte citação:

²⁹⁶ Ibid. p. 175.

²⁹⁷ Ibid. p. 175.

²⁹⁸ HACKING, 1999 apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.175.

²⁹⁹ ROSE, 2007 apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.175.

³⁰⁰ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.175.

³⁰¹ Ibid. p. 175.

³⁰² Ibid. p. 175.

³⁰³ Ibid. p. 175.

Assim, os ‘novos tipos’ de pessoas, classificatórios e, portanto, valorativos, se mostram ‘mediadores’ por excelência entre tradições do passado e inovações do momento – entre saberes científicos, invenções tecnológicas, categorias de percepção e modos de ação³⁰⁴.

Não resta dúvida de que a genética revela-se uma ferramenta particularmente eficaz nesse tipo ‘fabricação de pessoas’. Na tentativa de revelar o tipo de um indivíduo, quanto a suas características e inclinações pessoais, as tecnologias anteriores – frenologia, antropometria ou impressões digitais – não eram convincentes, muito embora tentassem, mas sem êxito³⁰⁵.

Quando pensamos em bancos de perfis genéticos, a ideia inicial é de que eles mantêm apenas informações sobre indivíduos condenados por crimes hediondos. Mas, na realidade, sua abrangência é muito maior. Pois, como no caso da Inglaterra, por exemplo, encontram-se perfis genéticos de crianças e adolescentes nunca indiciados³⁰⁶.

Outro aspecto relevante é que na Inglaterra e País de Gales, os dados de qualquer pessoa ficam retidos por um período indeterminado, ao passo que, em outros países, por estarem previstos em lei, teoricamente, há a permissão para que um registro seja apagado (expurgado) depois de certo tempo ou quando não houver indiciamento ou condenação do suspeito³⁰⁷.

Segundo Fonseca³⁰⁸, o banco britânico de dados era bastante cauteloso no seu início em 1995. Este mantinha, apenas, as informações de pessoas adultas condenadas pela prática de crimes sexuais e violentos. Mas esse banco se ampliou, a fim de incluir também ‘o registro permanente do DNA de pessoas suspeitas de qualquer infração, a partir de 10 anos de idade’³⁰⁹.

Um dado estatístico merecedor de destaque, segundo Fonseca³¹⁰, é a quantidade de pessoas que deram entrada no sistema com menos de 16 anos, até o ano de 2008: meio milhão de pessoas. O número de pessoas que deu entrada com menos de 18 anos é também bastante significativo: quase um milhão de pessoas.

³⁰⁴ Ibid. p. 175.

³⁰⁵ COLE 2001, apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 175-176.

³⁰⁶ Ibid. p. 179.

³⁰⁷ Ibid. p. 179.

³⁰⁸ Ibid. p. 179.

³⁰⁹ Ibid. p. 179.

³¹⁰ Ibid. p. 179.

Estes são números bastante expressivos, tendo em vista os mais de seis milhões de pessoas existentes no sistema no ano de 2008 (Genewatch, 2013b) ³¹¹.

Com base nestes dados estatísticos, um questionamento surge naturalmente: qual é o raciocínio capaz de justificar a inclusão de dados genéticos de crianças em um banco a ser usado pela polícia?³¹²

Fonseca ³¹³responde com a seguinte citação:

Nesse ponto, podemos citar um relatório do próprio banco britânico que, em 2003, ainda estava preparando o caminho para a inclusão de crianças e adolescentes no acervo: Dessa maneira, vamos poder detectar infratores mais cedo, antes de qualquer acusação formal a ser feita, poupando assim tempo e custo dos policiais (NDNAD, 2004 apud Lynch *et. al.*, 2008: 152)³¹⁴.

Observa-se claramente que não está se falando de algo ocorrido no passado e sim, esta medida denota uma previsão de que algo provavelmente possa acontecer. De acordo com Fonseca³¹⁵, ‘ao identificar ‘pré-suspeitos’ – tipos de pessoa com tendência a comportamento antissocial – considera-se que a tecnologia está permitindo ‘cortar o mal pela raiz’ (ver Fonseca, 2012)’ ³¹⁶.

2.5.5 Figurações

A narrativa feita Fonseca³¹⁷, sobre uma pesquisa de campo realizada em uma Vara de Júri em Porto Alegre, cuja pesquisada era uma promotora - que possuía quase vinte anos de atuação na Vara – mostrou, de certa forma, que a entrevistada

³¹¹ GENEWATCH, 2013b. **Facts and figures**. Disponível em: <http://www.genewatch-tech.org/sub-539481>. Acesso em 07 de julho de 2015.

³¹² Ibid. p. 179.

³¹³ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 179-180.

³¹⁴ NDNAD, 2004 apud Lynch *et. al.* 2008: 152, apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 179-180.

³¹⁵ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.180.

³¹⁶ FONSECA, Claudia. **‘Tecnologias globais de moralidade materna: As intersecções entre ciência e política em programas ‘alternativos’ de educação para a primeira infância’**, in Claudia Fonseca *et. al.* (orgs.), *Ciências na vida: Antropologia da ciência em perspectiva*. São Paulo: Editora: Terceiro Nome, 2012. p. 253-275.

³¹⁷ Ibid. p. 181.

era cética sobre as vantagens do banco de perfis genéticos. Isso porque, segundo esta, a maioria dos crimes violentos ocorre em lugares públicos. E por essa razão, tais locais ficam repletos de pessoas muito antes da chegada da polícia a cena do crime. Logo, nessas condições, resta pouca esperança em isolar o DNA do criminoso. Além disso, a promotora pesquisada referiu-se à sobrecarga de trabalho a qual estão submetidos os competentes peritos do laboratório forense do estado, para o qual seria enviada a ‘prova material’ para análise. Onde, devido ao grande volume de trabalho, os resultados de análise poderiam demorar até dois anos para sair. E por essa razão, ‘podem chegar tarde demais para serem aproveitados no julgamento’ (Esse grifo é meu). Mas, não é só a falta de provas materiais que pode levar à impunidade do criminoso. A ausência de testemunhas destemidas capazes de apontá-lo. Pois sem a confirmação de testemunhas cujas narrativas construam o contexto em ocorreu o crime. Porquanto, a simples presença de certo indivíduo suspeito na cena do crime não é o bastante para condená-lo³¹⁸.

Um questionamento importante feito por Fonseca³¹⁹ é o fato de dúvidas como estas levantadas pela promotora e outros sujeitos citados no texto, que estão diretamente ligadas à eficácia dos bancos de perfis genéticos, não aparecerem na mídia, nem integrarem as considerações dos legisladores nacionais. Dentro deste contexto, cita Fonseca³²⁰:

Pergunta-se: de onde vem a visão otimista que encontramos diariamente nessas arenas públicas? A resposta a essa pergunta traz à tona o que chamo de ‘figurações’ – a maneira pela qual, diferentes saberes científicos, junto com uma variedade de outros atores – a mídia, o direito, as empresas, os cidadãos com sua agenda de preocupações – angariam esforços materiais e semióticos para dar corpo a novos (e velhos) fenômenos³²¹.

A tecnologia ligada ao banco de dados de perfis genéticos, utilizada com a finalidade de perseguição criminal, se configura em uma ‘forma global articulada numa situação específica’³²².

³¹⁸ FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.181.

³¹⁹ Ibid. p. 181.

³²⁰ Ibid. p. 181.

³²¹ Ibid. p. 181-182.

³²² ONG e COLLIER, 2005 apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.187.

Ao discorrer sobre este tema, Fonseca³²³ concentrou sua atenção em ‘autores e sujeitos críticos’ em locais onde a implantação do banco de perfis genéticos teve sua implantação há mais tempo, os quais nos chamam a atenção para certas preocupações ‘globais’ sobre a nova tecnologia. Ao redor do mundo, as perícias genéticas promovem uma readequação do sistema judiciário, sempre que houver a possibilidade de recorrer a elas. Estas adequações incluem redimensionamento de prazos, organização administrativa e equipamentos³²⁴.

Como já foi citada anteriormente, a Inglaterra foi o país onde a implantação do banco de dados teve rápida expansão do quantitativo de indivíduos incluídos, assim como ocorreu na maioria dos outros lugares³²⁵.

Porém, a Inglaterra superou os demais em, pelo menos, ao que se refere à inclusão de indivíduos de baixa idade. Atualmente, expansão ocorrida em muitos destes países já extrapolaram o objetivo original, que eram os condenados por crimes sexuais e hediondos. Incluindo em seus bancos de dados pessoas condenadas, e – com frequência – meramente suspeitas, seja de furtos e outros crimes contra o patrimônio. A expressiva representação de grupos discriminados social e economicamente, como minorias étnicas, imigrantes, etc., nos leva a inferir que seja uma constante nos bancos de dados de perfis genéticos. Esta expansão dos bancos de dados acima dos objetivos originais, tem levado empresas promotoras de tecnologia e movimentos de direitos humanos – críticos dessa expansão – a agirem em amplitude global³²⁶, ‘transportando as narrativas, as propagandas e os debates críticos de um continente para outro’³²⁷.

Ao se referir sobre o banco de dados como fenômeno tecnológico, afirma Fonseca³²⁸:

Tal como outros fenômenos tecnológicos, o banco de dados se insere dentro dos itinerários de determinadas formas de governança – de vigilância e controle – que perpassam as fronteiras nacionais. Por outro lado, existem as ‘situações específicas’ que provocam ressignificações, produzindo práticas e debates muito diferentes dependendo do local. Processos de ‘biolegalidade’

³²³ Ibid. p. 187.

³²⁴ Ibid. p. 187.

³²⁵ Ibid. p. 187.

³²⁶ Ibid. p. 188.

³²⁷ Ibid. p.188.

³²⁸ LYNCH e McNALLY, 2008 apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.188.

– isto é, envolvendo ajustes entre novas tecnologias do corpo e as demandas do sistema legal ³²⁹ – ocorrem em grande medida ao nível nacional, impulsionados por atores em busca de estratégias para aprimorar a governança através das novas tecnologias.

É bastante claro, que a discussão desse tema deve ir além do aceitar ou rejeitar – posições maniqueístas - o uso da nova tecnologia, para que possa ‘ter consequências na arena pública’. Para que isso ocorra, faz-se necessário o debate público urgente, conforme destacam observadores³³⁰.

A taxa de homicídios no Brasil, que é dez vezes maior do que na maioria dos países ocidentais, exerce uma pressão constante sobre o ‘envolvimento cidadão’. Como consequência, gera um ambiente ‘em que a preocupação com os direitos civis e direitos humanos é vista como ‘assunto de bandido’, ou seja, ‘algo que favorece a criminalidade’ ³³¹.

Em um contexto como este, não causa surpresa, o fato de militantes dos direitos humanos focarem em causas mais consensuais como discriminação racial, violência contra a mulher. O notável otimismo que sobrevém a atual ‘figuração’ da genética forense, bem como ‘a fragilidade de frentes críticas que pudessem dinamizar o debate’, faz com que as críticas dos analistas de STS pareçam exageradas. Porém, segundo Fonseca³³², ‘a seriedade da discussão não deve ser subestimada. Estamos lidando com os desafios de governança – por e das –tecnologias. E, para uma trajetória futura bem ponderada, ambas as dimensões devem ser enfrentadas’ ³³³.

2.6 O Consentimento Informado na Esfera Forense

O consentimento informado é uma demanda ética e legal na pesquisa com seres humanos, visando a expressão autônoma dos sujeitos. Contudo, a autonomia fica em risco quando os envolvidos encontram-se vulneradas socioculturalmente. Nos

³²⁹ Ibid. p.188.

³³⁰ HINDMARSH e PRAINSACK, 2010 apud FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal.** In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p.188.

³³¹ Ibid. p.190.

³³² Ibid. p.190.

³³³ Ibid. p.190.

casos forenses, a Lei 12.654 de 2012 exclui a necessidade do consentimento e torna obrigatória a doação de material biológico pelos condenados por crimes hediondos³³⁴.

A prova biológica, em especial a prova genética, alcançou posição de destaque nas varas criminais e de família³³⁵. Os testes de DNA tornaram-se, nas palavras de Gomes³³⁶, um recurso ‘irresistível e imperioso’, deixando de ser meios complementares de prova para se tornarem os fundamentos das decisões dos magistrados. Ainda de acordo com essa autora, isto impulsionou a busca e obtenção de provas de licitude discutível, pois nem sempre respeita o consentimento de quem fornece. Calcando-se no princípio legal da proporcionalidade, a preservação de valores da sociedade sobreporia os direitos individuais³³⁷.

Na verdade, o consentimento informado, a consulta à comunidade e a necessidade de ofertar benefícios aos sujeitos sempre foram acusados de retardar as pesquisas médicas e forenses com DNA³³⁸. Apesar disso, para evitar discussões processuais e possível nulidade da prova, órgãos de apuração criminal estão determinando a utilização de termos de consentimento para os procedimentos de DNA forense³³⁹. Pois, é reconhecido que obter ou utilizar material biológico sem o consenso do doador fere os direitos fundamentais da pessoa, sobretudo, a integridade física e a tutela da privacidade³⁴⁰.

O consentimento informado deve ser utilizado em todas as situações nas quais se empregam tecnologias às pesquisas com seres humanos³⁴¹. O consentimento busca garantir a autonomia do sujeito da pesquisa³⁴². No entanto, é condição primeira

³³⁴ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GARRIDO, Fabíola. **Consentimento informado em genética forense**. Santiago: Acta bioeth. vol.19 nº.2, nov. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2013000200015>. Acesso em: 10 jan. 2016.

³³⁵ MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na Prova Penal**. São Paulo: Ed. Pilares, 2009.

³³⁶ GOMES, Edeci. **Perícias Genéticas, Paternidade e Responsabilidade pela Procriação**. In: Martins-Costa J, Möller LI. (org) *Bioética e Responsabilidade*. Ed. Forense; 2009. p. 361-390.

³³⁷ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 6.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

³³⁸ Cho MK, Sankar P. **Forensic genetics and ethical, legal and social implications beyond the clinic**. *Nature Genetics* 2004; 36: S8-S12.

³³⁹ MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na Prova Penal**. São Paulo: Ed. Pilares; 2009.

³⁴⁰ GOMES, Edeci. **Perícias Genéticas, Paternidade e Responsabilidade pela Procriação**. In: Martins-Costa J, Möller LI. (org) *Bioética e Responsabilidade*. Ed. Forense; 2009. p. 361-390.

³⁴¹ MENEGON, V.M. **Consentindo ambiguidades: uma análise documental dos termos de consentimento informado, utilizado em clínicas de reprodução humana assistida**. *Cad. Saúde Pública* 2004. 20(3): 845-854.

³⁴² ALMEIDA, Leonor Duarte. **Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade**. *Revista Bioética* 2010. 18(3): 537-548.

que este sujeito entenda os procedimentos, desconfortos, benefícios, riscos e direitos envolvidos na ação³⁴³.

Apesar do consentimento informado remontar às normas estabelecidas pelo Nuremberg Medical Trials³⁴⁴, a assinatura de um documento ou termo de consentimento informado (TCI) por quem consente passou a ser praticada a partir de meados da década de 1960, com a promulgação da Declaração de Helsink (1964) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (em vigor a partir de 1976)³⁴⁵. Atualmente, várias são as declarações internacionais, códigos de ética profissionais, resoluções e leis que determinam ou recomendam o uso de termos de consentimento³⁴⁶. Dessa forma, a doutrina do consentimento informado alcançou status de norma dos direitos humanos internacionais, sendo reclamada por cortes ao redor do mundo³⁴⁷.

É pacífico, no entanto, que não basta o consentimento do indivíduo, mas é indispensável que este tenha um conhecimento amplo de todo o processo do qual fará parte³⁴⁸. Pois, a maioria das pessoas que buscam serviços lhes tranquilizem, encontram-se predispostos a utilizar qualquer ferramenta, especialmente quando estes são vulnerados cultural ou socialmente³⁴⁹.

Na área forense, a predisposição se torna mais evidente e complexa, especialmente quando as pesquisas criminais fazem uso da informação genética³⁵⁰. Nestes casos as preocupações éticas devem iniciar na obtenção das amostras biológicas, mas, sobretudo, seguir pelas etapas de tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos³⁵¹. Para tanto, devem-se seguir as recomendações

³⁴³ GOLDIM, José Roberto. **O Processo de Consentimento Livre e Esclarecido em Pesquisa: uma nova abordagem**. Rev. Assoc. Med. Bras. 2003. 49(4): p. 372-374.

³⁴⁴ EUA contra Karl Brandt et al. **The Medical Case, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal under Control**. *Council Law* 1946. 2(10): p. 83.

³⁴⁵ Annas GJ. **Globalized Clinical Trials and Informed Consent**. *N. Engl J. Med* 2009. 360(20): p. 2050-2053.

³⁴⁶ Biondo-Simões MdeLP, Martynetz J, Ueda FMK, Olandoski M. **Compreensão do Termo de Consentimento Informado**. Rev. Col. Bras. Cir. 2007. 34(3): p. 183-188.

³⁴⁷ Annas GJ. **Globalized Clinical Trials and Informed Consent**. *N. Engl J. Med* 2009. 360(20): p. 2050-2053.

³⁴⁸ GOMES, Edeci. **Perícias Genéticas, Paternidade e Responsabilidade pela Procriação**. In: Martins-Costa J, Möller LI. (org) *Bioética e Responsabilidade*. Ed. Forense; 2009. p. 361-390.

³⁴⁹ Boy R, Schramm FR. **Bioética da proteção e tratamento de doenças genéticas raras no Brasil: o caso das doenças de depósito lisossomal**. *Cad. Saúde Pública* 2009. 25(6): p. 1276-1284.

³⁵⁰ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Consentimento Livre e Esclarecido em Genética Forense: intervenções necessárias**. In: *I Congresso Nacional Diversidade, Ética e Direitos Humanos*, 2010. Itapetinga: Itapetinga-BA, v. Único: p. 01-08.

³⁵¹ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos Processos de Identificação Humana: das características antropométricas ao DNA**. *Genética na Escola* 2009. p. 38-40.

da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, com vistas ao respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais³⁵².

Todavia, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos abre uma brecha para a não obtenção de consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. Este é o caso implícito na Lei 12.654³⁵³ quando torna obrigatória a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor para 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.

Do ponto de vista cultural, um dos maiores interferentes na expressão da autonomia durante o consentimento é o grau de instrução do sujeito. Para suplantar este entrave, tem-se buscado alternativas, como o uso da informação coletiva e alterações da linguagem utilizada no TCI sem, no entanto, esquecer-se das demandas normativas³⁵⁴.

O trabalho buscou caracterizar a efetividade do processo de consentimento utilizado no Instituto de Pesquisa e Perícias em Genética Forense do Departamento Geral de Polícia Técnico-Científica da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (IPPGF/DGPTC/PCERJ), isto é, da informação oral e do TCI oferecido aos doadores de material biológico para exames forenses. Todo material coletado pode ser utilizado também em pesquisas científicas, após a análise forense.

Ênfase foi dada à análise da legibilidade e adequação normativa do TCI. Tentou-se identificar o entendimento dos procedimentos de coleta e das fases de tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos por parte dos doadores, a fim de verificar se realmente estavam consentindo de forma autônoma com os exames de DNA criminais³⁵⁵.

³⁵² UNESCO. **International Declaration on Human Genetic Data**; 2003.

³⁵³ BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. 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*.

³⁵⁴ GOLDIM, José Roberto. **O Processo de Consentimento Livre e Esclarecido em Pesquisa: uma nova abordagem**. Rev. Assoc. Med. Bras. 2003. 49(4): p. 372-374.

³⁵⁵ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GARRIDO, Fabíola. **Consentimento informado em genética forense**. Santiago: Acta bioeth. vol.19 nº.2, nov. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2013000200015>. Acesso em: 10 jan. 2016.

3 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONEXOS À IDENTIFICAÇÃO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA E SUA APLICAÇÃO

Nesse capítulo será desenvolvido o tema relacionado aos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal e que possuem relação direta com o direito processual penal e com a legislação relacionada aos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil.

3.1 Os Direitos Fundamentais e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana

Com o intuito de se esclarecer o que realmente vem a ser dignidade Rizzatto Nunes³⁵⁶ aponta que: *‘dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica’.*

Assim, nesse contexto verifica-se um dos papéis do Direito, como instrumento pelo qual se controla a ‘bestialidade’ dos atos humanos, ou seja, controlam-se os impulsos que venham a ser prejudiciais à sociedade como um todo.

A dignidade apresenta-se, pois, como uma conquista da razão ético-jurídica. Seu conceito, porém, não é pacífico.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁵⁷ assevera que a dependência do elemento distintivo da razão fundamenta-se justamente na proteção daqueles que, por motivo de doença física ou deficiência mental, surgem como especialmente carecedores de proteção. E finalmente: se atribui como objeto da dignidade aquilo que precede qualquer reconhecimento, subtrai-se dela, na procura da ‘vida humana pura’, a dimensão social, para adquirir-se, por meio disso, a indisponibilidade da dignidade.’

Há também conceitos que traduzem a dignidade da pessoa humana como sendo o ‘direito a naturalidade’ ou ainda ‘direito a contingência’, o que traz um enorme desconforto, se for guiados apenas pela razão e auto finalidade.

Nesse contexto Chaves Camargo³⁵⁸ afirma que a:

³⁵⁶ NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

³⁵⁷ CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994. p. 27-28.

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005. p. 45-46.

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

Porém até a dignidade pode ser limitada, ou seja, a dignidade de uma pessoa só será ilimitada enquanto não afetar a dignidade de outrem. E, diferentemente do que se pensa, não é possível a uma pessoa violar a própria dignidade, pois se trata de uma razão jurídica adquirida com o decorrer da história, cabendo então ao Estado a função de zelar a saúde física e psíquica dos indivíduos.

Rizzatto Nunes³⁵⁹ considera, ainda, a dignidade da pessoa humana como sendo um *supra princípio* constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais. Como princípio fundador do Estado Brasileiro (CF art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana interessa não só pelo seu caráter principiológico, mas também, no presente estudo, pelo seu relacionamento com os direitos sociais. E nesse sentido, Sauthier³⁶⁰ assevera que:

A busca por equilíbrio entre o dever estatal de aplicar o *jus puniendi* e o respeito à dignidade da pessoa humana é a rotina vivenciada no processo penal. Assim, as normas processuais acabam inevitavelmente caindo na área de abrangência dos direitos fundamentais. Tal esforço em busca de harmonia também aparece no uso da tipagem genética e do banco de perfis genéticos dentro da persecução criminal. Mas quais os direitos fundamentais se polarizam na identificação e na investigação criminal genética? Não apenas visualizá-los, mas acima de tudo compreendê-los é essencial para atingir o objetivo desse trabalho no que diz respeito a análise do 'kit' tipagem-banco à luz do direitos fundamentais e da formatação jurídica-normativa da Lei 12.654/12³⁶¹.

Para o melhor entendimento dos direitos fundamentais, é necessário iniciar pela evolução histórica da tutela da dignidade da pessoa humana até se chegar ao estágio atual, incluindo a proteção consagrada pela Carta Magna de 1988. Em seu desenvolvimento, a defesa da personalidade do homem passou por um longo caminho. Na antiguidade, os conceitos de personalidade e individualidade eram

³⁵⁹ NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: doutrina e jurisprudência. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 48.

³⁶⁰ Ibid. p. 107.

³⁶¹ SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.107.

desconhecidos. O indivíduo era valorizado na sua atuação política, dentro de um grupo social³⁶².

Segundo Robl Filho³⁶³, apesar de não ter sido o nascedouro dos direitos fundamentais, foi no mundo antigo que surgiram as primeiras ideias-chave através da religião e da filosofia. Para Sarlet³⁶⁴ essa foi a pré-história dos direitos fundamentais. Foi tal ideário que depois influenciou o pensamento jusnaturalista. Mais tarde, especialmente a partir do século XVIII, pela influência das doutrinas jusnaturalistas, a ideia de direitos naturais passou a se corporificar. Para eles, pelo simples fato de existir, o ser humano era titular de alguns direitos naturais e inalienáveis³⁶⁵. Conforme Queijo³⁶⁶, o jusnaturalismo atribui a origem desses direitos a uma ordem jurídica superior (direito natural), e não ao direitos positivo. Eles seriam expressão da natureza humana comum e universal. São direitos inerentes a todos os homens antes mesmo da criação do Estado. Contudo, a elaboração doutrinária do contratualismo e das teorias dos direitos naturais somente ocorreu com o iluminismo de inspiração jusnaturalista, através de Rousseau na França, de Tomas Paine na América e de Kant na Alemanha. Se, foi Paine que popularizou a expressão direitos do homem (no lugar de direitos naturais), coube a Kant o marco conclusivo desta fase da história que acabou culminando com o reconhecimento dos direitos humanos. Aqui já é possível traçar uma distinção terminológica bem executada por Sarlet³⁶⁷.

Direitos do Homem são aqueles direitos naturais não positivados. Direitos humanos são aqueles direitos do homem positivados na esfera do Direito Internacional. Por fim, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados pelo direito constitucional interno de cada Estado³⁶⁸.

³⁶² Ibid. p. 107.

³⁶³ ROBL FILHO. Apud SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p. 107.

³⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 35.

³⁶⁵ Ibid. p. 37.

³⁶⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo. Saraiva. 2012. p. 72.

³⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **DA Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 29.

³⁶⁸ Ibid. p. 29.

De acordo com Cruz Villaron³⁶⁹, os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições. Queijo³⁷⁰ conclui no mesmo sentido, afirmando que para a efetiva proteção de tais direitos, é fundamental a sua positivação nos diplomas constitucionais de cada Estado.

Surgem então os ideais do positivismo em contrapartida aos jusnaturalistas, que consideravam a existência de uma ordem jurídica anterior e superior, inerente a todos os homens (direitos naturais). Para os positivistas, diferentemente, os direitos são constituídos quando há uma norma que os proteja. É diante desta constatação acentuada pelos positivistas que os direitos fundamentais ganham ainda mais importância³⁷¹.

Mas o reconhecimento dos direitos fundamentais no direito positivo também foi fruto de uma gradual evolução histórica. Para Sarlet, o precitado processo de elaboração doutrinária também foi acompanhado, lado a lado, por um processo de reconhecimento de tais direitos na esfera do direito positivo. O início dessa evolução, por ele chamada de antecedentes, se inicia por alguns pactos, incluindo a *Magna Charta Libertatum* firmada em 1215 pelo rei João Sem Terra e pelos bispos, e culmina com a *Declaração de Direitos do povo da Virgínia* (1776) e com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789- França), momento em que efetivamente nascem os direitos fundamentais. A partir de então, as Constituições do Século XIX vieram a consagrar e constitucionalizar os direitos do homem surgidos com a Declaração francesa³⁷².

Ultrapassados os seus antecedentes, o seu reconhecimento na esfera do direito positivo prosseguiu, passando por diversas transformações no seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação. Nessa nova etapa, costuma-se falar na existência de três dimensões de direitos fundamentais, existindo também quem fale em uma quarta e uma quinta.

O grande mestre Paulo Bonavides faz referência expressa ao termo gerações dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições dos países, sendo este posicionamento seguido por vários outros constitucionalistas.

³⁶⁹ VILLALÓN, apud SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p. 108.

³⁷⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo. Saraiva. 2012. p. 72-74.

³⁷¹ Ibid. p. 72-74.

³⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 41.

Explica Bonavides³⁷³: *‘os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo...’.*

Ressalte-se que parte da doutrina têm se levantado contra o posicionamento acima firmado, uma vez que, para eles o termo ‘gerações’ é impróprio para definir esta evolução dos direitos fundamentais. Fundamentam seus argumentos no fato de que o termo gerações poderia desencadear a falsa ideia no seguinte sentido: conforme fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra, o que como sabemos, jamais poderá acontecer. Tal posicionamento doutrinário defende que o mais correto seria a expressão ‘dimensão’, e não geração, pelos motivos acima detalhados.

De acordo com Ingo Sarlet³⁷⁴:

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...].

Posteriormente, Sarlet³⁷⁵ faz uma defesa a respeito do termo dimensões, explicando a causa de sua opção por tal termo:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’.

³⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 563.

³⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 49-50.

³⁷⁵ Ibidem. p. 55.

Válidas são as explicações trazidas por Cançado Trindade³⁷⁶, quando afirma que:

A fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno de hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social.

Com o passar dos tempos, o próprio Paulo Bonavides ponderou com relação ao termo gerações, segundo nos relata Dimitri Dimoulis³⁷⁷[5], nos seguintes termos:

Aliás, o próprio Bonavides, no desenrolar de seu texto, acaba reconhecendo a proeminência científica do termo ‘dimensões’ em face do termo ‘gerações’, ‘caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade’³⁷⁸.

Os direitos de **primeira geração ou dimensão** referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao Absolutista, dominando o século XIX, e corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Foram frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a consequente limitação dos poderes absolutos do Estado. Oponíveis, sobretudo, ao Estado, são direitos de resistência que destacam a nítida separação entre o Estado e a sociedade. Exigem do ente estatal, precipuamente, uma abstenção e não uma prestação, possuindo assim um caráter negativo, tendo como titular o indivíduo.

³⁷⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. Vol. 1. p 390.

³⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 34-35.

³⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 571-572.

Podem exemplificar os direitos de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, etc.

Vale à pena transcrever as palavras de Daniel Sarmento³⁷⁹, sendo que o mesmo assevera:

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o 'jardim e a praça'. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o 'homem civil' precederia o 'homem político' e o 'burguês' estaria antes do 'cidadão'. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Preciosas são as palavras de Paulo Bonavides³⁸⁰ ao fazer referência aos direitos de primeira dimensão quando afirma que:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.

Os direitos de **segunda geração ou dimensão** relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. A Revolução Industrial foi o grande marco dos direitos de segunda geração, a partir do século XIX, implicando na luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais (essenciais básicos: alimentação, saúde, educação etc.). O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT).

³⁷⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 12-13.

³⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

Conforme muito bem ressaltado por Daniel Sarmiento³⁸¹:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.

O direito de segunda geração, ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste políticas públicas, tratando-se, portanto de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outros.

Bonavides³⁸² ao fazer referência aos direitos de segunda geração afirmou que:

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Seguindo os mesmos caminhos traçados pelo contexto acima relacionado, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet³⁸³:

[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

³⁸¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 19.

³⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p 517.

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 50.

Traçando um paralelo entre os direitos de primeira e segunda geração, George Marmelstein³⁸⁴ afirma que:

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

Os direitos de **terceira geração ou dimensão** consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. Possui origem na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), revolução dos meios de comunicação e de transportes.

Podemos citar como direitos de terceira geração: direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à paz, cuidando-se de direitos transindividuais, sendo alguns deles coletivos e outros difusos, o que é uma peculiaridade, uma vez que não são concebidos para a proteção do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

Paulo Bonavides³⁸⁵, ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração, cita os seguintes termos:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

³⁸⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p.50.

³⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006. p. 569.

Em nosso ordenamento jurídico brasileiro, temos a distinção entre direitos coletivos *em sentido estrito*, direitos *individuais homogêneos* e direitos *difusos*, sendo que a definição destes direitos está contida no art. 81, parágrafo único do nosso Código de Defesa do Consumidor:

I – ‘interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato’;

II – ‘interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe e pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base’;

III – ‘interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum’.

Ao fazer referência aos direitos de terceira geração ou dimensão, Ingo Sarlet³⁸⁶ ressalta que:

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Fernanda Luiza³⁸⁷ aponta que:

Os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados.

Portanto, os direitos de terceira geração ou dimensão possuem como seus sujeitos ativos uma titularidade difusa ou coletiva, uma vez que não visualizam o homem como um ser singular, mas toda a coletividade ou o grupo.

³⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 58

³⁸⁷ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 74-75.

Após a manifestação a respeito dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, podemos observar que os mesmos correspondem ao lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade.

Na atualidade existem doutrinadores que defendem a existência dos **direitos de quarta geração ou dimensão**, apesar de ainda não haver consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessa espécie de direito.

Para Norberto Bobbio³⁸⁸, *‘tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética’*.

Apesar de ser por uma visão um pouco diferente de Norberto Bobbio, Paulo Bonavides³⁸⁹, também, defende a existência dos direitos de quarta geração, com aspecto introduzido pela globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo, conforme abaixo transcrito:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Além de Paulo Bonavides, outros constitucionalistas vêm promovendo o reconhecimento dos direitos de quarta geração ou dimensão, conforme podemos perceber nas palavras do mestre Marcelo Novelino³⁹⁰ (2008, p. 229), quando ressalta que:

Tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e

³⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 6. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 571-572.

³⁹⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 229.

correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Registre que já existem autores defendendo a existência dos direitos de quinta geração ou dimensão, sendo que entre eles podemos citar o próprio Paulo Bonavides, aonde o mesmo vem afirmando nas últimas edições de seu livro, que a *Paz* seria um direito de quinta geração. Vale à pena frisar as palavras de Raquel Honesko³⁹¹, quando ressalta que:

[...] em recentes debates científicos (IX Congresso Ibero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), BONAVIDES fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de '11 de Setembro', em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um *direito à paz*. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à *paz* no âmbito da proteção dos direitos fundamentais.

Faz-se necessário colacionar os ensinamentos de José Adércio Sampaio Leite³⁹², quando referencia os direitos de quinta geração ou dimensão:

[...] como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração dos direitos humanos com múltiplas interpretações. Tehrarian (1997 a e b) diz sobre 'direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados', mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de 'segurança ontológica' para usar a expressão de Laing (1969). Para Marzouki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado 'animal' do homem, conduzindo os 'clássicos' direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementaridade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem.

³⁹¹ HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In: FACHIN, Zulmar (coordenador). **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 195-197.

³⁹² SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.302.

3.2 As Possíveis Colisões dos Direitos Fundamentais no Contexto da Identificação e da Investigação Criminal Genética

Das relações entre os indivíduos e o Estado surge a dificuldade de conjugar a autossuficiência do primeiro com as necessidades e obrigações da vida em sociedade. Este é o grande desafio da convivência humana: uma constante busca em conciliar esses dois interesses colidentes. Essa dificuldade também se reflete na esfera de aplicação dos direitos fundamentais³⁹³.

Segundo Figueiredo Dias³⁹⁴, a conjugação desses dois vetoriais também está presente no processo penal, cuja busca de harmonização faz parte de sua própria rotina diária. Trois Neto³⁹⁵ aborda essa temática afirmando que a processualização da intervenção penal busca instrumentos tanto para a proteção da sociedade como, ao mesmo tempo, assegurar a legitimidade e a moderação desse instrumental. Em suma, busca proteger esses dois interesses que são tutelados por direitos fundamentais colidentes. Dias Neto³⁹⁶ retrata essa realidade através de uma metáfora muito feliz. Ele afirma que essa situação poderia ser simbolizada com um pêndulo que se move entre duas posições fundamentais: O interesse da investigação (eficientismo) e a proteção da personalidade do acusado (garantismo).

Trois Neto³⁹⁷ utiliza o efficientismo para identificar o ideal de maximização em favor de instâncias persecutórias, dos meios aptos a promover a realização do direito penal. E o garantismo como ideal de otimização do conjunto de direitos e garantias individuais, oponíveis contra o Estado, que enfeixam a significação do processo como uma limitação da atuação dos poderes públicos. Como essas duas forças são tuteladas por direitos fundamentais, necessário se faz o exame de como se formulam e resolvem as colisões entre esses direitos.

3.3 O Direito de não Produzir Prova Contra si Mesmo

³⁹³ DIAS. Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. p.58.

³⁹⁴ Ibid. p. 58.

³⁹⁵ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito a não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.25.

³⁹⁶ DIAS. Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1974. p. 58.

³⁹⁷ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito a não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.25.

O princípio **nemo tenetur se detegere** apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar. Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal³⁹⁸.

Segundo Queijo³⁹⁹, o mencionado princípio consolidou-se como direito fundamental, vinculado ao Estado de Direito, estritamente relacionado com outros direitos igualmente consagrados: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal.

A manifestação mais tradicional do princípio **nemo tenetur se detegere** é o direito ao silêncio. Importante ressaltar que esse direito somente teve lugar no modelo acusatório. No modelo inquisitório, o acusado era compelido a confessar e, por isso mesmo, não havia lugar para o direito ao silêncio⁴⁰⁰.

Além disso, o acusado era considerado objeto da prova, de modo que era permitida a utilização de quaisquer métodos, até mesmo a tortura, para a revelação de uma verdade pré-concebida, que deveria, forçosamente, ser confirmada por ele no interrogatório⁴⁰¹.

De acordo com Queijo⁴⁰², a possibilidade de constituir advogado para o desenvolvimento da defesa técnica foi decisiva para que o direito ao silêncio fosse reconhecido e viável. Enquanto não era consentido ao acusado constituir advogado, o silêncio no interrogatório era uma postura praticamente suicida. Isto porque, se ele não falasse em sua defesa, ninguém poderia fazê-lo.

O princípio **nemo tenetur se detegere** foi-se firmando como direito do cidadão diante do poder estatal, limitando a atividade do Estado na busca da verdade no processo penal e, sobretudo, como medida de respeito à dignidade.

Segundo Queijo⁴⁰³, mais recentemente passou-se a cogitar da aplicação do princípio às provas que dependem da cooperação do acusado, especialmente nos

³⁹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio **nemo tenetur se detegere** e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 25.

³⁹⁹ Ibid. p. 25.

⁴⁰⁰ Ibid. p. 25.

⁴⁰¹ Ibid. p. 25.

⁴⁰² Ibid. p. 25.

⁴⁰³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio **nemo tenetur se detegere** e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 26.

exames de sangue de DNA e nos exames de alcoolemia, relacionados aos crimes de trânsito.

O estudo do tema desvenda duas tendências existentes no processo penal: de um lado, a vertente garantística, que reconhece o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas várias repercussões no interrogatório e nas provas que dependem da colaboração do acusado. De outro, a vertente que se inclina pelo recrudescimento da persecução penal, com a mitigação dos direitos e garantias individuais. Segundo a última vertente, o direito ao silêncio sofre diversas restrições. A colaboração do acusado na produção das provas passa a ser exigida ou, quando menos, sensivelmente estimulada⁴⁰⁴.

O primeiro passo no tratamento do tema será o estudo histórico do princípio *nemo tenetur se detegere*. Referido estudo apresenta grande relevo para a compreensão do desenvolvimento posterior do princípio e da dimensão por ele assumida nos diversos ordenamentos jurídicos⁴⁰⁵.

A ênfase dada ao aspecto histórico, no presente trabalho, justifica-se não por seu caráter ilustrativo, mas pelo assentamento das premissas sobre as quais o princípio foi-se desenvolvendo, ao longo da história, nos ordenamentos continentais e de common law⁴⁰⁶.

Segundo Queijo⁴⁰⁷, o conceito de verdade no processo penal e os limites dos poderes do juiz entrelaçam-se com o tema escolhido. Por isso, serão objeto de exame.

O mito da verdade real, no processo penal, contrapõe-se ao reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, que é identificado como óbice à pesquisa dessa verdade⁴⁰⁸.

De acordo com Queijo⁴⁰⁹, igualmente, esse princípio suscita o debate sobre a predominância do interesse individual do acusado sobre o interesse público e vice-versa, entendendo-se por interesse público o interesse da sociedade na persecução penal e na busca da verdade real.

⁴⁰⁴ Ibid. p. 26.

⁴⁰⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 26.

⁴⁰⁶ Ibid. p. 26.

⁴⁰⁷ Ibid. p. 26.

⁴⁰⁸ Ibid. p. 26.

⁴⁰⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 27.

Segundo Queijo⁴¹⁰, prevalecendo o interesse individual, de forma absoluta, a persecução penal seria inviabilizada. Mas, prevalecendo o interesse público, de modo exclusivo, não haveria qualquer freio para a persecução penal, abrindo-se espaço para arbitrariedades e violações de direitos.

A aplicação do princípio em foco traz à tona também a questão dos limites dos poderes do juiz, principalmente com relação às medidas coercitivas que possam compelir o acusado a cooperar no processo penal, mais especificamente na produção das provas⁴¹¹.

O princípio em questão será estudado, igualmente, sob o enfoque dos direitos fundamentais, daí se extraindo diversas consequências, com relevo para os requisitos que norteiam as restrições aos direitos fundamentais. Nessa linha, o princípio será analisado do prisma constitucional brasileiro, com destaque para os diplomas internacionais que o contemplam como direito fundamental e que foram incorporados ao direito interno; como direito encartado na garantia do devido processo legal, na ampla defesa e na presunção de inocência, bem como sua relação com a tutela da dignidade humana⁴¹².

A aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* será analisada em dois momentos distintos do processo penal: no interrogatório e nas provas que dependem da colaboração do acusado, que serão objeto de estudo no direito brasileiro e em diversos ordenamentos estrangeiros⁴¹³.

