

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – UNOESC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

SANDRO ZANCANARO

OS LIMITES DA UTILIZAÇÃO DO EXAME DE (DNA) PARA A PRODUÇÃO DE
PROVAS EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

Chapecó (SC), março de 2019

SANDRO ZANCANARO

**OS LIMITES DA UTILIZAÇÃO DO EXAME DE (DNA) PARA A PRODUÇÃO DE
PROVAS EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação de Mestrado submetida à Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, para o Curso de Mestrado Acadêmico em Direito, como condição para o título de mestre.

Orientadora: Professora Dra. Janaína Reckziegel

Chapecó (SC), março de 2019

ficha

SANDRO ZANCANARO

**OS LIMITES DA UTILIZAÇÃO DO EXAME DE (DNA) PARA A PRODUÇÃO DE
PROVAS EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS**

Aprovada em: ____/____/2019

BANCA EXAMINADORA

Professora orientadora Dra. Janaína Reckziegel
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Professor
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Professor
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Professor
Universidade do Oeste de Santa Catarina

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade a análise do embate entre os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, de um lado, e o direito à segurança pública, à integridade física e moral, do outro, no contexto de submissão compulsória de suspeitos ao exame genético. O assunto se insere na linha de pesquisa dos Direitos Fundamentais Cíveis e busca discutir a possibilidade de limitar o Direito Fundamental à Intimidade na persecução penal. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, o eixo condutor da pesquisa foi a utilização das técnicas de ponderação nos moldes que lecionam Robert Alexy e John Rawls, doutrinadores que defendem a força vinculante do princípio da dignidade humana. Como resultado, observou-se que a atual jurisprudência e legislação brasileira não permitem tal procedimento, embora grande parte do mundo ocidental já o empregue. Conclui-se, a partir de tal arcabouço jurídico-dogmático, que é possível a extração compulsória de (DNA) de suspeitos da prática de crimes violentos durante a persecução penal, desde que tal procedimento venha previsto em legislação ordinária.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Bioética. Direito à Intimidade. Direitos Cíveis. Exame Genético Compulsório. Ponderação de Valores.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the conflict between the fundamental rights to privacy and privacy, on the one hand, and the right to public safety, physical and moral integrity, on the other, in the context of compulsory submission of suspects to genetic examination . The subject falls within the research line of the Civil Rights Fund and seeks to discuss the possibility of limiting the Fundamental Right to Intimacy in criminal prosecution. By means of bibliographical and documentary research, the guiding principle of the research was the use of weighting techniques in the ways that Robert Alexy and John Rawls, legal professors who defend the binding force of the principle of human dignity. As a result, it has been observed that current Brazilian jurisprudence and legislation do not allow such a procedure, although much of the Western world already employs it. It is concluded from this legal-dogmatic framework that it is possible to compulsorily extract (DNA) from suspected perpetrators of violent crimes during criminal prosecution, provided that such procedure is provided for in ordinary legislation.

Keywords: Fundamental rights. Bioethics. Civil rights. Compulsory Genetic Testing. Right to Intimacy. Weighting of Values.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 –	Representação gráfica da estrutura de (DNA)	13
Quadro 1 –	Proposta legislativa	86
Quadro 2 –	Números de registos em bancos de dados de (DNA) de países europeus	107
Quadro 3 -	Tipos de amostras armazenadas e critérios de eliminação de perfis e amostras de DNA em bancos de dados de DNA de países Europeus	107

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CODIS	<i>Combined (DNA) Index System</i>
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
(DNA)	<i>Deoxyribonucleic Acid (Ácido Desoxirribonucleico)</i>
DPCAMI	Delegacia de Proteção à Criança, ao Adolescente, à Mulher e ao Idoso
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HLA	Antígenos Leucocitários de histocompatibilidades
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNICEF	Fundo Internacional de Emergência para a Infância das Nações Unidas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONHECIMENTO ADVINDO DO PERFIL GENÉTICO HUMANO E SUA UTILIZAÇÃO PELOS TRIBUNAIS PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS	12
2.1	HISTÓRIA DO CONHECIMENTO RELATIVO AO ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (DNA)	12
2.2	EXAME DE (DNA) E SUA EFICÁCIA FRENTE A SOLUÇÕES DE CRIMES ...	15
2.3	NOVAS TECNOLOGIAS: O (DNA) FRENTE SEUS RISCOS E BENEFÍCIOS ..	16
2.4	A VISÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS PROVAS OBTIDAS POR EXAME DE (DNA).....	24
3	COMPULSORIEDADE DO EXAME DE (DNA) NO DIREITO COMPARADO FRENTE A PROCESSOS JUDICIAIS	33
3.1	O EXAME DE (DNA) DE ACORDO COM AS DECISÕES DA SUPREMA CORTE AMERICANA (MARYLAND V. KING (2013)), PATRIOT ACT (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001) E LEGISLAÇÃO EUROPEIA.....	33
3.2	DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA.....	38
3.3	DIGNIDADE HUMANA: PRINCÍPIO ABSOLUTO OU PRINCÍPIO RELATIVO? EXISTEM DIREITOS QUE DEVEM PREVALECER EM TODA E QUALQUER SITUAÇÃO?	46
3.4	A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL E A DIGNIDADE HUMANA.....	50
3.5	PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO EXAME COMPULSÓRIO DE (DNA) EM PROCESSO CRIMINAL	54
4	EXISTEM LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS À UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO NA CRIMINALIZAÇÃO BRASILEIRA, SEGUNDO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	59
4.1	RAWLS E OS LIMITES DOS DIREITOS HUMANOS	59
4.2	A APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA ...	69
4.3	A LEI 12.654/12 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	78
4.4	SEGURANÇA PÚBLICA <i>VERSUS</i> INTIMIDADE DO SUSPEITO	82
4.5	PROJETO DE LEI, PARÂMETROS PARA A REALIZAÇÃO COMPULSÓRIA DE EXAME DE (DNA) PRESERVANDO A DIGNIDADE HUMANA	86
5	CONCLUSÃO	90
	REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

O objetivo da dissertação é verificar se o Estado possui limites ao conhecimento do material genético do possível autor dos crimes que afrontam gravemente os Direitos Fundamentais, face ao conflito entre o Princípio da Intimidade da Pessoa e do Direito/Dever do Estado de imputar a culpabilidade, frente a Dignidade Humana.