O estudo compreenderá o apontamento das diversas decorrências da aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* no interrogatório e nas provas que dependem da colaboração do acusado, bem como das consequências que advêm da violação ao princípio em foco⁴¹⁴.

Será analisado o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, com a apresentação de possíveis soluções para a sua preservação, sem a inviabilização da persecução criminal⁴¹⁵.

Genericamente, afirma-se que os direitos fundamentais buscam a proteção da dignidade humana, da liberdade e da igualdade.

⁴¹⁰ Ibid. p. 27.

⁴¹¹ Ibid. p. 27.

⁴¹² Ibid. p. 27.

⁴¹³ Ibid. p. 27.

⁴¹⁴ Ibid. p. 27.

⁴¹⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 27.

Com frequência, a expressão 'direitos fundamentais' é empregada como sinônimo de direitos humanos, identificando-se inclusive as três gerações de direitos fundamentais, como se faz com relação aos primeiros⁴¹⁶.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴¹⁷ e Alexandre de Moraes⁴¹⁸ intitulam os direitos fundamentais de direitos humanos fundamentais. Paulo Bonavides⁴¹⁹, em tom de crítica, entende que há uso indiscriminado dessas expressões, como sinônimas, sem apontar, contudo, um critério distintivo entre as duas categorias.

Predomina porém, o entendimento de que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, de modo especial nas Constituições dos Estados. Nessa esteira, Canotilho⁴²⁰ ensina que, segundo sua origem e significado, os direitos humanos são: 'direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos', enquanto os direitos fundamentais são 'os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente'.

Também Fábio Konder Comparato⁴²¹, em obra dedicada aos direitos humanos, formula distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, tomando por parâmetro o reconhecimento expresso em diplomas legislativos. Assim, sustenta o referido autor, louvado na doutrina germânica a respeito, que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos como tal expressamente, na legislação interna ou no plano internacional. Em síntese, são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais⁴²². Daí decorre a conclusão de que os direitos humanos não são, necessariamente, reconhecidos expressamente em diplomas legislativos.

No mesmo sentido, Ana Maria D'Ávila Lopes⁴²³, na tese de doutorado intitulada *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*, conclui que:

A expressão direitos humanos faz referência aos direitos do homem em nível supranacional, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico,

⁴¹⁶ Ibid. p. 69.

⁴¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁴¹⁸ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988. In: **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 65-81, esp. p. 65.

⁴¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514.

⁴²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 369.

⁴²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

⁴²² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 71.

⁴²³ LOPES, Ana Maria D'Ávila, *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*, cit., p. 42.

significando o pré-positivo, o que está antes do Estado, ao passo que os direitos fundamentais são a positivação daqueles nos diferentes ordenamentos jurídicos, adquirindo características próprias de cada um deles.

Salienta-se ainda que os direitos fundamentais, representando os direitos humanos formalmente reconhecidos, trouxeram maior grau de segurança jurídica. De fato, a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições, a partir do século XIX, representou importante passo para suprir a falta de eficácia das declarações de direitos do século XVIII. E ainda para assegurar sua observância e impedir sua supressão do ordenamento⁴²⁴. Por outro lado, a positivação dos direitos fundamentais deixa evidentes as 'concepções filosófico-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade, em um certo momento histórico'⁴²⁵.

De acordo com Queijo, subjacente à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, calcado na positivação ou não desses direitos, encontra-se o debate entre as teorias jusnaturalista e positivista⁴²⁶.

Defende o jusnaturalismo a existência de um ordenamento universal chamado direito natural, anterior ao direito positivo. O jusnaturalismo deu importantes contribuições para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. Sinteticamente, caracteriza-se o jusnaturalismo pelo entendimento de que a origem dos direitos fundamentais não é o direito positivo, mas uma ordem jurídica superior, que é o direito natural; o direito natural é expressão da natureza humana comum e universal; os direitos humanos existem independentemente de reconhecimento pelo direito positivo⁴²⁷. Nessa ótica, os direitos fundamentais não são criação dos legisladores, mas de uma ordem universal, imutável e inderrogável⁴²⁸. Segundo essa concepção, são direitos inerentes a todo homem, antes mesmo da criação do Estado, identificando-se com os direitos humanos⁴²⁹.

⁴²⁴ As declarações de direitos, para os jusnaturalistas, representam a consagração normativa dos direitos inerentes a todos os homens. Não têm caráter constitutivo, mas não há mecanismos de garantia e proteção desses direitos (cf. LOPES, Ana Maria D'Ávila, Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar, cit., p. 53-56).

⁴²⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 130.

⁴²⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 71.

⁴²⁷ Ibid. p. 72.

⁴²⁸ Ibid. p. 72.

⁴²⁹ Ibid. p. 72.

Já o positivismo não considera a existência de uma ordem jurídica anterior, inerente a todos os homens. Segundo essa concepção, os direitos são constituídos quando há uma norma que os proteja. E os direitos fundamentais são aqueles assim considerados pelo legislador, independentemente de uma ordem superior e anterior. O positivismo reconhece a mutabilidade do direito, no tempo e no espaço⁴³⁰. Desse modo, são direitos fundamentais apenas aqueles positivados, expressando a soberania popular⁴³¹.

A expressão 'liberdades públicas' também se relaciona à matéria. Manoel Gonçalves Ferreira Filho define as liberdades públicas como direitos subjetivos oponíveis ao Estado, 'poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos'⁴³².

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem sido considerado direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Nesse sentido, Vassall⁴³³, Grevi⁴³⁴ e Zuccalà⁴³⁵ já se manifestaram. Cuida-se do direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio⁴³⁶.

Parece acertado referido entendimento, de acordo com as notas características dos direitos fundamentais. Nelas se dá ênfase à proteção do indivíduo contra excessos e abusos por parte do Estado. Em suma: é resguardada, nos direitos fundamentais, a dignidade humana, sendo que ganha relevo a esfera atinente às ingerências do Estado⁴³⁷.

Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas

⁴³⁰ Ibid. p. 73.

⁴³¹ Ibid. p. 73.

⁴³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos humanos fundamentais**, cit., p. 28-29.

⁴³³ VASSALI, 1969 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 77.

⁴³⁴ GREVI, 1972 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 77.

⁴³⁵ ZUCCALA, 1969 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 77.

⁴³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 77.

⁴³⁷ Ibid. p.77.

para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra mé- todos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações⁴³⁸.

Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado. Conforme Paulo Bonavides⁴³⁹, os direitos de primeira geração traduzem-se em direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Inclui-se entre as liberdades negativas: por meio dele, assegura-se uma esfera de liberdade ao indivíduo que não deve sofrer vulnerações por parte do Estado. Cabe a este abster-se de interferir nessa esfera.

Segundo Queijo, deve-se salientar porém, que, embora o *nemo tenetur se detegere* esteja encartado entre os direitos de primeira geração, nos quais a ênfase é o resguardo do indivíduo diante do Estado, não se pode deixar de ressaltar a ótica do interesse público em sua tutela. Isto porque, como adiante se observará, o *nemo tenetur se detegere* se insere no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal⁴⁴⁰.

Por via de consequência, repercute na própria legitimação da jurisdição. Nesse sentido, não é apenas o direito daquele indivíduo que está sendo investigado ou processado, especificamente, mas é de interesse público, para o exercício correto e adequado da jurisdição. Além de direito, o *nemo tenetur se detegere* é também garantia. Trata-se de garantia da liberdade, em especial da liberdade de autodeterminação do acusado⁴⁴¹.

De acordo com Queijo, enquanto um direito fundamental, eventuais restrições à sua incidência, que têm caráter excepcional, poderão ser reguladas exclusivamente por lei, respeitado seu conteúdo. E deverão atender ao princípio da proporcionalidade, ou seja, é necessário que sejam observadas a adequação, a necessidade e a razoabilidade da medida adotada⁴⁴².

⁴³⁸ Ibid. p.77.

⁴³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.

⁴⁴⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 78.

⁴⁴¹ Ibid. p. 78.

⁴⁴² Ibid. p. 78.

3.3.1 O Princípio 'Nemo Tenetur se Detegere' nos Diplomas Internacionais e sua Incorporação ao Direito Nacional

De acordo com Queijo, por se tratar de direito fundamental, o nemo tenetur se detegere foi reproduzido em diplomas que versam sobre direitos humanos⁴⁴³.

Assim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, referiu-se expressamente ao princípio em questão, dispondo, em seu art. 14, nº 3, alínea g, que toda pessoa acusada de um crime tem direito de 'não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar- -se culpada'⁴⁴⁴.

Também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi reconhecido o princípio nemo tenetur se detegere entre as garantias mínimas a serem observadas em relação às pessoas acusadas de um delito⁴⁴⁵.

No art. 8º, parágrafo 2º, alínea g, estabelece-se o 'direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada'⁴⁴⁶.

Anteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁴⁷, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, ainda que se tenha referido à presunção de inocência e estabelecido a não utilização da tortura, não mencionou expressamente o princípio nemo tenetur se detegere⁴⁴⁸.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, igualmente, embora não se tenha referido expressamente ao nemo tenetur se detegere, acolheu, no art. 6º, a presunção de inocência e as regras do fair hearing⁴⁴⁹.

Saliente-se que o Brasil ratificou, somente no ano de 1992, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O cumprimento de seus dispositivos foi de- terminado, respectivamente,

⁴⁴³ Ibid. p. 79.

⁴⁴⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 78.

⁴⁴⁵ Ibid. p.79.

⁴⁴⁶ Ibid. p.79.

⁴⁴⁷ Ibid. p.79.

⁴⁴⁸ Ibid. p.80.

⁴⁴⁹ Ibid. p.80.

pelos Decretos n. 592, de 6 de julho, e n. 678, de 6 de novembro, ambos daquele ano⁴⁵⁰.

Segundo Queijo, indaga-se, então, qual seria a hierarquia das normas constantes dos diplomas internacionais em foco que foram incorporados ao direito brasileiro⁴⁵¹.

Em alguns ordenamentos, a própria Constituição se encarrega de definir quais os tratados que têm hierarquia constitucional. É o que ocorre, por exemplo, no direito argentino, no qual, além do princípio geral, estampado na Constituição, de que os tratados têm hierarquia superior à das leis, o seu art. 22 enumera quais os diplomas internacionais que têm hierarquia de normas constitucionais, todos eles relativos a direitos humanos⁴⁵².

No ordenamento brasileiro, em que pese a existência de normas constitucionais aplicáveis aos tratados internacionais de direitos humanos, consubstanciadas no § 2º do art. 5º e no § 3º do mesmo dispositivo, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, o tema ainda é objeto de discussões ⁴⁵³.

No direito nacional, os tratados e convenções internacionais são incorporados, mediante a conjugação de vontades do Poder Executivo e do Legislativo, já que deverão ser subscritos pelo Presidente da República e aprovados pelo Congresso Nacional, que expedirá o decreto legislativo⁴⁵⁴.

Com o decreto legislativo é que se tem a incorporação do tratado ou convenção internacional ao direito interno. Anteriormente à Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, registravam-se diferentes sustentações doutrinárias no direito internacional, quanto à hierarquia das normas dos tratados e convenções internacionais incorporadas ao direito nacional, fossem eles de direitos humanos ou não⁴⁵⁵.

Sustentavam Hildebrando Accioly, Oscar Tenório e Haroldo Valladão que as normas dos tratados e convenções internacionais tinham hierarquia superior à das leis ordinárias do direito interno. O primeiro autor afirmava que os tratados e convenções internacionais revogavam leis anteriores a eles contrárias. Já as leis posteriores não

⁴⁵⁰ Ibid. p.80.

⁴⁵¹ Ibid. p.80.

⁴⁵² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 81.

⁴⁵³ Ibid. p. 81.

⁴⁵⁴ Ibid. p. 81.

⁴⁵⁵ Ibid. p. 81.

deviam com eles conflitar e não os revogavam. Defendia até mesmo a supremacia dos referidos diplomas sobre as Constituições⁴⁵⁶.

Já Oscar Tenório⁴⁵⁷ entendia que há distinção entre os tratados e a lei ordinária em termos de hierarquia. Defendia que a lei posterior não revogava o tratado, mas o tratado podia alterar a lei anterior.

Haroldo Valladão⁴⁵⁸, por seu turno, sustentava que as normas dos tratados e convenções internacionais prevaleciam sobre as normas internas. Desse modo, até mesmo as normas constitucionais não podiam conflitar com as de direito internacional, incorporadas ao direito interno. Referido autor defendia a absoluta supremacia do direito internacional.

Celso Albuquerque de Mello⁴⁵⁹ também defendia a primazia da norma internacional sobre o direito interno.

Contudo, tal posicionamento doutrinário não prevaleceu nem mesmo em relação aos tratados de direitos fundamentais. Predominava o entendimento de que os tratados e convenções internacionais, ao serem incorporados ao direito nacional, tinham hierarquia de lei ordinária e não de normas constitucionais, nem supranacionais⁴⁶⁰.

No direito constitucional, a título ilustrativo, apoiavam referido posicionamento Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, Zeno Veloso e Clèmerson Clève.

Os dois primeiros autores afirmavam que a exegese do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se restringia ao sentido de que o elenco de direitos fundamentais constante desse artigo não era taxativo. Mas não extraíam disso a conclusão de que os direitos fundamentais, previstos nos tratados internacionais, incorporados ao direito interno, tinham hierarquia constitucional.

⁴⁵⁶ Ibid. p. 81.

⁴⁵⁷ TENÓRIO, 1976 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 82.

⁴⁵⁸ VALLADÃO, 1980 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 82.

⁴⁵⁹ MELLO, 1996 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 82.

⁴⁶⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 82.

Aliás, em obra dedicada aos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁶¹ sustentava que não havia fundamento, no direito brasileiro para se considerar a norma de tratado, incorporada ao direito interno, como norma de hierarquia constitucional. Concluía que as normas do tratado incorporado tinham força de lei ordinária. Sendo assim, no entendimento do autor, os direitos fundamentais teriam dois níveis: constitucional (previstos no texto da Constituição) e de lei ordinária (advindos da incorporação de tratados).

Zeno Veloso⁴⁶² e Clèmerson Clève⁴⁶³, na mesma esteira, sustentavam que o tratado internacional incorporado ostentava a hierarquia de lei ordinária federal.

No direito internacional, José Francisco Rezek e Irineu Strenger também defendiam o mesmo entendimento. Rezek⁴⁶⁴ afirmava que prevaleceu a posição de que possuíam a mesma hierarquia.

Irineu Strenger⁴⁶⁵ propunha duas regras, sendo a primeira de que os tratados não podiam opor-se às normas constitucionais. Se isso ocorresse, prevaleceriam as últimas. E a segunda no sentido de que, se o direito interno dispusesse diferentemente de norma de tratado anterior prevaleceria o primeiro. Defendia que os tratados internacionais, incorporados ao direito interno, tinham hierarquia de leis.

Apesar da prevalência desse posicionamento, mesmo antes da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, registrava-se, com relação aos diplomas internacionais referentes a direitos humanos, diferente entendimento doutrinário, que ganhou espaço.

⁴⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva. 1990, v. 1, p. 87; BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 2, p. 395-396.

⁴⁶² VELOSO, 1999 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 83.

⁴⁶³ CLÈVE, 1995 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 83.

⁴⁶⁴ REZEK, 1984 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 83

⁴⁶⁵ STRENGER, 1973 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 83

Dessa ótica, ressaltava-se o relevo que foi dado, na Constituição de 1988, aos direitos fundamentais e, sobretudo, à dignidade humana, que foi erigida a valor informador do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁶⁶.

No direito constitucional, José Afonso da Silva⁴⁶⁷ já sustentava que, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, as normas de tratados que versavam sobre direitos fundamentais, incorporadas, eram direitos constitucionais.

No mesmo diapasão, Flávia Piovesan⁴⁶⁸ sustentava que os direitos previstos em tratados internacionais, relativos a direitos humanos, aos quais, o Brasil aderiu, tinham hierarquia de norma constitucional. E acrescentava ainda que tinham eles aplicação imediata, não estando sujeitos ao procedimento rotineiro de incorporação de tratados internacionais ao direito interno.

Consoante referida autora, tal entendimento advinha do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que os direitos e garantias expressos no texto constitucional 'não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'⁴⁶⁹.

Desse modo, a interpretação sistemática e teleológica da Constituição, que dá relevo aos direitos fundamentais e à dignidade humana; o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais relativas a direitos e garantias fundamentais; o processo de globalização e o tratamento diferenciado fornecido aos tratados de direitos humanos, especialmente nas Constituições latino-americanas, já reforçavam o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos tinham hierarquia de normas constitucionais no direito brasileiro⁴⁷⁰.

Também Antônio Augusto Cançado Trindade⁴⁷¹ apoiava citado posicionamento ao observar que:

⁴⁶⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 84.

⁴⁶⁷ SILVA, 2000 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 84.

⁴⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-37.

⁴⁶⁹ Ibid. p. 37.

⁴⁷⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 84.

⁴⁷¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva 1991. p. 631-632.

A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação do Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições, vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos neles garantidos passam, consoante os artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.

Comungando do mesmo entendimento, Fernando Luis Ximenes Rocha⁴⁷² acrescentava que os direitos fundamentais consagrados em tratados internacionais constituíam cláusula pétrea, não podendo ser abolidos por emenda constitucional, consoante assegura o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Mas o mesmo autor observava que os tratados, inclusive os que versavam sobre direitos humanos, podiam ser denunciados pelos Estados que a eles aderiram. Nesse aspecto, os direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais e incorporados ao direito interno, embora dotados de hierarquia constitucional, teriam esse elemento diferenciador⁴⁷³.

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner⁴⁷⁴, por sua vez, adotava o referido posicionamento, observando que as normas protetoras de direitos humanos tinham status diferenciado no ordenamento brasileiro, porque eram incorporadas ao elenco de direitos fundamentais da Constituição. Sustentava, ainda, que, mesmo se não existisse o art. 5º, § 2º, as normas que consagravam direitos humanos seriam normas materialmente constitucionais⁴⁷⁵.

Na doutrina processual penal, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho⁴⁷⁶ já sustentavam, também com suporte no art. 5º, § 2º, do texto constitucional, que as garantias processuais penais da

⁴⁷² ROCHA, 2002 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 85.

⁴⁷³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 85.

⁴⁷⁴ STEINER, 2000 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 86.

⁴⁷⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 86.

⁴⁷⁶ GOMES FILHO, 1997 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 86.

Convenção Americana tinham hierarquia das normas constitucionais e que tais garantias interagem e completavam aquelas que foram expressas na Constituição, devendo prevalecer a que melhor assegurasse os direitos fundamentais.

Reafirmando o posicionamento anteriormente exposto, Antônio Magalhães Gomes Filho⁴⁷⁷, na obra *O direito à prova no processo penal*, manifestava sua posição de que os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, tinham hierarquia constitucional, complementando o sistema de direitos fundamentais da Constituição Federal, com apoio no art. 5º, § 2º, do texto constitucional.

Na mesma esteira, Antônio Scarance Fernandes⁴⁷⁸, observando que havia resistência dos tribunais em adotarem referido entendimento, sustentava, entretanto, que há forte tendência a se reconhecer status de norma constitucional às normas de tratados internacionais de direitos humanos.

Tendo em vista a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional e a relevância atribuída aos direitos fundamentais e ao valor da dignidade humana, sempre defendemos o entendimento de reconhecer hierarquia constitucional aos direitos previstos nos tratados e convenções internacionais, que versam sobre direitos humanos, aos quais o Brasil aderiu⁴⁷⁹.

Tal posicionamento decorre também da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que, embora não faça expressa referência à hierarquia das normas de tratados internacionais de direitos humanos, estabelece que o rol dos direitos fundamentais estampado nesse artigo não é taxativo, admitindo que integrem esse rol aqueles direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados no texto constitucional e dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte⁴⁸⁰.

Assim sendo, não haveria sentido em atribuir hierarquia inferior aos direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais, aos quais o Brasil aderiu. Posicionamento assumido nesse sentido comprometeria o sistema de direitos fundamentais, vulnerando-o, ao estabelecer hierarquia entre os próprios direitos fundamentais: teriam hierarquia constitucional os direitos expressos na Constituição e

⁴⁷⁷ GOMES FILHO, 1997 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 87.

⁴⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26.

⁴⁷⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 87.

⁴⁸⁰ Ibid. p. 87

hierarquia inferior (de lei ordinária) aqueles consignados nos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil⁴⁸¹.

As consequências desse entendimento são extremamente relevantes para o sistema de direitos fundamentais, pois repercutiriam especialmente sobre a interpretação da legislação ordinária em face de determinado direito fundamental, devendo-se observar se ele é de hierarquia constitucional ou não. E ainda sobre eventuais alterações legislativas, já que os direitos fundamentais, com hierarquia de lei ordinária, poderiam ser alterados e até mesmo revogados por lei de igual hierarquia, ficando fora da proteção do art. 60, § 4º, IV, da Constituição⁴⁸².

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi acrescentado ao art. 5º da Constituição Federal o § 3º, segundo o qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Melhor seria que o texto constitucional tivesse afirmado, expressamente, que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm hierarquia constitucional, como se dá na Constituição argentina⁴⁸³.

Em nosso entendimento, entretanto, tal disposição não afasta a hierarquia constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos incorporados anteriormente ao direito nacional, sem que tenha havido aprovação por três quintos dos votos de cada uma das Casas do Congresso Nacional⁴⁸⁴.

De acordo com Queijo⁴⁸⁵, nesse aspecto, comungamos do mesmo posicionamento sustentado por Flávia Piovesan, que defende que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45 têm hierarquia constitucional, fundada no art. 5º, § 2º, do texto constitucional, porque são materialmente constitucionais. Assim sendo, a disposição contida no § 3º do art. 5º da Constituição apenas se prestaria a erigir os tratados internacionais de

⁴⁸¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 87.

⁴⁸² Ibid. p. 87

⁴⁸³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 89.

⁴⁸⁴ Ibid. p. 88

⁴⁸⁵ Ibid. p. 88

direitos humanos em normas formalmente constitucionais, com status de emenda constitucional⁴⁸⁶.

Interpretação diversa conduziria à consequência de ter-se duas categorias distintas de normas de direitos humanos advindas de tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro: as anteriores à Emenda Constitucional n. 45, de 2004, com hierarquia de lei federal, e aquelas posteriores, com hierarquia constitucional, se aprovados os tratados na forma estabelecida no aludido dispositivo. Tal interpretação, no entanto, colide com o sistema de direitos fundamentais estruturado na Constituição Federal, alicerçado no valor da dignidade humana⁴⁸⁷.

Em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, como anteriormente observado, foi ele expressamente previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, por força dos respectivos decretos legislativos⁴⁸⁸.

Desse modo, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45/2004, em razão da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, já sustentávamos que o princípio *nemo tenetur se detegere* foi incorporado ao rol dos direitos fundamentais, estampados nesse artigo, por se achar disciplinado nos aludidos diplomas internacionais de direitos humanos, com status, portanto, de norma constitucional, o que veio a ser corroborado pelo § 3º do art. 5º da CF.

De acordo com Queijo⁴⁸⁹, com isso, o princípio *nemo tenetur se detegere* é norma constitucional, material e formalmente.

Os princípios e as regras são espécies de normas⁴⁹⁰. Por isso, afirma-se que também os princípios são dotados de normatividade, ou seja, têm força vinculativa, determinando comportamentos e norteando a interpretação de outras normas⁴⁹¹.

Diversas distinções são apontadas entre as duas categorias. Assim, sustenta-se que os princípios possuem elevado grau de abstração, enquanto nas regras esta é

⁴⁸⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 89.

⁴⁸⁷ Ibid. p. 89.

⁴⁸⁸ Ibid. p. 89.

⁴⁸⁹ Ibid. p. 89.

⁴⁹⁰ Ibid. p. 90.

⁴⁹¹ Ibid. p. 90.

reduzida⁴⁹². Além disso, aduz-se que os princípios são vagos e indeterminados. Já as regras permitem aplicação direta.

Observa-se também que a generalidade das regras é diversa da generalidade presente nos princípios. As regras são gerais porque são estabelecidas para um número indeterminado de fatos. Os princípios são gerais porque comportam uma série indefinida de aplicações⁴⁹³.

De acordo com Queijo, acrescenta-se ainda que os princípios exercem função de fundamento no ordenamento jurídico, inclusive das próprias regras⁴⁹⁴. Destaca-se que os princípios são normas jurídicas que objetivam a otimização de um direito ou de um bem jurídico. As regras, por seu turno, prescrevem um comportamento.

O conflito de princípios resolve-se pela ponderação de bens e valores envolvidos, sem que nenhum deles seja completamente eliminado. Os princípios coexistem, enquanto as regras antinômicas excluem-se. Por isso, afirma-se que as regras obedecem à lógica do 'tudo ou nada'. São aplicáveis ou não⁴⁹⁵.

Consoante destaca Paulo Bonavides, nas Constituições, os princípios exercem função preponderante, porque agasalham os valores supremos 'ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade...'

Na tipologia de princípios constitucionais, adotada por Canotilho, distinguem-se os princípios jurídicos fundamentais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores, os princípios constitucionais impositivos e os princípios-garantia⁴⁹⁶.

O nemo tenetur se detegere amolda-se à categoria dos princípios-garantia, que, segundo Canotilho, visam 'instituir direta e imediatamente uma 'garantia' dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa'⁸¹. Observe-se que os princípios constitucionais, entre eles os princípios-garantia, têm força normativa imediata⁴⁹⁷.

⁴⁹² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 90.

⁴⁹³ Ibid. p. 91.

⁴⁹⁴ Ibid. p. 91.

⁴⁹⁵ Ibid. p. 91

⁴⁹⁶ Ibid. p. 91

⁴⁹⁷ Ibid. p. 92

A respeito da mencionada categoria de princípios, Edilsom Pereira de Farias destaca que 'a eles é geralmente atribuída especificação ou densidade semelhante às de regras jurídicas' ⁴⁹⁸.

A consideração do *nemo tenetur se detegere* como princípio garantia, inserido na Constituição, não colide com sua natureza de direito fundamental, tendo em vista que, via de regra, os direitos fundamentais são consubstanciados na forma de princípios⁴⁹⁹.

3.3.2 O Princípio 'Nemo Tenetur Se Detegere' Encartado no Devido Processo Legal, no Direito à Defesa, na Presunção de Inocência e sua Relação com a Tutela da Dignidade Humana

Antes de ser reconhecido expressamente no direito brasileiro, por meio das incorporações, ao direito interno, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já era possível extrair a incidência do *nemo tenetur se detegere* da cláusula do devido processo legal, do direito à ampla defesa, com relevo para o direito ao silêncio, e do princípio da presunção de inocência⁵⁰⁰.

Importante realçar, como anteriormente referido, que o *nemo tenetur se detegere* não é sinônimo do direito ao silêncio. Tal equivalência corresponde à adoção de conceito extremamente restrito do *nemo tenetur se detegere*. Atendendo à natureza de direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio apresenta-se como uma de suas diversas decorrências⁵⁰¹.

3.3.2.1 O 'nemo tenetur se detegere' e o devido processo legal

A cláusula do devido processo legal tem origem no direito anglo-saxão, surgindo como importante limitação ao arbítrio das autoridades. Remotamente, na Magna Charta, de João Sem-Terra, outorgada em 1215, aos barões ingleses. E

⁴⁹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 93.

⁴⁹⁹ Ibid. p. 93.

⁵⁰⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 93.

⁵⁰¹ Ibid. p. 93.

também na Constituição dos Estados Unidos da América, especificamente na Quinta e Décima Quarta Emendas⁵⁰².

Na doutrina, define-se o devido processo legal como 'conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição' ⁵⁰³.

Tais garantias não se destinam a resguardar apenas o interesse das partes como direitos público subjetivos. Qualificam-se como garantias que objetivam tutelar o próprio processo, legitimando o exercício da jurisdição⁵⁰⁴.

Ada Pellegrini Grinover⁵⁰⁵, a esse respeito, escreve que são garantias e não, direitos, porque objetivam tutelar outros direitos; trata-se de garantias, não só das partes, mas da jurisdição, visando o justo processo.

Sobre a matéria, Vicente Greco Filho⁵⁰⁶ afirma que a expressão 'devido processo legal', no âmbito processual penal, tem duplo sentido: significa processo necessário, porque não é possível aplicar pena sem processo, e, na segunda acepção, significa processo adequado, ou seja, aquele que 'assegura a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa'.

O contraditório, que abrange a informação e a possibilidade de reação, garante o exercício da defesa. Mas a defesa também garante o contraditório, pois nele se manifesta. Entretanto, só há contraditório efetivo se houver igualdade de armas entre acusação e defesa, isto é, equilíbrio entre as partes⁵⁰⁷.

De destacar, nesse contexto, a passagem de uma ótica individualista das garantias processuais para a publicística, que vem predominando. Com as garantias do devido processo legal, o processo não corresponde simplesmente a uma concatenação de atos processuais, tendentes a um provimento jurisdicional. Deverá ser realizado em contraditório, com observância efetiva de todas as garantias

⁵⁰² Ibid. p. 93..

⁵⁰³ Ibid. p. 93.

⁵⁰⁴ Ibid. p. 93.

⁵⁰⁵ GRINOVER, 1990 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 94.

⁵⁰⁶ GRECO FILHO, 1991 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 95.

⁵⁰⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 95.

necessárias para que as partes possam exercer influência sobre o convencimento do julgador⁵⁰⁸.

As garantias do devido processo legal não são meramente formais, devendo ser efetivas, concretizadas⁵⁰⁹.

No conjunto de garantias que compõem o devido processo legal podem ser enumeradas: a garantia do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual, da publicidade e do dever de motivar as decisões judiciais; a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos⁵¹⁰.

Segundo Queijo, apontam-se outras, específicas do processo penal: a presunção de inocência; vedação de identificação dactiloscópica, quando houver identificação civil, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição; garantias relativas à prisão (ordem judicial, salvo hipótese de flagrante e de transgressões e crimes propriamente militares; direito à identificação dos responsáveis pela prisão; interrogatório, liberdade provisória, direito ao silêncio e à assistência da família e de advogado)⁵¹¹.

Registre-se a tendência de que a cláusula do devido processo legal, bem como as garantias dela decorrentes, seja consignada nos textos constitucionais. A Constituição de 1988 abraçou essa tendência e elencou, além da garantia do devido processo legal, as demais enumeradas⁵¹².

No aludido quadro de garantias, que compõem o devido processo legal, insere-se também o *nemo tenetur se detegere* como um dos princípios que asseguram a legitimação da jurisdição, dentro de uma visão ética do processo penal⁵¹³.

O *nemo tenetur se detegere*, encartado no direito à ampla defesa e na presunção de inocência, reflete-se ainda em outras garantias essenciais para que a finalidade do processo seja atingida: no direito à integridade física e moral do acusado e na vedação de tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes⁵¹⁴.

A doutrina, via de regra, reporta-se ao direito à integridade física e moral, assegurado no texto constitucional, no art. 5º, XLIX, como direito que incide na

⁵⁰⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 96.

⁵⁰⁹ Ibid. p. 95.

⁵¹⁰ Ibid. p. 96.

⁵¹¹ Ibid. p. 96.

⁵¹² Ibid. p. 96.

⁵¹³ Ibid. p. 96.

⁵¹⁴ Ibid. p. 97.

execução penal, especialmente tendo em vista a dicção do dispositivo que alude ao 'preso'⁵¹⁵.

Entretanto, a exemplo de outros dispositivos do art. 5º, que consagram direitos e garantias fundamentais, não se restringe o referido direito ao preso, nem incide ele somente na fase de execução da pena⁵¹⁶.

Como direito fundamental, tem ele incidência em toda a persecução penal, desde a investigação. Aplica-se, pois, ao acusado e não somente ao sentenciado⁵¹⁷.

Desse modo, vincula-se o referido direito ao nemo tenetur se detegere, na medida em que deve ser preservada a integridade física e moral do acusado. Não podem assim ser aplicadas ao acusado medidas atentatórias à sua integridade física e moral, incluindo-se as que objetivam sua cooperação na persecução penal. Cuida-se de outro direito fundamental que tutela a dignidade humana⁵¹⁸.

Já a vedação do emprego de tortura, tratamento desumano ou degradante apresenta direta relação com o nemo tenetur se detegere, na medida em que o citado princípio impede a utilização de qualquer meio tendente a obrigar o acusado a cooperar na persecução penal. A tortura é um desses meios, por excelência, pelo qual se pretende obter, via de regra, a confissão. Como se verifica, o citado dispositivo guarda também estreita vinculação com a tutela do direito ao silêncio⁵¹⁹.

3.3.2.2 O princípio 'nemo tenetur se detegere' e o direito à ampla defesa

O direito à ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, insere-se na cláusula do devido processo legal e entre os fatores legitimadores da jurisdição⁵²⁰.

Vicente Greco Filho⁵²¹ indica a ampla defesa como a mais importante garantia do processo penal, em torno da qual 'todo o processo gravita'. Na visão do referido autor, a ampla defesa consiste na oportunidade de o réu contraditar a acusação,

⁵¹⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 97.

⁵¹⁶ Ibid. p. 97.

⁵¹⁷ Ibid. p. 97.

⁵¹⁸ Ibid. p. 97.

⁵¹⁹ Ibid. p. 97.

⁵²⁰ Ibid. p. 98.

⁵²¹ GRECO FILHO, 1991 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 98.

sendo que os termos processuais devem possibilitar sua eficiência. O direito à ampla defesa abrange a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa, que pode ser exercida ou não, é consubstanciada em dois direitos, doutrinariamente: o direito de presença e o direito de audiência. O primeiro diz respeito à oportunidade de o acusado tomar posição em relação às provas produzidas e às alegações. O segundo refere-se ao momento do interrogatório, quando o acusado poderá influir sobre o convencimento do julgador⁵²².

A autodefesa, embora assegurada constitucionalmente, é tida por renunciável, podendo, portanto, o acusado exercê-la ou não. Já a defesa técnica, por profissional legalmente habilitado, é indisponível, deve ser plena e efetiva. Somente assim será assegurada a igualdade de armas e o contraditório. A defesa, como anteriormente observado, é garantia da própria jurisdição⁵²³.

O interrogatório apresenta-se como oportunidade de maior relevo para o exercício da autodefesa. Somente com o reconhecimento do direito ao silêncio é que se valorizou, no ordenamento nacional, a autodeterminação e a liberdade moral do acusado, para decidir se colabora ou não na persecução penal, especificamente no momento do interrogatório⁵²⁴.

O direito ao silêncio, enumerado na Constituição Federal como direito de permanecer calado, é decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere* e coloca-se na esfera da autodefesa. Além disso, o silêncio pode representar também uma estratégia da defesa⁵²⁵.

Mas o *nemo tenetur se detegere* não se esgota no direito ao silêncio. Compreende direito mais amplo, que é o de não se autoincriminar. A autodefesa abrange, assim, também o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em autoincriminação⁵²⁶.

⁵²² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 98.

⁵²³ *Ibid.* p. 98.

⁵²⁴ *Ibid.* p. 98.

⁵²⁵ *Ibid.* p. 99.

⁵²⁶ *Ibid.* p. 99.

3.3.2.3 O princípio 'nemo tenetur se detegere' e a presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, que é também um dos corolários do devido processo legal, foi adotado no texto constitucional de 1988, reafirmando novamente a dignidade humana como valor norteador do ordenamento jurídico brasileiro. Referido princípio vincula-se ao modelo garantista⁵²⁷.

Acentua Rogério Lauria Tucci⁵²⁸, sobre o significado técnico do aludido princípio, que corresponde à não consideração prévia de culpabilidade. Ou seja, ao direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Importa considerar que o princípio em foco apresenta diversos reflexos, especialmente quanto à prova e quanto ao tratamento do acusado, dentro e fora do âmbito do processo penal⁵²⁹.

Quanto ao tratamento do acusado, no curso do processo, em razão da presunção de inocência, deverá ser igual ao de qualquer outra pessoa, sem diminuição moral ou social perante os outros cidadãos. Com relação à liberdade, a presunção de inocência impõe que medidas cautelares decretadas tenham finalidade estritamente processual. Caso contrário, significariam antecipação de pena, o que é inadmissível diante do princípio em foco⁵³⁰.

No campo probatório, Antonio Magalhães Gomes Filho⁵³¹ afirma que a consequência mais elementar da presunção de inocência é que o ônus da prova recaia exclusivamente sobre a acusação, incumbindo pois ao acusador demonstrar a culpabilidade do acusado.

Aduz o referido autor que, em obediência ao mencionado princípio, o processo penal deve objetivar a verificação dos fatos imputados ao acusado e não às eventuais

⁵²⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 100.

⁵²⁸ TUCCI, 1998 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 100.

⁵²⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 100.

⁵³⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 101.

⁵³¹ GOMES FILHO, 1991 apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 101.

escusas que este ofereceu. O referido princípio decorre também a necessidade de haver prova da culpabilidade. Caso contrário, impõe-se a absolvição⁵³².

Outra decorrência do princípio da presunção de inocência, apontada pelo mesmo autor, no âmbito das provas, é a impossibilidade de se obrigar o acusado a cooperar na investigação dos fatos. Nessa ótica, o *nemo tenetur se detegere* coaduna-se perfeitamente com o processo penal informado pelo princípio da presunção de inocência, não se admitindo, em face do referido princípio, que o acusado venha a tornar-se objeto da prova⁵³³.

Em acréscimo, a recusa do acusado em colaborar na persecução penal não poderá ser interpretada desfavoravelmente a ele, em face do princípio da presunção de inocência. Extrai-se, desse modo, também do princípio da presunção de inocência o direito à não autoincriminação, que é consubstanciado no *nemo tenetur se detegere*⁵³⁴.

3.3.2.4 O princípio 'nemo tenetur se detegere' e sua Relação com a Tutela da Dignidade Humana

A dignidade é da essência da natureza humana. É considerada um 'conceito a priori' preexistente. Assinala-se que a dignidade assegura um mínimo de respeito ao homem pelo só fato de ser homem. Por isso, não resulta de criação normativa⁵³⁵.

A dignidade humana não abrange apenas a liberdade, mas a garantia de condições mínimas de existência. Por isso, na doutrina, afirma-se que o princípio da dignidade humana reporta-se 'às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades'. Considera-se, dessa forma, que o aludido princípio abrange a dimensão material e espiritual do ser humano⁵³⁶.

⁵³² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 101.

⁵³³ Ibid. p. 102.

⁵³⁴ Ibid. p. 102.

⁵³⁵ Ibid. p. 102.

⁵³⁶ Ibid. p.103.

A dignidade humana passou a integrar o rol dos direitos fundamentais, nas Constituições, em razão de atrocidades cometidas por regimes autoritários. A partir de então tem sido considerada valor supremo e base de todos os outros direitos fundamentais. Com relação ao Poder Público, em razão da tutela da dignidade humana, são inadmissíveis restrições injustificáveis ou desproporcionais dela. Também não são toleradas medidas que importem humilhações, discriminações ou perseguições. Verifica-se, assim, que o *nemo tenetur se detegere* está intimamente relacionado à proteção da dignidade humana⁵³⁷.

Desse modo, ainda que não fosse o princípio *nemo tenetur se detegere* adotado expressamente no direito brasileiro, nem fosse possível extraí-lo dos demais princípios anteriormente mencionados, ainda assim deveria ele ser observado, porque integraria o ordenamento jurídico. É que o *nemo tenetur se detegere* pode ser considerado imanente ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo-se em vista que é representativo de tutela à dignidade humana, expressão máxima dos direitos humanos, agasalhada na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III)⁵³⁸.

Em reforço, o art. 5º, § 2º, do texto constitucional, em sua primeira parte, dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Assim, acolhida a dignidade humana como um dos valores fundamentais do Estado brasileiro, incorpora-se o *nemo tenetur se detegere* no elenco de direitos fundamentais, como dela decorrente, por força do disposto no aludido art. 5º, § 2º, da Constituição⁵³⁹.

Em suma, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi acolhido, expressamente, no direito brasileiro com a incorporação ao direito interno do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por força de tal incorporação, em consonância com o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, como direito fundamental, a norma que prevê o *nemo tenetur se detegere* possui hierarquia constitucional, o que foi corroborado pelo art. 5º, § 3º, da

⁵³⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 103.

⁵³⁸ Ibid. p.103.

⁵³⁹ Ibid. p.104.

Magna Carta, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Trata-se de um princípio-garantia⁵⁴⁰.

Como direito fundamental, não poderá ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional. Expressamente também foi previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal o direito ao silêncio, uma das decorrências do princípio *nemo tenetur se detegere*. O princípio em foco decorre igualmente das garantias do devido processo legal e da ampla defesa, mais especificamente na vertente da autodefesa, bem como da presunção de inocência, princípios estes agasalhados na Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, LV e LVII, respectivamente⁵⁴¹.