O conhecimento da estrutura genética humana teve enorme avanço no século XX, representando uma das grandes descobertas científicas dos últimos cem anos. Com as informações advindas, é possível identificar pessoas com certeza quase absoluta, superior a 99,99%. Em um processo judicial, esta informação tem um peso maior do que a prova testemunhal. Ademais, é possível realizar o diagnóstico e o prognóstico de doenças, antecipando significativamente o tratamento e as chances de cura para doenças até então não tratáveis. Essa informação, logicamente, apresenta elevado valor comercial.

O exame de (DNA) é rápido e preciso, contudo essa inovação representa enormes desafios para a ética e para o direito, pois, segundo parte da doutrina, seria uma grave ofensa à intimidade do indivíduo. Em âmbito internacional, a realização compulsória de exame de (DNA) em processo criminal é a regra, em alguns casos, inclusive, para crimes de menor potencial ofensivo. Ademais, o teste também pode ser utilizado em alguns procedimentos civis, como na determinação de paternidade. Em diversos países também existem banco de dados com material genético com fins criminais, o que facilita a resolução de um grande número de delitos. A primeira utilização com sucesso do exame foi na Inglaterra, ainda na década de 1980. Depois disso, o teste se popularizou e barateou.

Na Europa e nos Estados Unidos a discussão está no limite da utilização dessas informações por empresas privadas e na obtenção de lucro a partir dessas informações. Os dados genéticos são patrimônio de toda a humanidade, de acordo com a Declaração Universal do Genoma Humano, entretanto, como se pode permitir a apropriação desse conhecimento por uma empresa privada? Ademais, existe uma grande preocupação com a classificação dos seres humanos para com a qualidade de seu material genético, gerando uma nova forma de discriminação.

Em sentido contrário, os tribunais superiores brasileiros tendem a não aceitar a submissão compulsória a qualquer exame invasivo, na contramão ao que é interpretado e aceito em dezenas de países ocidentais, apontados nas tabelas anexas. É importante ressaltar que o tema da sujeição obrigatória a exame de (DNA) no processo penal ainda não foi

abordado diretamente. As decisões desfavoráveis ao exame obrigatório se socorrem no direito à intimidade e no princípio da não produção de prova contra si mesmo, também conhecido como a proibição da autoincriminação.

Ocorre que nossos tribunais dão uma interpretação excessivamente abrangente para o princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Por outro lado, o mesmo dispositivo pode ser interpretado como o direito de não se declarar culpado apenas durante o interrogatório.

Urge apontar que não se deve atentar apenas para os direitos dos investigados, réus ou condenados, a população também tem sua dignidade atingida todos os dias pela violência urbana. A segurança pública é um tema relevante que igualmente deve ser considerado. Afinal, os direitos dos investigados devem prevalecer em todas as hipóteses? Os direitos e as garantias fundamentais buscam nos proteger do sistema inquisitorial medieval, mas isso não pode inviabilizar a persecução penal, tampouco a modernização do sistema processual.

Finalizada a reflexão sobre os tópicos até aqui referidos, é improtelável a necessidade de analisar a dignidade humana e a intimidade das pessoas, sob a ótica da informação genética e da segurança coletiva. Nesse momento serão confrontados valores e entendimentos jurisprudenciais e teóricos e localizando tal inter-relação no plano filosófico e jurisprudencial.

A dissertação é dedicada especificamente à análise do conflito dos direitos fundamentais, sobretudo, dirigido ao embate entre a segurança pública, no que se refere à integridade física e psicológica da população, e à intimidade dos investigados, ambos essenciais à construção de um Estado democrático de direito.

A partir da conhecida técnica da ponderação de Alexy, orientação teórica da dissertação, e dos estudos de Rawls sobre liberdade e igualdade, será apreciado tal paradoxo, almejando uma resposta possível e adequada, de acordo com o atual conhecimento sobre a teoria constitucional e dos direitos fundamentais, que teve sua gênese na segunda metade do século XX.

A legislação nacional apenas começou a enfrentar o dilema, através da Lei n. 12.654/12, que permite a extração de (DNA) de condenados por crimes violentos contra a pessoa. Contudo, a controvérsia persiste, para saber se o material genético pode ser extraído compulsoriamente.

O método utilizado para desenvolver a dissertação foi o dedutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica, apresentando dados concretos e dados estatísticos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONHECIMENTO ADVINDO DO PERFIL GENÉTICO HUMANO E SUA UTILIZAÇÃO PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Inicialmente é necessário estabelecer os parâmetros e apresentar os principais conceitos relacionados às análises do Ácido Desoxirribonucleico (DNA), quais são seus potenciais e implicações. Como apresentado a seguir, as consequências práticas vão muito além da área médica, atingindo diretamente o ambiente jurídico. Mas, nem o ordenamento, nem o judiciário encontram-se preparados para acolher adequadamente essa inovação científica. Para tanto, são apresentadas diversas decisões sobre o assunto e as escassas disposições legislativas a respeito.

Assim, inicialmente faz-se um relato histórico sobre o desenvolvimento do conhecimento advindo do ácido desoxirribonucleico.

2.1 HISTÓRIA DO CONHECIMENTO RELATIVO AO ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (DNA)

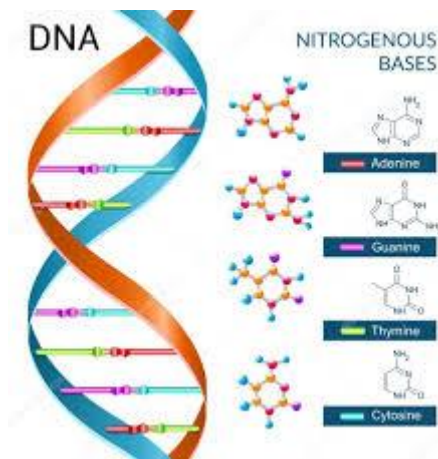
O século XX foi marcado por inovações técnico-científicas, como exemplo pode-se citar a fissão do átomo e os seus desdobramentos, como a utilização da energia nuclear na geração de eletricidade e na criação de armas nucleares, com um potencial de destruição nunca visto anteriormente na história da humanidade (ALVES PENA, 2018).

Mas uma descoberta científica não tão perceptível, porém igualmente revolucionária, foi o desenvolvimento da genética. Esse ramo do conhecimento teve sua gênese com o monge Gregor Johann Mendel, considerado o pai da genética. Ele analisou, principalmente, o cruzamento de vegetais, como as ervilhas. Mas ele não se ateu aos vegetais, estudou também outros seres vivos, como abelhas e camundongos. Estudou os resultados estatisticamente, por sete anos e concluiu que as características das ervilhas, como as cores, são decorrência de unidades básicas hereditárias, hoje conhecidas como genes (MENDEL, 2018).

O (DNA) foi descoberto em 1869, pelo bioquímico suíço Johann Friedrich Miescher, mas inicialmente não se conhecia a estrutura dessa importante composição nuclear. No início do século XX já se sabia que o (DNA) continha a informação genética de todos os seres vivos. Contudo, a estrutura em dupla hélice somente foi descoberta em 1953, pela dupla Francis Crick e James Watson. Assim, o (DNA) é uma cadeia de duplo nucleotídeos

organizados em forma de hélice em torno de um eixo imaginário, melhor exemplificando, é uma escada em caracol, com as bases nitrogenadas que compõe os nucleotídeos (PARKER, 2017).

Figura 1 – Representação gráfica da estrutura de (DNA)



Fonte: (DNA)... (2018a).

Uma característica essencial do genoma humano é que ele é mutável de acordo com cada pessoa. Isto é, mesmo irmãos gêmeos univitelinos possuem áreas que se diferenciam, embora, é claro, algumas características sejam idênticas. É em regiões polimórficas que ocorrem os processos de individualização. Essas regiões são estudadas por grupos que buscam a identificação do ser humano (GATTÁS, 2006).

Os organismos eucariotes, inclusive os seres humanos, têm (DNA) (*deoxyribonucleic acid*, em português ADN, ácido desoxirribonucleico) no núcleo da célula e cloroplastos em plantas (JOBIM, 2005, p. 20). Pessoas que não sejam parentes têm 99,9% do material genético idêntico, contudo este 0,1% permite a variação de toda a população humana, sendo que os segmentos que representam este 0,1% são utilizados para a singularização das pessoas (DIAS NETO, 2003).

Será útil a apresentação de alguns conceitos, como Gene – regiões do DNA capazes de codificar um RNA funcional. Esse RNA é funcional porque pode ser transcrito e traduzido em uma proteína, que determina características no indivíduo; Cromossomos – molécula de DNA condensada. Os seres humanos têm 46 cromossomos, organizados em 23 pares. Em cada cromossomo, existem porções do DNA que correspondem a genes, e porções do DNA não gênico; e Genoma – sequência de DNA de cada um dos cromossomos de uma espécie de indivíduo (PARKER, 2017).

Indivíduos saudáveis e não saudáveis apresentam 46 cromossomos. Indivíduos com alterações cromossômicas podem apresentar mais ou menos cromossomos, por exemplo,

indivíduos com Síndrome de Down, que apresentam 47 cromossomos devido a trissomia do cromossomo 21.

Para identificar todo o genoma humano, diversas nações participaram do Projeto Genoma Humano. Esse projeto teve início em 1990, nos Estados Unidos, e durou 13 anos. O objetivo era identificar aproximadamente 3 bilhões de nucleotídeos (ATCG) que compõem o (DNA) (HUMAN GENOME PROJECT, 2009).

Embora a informação genética seja um conceito afeto à biologia, não é necessário muito esforço para vislumbrar as implicações jurídicas do conhecimento advindo de um exame de (DNA). Por meio dele é possível identificar pessoas, como o genitor de uma criança ou o autor de um delito. Essa informação pode trazer segurança para a decisão jurídica advinda dessas demandas. Assim, há decisões mais justas e harmonizadas com o espírito das leis, o que permitirá a aceitação da sentença pela sociedade mais facilmente.

Segundo Acosta (2008, p. 7), em 95% dos crimes sexuais e homicídios há indícios biológicos criminais, isto é, o autor do delito deixou algum elemento de prova em que pode ser retirado material genético com células (sêmen, fio de cabelo, sangue, saliva, etc.). Dessa forma, na imensa maioria dos delitos praticados com violência o autor pode ser determinado por meio do exame de (DNA). Ademais, um banco de dados completo pode ainda ser utilizado para identificar cadáveres e desaparecidos.