E, sobretudo, dada a vinculação do princípio *nemo tenetur se detegere* à preservação da dignidade humana, que é um dos postulados norteadores do Estado brasileiro, como Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal), possível seria extrair seu reconhecimento no direito brasileiro, mesmo que não fosse expressamente previsto, como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios adotados na Constituição⁵⁴².

De acordo com Queijo⁵⁴³, desse modo, o princípio *nemo tenetur se detegere* insere-se no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, de hierarquia constitucional, ressaltando-se tal aspecto pelas consequências que advirão quanto à interpretação dos dispositivos infraconstitucionais que versam sobre o interrogatório e sobre as provas que dependem da colaboração do acusado para sua produção e pelas limitações que devem ser observadas por eventual nova legislação a esse respeito.

3.4 Os Direitos Fundamentais Conexos à Identificação e à Investigação Criminal Genética

Quando ‘a tensão entre o eficientismo e o garantismo envolve interesses tensionados’, ‘os direitos fundamentais que entram em colisão na identificação e na

⁵⁴⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 104.

⁵⁴¹ Ibid. p.104.

⁵⁴² Ibid. p.104.

⁵⁴³ Ibid. p.105.

investigação criminal genética' são, de um lado, 'o *direito a uma persecução penal eficiente*', como exposto anteriormente. Por outro lado, segundo assevera Sauthier⁵⁴⁴,

[...] como *direitos de defesa*, Lorente Acosta⁵⁴⁵, acompanhado de Cuesta Pastor⁵⁴⁶, aponta os seguintes direitos fundamentais conexos: O (i) *direito à privacidade física*, (ii) o *direito à privacidade informacional*, (iii) *direito à intimidade*, o (iv) *direito a não autoincriminação*, o (v) *direito à liberdade de locomoção*, o (vi) *direito à integridade físico-corporal* e o (vi) *direito à proteção dos dados pessoais*.

3.4.1 O direito à privacidade e à intimidade

Embora existam autores que considerarem os termos *intimidade* e *vida privada* como sendo idênticos, 'a maioria das doutrinas diferencia os conceitos' ⁵⁴⁷. Logo, considerando como antônimos os termos *vida pública* e *vida privada*: 'A (i) *vida pública* representaria a vida social do indivíduo, enquanto a (ii) *vida privada* estaria reservada para os fatos estritamente relacionados com a vida familiar, pessoal, ou seja, um âmbito mais restrito'. Mas, tendo em vista que a distinção é bastante simplista, dão origem a alguns questionamentos tais como: 'A vida profissional se desenvolve no âmbito público ou privado?' 'E os momentos de lazer'? Nesse sentido, cita Sauthier⁵⁴⁸:

Mori,⁵⁴⁹ adverte dizendo que não existe um critério válido de diferenciação, eis que uma e outra estão tão ligadas que é difícil dissociá-las. Tal distinção depende essencialmente de questões de tempo e lugar, ou seja, questões culturais e até mesmo econômicas. Contudo, apesar de ser difícil diferenciá-las, a sua existência é incontestável, pois o ser humano, apesar de ser eminentemente social, também necessita de momentos de solidão e afastamento.

Importante destacar que, para os alemães, segundo afirma Sauthier⁵⁵⁰:

A *vida privada* compreende tudo aquilo que o indivíduo não quer que se torne público. É a esfera mais ampla, dentro da qual se encontram outras três

⁵⁴⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2. São Paulo Saraiva 2012. p. 131.

⁵⁴⁵ ACOSTA, José Antônio Lorente. In ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed). **Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidade**. Bilbao-Granada: Comares, 2002. p.12.

⁵⁴⁶ PASTOR, Pablo José Cuesta. In ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed). **Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidade**. Bilbao-Granada: Comares, 2002. p.80.

⁵⁴⁷ MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p.31.

⁵⁴⁸ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.131-132

⁵⁴⁹ Ibid. p.131-132.

⁵⁵⁰ Ibid. p.132.

esferas de 'progressão' menor (*intimidade, reserva e segredo*, respectivamente), na medida em que a intimidade for se restringindo. Na (i) *esfera da intimidade*, além de existir apenas aquilo que o indivíduo não quer que se torne público, participariam apenas aquelas pessoas que gozam da confiança do indivíduo, e com as quais ele mantém uma relação de intimidade. Na (ii) *esfera da reserva*, estariam todos os assuntos confidenciais que necessitam de proteção especial. Por fim, na (iii) *esfera do segredo*, estariam incluídos apenas poucos amigos, ficando de fora inclusive algumas pessoas de sua intimidade.

Finalmente, segundo Sauthier⁵⁵¹, 'no âmbito externo às esferas da privacidade estaria o domínio da vida pública. E, desse modo, a diferenciação entre vida privada e vida pública é facilitada pela diferenciação da vida privada em esferas'.

Cabe destacar 'que os direitos à intimidade e à privacidade se apresentam como direitos à liberdade, empregado em seu duplo sentido: (a) Não intromissão e (b) autonomia (direito de escolha), concernentes à vida privada'⁵⁵².

Outro aspecto importante refere-se à informação pessoal, a qual pode ser chamada de dado pessoal. Cujo conceito é: 'dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independentemente do suporte em que se encontre registrado (escrita, imagem, som ou vídeo)'⁵⁵³. Ou seja, 'um indivíduo *identificado* é aquele que já é conhecido'. E, '*identificável* é aquela pessoa que pode ser conhecida diretamente através de recursos a meios à disposição de terceiros'. Um exemplo de dado pessoal é 'o IP atribuído a um determinado computador' quando conectado à internet. Embora essa informação não conduza 'à identificação direta do internauta, ela também poderá ser conhecida a partir da interconexão do IP com outros dados armazenados no provedor de acesso à Internet'⁵⁵⁴. Com relação aos dados pessoais, Sauthier cita:

Segundo Eichterhoff⁵⁵⁵, os dados pessoais podem ser classificados em dados *não nominativos* e *dados nominativos*. Os (i) *dados não nominativos* não estão relacionados a nenhuma pessoa determinada, podendo, nas palavras

⁵⁵¹ Ibid. p.132.

⁵⁵² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e a vida privada: Uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 351.

⁵⁵³ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2007. p. 252.

⁵⁵⁴ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2007. p. 253.

⁵⁵⁵ EICHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010. p.156.

de Reinaldo Filho⁵⁵⁶, ‘ser objeto de apropriação sem qualquer tipo de restrição, salvo algumas limitações decorrentes de regimes legais específicos – como as normas protetivas da propriedade intelectual’.

Dentre estes, estariam incluídos ‘os dados estatísticos, bibliográficos, econômicos sociais, políticos e eleitorais, não relacionados com alguma pessoa’. Sem que as pessoas sejam identificadas, como se fossem dados anônimos relativos a uma coletividade. O uso de tais dados, ‘em regra, não atinge os direitos da personalidade, pois não se referem a dados pessoais, ainda que possam resultar em danos materiais, tais como decorrentes de violação de segredo industrial’⁵⁵⁷.

A legislação lança mão de uma técnica chamada ‘anonimação’ para minimizar os riscos contidos no tratamento da informação⁵⁵⁸. E ‘é exatamente o que acontece com os bancos de perfis genéticos para fins criminais’⁵⁵⁹.

Já os (ii) *dados nominativos*, são aqueles que dizem respeito a determinada pessoa. E são classificados como *sensíveis* e *não sensíveis*⁵⁶⁰. Estes (a) são considerados de domínio público, portanto, não reservados ao titular. Geralmente estão ligados ‘à qualificação da pessoa, tais como o seu nome, estado civil, domicílio, profissão, ocupação, dentre outros’. Os quais ‘podem ser livremente armazenados e utilizados’, visto que não causam ‘danos ou riscos à privacidade ou à intimidade da pessoa’⁵⁶¹. E, sobre essa asserção, Sauthier⁵⁶² cita:

Vieira⁵⁶³, contudo, apesar de concordar que eles podem ser ‘coletados e armazenados sem prévio e exposto consentimento de seu titular’, afirma que eles pertencem ao primeiro círculo da teoria alemã das esferas, correspondendo à esfera da privacidade. De qualquer forma o seu titular, porém, não perde o *direito ao controle de sua existência, veracidade e retificação*, decorrentes do *direito à proteção dos dados pessoais*, evitando erros que venham a trazer prejuízos.

⁵⁵⁶ REINALDO FILHO, Demócrito. A privacidade na ‘sociedade de informação’. In: (Coord.). Direito da Informática Temas Polêmicos. São Paulo: Edipro, 2002.

⁵⁵⁷ Ibid. p.133.

⁵⁵⁸ EICHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010. p.156.

⁵⁵⁹ Ibid. p.156.

⁵⁶⁰ EICHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010. p.157.

⁵⁶¹ Ibid. p.157.

⁵⁶² SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.134.

⁵⁶³ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2007. p. 253.

No tocante aos dados (b) sensíveis, estes, encontram-se ligados diretamente à esfera da privacidade e intimidade ⁵⁶⁴. Tais dados informam, conforme citação de Sauthier⁵⁶⁵:

[...] ‘as preferências sexuais da pessoa, as condições da sua saúde e características genéticas, sua adesão a ideias políticas, ideológicas, crenças religiosas, bem como suas manias, traços do seu caráter e personalidade’⁵⁶⁶. Sua utilização pode acarretar danos ao seu titular ou a terceiros (no caso dos dados genéticos, a sua utilização indevida poderia afetar inclusive familiares consanguíneos). Assim eles gozam de maior proteção jurídica, sendo que o titular pode não apenas ter o direito ao controle do armazenamento, uso e veracidade dos dados, mas também impedir totalmente a sua utilização.

Quanto aos círculos da teoria das esferas, segundo Sauthier⁵⁶⁷, Vieira⁵⁶⁸ diverge de Eichterhoff⁵⁶⁹, asseverando que:

[...] eles pertencem à esfera da intimidade. Ela ressalta que por se referirem a aspectos mais íntimos, eles necessitam de permissão especial para o seu tratamento. Ela define tratamento dos dados pessoais como a ‘recepção, produção, reprodução, utilização acesso, transporte, transmissão, distribuição armazenamento e eliminação’. Vieira acrescenta aos dados nominativos uma terceira categoria: Os (iii) *dados de tratamento proibido*, que merecem total e absoluta proteção, pois, dentro da teoria das esferas, eles pertencem ao círculo do segredo. Assim, para eles deve existir vedação legal a qualquer espécie de tratamento. Por fim, Vieira destaca que independentemente da categoria em que os dados pessoais se encontrem, eles devem ser protegidos pelas *prerrogativas da integridade, autenticidade e sigilo*.

Referente aos dados genéticos afirma-se que eles estão incluídos na categoria dos dados nominativos sensíveis, porquanto, além de serem inerentes a ‘pessoas determinadas’, estes se encontram diretamente vinculados à esfera da privacidade e intimidade, isso porque, revelam informações pessoais⁵⁷⁰.

Nesse sentido, Sauthier⁵⁷¹ cita:

⁵⁶⁴ EICHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos**. Curitiba: Juruá, 2010. p.157.

⁵⁶⁵ Ibid. p.157.

⁵⁶⁶ REINALDO FILHO, Demócrito. A privacidade na ‘sociedade de informação’. In: ____ (Coord.). **Direito da Informática Temas Polêmicos**. São Paulo: Edipro, 2002.

⁵⁶⁷ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.134.

⁵⁶⁸ Ibid. p.134.

⁵⁶⁹ Ibid. p.134.

⁵⁷⁰ Ibid. p.135.

⁵⁷¹ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.135.

É corrente a aceitação de que ingressam plenamente, no núcleo da intimidade, os dados referentes à saúde e à origem racial das pessoas, os quais, junto com outros, configuram os chamados dados sensíveis ou supersensíveis (assim como os relativos à origem étnica, opiniões políticas, adesões sindicais, convicções religiosas ou de outra ordem, vida sexual), cuja vinculação com as análises genéticas é evidente. Sua qualificação como dados supersensíveis acarreta o estabelecimento de garantias reforçadas de proteção, como é vedar o acesso à informação e seu tratamento em arquivos automatizados se não intervém o consentimento do interessado, ou limitar – geralmente com reserva de lei – tal acesso e sua utilização⁵⁷².

E, nas palavras de Sauthier⁵⁷³, Casabona⁵⁷⁴ acrescenta:

Como se sabe, os dados relativos à saúde pública foram elevados à categoria de dados sensíveis, e inclusive hipersensíveis, devido à potencialidade de projeção da informação, especialmente íntima ou reservada do interessado, o que converte em vulnerável: pois bem essa ‘sensibilidade’ ou vulnerabilidade’ aumentam, como foi assinalado, quando se refere, de forma específica, a dados genéticos e quando, ademais, foram processados automaticamente.

Sabe-se também que informação genética não apenas revela as informações sobre o seu portador, mas também ‘tem potencialidade capaz de atingir a privacidade e a intimidade inclusive de seus familiares’. Desse modo, o titular da informação genética, do ponto de vista biológico, é toda a família biológica a que pertence, e não apenas o indivíduo, todavia ‘não exista coincidência a partir de uma perspectiva jurídica’. A potencialidade de tais informações não se conhece em sua totalidade, ‘pois o desenvolvimento científico sobre o genoma humano poderá levar os cientistas a aprofundar o seu conhecimento’⁵⁷⁵.

Ainda, nas palavras de Sauthier⁵⁷⁶:

[...] Eichterhoff afirma que os dados genéticos podem estar dentro da esfera da *privacidade*, da *intimidade*, e até mesmo do *segredo*, a depender de vários fatores, inclusive o interesse de seu portador em revela-los a um determinado público ou até mesmo em mantê-los em segredo. Por exemplo: Caso a pessoa tenha interesse em revelar algumas informações a pessoas de seu convívio, tais dados estariam na esfera da vida privada. Diferentemente, se decidir revelar apenas a pessoas mais íntimas e de confiança, neste caso eles estariam na esfera da intimidade. Se decidir revelar apenas a pessoas muito chegadas estaria na esfera da reserva. E, por fim, se decidir não revelar a ninguém, faria parte da esfera do segredo’.

⁵⁷² CASABONA, Carlos Maria Romeo. Do gene ao direito: sobre implicações, jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCRIM, 1999. p.64.

⁵⁷³ Ibid. p.135.

⁵⁷⁴ Ibid. p.135.

⁵⁷⁵ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.136.

⁵⁷⁶ Ibid. p. 135-136.

Conforme assevera Sauthier⁵⁷⁷, no entendimento de Vieira⁵⁷⁸ ‘os dados nominativos sensíveis pertencem à esfera da intimidade’. E que, ‘estando os dados genéticos nesta categoria de dados nominativos, estariam restritos a essa esfera da vida privada’.

3.4.2 Conceitos, formas de violação, sujeito e conteúdo

Sobre este tema, Sauthier⁵⁷⁹, faz referência a um conceito⁵⁸⁰ de privacidade e cita:

[...] como sendo faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Conforme assevera Sauthier⁵⁸¹, que Vieira⁵⁸² ressalta que o seu conceito é abrangente, incluído além do ‘direito subjetivo de ‘constranger os outros a respeitarem a sua esfera privada’’, também o ‘de ‘controlar as suas informações de caráter pessoal – sejam estas sensíveis ou não, – resistindo às intromissões indevidas provenientes de terceiros’’. Assim sendo, percebe-se ‘que a privacidade pode sofrer duas *formas de violação*’: ‘o *acesso não autorizado* e a *divulgação indevida*’. No primeiro caso, ‘*acesso não autorizado*, a aquisição das informações é legítima’. Já, no segundo, ‘*divulgação indevida*, ainda que legítima a aquisição das informações, não é lícita a sua revelação posterior’⁵⁸³.

Com relação ‘**ao sujeito** titular do direito’ Sauthier⁵⁸⁴ refere-se a Echterhoff⁵⁸⁵, o qual afirma ‘que ele é titularizado por toda pessoa física’, ‘independente de quaisquer

⁵⁷⁷ Ibid. p.136.

⁵⁷⁸ Ibid. p.136.

⁵⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2, p. 63.

⁵⁸⁰ VIEIRA, 2007, apud SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.136.

⁵⁸¹ Ibid. p.136.

⁵⁸² Ibid. p.136.

⁵⁸³ Ibid. p.136.

⁵⁸⁴ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.137.

⁵⁸⁵ ECHTERHOFF, 2010 apud SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.137.

fatores tais como idade, sexo, condição social, etc.’ No tocante ‘à pessoa jurídica, há uma total incompatibilidade dela titularizar esse direito em razão da própria razão de ser da privacidade’⁵⁸⁶, que estabelece um ‘sentimento ou um estado de alma’⁵⁸⁷.

No que diz respeito ao **objeto**, ‘ele consiste na ‘própria situação de intimidade, como um bem juridicamente apreciável e que reflete valores materiais, morais e espirituais’⁵⁸⁸. ‘Mori⁵⁸⁹ ainda destaca que ele não se confunde com o próprio titular do direito’.

Quanto ao direito à privacidade, assevera Sauthier⁵⁹⁰:

Os direitos à privacidade e à intimidade têm previsão constitucional expressa no art. 5º, inciso X da Constituição Cidadã nestes termos: ‘São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’. Por outro lado, a privacidade também mereceu proteção constitucional especial em diversos dispositivos: O *direito de resposta* (art. 5º, inciso V, CF/88), *inviolabilidade do domicílio* (art. 5º XI), *da correspondência e das comunicações* (art. 5º, inciso XII), e *resguardado da fonte*, (art. 5º, inciso XIV), *o direito de inédito no universo do direito autoral e da propriedade industrial* (art. 5º, inciso XXVIII, alínea ‘a’), a *restrição à publicidade dos atos processuais* (art. 5º, inciso LX) e o *habeas data* (art. 5º, inciso LXXII).

Ainda dentro deste contexto, Sauthier⁵⁹¹ faz a seguinte citação:

Vieira⁵⁹² destaca que o direito à privacidade possui a seguinte classificação pelo critério do seu âmbito de proteção: A (i) *privacidade física*, a (ii) *privacidade do domicílio*, a (iii) *privacidade das comunicações*, a (iv) *privacidade decisional* e a (v) *privacidade informacional*, este último compreendendo o *sigilo de dados*, *sigilo dos dados bancários*, e o *segredo profissional*. É possível observar ainda que tal classificação, por revelar o âmbito de proteção, também revela o seu conteúdo, subdividido nas precitadas categorias⁵⁹³. Têm conexão com esta pesquisa apenas a privacidade física e a informacional.

Caso contrário, cita Sauthier⁵⁹⁴:

⁵⁸⁶ MORI, Michele Keiko. **Direito á intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p.34.

⁵⁸⁷ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de informação legislativa. Brasília, nº 66, abr./jun. 1980, p. 125-152.

⁵⁸⁸ MORI, Michele Keiko. **Direito á intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 34

⁵⁸⁹ Ibid. p.137.

⁵⁹⁰ Ibid. p.137.

⁵⁹¹ Ibid. p.137.

⁵⁹² VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2007. p.31.

⁵⁹³ MORI, Michele Keiko. **Direito á intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p.35.

⁵⁹⁴ Ibid. p. 137-138.

A (i) privacidade física protege a autonomia em relação ao seu corpo. Isso impede que o indivíduo seja submetido a procedimentos invasivos não autorizados pelo seu titular. Essa forma de privacidade foi reconhecida já em 1963 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão num julgamento onde um empresário entrou com ação constitucional para não se submeter à uma intervenção cirúrgica para retirada de líquido cefalorraquidiano a fim de comprovar a sua imputabilidade.

Segundo afirmou o Supremo Tribunal Federal (STF), no Brasil, ‘que se existirem outros meios para se comprovar a paternidade’ – no julgamento do HC 71.373 – ‘não está autorizada a coleta forçada de material biológico para a realização da tipagem genética’. Esta aparência da privacidade é o que se tem chamado, de *intangibilidade do corpo humano*, inclusive pelo próprio STF⁵⁹⁵.

Nesse sentido, afirma Sauthier ⁵⁹⁶:

[...] a (v) *privacidade informacional* (ou *autodeterminação informativa*), protege as informações pessoais não apenas na sua esfera íntima, mas também aquelas constantes em dados pessoais e que possam conduzir à identificação da pessoa como tal. Esse direito foi reconhecido pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional alemão no caso da Lei do Censo de 1983, em que foi ordenado o recenseamento geral da população. A lei que determinou o recenseamento previu também a possibilidade de comparação dos dados levantados com registros públicos já existentes e a transmissão das informações colhidas em repartições públicas federais, estaduais e municipais. Nesse ponto, a lei foi julgada inválida, ou seja, o direito cabe a cada indivíduo de controlar e proteger os próprios dados pessoais.

Na constituição de diversos países, como Portugal, Eslovênia Rússia e Espanha, esse direito já foi reconhecido⁵⁹⁷.

No Brasil, porém não existe ainda dispositivo expresso que se refira a ele, ‘sendo que ele pode decorrer tanto decorre da disposição genérica do disposto no art. 5º, X, quanto da disposição prevista no art. 5º, XII, CF/88’, segundo Vieira⁵⁹⁸.

Em compensação, a partir pela privacidade informacional surgem outros três direitos: ‘O *direito ao sigilo de dados*, o *direito ao segredo profissional* e o *direito ao sigilo bancário*’. Neste caso, serão vistos apenas os dois primeiros, por estarem ligados a esta pesquisa. O (a) *direito ao sigilo de dados* vem previsto expressamente no art. 5º, XII, da CF/88. Apesar do velocíssimo avanço da informática trazer uma

⁵⁹⁵ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.138.

⁵⁹⁶ Ibid. p. 138.

⁵⁹⁷ Ibid. p. 138.

⁵⁹⁸ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2007. p.31.

grande ‘quantidade de dados armazenada nos suportes informatizados, além do tráfego desta forma de comunicação pela internet, não é objeto de sigilo todo e qualquer dado pessoal’⁵⁹⁹. Neste sentido, Sauthier⁶⁰⁰ cita que:

Segundo Mori⁶⁰¹, existem dados que são fornecidos sem que haja violação desses direitos individuais: O *nome*, o *endereço*, a *profissão*, a *idade*, o *estado civil*, a *filiação*, etc. São os dados pessoais não sensíveis, cuja revelação, em tese, não atinge a privacidade ou a intimidade. Isto visa proteger a intimidade através da informática, protegendo os dados pessoais armazenados em suportes informatizados.

Ainda, conforme conteúdo exposto anteriormente, ‘os artigos 5º-A, parágrafo segundo, e 7º-B da Lei 12037/09 criaram um sigilo específico para os dados genéticos: Trata-se do **sigilo genético**’. Desse modo, quando se tratar de banco de perfis genéticos para fins criminais e, ‘sempre que o profissional que tiver conhecimento do segredo for um funcionário público, e caso haja violação indevida, o crime tipificado será diverso’. De acordo com Sauthier⁶⁰², ‘trata-se de crime especial, previsto no art. 325 do Código Brasileiro (violação de sigilo funcional)’.

Finalizando, deriva ainda da privacidade informacional (b) *segredo profissional*. Nas palavras de Sauthier⁶⁰³, ‘durante o exercício de determinadas profissões tais como o médico e o advogado, inúmeros aspectos da vida íntima são revelados à pessoa que exerce a profissão’. E estas informações precisam ser mantidas em segredo ‘sob pena de violar os direitos à privacidade e à intimidade’. Logo, o direito ao segredo profissional é indispensável no tocante à proteção desses direitos⁶⁰⁴.

3.4.3 O direito à liberdade de locomoção

Eis aqui, outro direito fundamental respaldado por previsão legal na Constituição Federal de 1988 em dois locais: ‘No caput do art. 5º, e, também, no seu inciso XV’, com esta redação: ‘É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz,

⁵⁹⁹ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.138.

⁶⁰⁰ Ibid. p. 138.

⁶⁰¹ MORI, Michele Keiko. **Direito á intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 48-49.

⁶⁰² Ibid. p. 139.

⁶⁰³ Ibid. p. 139.

⁶⁰⁴ Ibid. p. 139.

podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens'. No caso deste último dispositivo são previstas duas situações: 'A (i) *liberdade de locomoção no território nacional* e a (ii) *liberdade da pessoa entrar no território nacional e nele permanecer ou sair com seus bens*'⁶⁰⁵. E neste contexto, Sauthier⁶⁰⁶ cita:

A (i) liberdade de locomoção no território nacional contém o *direito de ir e vir* e o *direito de ficar e permanecer* sem necessidade de autorização. O inciso XV cita a expressão 'nós termos da lei'. Contudo, tal referência não se aplica à hipótese de restrição ao direito de locomoção em *tempo de paz*, que se existisse seria inconstitucional, e sim a eventual restrição em *tempo de guerra*, que é possível desde que não extinga a liberdade de locomoção como instituição. A (ii) *liberdade de entrar no território nacional em tempo de paz, nele permanecer e dele sair* é o *direito de ir e vir* através das fronteiras. Ele envolve assim, também, o *direito de migrar* (emigrar e imigrar). Neste caso a expressão 'nos termos da lei' se refere também à situações envolvendo estrangeiros. Mas relativamente a restrições em tempos de guerra, o inciso significa que a entrada, saída e permanência no território nacional estejam vedadas. Não estão. Contudo, não será um direito salvo se for brasileiro e esteja retornando à pátria. Se for brasileiro que queira sair, ou estrangeiro que queira entrar ou permanecer, as autoridades poderão concordar ou não, tanto tendo em vista os critérios de segurança nacional, como de segurança do próprio indivíduo. A essa liberdade foi dada uma garantia especial, surgida desde o século XVII: O *habeas corpus*, que na nossa Constituição Federal vem expressamente previsto no art. 5º, inciso LXVII.

3.4.4 O direito à integridade físico-corporal

Qualquer que seja o tipo de agressão ao corpo humano, também é uma maneira de agredir a vida, tendo em vista que ela se sucede nele. Desse modo, a Constituição Federal de 1988, ao proteger a vida, 'está também protegendo a integridade físico-corporal', razão pela qual 'este bem jurídico está protegido de forma implícita'. Quanto 'à integridade físico-corporal dos presos, a Constituição foi além e assegurou um dispositivo específico'. De acordo com 'o art. 5º, XLIX, nestes termos': 'É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral'⁶⁰⁷. Sauthier⁶⁰⁸ complementa asseverando que:

As constituições anteriores que previam a agressão física (açoites, marca a ferro e outras formas de tortura) para a obtenção de confissões viram essas

⁶⁰⁵ Ibid. p. 146.

⁶⁰⁶ Ibid. p. 146-147.

⁶⁰⁷ Ibid. p. 147.

⁶⁰⁸ Ibid. p. 147.

práticas abolidas com a Constituição de 1824. Contudo não bastava apenas abolir, era necessário vedar expressamente como faz a nossa Constituição cidadã. E ainda previu a proibição da prática da tortura no at. 5º, III, nos seguintes termos: 'Ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano e degradante'. A Magna Carta previu muitas outras garantias, além dessas, relativas à prisão⁶⁰⁹.

3.4.5 O direito à proteção dos dados pessoais

Sobre a garantia dos direitos da personalidade, da vida privada e da sua honra, Sauthier⁶¹⁰ assegura que:

[...] possuem uma dimensão positiva que vai além da proteção da intimidade, alcançando também a *proteção dos dados pessoais*. Esta proteção se traduz num direito autônomo em relação à privacidade, à intimidade e aos demais direitos da personalidade: É também chamado de *direito à proteção dos dados pessoais*. Segundo Cuesta Pastor⁶¹¹, ele é também um direito fundamental que concede ao seu titular o *poder de disposição e controle* sobre suas informações pessoais. Ele inclui o seu uso e destino, e protege toda e qualquer informação pessoal, seja íntima ou não e cujo conhecimento e emprego pessoal possam afetar os seus direitos, sejam ou não fundamentais, pois sua proteção abrange não apenas a proteção da intimidade.

Sendo assim, esse direito compreenderia também os dados pessoais públicos, que apesar de ser do conhecimento de qualquer um, 'não escapa do poder de disposição do seu titular' ⁶¹².

Neste sentido, Sauthier⁶¹³ destaca que:

Cuesta Pastor⁶¹⁴ reafirma a autonomia desse direito, pois ele é mais amplo que os direitos à privacidade e à intimidade, abrangendo outros direitos da personalidade, incluindo o direito à honra, à liberdade de pensamento, à liberdade de culto, dentre outros. Além disso, haveria uma nítida diferença entre os direitos à privacidade e à intimidade em relação ao direito à proteção de dados: Este último atribui ao seu titular outros poderes adicionais que os primeiros não conferem, impondo a terceiros certos deveres jurídicos no sentido de garantir o controle sobre os dados pessoais. Portanto, a proteção

⁶⁰⁹ Ibid. p. 147.

⁶¹⁰ Ibid. p. 147.

⁶¹¹ PASTOR, Pablo José Cuesta. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). **Bases de datos de perfiles de adn y criminalidad**. Bilbao-Granada: Comares, 2002, p.228.

⁶¹² Ibid. p. 147.

⁶¹³ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p. 147-148.

⁶¹⁴ PASTOR, Pablo José Cuesta. In ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). **Bases de datos de perfiles de adn y criminalidad**. Bilbao-Granada: Comares, 2002. p. 229.

dos dados implica numa série de outros direitos⁶¹⁵. O (a) *direito ao prévio consentimento* para a *coleta e utilização* (tratamento) dos dados pessoais, o (b) *direito de saber* sobre o seu *destino e utilização*, o (c) *direito de acesso* a eles e o *direito de retificação*, caso haja erros. Por fim, Cuesta Pastor⁶¹⁶ ainda reafirma a chamada ‘liberdade informática’ como um direito de controlar o uso dos dados pessoais inseridos dentro de um suporte informático.

Importante destacar que ‘o nosso ordenamento jurídico previu diversas leis’, o que possibilita afirmar que há regulamentação suficiente ‘na questão da *disponibilidade* dos dados pessoais’. Todavia, no que se refere ‘à *integridade, autenticidade* e o *sigilo* das informações durante o seu tratamento, há uma carência de atos normativos no nosso país’⁶¹⁷. Nesse contexto Sauthier⁶¹⁸ cita que:

Por isso ela afirma a necessidade de uma regulamentação específica em lei própria para a proteção dos dados pessoais. Tais princípios e direitos surgidos a partir da experiência internacional não foram previstos de forma sistemática e explícita em nosso ordenamento. Porém, nada impede que a jurisprudência os adote, ‘considerando que estruturam, em plenitude, o arcabouço axiológico do sistema de proteção de dados pessoais, sendo essencial seu reconhecimento para a efetividade do direito à privacidade informacional diante dos avanços da tecnologia da informação’. (Grifo acrescentado pelo autor).

Nesse sentido, cabe referir os onze princípios citados por Vieira⁶¹⁹, ‘a partir dos quais emanam diversos direitos no tratamento de dados pessoais’:

(a) *Princípio da lealdade* (ou boa-fé), que determina que os dados devam ser recolhidos com o consentimento do seu titular; (b) *princípio da publicidade*, obrigando os responsáveis pelos bancos informatizados a informar o público sobre a existência dessas bases de dados e os procedimentos utilizados no tratamento de dados de caráter pessoal; (c) *princípio da transparência*, que determina que o titular dos dados seja informado, no momento da coleta, dos aspectos do tratamento das informações, incluindo-se identificação do responsável pelo tratamento, período de conservação dos dados, caráter obrigatório ou facultativo do fornecimento, além de outras informações relevantes. Decorre deste princípio o *direito à informação*, que trata da faculdade do titular dos dados de exigir a prestação de informações sobre o tratamento de seus dados pessoais; (d) *princípio da proporcionalidade*, que impõe a realização de um ‘juízo de idoneidade’ do dado em pauta, para o fim almejado da coleta, excluindo-se o tratamento de informações não

⁶¹⁵ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p. 147-148.

⁶¹⁶ Ibid. p. 148.

⁶¹⁷ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2007. p. 273-281.

⁶¹⁸ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.149.

⁶¹⁹ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2007. p. 273- 281.

pertinentes. Deste princípio decorre o *direito de oposição*, que consiste na faculdade do indivíduo de se opor ao tratamento de seus dados pessoais com base em razões preponderantes e legítimas a serem verificadas no caso concreto;

E, Vieira⁶²⁰ acrescenta:

[...] (e) *princípio da veracidade*, que dispõe que os dados armazenados sejam verdadeiros. Dele decorre o *direito de acesso*, que possibilita ao seu titular o devido acesso aos seus dados para conhecê-los e, desta forma, modificar ou atualizar as informações armazenadas. No Brasil, ele vem regulado no art. 7º da Lei 11.111/05 (Lei do Habeas Data); (f) *princípio da caducidade*, que estabelece que os dados devam ser apagados assim que se atingirem os objetivos para os quais colhidos. Dele decorre o direito ao esquecimento, que faculta ao indivíduo exigir que seus dados sejam apagados após o período necessário ao cumprimento das finalidades determinantes da coleta. No Brasil, este direito está previsto no art. 748, CPP, e no parágrafo 1º do art.43 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); (g) *princípio da segurança no tratamento*, que determina que o responsável por bancos de dados nos quais são armazenados dados pessoais adote medidas técnicas e administrativas que garantam a segurança de tais informações; (h) *princípio da confidencialidade*, que impõe o *dever de sigilo* no tratamento dos dados pessoais. No Brasil, esse dever vem previsto no art. 23, parágrafo 4º da Lei 8.159/91, regulamentado pelo Decreto 4.553/02 (art. 2º) [...].

E, Vieira⁶²¹ finaliza, citando os demais princípios:

[...] (i) *princípio do não tratamento de dados sensíveis*, pelo qual os dados sensíveis, em regra, só podem ser tratados com prévia permissão do seu titular ou, excepcionalmente, sem o consentimento do seu titular, caso haja disposição legal e para a preservação de outros interesses públicos; (j) *princípio da reciprocidade das vantagens*, que determina que os meios adotados para a coleta de dados pessoais sejam utilizados também para o exercício dos direitos conferidos aos titulares; e, por fim, o (k) *princípio da responsabilidade objetiva*, que determina que os indivíduos responsáveis pela gestão das bases de dados devam ser responsabilizados de forma objetiva por danos decorrentes do descumprimento dos princípios acima arrolados, implicando o dever de indenizar, eis que o tratamento dos dados é uma atividade de risco⁶²².

O conteúdo até aqui estudado, mostrou que ‘a utilização da mescla-banco’ conduz ‘necessariamente ao tratamento dos dados genéticos’, que por sua vez abrange como visto no conteúdo apresentado, a *produção, armazenamento, recepção, reprodução, acesso, transporte, transmissão, distribuição, eliminação e utilização* das informações pessoais. No tocante a essa relação de reciprocidade, ‘é possível afirma que’: ‘A (i) *produção* das informações genéticas, é feita no momento

⁶²⁰ VIEIRA, 2007, apud SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.150.

⁶²¹ Ibid. p.150.

⁶²² Ibid. p.150.

em que se realiza o procedimento de tipagem genética'. Bem como o (ii) *armazenamento* destes dados pessoais relaciona-se com a alimentação do banco de perfis genéticos para fins criminais. Quanto às demais atividades de '(iii) *recepção, reprodução, acesso, transmissão distribuição, armazenamento e eliminação* dos dados genéticos, acontecem na atividade de gestão da base de dados'. Finalmente a (iv) que se refere à *utilização* destes dados pessoais, incidem por ocasião da *utilização* do banco de perfis genéticos⁶²³.

3.5 O direito fundamental à não autoincriminação: a utilização do DNA frente aos postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito

A construção de bancos de dados de perfis genéticos para fins de investigação criminal, realizada através da coleta de material genético, deve ser balizada por 'parâmetro de garantias aos direitos fundamentais da pessoa humana', caso contrário, passa a representar um 'grave risco para os direitos humanos e para as garantias penais e processuais do cidadão' e, também pode desvirtuar 'o papel do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito', visto que gera uma relação contrária entre essas garantias e a permanente procura por mais segurança', isto é, julga-se necessário e aceitável sacrificar ou pelo menos 'mitigar as garantias fundamentais', em prol 'de uma eficácia repressiva' ⁶²⁴.

Nesse sentido Callegari, Wermuth e Engelmann⁶²⁵ asseveram:

[...] isso contraria o princípio segundo o qual as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, ou seja, devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Constituição Federal.

Dentro desse contexto é importante que se destaque, de modo especial, o direito fundamental à não autoincriminação. No que tange ao princípio, (da não autoincriminação), o qual se caracteriza por um forte conteúdo de garantia, nenhuma pessoa é obrigada a produzir prova contra si mesma '(nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.)'. Logo, ninguém pode ser obrigado, tanto por

⁶²³ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.150.

⁶²⁴ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 65.

⁶²⁵ Ibid. p. 65.

qualquer autoridade, como por um particular, a fornecer de forma involuntária qualquer tipo de informação, dado, objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente⁶²⁶. De acordo com Callegari, Wermuth e Engelmann⁶²⁷ é ressaltado o seguinte:

Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. A garantia de não declarar contra si mesmo encontra-se, dentre outros documentos internacionais, no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Já no âmbito interno, esse direito encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, inc. LXIII).

Nesse mesmo sentido, é conveniente ‘que se lancem outros pressupostos à utilização do banco de perfis genéticos’: no caso em que se implementada, efetivamente, ‘essa modalidade probatória, será vedada a sua aplicação exclusiva a algumas pessoas, que poderiam ser catalogadas como ‘as verdadeiras ‘não pessoas’ do Direito Penal moderno’, ou seja, os absolutamente excluídos’⁶²⁸. Não se poderá exacerbar-se ‘nas modalidades de pesquisa probatória para algumas’ ‘pessoas de segunda classe’ sobre as quais o Estado se volverá com um rigor maior ‘- os não humanos – que merecerão um tratamento com provas de conteúdo essencial’. Existe, sobre algumas pessoas ou categorias delas, uma tendência de considerá-las como ‘fontes de perigo’. Este aspecto não poderá inspirar as discussões sobre a ‘adoção ou não do banco de perfis genéticos’. Ligados a todos ‘esses detalhes, a utilização dos dados genéticos poderá significar ‘a negação da relevância do dado biológico ‘ser humano’⁶²⁹.

Outro importante aspecto a ser considerado dentro deste contexto refere-se a ‘limites e possibilidades de utilização de bancos de dados genéticos para fins de investigação criminal no Brasil’. E nesse sentido citam Callegari, Wermuth e Engelmann⁶³⁰:

[...] o princípio da proporcionalidade, a regra de ponderação de interesses como fundamento legitimador da decisão de sacrificar direitos fundamentais

⁶²⁶ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 65-66.

⁶²⁷ Ibid. p. 66.

⁶²⁸ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁶²⁹ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 66.

⁶³⁰ Ibid. p. 71-72.

no lugar de objetivos sociais, é uma regra fundamental, e que deve ser utilizada como 'norte' no tratamento da matéria. Notadamente no caso da criação do banco de perfis genéticos, ao lado do princípio da proporcionalidade (que será examinada a seguir), se deverá levar em consideração que esse conteúdo integra 'os direitos de personalidade' e, assim, não se poderá 'patrimonializar' um conteúdo que é indisponível, pois está em jogo a intimidade da pessoa.

Face ao exposto, é uma premissa do Direito que, de modo geral, os dados de caráter pessoal de um indivíduo, requerem uma proteção específica, tanto quando confiados a profissionais, quanto ao ocasionarem a composição de um arquivo informatizado, independentemente de qual for seu objetivo. Seja ele, policial, médico ou financeiro⁶³¹.

Desse modo, estruturação da proporcionalidade precisará levar em conta os contornos bastante específicos 'que a matéria carrega na sua essência constitutiva'⁶³².

3.6 O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento para a Mensuração da Possibilidade de Utilização de Bancos de Dados de Perfis Genéticos na Investigação Criminal no Brasil.

No âmbito penal o princípio da proporcionalidade presume o desenvolvimento dos subprincípios de adequação '(ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade estrita da intervenção'⁶³³.

No que tange à avaliação da conformação ou idoneidade da tutela jurídico-penal, deve-se averiguar se ela não é ilegítima, quanto à constitucionalidade, o que leva a uma investigação de fatores tais como: 'os bens ou interesses aos quais se busca proteção não devem estar constitucionalmente proscritos nem devem ser irrelevantes do ponto de vista social'⁶³⁴. Dentro deste contexto, Callegari, Wermuth e Engelmann citam que:

Além disso, a idoneidade pressupõe a avaliação da aptidão do meio (no caso, o Direito Penal) para consecução da finalidade proposta (a proteção do bem

⁶³¹ DELMAS-MART, Mireille. **Os Grandes sistemas de Política Criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 31-33.

⁶³² Ibid. p. 72.

⁶³³ ZÚÑIGA RODRIGUES, 2009, apud CALLEGARI; L. André; WERMUTH; A.D. Maiquel; ENGELMANN; Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 73.

⁶³⁴ MOURULLO: 2002, apud CALLEGARI; L. André; WERMUTH; A.D. Maiquel; ENGELMANN; Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 73.

jurídico), de forma que somente na medida em que é possível alcançar o objetivo da incriminação é que se justifica o recurso ao Direito Punitivo, considerando-se que 'a possibilidade da obtenção da tutela é a única forma de legitimação das 'lesões a direitos' ínsitas ao meio pena ⁶³⁵.

Quanto a análise da necessidade, deve-se investigar 'se a medida penal representa o meio menos agravoso dentre os eficazes e disponíveis à obtenção do fim almejado', isto é, 'a intervenção penal (medida) não poderia ser conquistada *com a mesma eficácia* recorrendo-se a uma medida alternativa menos restritiva (sanção civil ou administrativa)'⁶³⁶.

Assim sendo, o subprincípio da necessidade consiste na 'exigência constitucional de que o interesse que se busca proteger por meio da norma penal' de forma relevante que justifique uma demarcação do âmbito de liberdade dos cidadãos. Tal princípio requer do legislador infraconstitucional a atenção, em primeiro lugar, no tocante à identificação de 'quais são os bens jurídicos que podem ser elevados à categoria de bem jurídico-penal, ou seja, quais bens necessitam de uma tutela por parte do direito penal, para que sejam suficientemente protegidos' e, em continuidade, à análise da 'medida em que determinado bem, já definido como merecedor de proteção penal, pode ser tutelado criminalmente, de maneira que sejam aferidas as modalidades de ataque em relação às quais é indispensável o recurso ao direito penal'⁶³⁷.

No tocante à criação de bancos de perfis genéticos, Callegari, Wermuth e Engelmann⁶³⁸ fazem a seguinte citação:

Sobre o exame da necessidade em relação aos bancos de perfis genéticos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu, em 4 de dezembro de 2008, no caso S. e Marper c. Reino Unido, que a conservação sistemática e indiscriminada por parte de autoridades públicas de mostras celulares e perfis de DNA de pessoas não condenadas vulnera o art. 8º do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, por tratar-se de uma ingerência que não cumpre com o requisito de necessidade em uma sociedade democrática.

⁶³⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 127.

⁶³⁶ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 163.

⁶³⁷ GOMES. 2003, apud CALLEGARI; L. André; WERMUTH; A.D. Maiquel; ENGELMANN; Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 74.

⁶³⁸ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 75-76.

Finalmente, no que concerne ao exame da proporcionalidade restrita da intervenção, há que se investigar se medida não está sendo desproporcional em seu sentido exato⁶³⁹.

Desse modo, deve ser levado em consideração o fato de que toda e qualquer 'regulamentação' ligada à 'utilização de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil' deve ter como ponto de partida o 'consentimento do titular do referidos dados', a fim de 'preservar os direitos e garantias fundamentais inscritos em nossa Constituição', especialmente o direito à não autoincriminação, referido anteriormente, ao qual se refere o art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna. Este consentimento constitui a base essencial sobre a qual se assentará toda a produção normativa ligada ao tema, 'a exemplo da regulamentação do tema na Carta Magna dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000', já referida anteriormente, em cujo artigo 8, prevê, de modo expresso, 'que o consentimento da pessoa afetada – ou outro fundamento legítimo previsto na lei – é fundamental para o tratamento dos dados de caráter pessoal. Logo, no Brasil, o princípio da proporcionalidade impõe, no tocante 'ao tema da regulamentação da utilização de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal', primeiramente, que a utilização desses dados, leve em conta os critérios de adequação, bem como, de necessidade e de proporcionalidade exata da 'medida probatória e, em segundo lugar, que o consentimento do afetado' seja entendido 'como integrante do conteúdo essencial do direito fundamental à proteção de dados pessoais', a fim de que 'seja reconhecido o direito da pessoa de ser informada sobre quem possui seus dados e com qual finalidade'. Porquanto, o direito de informação, aqui, apresenta-se como um requisito indispensável para que o consentimento seja concedido de maneira válida pelo interessado⁶⁴⁰.

Nesse sentido, Callegari, Wermuth e Engelmann⁶⁴¹ asseveram que:

Assim, o exercício do princípio da proporcionalidade, combinado com as disposições contidas no ordenamento jurídico, deverá ser perpassado pelos aspectos bioéticos examinados, com o acréscimo do seguinte elemento: 'ao Biodireito [...] cabe a função social de renovar os compromissos éticos,

⁶³⁹ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 75-76.

⁶⁴⁰ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 82.

⁶⁴¹ Ibid. p. 82-83.

incluindo [...] as prerrogativas atropeladas pelo advento da pós-modernidade como o direito ao sigilo de dados genéticos⁶⁴².

Certamente, que ‘a sofisticação das práticas criminais’, bem como ‘a técnica legislativa das normas penais em branco’, que já não são tão precisas para definir ‘o tipo penal e os avanços tecnológicos’, ocasionando uma ‘intromissão’ em dados inteiramente privados, representam os principais desafios pelos quais se defronta o processo penal desde o início do século XXI⁶⁴³.

Complementando o conteúdo anteriormente referido, Callegari, Wermuth e Engelmann⁶⁴⁴ afirmam:

Mais do que em nenhum momento da história da humanidade, é preciso olhar para a essência do ser do ente homem e, a partir daí, por meio do princípio da proporcionalidade, deliberar sobre os casos em que efetivamente vale a pena a utilização de um código exclusivo para formatar um código (seja penal ou processual penal) contingente e humanamente definido.

Um importante aspecto citado por Sauthier⁶⁴⁵: ‘a colisão entre os direitos fundamentais deve buscar uma solução no critério oferecido pela *Teoria dos princípios* de Alexy⁶⁴⁶: *O teste da proporcionalidade*⁶⁴⁷, sobre o qual afirma Sauthier⁶⁴⁸:

Embora consagrado em documentos importantes tais como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 52,1), ela independe de previsão constitucional ou legal expressa, pois, conforme bem destaca o entendimento Tribunal alemão, o princípio da proporcionalidade ‘deriva do próprio Estado de Direito e resulta da essência dos direitos fundamentais’.

Segundo Sauthier⁶⁴⁹, Trois Neto⁶⁵⁰ define proporcionalidade como sendo, ‘o conjunto de regras utilizadas para a verificação da constitucionalidade de restrições

⁶⁴² AUGUSTIN, Sergio; ALMEIDA, Ângela. O Biodireito e a Ética da Prospectiva e da Responsabilidade: a controvérsia sobre a clonagem humana. In TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (Coord.) . A função Social do Direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 559.

⁶⁴³ Ibid. p. 83.

⁶⁴⁴ Ibid. p. 87

⁶⁴⁵ ALEXY, Robert. **‘A institucionalização da Razão’**. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.37.

⁶⁴⁶ SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p. 127.

⁶⁴⁷ Ibid. p.127.

⁶⁴⁸ Ibid. p.127.

⁶⁴⁹ Ibid. p.127.

⁶⁵⁰ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito a não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.59.

estabelecidas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental ou de um bem coletivo, sempre que se tratar de colisão princípios constitucionais’.

O binômio garantismo/eficientismo traduz a colisão dos direitos fundamentais, cujo princípio é assim explicado por Mora Sánchez⁶⁵¹: ‘é aplicado de duas formas: Ora como *proibição de excesso*, ora como *proibição da insuficiência*’. Este último – *proibição de excesso* - tem como objetivo ‘dar eficácia aos direitos de defesa do imputado’. Tendo em vista que o Estado ‘esbarra’ nesses direitos, quando da sua ação persecutória e que , por esse motivo clamam por aplicação. Desse modo, ante a colisão entre a persecução penal eficiente e os direitos de defesa, o procede-se sua solução, que inicialmente, perpassa algumas etapas até chegar àquela que trata da aplicação da proporcionalidade. ‘Cuja última fase é a *ponderação* dos direitos em conflito’. Porém, como assevera Trois Neto⁶⁵²:

[...] que a proporcionalidade não pode ser reduzida a um discurso retórico, sendo que o seu emprego correto exige a observância estrita de suas regras e também da ordem de aplicação delas, que é determinada por relações de subsidiariedade. Tais regras são os subpreceitos da adequação, *necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Importante destacar que ‘uma medida estatal é adequada se leva ao fim legítimo buscado pelo Estado, ou, ao menos, conduz a seu favorecimento’. E que *fim legítimo* é aquele cuja obtenção ‘está ordenada ou ao menos permitida constitucionalmente’. Este é ‘um *critério de caráter empírico* na causalidade da medida com seus fins, para que as ingerências adotadas facilitem o êxito perseguido’⁶⁵³.

A etapa seguinte é a ‘*necessidade* (ou intervenção mínima)’, a qual, de igual modo, necessita de uma ‘*análise empírica*’ a fim de determinar se a medida escolhida, dentre outras medidas apropriadas e disponíveis é aquela que ocasiona ‘a menor restrição ao direito fundamental’. Uma medida não é *necessária* sempre que for possível ser obtida através de outro meio cuja eficácia seja a mesma, ‘e que restrinja o direito de maneira menos intensa’⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. **Aspectos Substantivos Y Processales de La Tecnología Del ADN**. Bilbao-Granada: Comares, 2001. p. 154.

⁶⁵² Ibid. p.128.

⁶⁵³ SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.128.

⁶⁵⁴ Ibid. p.128.

A última etapa é a '*proporcionalidade em sentido estrito*'. Nesse caso, diferentemente, a avaliação reside '*no campo das possibilidades jurídicas* e irá verificar se a restrição ao direito, necessária e adequada, é também justificável, considerando sua importância concretamente aferida'. Conforme afirma Sauthier⁶⁵⁵ 'se trata de realizar uma *ponderação* de bens, uma avaliação entre a *gravidade da intensidade da intervenção no direito fundamental* (de um lado), e (de outro lado) o *peso das razões que a justificam*'. Nesse sentido, Sauthier⁶⁵⁶ cita que:

Conforme Alexy⁶⁵⁷, este subpreceito pode ser chamado de **lei da ponderação**, assim formulada: 'Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro princípio'. 'Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam'.

Segundo Sauthier⁶⁵⁸, 'na Europa a ponderação das garantias processuais já vem sendo reconhecidas há anos'.

Ao passo que no Brasil, o STF repudia a aplicação da proporcionalidade para 'colisões entre a 'funcionalidade da justiça penal' (*direito à persecução penal eficiente*) e a proteção da personalidade do imputado (*direitos de defesa*)'⁶⁵⁹.

3.7. Participação do Público nos Bancos de Dados Genéticos: cruzar as Fronteiras entre Biobancos e DNA Forense das Bases de Dados através do Princípio da Solidariedade

Este tema tratado por Machado e Silva⁶⁶⁰, em muito contribuiu para a realização do presente trabalho, tendo em vista a riqueza de seu conteúdo. E, por este motivo, tronou-se imprescindível sua apreciação. Porquanto, com frequência, os biobancos e

⁶⁵⁵ SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.129.

⁶⁵⁶ Ibid. p.129.

⁶⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999. p. 161.

⁶⁵⁸ SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.129.

⁶⁵⁹ TROIS NETO, 2010. apud SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p. 129.

⁶⁶⁰ MACHADO, Helena; SILVA, Suzana. **Participação do público nos bancos de dados genéticos: cruzar as fronteiras entre biobancos e DNA forense bases de dados através do princípio da solidariedade**. Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

bancos de dados forenses, no que tange aos aspectos éticos, têm sido tratados distintamente. Em consequência disso, '[...] a participação do público, ou o envolvimento dos cidadãos nos bancos de dados genéticos, foi abordado de forma diferente nas áreas de perícia e medicina'. E assim sendo, MACHADO, SILVA⁶⁶¹, afirmam que o referido trabalho pretende:

[...] cruzar as fronteiras entre a medicina e ciência forense, explorando os fluxos entre as questões éticas, apresentadas em dois domínios e a conceptualização subsequente da confiança pública e legitimação. Propomos introduzir o conceito de 'solidariedade', tradicionalmente aplicado somente para médicos e biobancos, de pesquisa em uma consideração de engajamento público em medicina e ciência forense. Inclusão de uma estrutura baseada em solidariedade, em ambos os biobancos médicos e bancos de dados de DNA forenses, levanta novas questões que devem ser incluídos no debate ético, em relação a ambos os serviços de saúde / pesquisa médica e atividades associadas com o sistema de justiça criminal.

Sabe-se que tanto os biobancos médicos, como os bancos de dados de DNA forenses possuem potencial capaz de fornecer significativos benefícios sociais. Visto que os biobancos médicos mostram-se como um 'dos mais promissores instrumentos para combater as doenças e promover a melhoria da saúde pública', isto porque eles podem ampliar nossa compreensão sobre as doenças e o desenvolvimento de terapias e tratamentos para doenças multifatoriais comuns, assim como, determinar o porquê diferentes reações a drogas farmacêuticas ocorrem em certos grupos de pessoas. Quanto aos bancos de dados forenses, estes 'são vistos como ferramentas que podem melhorar os esforços para detectar o crime e identificar suspeitos, que, por sua vez, deverá reduzir o crime e aumentar a segurança pública⁶⁶²'.

Quanto às características peculiares aos biobancos médicos e os bancos de dados de DNA forenses, foram amplamente expostos anteriormente. Bem como, no que se refere aos critérios de inclusão de perfis, períodos de tempo e condições para a sua retenção e/ou exclusão entre bases de dados de DNA forense, não só na União

⁶⁶¹ MACHADO, Helena; SILVA, Suzana. **Participação do público nos bancos de dados genéticos: cruzar as fronteiras entre biobancos e DNA forense bases de dados através do princípio da solidariedade.** Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁶² MACHADO, Helena; SILVA, Suzana. **Participação do público nos bancos de dados genéticos: cruzar as fronteiras entre biobancos e DNA forense bases de dados através do princípio da solidariedade.** Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

européia, mas também em outros países, inclusive no Brasil. Assim sendo, cabe, inicialmente, registrar a seguinte observação feita por Machado e Silva⁶⁶³:

Por uma questão de clarificação, o conceito de biobancos será usado neste documento para se referir unicamente aos bancos de dados área médica bancos de dados de DNA forenses para se referir a bases de dados genéticos utilizados no sistema de justiça criminal.

Apesar dos biobancos e os bancos de dados de DNA forenses terem se tornado 'objeto de considerável investimento econômico, político e científico e, potencialmente, oferecerem grandes benefícios para a sociedade, um grande debate ético surgiu sobre os riscos e danos que podem ser associados com seu uso' ⁶⁶⁴. E as intrincadas questões éticas referentes 'à criação e gestão de bases de dados de DNA forense e de biobancos geralmente foram abordadas por especialistas, decisores políticos, reguladores e comentadores acadêmicos como campos separados de debate e análise' ⁶⁶⁵.

Nesse sentido, asseveram Machado e Silva⁶⁶⁶ que:

A discussão de problemas éticos em separado é geralmente justificada com base no que bancos de dados de DNA forenses são usados num contexto completamente diferente de outras ferramentas de biomédicas e servem outros propósitos. Em muitos aspectos, a idéia de manter essa separação baseia-se no argumento de que os aspectos éticos da medicina biobancos devem ser enquadrados em torno dos direitos individuais e escolhas, considerando que o debate sobre bancos de dados de DNA forenses deve ser contextualizado em termos das escolhas políticas e sociais subjacentes.

E, as referidas autoras⁶⁶⁷ acrescentam:

Este papel criticamente questiona a separação entre a ética de biobancos e bancos de dados de DNA forenses. Posicionamento da análise dentro do debate ético atual nas arenas forenses e médicas e, destina-se a cruzar as fronteiras entre eles, explorando os fluxos entre as questões éticas, apresentadas nos dois domínios no campo da participação do público, a

⁶⁶³ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkdZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁶⁴ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkdZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁶⁵ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkdZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁶⁶ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkdZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁶⁷ MACHADO, Helena; SILVA, Suzana. **Participação do público nos bancos de dados genéticos: cruzar as fronteiras entre biobancos e DNA forense bases de dados através do princípio da solidariedade.** Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkdZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

confiança pública e a legitimação e a subsequente aplicação do princípio da 'solidariedade' nos biobancos médicos e bancos de dados de DNA forenses.

3.7.1 *Ética, Biobancos Médicos e Bancos de Dados de DNA Forense*

São notórios os desafios a serem vencidos quando o assunto é bases de dados de DNA, tendo em vista que frequentemente são abordados como potenciais ameaças para uma grande quantidade significativa de direitos civis. E, assim sendo, Machado e Silva⁶⁶⁸, de forma esclarecedora afirmam que:

Os desafios éticos de bases de dados de DNA forenses geralmente têm sido abordados como ameaças potenciais para uma gama de direitos civis, como o direito à privacidade, a liberdade e a integridade física e moral, a dignidade das pessoas e da presunção de inocência. O cerne do debate relacionado à ética no campo forense encontra-se uma discussão do princípio da proporcionalidade (ou seja, a importância fundamental para os seres humanos, do respeito pelos seus direitos individuais e a necessidade, em circunstâncias adequadas, para restringir esses direitos, tanto no interesse geral ou para proteger os direitos dos outros).

Nesse contexto, faz-se necessário destacar que um número cada vez maior de críticos argumenta que há uma necessidade de explorar com maior profundidade as sucessões e intermitências 'entre desenvolvimentos paralelos e questões éticas em bancos de dados forenses e biobancos médicos'. E, nesse sentido, Machado e Silva⁶⁶⁹ em sua obra oferecem: '[...] uma contribuição a esta perspectiva estendendo o debate ético tradicional na participação do público nos bancos de dados genéticos'.

3.7.2 *Participação Pública*

Contemplando a discussão separadamente sobre 'a ética das bases de dados de DNA forenses e biobancos médicos, a participação do público'. Ou, como 'a participação dos cidadãos nos bancos de dados genéticos tem sido abordada de

⁶⁶⁸ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁶⁹ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

forma diferente nos dois campos da ciência forense e da medicina'⁶⁷⁰. Nesse sentido, Machado e Silva⁶⁷¹ asseveram que:

A questão da participação pública é uma questão fundamental na governança de bancos de dados genéticos e foi enquadrada de duas diferentes maneiras: como as pessoas fornecem material de pesquisa para bancos de dados genéticos, e como as pessoas se tornam co-decisores nestes projetos. Estes dois aspectos da participação pública são geralmente considerados importantes para o envolvimento dos cidadãos em projetos de pesquisa médica. No caso de bases de dados genéticas forenses, o debate sobre a participação do público, tem sido restrita a participação do público na governança e decisões políticas, isto é, a percepção dos cidadãos como co-decisores e, por conseguinte, a suposição de que as preocupações do público sobre os direitos humanos e liberdades civis devem ser identificados e, em função disto, as condições aceitáveis para o estabelecimento e governança de uma base de dados de DNA forense devem ser reparadas.

A diferenciação entre a participação pública nos biobancos e nas bases de dados de DNA forenses pode ser explicada, fundamentalmente, segundo Machado e Silva⁶⁷²:

[...] pelo fato de que este último está associado com a escolha coerciva de perfis e amostras de indivíduos que foram presos, acusados e condenados por crimes, para fins de policiamento, considerando que os registros do biobanco são assumidos a contar com a participação de voluntários.

No entendimento de Machado e Silva⁶⁷³, ao se separar totalmente as questões étnicas ligadas à 'governança das bases de dados genéticos em medicina das bases de dados de DNA utilizadas na investigação criminal restringe as formas em que a participação do público é projetada e concebida, por três principais razões'⁶⁷⁴:

Em primeiro lugar, a dicotomia participação da voluntária e obrigatória deixa de considerar certas situações concretas que não se enquadram claramente em uma categoria ou outras (por exemplo, voluntários ou vítimas de crime que fornecem amostras de DNA de criminosos para as bases de dados genéticos, bem como registros de doenças e investigações em emergências

⁶⁷⁰ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁷¹ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁷² Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁷³ Ibid. < Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁷⁴ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

de saúde pública quando os dados foram coletados sem a necessidade de consentimento informado individual). Em segundo lugar, esta contraposição entre amostras de DNA coletadas pela compulsão (associada com bases de dados genéticos criminais) e a disposição voluntária de material biológico humano (ligada a bancos de dados médicos) é baseada em uma abordagem individualista para ética que se concentra principalmente na restrição potencial dos direitos civis do indivíduo, deixando de considerar os interesses coletivo e político, como a fiscalização institucional, a confiança do público, transparência na gestão de bases de dados genéticos. Em terceiro lugar, a ênfase na 'livre escolha' por parte daqueles que contribuem para biobancos tem sido amplamente criticada, e vários críticos demonstraram que o conceito de 'participação voluntária' é ambíguo e obscuro.

No campo penal forense ocorre que 'a recusa de um voluntário pode ser a base para ser adicionado à lista de 'suspeitos''. E uma prática chamada de 'arrastões de DNA' em investigação criminal consiste em pedir a centenas, talvez milhares, de pessoas para que forneça 'o seu sangue ou saliva, na esperança de encontrar a única pessoa cujo DNA coincide com DNA deixado em uma cena do crime'. Além disso, estudos recentes mostram que a associação automática de 'participação obrigatória' com criminoso nas bases de dados genéticos também é problemática: não só pode o infrator condenado ver a inclusão de seu perfil genético individual como um meio de proteger os seus direitos individuais e aumentando a suas chances de exoneração, mas os cidadãos comuns também podem ser dispostos a doar voluntariamente uma amostra para criação de perfis e inclusão numa base de dados de DNA criminoso por causa dos benefícios percebidos por proteger a sociedade e os indivíduos, do crime. Ainda, segundo Machado e Silva⁶⁷⁵, 'o debate ético sobre a participação do público em médico biobancos pode ser significativamente aplicada à participação do público nas arenas forenses'⁶⁷⁶.

3.7.3 Confiança pública e legitimação

No recente debate político e acadêmico, o fortalecimento da confiança em bases de dados genéticos foi exposto como obrigatório para a legitimidade e manutenção de bases de dados forenses, biobancos e de DNA. Estudos experimentais sobre os comportamentos públicos para biobancos médicos e bases de dados genéticos forenses têm apresentado fortemente altos níveis de confiança no

⁶⁷⁵ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁷⁶ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

âmbito das instituições científicas, ‘uma visão positiva da base de dados genética e seus resultados esperados’, bem como um consistente ‘motivação para doar material biológico baseado em sentimentos de altruísmo e querendo ajudar os outros, e a percepção pública de que o uso forense dos biobancos médicos não afeta a confiança nos serviços de cuidados da saúde’.

Apesar disso, a compreensão ‘de benefícios sociais e confiança depositada em base de dados genética, tanto em campos forenses e médicos’, têm sido desafiada pela carência ‘de informações, bem como, com a falta de informações e preocupações com a falta de controle e regulamentos insuficientes ou pouco claros’, no tocante à ‘salvaguarda dos dados dos indivíduos e de supervisionar o acesso e utilização de dados genéticos’. Esta fluidez entre os comportamentos públicos no âmbito da medicina forense se traduz ‘numa renovada de conceptualização confiança do público e legitimação, de quatro maneiras complementares’. Em primeiro lugar, de acordo com Machado e Silva⁶⁷⁷:

[...] chama a atenção para a responsabilidade do conhecimento científico e instituições políticas. A literatura sobre bioética destacou a importância de incorporar biobancos e bases de dados forenses em instituições credíveis que têm a capacidade de suportar eles, gerida por pesquisadores de confiança, destacando universidades e centros de investigação, ou instituições nacionais de medicina legal. A necessidade de regulamentar e implementar uma política de verdade e transparência para as atividades de biobancos e forense Bancos de dados de DNA também tem sido reconhecido, que salvasse indivíduo privacidade e mantém a confiança neles depositada. Detalhamento os interesses dos diversos atores envolvidos na respectiva governação e clarificar as condições de utilização, acesso e divulgação de dados representam passos em frente nesse sentido. Em segundo lugar, ele destaca a importância de fornecer informações precisas e oportunas aos titulares dos dados, em particular sobre os propósitos e os objetivos do biobanco e suas estruturas de governança, inadmissíveis e possíveis utilizações das amostras, para variáveis ser registrado no banco de dados, o tempo de armazenamento e disponibilidade de amostras, tipo de amostras armazenadas, procedimentos associados à recuperação de amostras e dados, termos em que amostras e dados podem ser acessados, os direitos dos indivíduos, e uma lista de previsíveis riscos e benefícios. Em terceiro lugar, ele pede garantias de que o público envolvido estará protegido ao consultar suas opiniões sobre o funcionamento dos biobancos e bases de dados forenses de DNA. Finalmente, ela chama para o ajuste entre as expectativas e responsabilidades de todos os atores envolvidos com a realidade de investigação médica e também para a utilização de bancos de dados genéticos para apoiar as atividades de investigação e ação penal.

⁶⁷⁷ Ibid. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

E assim, ‘promovendo a confiança do público e legitimação é uma questão de abordar não apenas os direitos e necessidades individuais, mas também os direitos e necessidades das comunidades e grupos sociais’⁶⁷⁸. Além disso, todas as ações que não possuam uma perspectiva individual e sim coletiva podem existir, tanto por parte de ‘não criminosos’, cujos perfis podem ser armazenados em bancos de dados, bem como, de indivíduos condenados cujos perfis (e, em algumas jurisdições, as amostras também) estão inseridos nas bases de dados forenses de DNA⁶⁷⁹.

Nesse sentido, Machado e Silva⁶⁸⁰ asseveram que:

A percepção de bases de dados genéticos como projetos cívicos e arenas de negociação entre os interesses do público e de instituições privadas e direitos individuais e coletivos e deveres exige ética comunitária, como tem sido defendida no contexto de biobancos pesquisa médica.

Dentro do contexto até aqui exposto, seria bastante oportuno que a realização de ‘renovado debate ético, argumentando que, baseada na solidariedade, esta abordagem poderia ser significativamente ampliada à participação do público em bases de dados forenses de DNA⁶⁸¹’.

3.7.4 O princípio da solidariedade

A discussão sobre a solidariedade ‘tem sido discutida como um conceito emergente em bioética, que defende a ética da comunidade’. Conforme citam Machado e Silva⁶⁸²:

[...] associada a práticas e compromissos que são compartilhados, em termos financeiros, sociais e emocionais, com ativos comuns, combinando indivíduo e responsabilidades coletivas e contando com os contributos de todos para garantir que todos serão beneficiados.

⁶⁷⁸ MACHADO, Helena; SILVA, Suzana. **Participação do público nos bancos de dados genéticos: cruzar as fronteiras entre biobancos e DNA forense bases de dados através do princípio da solidariedade.** Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁷⁹ Ibidem: Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁸⁰ Ibidem: Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁸¹ Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁸² Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

E, complementam Machado e Silva⁶⁸³ que:

Uma abordagem baseada na solidariedade também inclui a introdução de mecanismos de participação pública guiada pelos princípios de respeito, veracidade e transparência, priorizando a investigação que não foi projetada para o ganho financeiro, desenvolvimento de estratégias de mitigação de danos, e garantir que os cidadãos podem exercer o seu direito à informação. Ela envolve não só questões técnicas e científicas, mas também uma discussão, sobre os efeitos de processamento de dados, digna e benéfica, guiada pelo seguindo os principais princípios, que podem atravessar as fronteiras entre bases de dados genéticas médicas e forenses: reforço da direito do indivíduo de ser informado e de dar consentimento; transparência em relação com os propósitos, riscos, benefícios e atores envolvidos no processamento de dados pessoais; monitoramento, supervisão e a prestação de contas por parte dos cidadãos e instituições independentes; gestão de conflitos de interesses, equilibrando interesses públicos e privados e interesses individuais e coletivos; consulta o público. Incorporação do princípio da solidariedade em relação às bases de dados forenses de DNA pode ser particularmente relevante em relação os usos forenses de biobancos de medicina e em relação ao intercâmbio de dados de DNA entre os países para fins forenses.

Embora todas as jurisdições proibam a ‘especulação do intercâmbio automatizado de informações entre contextos forenses e médicos’, o uso forense dos biobancos médicos é permitido em circunstâncias excepcionais (por exemplo, para identificação de vítimas de desastres de massa e catástrofes). Por exemplo, o Direito da União Europeia, ‘através de Decisões 2008/615 / JAI e 2008/616 / JAI do Conselho (Conselho da UE, 2008)’, implantou um sistema pan-europeu viabilizando o intercâmbio transacional de dados genéticos forenses entre os países da EU, objetivando o combate à criminalidade transfronteiriça, o terrorismo e a imigração clandestina⁶⁸⁴.

A quantidade de perfis de DNA a ser trocada entre as agências em todos os países da EU ultrapassa os 10 milhões de ‘indivíduos’ e, este processo será rotineiro e automatizado, ‘num contexto marcado pela falta de transparência e prestação de contas’. Nesse sentido, Machado e Silva⁶⁸⁵ afirmam que:

A inclusão de um quadro baseado na solidariedade pode reforçar a participação do público em ambas as bases de dados genéticas médicas e

⁶⁸³ Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁸⁴ MACHADO, Helena; SILVA, Suzana. **Participação do público nos bancos de dados genéticos: cruzar as fronteiras entre biobancos e DNA forense bases de dados através do princípio da solidariedade.** Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁸⁵ Ibidem: Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015

forenses, e assegurar uma maior transparência em termos de acesso e utilização de dados pessoais e à independência dos controladores. [...] a credibilidade dos biobancos e a confiança depositada neles são essenciais para atingir três níveis: modelo de solidariedade: em um nível interpessoal, é necessário para que as pessoas, muitas vezes, estejam dispostos a aceitar os custos (o risco de perdas e a inconveniência de participantes), a fim de ajudar outros, com base na noção de similaridade e o fato de biobancos solidários, não sejam indevidamente explorado para ganho financeiro; no contexto do grupo, os participantes e os biobancos tornam-se parceiros em projetos que incidem sobre os seus interesses comuns e negociar formas comuns de conduta, a fim de alcançar objetivos comuns, em vez de simplesmente agindo como partes. Um contrato; em um nível contratual, os compromissos decorrentes de um a regulação e governança de biobancos são respeitados.

É inegável que solidariedade estimula a discussão sobre novas questões que precisam ser inseridas no debate ético, no tocante à prevenção da criminalidade, à investigação e repressão, bem como serviços de saúde e investigação e investigação. Tais questões envolvem 'o equilíbrio entre benefícios individuais e coletivos e responsabilidades, e reflexões sobre o justo, eficiente e alocação efetiva e utilização de bases de dados genéticos existentes em diferentes contextos nacionais', buscando 'compensar as desigualdades entre os grupos sociais e os Estados-Membros'. Segundo afirmam Machado e Silva⁶⁸⁶:

É uma questão de avaliar proativamente os benefícios e os riscos atuais e futuros para o público em um contexto em que biobancos e bancos de dados DNA forenses são vistos como entidades sociais ou bens que deve ter sua conduta explícita aos participantes com base na comunidade valores e as consequências sociais, políticas e éticas a investigação médica ou investigação criminal.

Algumas perguntas precisam ser classificadas e analisadas mais detalhadamente, conforme citam Machado e Silva⁶⁸⁷:

[...] os direitos de propriedade com relação aos dados pessoais e biobancos; a desigual distribuição de riscos e benefícios entre as populações; conflitos de interesses que envolvem a proteção dos direitos individuais; a relação entre biobancos públicos e privados e entre de investigação, industriais e / ou dos interesses comerciais e de investigação criminal trabalho; e as formas em que o público é representado antes de controladores independentes.

⁶⁸⁶ MACHADO, Helena; SILVA, Suzana. **Participação do público nos bancos de dados genéticos: cruzar as fronteiras entre biobancos e DNA forense bases de dados através do princípio da solidariedade.** Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁸⁷ Ibidem: Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

Esta discussão pode ser abordada também para servir de ‘presente ou futuros bens públicos indispensáveis para outra comunidade e benefícios públicos, tais como a luta contra a criminalidade ou a promoção de assistência médica’.

Outro aspecto fundamental a ser destacado neste contexto é ‘o equilíbrio entre direitos individuais e coletivos, a relação Estado-cidadão, e noções de humano, natureza e compromissos sociais para o que vale a pena proteger, e as razões para isso’. Porquanto, ‘envolve valores complexos e normatividades que são culturalmente e historicamente limitados’ e precisam ser explorados de forma prática. Assim sendo, possibilitará que a apuração pública ‘do trabalho de biobancos e bases de dados forenses de DNA e dos responsáveis pela divulgação dos resultados para os indivíduos, a comunidade científica, e os sistemas de justiça e de saúde’⁶⁸⁸.

3.8 A Legislação que Cria e Regulamenta o Banco de Perfis Genéticos Criminal Brasileiro: A Lei 12.654/2012

A Lei nº 12.654/12 tem sua origem no projeto de Lei nº. 2.458/2011, de autoria do senador Ciro Nogueira (PP-PI).⁵² Após tramitação no Congresso Nacional, foi o projeto aprovado, sancionado pela presidente e publicado no Diário Oficial da União no dia 29 de maio de 2012 como Lei nº 12.654/12, entrando em vigor em todo o território nacional a partir de novembro de 2012.

Com apenas quatro artigos, a Lei de nº 12.654/2012 dispõe sobre a coleta e armazenamento de material genético para fins de identificação criminal a critério do juiz. Para tanto, altera as Leis nº 12.037/2009 – que trata da identificação civil e criminal - e de nº 7.210/1984, a Lei de Execução Penal (12).

A característica principal dessa Lei encontra-se estabelecida em seu art. 2º, elaborado a fim de modificar o artigo 9º da Lei de Execução Penal de 1984. Como se pode verificar abaixo⁶⁸⁹:

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.

⁶⁸⁸ Ibid. Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>>. Acesso em: 19/10/2015.

⁶⁸⁹ Presidência da República (Brasil). Casa Civil. Lei nº 12.654/2012.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Nestes termos, fica instituída a coleta compulsória de material genético de todo indivíduo condenado por um crime doloso contra pessoa de natureza grave cometido mediante violência, e posterior armazenamento dos perfis genéticos em banco de dados criminal. Isto implica no uso do sistema CODIS do FBI para a identificação genética de condenados por crimes de natureza grave – crime contra a pessoa (homicídio, lesão corporal de natureza grave, aborto etc.) e crimes Hediondos (estupro, homicídio quando praticado por grupo de extermínio, latrocínio, extorsão qualificada pela morte etc.).

No entanto, nesse momento, alguns aspectos em relação à Lei 12.654/2012, tal como ela foi elaborada, são questionados. São eles: a falta de garantia de qualidade dos laboratórios oficiais responsáveis pelas análises do DNA; a criação de um sistema de controle da atividade e funcionamento do banco, como a criação de um conselho fiscalizador que possa assegurar a transparência do processo na tentativa de promover um aumento da confiabilidade desses bancos perante a sociedade; e ausência de um dispositivo específico que trate sobre o armazenamento das amostras biológicas e a possibilidade de destruição das mesmas.

Haja vista, o artigo 5º, que trata sobre o armazenamento dos perfis genéticos em banco de dados, não especificar qual o procedimento a ser adotado no caso das regiões do DNA utilizadas na identificação humana passarem a revelar características somáticas e comportamentais dos indivíduos. Essa possibilidade é ponderada ao se considerar os constantes avanços científicos no campo da genética forense. Como se pode observar a seguir:

Art. 5º-A. 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.

§ 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 judicial⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ Presidência da República (Brasil). Casa Civil. Lei nº 12.654/2012.

O parágrafo 2º, desse artigo por sua vez, não aborda a questão do armazenamento das amostras biológicas e a possibilidade de descarte das mesmas, tendo em vista seu grau de importância.

Cabe aqui uma análise comparativa com a criação do banco de dados de perfis genéticos criminais, ocorrida em Portugal no ano de 2008. O banco português foi apresentado como uma ferramenta revolucionária no combate à criminalidade, tendo como objetivo auxiliar nas investigações criminais e na identificação de suspeitos. No entanto, embora tenha ocorrido uma profunda discussão quanto às questões legais e éticas suscitadas pelo uso de um banco desta natureza, e quanto à necessidade de sua implantação, até o início do ano 2012, o banco português não conseguiu apresentar a eficiência prometida.

Um dos motivos alegados para essa possível ineficiência é a grande restrição da lei, pois segundo a Procuradoria Geral da República Portuguesa, os juízes nem sempre determinam a coleta de material genético de condenados a pena igual ou superior a três anos de prisão, e que em várias situações não estão presentes os requisitos legais para a coleta de amostras biológicas e posterior inclusão do perfil genético no referido banco.

Entretanto, a presidente da Comissão Nacional de Proteção de Dados de Portugal, Filipa Calvão, em sua apresentação na Conferência 'Bases de Dados Genéticos – a ética, o direito e a investigação criminal' (Universidade do Minho/Portugal, em março de 2013), elogiou todo o cuidado que os legisladores tiveram na elaboração da lei portuguesa que criou a Base de Perfis de DNA deste país. Destacou, ainda, que as medidas de segurança adotadas são consideradas um exemplo para o resto do mundo.

Alerta-se aqui, para a visão de Lorente Acosta⁶⁹¹ no que diz respeito à necessidade de um estudo prévio sobre a criminalidade no país, ressaltando os índices de violência atualizados dos últimos 10 ou 20 anos e as possibilidades para seu controle, para somente depois disso lançar mão da ferramenta banco de perfis genéticos criminais.

Com a publicação do Decreto 7.950, em março de 2013, regulamentou-se a Lei 12.654/2012 e institui-se o banco nacional de perfis genéticos e a rede integrada de

⁶⁹¹ Acosta JAL. **Identificación Genética Criminal: importancia médico legal de las bases de datos de DNA.** In: Romeu Casabona, Carlos Maria. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002. p.1-25.

bancos de perfis genéticos. Estabelecendo, ainda, a unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça como o âmbito de gestão do banco⁶⁹².

A rede integrada de bancos de perfis genéticos tem como escopo consentir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos incluídos nos bancos da União, dos Estados e do Distrito Federal. A adesão dos Estados e do Distrito Federal à rede acontecerá mediante convênio de cooperação técnica entre o Ministério da Justiça e as Unidades da Federação.

O decreto, em seu artigo 2º, firma a criação de um comitê Gestor, que promoverá a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos seus respectivos âmbitos: União, Estados e Distrito Federal⁶⁹³.

É válido lembrar a possibilidade de participação de um membro da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) nas reuniões desse comitê, bem como um membro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

As funções desse comitê encontram-se dispostas no artigo 5º, dentre elas: a obrigação de definir medidas e padrões que vão assegurar o respeito aos direitos e garantias individuais, nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, e no armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados; o comprometimento de definir medidas que assegurem a confiabilidade e o sigilo dos dados; e ainda o empenho em definir requisitos técnicos para que auditorias sejam realizadas no banco e na rede integrada de perfis genéticos⁶⁹⁴.

Com isso o governo brasileiro sinaliza uma preocupação em resguardar direitos e liberdades dos indivíduos que terão seus perfis genéticos armazenados no banco. Para tanto, é necessário que os procedimentos envolvidos no exame de DNA para obtenção do perfil genético, sejam rigorosos quanto à qualidade e que o acesso às informações produzidas seja bastante restrito.

O artigo 7º trata de um aspecto considerado de grande relevância nas legislações de países que possuem bancos com essa finalidade, o prazo para a eliminação do perfil genético do banco. Dessa forma, fica definido nesse artigo que o perfil genético do indivíduo identificado criminalmente será eliminado logo depois de decorrido o prazo de prescrição do crime. Haja vista, que com a prescrição do crime

⁶⁹² Presidência da República (Brasil). Casa Civil. Decreto nº 7.950/12 de março de 2013.

⁶⁹³ Presidência da República (Brasil). Casa Civil. Decreto nº 7.950/12 de março de 2013.

⁶⁹⁴ Presidência da República (Brasil). Casa Civil. Decreto nº 7.950/12 de março de 2013.

encerra-se, também, a obrigação e o pré-requisito básico que determinam o armazenamento do perfil genético na base de dados.

A legislação britânica, nesse sentido, determina a detenção dos perfis genéticos e das respectivas amostras biológicas que os originaram, por tempo ilimitado. Este aspecto indica o atraso legal e ético em que se encontra o banco inglês.

Vale destacar que o banco nacional de perfis genéticos também será utilizado para a identificação de pessoas desaparecidas, e que os perfis genéticos de familiares de desaparecidos serão incluídos no banco de dados, com finalidade única de identificação destes⁶⁹⁵. Este será um típico exemplo de voluntariado para a inclusão de perfil genético no banco.

No entanto, já existe no cenário nacional um banco de dados de DNA com finalidade semelhante, o banco de perfis genéticos de crianças e adolescentes desaparecidos, criado em 2009, utilizado para identificar crianças e adolescentes desaparecidos por meio de estudos de vínculo genético entre estes e a sua família.