Pode ser extraído material para perfil genético do sangue, do esperma, da saliva, da urina, de tecidos moles, de pelos, de dentes, de ossos, de secreções, entre outros. Uma das grandes vantagens da utilização desse exame pericial é que uma pequena quantidade de material pode ser suficiente para encontrar o perfil genético, ademais, mesmo após décadas, algumas espécies de tecidos são utilizáveis para identificação, porque o (DNA) é uma molécula bastante estável no ambiente. Outra vantagem é a sua precisão, dependendo da qualidade do material utilizado, ser da ordem de apenas um erro para bilhões de hipóteses. De acordo com Moraes (1998), antes do exame de (DNA), os testes apenas permitiam a exclusão de um suspeito, e isso não em todas as hipóteses. Mesmo o aclamado teste HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidades) dava apenas presunção de paternidade, visto que dava resultados falsos em 6,5% dos casos, um resultado cientificamente inaceitável. A mesma autora lembra que a confiabilidade do exame de (DNA) é superior a 99,98%, pois são utilizados 13 “genes” (marcadores), maior polimorfismo. Este exame não somente permite excluir um suspeito, como apontar, com altíssimo grau de certeza, o responsável. Dessa forma, é claríssimo que o teste do (DNA) é muito superior aos concorrentes atuais no que se refere à confiabilidade.

2.2 EXAME DE (DNA) E SUA EFICÁCIA FRENTE A SOLUÇÕES DE CRIMES

O teste de (DNA) ajudou a solucionar diversos casos criminais no Brasil e no Exterior. A primeira utilização documentada do exame genético para solucionar crimes ocorreu na Inglaterra (EXPLORE FORENSICS, 2016).

Em 1983, na pequena vila de Narborough, L. M. de apenas 15 anos foi estuprada e morta. Em 1986 foi encontrada outra jovem, D. A., também com 15 anos, próximo ao mesmo vilarejo, nas mesmas condições.

Nesse vilarejo (condado) residia o médico geneticista Alec Jeffreys, professor universitário, que realizou exame de (DNA) no sêmen encontrado nas vítimas. Foi confrontada essa informação genética com o réu confesso, Richard Buckland. O resultado foi surpreendente, o estuprador era o mesmo, nas amostras encontradas nas duas vítimas, mas o sujeito que confessou não era o autor dos delitos. Ele só queria uma estranha e terrível publicidade. O verdadeiro criminoso ainda estava à solta, podendo fazer novas vítimas.

Em 1986 as autoridades simularam uma campanha de doação de sangue para conseguir o perfil genético de 3.600 homens do condado, toda a população masculina de 14 a 40 anos. Mas não conseguiram identificar o responsável pelos delitos. Em 1988, uma mulher testemunhou que um homem havia fornecido sangue no lugar do padeiro. A polícia o encontrou e conseguiram realizar o exame de (DNA), apontando ser ele o responsável pelos homicídios e estupros. Foi conhecido como o primeiro homem condenado pelo exame de (DNA).

Na Austrália, o primeiro caso solucionado por um teste de (DNA) foi em 1989, no território da capital. No procedimento o suspeito da prática de crime sexual negava o fato, contudo, com base no exame de (DNA), que confirmou que o material genético era seu, ele mudou a alegação para sexo consentido. Ele acabou sendo condenado pelo júri (GANS; URBAS, 2002).

No Brasil, um caso emblemático foi o da menina K. M. J. G. de 7 anos, em Criciúma – SC, em 2010 (POLÍCIA..., 2010). O autor desse crime terrível estuprou e na sequência enforcou a menina com sua própria calcinha. Não satisfeito, ele ainda pendurou a criança em um alambrado com a calça de moletom dela, para garantir que a jovem estivesse morta, com apenas sete anos.

Segundo declaração das crianças que estavam com a vítima, um homem numa moto se aproximou e disse que levaria a menina até sua mãe. Isto fez os policiais desconfiarem que o autor fosse um parente ou, pelo menos, um conhecido da família. Suposição que se mostrou

verdadeira.

Foram ouvidos dez homens com essas características e todos cederam amostras de (DNA) voluntariamente. Dessa forma, identificou-se o responsável, que acabou condenado a 38 anos de reclusão. Ele, afirmou que cometeu o delito, pois estava sob influência de álcool e cocaína. O autor desse crime hediondo tinha na data dos fatos 24 anos, era casado e tinha um filho.

Nos Estados Unidos o CODIS¹ auxiliou até 2013 na solução de mais de 190 mil investigações. No mundo todo, mais de 60 países utilizam o banco de dados genético para solucionar crimes (JACQUES, 2013, p. 25-27). No próximo tópico são fornecidas maiores informações sobre o CODIS e os bancos de dados de outros países, já estabelecidos, para a efetivação e solução desses crimes.

2.3 NOVAS TECNOLOGIAS: O (DNA) FRENTE SEUS RISCOS E BENEFÍCIOS

O Projeto Genoma surgiu em 1985 com os avanços na área da genética (SANCHEZ, 2003, p. 85). Em 1990, com o apoio institucional americano e de países europeus e asiáticos, o projeto teve seu grande avanço. Inclusive, foi criada uma organização do genoma humano (HUMAN GENOME PROJECT, 2009). Por meio desse mapeamento é possível identificar os pontos que são comuns a todos os seres humanos (99,9%) e, o mais importante, apontar as áreas que permitem a diferenciação de todos os seres humanos (0,1%). Graças a essas informações foi factível verificar quais as regiões da estrutura helicoidal do (DNA) são responsáveis pelas características comuns e quais são responsáveis pelo surgimento de certas doenças hereditárias. Como já apontado, essas informações têm enorme aplicação prática na biomedicina.

Os cromossomos são estruturas em forma de filamento que estão no núcleo da célula e contêm toda a informação genética corporal. Com exceção das células sexuais, as demais contêm as informações necessárias para a construção de todo o corpo humano. De outra maneira, cada célula, exceto as sexuais, possui 46 cromossomos, que contém os genes que determinam as características dos indivíduos. O (DNA) é o nome que se dá a apenas um desses filamentos, formados por uma cadeia de nucleotídeos em dupla helicoidal, dupla hélice. O gene representa apenas uma pequena parcela do (DNA), que possuiu uma

¹ CODIS é a sigla de Combined (DNA) Index System, o programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo Federal Bureau of Investigation (FBI). Os órgãos periciais brasileiros também utilizam este programa, por meio de um Acordo de cooperação firmado entre a Polícia Federal e o FBI em 2009.

informação específica (PARKER, 2017).