3.9 Os Bancos de Dados de Perfis Genéticos, a Biopolítica e o Biopoder.

Os gregos tinham duas palavras para designar a vida: zoé que se refere à vida biológica comum entre humanos e animais e bios que expressa a vida especificamente humana em sua dimensão moral e política. Até os tempos modernos a zoé dos humanos, isto é, a sua vida física e a sua saúde, eram assuntos privados do âmbito do pater família e, não sendo preocupações da pólis. O âmbito público da política, ao contrário, se interessava exclusivamente pelo bios dos seus cidadãos⁶⁹⁶.

O movimento cultural da modernidade reduziu a moral e a política a questões, por um lado, técnicas desenvolvidas por expertos e não mais por cidadãos e, por outro, privadas, porque as restringiram à questões da consciência dos indivíduos. Assim o bios moral e político das pessoas que, para os gregos, eram uma realidade pública passaram por um processo de privatização, porque se tornaram conteúdos da consciência subjetiva. A vida física e biológica, ao contrário, que antes eram preocupações privadas da família, passou a fazer parte do interesse público do Estado. Assim a vida que os humanos têm em comum com os animais foi integrada

⁶⁹⁵ Presidência da República (Brasil). Casa Civil. Decreto nº 7.950/12 de março de 2013.

⁶⁹⁶ JUNGES: Jose Roque. **O nascimento da bioética e a constituição do biopoder**. Revista Acta Bioethica, 2011. Número (2), p. 171-178.

na soberania e no poder do Estado que começou a desenvolver estratégias políticas para a sua gestão⁶⁹⁷. Esse fenômeno foi denominado por Michel de Foucault como biopoder e biopolítica. Este conceito foi posteriormente retomado e reinterpretado por Giorgio Agamben e por Michael Hardt e Toni Negri.

Segundo Foucault, se antes o Estado tinha o poder sobre a vida e a morte dos indivíduos, causar a morte ou deixar viver pelo poder da guerra ou da pena capital, a partir do século XVII, o poder político assumiu a tarefa de gerir a vida através da disciplina dos corpos ou dos controles reguladores das populações. Esses são os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida: a disciplina anátomo-política dos corpos individuais e a regulação biopolítica das populações. O nascimento da medicina social e a consequente preocupação do Estado pela saúde pública responderam a esse objetivo. Assim, a função do poder não é mais matar, mas investir sobre a vida. A potência da morte é substituída pela administração dos corpos e a gestão calculista da vida. Para Foucault a organização do bio-poder foi necessário para o desenvolvimento do capitalismo, porque era necessário, por um lado, inserir os corpos disciplinados dos trabalhadores no aparelho da produção e, por outro, regular e ajustar o fenômeno da população aos processos econômicos⁶⁹⁸.

O filósofo italiano Giorgio Agamben⁶⁹⁹ retoma o tema do biopoder, explicitando novas facetas de cunho jurídico e político. O que torna possível a biopolítica é a restrição da vida à sua precariedade e vulnerabilidade ou a redução do ser humano à sua vida nua. A vida na sua nudez física, incluída na gestão das biopolíticas, foi uma total novidade em relação ao mundo antigo. Essa redução da vida à sua precariedade natural cria as condições para sua inclusão na gestão do poder e possibilita a instauração do regime jurídico da exceção⁷⁰⁰, pelo qual a lei, criada para proteger o indivíduo, é continuamente quebrada, porque o sujeito, esvaziado de sua proteção jurídica pela sua restrição à vida nua física, fica à mercê do biopoder.

⁶⁹⁷ Rabinow P, Rose N. **O conceito de biopoder hoje. Política & Trabalho.** Revista de Ciências Sociais, 2006. 24: p. 27-57.

⁶⁹⁸ FOUCAULT, Michel. **Historia da Sexualidade I. A vontade saber.** Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979.

⁶⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I.** Belo Horizonte: Ed. UFMG. 2004, p. 27.

⁷⁰⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

Assim a força de lei torna-se a força do soberano, pela qual atos que não tem valor de lei adquirem, no entanto, legitimidade pela força. Agamben⁷⁰¹ chama de bando essa potência da lei de manter-se na própria suspensão, isto é, de aplicar-se, desaplicando-se. O bando é a base jurídica da soberania do poder. Assim a exceção torna-se a forma originária e específica do direito e não a sanção como sempre se defendeu.

A lei existe para ser quebrada, porque tem vigência sem significado. Em outras palavras, ela vigora sem significar, porque é puramente formal. Por isso, Agamben pode concluir que 'essa pura forma de lei não é mais lei, mas zona indiscernível entre lei e vida, ou seja, estado de exceção'⁷⁰². Aqui se encontra o cerne da tese central de Agamben sobre o biopoder que se manifesta como regime de exceção para reduzir a vida à sua nudez.

Hardt e Negri, em suas análises do Império, insistem na dimensão produtiva do biopoder, pois o exercício do poder imperial acontece num contexto biopolítico. O sujeito é produzido dentro de um processo biopolítico de constituição social. Não existe apenas um controle sobre a vida, mas o próprio contexto biopolítico em que essa vida se desenvolve é constituído pela máquina imperial. A ontologia dessa produção mudou substancialmente na nova ordem mundial, pois não se trata mais de um controle do Estado. Hoje são as grandes corporações industriais e financeiras que não só produzem mercadorias, mas também subjetividades. Produzem subjetividades agenciais dentro do contexto biopolítico, produzindo necessidades, relações sociais, corpos e mentes ou, em outras palavras produzem produtores do sistema. As indústrias de comunicação jogam um papel de destaque, como legitimadoras da máquina imperial, nessa produção de subjetividades. Como fruto desse processo integrador, o Império e seu regime de biopoder tendem a fazer coincidir produção econômica e constituição política⁷⁰³.

A biopolítica e o biopoder são conceitos amplificados sob os quais prevalecem diversas correntes teóricas acerca de suas contextualizações e aplicações. Sob o ponto de vista do assunto aqui apresentado, trataremos esses conceitos de forma parcial, focalizando a soberania estatal frente a *gestão calculista da vida e dos corpos*

⁷⁰¹AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Ed. UFMG. 2004. p. 30.

⁷⁰²Ibid. p. 35.

⁷⁰³Hardt M, Negri T. **Império**. Rio de Janeiro, São Paulo: Ed. Record; 2002.

sutilmente docilizados. Essa metodologia analítica dos conceitos de biopolítica não tem como objetivo simplificar os conceitos abordados por Foucault e outros autores, mas tem caráter de identificar esses conceitos com a temática proposta.

A biopolítica e o biopoder partem de uma concepção política de controle e regulamentação dos corpos dos indivíduos, através de uma tecnologia disciplinar. Sabendo que os bancos de dados genéticos para fins criminais foram criados e estão sendo implantados para exercer um controle e gestão da informação genética do indivíduo, nos colocamos a questionar o quanto esse mecanismo de controle pode interferir na relação entre o Estado (gestor) e a população (indivíduos catalogados)⁷⁰⁴.

Foucault vislumbra, ao lado da tecnologia de poder disciplinar, mecanismos de poder, voltada não mais ao indivíduo, mas à população, à espécie humana, que centrou-se no corpo humano. Para esse novo poder disciplinar, ele chamou de biopolítica. A biopolítica, portanto, cuidaria da proliferação dos corpos, dos nascimentos da mortalidade, dos níveis de saúde, da duração da vida, da informação genética, etc. Seria, portanto, a biopolítica o mecanismo de poder que teria todas as condições de intervir e projetar ações estatais reguladoras, como os bancos de dados genéticos: ‘uma biopolítica da população’⁷⁰⁵.

Foucault, em seus escritos sobre a biopolítica e biopoder, compara a sociedade como súditos de um poder soberano, o Estado. A catalogação dos súditos numa base de dados (de perfis genéticos) gerida, controlada e fiscalizada pelo soberano pode agravar cada vez mais a relação, já dicotômica, entre ambos. O desejo de fiscalização não é proporcional ao interesse de ser fiscalizado. O Estado, através de seus mecanismos de biopoder, nos passa a imagem de que a fiscalização é a melhor alternativa para vivermos seguros em nossas residências superprotegidas.

Bauman⁷⁰⁶ identifica esse mesmo mecanismo de ‘falsa segurança’ ao tratar dos medos da sociedade pós-moderna. Ele relata que a nossa vida moderna revestida de câmeras digitais, GPS’s (*Global Position System*), telefones móveis, dentre outros, gera um aprisionamento calculado por mecanismos de controle não mais somente do governo, mas sim das empresas particulares que oferecem esses serviços e produtos. A catalogação da informação genética dos indivíduos perigosos, também nos passa

⁷⁰⁴ JUNGES, Jose Roque. **O nascimento da bioética e a constituição do biopoder**. Revista Acta Bioethica, 2011. Número (2), p. 171-178.

⁷⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade I – A Vontade de Saber**. Ed. Graal, 11ª edição Rio de Janeiro (RJ). 1997.

⁷⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mau estar da pós modernidade**. Ed. Zahar, 3ªed. São Paulo(SP). 2006.

uma sensação de segurança, pois os catalogados, não estarão tão anônimos para cometer seus delitos e a resolução dos crimes seria aumentado. Entretanto, essa 'falsa segurança' institucionalizada pode estar servindo para impor maiores mecanismos de controle, regulamentação e vigilância sob uma parcela da população (atualmente) e sob a população como um todo (posteriormente).

Deste modo, os mecanismos de biopoder tem se mostrado atualizados com a dinâmica social do momento. Se historicamente a biopolítica e o biopoder se manifestavam como uma gestão dos corpos e das populações, por parte do Estado, atualmente se revela como agenciamento simbólico das tecnologias a serviço da saúde, produção econômica e catalogação de dados. Hoje, a biopolítica e o biopoder estão sendo fortalecidos pelo crescimento das biotecnologias que fazem uma moderna gestão da vida.

A catalogação de perfis genéticos em bases de dados estatais é uma demonstração da grande evolução dos modos e objetos tratados pelo biopoder e a biopolítica. Essa nova concepção, que usa a atual tecnologia para gerar habilidades no domínio da vida, é o desafio da bioética em sua tarefa de defender e proteger a vida. Por isso não se pode compreender o surgimento e o papel da bioética sem relacioná-las com as dinâmicas da biopolítica⁷⁰⁷.

O que figura neste cenário, é a percepção de uma sociedade cujas vidas estão encobertas por mecanismos reguladores e, ao mesmo tempo, se vê na condição de ter um aumento significativo dessa ordem de mecanismo e controle. A criação, gestão e manutenção de uma base de dados de perfis genéticos seria uma forma de praticar a biopolítica (controle) e o biopoder (gestão) em seu mais alto grau de regulação. Portanto, dar-se-á, com a criação desse tipo de base de dados, condições ao governo para deter uma informação de caráter individual e coletiva ao mesmo tempo, potencialmente danoso aos condenados por certos tipos de crimes e, ao mesmo tempo, benéfico à sociedade geral, pois possibilita uma melhora no quadro de elucidação de crimes, principalmente os de grande reincidência.

Atualmente se revela como agenciamento simbólico das tecnologias a serviço da saúde, produção econômica e catalogação de dados. Hoje, a biopolítica e o biopoder estão sendo fortalecidos pelo crescimento das biotecnologias que fazem

⁷⁰⁷ JUNGES, Jose Roque. **O nascimento da bioética e a constituição do biopoder**. Revista Acta Bioethica, 2011. Número (2), p. 171-178.

uma moderna gestão da vida. A catalogação de perfis genéticos em bases de dados estatais é uma demonstração da grande evolução dos modos e objetos tratados pelo biopoder e a biopolítica. Essa nova concepção, que usa a atual tecnologia para gerar habilidades no domínio da vida, é o desafio da bioética em sua tarefa de defender e proteger a vida. Por isso não se pode compreender o surgimento e o papel da bioética sem relacioná-las com as dinâmicas da biopolítica⁷⁰⁸.

⁷⁰⁸ JUNGES, Jose Roque. **O nascimento da bioética e a constituição do biopoder**. Revista Acta Bioethica, 2011. Número (2), p. 171-178.

4 O PROCESSO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL

Segundo Sánchez⁷⁰⁹, 'o Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes'. A partir dessa asserção, cita também a importância de, obrigatoriamente, considerar a possibilidade de que sua expansão siga já, ao menos parcialmente, a aparição de novos bens jurídicos, de novos interesses ou de novas valorações de interesses já existentes, bem como, ao aumento de valor ocorrido em alguns destes preexistentes, que tornar legítima sua proteção através do Direito Penal⁷¹⁰.

Afirme Sánchez⁷¹¹, com toda a segurança, que são distintas as causas da provável existência de novos bens jurídico-penais. E que, de uma parte, é importante considerar a configuração ou generalização de '*novas realidades*' anteriormente inexistentes – ou cuja incidência não era a mesma -, e nesse contexto viverá o indivíduo, sob a influência de uma daquelas alterações; à guisa de exemplo, o autor cita as instituições de crédito ou de inversão. De outra parte, ainda segundo o autor, faz-se necessário aludir à 'deterioração de realidades tradicionalmente abundantes', que nos dias atuais estão se tornando 'bens escassos', aos quais, ao menos de modo expresso, lhes são atribuídos um valor que anteriormente não lhes correspondia; como exemplo, o autor cita o meio ambiente⁷¹².

Segundo Sánchez⁷¹³, é preciso considerar o aumento essencial de valor que certas realidades experimentam, como resultado da evolução sociocultural. São realidades que 'sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas'.

O patrimônio histórico-artístico, entre outros fatores, é uma dessas realidades citadas por Sánchez⁷¹⁴, como exemplo:

⁷⁰⁹ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 33

⁷¹⁰ Ibid. p. 33.

⁷¹¹ Ibid. p. 33.

⁷¹² Ibid. p. 33.

⁷¹³ Ibid. p. 33-34.

⁷¹⁴ Ibid. p. 34

A doutrina já se ocupou detalhadamente desses fenômenos-bens coletivos, interesses difusos – que realçam a crescente dependência do ser humano de realidades externas ao mesmo, como é o caso da normal atividade de determinados terceiros. O que não significa, em absoluto, que se possa afirmar, de momento, a existência de um consenso total sobre quais devem ser protegidos penalmente e em que medida⁷¹⁵.

Julgando não ser produtivo ‘dedicar mais espaço a essa discussão’, Sánchez afirma que o mais interessante a ser destacado neste momento, ‘é tão somente que existe, seguramente, um espaço de ‘expansão razoável’ do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da ‘expansão desarrazoada’⁷¹⁶.

Sánchez⁷¹⁷ cita, a título simplesmente orientativo, uma profunda desestabilização e suas importantes repercussões lesivas, provocadas em um determinado setor da economia, tendo como causa a entrada maciça de capitais procedentes de atividades delitivas (*singularmente, do narcotráfico*)⁷¹⁸. E, considera *provavelmente razoável* que pela comissão de um delito contra a ordem econômica, que os responsáveis por uma injeção maciça de dinheiro negro em determinado setor da economia sejam penalmente sancionados⁷¹⁹. Conforme analisa Sánchez⁷²⁰:

Mas, vejamos, isso não faz, por si só, razoável a sanção penal de qualquer conduta de utilização de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro negro na aquisição de bens ou retribuição de serviços. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação as quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante).

4.1 O Efetivo Aparecimento de Novos Riscos

⁷¹⁵ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 34.

⁷¹⁶ Ibid. p. 34.

⁷¹⁷ Ibid. p. 34.

⁷¹⁸ Ibid. p. 34.

⁷¹⁹ Ibid. p. 34.

⁷²⁰ Ibid. p. 34-35.

Sánchez⁷²¹ ao se referir à grande difusão da obra de Ulrich Beck⁷²², deixa claro que classificar como 'sociedade de risco' ou 'sociedades de riscos'⁷²³ e o modo social pós-industrial em que vivemos é lugar comum. Isso porque, a sociedade atual caracteriza por avanços tecnológicos sem precedentes na história da humanidade e por apresentar rápidas variações no âmbito econômico. E, o desenvolvimento extraordinário da técnica, obviamente, tem se configurado, ao longo do tempo em um incremento do bem-estar individual. Do mesmo modo como tais repercussões têm ocorrido no âmbito da dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem dúvida, que é de grande importância que suas consequências negativas sejam consideradas. Dentre elas, a que merece destaque é a configuração do *risco de procedência humana como fenômeno social estrutural*. Porquanto, uma parte significativa das ameaças a que os cidadãos expostos advêm exatamente de decisões que outros concidadãos utilizam *no manejo dos avanços técnicos: riscos, de certa forma, diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários beneficiários de serviços públicos etc.)*, que resultam das aplicações técnicas dos avanços em áreas como a indústria, a biologia, a genética, a energia nuclear, a informática, as comunicações etc. E também porque uma quantidade significativa de indivíduos é deslocada para a marginalidade – por força da crescente e competitiva sociedade tecnológica – e de *imediate são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais*⁷²⁴.

Segundo afirma Sánchez⁷²⁵, *no âmbito da delinquência dolosa tradicional, (aquela cometida com dolo direto ou de primeiro grau)*, o progresso técnico dá lugar à utilização de avançadas técnicas como instrumento que possibilita de produzir resultados especialmente lesivos. Isso porque, surgem modalidades delitivas dolosas de novo formato que se direcionam para os espaços abertos pela tecnologia. E,

⁷²¹ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

⁷²² BECK, 1986; 1988; 1991; 1993 apud SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

⁷²³ BECK, Ulrich. **De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo**, (trad. (Del Rio Herrmann), Revista de Occidente 150, novembro de 1993. p. 19 e ss.

⁷²⁴ Ibid. p. 36.

⁷²⁵ Ibid. p. 36.

acrescenta, 'A criminalidade associada aos meio informáticos e à internet (a ciberdelinquência) é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução' ⁷²⁶.

Sánchez⁷²⁷ assegura que, desse modo, soma-se indubitavelmente o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente à vinculação do progresso técnico e constituem muito claramente em mais um dos novos riscos para os indivíduos, bem como, para os Estados⁷²⁸. Sobre este relevante aspecto, Sánchez⁷²⁹ faz a seguinte citação:

Mas é, ainda, assim, fundamental – e, dependendo do ponto de vista, mais ainda que no âmbito das formas intencionais de delinquência – a incidência dessas novas técnicas na configuração do âmbito da delinquência não intencional (no que, desde logo, é secundária sua qualificação como dolosa eventual ou culposa). Isto é, as consequências lesivas da 'falha técnica', que aparecem como um problema central nesse modelo, no qual se parte de que certo percentual de acidentes graves resulta inevitável⁷³⁰ à vista da complexidade dos desenhos técnicos.

E, assim sendo, faz-se necessário decidir, entre outras coisas, uma questão de suma importância, que são os critérios de localização das 'falhas técnicas', seja 'no âmbito do risco penalmente relevante, ou no âmbito próprio do risco permitido'⁷³¹.

4.2 A Institucionalização da Insegurança

Um aspecto importante a ser destacado é o fato de que a sociedade pós-industrial não só é uma 'sociedade de risco' como também é possuidora de algumas características que a individualizam e contribuem para caracterizá-la como uma sociedade de 'objetiva' insegurança, afirma o autor. É preciso, desde já, destacar que o emprego de meios técnicos quanto à comercialização de produtos, ou a utilização de substâncias das quais não se desconhecem os efeitos nocivos, e, em suma, irão se manifestar após alguns anos após a realização da conduta, geram um 'importante fator de incerteza na vida social'⁷³². O cidadão anônimo sente que alguma coisa está

⁷²⁶ Ibid. p. 36.

⁷²⁷ Ibid. p. 36.

⁷²⁸ Ibid. p. 36.

⁷²⁹ Ibid. p. 36-37.

⁷³⁰ Cf. a referência de López Cerezo/Luján López, *Ciencia y política*, p. 28 e ss, à tese das 'catástrofes normais' (de Charles Perrow, *Normal accidents: living with high-risk technologies*, New York, 1984).

⁷³¹ Ibid. p. 37.

⁷³² SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política**

contecendo, então ele diz: 'estão nos matando, mas ainda não é possível saber: quem, nem como, ou em que ritmo'. Na verdade, já há algum tempo os especialistas abandonaram⁷³³ a extremamente remota possibilidade de neutralizar os novos riscos, significa dizer que é bem melhor aprimorar-se nos critérios de distribuição justa e eficiente dos mesmos. – os quais existem, mas não são neutralizáveis. Cabe ressaltar que o problema não se vincula mais às decisões humanas *geradoras* dos riscos e sim, às decisões humanas que os *distribuem*.

E se é verdade que muitos propõem a máxima participação pública nas respectivas tomadas de decisão, não é menos verdade que, no momento, estas residem em um contexto de obscuridade quase total⁷³⁴.

Face ao exposto, fica evidente que, inegavelmente, estamos determinados a viver em uma sociedade de grande complexidade⁷³⁵, em que a interação individual alcançou níveis, até o momento, desconhecidos, em função de suas necessidades de cooperação e de divisão funcional. Sem dúvida, que esta forte 'correlação das esferas de organização individual', segundo o autor, aumenta a chance de que alguns destes contatos resultem no surgimento de consequências lesivas. Isso porque, de modo geral, tais resultados se originam, em muitos casos, em longo prazo e, de toda maneira, geralmente em um contexto de incerteza sobre a relação de causa e efeito, por essa razão 'os delitos de resultado/razão' mostram-se, de forma crescente, insatisfatórios no que tange à técnica de abordagem do problema⁷³⁶.

Uma constatação importante a ser destacada é que a interdependência ocorrida entre os indivíduos na vida social oportuniza, de outra parte, cada vez em maior grau, a 'indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros'⁷³⁷. Sánchez⁷³⁸ expressa esse conteúdo de outra maneira, citando:

criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 38

⁷³³ Cf. López Cerezo/Luján López, *Ciencia y política*, p. 173 e ss.

⁷³⁴ *Ibid.* p. 37-38.

⁷³⁵ ROXIN, 1998 apud SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.38.

⁷³⁶ *Ibid.* p. 38.

⁷³⁷ *Ibid.* p. 38.

⁷³⁸ *Ibid.* p. 38.

Expressando de outro modo, as esferas individuais de organização já não são autônomas; produzem-se, de modo continuado, fenômenos –recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias. Em Direito Penal, isso implica a tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica⁷³⁹.

Cabe destacar que a sociedade pós-industrial europeia é uma sociedade competitiva que possui ‘bolsões de desemprego ou marginalidade -especialmente juvenil – irredutíveis’, ocasionadas tanto por migrações voluntárias ou forçadas, como também, por choque de culturas. E, por isso, expressa a ‘crise do modelo do Estado do bem-estar’. Em última análise, é uma sociedade que apresenta importantes problemas de vertebração interna, entre outros efeitos, que, neste momento não necessitam ser analisados mas, com toda a certeza, o conjunto desses elementos ocasionam episódios de violência frequentemente ‘(em toda sua acepção mais ordinária de ‘criminalidade de rua’ individual e em outras manifestações) mais ou menos explícita’. Por conseguinte, os conflitos interindividuais, dentro desse contexto, têm como fonte a própria convivência. Nesse sentido, Fonseca afirma que, ‘o fenômeno da ‘criminalidade de massas’ determina que o ‘outro’ se mostre muitas vezes, precisamente e, sobretudo, como um *risco*, o constitui a outra dimensão (não tecnológica) de nossa ‘sociedade do risco’’. A criminalidade de rua ou de massas foi assim exposta por Sánchez⁷⁴⁰:

Esse último aspecto – o da criminalidade de rua ou de massas (segurança dos cidadãos em sentido estrito) – converge com as preocupações clássicas de movimentos como os de ‘lei e ordem’. Nesse sentido, o fenômeno não é novo. O novo é que as sociedades pós-industriais europeias experimentem problemas de vertebração até a pouco por elas desconhecidos (pela imigração, a multiculturalidade e os novos bolsões de marginalidade).

É importante destacar um fato que também é novo e que é a origem de tudo isso. O fato da ideologia de *lei e ordem* ter fundeado em setores sociais de maior dimensão do que aqueles que lhes davam suporte na década de 60 e posteriores ⁷⁴¹.

4.2.1 A Sensação Social de Insegurança

⁷³⁹ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

⁷⁴⁰ Ibid. p. 38.

⁷⁴¹ Ibid. p. 40.

De qualquer modo, pode-se afirmar com toda a segurança, que a dimensão subjetiva deste modelo de configuração social é mais importante do que todos os aspectos objetivos referidos anteriormente. Isso porque, a partir dessa perspectiva, a sociedade em que vivemos pode ser definida ‘como a sociedade da ‘insegurança sentida’ (ou como a sociedade do medo)’. Porquanto, a sensação geral de insegurança é um dos resultados mais significativos das sociedades da era pós-industrial. Ou seja, o surgimento de ‘uma forma especialmente aguda de viver os riscos’. Isto significa que estes ‘novos riscos’ existem – tanto os riscos tecnológicos como não tecnológicos. Tanto é, que a variedade e complexidade social, com sua enorme diversidade de alternativas de escolha, bem como a grande quantidade de informações somadas à carência de critérios para tomada de decisão sobre ‘o que é bom e o que é mau’, ou ‘em que se pode confiar e em que não se pode confiar’, representa ‘uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança’⁷⁴²

Acrescenta Sánchez⁷⁴³:

Visto de outra forma, tampouco cabe negar que a relação de interdependência entre as esferas de organização e a necessária transferência a terceiros de funções de respaldo da própria esfera jurídica, com o correlato da perda de domínio real, constitui uma base efetiva da sensação de insegurança.

Não deixa de ser inquietante o patente paradoxo de que o aumento da interdependência social ocorra ‘no contexto de uma sociedade de massas’ na qual se verifica um ‘dessolidarização’ estrutural, com o manifesto ‘retorno ao privado segundo critérios de interesse individual’⁷⁴⁴.

O ‘individualismo de massas’ é, com toda certeza, o modo social dominante nos dias de hoje. E a sociedade deixou de ser uma comunidade e, sim, um aglomerado de indivíduos ‘atomizados e narcisisticamente’ voltados à satisfação interesses e de seus próprios desejos. Segundo Sánchez, em um modelo como este, no qual a forma jurídica se sobrepõe à vida social, de tal modo que as ações só podem ser explicadas ‘em termos de realização e pretensões jurídicas’, é de certa forma

⁷⁴² SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

⁷⁴³ Ibid. p.43.

⁷⁴⁴ Ibid. p.44.

‘razoável que a sensação de solidão (insegurança)’ esteja inclinada a mostrar-se cada vez mais forte⁷⁴⁵.

Em última análise, a insegurança e a angústia podem estar diretamente relacionadas com a veemente experiência do *mal* como elemento inerente à nossa existência, que de maneira marcante tem sido experimentado ao longo de duas guerras e destruições que marcaram o século vinte, recém-findo. Ainda repercutem os ecos da primeira e segunda guerra, assim como da ininterrupta sucessão de conflitos pontuais resultantes da guerra fria e o processo de descolonização⁷⁴⁶.

Face ao exposto, é possível deduzir que é realmente duvidoso que o grau de insegurança sentida pelos cidadãos corresponda em mesmo grau de intensidade com o nível de existência objetiva de riscos, que lhes afetem diretamente como pessoas e de maneira imediata. Conforme Sánchez⁷⁴⁷, no conteúdo anteriormente citado, é inquestionável que o surgimento dos novos riscos apresenta-se, de certo modo, compensado pela considerável redução dos perigos oriundos de fontes naturais, tais como as consequências lesivas causadas enfermidades ou catástrofes. Por esse motivo, é mais aceitável defender que, ‘por múltiplas causas, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos’⁷⁴⁸. O seja, existe uma fortíssima ‘sensibilidade ao risco’⁷⁴⁹.

Outro aspecto relevante destacado por Sánchez⁷⁵⁰ é a inegável correlação que se estabeleceu entre a sensação de insegurança ante o delito e a atuação dos meios de comunicação. Os quais, por possuírem uma posição privilegiada no âmbito da ‘sociedade da informação’, bem como no âmbito de ‘uma concepção do mundo como aldeia global’, ao transmitirem uma mensagem real o fazem de tal maneira que aquilo que está longe parece estar à mesma distância do que está perto. Isso é, têm a presença quase que semelhante na forma como o receptor recebe a mensagem. O que, muitas vezes, dá margem a percepções inexatas; outras vezes, conduz, pelo menos, a uma sensação de impotência. Por outro lado, com uma razão mais forte,

⁷⁴⁵ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 45.

⁷⁴⁶ Ibid. p. 45.

⁷⁴⁷ Ibid. p. 45-46.

⁷⁴⁸ Ibid. p. 46.

⁷⁴⁹ Ibid. p. 46.

⁷⁵⁰ Ibid. p. 47.

está a reiteração e a atitude (dramatização e a morbidez) com a qual apresentam determinadas notícias. E assim, se configuram em um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, ocasionando uma insegurança subjetiva não condizente com o nível de risco objetivo⁷⁵¹.

Cabe destacar que além dos meios de comunicação, também, em certas ocasiões, as próprias instituições públicas de repressão a criminalidade são responsáveis pela transmissão de imagens distorcidas da realidade, as quais contribuem com a propagação da sensação de insegurança ⁷⁵². Nesse sentido, Sánchez⁷⁵³ exemplifica:

Um exemplo suficientemente comentado e criticado – já aludido nestas páginas – é o relativo à forma como são apresentadas as estatísticas de delitos cometidos por jovens imigrantes (ou, melhor, filhos de imigrantes) na República Federal da Alemanha. Mas o fenômeno é generalizado⁷⁵⁴.

Apesar do conteúdo acima referido, não se poderia, de maneira simplista, pensar que os meios de comunicação e as instituições públicas são os criadores do medo da criminalidade. É, em contrapartida, mais aceitável que, em todo caso, eles reforçam ou fixam medos já existentes. Bem como, ‘o medo de delito aparece como uma metáfora da insegurança vital e generalizada⁷⁵⁵’.

De qualquer modo, a questão é que, cada vez mais, a segurança se transforma em um anseio social ao qual se presume que o Estado e, particularmente o Direito Penal, devem facultar uma resposta⁷⁵⁶.

Com efeito, ‘em um mundo no qual as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores’, torna-se aceitável que a procura por elementos de orientação normativa – dentre estes, o Direito Penal ocupe uma posição de destaque – se transforme em um procura quase ‘obsessiva’. E, de fato, em uma sociedade que necessita de ‘consenso sobre valores positivos’, insinua que cabe ao Direito Penal

⁷⁵¹ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 47-48.

⁷⁵² Ibid. p. 49.

⁷⁵³ Ibid. p. 49.

⁷⁵⁴ Ibid. p. 49.

⁷⁵⁵ Ibid. p. 50.

⁷⁵⁶ Ibid. p. 50.

‘malgré lui’ a incumbência necessária de produzir anuência e fortificar a comunidade⁷⁵⁷.

4.3 A Configuração de uma Sociedade de ‘Sujeitos Passivos’

Segundo Sánchez a ‘sociedade do Estado de bem-estar’ tem se transformado de forma cescente em uma ‘sociedade de *classes passivas*’, no sentido abrangente da expressão. Tais classes são assim citadas por Sánchez⁷⁵⁸:

Pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, sanitários etc., pessoas ou entidades subvencionadas (beneficiários, enfim, da transferência de riqueza, mais que criadores dos excedentes objetos de transferência) se convertem nos cidadãos, os eleitores por excelência⁷⁵⁹.

Sobre o cidadão abstrato, igualmente se destaca sua extensão ‘passiva’, seja como consumidor ou na condição de ‘sujeito paciente dos efeitos nocivos do desenvolvimento’ (por exemplo, aqueles cujos impactos danosos recaem sobre o meio ambiente). Por conseguinte, a quantidade das classes ativas, dinâmicas, empreendedoras, tem sido cada vez menor. Isto, certamente, se deve em parte, ao ‘fenômeno da concentração do capital⁷⁶⁰’. E, de qualquer maneira, sua relevância e seu prestígio, no que tange ao cenário social são menores; ‘desde logo, muito inferiores a de cem ou cinquenta anos atrás’⁷⁶¹.

Consequentemente, o modelo da pós-industrialização torna-se diretamente contrário àquele vigente na ‘sociedade do desenvolvimento industrial do século XIX e provavelmente da primeira metade do século XX’. Nesse sentido, Sánchez⁷⁶² acrescenta que:

Realmente, a industrialização, no âmbito da dogmática jurídico-penal, havia trazido consigo a construção do conceito de *risco permitido* como limite doutrinário (interpretativo) a incriminação de condutas, assim como a

⁷⁵⁷ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

⁷⁵⁸ Ibid. p. 52.

⁷⁵⁹ Ibid. p. 52.

⁷⁶⁰ Ibid. p. 52.

⁷⁶¹ Ibid. p. 52.

⁷⁶² Ibid. p. 53

determinação de seu alcance básico. Em linhas gerais, a ideia era a seguinte: a coletividade há de pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotam as máximas medidas de segurança nem empregam materiais de máxima qualidade⁷⁶³.

Caso contrário, não seria possível atingir o objetivo, que era obtenção do ‘benefício’ que viabilizaria a ‘acumulação de capital’ indispensável para ‘a reinversão e crescimento’; ou então, seu progresso não se daria no ritmo esperado. E assim sendo, cabe admitir, mesmo que se saiba previamente e de modo específico, que ocorrerão lesões e mortes, ao menos em uma determinada indústria elas irão ocorrer. Ao contrário, na sociedade pós-industrialização observa-se claramente uma tendência de redução da incidência do risco permitido, tão presente na ‘sociedade do desenvolvimento industrial’⁷⁶⁴.

Sabe-se que a ideia de risco permitido leva em conta a relação custo-benefício – ponderação - da execução de determinado comportamento. É igualmente evidente, que esse cálculo necessita de uma valoração prévia, na qual é imprescindível a inclusão ‘como premissa maior’ a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa de valores (ou predileções) na qual aquela esteja constituída. A marcante mudança da autocompreensão da social ocorrida há algumas décadas, serviu de base para a alteração do produto do referido cálculo. Logo, a redução ‘dos níveis de risco permitido’ é a consequência direta da ‘sobrevalorização’ indispensável da segurança – ‘liberdade de não padecer’ – ante a liberdade (‘de ação’). Assim sendo, nos deparamos, pois, com um modelo de sociedade cuja orientação está voltada para uma ‘*restrição progressiva das esferas de atuação arriscada*’. Ou seja, como citado anteriormente, um modelo social no qual a consideração prévia ao estabelecimento do limite entre o risco permitido e o risco desaprovado, ‘a liberdade de ação’ cede visivelmente frente a ‘liberdade de não padecer’⁷⁶⁵. Neste contexto, Sánchez⁷⁶⁶ afirma:

Seguramente, não são em absoluto alheios a essa circunstância os modernos progressos da jurisprudência (e, eventualmente, da doutrina) tendentes a uma concepção bastante ampliadora da figura da ‘ingerência’, como

⁷⁶³ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 53

⁷⁶⁴ Ibid. p. 53-54

⁷⁶⁵ Ibid. p. 56.

⁷⁶⁶ Ibid. p. 56.

fundamento da imputação de responsabilidades a título de comissão por omissão⁷⁶⁷.

Outro aspecto relevante a ser destacado é o fato de existir também, na sociedade de sujeitos passivos, uma barreira psicológica frente à aceitação do caso fortuito, no tange a admitir a possibilidade de danos ocasionados por azar. Certamente, isso também não é casual e está diretamente relacionado com 'a autocompreensão de uma sociedade' em que a maioria dos perigos, como indicado anteriormente, já não pode ser aceita sem que haja algum tipo intervenção de decisões humanas, sejam elas 'de natureza ativa ou omissiva'⁷⁶⁸. E, é neste sentido, que Sánchez⁷⁶⁹ complementa:

[...] seja como for, o efeito é uma crescente tendência à transformação do *Unglück* (acidente fortuito, desgraça) em *Unrecht* (injusto), o que inevitavelmente conduz a uma ampliação do Direito Penal⁷⁷⁰.

Dada à relevância deste tema, torna-se justificável uma breve exposição sobre ele. Conforme referido anteriormente, o cerne do problema reside em que, o fato lesivo uma vez produzido, nos leva à tendência de rebater a ideia de que sua origem não está diretamente vinculada a qualquer comportamento indolente de alguém⁷⁷¹. Neste momento é interessante que se observe como isso presume 'um curioso fechamento do círculo aberto pelo Direito Penal moderno'. De fato, tanto no Direito Penal primitivo como nos dias de hoje em determinadas sociedades, '*as catástrofes, a morte, uma enfermidade ou uma diminuição física frequentemente eram vistas como expressão de delitos de alguém*'. De uma parte, de uma coisa ou animal, o que equivale 'a uma visão animista do mundo'. Mas, de outra, de uma terceira pessoa, também. Podendo ser de qualquer uma - ou, particularmente, os pais ou familiares- bem como, da própria pessoa afetada. Neste caso, 'em que as consequências do azar eram imputadas à pessoa que as sofria', entendia-se que tais consequências tinham como causa um castigo de Deus, 'por algum ilício cometido'⁷⁷².

⁷⁶⁷ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

⁷⁶⁸ Ibid. p. 52.

⁷⁶⁹ Ibid. p. 57.

⁷⁷⁰ Ibid. p. 57.

⁷⁷¹ Ibid. p. 57.

⁷⁷² Ibid. p. 57-58.

O Direito Penal moderno, a partir do ‘racionalismo individualista e da consequente imputação de culpabilidade’, dividiu radicalmente as ideias de enfermidade e ilícito, daquelas relacionadas à catástrofe e delito. Então, desde o século XIX e estendendo-se ao longo do século XX, multiplicaram-se as doutrinas ‘voltadas a contemplar todo delito como uma catástrofe (social)’, e que desta ninguém seria responsabilizado individualmente (fato este, que contribuiu para o surgimento de teses deterministas de diversos tipos, tais como o marxismo). Mas, nos últimos anos, o círculo começa a se fechar, pois parece surgir uma ‘tendência irrefreável’ a considerar a catástrofe como delito e atribuir-lhe, de algum modo, um responsável: ou seja, a uma pessoa e não mais ‘a uma força da natureza’⁷⁷³. Sánchez⁷⁷⁴ complementa essa exposição afirmando que:

À sensação de insegurança se soma, pois em nosso modelo social, a existência de um protótipo de vítima que *não assume a possibilidade de que o fato que sofreu derive de um ‘culpa sua’ ou que, simplesmente, corresponde ao azar*. Parte do axioma de que sempre há de existir um terceiro responsável a quem imputar o fato e suas consequências, patrimoniais e/ou penais.

A isto se tem atribuído como sendo uma característica cultural da sociedade contemporânea, a expansão da imputação de responsabilidade. Mesmo, que muitas vezes a resposta correta seja que, ‘ninguém é responsável’, a vítima sempre procura por um responsável. Desse modo, a ‘expansão da imputação’ acaba cedendo lugar a ‘processos de despersonalização e, acima de tudo ‘amoralização’ (perda de conteúdo moral) ‘na imputação’⁷⁷⁵.

Outro aspecto importante apresentado por Sánchez⁷⁷⁶, refere-se às ‘teses da corresponsabilidade social no delito’ (que caracterizaram os anos 60 e 70), as quais com toda a certeza alcançaram excessos indesejáveis, visto que, praticamente, excluem o elemento responsabilidade pessoal, parecem dar lugar ‘a outras centradas exclusivamente na responsabilidade pessoal (que vão se consolidando nos anos 80 e 90)’. Sem dúvida, ‘isso responde a uma mudança de mentalidade’ que ultrapassa o horizonte do delito: na realidade, ‘a ascensão progressiva de uma ética da

⁷⁷³ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 58.

⁷⁷⁴ Ibid. p. 59.

⁷⁷⁵ Ibid. p. 60.

⁷⁷⁶ Ibid. p. 71.

responsabilidade⁷⁷⁷ individual, que haveria de prevalecer sobre concepções mais ‘coletivas’ e, conseqüentemente paternalistas’, no que se refere ‘à relação entre os cidadãos e o Estado (saúde, educação, previdência)’. É importante destacar que, também nessa linha exista o perigo de se incorrer em excessos, deixando-se de levar em conta ‘que junto ao elemento central da responsabilidade individual do agente’ precisa ser considerado também ‘o contexto social do delito’⁷⁷⁸.

É provável que um indício de tudo isso – mesmo sendo apenas um indício – pode ser reconhecido na alteração da perspectiva a partir da qual parece que se inicia a abordagem à criminalidade infantil e juvenil em muitos países⁷⁷⁹. Nesse sentido, Sánchez⁷⁸⁰ complementa:

De fato, no meu entender, o fundamento último da existência de uma legislação penal de menores, mais suave que a comum reside em que a responsabilidade individual pelo delito cometido pelo jovem se vê atenuada por certa corresponsabilidade social.

A eliminação ou, pelo menos, o significativo questionamento deste aspecto, conduziria a um redimensionamento (certamente indesejável) do tratamento mais brando dos jovens delinquentes. Por conseguinte, as propostas de aplicação de sanções mais severas ‘aos jovens autores de atos violentos’ e o efetivo rebaixamento da fronteira da ‘maioridade penal’, que possibilitaria aplicar ‘a tais jovens as sanções do Direito Penal comum’, mostram-se cada vez mais divulgadas e encontram abrigo em todos os foros⁷⁸¹.

4.4 O Descrédito de Outras Instâncias de Proteção

⁷⁷⁷ ‘O critério da ética da convicção é geralmente usado para julgar as ações individuais, enquanto o critério da ética da responsabilidade se usa ordinariamente para julgar ações de grupo, ou praticadas por um indivíduo, mas em nome e por conta do próprio grupo, seja ele o povo, a nação, a Igreja, a classe, o partido etc. Poder-se-á também dizer, por outras palavras, que, à diferença entre moral e política, ou entre ética da convicção e ética da responsabilidade, corresponde também à diferente entre ética individual e ética de grupo.’

⁷⁷⁸ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 72.

⁷⁷⁹ Ibid. p. 73.

⁷⁸⁰ Ibid. p. 73.

⁷⁸¹ Ibid. p. 74.

Todo o conteúdo exposto anteriormente, entretanto, não seria capaz de explicar de modo satisfatório a demanda de punição e a consequente expansão especificamente do Direito Penal. Isso porque, tais dados conduziram com toda a certeza a um aumento dos mecanismos de proteção, tanto os, não jurídicos, como jurídicos, 'mas não necessariamente dos jurídico-penais'. Sem dúvida, o que acontece é que tais alternativas ou inexistem, ou parecem ser insuficientes, ou encontram desacreditadas. Referência feita por Sánchez⁷⁸² 'à ética social, ao Direito Civil e ao Direito Administrativo' ⁷⁸³.

A globalização como fenômeno econômico que é, não se restringe, especificamente, a gerar ou possibilitar a atuação da macrocriminalidade. Observa-se também sua incidência 'sobre a microcriminalidade enquanto criminalidade de massas'. Isso porque, as circulações de capital e de mão de obra, resultantes da globalização da economia, geram, no ocidente, o aparecimento de camadas de subproletariado, das quais pode advir um aumento 'da delinquência patrimonial de pequena e média gravidade' ⁷⁸⁴.

Europa, no último terço do século XIX, viveu um fenômeno que mudaria significativamente o conceito até então vigente no Direito Penal. A industrialização gerou, como consequência, um movimento intenso de emigração do campo para as cidades. Sem dúvida, que as estruturas urbanas e as próprias indústrias não estavam preparadas para receber a 'avalancha humana que se projetou sobre elas' ⁷⁸⁵. Como resultado desse movimento, Sánchez⁷⁸⁶ afirma:

Assim, por um lado, a proletarização dos camponeses migrados provocou a perda em relação a estes de boa parte dos elementos de integração e inibição de condutas delitivas (socialização, identificação com o meio, religião) que possuíam em seu lugar de procedência. Por outro lado, as vicissitudes do mercado de trabalho contribuíram para que muitos migrantes caíssem na marginalidade e passassem a se dedicar à delinquência reiteradamente. De modo concreto, a delinquência patrimonial.

⁷⁸² SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 75.

⁷⁸³ Ibid. p. 75.

⁷⁸⁴ Ibid. p. 127.

⁷⁸⁵ Ibid. p. 128.

⁷⁸⁶ Ibid. p. 128.

Nas décadas seguintes - principalmente a Segunda Guerra Mundial – mostraram que não só não desapareciam as penas, mas também que ‘da teoria da prevenção especial construída em fins do século XIX’ restava apenas ‘a idéia da orientação ressocializadora da execução das penas e as medidas de segurança’⁷⁸⁷.

Nesse contexto, cabe questionar se o Direito Penal pode, ao tratar os delitos nos quais se evidencia a criminalidade dos imigrantes, ‘com a sutileza que é própria da teoria das normas e do delito’⁷⁸⁸. Respondendo a este questionamento, Sánchez⁷⁸⁹ afirma:

[...] o Direito Penal das sociedades multiculturais não somente tenderá a ser mais repressivo para suprir os déficits de assentimento social, mas também, provavelmente, se mostrará contrário a excluir a concorrência dos pressupostos de imputação da culpabilidade por razões de índole cultural.

4.5 A Globalização Política e Cultural e o Direito Penal

A globalização política e cultural, por muitos dos aspectos analisados anteriormente, gera uma tendência à universalização do Direito, bem como do Direito Penal. Porém, a propensão no sentido da universalização é neutra, em princípio, ‘o que significa que ela poderia ter como efeito o progressivo desaparecimento’ de alguns tipos de sanções penais vigentes em alguns países; ou, então, eliminar as barreiras de punição vigentes em outros. É importante que se diga que, ‘a tendência no sentido da universalização e a maior homogeneização cultural poderia expressar-se em uma maior restrição ou em uma maior expansão do Direito Penal’⁷⁹⁰.

Apesar disso, a globalização política, atualmente, tem se manifestado somente com o propósito de resultar em ‘uma aplicação extraterritorial de leis estatais’ a fim de desacatar as os preceitos de isenção ou cessação ‘de responsabilidade penal, ditadas pelos Estados, em cujo território se cometeu o delito’. Nesse sentido, acrescenta Sánchez⁷⁹¹:

⁷⁸⁷ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 128.

⁷⁸⁸ Ibid. p. 131.132

⁷⁸⁹ Ibid. p. 133.

⁷⁹⁰ Ibid. p. 133.

⁷⁹¹ Ibid. p. 133.

Certamente da mesma forma que se dá com a criminalidade organizada, trata-se aqui da pretensão de que a vocação do Direito Penal de proteção de seus direitos fundamentais não tenha barreiras intransponíveis na ideia de soberania estatal em relação aos crimes dos poderosos. Mas deve sublinhar-se que esse princípio somente se aplica quando se trata de castigar o que o Estado, em cujo território se cometeu os fatos, decidiu deixar impune (em virtude, por exemplo, de leis que por razões político-sociais, declaram inexistentes ou extintas determinadas responsabilidades). Com apelo ao Direito Penal.

Desse modo, observa-se que nesse âmbito, inclusive e, de qualquer maneira, a tendência à universalização favorece, de alguma maneira, um ‘prognóstico global mais de expansão do que de restrição do Direito Penal’⁷⁹².

O raciocínio administrativizado desse Direito Penal de nova face se apresenta também em outros âmbitos. Em especial, ‘na inclusão entre seus objetos de produção da atividade administrativa em si mesma considerada’. Segundo afirma Sánchez:

Realmente, no âmbito dos processos econômicos da globalização, da privatização e da desregulamentação, o Estado, cuja presença direta na economia como sujeito produtor de bens ou serviços (setor público) vem se reduzindo consideravelmente – da mesma forma, ainda, que vai se reduzindo sua condição de prestador de benefícios -, recuperou a ideia decimonônica de ‘polícia’, cujo objeto, ademais, se vê consideravelmente ampliado. É o modelo de Estado que alguns denominam *regulatory State*, e que apareceria como sucessor do Estado policial liberal e do Estado intervencionista Keynesiano.

A característica que cabe ser ressaltada, é que nesse modelo de Estado, e em certos setores principalmente propensos a produção de importantes riscos, tanto para bens pessoais como patrimoniais, não parece ser suficiente ‘a prevenção comunicativa ou contrafáctica (cominação com sanções penais ou administrativas para quem crie o risco)’, se não for complementada com algum suplemento cognitivo, isto é, se o objetivo não for o permanente controle ‘das atividades lícitas mais perigosas (enquanto espaços que se definem como de ‘liberdade condicionada’)’⁷⁹³.

Esse esforço cognitivo é composto por variadas vias de controle administrativo-preventivo, (exemplo: procedimentos de autorização ou licença), dentre os quais

⁷⁹² SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 135.

⁷⁹³ Ibid. p. 163.

exerce 'um papel essencial a atuação preventivo-policial', seja de vigilância ou de inspeção⁷⁹⁴. Nesse sentido afirma Sánchez⁷⁹⁵:

Os aparatos estatais aparecem, assim, conformando em boa medida o que se conhece já como um Estado 'da prevenção', um Estado 'vigilante', um estado que assume novas funções de inspeção e vigilância, que faz coleta e armazenamento permanente de informação que possa ser relevante.

Nesse aspecto, em especial, ocorre que o mecanismo cognitivo de proteção é protegido de possíveis interferências através de outro mecanismo comunicativo-contrafático. Daí, a atuação sem licença ou impedimento dos procedimentos de inspeção é definida como infrações, a cuja comissão de unem sanções penais ou administrativas, e assim, o núcleo do sistema volta a ser a prevenção comunicativa, essencialmente mais afastada, do momento da lesão⁷⁹⁶.

Nesse sentido, Sánchez⁷⁹⁷ assevera que:

A questão é se a perturbação do correto funcionamento da supervisão ou inspeção estatal constitui, em si mesma, lesão ou colocação em perigo relevante de um bem jurídico-penal ou, em outros termos, se constitui a desautorização de uma norma que pertence ao núcleo da identidade normativa da sociedade atual.

4.6 A gestão dos Riscos de Origem Pessoal e a Neutralização no Direito Penal Atual

Se o delito é visto como um risco social, é aceitável que, ao defrontá-lo, seja levado em conta, critérios observados utilizados para a gestão de outros riscos. Particularmente, torna-se 'coerente com tal representação recorrer a critérios de prevenção cognitiva'. Todavia, assegura Sánchez⁷⁹⁸:

[...] o Direito Penal, à medida que incorpora mecanismos de asseguramento cognitivo, encaminhados a neutralizar facticamente (e não

⁷⁹⁴ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 163.

⁷⁹⁵ Ibid. p. 163-164.

⁷⁹⁶ Ibid. p. 164.

⁷⁹⁷ Ibid. p. 167.

⁷⁹⁸ Ibid. p. 169.

comunicativamente) o fenômeno delitivo, se 'administrativiza'. Essa é, pois uma terceira dimensão de administrativização do Direito Penal: o redescobrimto da *neutralização*.

A ideia de *neutralização* toma forma, além disso, na propensão crescente de tomar 'medidas prévias à condenação, já cautelares, já estritamente preventivas (predelituais, na terminologia mais clássica)' ⁷⁹⁹. E sobre essa asserção Sánchez⁸⁰⁰ acrescenta:

A expulsão de estrangeiros, sem necessidade de que exista qualquer condenação, se insere, a meu juízo, nessa corrente geral na qual o Direito Penal, além da imputação de culpabilidade pelo fato cometido, parece corresponder em medida determinante, à gestão administrativa do delito como risco social.

A partir dessa assertiva, cabe destacar que, no conteúdo a seguir, serão discutidos temas que irão ao encontro do surgimento e da utilização do DNA como um importante elemento que, nos dias atuais, tornou-se primordial 'à investigação no âmbito da administração da justiça' ⁸⁰¹. É importante ressaltar que o DNA representa uma prova largamente utilizada e aceita globalmente no âmbito da investigação biológica da paternidade e maternidade em processos civis, bem como para investigação de cadáveres, e pessoas desaparecidas, em processos criminais⁸⁰².

4.7 DNA e Investigação Criminal no Brasil: O Processo de Expansão do Direito Penal e a Busca por Provas Indiscutíveis

No debate jurídico- penal contemporâneo tornou-se senso comum a preocupação em como enfrentar os riscos que representam as novas configurações assumidas pela criminalidade⁸⁰³. Conforme asseveram Callegari, Wermuth e Engelmann ⁸⁰⁴:

⁷⁹⁹ SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 176.

⁸⁰⁰ Ibid. p. 176.

⁸⁰¹ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.11.

⁸⁰² Ibid. p. 11.

⁸⁰³ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A. D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 15.

⁸⁰⁴ Ibid. p.15.

Os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos nos albores deste novo século – a exemplo dos perpetrados em Nova York em 11 de setembro de 2001 – deflagraram sinais de alerta nas políticas de segurança dos mais diversos países, suscitando a discussão sobre a capacidade dos poderes públicos em dar respostas efetivas a esses problemas.

Tais eventos forçaram o reconhecimento de que nos dias atuais se vive uma situação de ‘guerra global’ e ‘não há como fugir ao estado de guerra’ bem como, ‘não há um fim à vista’, porquanto, hoje a guerra é ‘uma condição geral’ isto porque, ‘em determinados momentos e lugares, pode haver cessação das hostilidades, mas a violência letal está presente como potencialidade constante, sempre pronta a irromper em qualquer lugar.’⁸⁰⁵.

O emprego do conceito de guerra no período compreendido entre o final do século XX e o início do século XXI, quando submetido a uma análise mais acurada, revela a veracidade dessa assertiva. Porquanto, a retórica da guerra passa a ser utilizada para se referir a atividades não vinculadas à guerra, propriamente dita, isto é, àquelas atividades que não estão diretamente ligadas à ‘violência letal’ e nem a ‘derramamento de sangue’. Observa-se que são utilizadas, por exemplo, metáforas da guerra tanto nos esportes, como no comércio e na política interna de um país, no sentido de indicar competição, a qual, não necessariamente, ocorra entre inimigos no sentido literal da palavra, bem como alertar para os riscos e conflitos que possam estar envolvidos nessas atividades. De outra parte, é utilizada também a ‘retórica da guerra como manobra política’, a fim de conseguir ligar forças sociais visando atingir ‘um objetivo de união característico de um esforço de guerra’, como por exemplo, ‘as guerras contra a pobreza’⁸⁰⁶. Entretanto, no momento em que a retórica da guerra começou a ser usada também com o objetivo de mobilização social contra as drogas – fato este que ocorreu no final do século XX – e contra o terrorismo – início do século XXI -, ela passou a ter ‘um caráter mais concreto’. Mesmo que, tal como ocorre nos casos em que a guerra é contra a pobreza, os ‘inimigos’ não representem Estados-Nação ou, em específico, comunidades políticas, mas apenas ‘conceitos abstratos ou talvez um conjunto de práticas’, tais guerras não são metafóricas assim, porquanto, tal

⁸⁰⁵ HARDT, Michel; Negri, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005. p. 34.

⁸⁰⁶ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.16.

quais as guerras tradicionais, existem combates armados e força letal. Logo, nesses tipos de guerras, a diferença entre o exterior e o interior é cada vez menor. Essa diferença também se dá ‘entre os conflitos externos e de segurança interna’⁸⁰⁷.

A consequência imediata disso, ‘é que o estado de exceção’ – de forma paradoxal – passa a ser a regra, tornando cada vez mais incompreensível ‘a distinção tradicional entre guerra e política’, visto que a guerra vai se convertendo ‘no princípio básico da sociedade’, resumindo-se ‘a política apenas a um de seus recursos ou manifestações’⁸⁰⁸.

Segundo asseveram Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁰⁹, ‘o estado de exceção ‘tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea’. E isso, representa uma ameaça capaz de transformar radicalmente tanto a estrutura como o sentido da diferença tradicional entre os diferentes tipos de constituição, porquanto o estado de exceção se mostra como um amplo espaço de indeterminação entre a democracia e o absolutismo⁸¹⁰. Haja vista as medidas adotadas pelos Estados Unidos após o episódio ocorrido em 11 de setembro de 2001, tendo como objetivo o ‘combate ao terrorismo’ – como a ‘indefinite detention’, o processo ante as ‘military commissions’, bem como o ‘USA Patriot Act’, cujo argumento era que a ‘novidade’ da ordem do presidente Bush consistia em eliminar de maneira radical ‘todo o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável’⁸¹¹.

Exemplo disso são os homens capturados no Afeganistão e que se encontram presos em Guantánamo, os quais segundo a convenção de Genebra, ‘não gozam do estatuto de prisioneiros de guerra’ e também ‘não são considerados acusados pelas leis norte-americanas’⁸¹². Ou seja, ‘não nem prisioneiros nem acusados’ e sim, ‘*detainees*’, representam apenas objeto de ‘uma pura dominação de fato’, isto é, de uma detenção cuja temporalidade e a própria natureza são indeterminadas. Isto porque, ‘totalmente fora da lei e do controle judiciário’⁸¹³.

⁸⁰⁷ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.16.

⁸⁰⁸ Ibid. p.17.

⁸⁰⁹ Ibid. p.17.

⁸¹⁰ Ibid. p.17.

⁸¹¹ Ibid. p.17.

⁸¹² Ibid. p.17.

⁸¹³ AGAMBEN, **Giorgio**. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14.

Observa-se nesses casos, que a violência tem sido exercida sobre sujeitos irreais, visto que ‘não há dano ou negação possíveis’, porquanto ‘se está tratando de vidas já negadas, as quais já se encontravam perdidas para sempre, ou então, ‘nunca foram’ e, por essa razão precisam ser eliminadas, tendo em vista que viveram ‘obstinadamente nesse estado moribundo’. Dentro de um contexto no qual a ‘desrealização’ do ‘outro’ significa que não se encontra nem vivo nem morto, e sim, em uma interminável condição de ‘espectro’. Desse modo, ‘a paranoia infinita que vê a guerra contra o terrorismo’ como uma guerra cujo fim não se vislumbra e que incessantemente se justifica ‘em relação com a infinitude de seu inimigo’, mesmo sem considerar a existência de bases sólidas para acreditar que existam células terroristas em permanente atividade’⁸¹⁴.

Especificamente, em Guantánamo, quanto à ‘indefinite detention’, a lei termina sendo suspensa tanto no âmbito nacional como internacional, por conta ‘de alertas de emergência e de um estado de emergência’ e, junto à suspensão da lei, ‘um novo estado de soberania se impõe’ exercido tanto fora da lei como por meio de uma burocracia administrativa, na qual quem decide sobre quem deverá ser julgado ou detido são os funcionários, que ‘também têm a última palavra acerca da detenção indefinida de uma pessoa’⁸¹⁵.

Em um contexto com essas características a lei não representa algo ao qual o Estado se subordina, muito menos representa um critério de avaliação da legitimidade/ilegitimidade de um ato qualquer do governo. E sim, ela é entendida como um simples dispositivo de poder, cuja aplicabilidade ou suspensão pode ocorrer à vontade⁸¹⁶.

Nesses casos, a aferição sobre qual indivíduo ou grupo representa um perigo para o Estado, é exercida pelo Executivo. Tendo em vista que a tal ‘aferição’ se dá ‘em um contexto de emergência’, o Estado pode exercer privilégios de poder que incluem a suspensão da lei. Logo, o fato de alguém ser avaliado como perigoso é o que basta para transformá-lo ‘em perigoso e justificar sua detenção indefinida’, isto é, a partir daí este se transforma em um simples ‘objeto’ ‘nas mãos do Estado’⁸¹⁷.

⁸¹⁴ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.18-19.

⁸¹⁵ BUTLER, Judith. **Vida precária: el poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009, p. 97.

⁸¹⁶ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.20.

⁸¹⁷ Ibid. p. 21

Face ao conteúdo exposto, cabe destacar que, na busca ‘de eliminar toda resistência às estratégias das posições dominante’, cada vez mais, são criados ‘inimigos’⁸¹⁸. Os quais são ‘personificados ora pelo ‘terrorista’, ora pelo ‘criminoso contumaz’, ora pelo ‘imigrante’ e, assim é criada uma atmosfera de medo’ em torno desses ‘inimigos’. Conforme afirmam Callegari, Wermuth e Engelmann⁸¹⁹:

[...] converte-se, então, em um condicionante importante das políticas de segurança, sendo utilizado como escusa perfeita para evitar a perda de velocidade de projetos neoliberais hegemônicos de um Ocidente sempre foi bastante eclético na escolha de inimigos, sendo os critérios de escolha, basicamente, a subordinação e o servilismo ao poder.

E são, precisamente, tais fatores que tornam possível afirmar que, nos dias atuais, a guerra se transfigura em um ‘regime de biopoder, vale dizer, uma forma de governo destinada não apenas a controlar a população, mas a produzir e a reproduzir todos os aspectos da vida social’⁸²⁰. E, de acordo com Callegari, Wermuth e Engelmann⁸²¹:

[...] fica evidenciado diante da constatação de que, na evolução atual das legislações penais do mundo ocidental, verifica-se o surgimento de múltiplas figuras típicas novas e, não raro, o surgimento de setores inteiros de regulação. Além disso, constata-se uma atividade de reforma dos tipos penais já existentes, no sentido de tornar mais severas as consequências da prática delitiva.

No que tange a essas alterações, Callegari, Wermuth e Engelmann⁸²² asseveram que ‘tais ‘reformas’ do Direito Penal são tributárias, em grande parte, da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na fase de criação ou concepção legislativa’. Visto que as mídias de massa não só *transmitem* opiniões e impressões, mas também *demarcam* os ‘limites de determinados problemas’ e até mesmo são criadores de certos tipos de problemas⁸²³. Isso porque, os casos mais dramáticos resultam em maior audiência e, por isso, são divulgados de forma sensacionalista, gerando uma opinião pública acerca do crime e da criminalidade

⁸¹⁸ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.23.

⁸¹⁹ Ibid. p. 24

⁸²⁰ HARDT, Michel; Negri, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2005. p. 34.

⁸²¹ Ibid. p.25.

⁸²² Ibid. p.25.

⁸²³ Ibid. p.25.

lastreada em discursos falaciosos produzidos ‘a partir da apresentação de casos *sui generis* como se fossem corriqueiros’⁸²⁴.

Um dos elementos que podem levar à compreensão ‘desta forte vinculação entre a mídia e sistema penal’ pode ser encontrado ‘justamente no comprometimento das empresas que exploram o negócio das telecomunicações com o empreendimento neoliberal’, o que resulta na criação de algumas crenças e a consequente omissão de informações que as contradigam. Nesse sentido, ‘apresenta-se a pena como um rito sagrado de solução de conflitos, como panaceia universal, cujo efeito principal⁸²⁵ é o *exorcismo*’⁸²⁶.

De outra parte, a frequente exposição de imagens de agressões, roubos, assaltos, homicídios, etc., na mídia, gera uma sensação que é uma mescla de medo e insegurança, ‘fazendo com que a população, a partir de um processo de ‘importação’ de discursos repressivistas gestados para atender a outros tipos de realidade social, aumente o clamor pelo’ aumento da ‘intervenção punitiva’ em nome de ‘mais segurança’⁸²⁷.

Tendo em vista que esta é uma característica importante e, por essa razão, merecedora de destaque, Callegari, Wermuth e Engelmann⁸²⁸ citam:

Como primeira característica digna de nota do ‘novo’ Direito Penal, pode-se salientar uma cada vez maior identificação/solidarização do Direito Penal Punitivo com as vítimas de crime. Deixa-se de ver no Direito Penal um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal – ou seja, como Magna Carta do delinquente – e passa-se a percebê-lo como Magna Carta da vítima.

Advém daí um consenso restritivo no que tange aos riscos admitidos. Porquanto o indivíduo que se considera uma vítima em potencial de um delito, não acata a consideração de certos riscos como permitidos, o que redundará em uma definição social-discursiva expansiva do âmbito de incidência do Direito Penal: a

⁸²⁴ BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

⁸²⁵ Ibid. p.25.

⁸²⁶ BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 29, 2000. p. 27-52.

⁸²⁷ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.26.

⁸²⁸ Ibid. p.27.

identificação social com as vítimas da criminalidade resulta na reivindicação por maior eficiência na sua aplicação e/ou na reparação dos efeitos do delito⁸²⁹.

É importante destacar ‘o papel desempenhado pelas associações de vítimas’, bem como ‘pelas ONG’s enquanto ‘gestoras atípicas da moral’ que lideram movimentos que lutam pela expansão punitiva’, com o objetivo de proteger os interesses que defendem tais como: ecologista, feministas, consumidores, etc.⁸³⁰.

Por consequência disso, ‘o princípio da ‘neutralização de vítima’ – o qual norteia o papel por ela representado no Direito Penal deve ser limitado de modo ‘a não condicionar o interesse público que subjaz à intervenção punitiva’ – é mitigado’. De uma parte, pelas pressões exercidas pelas ONG’s e associações acima referidas; e, de outra, porque se descobriu a ‘importância política’ das vítimas⁸³¹.

Dentro desse contexto surge uma ‘sociedade da compaixão’⁸³² bastante compassiva com o sofrimento das vítimas, a quem os meios de comunicação expõem em cena. A finalidade desse tipo de sociedade, segundo o autor, é ver reconhecidas as demandas das vítimas, ‘os indivíduos e os grupos são [...] conduzidos a desenvolver ‘estratégias de vitimização’, objetivando obter o apoio da opinião pública – com o risco de desencadear uma ‘competição entre as vítimas’. Aliado a isso, ‘prevalece a ideia de que, atrás de todo dano sofrido, existe necessariamente um autor, que deve ser procurado e condenado: o destino ou a fatalidade não poderiam ser invocados; os danos devem ser imputados a um responsável’⁸³³.

Como resultado disso é que, ‘uma população com ‘medo’ do crime identifica-se antes com a figura das vítimas que com a figura dos delinquentes’, motivo pelo qual, as vítimas são seus ‘instrumentos de comunicação política’. Assim sendo, ‘atende-se – de forma politicamente rentável, é claro – aos anseios da sociedade’⁸³⁴.

Este é um contexto em que se observa a existência de uma ‘forte tendência dos partidos políticos na ‘instrumentalização’ das vítimas para anunciar e promulgar

⁸²⁹ Ibid. p.28.

⁸³⁰ Ibid. p.28.

⁸³¹ Ibid. p.28.

⁸³² CHEVALLIER, Jaques. **O Estado Pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009 (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público; 1). p. 140.

⁸³³ Ibid. p. 140.

⁸³⁴ GARLAND, David. **La cultura del control. Traducción de Máximo Sozzo**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005. p. 241.

leis penais' ⁸³⁵. E, estas, com grande frequência recebem o nome de políticos. Como exemplificam Callegari, Wermuth e Engelmann⁸³⁶:

No cenário brasileiro, o exemplo mais recente e expressivo desta característica é a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que instituiu tratamento mais severo para os acusados de 'violência doméstica', tendo sido assim nomeada em homenagem a uma vítima deste tipo de violência, que, agredida pelo marido por anos a fio, acabou ficando paraplégica.

É importante destacar que a relação, conforme se referem Callegari, Wermuth e Engelmann⁸³⁷, 'entre vítimas e delinquentes representa um jogo de soma zero', porquanto, toda e qualquer expectativa destes, no que tange às 'garantias processuais ou benefícios penitenciários' é entendida como sendo uma perda para as vítimas. As quais 'veem como 'agravos' ou maneiras de suprimir 'as consequências da condenação' ⁸³⁸. De outra parte, as condições existenciais dos delinquentes se veem agravadas, como consequência de todo e qualquer avanço 'na melhoria da atenção às vítimas do delito' ⁸³⁹.

Torna-se necessário ponderar que não existe grande quantidade de maneiras de se estabelecer regras no seio de uma sociedade, mas apenas duas, em essência. Quais sejam: promover uma forte integração moral, cujas garantias advenham de uma instituição central. Ou, contrariamente, por uma significativa autonomia legada aos indivíduos que lhes dá a tarefa de restabelecer a ordem. O que caracteriza um modelo como *retributivo* e o outro um modelo *restitutivo*⁸⁴⁰. Seguindo nessa linha de raciocínio, Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁴¹ citam:

Nesse sentido, ao encontrar seu centro de gravidade não mais dentro da lei, mas na reparação do ultraje feito à vítima, a pena neoliberal nos faz passar do primeiro modelo ao segundo, onde o essencial não é tanto pagar um tributo à lei ou assumir um compromisso de se reformar (porque o mal não é mais produto de uma má intenção), mas sim de restituir à vítima a parte que lhe foi tomada.

4.7.1 O legislador 'cool' e a Politização do Direito Penal

⁸³⁵ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A. D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 29.

⁸³⁶ Ibid. p.29.

⁸³⁷ Ibid. p.29.

⁸³⁸ Ibid. p.29-30.

⁸³⁹ Ibid. p.30.

⁸⁴⁰ Ibid. p. 30-31.

⁸⁴¹ Ibid. p. 30-31.

O Direito Penal atual possui uma característica, que se origina na anterior, 'é a sua *politização*'. A consequência direta é que, a noção de segurança passa a ser utilizada politicamente, ao ponto de ser entendida como sendo 'o resultado de um empobrecimento ou simplificação do discurso político-criminal, o que passa a ser orientado tão somente por campanhas eleitorais que oscilam ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas', em prejuízo 'de programas emancipatórios efetivos'⁸⁴².

Acrescentando-se às demais características apresentadas atualmente pelo Direito Penal, é o fato de que caiu por terra 'o ideal de reabilitação enquanto função da pena'. Porquanto, a pena neoliberal perdeu a pretensão de reabilitar os criminosos⁸⁴³. Isso se deve ao fato de o modelo neoliberal caracterizar-se 'por uma criminologia do fim da história', visto que 'perdeu toda a esperança de mudar o mundo', mas que requer apenas a *adaptação* dos indivíduos. Pois o modelo atual encontra-se apoiado 'sobre um modelo adaptativo-eficientista', diverso, portanto, do modelo disciplinar, que era segregativo e assistencialista ao mesmo tempo⁸⁴⁴.

Ao se referir ao único objetivo do controle preventivo, que é apenas impedir a ocorrência do evento criminoso, Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁴⁵ citam que, '[...] o bracelete e a castração química, duas inovações recentes, conduzem àquilo a que Garapon⁸⁴⁶ denomina 'coração da pena neoliberal''⁸⁴⁷.

Tanto o bracelete eletrônico como a castração química – 'seguem o rastro do indivíduo, elas aderem à sua pele e até mesmo penetram em seu organismo. São penas *incorporadas*'. Ou seja, o indivíduo não pode se desvincular de sua pena. Ambas as penas 'são localizadas e ambulatórias', isso porque, se mantêm todo o tempo junto ao indivíduo. O objetivo dessas penas é aperfeiçoar 'a liberdade e a segurança'. Pode-se aliá-las à 'biometria: a securitização passa por uma incorporação, ou por uma biologização das medidas de controle'⁸⁴⁸.

⁸⁴² CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A. D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 31.

⁸⁴³ Ibid. p. 32.

⁸⁴⁴ Ibid. p. 33.

⁸⁴⁵ Ibid. p. 33.

⁸⁴⁶ GARAPON, Antoine. *La raison du moindre état. Le néolibéralisme et la justice*. Paris: Odile Jacob, 2010. p. 136.

⁸⁴⁷ Ibid. p. 33.

⁸⁴⁸ GARAPON, Antoine. *La raison du moindre état. Le néolibéralisme et la justice*. Paris: Odile Jacob, 2010. p. 139-140.

4.7.2 A Flexibilização/Supressão das Garantias e a Busca pelas Provas Indiscutíveis

Juntamente com a ‘antecipação da intervenção punitiva’ constata-se um crescente menosprezo ‘pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal’, que passam a se constituir ‘obstáculos’ à eficácia que se almeja do sistema punitivo ante à insegurança verificada nos dias atuais⁸⁴⁹. Ainda nesse sentido, afirmam Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁵⁰:

Com efeito, a partir do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal, além do incremento dos comportamentos elevados à categoria delitiva por meio da antecipação da intervenção punitiva ao estágio prévio à efetiva lesão dos bens jurídicos, verifica-se um processo de flexibilização das garantias político-criminais materiais e processuais, mediante o desrespeito ao princípio da legalidade penal, à redução das formalidades processuais, à violação ao princípio da taxatividade na elaboração dos tipos penais e à violação ao princípio da culpabilidade.

Especialmente esta característica é que sugere o debate sobre a possibilidade ou não da ‘utilização de bancos de perfis genéticos – considerado enquanto ‘provas indiscutíveis’ – para fins de persecução criminal no Brasil’.

Cabe destacar que o genoma humano representa a totalidade do material genético de uma pessoa, isto é, em seus cromossomas estão contidos todos os fatores hereditários desta.

Diante dessa característica inata ao genoma, a informação genética aliada aos avanços científicos, torna os seres humanos vulneráveis e transparentes [...], conforme afirma Guerrero Moreno⁸⁵¹.

Conforme anteriormente exposto detalhadamente, consta que, no caso brasileiro já houve a aprovação da lei 12.654/12, a qual foi regulamentada em 12 de março de 2013. E que trata da criação de um banco de dados de DNA. A fim de ‘que autores de crimes violentos ou hediondos possam ser identificados geneticamente’

⁸⁵².

⁸⁴⁹ CALLEGARI: L. André; WERMUTH, A. D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.42.

⁸⁵⁰ Ibid. p. 42.

⁸⁵¹ GUERRERO MORENO, Álvaro Alfonso. **La regulación de los datos genéticos u las bases de datos de ADN**. Criterio Jurídico, v. 8, nº 2, Santiago de Cali, 2008. p. 223-244.

⁸⁵² CALLEGARI. L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.49.

Faz-se necessário destacar, que o objetivo não deverá se restringir apenas à produção de provas, ‘mas também a concretização da justiça no caso concreto onde elas serão utilizadas’⁸⁵³. Sendo assim, é importante ter presente que este contexto inclui um aspecto social, conforme citam Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁵⁴:

[...] a persecução criminal não deverá apenas ser alinhada às novas tecnologias, mas ela deverá ser alinhada à construção de uma sociedade, onde a subsidiaridade possa ser experimentada por todos, notadamente sem se esquecer da ‘função social do Direito’. Destarte, talvez seja o momento de se revisar a ‘figura’ do ‘delinquente’, pois ele sempre está ‘presente’, mas passivo, e tem sido muito tempo, considerado como objeto no processo penal⁸⁵⁵.

É evidente que uma pessoa, como um ser humano que é não pode jamais ser considerado um objeto⁸⁵⁶, nesse sentido asseguram Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁵⁷ que,

Colocando o ‘delinquente’ como sujeito da relação processual penal, talvez haja espaço para o retorno da prática onde ele é considerado como autor, inserindo-o no contexto da subsidiaridade. Vale dizer, o grupo social será responsável pela produção da delinquência e, assim, pela sua recuperação.

Essa mudança pode ser observada pela junção de muitas técnicas, segundo Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁵⁸, como⁸⁵⁹:

O desenvolvimento dos direitos de defesa, a consideração da personalidade, a investigação rápida a fim de investigar a situação material, familiar e social do interessado, ou, ainda a disposição de modalidade de execução da pena baseada em uma espécie de contrato de confiança tácita com o juiz [*sursis*, penas alternativas e outras]⁸⁶⁰.

O exercício dessas mudanças poderá tornar viável uma mudança essencial ‘no direito e processo penal’, originando ‘a participação do acusado de ativa e reflexiva da

⁸⁵³ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.52.

⁸⁵⁴ Ibid. p. 52.

⁸⁵⁵ DELMAS-MART, Mireille. **Os Grandes sistemas de Política Criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 139-140.

⁸⁵⁶ Ibid. p. 53.

⁸⁵⁷ Ibid. p. 53.

⁸⁵⁸ Ibid. p. 53.

⁸⁵⁹ Ibid. p. 53.

⁸⁶⁰ DELMAS-MART, Mireille. **Os Grandes sistemas de Política Criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 139-140.

sua atitude'. Aspecto este que, nos dias atuais, 'está completamente fora da projeção sancionatória do Estado'⁸⁶¹.

De outra parte, se pode citar também que as referidas 'provas indiscutíveis' não servirão, necessariamente para 'minguar'⁸⁶² 'o debate judiciário'. Porquanto, 'se elas podem trazer indicações preciosas', de modo algum irão permitir 'fazer economia do debate: elas no máximo trocarão o seu objeto', o qual 'será colocado sobre a fiabilidade dessas novas ciências'⁸⁶³.

Segundo Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁶⁴, a nanotecnologia, cujos níveis de exatidão e certeza não têm precedentes, é uma 'outra possibilidade que surge para a manipulação e a utilização das provas genéticas, por meio do acesso ao DNA na persecução criminal'⁸⁶⁵.

Um destaque importante sobre a molécula do DNA de um organismo, é que os dados nela armazenados podem permanecer guardados por 'centenas de milhares de anos': isso porque, eles vão sendo transmitidos por herança genética de geração em geração⁸⁶⁶.

É importante destacar que, graças a uma tecnologia desenvolvida por pesquisadores, é possível 'copiar e colar dados, codificados como DNA artificiais [...]'⁸⁶⁷. Para obtenção desses resultados, esses pesquisadores utilizaram o genoma de um micro-organismo comum que existe no solo, a bactéria *Bacillus subtilis*⁸⁶⁸.

E é nesse contexto que, Callegari, Wermuth e Engelmann⁸⁶⁹ citam:

Aí se tem um sinal de alerta da utilização do banco de perfis genéticos, pois eles podem carregar informações de diversas gerações, viabilizando a persecução criminal de alguém por meio da consulta genética de parentes. Além disso a nanotecnologia é justamente a manipulação no nível de átomos e moléculas, aspecto que torna possível a abertura da investigação criminal para construções científicas que extrapolam a pessoa do acusado. O estudo deste material, na nano escala, abre o caminho para um ramo da

⁸⁶¹ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 53.

⁸⁶² GARAPON, Antoine. **La raison du moindre état. Le néolibéralisme et la justice**. Paris: Odile Jacob, 2010. p. 139-140.

⁸⁶³ Ibid. p. 53.

⁸⁶⁴ Ibid. p. 54.

⁸⁶⁵ Ibid. p. 54.

⁸⁶⁶ Ibid. p. 54.

⁸⁶⁷ Ibid. p. 54.

⁸⁶⁸ Ibid. p. 54.

⁸⁶⁹ Ibid. p. 55.

nanotecnologia chamado de 'bionanotecnologia', que foca o seu desenvolvimento em estudos de estruturas biológicas como o DNA ⁸⁷⁰.

Face ao exposto, torna-se importante considerar que os dados genéticos mostram 'detalhes intimamente ligados ao núcleo da personalidade e da dignidade humana, sendo especialmente relevante sua incidência no exercício das liberdades' ⁸⁷¹. Por conseguinte, é preciso que sejam investigados 'os limites e possibilidades' relativas à 'utilização de bancos de perfis genéticos à luz de alguns pressupostos bioéticos e do ordenamento jurídico brasileiro' ⁸⁷².

4.8 O Atual Sistema da Política Criminal: o Direito Penal e o Medo

O momento atual é marcado por uma das características bastante fortes, que resulta da sociedade globalizada, conforme afirmam Callegari e Wermuth⁸⁷³, 'Um sentimento vago e ubíquo de medo e de insegurança'. E, que em tal sociedade as respostas por ela recebidas, advindas do Estado são 'pautadas na intervenção penal, eleita como instrumento privilegiado de enfrentamento do problema'. Como resultado, novamente o Direito Penal 'é visto como o único instrumento eficaz de psicologia político-social, como mecanismo de socialização e civilização'. Por conseguinte, evidencia-se a incontrolável expansão em sua esfera de incidência⁸⁷⁴.

A propósito dos momentos vividos pelo Direito dentro deste contexto, Callegari e Wermuth⁸⁷⁵ citam que:

Enquanto outros ramos do Direito vivem momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do Direito Penal se verifica o contrário: proliferam os tipos penais intangíveis e abstratos; incriminam-se variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; aumentam-se indiscriminadamente as penas; relativizam-se os princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos; amplia-se extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais, que passam a invadir esferas outrora reservadas ao Poder Judiciário; e, finalmente, reduzem-se garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência.

⁸⁷⁰ CASTRO, 2007 apud CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p.55.

⁸⁷¹ Ibid. p. 56.

⁸⁷² Ibid. p. 56.

⁸⁷³ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 9.

⁸⁷⁴ Ibid. p. 9.

⁸⁷⁵ Ibid. p. 9.

Um dos objetivos deste aumento incomensurável da esfera de abrangência do Direito Penal é o de abrandar o clamor social, e, deste modo, enganando a população, a qual passa a se sentir mais segura com a intensificação punitiva, mesmo que tal intensificação exerça funções simplesmente simbólicas, isto é, sua finalidade é de dissimular a incapacidade do Estado no que tange ao ‘enfrentamento de determinados problemas sociais’.

E é nessa direção que o Direito Penal surge como produto de um tipo ‘de perversidade do aparato estatal’, que procura no constante ‘recurso à legislação penal’ uma fácil e aparente solução para os problemas sociais que se lhes apresentam, transferindo para o plano simbólico ‘(isto é, o da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública)’ aquilo que deveria ser resolvido ‘em nível instrumental (da proteção efetiva)’⁸⁷⁶.