O material genético pode ser conseguido em qualquer tecido vivo. Por meio desse teste pode-se identificar doenças genéticas, reconhecer portadores de genes defeituosos, para evitar o nascimento de filhos com enfermidades genéticas, ou detectar uma enfermidade genética antes que ela se manifeste, evitando ou retardando a revelação da doença e melhorando a qualidade de vida dos portadores. Isso se chama de aconselhamento genético. O teste também permite determinar as pessoas que possam desenvolver enfermidades específicas, realizando diagnósticos médicos com altíssimo grau de acerto. Ademais, os tratamentos poderão ser mais eficazes após uma análise genética, apontando o medicamento e a quantidade adequada para cada paciente. As chances de cura são aumentadas consideravelmente, visto que o remédio será um “míssil teleguiado.” (SANCHEZ, 2003, p. 86).

Dessa forma, é fácil vislumbrar a importância dessas informações para decisões reprodutivas (SANCHEZ, 2003, p. 88). Outrossim, elas são capazes de determinar a paternidade biológica e outras formas de parentesco, mesmo sem o material genético da mãe. No entanto, o nível de certeza é maior com o material genético do suposto pai, mãe e filho. Isso permite a identificação de pessoas em procedimentos penais, comparando vestígios deixados no local do crime com um suspeito específico, e a identificação de pessoa *post mortem*, cotejando a informação genética do morto com as informações inseridas em banco de dados ou dos familiares.

Assim, a informação genética tem, indubitavelmente, alcance transindividual. Pode-se vislumbrar de forma clara que a utilização do (DNA) vai além dos procedimentos penais, tendo repercussões em diversos aspectos da vida humana. Dessa forma, as vantagens advindas do teste de (DNA) são significativamente superiores aos problemas advindos, os quais podem ser mitigados com um regramento eficaz e uma fiscalização adequada.

Claramente o (DNA) representa um risco à discriminação. Existe o perigo de que nas próximas décadas a discriminação entre os seres humanos ocorra não pela cor da pele, pela etnia ou pela religião, mas pela qualidade do seu (DNA) (GATTACA, 1997). Emprego, matrimônio e saúde podem ser balizados pela informação genética do indivíduo. Inclusive, doenças genéticas manifestadas em um familiar podem se manifestar nos demais parentes. Dessa forma, o tema exige uma regulamentação adequada, visto que a legislação da maioria dos países ainda não se atentou para a relevância do assunto (SANCHEZ, 2003, p. 90).

Novas tecnologias vêm exigindo uma atuação mais efetiva dos órgãos de controle, especialmente do legislativo, que ainda se encontra em um Estado embrionário (BRASIL,

2005b). A atenção está muito voltada para a informática e as telecomunicações, mas a genética vem revolucionando o século XXI também (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018). As pesquisas nessa área permitem criar outros dilemas morais, como a clonagem e a utilização de células-tronco, temas que não são objetos deste estudo.

Em regra, uma pessoa que procura os órgãos de saúde em busca de tratamento médico deve poder decidir qual o destino de sua informação genética, especialmente, no que se refere à utilização por empresas privadas. Uma atenção maior deve ser dispensada à manutenção das informações em banco de dados, públicos ou privados. Atualmente estas situações são resolvidas por Termo de Consentimento.

Outro tema importante é o direito que toda pessoa tem de não saber das suas informações genéticas (SANCHEZ, 2003, p. 91). Os cidadãos devem poder escolher não saber se tem uma doença grave, uma limitação biológica e o tempo estimado de vida restante. Isso também encontra-se no âmbito do aconselhamento genético. O conhecimento nem sempre liberta, muitas vezes oprime, principalmente, quando se refere a enfermidades que não possuem tratamento, ou os tratamentos tenham a mínima possibilidade de cura. Para muitas pessoas esses últimos dias serão angustiantes. É a aplicação concreta do direito à autodeterminação (KANT, 1980, p. 159).²

A intimidade genética é tão importante que foi regulada pela UNESCO, por intermédio da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 2001). Esse documento declarou expressamente que a informação genética humana é patrimônio de toda a humanidade. Nesse sentido, não é possível qualquer interpretação que resulte na apropriação por qualquer pessoa ou entidade privada da informação genética.

Os dados genéticos são equiparados a dados médicos, mas, obviamente, precisam de tutela adicional, visto que expõem informações presentes e futuras que até o portador desconhece.

De acordo com a professora espanhola Ana Sanchez (2003), é necessário respeitar alguns parâmetros para comunicar a informação genética de uma pessoa para outra, veja: a) a importância vital da informação, para saúde ou vida do terceiro; b) a existência de tratamentos preventivos; c) deve-se tentar conseguir o consentimento do dono dos dados genéticos; d)

² “A liberdade é uma mera ideia cuja realidade objetiva não pode ser de modo algum exposta segundo leis naturais e, portanto, em nenhuma experiência também, que, por consequência, uma vez que nunca se lhe pode supor um exemplo por nenhuma analogia, nunca pode ser concebida nem sequer conhecida. Ela vale somente como pressuposto necessário da razão num ser que julga ter consciência duma vontade, isto é, duma faculdade bem diferente da simples faculdade de desejar (a saber, a faculdade de se determinar a agir como inteligência, por conseguinte segundo leis da razão independentemente de instintos naturais).” (KANT, 1980, p. 159).

buscar tratar as consequências psicológicas e sociológicas da divulgação; e e) a decisão de não respeitar o direito de não divulgação deve ser devidamente motivada.

É claro que o sigilo também pode ser suprimido quando existir interesse público, especialmente, quando envolver doenças de notificação compulsória. Entretanto, nestes casos, não se identifica a pessoa, mas apenas o número de casos. O Conselho Federal de Medicina (1992) possui disposição nesse sentido, Resolução 1.392, de 1992.³

Assim como um paciente tem direito de saber quais são os ônus e os bônus inerentes de um procedimento médico, quais são os benefícios esperados e os riscos envolvidos com uma opção médica, o submetido à análise genética também tem as mesmas prerrogativas, salvo se tenha manifestado interesse em não ter esse conhecimento, direito de não saber. O mesmo tratamento deve ser dado ao exame de (DNA). Nesse caso, o profissional que realizar o teste deve informar o examinado o que se procura com o procedimento.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos sobre o Genoma apenas permite a realização de testes genéticos para investigação de enfermidades ou a predisposição de pessoas ou grupo de pessoas a elas, com finalidade médica. Assim, o teste somente será admitido com a finalidade de tratamento médico ou a mitigação dos efeitos negativos de determinada doença. A coleta de (DNA) também pode acontecer para pesquisas médicas, objetivando o benefício de toda a coletividade, não de uma empresa farmacêutica específica. Esse tipo de atuação deve ser fiscalizado rigorosamente pelo conselho médico (SANCHEZ, 2003, p. 94). Aqui, na disposição desta Convenção, é possível visualizar claramente o interesse público suplantando o interesse particular.

Surge então um tema que necessariamente deve ser discutido, diretamente relacionado aos exames genéticos, que é a criação e a manutenção dos bancos de dados. Os bancos de dados podem ser de duas espécies: o primeiro busca estabelecer características específicas nos genes, mormente para formar dados estatísticos sobre enfermidades; o segundo procura identificar pessoas, principalmente utilizado por órgãos policiais (SANCHEZ, 2003, p. 96). Não é preciso alertar que ambos devem ter um controle rigoroso de acesso, mas os primeiros, que apontam características específicas, conseguindo inclusive prever doenças e comportamentos, podem apresentar danos superiores, visto que invadem muito mais a

³ “Artigo 2º - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes com AIDS; isso se aplica inclusive aos casos em que o paciente deseja que sua condição não seja revelada sequer aos familiares, persistindo a proibição de quebra do sigilo mesmo após a morte do paciente. Parágrafo Único - Será permitida a quebra do sigilo quando houver autorização expressa do paciente, ou por dever legal (ex.: notificação às autoridades sanitárias e preenchimento de atestado de óbito) ou por justa causa (proteção à vida de terceiros: comunicantes sexuais ou membros de grupos de uso de drogas endovenosas, quando o próprio paciente se recusar a fornecer-lhes a informação quanto à sua condição de infectado).” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1992).

intimidade das pessoas.

Dessa forma, esses arquivos devem apresentar uma segurança maior. Essas informações somente poderiam ser visitadas em caso de interesse do portador da informação ou em benefício do interesse coletivo, desde que gerenciadas por instituições públicas com esse objetivo, como os Comitês de Ética. O segundo tipo de informações, que busca apenas identificar pessoas, normalmente utilizados pelos órgãos de segurança, poderia ser acessado com ordem judicial fundamentada.

Contudo, na atualidade, é possível verificar *hackers* invadirem até os bancos de dados mais seguros do mundo (G1, 2017). Se os sistemas não conseguem proteger o dinheiro, bem mais valioso em uma modernidade consumerista, o que dizer de informações pessoais (UBER..., 2017). Será necessário estabelecer um novo patamar de segurança digital.

Ana Sanchez aponta que na legislação espanhola a inserção de informações genéticas em banco de dados somente é permitida com autorização do dono dos dados genéticos. Mas a própria legislação estabelece algumas exceções. O ordenamento da Espanha determina que não será necessária a autorização se a finalidade for histórica, estatística ou científica (SANCHEZ, 2003, p. 97). Nesses casos, não haveria ofensa à intimidade da pessoa. Não só isto, a legislação inclusive permite o compartilhamento dessas informações com finalidade científica, inclusive, para outros países, não apenas com instituições espanholas. No Brasil isso pode acontecer se for previsto no termo de consentimento, mas mesmo assim não pode ser identificada a pessoa analisada.

As informações de identificação podem ser utilizadas pela polícia na descoberta de autores de crimes e na investigação de pessoas desaparecidas (SANCHEZ, 2003, p. 98). A crítica é que o governo espanhol utiliza decretos do executivo para regulamentar a lei, quando o ideal é que o assunto seja tratado por lei em sentido estrito, emanada do parlamento, como ocorre com outros países europeus (SANCHEZ, 2003, p. 98). Dessa forma, a autora não é contrária à utilização de dados genéticos por órgãos de segurança, somente recomenda que o emprego seja antecedido de uma legislação em sentido formal.

Um complicador é que na Europa vige a Convenção de Schengen (UNIÃO EUROPEIA, 1985), determinando que os arquivos policiais possam ser compartilhados entre os demais países da comunidade europeia (Sistema de Informação de Schengen) (BRÉVILLE, 2016).

Assim, a regulamentação exercida em um tema tão sensível é fundamental para se estabelecer legitimidade, principalmente, no que se refere à extração compulsória de material genético e na manutenção de bancos de dados com essas informações. Mas quer seja

regulamentada pelo parlamento, quer seja pelo executivo, as disposições devem ser claras. No Brasil atual são escassas as normas que tratam sobre o tema, como será apresentado no próximo capítulo.

Um fato preocupante é a comercialização de dados genéticos pelo governo Islandês em 1998. O parlamento permitiu, por meio de licitação, ceder para empresas particulares os dados genéticos de todos os cidadãos. A vencedora foi uma empresa americana e ela tinha exclusivamente fins lucrativos (CHACON DE ALBUQUERQUE, 2001, p. 177-199). A única restrição refere-se ao fato de que não se podiam identificar os dados (SANCHEZ, 2003, p. 101). Elas têm acesso à informação, mas não sabem a quem aquela informação se relaciona. Ademais, os cidadãos têm direito de excluir a sua informação do banco de dados. No entanto, muitos criticaram a cedência, pois, posteriormente, as informações poderiam ser conectadas, identificando o portador (SANCHEZ, 2003, p. 102). Em sua defesa, a empresa afirma que realizou apenas uma análise de dados e que não violou a identidade dos donos dos dados. Por outro lado, a Declaração Universal do Genoma Humano (UNESCO, 2001)⁴ exige o consentimento do doador quando a informação será utilizada comercialmente. Assim, conforme acordos internacionais, a intimidade genética foi violada, uma vez que acabam utilizando as informações sem o seu consentimento, de forma esclarecida.