Significa dizer, que o problema que se observa ‘a partir da análise da tendência da atual política criminal é a centralização da resposta à crise vivenciada pelas instituições da sociedade contemporânea por meio da utilização da pena, como se não existissem outros mecanismos de controle social, válidos, ou ao menos igualmente eficazes’. Com isso, continua-se com a velha política obsoleta de criminalizar cada vez mais condutas, amplificar penas já existentes e subjugar o indivíduo, cada vez mais, à pena de prisão, que reaparece como pena por excelência, o que pode ser constatado pelo crescimento, nunca visto antes, da população carcerária⁸⁷⁷.

Esta política criminal apresenta outra tendência, que é a de configuração de um Direito Penal ‘*preventivo*’, possuidor de ‘uma característica de antecipar a proteção penal’, o que resulta, de uma parte, na elaboração continuada de delitos de perigo – na grande maioria das vezes, de perigo abstrato – e, de outra parte, ‘à configuração de novos *bens jurídicos universais*’. Nesse sentido, Callegari e Wermuth⁸⁷⁸ asseveram:

O novo Direito Penal protege mais e distintos bens e, além disso, protege-os antes, isto é, num estágio prévio à efetiva lesão. E esta tendência preventiva

⁸⁷⁶ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 10.

⁸⁷⁷ Ibid. p. 10.

⁸⁷⁸ Ibid. p. 10.

leva a uma flexibilização dos pressupostos clássicos de imputação objetivos e subjetivos, assim como de princípios garantistas próprios do Direito Penal de um Estado de Direito.

Apesar dos retrocessos anteriormente citados, esta nova propensão da política criminal encontra amparo na prática legislativa penal brasileira, a qual está muito próxima do modelo instituído pelos discursos dos movimentos repressores ‘que sob o *slogan* ‘lei e ordem’’, balizam-se na criminalização e na exacerbação do sistema penal. Observam-se, também, vestígios ‘de uma legislação de exceção, muito identificada com o que atualmente se tem denominado Direito Penal do inimigo’⁸⁷⁹.

Significa dizer, que a pressão social causada pela insegurança espreita a sociedade tem sido a justificativa para originar a autenticação necessária para que o Estado aumente sua ‘potestade’, aumentando ‘seu espectro de controle penal no marco da ‘luta contra a criminalidade’’, eliminando direitos e garantias, de tal modo que, em certos casos, se admita ‘a perda do *status* de pessoas de alguns acusados’.

Os fatores que originam a maioria dos medos existentes na sociedade atual são assim citados por Callegari e Wermuth:

[...] o fenômeno expansivo do Direito Penal coincide com o desmantelamento do Estado de Bem-Estar, que redundando em uma desigualdade social que cada vez mais se agudiza, diante da exclusão de grandes contingentes populacionais do mundo econômico, pelo desemprego e pela precarização do mercado de trabalho, sendo justamente essa a origem da maior parte dos ‘medos que se abatem sobre a sociedade contemporânea.

Desse modo, aproveita-se a oportunidade da persecução penal descomedida aos ‘novos’ crimes da sociedade atual para robustecer antigos preconceitos que ‘marca historicamente o sistema punitivo brasileiro’, constantemente comprometido com a fiscalização e o ‘disciplinamento social das classes populares do país’⁸⁸⁰.

Cria-se, assim, em paralelo ao simbolismo penal, o qual é voltado para a persecução da ‘nova criminalidade’, ‘um sistema altamente punivista/eficientista voltado só para o controle da criminalidade ‘tradicional’’, entendida, ‘a partir de discursos de lei e ordem’, como sendo o primeiro elemento de ligação de uma cadeia causal que resulta na criminalidade ‘organizada’. Isto é, o antigo ‘discurso da ‘lei e

⁸⁷⁹ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 10.

⁸⁸⁰ *Ibid.* p. 11.

ordem' é retomado para persecução daqueles delitos que são considerados a dimensão não tecnológica da sociedade contemporânea'.

A associação entre o simbolismo e o punitivismo/eficientismo penal, resulta na implementação de um modelo de Direito Penal máximo, em total ultraje ao modelo de intervenção penal construído pela Constituição Federal, a indicar a necessidade 'de sua adequação constitucional e para o pensar de alternativas viáveis ao atual modelo de enfrentamento da criminalidade'. E nesse sentido, Callegari e Wermuth⁸⁸¹ finalizam esta exposição, citando que:

[...] enquanto existir direito penal, e nas atuais circunstâncias parece que haverá 'direito penal por muito tempo', é necessário que haja alguém que se encarregue de estudá-lo e analisá-lo racionalmente para convertê-lo em instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, além de suas contradições, as do sistema econômico que o condicionam. (Muñoz Conde, 2005, p. 33)⁸⁸².

4.8.1 Risco, medo e segurança: o trinômio orientador do processo de expansão do Direito Penal

Evidencia-se que o processo de globalização e, por consequência a sociedade de risco que toma forma nos dias atuais, viabilizam o surgimento de um sentimento de insegurança generalizado, ante a 'imprevisibilidade e da liquidez das relações sociais'. A globalização insere, dia após dia, no rol dos riscos e inseguranças, 'novas e aterradoras formas' que tais riscos podem assumir. Nesse contexto, verifica-se um paradoxo, pois o 'avanço da ciência e da tecnologia' é inversamente proporcional ao aumento da crença de se estar vivendo em mundo cada vez mais seguro e controlado pela humanidade.

Do mesmo modo que a modernização extinguiu a sociedade agrária do século XIX e configurou a sociedade industrial, é, hoje, a responsável pelo aparecimento de uma nova figura social: a sociedade de risco. A inserção nessa sociedade de risco ocorre 'a partir do momento em que os princípios de cálculo da sociedade industrial são encobertos e anulados, e os perigos socialmente produzidos ultrapassam os

⁸⁸¹ CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 11.

⁸⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 33.

limites da segurabilidade'. Desse modo, 'passa-se de uma lógica de 'distribuição de riquezas' – que é o que caracteriza a sociedade industrial clássica – 'para uma lógica de 'distribuição de riscos''⁸⁸³.

Outro importante ponto de vista a ser destacado, diz respeito ao conceito de risco, conforme citam Callegari e Wermuth⁸⁸⁴:

[...] o conceito de risco cunhado por Ulrich Beck⁸⁸⁵ é insuficiente para traduzir a verdadeira novidade introduzida na condição humana pela globalização (negativa), visto que a ideia de risco só pode partir do pressuposto de uma regularidade essencial do mundo, que permite que os riscos sejam *calculados*. Dessa forma o conceito de risco de Beck só adquire sentido em um mundo *rotinizado*, ou seja, monótono e repetitivo, 'no qual as sequências causais reapareçam com frequência e de modo suficientemente comum para que os custos e benefícios das ações pretendidas e suas chances de sucesso e fracasso sejam passíveis de tratamento estatístico e avaliados em relação aos precedentes'⁸⁸⁶.

Acontece, no entanto, que a realidade do mundo globalizado não é esta e por este motivo Bauman⁸⁸⁷ sugere que a expressão 'sociedade de risco' seja substituída pela expressão 'sociedade da incerteza':

[...] em um mundo como o nosso, os efeitos das ações se propagam muito além do alcance do impacto rotinizante do controle, assim como do escopo do conhecimento necessário para planejá-lo. O que torna nosso mundo vulnerável são principalmente os perigos da probabilidade *não-calculável*, um fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de 'risco' comumente se refere. *Perigos não-calculáveis aparecem em princípio, em ambiente que é, em princípio, irregular, onde as sequências interrompidas e a não-repetição de sequências se tornam a regra, e a anormalidade, a norma. A incerteza sob um nome diferente*⁸⁸⁸.

De acordo com Callegari e Wermuth⁸⁸⁹, 'resultado dessas incertezas é que nunca se teve tanto medo e nunca o medo assumiu uma dimensão tão ubíqua'.

O medo da criminalidade no tocante a distância existente 'entre a percepção subjetiva dos riscos e sua existência objetiva', pode resultar em consequências sociais

⁸⁸³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 29-30.

⁸⁸⁴ CALLEGARI: L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.15.

⁸⁸⁵ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. p. 29-30.

⁸⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129.

⁸⁸⁷ Ibid. p. 15.

⁸⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129-130.

⁸⁸⁹ CALLEGARI: L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 16.

até mais graves do que aquelas que decorrem da ‘própria delinquência’. O medo, no plano individual, promove mudanças de conduta ‘(agressividade, *casmurrismo*) destinadas a evitar a vitimização’, o que atinge ‘o estilo e a qualidade de vida dos cidadãos’. Já no plano coletivo, ‘as repercussões do medo e do crime redundam na redução da interação social, no abandono dos espaços públicos e no rompimento do controle social informal’ ⁸⁹⁰.

Segundo afirmam Callegari e Wermuth⁸⁹¹:

São estas as principais características que o Direito Penal orientado ao enfrentamento aos novos riscos, medos e inseguranças da contemporaneidade apresenta, o que aponta para o fato de que se vivencia hoje a representação de um modelo de intervenção punitiva que representa um sério risco às liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

E, ainda, de acordo com Callegari e Wermuth⁸⁹²:

O fenômeno expansivo experimentado pelo Direito Penal contemporâneo. Em especial no que diz respeito à realidade brasileira, demonstra que o legislador em matéria penal ainda custa a assimilar que as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, o que significa que os preceitos incriminadores devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Carta Política. Assim, os fundamentos na construção das leis penais devem ser racionais, o que significa que a lei penal deve seguir os princípios e garantias e ser *efetiva* e não meramente simbólica.

Desse modo, faz-se necessário destacar que, no momento da elaboração legislativa, dois fundamentos de racionalidade devem estar presentes, quais sejam: ‘os *princípios* e a *efetividade*’. Significa dizer ‘que são necessários princípios normativos pré-ordenados à regulação penal’, bem como ‘critérios instrumentais orientados à realidade social’, isto é, ‘direcionados à questão da efetividade da intervenção penal’ ⁸⁹³.

Quanto aos princípios, é ‘praticamente lugar comum’, visto que existe anuência em considerar que na Constituição estão contidos os direitos, princípios e valores que conferem legitimidade a toda regulação jurídica, especialmente a intervenção penal,

⁸⁹⁰ CALLEGARI: L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 17.

⁸⁹¹ Ibid. p. 23.

⁸⁹² Ibid. p. 118

⁸⁹³ Ibid. p. 119.

sempre que ela estabelece a limitação '(mandatos e proibições) do pluralismo ideológico'⁸⁹⁴.

Desse modo, a reflexão acerca da justificação 'ética e filosófica do Direito Penal' é de caráter essencialmente constitucional, pois a Constituição faz uma ligação 'entre este ponto de vista externo ou de crítica do Direito positivo e o ponto de vista interno sobre a validade do mesmo'. Nesse sentido, 'o constitucionalismo atual pode ser visto como a positivação de princípios sobre os direitos e a justiça', que compõem parte 'de uma tradição de pensamento, sobre os limites do Estado e a defesa da dignidade dos homens (conteúdo material do Estado Social Democrático de Direito e direitos fundamentais)'⁸⁹⁵.

Conforme asseveram Callegari e Wermuth:

O importante é que a devida concretização do Direito Penal passe pela sua legitimação constitucional e isso somente será possível quando os aplicadores da lei o fizerem respeitando os princípios estabelecidos na Carta Política, ainda que não de forma explícita. Através da aplicação e respeito a estes princípios é que se pode falar de um verdadeiro e legítimo Direito Penal em um Estado Social Democrático de Direito [...].

4.8.2 *Efetividade versus Eficiência*

No que tange à racionalidade instrumental do Direito Penal, é de suma importância destacar que é necessário que os conhecimentos cuja pretensão é ser rigoroso, cumpram um fim social e, que estes, solucionem problemas e sejam efetivos, porquanto a orientação de seus fins e o cumprimento dos mesmos é, justamente, o que lhes atribuem legitimidade. Atualmente, a técnica e a troca de informações ocupam o primeiro plano na esfera do saber, extinguindo-se, assim, o 'tempo para as reflexões de legitimação', restando tempo apenas para as estratégias⁸⁹⁶.

Conforme afirmam Callegari e Wermuth⁸⁹⁷:

O caldo de cultivo das sociedades atuais já não é a 'ideologia', mas a efetividade. A busca do saber já não se faz em função da verdade, mas do

⁸⁹⁴ ZUÑIGA. 2009 apud CALLEGARI. L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 119.

⁸⁹⁵ ZUÑIGA. 2009 apud CALLEGARI. L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 119-120.

⁸⁹⁶ CALLEGARI: L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 131.

⁸⁹⁷ Ibid. p. 131.

aumento de poder, de capacidades. O saber, desde a perspectiva do poder, deixa de ser considerado em termos de conhecimento para sê-lo em termos de efetividade ⁸⁹⁸.

De acordo com Callegari e Wermuth⁸⁹⁹, ‘o problema que se apresenta nesse tópico é que podem ocorrer duas concepções sobre efetividade’. Uma, cuja busca do fim se dá através de qualquer meio: para atingir um objetivo vale inclusive a geração de imagens, ideologias, etc. Ou seja, qualquer estratégia. ‘E o especialista é um tecnocrata a serviço do fim desenhado, dentro do que pode ser chamado de *eficientismo*’. A outra ‘concepção de efetividade’ busca ‘contrastar os fins perseguidos com os objetivos cumpridos, de controle da racionalidade por meio do cumprimento de metas, onde o especialista determina os problemas e desenha as estratégias’ ⁹⁰⁰.

Em última análise, o que deve ser buscado é esta segunda ‘concepção de efetividade’.

4.8.3 O Sistema Penal brasileiro no Estado Democrático de Direito brasileiro

É importante destacar que o processo de expansão do Direito Penal, em sua totalidade resulta de alguns fatores, assim citados por Callegari e Wermuth⁹⁰¹:

[...] a criminalização de estágios prévios ao início do delito, de criação de novos tipos penais, de supressão de garantias processuais, enfim, de que o processo de expansão do Direito Penal como um todo, é decorrência da noção de *eficiência* que se procura imprimir ao Direito Penal, como resposta eficaz ao descontrole da sociedade, mas que, na realidade, traduz-se no descontrole do Estado.

Tal descontrole revela ‘a contaminação do Direito Penal (e Processual Penal) pelas leis de exceção, de supressão de garantias’, em prol de ‘uma suposta segurança do cidadão’. Também, resulta evidente uma interpretação distorcida, por parte dos

⁸⁹⁸ ZÚÑIGA, RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal**. Granada: Comares, 2009.

⁸⁹⁹ CALLEGARI: L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 131.

⁹⁰⁰ ZÚÑIGA, RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal**. Granada: Comares, 2009.

⁹⁰¹ Ibid. p. 134.

operadores do Direito, tendo em vista que a legislação ordinária se sobrepõe à Constituição Federal, quando o oposto é que deveria ocorrer⁹⁰².

Face ao exposto, Callegari e Wermuth asseveram que é possível:

[...] afirmar que um modelo de intervenção penal minimalista é o que melhor se amolda aos postulados do Estado democrático de Direito preconizado pelo legislador constitucional brasileiro, eis que é o único modelo de Direito Penal que permite a implementação de toda a série de garantias fundamentais previstas na Carta Magna nacional, em especial aquelas que compõem o rol do seu art. 5º. Desta forma, também se garante, conseqüentemente, o respeito à dignidade da pessoa humana, que, por força do inciso III do art. 1º da Constituição Federal, constitui um dos valores sobre os quais se funda o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Apesar desse 'processo de desvirtuamento do Direito Penal pátrio, afastando-o do modelo de intervenção pena mínima consubstanciado na Constituição Federal', Callegari e Wermuth afirmam:

[...] tem-se que uma das características do Estado Democrático de Direito é justamente o seu caráter de instrumento de transformação do status quo da sociedade, através da redução das diferenças sociais, realizando a justiça social através de normas fixadas em uma Constituição na qual prevalece o interesse da maioria.

Uma característica do Estado Democrático de Direito é justamente a de ultrapassar a formulação do Estado Liberal de Direito e, também, a do Estado Social de Direito e, conseqüentemente, impondo 'à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo de transformação da realidade'⁹⁰³.

Nesse sentido, Callegari e Wermuth asseveram que:

Somente assim, a partir da implementação de um modelo de Direito Penal mínimo e garantista, é que se poderá reduzir o alto grau de arbitrariedade, desigualdade e seletividade que marcam historicamente o sistema punitivo no Brasil.

4.8.4 Medo e Direito Penal: Reflexos da Expansão Punitiva na Realidade brasileira

⁹⁰² CALLEGARI: L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 135.

⁹⁰³ MORAIS, 1996 apud CALLEGARI: L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 137.

Segundo Callegari⁹⁰⁴ este tema encontra-se dividido em duas partes no livro de Wermuth⁹⁰⁵. Na primeira parte encontra-se demonstrada ‘a preocupação e a reclassificação do Direito Penal na proteção de novos bens jurídicos, decorrentes de uma sociedade em constante transformação’. E que ‘os bens jurídicos que antes pertenciam a outros ramos do Direito passam agora à proteção do Direito Penal, porém, com implicações processuais, penais e de execução da pena [...]’. Na segunda parte do livro Wermuth⁹⁰⁶ faz um exame de ‘um problema esquecido pela maioria dos autores, que é o medo do Direito Penal’⁹⁰⁷. E que a análise feita pelo autor mostra que não houve grandes alterações no Direito Penal, nas últimas décadas, pelo menos no tocante ‘às classes que pretende atingir’⁹⁰⁸.

Dentre os fatores destacados por Callegari⁹⁰⁹, consta que o Direito Penal continua ‘sendo o mesmo’ para algumas classes, sobre as quais ‘desponta o seu caráter desumano e seletivo’. E que este é um ‘fato que sempre se revelou na política criminal brasileira’. Também, que uma das formas de controle social sempre foi ‘o medo da pena e dos agentes do sistema penal’⁹¹⁰. E, nesse contexto, Callegari⁹¹¹ acrescenta que:

É histórico que a clientela preferencial do sistema penal, são as pessoas menos favorecidas, assim como os delitos mais apenados incidem justamente sobre estas pessoas.

Segundo cita Gomes⁹¹², referindo-se ao livro de Wermuth⁹¹³:

[...] o autor analisa na primeira parte do trabalho, as características dessa nova realidade denominada ‘sociedade de risco’, especialmente no que tange às novas formas de criminalidade, como o terrorismo e o crime organizado. Demonstra ainda, que o medo assume verdadeiro protagonismo na vida das pessoas, trazendo, como consequência, uma generalizada sensação de insegurança capaz de criar o ambiente propício para a expansão do direito penal.

⁹⁰⁴ CALLEGARI. 2011. Prefácio. In WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

⁹⁰⁵ Ibid. prefácio.

⁹⁰⁶ Ibid. prefácio.

⁹⁰⁷ Ibid. prefácio.

⁹⁰⁸ Ibid. prefácio.

⁹⁰⁹ Ibid. prefácio.

⁹¹⁰ Ibid. prefácio.

⁹¹¹ Ibid. prefácio.

⁹¹² GOMES: 2011. In WERMUTH: A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 15.

⁹¹³ Ibid. p. 15.

Sobre o exposto anteriormente, Gomes⁹¹⁴ destaca: ‘o medo criado pelo direito penal, ou seja, a forma como o Estado, por meio desse ramo do ordenamento jurídico, tenta transmitir sensação de insegurança à população’. Ameaçando esta, ‘com a pena aos comportamentos tidos como causadores da intranquilidade social’. Complementando, Gomes⁹¹⁵ afirma que:

É nesse momento que fica clara a diferença de tratamento geralmente dispensada, também pelo sistema punitivo estatal, às diferentes classes sociais, o que confere ao direito penal brasileiro uma repugnante função de perseguição, controle e estigmatização das camadas subalternas da população.

Ao se referir ao medo no Direito Penal, Wermuth⁹¹⁶ afirma:

Em suma, objetiva-se investigar se a inserção do medo *no* Direito Penal – ou seja, se as mudanças nele operadas no sentido de dar respostas eficientes aos novos riscos e inseguranças da sociedade contemporânea – redundam na imposição do medo *do* Direito Penal – por meio da utilização, na persecução à criminalidade ‘clássica’ levada a cabo pelos segmentos subalternos da população, de elementos extraídos do discurso jurídico-penal voltado ao combate à macrocriminalidade -, revelando, assim seu aspecto desumano.

Uma análise mais atenta às ‘reformas’ do Direito Penal mostra que elas são ‘tributárias’, em uma quantidade significativa, ‘da influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública acerca do fenômeno da criminalidade’, através ‘do processo de ‘importação’ de discursos repressivistas’. A partir daí, as mídias de massa, promovem como resultados ‘de interesses invariavelmente mercadológicos, um falseamento dos dados da realidade social, transformando o ‘crime’ em um rentável produto’⁹¹⁷.

Sobre a função desempenhada pelo sistema punitivo, Wermuth⁹¹⁸ afirma que:

[...] hoje, a real função desempenhada pelo sistema punitivo no Brasil continua sendo aquela desempenhada desde a época da escravidão: inspirar a confiança das classes detentoras do poder econômico – ou seja, defender os interesses daqueles que são considerados enquanto *peças* – infundindo

⁹¹⁴ GOMES: 2011. In WERMUTH: A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 16.

⁹¹⁵ Ibid. p. 16.

⁹¹⁶ WERMUTH: A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 19.

⁹¹⁷ Ibid. p. 21-22.

⁹¹⁸ Ibid. p. 23

terror aos setores subalternos – considerados enquanto *indivíduos* -, apenas com algumas adequações no que diz respeito aos ‘rótulos’ empregados para legitimar dita intervenção.

Desse modo, revela-se a ‘dimensão desumana do Direito Penal brasileiro, a partir do reforço da arbitrariedade, da seletividade e da truculência do sistema punitivo que a partir dele se estrutura contra a sua clientela tradicional’, a qual é composta por representantes ‘dos grupos socialmente excluídos’, preferencialmente – ‘invariavelmente espólios da escravidão -, sobre os quais ‘o medo – (da pena e dos agentes do sistema penal)’ torna-se instrumento de gestão/control social⁹¹⁹.

4.8.5 O medo como Ideia Motora do Processo de Expansão do Direito Penal

A sociedade de risco surge na contemporaneidade, como consequência do processo de globalização, favorece o surgimento ‘de um sentimento generalizado de insegurança diante da imprevisibilidade e da liquidez das relações sociais’⁹²⁰.

A definição dos riscos da contemporaneidade ‘são definidos como ‘riscos da modernização’, os quais diferem dos riscos e perigos que ocorriam na Idade Média exatamente porque sua ameaça ser de amplitude global e, também ‘por serem produto da maquinaria do progresso industrial’. Estes ‘novos riscos’ possuem um componente *futuro* que lhe é intrínseco, isto é, tal componente relaciona-se ‘com uma previsão de uma destruição/catástrofe que ainda não ocorreu, mas que se revela iminente’⁹²¹.

Ao se referir a esse *futuro*, anteriormente citado, Wermuth⁹²² assevera:

Com efeito, o componente futuro é marcante na ideia de risco, visto que é com base nele e na sua incalculabilidade que as ações presentes devem ser determinadas: a ameaça futura é o centro da consciência em relação aos riscos. Assim, no lugar de um Direito Penal que reacionava *a posteriori* contra um feito lesivo individualmente em geral, tornando-se possível falar em um processo de administrativização do Direito Penal, que traz em seu bojo uma supervalorização e o conseqüente incremento punitivo de infrações de deveres de cuidado, de forma a dar resposta não só aos delitos

⁹¹⁹ WERMUTH. A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 24.

⁹²⁰ Ibid. p. 26.

⁹²¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 29-30.

⁹²² WERMUTH. A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 33-34.

de perigo abstrato, mas também aos chamados delitos de acumulação, no marco da luta contra as novas formas de criminalidade⁹²³.

4.9 Reflexos do Processo de Expansão do Direito Penal na Realidade Brasileira

Conforme anteriormente exposto, a sociedade contemporânea pode ser caracterizada como sendo uma sociedade do ‘risco’ ou da ‘incerteza’, devido ao ‘desenvolvimento acelerado da tecnologia e da ciência’, dentro da qual são geradas novas formas de criminalidade – ‘a exemplo do terrorismo e do crime organizado’ – que, ao se utilizarem dos progressos tecnológicos, adquirem proporções imensuráveis ‘e, por essa razão, desencadeiam na população em geral um profundo sentimento de insegurança’⁹²⁴.

Complementando o acima exposto, Wermuth assevera:

Nesse contexto, eleito como instrumento privilegiado para dar resposta aos anseios populares por mais ‘segurança’, o Direito Penal passa por um processo expansivo, marcado principalmente pela elaboração de normas jurídico-eleitorais de curto prazo e que visam a criar na população a impressão da existência de um legislador atento à insegurança gerada pelos riscos da contemporaneidade.

Ao se analisar ‘as instituições do sistema penal brasileiro’, constata-se que não tem havido ‘alterações significativas na cultura jurídica e política destas instituições, desde a época da implantação da ordem republicana no país’⁹²⁵.

E sobre esta asserção Wermuth afirma que:

[...] a dimensão desumana do processo de expansão do Direito Penal brasileiro se revela: a partir da justificativa ideológica – amparada nos discursos da ‘lei e ordem’ e do ‘direito penal do inimigo’ – de combate ao ‘crime organizado’ e ao ‘narcotráfico’, o sistema punitivo busca inspirar a confiança dos setores hegemônicos da sociedade, e, para isso, se rearma na, ‘luta’ contra seu alvo preferencial histórico, representado pelas classes subalternas, cujos contingentes crescem assustadoramente diante do avanço

⁹²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. Madri: Cuadernos Civitas, 1999.

⁹²⁴ WERMUTH. A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 91-92.

⁹²⁵ CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Criminologia e Poder Político: sobre direitos, história e ideologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 19.

do neoliberalismo e da precarização das condições sociais decorrentes de um modelo de Estado cada vez mais cauíla em termos de bem estar social.

O conteúdo acima exposto torna claro o fato de que o sistema penal brasileiro está direcionado ‘majoritariamente contra os setores subalternos da população para reprimi-los e subjuga-los, infundindo-lhes o terror e que serve para garantir a manutenção de uma ordem social em uma rígida hierarquização’, na qual, em decorrência da ‘neutralização das desigualdades sociais, pergunta-se’, através da ‘intervenção truculenta do sistema punitivo’ ante aqueles que se atrevem ‘questionar a ordem social: ‘você sabe com quem está falando?’ ’ ‘Nesse sentido, torna-se possível falar em uma construção ‘imagética’ do terror da pena e dos agentes do sistema penal’⁹²⁶.

A ‘seletividade’ que norteia o modo como atuam os órgãos que compõem o sistema penal brasileiro, de acordo com o que se evidenciou no conteúdo até aqui exposto, denota ‘que a principal função por ele desempenhada na contemporaneidade não é diversa daquela que sempre desempenhou na sociedade brasileira: servir como instrumento de controle e de disciplina das classes subalternas’, inculcando-lhes terror, a fim de preservar a segurança e os interesses das classes dominantes⁹²⁷.

Em face dessas constatações, é importante destacar a seguinte citação feita por Wermuth⁹²⁸:

Nesse sentido, torna-se possível também a afirmação de que a difusão contemporânea de imagens de ‘caos urbano’ e de ‘guerra social generalizada’, principalmente pelos meios de comunicação de massa, está associada à necessidade da hegemônica exercer o seu poder de dominação das classes subalternizadas. Quer dizer, a hegemonia depende da criação de uma atmosfera de medo do ‘pobres’, dos ‘criminosos’, dos ‘negros favelados’, enfim, depende da criação da imagem das ‘classes perigosas’, dos ‘inimigos internos’, de forma a justificar, no bojo do discurso do paradigma da segurança cidadã, a necessidade de o sistema punitivo se ‘rearmar’ de forma a manter um controle eficiente sobre essa clientela.

Outro importante aspecto a ser considerado, citado por Wermuth⁹²⁹ é o fato de que:

⁹²⁶ WERMUTH. A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 133.

⁹²⁷ Ibid. p. 133.

⁹²⁸ Ibid. p. 133-134.

⁹²⁹ Ibid. p. 134.

[...] o ‘capital do medo’ pode ser transformado em qualquer tipo de lucro político ou comercial, uma vez que, ‘a exposição das ameaças à segurança pessoal é hoje um elemento determinante na guerra pelos índices de audiência dos meios de comunicação de massa (incrementando assim o sucesso dos dois usos, político e mercadológico, do capital do medo)’⁹³⁰.

No conteúdo anteriormente exposto, evidencia-se ‘que existe uma ‘ordem’ de verdade na qual cada um tem o seu lugar social demarcado’. Logo, o ‘sabe com quem está falando’ tem a finalidade de ratificar ‘essa ordem sempre que ameaçada’⁹³¹.

Por outro lado, cabe afirmar que, ‘quando manipulado pelo legislador no sentido de demonstrar em termos populistas’ (e, por conseguinte simbólicos) ‘que ‘algo está sendo feito’ no combate à criminalidade’, o capital do medo está, também, desempenhando ‘um importante papel político’⁹³².

Em última análise, o principal objetivo é dar uma sensação de ‘tranquilidade’ a uma ‘população cada vez mais atemorizada diante do medo generalizado da violência e das inseguranças da sociedade líquida pós-moderna’. E desse modo, ‘restabelecendo a confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los por meio do Direito Penal’. Na verdade, não se procuram ‘medidas eficientes no controle da violência ou da criminalidade, mas tão somente medidas que ‘pareçam’ eficientes e que, por isso, tranquilizam a sociedade como um todo’⁹³³.

4.10 O Reforço da ‘Cápsula de Sustentação’ do Estado de Polícia como Missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito brasileiro

Uma característica observada no fenômeno expansivo do Direito Penal, nos dias atuais é assim citada por Wermuth⁹³⁴:

O fenômeno expansivo que o Direito Penal brasileiro experimenta na contemporaneidade, assentado no discurso (simbólico) de necessidade de combate às novas formas assumidas pela criminalidade – a exemplo do crime organizado e do narcotráfico -, não consegue ocultar a clara opção do sistema punitivo pátrio em perseguir, controlar e estigmatizar as camadas subalternas da população. Tal realidade revela-se precipuamente a partir da atuação

⁹³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 55.

⁹³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8. Ed., rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁹³² Ibid. p. 139.

⁹³³ Ibid. p. 139.

⁹³⁴ Ibid. p. 139.

truculenta dos órgãos que integram, lastreada no discurso construído a partir do paradigma da segurança cidadã [...].

Diante da realidade operante do sistema penal, ‘o discurso jurídico que o sustenta’ não consegue mais esconder ‘sua falsidade ao lançar mãos de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas’: este ‘se desarma ao mais leve toque com a realidade’⁹³⁵.

Em face desta observação, na busca de sua credibilidade, ‘o discurso jurídico-penal cada vez mais se utiliza de mecanismos de negação da crise, por meio de delimitações discursivas arbitrárias que acabam por ratificar a sua falsidade, ao distanciá-lo da realidade’, originando, desse modo, segundo afirma Wermuth ⁹³⁶:

Uma ‘estranha esquizofrenização do saber jurídico, que se erige num campo esotérico carente de contato com a realidade e que se inventa até nos limites nos quais o jurista fica reduzido a um racionalizador dos conteúdos verdadeiramente delirantes do legislador’.

Nesse sentido, o agravamento punitivo, calcado no ‘aparecimento/desenvolvimento da macrocriminalidade, a partir de equiparações conceituais equivocadas elaboradas à luz do paradigma da segurança cidadã’ que na verdade, no âmbito discursivo, servem somente para encobrir o aumento ‘da persecução penal às classes populares, colimando o seu controle e disciplina’, de maneira a resguardar os interesses das classes dominantes. ‘E o caráter desumano desse discurso, a sua perversidade’, advêm do fato de que essas equiparações conceituais equivocadas se originam ‘a partir de discursos altamente repressivistas e violadores dos mais mezinhos direitos fundamentais – a exemplo da negação da condição de ‘pessoa a determinados indivíduos’ -, tal como, ‘é caso do Direito Penal do Inimigo’ ⁹³⁷.

Baseado na análise histórica anteriormente exposta, Wermuth⁹³⁸ cita que:

[...] procurou-se demonstrar que, na realidade brasileira, o sistema punitivo sempre buscou a contenção dos estratos sociais inconvenientes aos interesses das classes detentoras do poder econômico e, portanto, fonte constante de medo e insegurança, tanto que designados como ‘classes perigosas’. O que ocorre na contemporaneidade é apenas uma mutação dos

⁹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 124-125.

⁹³⁶ Ibid. p. 141.

⁹³⁷ WERMUTH. A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.141.

⁹³⁸ Ibid. p. 141-142.

rótulos empregados para justificar esse exercício de poder: o 'vadio' perseguido no período de implantação da ordem burguesa no País transmutou-se no 'traficante' que legitima a intervenção violenta do sistema punitivo contra a mesma clientela.

A avalanche legislativa penal que o neoliberalismo provoca como maneira de substituir a omissão do Estado na implantação de políticas sociais públicas, pelo aumento da intervenção punitiva, gera o agravamento desse quadro. De fato, a impotência do Estado frente a 'fenômenos como a polarização social e a concorrência entre grupos de poder torna necessária a invenção de novas formas de disciplinamento e de legitimação do seu poder'⁹³⁹.

É importante, nesse sentido, destacar o que afirma Wermuth⁹⁴⁰:

[...] o Direito, em um estado democrático de Direito, não cumpre mais com uma função de ordenação (como na fase liberal), ou apenas de promoção (como na fase do Estado de Bem-estar Social), sendo 'mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que impulsiona o processo de transformação da realidade'⁹⁴¹.

Tendo em vista o exposto, é possível afirmar-se 'que o Estado de Direito histórico', isto é, 'o Estado de Direito concreto, realizado no mundo', nunca poderá ser igual ao modelo ideal, exatamente porque mantém em seu interior, 'encapsulado' o 'Estado de Polícia'⁹⁴².

Existe uma busca constante 'pela aproximação do modelo ideal de Estado de Direito' e, nesta busca, ergue-se 'como principal função a ser desempenhada pelo Direito Penal' 'a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis', uma vez que o Direito Penal é um 'apêndice' imprescindível 'do direito constitucional do Estado de Direito, o qual se encontra sempre em tensão dialética com o Estado de polícia'⁹⁴³.

⁹³⁹ WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.142.

⁹⁴⁰ Ibid. p. 144-145.

⁹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **A Constituição (ainda) Dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. P. 279.

⁹⁴² Ibid. p.147.

⁹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 172.

Cabe aqui acrescentar o que assevera Wermuth⁹⁴⁴:

[...] mesmo que a Constituição Federal não ofereça soluções categóricas sobre os limites, nem sobre os objetivos da sanção punitiva estatal, ela cria um marco de valores para a decisão político-criminal. Assim, o princípio da legalidade insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Norma Fundamental, ao dispor que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, não transfere ao legislador ordinário uma limitada liberdade para fixar os conceitos de crime e de sanção penal⁹⁴⁵.

Porquanto, ‘a pena é um dos instrumentos mais característicos com que conta o Estado para impor suas normas jurídicas, e a função da pena depende da função atribuída ao Estado’. Por conseguinte, ‘em um Estado Democrático de Direito’, tal modelo de Estado ‘deve ser considerado enquanto princípio valorativo supremo que deve orientar toda a elaboração do Direito Penal’⁹⁴⁶. Nesse sentido, é oportuno acrescentar-se o que afirma Wermuth⁹⁴⁷:

Dentro deste marco de valores o princípio da proporcionalidade, a regra de ponderação de interesses como fundamento legitimador da decisão de sacrificar direitos fundamentais no lugar de objetivos sociais é uma regra fundamental. E o princípio da proporcionalidade no âmbito penal supõe desenvolver os subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita da intervenção. Como princípio geral de todo o ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade implica o princípio de subsidiariedade da intervenção penal, a utilização da pena como última razão e, portanto, a utilização privilegiada de outros instrumentos de prevenção menos lesivos aos direitos fundamentais em detrimento do recurso às penas. Ou seja, a utilização de sanção penal somente se justifica quando se trata de proteção de bens jurídicos importantes e da prevenção de danos sociais (adequação e necessidade da intervenção) na quantificação necessária para dita prevenção⁹⁴⁸.

No campo penal, o princípio da proporcionalidade adquire uma ‘dupla face’ no que tange ‘à proteção dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito’. ‘Por um lado, em seu viés de garantia contra o arbítrio, o referido princípio funciona como uma proibição de excesso por parte do Estado’⁹⁴⁹. ‘Mas por outro lado,

⁹⁴⁴ WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.149.

⁹⁴⁵ FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁹⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal em el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

⁹⁴⁷ WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 149.

⁹⁴⁸ ZÚÑIGA, RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal**. Granada: Comares, 2009.

⁹⁴⁹ WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 151-152.

partindo-se da consideração de que existem zonas de danosidade que exigem a presença do Direito Penal', este – princípio – 'atua como proteção contra omissões estatais, como proibição de proteção deficiente' ⁹⁵⁰.

Inegavelmente, a Constituição possui um papel essencial 'a desempenhar enquanto instituidora de direitos fundamentais e condição de possibilidade para um agir estatal rumo à efetivação desses direitos' ⁹⁵¹.

É necessário que se realize uma 'filtragem constitucional' do Direito Penal pátrio, a fim de permitir que sejam validadas apenas aquelas normas que possuam 'fundamentação antropológica e que, em decorrência disso, priorizem a vida e a dignidade da pessoa humana, ensejando, assim, uma atuação racional do sistema punitivo' ⁹⁵².

Nesse sentido, Wermuth⁹⁵³ assevera:

Certamente, apenas a partir da implementação de um modelo de Direito Penal mínimo e garantista, comprometido com a promoção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, é que se poderá reduzir o alto grau de arbitrariedade, desigualdade e seletividade que marcam historicamente o sistema punitivo no Brasil, reforçando a cápsula de contenção do Estado de polícia no seio do Estado Democrático de Direito.

O debate acerca dos riscos representados na contemporaneidade é assim exposto por Wermuth:

Tornou-se senso comum no debate jurídico-penal contemporâneo a preocupação com o enfrentamento aos riscos representados pelas novas formas assumidas pela criminalidade. Os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos nos albores deste novo século – a exemplo dos perpetrados em Nova Iorque em 11 de setembro de 2001 – deflagraram sinais de alerta nas políticas de segurança dos mais diversos países, suscitando a discussão sobre a capacidade dos poderes públicos em dar respostas a esses problemas.

O Direito Penal, dentro desse contexto, 'eleito como instrumento privilegiado de desposta', passou a ser o foco dos debates, principalmente quanto à 'necessidade de expansão do seu raio de intervenção, bem como da importância de se relegarem a um segundo plano princípios e garantias que davam sustentação à teorização liberal do direito punitivo', em prol 'de uma maior eficiência no combate à

⁹⁵⁰ WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 151-152.

⁹⁵¹ Ibid. p.154.

⁹⁵² Ibid. p.157-158.

⁹⁵³ Ibid. p.158.

macrocriminalidade'. Isto é, passou-se a determinar uma relação 'diametralmente oposta entre garantias e segurança dos cidadãos', mesmo que 'à custa do sacrifício dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos que colocam em risco a população como um todo' ⁹⁵⁴.

Por conseguinte, é possível afirmar-se que 'os conceitos de 'risco' e de 'expansão' ocupam o centro do processo de 'modernização' do Direito Penal', exprimindo a ideia 'de que a atenção à nova realidade delitiva perpassa pela ampliação do seu campo de atuação' ⁹⁵⁵.

Nesse sentido, assevera Wermuth⁹⁵⁶:

Isso fica evidenciado diante da afirmação de que, na evolução atual das legislações penais do mundo ocidental, verifica-se o surgimento de múltiplas figuras típicas novas e, não raro, o surgimento de setores inteiros de regulação. Além disso, constata-se uma atividade de reforma dos tipos penais já existentes, no sentido de tornar mais severas as consequências da prática delitiva.

E, Wermuth⁹⁵⁷, complementa afirmando que:

[...] tem-se como questão fundamental a ser enfrentada pelo Estado brasileiro não a incrementação do Direito Penal, mas sim a incorporação efetiva da igualdade na realidade social do País. Essa igualdade alcança-se por meio da implementação de políticas sociais que asseguram a todos os cidadãos condições mínimas para uma existência digna, não se olvidando, portanto da etiologia da criminalidade em um país profundamente marcado pela desigualdade social desde os primórdios da sua história.

Cabe destacar que, também não se pode perpassar para segundo plano a urgência de se realizar uma 'filtragem constitucional' 'de toda a legislação penal ordinária vigente no Brasil, de forma a suprimir todo e qualquer dispositivo legal que afronte a Constituição Federal' – isso porque, uma parte significativa desta legislação, devido à influência das 'ideologias repressivas' ou daquelas que conferem ao Direito Penal 'uma função meramente simbólica', somente se une a 'modelos de intervenção penal máxima', e, por conseguinte, 'lesivos aos direitos fundamentais do ser humano' ⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 159.

⁹⁵⁵ Ibid. p.159.

⁹⁵⁶ Ibid. p.160.

⁹⁵⁷ Ibid. p.167.

⁹⁵⁸ Ibid. p.167.

Nesse sentido, Wermuth⁹⁵⁹ afirma que:

Necessário se faz, portanto, derrubar o senso comum vigente de que a punição é a única solução para o problema da criminalidade, já que a política criminal não prescinde de políticas sociais e econômicas, enfim, de políticas de investimentos sociais. Isso significa dizer que somente um modelo integrado de Política Criminal, preocupado também com a vigência de uma política de desenvolvimento social e proteção integral dos direitos humanos, é que poderá conter a violência estrutural e a desigualdade, possibilitando o desenvolvimento humano.

Diante disso, foi possível observar que a violência estrutural e a desigualdade só poderão ser contidas a partir do modelo de Política Criminal integrado a políticas de desenvolvimento social e proteção integral dos direitos humanos e assim, viabilizando o desenvolvimento humano. Tendo em vista que é de suma importância lançar por terra o senso comum de que a punição é a única maneira de se sanar o problema da criminalidade.

⁹⁵⁹ WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 157.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema que norteou o presente trabalho é a criação e expansão de bases de dados genéticos forenses, cuja contribuição tem sido, indubitavelmente, de grande importância na área da investigação criminal. Além disso, a amplitude de sua abrangência é global. E, por esse motivo, têm gerado um sem número de discussões na esfera das ciências sociais, jurídicas e humanas.

Foi amplamente destacado que a utilização de dispositivos tecnológicos e o massivo manuseio de informações biogenéticas sobre os cidadãos, a guisa de combater a criminalidade, mostram o quanto os ‘aparatos de biovigilância burocrático-estatais’, têm se expandido na contemporaneidade. De igual modo, foram apresentados conteúdos tais como ‘*o conceito de governabilidade dos corpos criminais e da criminalidade para discutir os processos de biovigilância nas sociedades da informação*’.

Aliadas às discussões destes temas, foram também analisadas as questões relativas à Política Criminal de expansão do Direito Penal, tendo em vista que a criação e expansão de bases de dados de informação biogenética precisam estar alinhadas com ‘a área da ciência e do direito e a ordem social segue orientações normativas provenientes desses saberes científico-jurídicos’, os quais, no âmbito da administração da justiça, se configuram como elementos indispensáveis para garantir o progresso da sociedade e a segurança e tranquilidade públicas.

Dentro deste contexto, foram tratadas as questões relacionadas com os ‘detalhes intimamente ligados ao núcleo da personalidade e dignidade humana, sendo especialmente relevante sua incidência no exercício das liberdades’, no tocante à ‘utilização de bancos de perfis genéticos à luz de alguns pressupostos bioéticos e do ordenamento jurídico brasileiro’.

Dentro deste contexto, foram enfocados os limites e as possibilidades de utilização de bancos de dados genéticos, objetivando a investigação criminal no Brasil. E, dada a relevância deste tema, cabe reiterar que é notório no caso da criação do banco de perfis genéticos que, juntamente com o princípio da proporcionalidade, é necessário que se leve em consideração que tal conteúdo integra ‘os direitos de personalidade’ e que não se poderá ‘patrimonializar’ um conteúdo que é indisponível, pois está em jogo a intimidade da pessoa. É uma premissa do Direito que, de modo

geral, os dados de caráter pessoal de um indivíduo, requerem uma proteção específica, estejam eles aos cuidados de profissionais ou integrando um arquivo informatizado. Independentemente de qual seja o objetivo – policial, médico ou financeiro.

A partir dessas premissas analisaram-se questões ligadas ao papel essencial a ser desempenhado pela Constituição, enquanto instituidora de direitos fundamentais e condições de possibilidade para um agir estatal rumo à efetivação desses direitos. Bem como, a necessidade premente de se proceder a uma ‘filtragem constitucional’ de toda a legislação penal ordinária vigente no Brasil, a fim de suprimir todo e qualquer dispositivo legal que afronte a Constituição Federal. Isto porque, em grande parte, esta legislação somente se une a ‘modelos de intervenção máxima’, e, portanto, ‘lesivos aos direitos fundamentais do ser humano’. E isso, se deve à influência das ideologias repressivas ou daquelas que conferem ao Direito Penal ‘uma função meramente simbólica.

No conjunto do conteúdo acima exposto, pretendeu-se discutir aspectos extremamente importantes do convívio social contemporâneo, tais como a criação e expansão dos bancos de dados de perfis genéticos e suas implicações nas áreas das ciências sociais e humanas, bem como o princípio da proporcionalidade como instrumento para a mensuração da possibilidade de utilização de bancos de dados de perfis genéticos na investigação criminal no Brasil.

Tais discussões tiveram como pressuposto o reconhecimento da importância da utilização forense do DNA, inclusive para fins de persecução criminal, bem como a importância da sua adequada regulamentação. E, deste modo, é igualmente importante que sejam identificadas as possibilidades reais trazidas por essa nova tecnologia – tecnologia genética -, bem como expor de forma clara os seus limites – técnico-legais e éticos - de utilização, sem criar expectativas a partir de discursos verdadeiramente legitimadores do uso da técnica, os quais, por um lado, enfatizam os benefícios e promessas e por outro, dissimulam os riscos, as incertezas e as limitações.

Em última análise, é necessário cultivar a capacidade crítica e autocrítica, a partir da reflexão e do diálogo interdisciplinares, constantes, plurais e transparentes entre os muitos atores envolvidos e setores afetados, a fim de suavizar eventuais interesses pessoais ou corporativos presentes nos processos de legitimação,

utilização e disseminação de tais tecnologias. E, somente desse modo, será possível contribuir com o fortalecimento da jovem democracia republicana em prol da cidadania da sociedade brasileira.

O emprego da tipagem genética e dos bancos de perfis genéticos, enquanto medidas processuais interventivas encontram-se veementemente sob a tensão entre o 'eficientismo' e o 'garantismo', característica no âmbito processual penal. Porquanto 'os direitos fundamentais também têm uma dimensão objetiva', a qual transcende as exigências 'de abstenções estatais (dimensão subjetiva)' e, assim, exigindo do Estado ações positivas para protegê-los. E a repressão penal é uma dessas manifestações. Em sentido oposto a essa obrigação estatal, encontra-se 'o direito que as pessoas têm de que o Estado preste uma 'persecutio criminis' eficaz'. Desse modo, a atuação 'estatal no processo penal vive uma constante tensão' entre a obrigação de abster-se '(garantismo)' e, juntamente com essa, também a obrigação de atuar '(eficientismo)', o que configura as 'colisões de direitos fundamentais'.

Nesse sentido, Sauthier⁹⁶⁰ afirma que 'a partir do estudo da identificação e da investigação criminal genética foi possível detectar diversos momentos em que os direitos fundamentais do imputado sofrem afetações decorrentes de sua colisão com outro direito fundamental', qual seja: 'o direito a uma persecução penal eficiente'. Possibilitando perceber-se que existem duas situações nas quais 'a própria implantação da mescla tipagem-banco chega numa encruzilhada inevitável': pois ela só consegue funcionar eficazmente 'se os direitos de defesa do imputado forem restringidos'.

E nesse contexto, Sauthier ⁹⁶¹ cita 'o exemplo emblemático da coleta de amostras biológicas com intervenção coativa no indivíduo de referência'. Que é a única forma de alimentar o banco de perfis de referência – a 'vis coativa' - caso haja a 'negativa do imputado em consentir na coleta', 'todo o rendimento do banco de perfis genéticos fica comprometido' ⁹⁶². E se assim não for, 'a negativa do imputado seria insuperável' e, desse modo, toda a Lei 12.654/12 seria apenas letra morta e, portanto, indo de encontro a 'uma tendência mundial amplamente majoritária' ⁹⁶³. Diante disso,

⁹⁶⁰ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015.

⁹⁶¹ Ibid. p.187.

⁹⁶² Ibid. p.187.

⁹⁶³ Ibid. p.187.

Sauthier⁹⁶⁴ assevera que ‘a melhor solução é, sem dúvida, a coleta coativa, onde os direitos de defesa conexos deverão sofrer afetação ditada pelo efficientismo estatal na ‘persecutio criminis’. Obviamente que todas as garantias exigidas para a solução das colisões de direitos fundamentais deverão ser observadas. São elas: ‘A reserva de lei e de jurisdição, a presença das cláusulas de barreira, a autorização judicial pertinente e a aplicação cautelosa do princípio da proporcionalidade’.

Nesse contexto, evidencia-se a necessidade de que os direitos de defesa sofram alguma restrição, a fim de ‘que a negativa de consentimento para a coleta seja contornada pela vis coativa’.

Embora seja esse ‘o ponto mais problemático’ na implementação da fusão ‘tipagem-banco’, não significa que ele seja o único exemplo. Os direitos fundamentais, anteriormente citados, colidem-se em muitas ‘outras oportunidades, talvez menos graves, mas não menos importantes’. As afetações na privacidade e na intimidade no tratamento de dados pessoais genéticos sensíveis’ é um ponto consideravelmente relevante. Diga-se de passagem, que a Lei 12.654/12, no tocante à proteção dos dados pessoais, foi elogiável, disponibilizando diversas garantias para a não restrição desses direitos, ou para a sua intervenção mínima. O emprego de informações não codificantes, o acesso ao sistema por pessoal autorizado e apenas mediante senha, a adoção da técnica da anonimização, a dissociação da informação pessoal na base de dados, dentre outras.

Este tema mostra-se bastante sugestivo e é o convite à assunção ‘de posições passionais é um cartão de visitas em ambas as direções’. Seja para aqueles que não simpatizaram com a Lei 12.654/12 e as intervenções corporais coativas. Talvez motivados por uma visão preconcebida e com tendências à crítica metódica do ‘atuar estatal repressivo/punitivo’. Bem como, para aqueles que se afeiçoaram com a mistura da genética aliada à informática. E com isso, puseram-se a sonhar ‘com uma aproximação cinematográfica’, ou seja, ‘com um ideal mais próximo da verdade real’⁹⁶⁵.

Ao destacar que ‘o objetivo dessa pesquisa não é entrar na passionalidade de aspectos como o triunfo da lei sobre os ‘cold cases’, tendo em vista que uma análise

⁹⁶⁴ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.187.

⁹⁶⁵ Ibid. p.188.

jurídico-científica requer isenção'. E o padrão, segundo Sauthier⁹⁶⁶ é o equilíbrio. Que é, justamente, a orientação que se busca gravar neste trabalho de sua autoria: 'Um olhar isento de todas as interferências'.

Pelo conteúdo exposto, fica evidente que tanto no âmbito dos países referidos, quanto na disposição jurídica trazida pela Lei 12.654/12, 'as violações injustificadas aos direitos fundamentais' só ocorrerão 'se houver o descumprimento da lei reguladora'. Poucos são os reparos a serem feitos à lei brasileira que instituiu 'a tipagem genética e o banco de perfis genéticos para fins criminais'. Não significa dizer que, com isso, que esses direitos não serão atingidos. Tal fato se dará em decorrência de colisões precipitadas com o efficientismo estatal⁹⁶⁷. Nesse sentido, afirma Sauthier⁹⁶⁸: 'colisões que são uma clara manifestação de pêndulo entre o efficientismo e o garantismo vivido pelo processo penal em diversas outras oportunidades'. É o caso das 'prisões provisórias, da quebra do sigilo telefônico, das autorizações para violação domiciliar, dentre outros'.

Neste contexto, não se ignoram os desvios e as intermináveis críticas feitas a algumas medidas interventivas, tais como a tendência lamentável ao encarceramento provisório no nosso país.

Ainda, conforme assevera Sauthier⁹⁶⁹, tais deformações têm como principal origem 'uma atuação dissociada por parte do aplicador do direito do que propriamente do arcabouço jurídico previsto em lei'. E que o equilíbrio é 'a chave para a solução desse conflito de interesses, convergindo para a desejável realização de uma persecução penal eficiente' no tocante aos direitos fundamentais. Embora possa parecer difícil a busca por este equilíbrio, em meio à tensão existente entre interesses antagônicos, esta é uma tarefa imprescindível. Porquanto, 'esse é um dos principais objetivos do processo penal'. E o emprego eficaz da mistura da tipagem-banco, no tocante à dignidade da pessoa humana, é que irá viabilizar o encontro desse equilíbrio⁹⁷⁰.

Haja vista a estrutura utilizada na legislação comparada e a formatação ditada pela Lei 12.654/12 percebe-se que é possível obter os objetivos 'desejados na

⁹⁶⁶ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.188.

⁹⁶⁷ Ibid. p.188.

⁹⁶⁸ Ibid. p.188.

⁹⁶⁹ Ibid. p.188.

⁹⁷⁰ Ibid. p.188.

utilização da mescla tipagem-banco’, como a geração ‘de resultados eficazes na identificação e na investigação criminal’, sem deixar de levar em consideração ‘a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais conexos com a ‘persecutio criminis’⁹⁷¹.

Quanto aos resultados desejados, estes só poderão ser obtidos, no que tange aos direitos fundamentais por meio do respeito à autonomia da vontade e estes dependerão dos chamados ‘aplicadores do direito’. O fato é que está à disposição dos agentes que atuam na persecução penal, todo o aparato instrumental técnico-jurídico, composto pela estrutura e por pessoal técnico capacitado.

Cabe destacar algumas considerações, porquanto foram conclusões atingidas ao longo de todo conteúdo até aqui exposto. Quais sejam: Sempre que houver consentimento, devidamente informado para a coleta de amostras biológicas, os direitos de defesa do imputado não sofrerão nenhuma intervenção.

Caso não haja consentimento para coleta, embora seja possível a intervenção corporal coativa, faz-se necessária a autorização judicial permitindo que a intervenção se dê no âmbito das fases pré-processual, processual e, inclusive na execução da pena. É justamente aí que caberá ao juiz aplicar o princípio da proporcionalidade e procederá a uma rigorosa atividade de ponderação. Ainda nesse contexto de negativa de consentimento para a coleta, sempre que houver amostras indiretas a disposição dos peritos e, havendo a possibilidade a obtenção do perfil genético, com a mesma exatidão técnica, a partir delas, a coleta com intervenção corporal coativa não será autorizada, uma vez que é desnecessária – e aí, reside a ‘1ª etapa da aplicação do princípio da proporcionalidade’. Cabe ressaltar que, por não se estarem ligadas ao corpo e, por serem encontradas em objetos e nas cenas de crime, os peritos têm livre acesso a elas, bem como não carecem de qualquer tipo de autorização para a realização de tipagem sobre as mesmas.

Outra conclusão importante a que se chega é a impossibilidade de se utilizar amostras indiretas que tenham como origem a obtenção em fontes médicas, que previamente tenham sido obtidas para fins terapêuticos. Uma importante distinção a ser feita refere-se ao tipo de ação penal pública – incondicionada ou condicionada. Quando tratar-se de ação penal pública incondicionada, sempre que houver negativa

⁹⁷¹ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.188.

de consentimento, 'é perfeitamente possível, a coleta com intervenção corporal coativa inclusive na vítima' e com a inclusão de 'partes do corpo que importem em pudor e recato', sempre que os fins sejam a materialização do corpo de delito. Ao passo que 'nos crimes de ação penal pública condicionada ou ação privada', sempre que a vítima negar-se a 'fornecer material biológico para a perícia, tal atitude deve ser encarada como uma renúncia tácita ao seu direito de representar ou ver o réu processado'.

Não será possível a obtenção de amostras biológicas mediante intervenção coativa de parentes do imputado, sempre que houver negativa de consentimento por parte desses parentes. Outro aspecto importante é fato de que é possível a obtenção de tipagem genética exclusivamente para fins de investigação criminal diante de um fato concreto, mesmo que não haja qualquer registro anterior no banco de perfis genéticos.

Quanto à forma de obtenção de amostras biológicas, será admissível somente a utilização de métodos indolores, sendo que a preferência se dá ao suabe bucal, lanceta ou seringa, respectivamente. Quando se tratar de indivíduos de referência e que a coleta não tenha como destino a formação do corpo de delito, ou seja, sua finalidade seja única e exclusivamente para identificação e investigação criminal, não se justifica 'a coleta em partes do corpo que impliquem em pudor, tais como as cavidades corporais'. No caso, principalmente em vítimas, 'a coleta em tais partes do corpo só é admissível quando houver a necessidade de materializar os vestígios de crime'⁹⁷².

No tocante ao 'tratamento dispensado aos dados pessoais genéticos codificantes, desde a sua produção (tipagem), passando pelo armazenamento, até chegar a sua utilização' não se justifica e é totalmente desnecessário, além do que se configura em 'uma violação indevida do direito fundamental à privacidade e à intimidade'. Somente é permitido o emprego de dados não codificantes, e unicamente 'para fins de identificação e investigação penal'⁹⁷³.

Sem dúvida que 'os critérios legais empregados pela Lei 12.654/12, são perfeitamente constitucionais e adequados' aos fins a que se destinam, quais sejam: a Identificação e investigação criminal. Tais critérios se caracterizam por ser subjetivo

⁹⁷² SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.189.

⁹⁷³ Ibid. p.189.

nas fases pré-processual e processual, e objetivo na fase de execução da pena. O tempo de permanência dos dados na base é o prazo previsto para a prescrição em tese do delito investigado/processado, no caso da tipagem na fase pré-processual e processual. Todavia, 'na fase de execução de pena, ante uma lacuna legal, sugere-se, tendo como base a doutrina estrangeira, o prazo de dez (10) anos após o 'dies ad quem' da prescrição em concreto da pretensão punitiva'. Em relação aos 'perfis tipados a partir de amostras coletadas em locais de crime, sua permanência deverá ser por tempo indeterminado'.

Existe interesse em que estes perfis permaneçam armazenados, mesmo que tais delitos sejam solucionados ou que prescrevam. No caso de haver um 'match' entre um indivíduo de referência e uma cena de crime recente, bem como a busca por 'hits', cujas cenas de crimes sejam mais antigas, interessam à persecução penal. Um aspecto interessante a ser destacado leva em conta 'a presença do indivíduo em outras cenas de crime, com certeza reforçará a convicção de que sua presença na cena do crime investigado não acidental'. Este fato irá servir também para fins de avaliação 'da sua personalidade e da sua periculosidade, caso lhe seja aplicada medida de segurança'⁹⁷⁴.

Ainda que a Lei 12.654/12 nada tenha disposto a respeito, caso o imputado não for indiciado na fase pré-processual, ou caso ele seja absolvido na fase processual, então, 'defende-se aqui a exclusão de seu perfil da base de dados, tendo em vista a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos'. Isso porque, 'a referida corte já condenou a Inglaterra por manter na base de dados os perfis de pessoas consideradas inocentes'. Embora o 'armazenamento das amostras biológicas não estar disciplinado na Lei 12.654/12, defende-se seu armazenamento nos laboratórios das unidades de perícia criminal,' justamente como tem ocorrido, 'em especial diante da conservação das amostras por profissionais com capacitação técnica e equipamento adequado'.

Conforme exposto anteriormente, é exigida a autorização judicial somente quando se tratar de coleta com intervenção corporal coativa e o acesso posterior aos dados acessórios contidos na base de dados, por parte da autoridade policial.

⁹⁷⁴ SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015. p.189-190.

No tocante à guarda de amostras biológicas, cabe destacar que esta se faz necessária, por parte dos órgãos oficiais de perícia, especialmente face à disposição contida no art. 170 do Código de Processo Penal Brasileiro, sem que haja necessidade de autorização para a realização de novas tipagens sobre elas.

Existe uma espécie qualificada de dados pessoais que a lei criou que é o sigilo genético, 'cuja violação sujeitará o seu autor às penas dos delitos previstos nos arts, 153 parágrafo 1º-A, e 325, caput e parágrafo 1º, inciso I e II, todos do Código Penal Brasileiro'.

Objetivando o término deste tópico, cabe acrescentar um importante aspecto inserido no contexto supracitado qual seja: a possibilidade de 'fornecimento das informações contidas no banco de perfis genéticos para bases de dados internacionais, para fins de identificação ou investigação criminal', sem que isso se configure em 'violação no tratamento dos dados pessoais', desde que o 'benefício do efficientismo estatal' o justifique.

E foi nesse sentido, que a presente dissertação procurou estimular a reflexão sobre a utilização do banco de dados de perfis genéticos, embasando-a em consistentes conteúdos bibliográficos, existentes até o momento da realização deste trabalho. Pois, sem dúvida nenhuma, os bancos de perfis genéticos se configuram como um importante recurso disponibilizado pela tecnologia, capaz de viabilizar a solução para inúmeros delitos, com alto grau de precisão e cuja margem de certeza é bastante elevada. Porquanto o DNA contém o perfil genético de cada pessoa. O que as torna um indivíduo único, um ser ímpar.

Além disso, o conjunto de informações contidas no perfil genético desse indivíduo representa o seu patrimônio que lhe é mais intrínseco, mais íntimo. E que nada ou ninguém deverá se apossar dele.

Nesse sentido e a guisa de reflexão, foram abordados os principais aspectos da utilização dos bancos de perfis genéticos ocorridos na contemporaneidade, a fim de que esta utilização se dê sob a permanente avaliação do quanto ela pode trazer de benefícios positivos sem, contudo, ferir os direitos das pessoas envolvidas em todo o processo de formação e utilização de tais bancos de dados.

Sem a devida pretensão de esgotar a abordagem teórica e crítica sobre a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil, buscou-se analisar com bastante paciência, a evolução desse estudo na legislação

atual, sem esquecer principalmente do documento supremo que é a Constituição da República Federativa do Brasil, com a devida tutela dos direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, reafirmando a importância de princípios basilares como o devido processo legal, o direito a não auto incriminação e a proibição da obtenção da prova obtida por meio ilícito.

Além disso, é plenamente plausível pensar na ponderação de alguns princípios como o princípio da individualidade colidindo com a coletividade, o que torna ainda mais importante a análise de cada caso, sempre buscando o melhor para a sociedade como um todo, sem deixar de respeitar ou ao menos cuidar de princípios fundamentais como o respeito à autonomia da vontade e a privacidade e intimidade de cada indivíduo.

Dessa forma, estaremos preservando a Carta Magna e garantindo o mínimo possível de segurança jurídica no processo Penal, por meio da aplicação correta dos princípios e garantias penais constitucionais, sem esquecer da importância do estudo do DNA humano na empreitada de evolução do Direito não só como ciência jurídica, mas principalmente como ciência social e buscando sempre analisar caso a caso, resguardando dessa forma a dignidade da pessoa Humana, por meio do consentimento prévio, livre e esclarecido.

E posteriormente, com o devido amadurecimento do estudo sobre os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal, poder-se-ia pensar na criação e utilização de um banco de dados universal, o que de certa forma preservaria um princípio fundamental no Direito, ou seja, a isonomia legal, retirando dessa forma uma possível desigualdade quanto aos critérios de coleta e armazenamento de perfis genéticos.

Com isso, finaliza-se as considerações finais, porém, não com o intuito de esgotar o estudo sobre o DNA humano na persecução criminal no Brasil, mas com boas perspectivas de ampliar a pesquisa e buscar o aperfeiçoamento cada vez maior da temática, contribuindo dessa forma não só com a sociedade acadêmica, mas melhorando significativamente as reflexões e formas de atuação dos operadores do Direito na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, J.A.L. **Identificación Genética Criminal: importância médico legal de las bases de datos de DNA**. In: Romeu Casabona, Carlos Maria. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial; 2005.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.
- AGUIAR, S.M. et. al. **Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil**. Anais do III Congresso Brasileiro de Genética Forense. SBG. Porto Alegre, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- ALEXY, Robert. **‘A institucionalização da Razão’. Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALMEIDA NETO, J.B. **Banco de Dados Genéticos para Fins Criminais: aspectos jurídicos**. PUCRS, Porto Alegre, 2008.
- ARISTOTELIS: **Ethica nicomachea**. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- AUGUSTIN, Sergio; ALMEIDA, Ângela. **O Biodireito e a Ética da Prospectiva e da Responsabilidade: a controvérsia sobre a clonagem humana**. In TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (Coord.) . A função Social do Direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BARALDI, AM. **Utilização da Técnica de Identificação Genética: panorama da realidade dos serviços oficiais de identificação brasileiros**. Banco de tese da USP. São Paulo. 2008.
- BARBASH, F. RUSSEL, C.H. Permitted death gives life to an old debate. *The Washington Post*, Apr., 1982.
- BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la constitución : nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciências penales**. Revista Brasileira de ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARRETTO: Vicente de Paulo; SCHIOCCHET, Taysa. **Bioética: dimensões biopolíticas e perspectivas normativas**. In: STRECK, L.L.; ROCHA, L.S. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito - *UNISINOS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade de direitos fundamentais**. 2. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. Vol.2: 1989.

BAUMAN, Zygmunt. **O mau estar da pós modernidade**. Ed. Zahar, 3ªed. São Paulo (SP). 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, pg. 129.

BAUMAN, Zygmunt, **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, pg. 55.

BEAUCHAMP TL, Childress JF. **Principles of biomedical ethics**, 5th ed. New York City, NY: Oxford University Press; 2001.

BECK, Ulrich. **De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo**, (trad. (Del Rio Herrmann), Revista de Occidente 150, novembro de 1993.

BECK, Ulrich: **The Risk Society: Towards a New Modernity**, London: Sage.1992.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BEECHER, H: **Ethics and Clinical Research**. In: The New England Journal of Medicine. 1354-1360.1966.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 6. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil (Tese)**. São Paulo (SP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. 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.

BUTLER, Judith. **Vida precária: el poder del duelo y la violencia**. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.

CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CALLEGARI, L. André; WERMUTH, A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson. **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012.

CALLEGARI, Prefácio. In: WERMUTH, A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito: sobre implicações, jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano**. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Genética y Derecho—Responsabilidad jurídica e mecanismos de control**. Ed. Astrea. Buenos Aires (Argentina). 2003.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **O Direito Biomédico e a Bioética. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Org. CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Prólogo. In: Casabona, CMR. **Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidade**. Bilbao-Granada: Comares, 2002.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. **Criminologia e Poder Político: sobre direitos, história e ideologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHEVALLIER, Jaques. **O Estado Pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte. Fórum, 2009 (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público, nº1). 2009.

CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. EDIPUCRS. Porto Alegre (RS). 2003.

CLAUDE, 1978K.D. Bioethics. In: REICH, W.T. 1978.

COLE, S: **The myth of fingerprints. Gene watch opinion piece.** 2002. Disponível em: <. Acesso em: 14.04.2015 <http://www.gene-watch.org/genewatch/articles/19-6Cole.html>>.

Combined DNA Index System (CODIS). Brochure: offender/forensic profiles & total offender hits. Washington, EUA, 2013. Disponível em: <http://www.fbi.gov/hq/lab/html/codisbrochure_text.html. Acesso em: 20.01.2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva: 1999.

COSTA, Susana. **A justiça em laboratório.** Ed. Almedina, p. 100, Coimbra-Portugal, 2003.

Council of Europe: Committee of Ministers (Europa). Recommendation nºR(97) 5 on the protection of medical data, 1997.

CRUZ, Márcio Rojas; CORNELLI, Gabriele. **(Bio) Ética e (Bio) Tecnologia.** Revista Brasileira de Bioética (RBB), vol.6 n, 2010.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso no dia 06/09/2015.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso no dia 16/03/2015.

DELMAS-MART. Mireille. **Os Grandes sistemas de Política Criminal.** Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DESCARTES, RENÉ. **Regras para a direção do espírito.** Lisboa: edições 70. S/d. 2013.

DIAS. Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal.** Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1974.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Guilhem D. **Bioética Feminista: o resgate do conceito de vulnerabilidade.** Revista Bioética. Junho/julho. 2000.

DOTTI, René Ariel. **A liberdade e o direito à intimidade.** Revista de informação legislativa. Brasília, nº 66, abr./jun. 1980.

EICHTERHOFF, Gisele. **Direito à privacidade dos dados genéticos.** Curitiba: Juruá, 2010.

ESPINDULA, Alberi. **Perícia Criminal. Uma visão completa para peritos e usuários da perícia.** (3ª Ed.): Millennium, 2009.

FARIA COSTA, José de: **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI).Org. {homepage na Internet}. Washington, DC: Federal Bureau of Investigation. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/familial-searching>. Acesso em: 19/03/2015.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI).Org. {homepage na Internet}. Washington, DC: Federal Bureau of Investigation. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/familial-searching>. Acesso em: 12/05/2015.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos humanos fundamentais**, cit. 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva. Vol.1: 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva. 2000.

FONSECA, Claudia, '**Tecnologias globais de moralidade materna: As intersecções entre ciência e política em programas 'alternativos' de educação para a primeira infância**', in Claudia Fonseca et. al. (orgs.), *Ciências na vida: Antropologia da ciência em perspectiva*. São Paulo: Editora: Terceiro Nome, 2012.

FONSECA, Claudia. **Mediações, Tipos e Figurações: Reflexões em torno do uso da tecnologia. DNA para Identificação Criminal**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade I – A Vontade de Saber**. Ed. Graal, 11ª edição Rio de Janeiro (RJ), 1997.

FOUCAULT, Michel. **Historia da Sexualidade I. A vontade saber**. Rio de Janeiro: Ed. Graal; 1979.

GALVÃO, Antônio Mesquita. **Bioética: a serviço da vida**. Aparecida: Santuário. Ano 2004.

García O, Alonso A. **Las Bases de Datos de Perfiles de ADN como instrumento en la investigación Policial**. In: Casabona CMR. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002.

García O, Alonso A. **Las Bases de Datos de Perfiles de ADN como instrumento en la investigación Policial**. In: Casabona CMR. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002.

GARAPON, Antoine. **La raison du moindre état. Le néolibéralisme et la justice**. Paris: Odile Jacob, 2010, pg. 136.

GARLAND, David. **La cultura Del control. Traducción de Máximo Sozzo**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.

GARRAFA, Volnei. **Clonagem Humana: prós e contras**. Revista Scientific American, São Paulo-SP, 2003.

GARRAFA, Volnei. **Da bioética de princípios a uma bioética interventiva**. Rev. Bioética. (Vol. 13, nº1), 2005.

GARRAFA, Volnei. **Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética**. In: Garrafa V, Kottow M, Saada A. (orgs). Bases conceituais da bioética – enfoque latino-americano. Ed. Gaia. São Paulo (SP). 2006.

GARRAFA, Volnei. **Respeito à autonomia e livre consentimento em pesquisas com material biológico armazenado** – Editorial. Revista da Associação Médica Brasileira – Ramb, 2010.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **Evolução dos Processos de Identificação Humana: das características antropométricas ao DNA**. Revista Genética na escola. 2009.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GARRIDO, Fabíola. **Consentimento informado em genética forense**. Santiago: Acta bioeth. vol.19 nº.2, nov. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2013000200015>. Acesso em: 10 jan. 2016.

GATTÁS GJF, Garcia CF. **Caminho de Volta: tecnologia na busca de crianças e adolescentes desaparecidos no Estado de São Paulo**. SP, YM Gráfica Ltda, 2007.

GENEWATCH, 2013b. **Facts and figures**. Disponível em: <http://www.genewatch-tech.org/sub-539481>. Acesso em 07 de julho de 2015.

GOLDIM, José Roberto. **O Processo de Consentimento Livre e Esclarecido em Pesquisa: uma nova abordagem**. Rev. Assoc. Med. Bras. 2003.

GOMES, Edeci. **Perícias Genéticas, Paternidade e Responsabilidade pela Procriação**. In: Martins-Costa J, Möller LI. (org) *Bioética e Responsabilidade*. Ed. Forense; 2009.

GOMES: 2011. In WERMUTH: A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Ciência e Direito: de um paradigma a outro**, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, (n^a 31), 1991.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

GUERRERO MORENO, Álvaro Alfonso. **La regulación de los datos genéticos u las bases de datos de ADN**. *Criterio Jurídico*, v. 8, n^o 2, Santiago de Cali, 2008-2.

HARDT, M, Negri T. **Império**. Rio de Janeiro, São Paulo: Ed. Record; 2002.

HARDT, Michel; Negri. Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do Império**. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record. 2005.

HIPPOCRATES. **Hippocrates I: Epidemics**. Cambridge: Harvard University Press; London, William Heinemann Ltd., 1984.

HIPPOCRATES. Bioética: uma aproximação. In: Clotet: J. - 2006 - Bioethics. Porto Alegre: Edipucrs. 2006. p. 298-299.

HONESKO, Raquel Schlommer. **Discussão Histórico-Jurídica, sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração**. In: FACHIN, Zulmar (coordenador). *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

HUBBARD, Ruth e ELIJAH, Wald. **Exploding The Gene Myth**, Beacon Press, Boston, 1997.

JASANOFF, Sheila. **Science at the bar: Law, Science and Technology in America**. Cambridge: Harvard University Press. 1997.

JASANOFF, Sheila: **Designs at nature, science and democracy in Europe and in the United States**. Princeton: Princeton University Press. 2005.

JASANOFF, Sheila. **'Just evidence: The limits of Science in the legal process'**. *Journal of Law: Medicine & Ethics*. 2006.

JOBIM, LF et al. **Identificação Humana: identificação pelo DNA**. Millennium Editora: v. II. Campinas – SP, 2006.

JUNGES. José Roque. **Bioética: hermenêutica casuística**. São Paulo: Loyola. Ano 2006.

JUNGES. Jose Roque. **O nascimento da bioética e a constituição do biopoder**. *Revista Acta Bioethica*. Número 17 (2), 2011.

KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburg : Verlag von Felix Meiner, 1965.

KOTTOW MH. **Salud Pública, Genética y Ética**. Rev. Saúde Pública, nº5, São Paulo, 2002.

Lima HB. **DNA x Criminalidade**. Revista Perícia Federal – APCF. Brasília, n. 26, 2008.

LOCKE, John. **Ensayo sobre el gobierno civil**. Madrid: Aguilar, 1976.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Cit. 2001.

LORENTE. Acosta JA. **Identificación genética criminal: importância médico legal de las bases de datos de ADN**. In: Casabona, CMR (ed.). Bases de Datos de Perfiles de ADN y Criminalidade. Ed. Comares. Granada (Bilbao – Espanha). 2002.

MACHADO, H. Silva S. **Confiança, Voluntariedade e Supressão dos Riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética**. In Frois C. **A sociedade vigilante: ensaios sobre privacidade, identificação e vigilância**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008.

MACHADO, H. Silva S. **Construtores da bio (in) segurança na base de dados de perfis de ADN**. Rev. Etnográfica, 2011.

MACHADO, Helena. **'Crime, bancos de dados genéticos e tecnologias de DNA na perspectiva de presidiários em Portugal'**, in Claudia Fonseca et. al. (orgs.), **Ciências na vida: Antropologia da ciência em perspectiva**. São Paulo: Editora: Terceiro Nome, 2012.

MACHADO, Helena; SILVA, Suzana. **Participação do público nos bancos de dados genéticos: cruzar as fronteiras entre biobancos e DNA forense bases de dados através do princípio da solidariedade**. Disponível em: <http://jme.bmj.com/cgi/rapidpdf/medethics-2014-102126?ijkey=eVgxHVMkDZND4ot&keytype=ref>. Acesso em: 19/10/2015.

MACIEL, Daniel; MACHADO, Helena. **Biovigilância e governabilidade nas sociedades da informação**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

MAHOWALD, M.B. **Biomedical ethics: a precious youth**. In: DEMARCA, J., FOX, R.M.: **New directions in ethics**. London: Routledge and Kegan Paul, 1986.

MARANO LA, Simões AL, Oliveira SF, Mendes Junior CT. **Polimorfismos Genéticos e Identificação Humana: o DNA como prova forense**. Revista Genética na escola. 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008, p.50.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na Prova Penal**. São Paulo: Ed. Pilares; 2009.

MILL, J.S. **On liberty: Edited with and introduction by Mary Warnock**. New York: Meridian Book, 1974.

MINAYO MCS, Deslandes SF, Neto OC, Gomes R. **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho penal em el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MORA SÁNCHEZ, JM. **Propuestas para la Creación y Regulación Legal em Españã de una Bases de Datos de ADN con Fines de Identificación Criminal**. In.: Casabona CMR. Bases de datos de perfiles de ADN y Criminalidad. Bilbao-Granada, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988**. In: Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

MORIN, Edgar. **A religação dos saberes—o desafio do século XXI**. Ed. Bertrand Brasil. Rio de Janeiro (RJ), 2007.

MORIN, Edgar. **Complexidade e transdisciplinaridade: a reforma da universidade e do ensino fundamental**. EDUFRN. Natal (RN). 1999.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Instituto Piaget. Lisboa (Portugal). 1991.

MORIN, Edgar. **O método 6: Ética**. Porto Alegre: Sulina 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e controle social**. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NATIONAL COMMISSION for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research *Belmont Report: 'ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research'*. Disponível em: <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>. 1979. Acesso em: 11/08/2015.

NATIONAL DNA Data Bank of Canada (NDDDB). Annual Report 2011-2012. Canada, 2013. Disponível em: <http://www.publicsafety.gc.ca/prg/cor/tls/dna-eng.aspx>. Acesso em: 17/04/2015.

NATIONAL DNA Database (NDNAD). **Annual Report 2007–09**. London, UK: The Forensic Science Service. 2010.

NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da Transdisciplinariedade**. Tradução de Lúcia Pereira de Souza. Ed. Triom. São Paulo (SP). 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2009.

OLIVEIRA, Anna Augusta Sampaio. **Bioética e Direitos Humanos**. Edições Loyola, São Paulo-SP. 2011.

PARSONS, Talcott. **El sistema social**. Madrid: Revista de Occidente, 1976.

PASTOR, Pablo José Cuesta. In ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). **Bases de datos de perfiles de adn y criminalidad**. Bilbao-Granada: Comares, 2002.

PENCHASZADEH, Victor. **Genética y derechos humanos: Encuentros y desencuentros**. Buenos Aires: Paidós, 2012.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Casa Civil. Decreto nº 7.950/12 de março de 2013.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil). Casa Civil. Lei nº 12.654/2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. São Paulo Saraiva 2012.

RABINOW, P, Rose N. **O conceito de biopoder hoje. Política & Trabalho**. *Revista de Ciências Sociais* 2006.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. Conferência proferida em 31 de maio de 2001 na UFSP. 2001.

RAWLS, J.: **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

REGORY, J: **Lectures on the duties and qualifications of a physician**. London: Straham, 1772.

REICH, W.T. (Ed.): **Encyclopedia of bioethics**. New York: The Free Press, London: Collier Macmillan Publishers, 1978.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Boa Ventura de Sousa. **Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition**, New York: Routledge. 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência**. Porto: Afrontamento. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional**. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais**. Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015.

SCHIOCCHET, Taysa. **A regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos Nº 9, Editora Livraria do Advogado, 2013.

SCHIOCCHET, Taysa. **Bancos de Perfis Genéticos Para Fins de Persecução Criminal**. Relatório nº 43, Ministério da Justiça. São Leopoldo, Brasil, 2012.

SCHIOCCHET, Taysa. **Reflexões acerca da regulamentação dos Bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. DNA para Identificação Criminal**. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (org.). Bases de dados genéticos forenses tecnologias de controlo e ordem social. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

SCHRAMM, Fermim Roland; PALÁCIOS, M; REGO, S. **O modelo bioético principialista para a análise da moralidade da pesquisa científica envolvendo seres humanos ainda é satisfatório?** Revista Ciência e Saúde Coletiva. 13(2): 2008.

SEGATO, Rita L. **Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos humanos universais**. Mana, 2006.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Loyola. 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. Madri: Cuadernos Civitas, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **A Constituição (ainda) Dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

THE BELMONT REPORT ETHICAL: principles and guidelines for the protection of human subjects of research. The National Commission for the Protection of Human, Subjects of Biomedical and Behavioral Research. Department of Health: Education and Welfare. April 18. 1979.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva. 1991.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito a não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

UNESCO. Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Paris: Unesco. 2004.

UNESCO. Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos. Tradução da Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB), 2005.

VÁZQUEZ MG. **Bases de Datos de ADN con Fines de Investigación Penal: especial referencia al derecho comparado**. In Estudios Jurídicos. Espanha, 2004.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 2007.

WERMUTH. A.D. Maiquel. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

WILLIAMS, Robin. ‘DNA databases and the forensic imaginary’, in Richard Hindmarch; Barbara Prainsack (eds), **Genetic suspects. Global governance of forensic DNA profiling and databasing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZÚÑIGA, RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal**. Granada: Comares, 2009.