Ademais, há mais um complicador, o genoma humano é patrimônio de toda a humanidade, não de um grupo específico. As empresas privadas têm como objetivo o proveito econômico de seus acionistas na utilização desses dados. Ao comercializar as informações genéticas das pessoas, privam-se dos benefícios os cidadãos que não sejam clientes da empresa que comprou o dado (UNESCO, 2001).⁵

Em defesa do governo Islandês pode-se apontar o fato de que procedimento de concessão foi claro e seguiu o rito democrático, oriundo do legislativo. O parlamento dispôs sobre como garantir a intimidade dos pacientes, até onde esta proteção fosse possível no atual mundo tecnológico. Entretanto, por outro lado, os benefícios dessa informação não foram compartilhados por todos os integrantes da sociedade (SANCHEZ, 2003, p. 105), salvo se for interpretado que o dinheiro que o governo Islandês recebeu nessa transação seja transformado em benefícios a toda população.

Os dados genéticos devem ter por objetivo melhorar a vida das pessoas, permitindo o

⁴ “Em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condição de fornecer tal consentimento, esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo.” (UNESCO, 2001).

⁵ “O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade.” (UNESCO, 2001).

aprimoramento de remédios e procedimentos, aumentando a chance de cura de enfermos. É conhecido que empresas privadas têm um importante papel no desenvolvimento de novos medicamentos (BRASIL, 2015c), mas as informações advindas dos dados genéticos devem ser compartilhadas, mecanismos públicos institucionais devem garantir isso. Também se deve ter muito cuidado para que esses dados não representem uma espécie de classificação social, diferenciando as pessoas por suas supostas vantagens genéticas.

A preocupação é grande e o congresso americano já começou a enfrentar o problema. Não resolveu todos os pontos controversos, mas representa um importante princípio (EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, 2008). O congresso americano permite a realização compulsória de exames com fins policiais e para se determinar a paternidade. Nesses casos, vislumbra-se um interesse público relevante, retirar de circulação indivíduos com alta periculosidade e garantir a toda criança conhecer sua ascendência biológica (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 760).

O (DNA) na Identificação de Pessoas, como as impressões digitais, é uma forma científica e extremamente eficaz de identificação, com índice de acerto de 99,9% para o resultado positivo (MORAES, 2018). Pode ser utilizado na identificação genética através da saliva, do sangue, do sêmen ou do cabelo, ou qualquer espécie de tecido humano.

A utilização da informação genética é muito útil para o direito penal, permitindo identificar, com alto grau de probabilidade, o responsável por um crime. A impressão digital começou a ser difundida no início do século XX (PAPILOSCOPIA, 2001), pois é uma marca do criminoso que pode ser encontrada no local do crime. Pele, sêmen, sangue, saliva e cabelo são encontrados em um local de crime mais facilmente do que uma impressão digital. Assim, mesmo que o criminoso use luvas, pode deixar no local do delito outras informações que poderão ser utilizadas na sua identificação.

Todavia, o que prejudica a utilização desse moderno instrumento de prova é, primeiro, uma cúpula do judiciário extremamente garantista, negando de toda e qualquer forma a extração compulsória de (DNA) de suspeitos (BRASIL, 2013).

Essa negativa se funda no princípio da não produção de prova contra si mesmo. Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 8) lembra que ele surgiu no iluminismo, pós-inquisição. Esse princípio se preocupava com a integridade física e moral dos acusados. A submissão corpórea, para a autora, representa um procedimento inquisitorial abominável, abandonado por séculos. Veja o que diz Foucault (1999, p. 41): “[...] confessa que o crime aconteceu, que ele mesmo o cometeu, mostra que o leva inscrito em si e sobre si, suporta a operação do castigo e manifesta seus efeitos da maneira mais ostensiva. O corpo várias vezes supliciado sintetiza a realidade

dos fatos e a verdade da informação.”

O legislador nacional começou a estabelecer algumas alterações que introduziram o tema no ordenamento nacional, por intermédio da Lei n. 12.654/12 (BRASIL, 2012), que alterou a Lei de execuções penais (Lei n. 7210-84) (BRASIL, 1984) e a Lei de identificação criminal (Lei n. 12037/09) (BRASIL, 2009).

Mas a legislação brasileira foca apenas na utilização do teste de (DNA) com fins criminais, não adentrou na questão da utilização de informações genéticas com outros fins, como os trabalhistas ou aqueles previstos no Código de Ética Médica, salvo uma exceção (BRASIL, 2005b).⁶ Em grande parte da Europa e nos Estados Unidos a discussão sobre a possibilidade de utilização das informações genéticas em processos criminais é amplamente aceita, embora não seja unânime (HADDAD, 2007, p. 216-253), e já iniciou o debate a respeito do emprego dos dados genéticos com outros objetivos.

Como exposto, a Espanha, acompanhada por outros países ocidentais, busca legislar e regular a utilização de informações genéticas com fins civis: médico, farmacêutico e trabalhista, seja empresarial, seja público, mas até que ponto elas podem ser utilizadas sem que haja violação da dignidade humana?

Para tanto, é necessário um amplo debate, guiado pelo congresso nacional, em que todas as posições sejam consideradas e ponderadas, para se estabelecer uma direção confiável em que seja possível garantir os direitos humanos de todos os cidadãos.

A tecnologia de manipulação do (DNA) já existe, não é uma promessa futurista e distante. Empresas privadas já estão utilizando essas informações comercialmente (MARRA, 2018). A discussão e a regulação são necessárias e devem ser realizadas de forma ampla, com a participação de múltiplos atores, não podendo se limitar a um grupo econômico restrito, explicitamente parciais. Essas informações podem afetar a intimidade e a autonomia e gerar discriminação de pessoas. Uma nova espécie de discriminação que tende a surgir, tão lesiva quanto às tradicionais que envolvem religião ou cor da pele. A nova segregação pode se fundamentar na qualidade do material genético do indivíduo.

Ademais, como se pode garantir que esses dados, mantidos em arquivos eletrônicos, estarão incólumes? Existem vazamentos em arquivos públicos e privados digitais (G1, 2018), como garantir que um banco de dados permaneça intacto, acima dos demais?

Sem dúvida, o tema também levanta importantes questões éticas de grande relevo, principalmente no que se refere a excessos. O que pode ser feito com as informações

⁶ O texto basicamente trata da utilização de células-tronco, novo limite da ciência médica, que estuda a produção em laboratório de órgãos e tecidos geneticamente compatíveis com o paciente receptor.

genéticas? Os dados contidos no (DNA) representam as informações mais íntimas do ser humano, normalmente desconhecidas, inclusive, pelo seu titular. Como visto, por vezes, o próprio titular não quer conhecer o seu perfil genético, especialmente, nos casos de doenças incuráveis.

Para evitar ou mitigar problemas éticos e jurídicos é preciso especificar quais os dilemas advindos da extração e manutenção de dados estatísticos e como poderá ocorrer o emprego dessas informações.

Esta discussão é essencial, pois não é possível ignorar os avanços tecnológicos, especialmente, na área da biomedicina. A cura de diversas doenças e o controle adequado de outras tantas podem advir da manipulação adequada dos dados genéticos. O vagaroso legislativo, como de costume, encontra-se décadas atrasado no enfrentamento desse problema. Ele deve assumir sua responsabilidade de representante da população e estabelecer limites claros e coerentes com a realidade atual, a serem seguidos pelos demais poderes.

2.4 A VISÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO FRENTE ÀS PROVAS OBTIDAS POR EXAME DE (DNA) DE ACORDO COM A RECLAMAÇÃO 2.040DF (2002), HC 76.060-4SC (1998) E HC 96.219SP (2009)

O exame de (DNA) compulsório é um tema atual, que se apresenta às autoridades públicas, legislativas, executivas e judiciárias, independentemente da capacidade governamental estabelecer limites claros e seguros para desenvolver o assunto. Mesmo sem legislação, empresas utilizam informações genéticas, e órgãos periciais e policiais tentam identificar autores de delitos. Agora serão apresentados diversos casos que foram expostos ao judiciário e decididos por ele, visto que os tribunais não podem se escusar (BRASIL, 1988).

A suprema corte brasileira abordou a questão da execução forçada de teste de (DNA) no caso G. T.. A cantora chilena acusava os policiais federais brasileiros de estupro, o que teria resultado em sua gravidez. Mas a suposta vítima recusava-se a realizar o teste para descobrir o responsável pelo abuso, sendo que os suspeitos voluntariamente já tinham cedido material genético. A solução encontrada pelo STF foi a realização do exame de (DNA) na placenta abandonada para descobrir o responsável, mesmo com a recusa da vítima. Na verdade, a resposta não envolve nenhuma atitude compulsória por parte do investigado (BRASIL, 2002b). A defesa se utilizou do direito ao silêncio e seus desdobramentos, afirmando que o princípio da não autoincriminação expressa o sentido que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Os indivíduos

investigados, denunciados ou processados não podem ser compelidos a fornecer, contra sua vontade, qualquer tipo de elemento de prova, seja direta ou indireta. O princípio da não autoincriminação traz reflexos e consequências a todo o ordenamento. Exemplificando, pode-se citar o direito do acusado em permanecer em silêncio, de não praticar, voluntariamente, qualquer ato que possa incriminá-lo (BRASIL, 2002b).

Na decisão, o voto prevalente foi o de Néri da Silveira, declarando que de um lado existe a defesa da extraditanda, reclamante, que se socorre no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ela, G. T., alega que seus direitos à intimidade e à vida privada seriam gravemente atingidos na utilização de material genético dela e de seu filho, a placenta. Mas o ministro rebate que os policiais federais também foram gravemente atingidos em seus direitos fundamentais, principalmente, em sua honra. A acusação de estupro, ainda mais supostamente praticado por policiais contra uma detenta, representa uma grave imputação a qualquer pessoa, especialmente, policiais federais. Para o deslinde desse caso tão grave, é necessário utilizar o material genético constante na placenta descartada, após o parto. Dessa forma, a suposta vítima que se tornou investigada não colaborou com a produção de provas, mas será utilizado material genético já abandonado após o parto (BRASIL, 2002b).

Põem-se aqui, portanto, em confronto, alegações de direitos fundamentais à intimidade, de um lado, e à honra e à imagem de outro lado. Esses direitos estão previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Farias (2000, p. 130), em *Colisão de Direitos*, referindo-se à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, leciona que os direitos da personalidade têm duas funções: por um lado representam direitos fundamentais, com todas as proteções advindas dessa qualificação; mas também são direitos da personalidade, alicerce da pessoa humana, inclusive, com uma série de consequências extrapatrimoniais. Na verdade, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram lentamente incluídos nos direitos fundamentais. Dessa forma, é inconcebível estabelecer uma ordem de prioridade entre esses direitos, constantes do inciso X, do art. 5º, da Constituição. Não se pode estabelecer uma ordem absoluta, rígida desde o princípio. Eles devem ser sopesados em cada caso concreto. O princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido como um dos fundamentos da própria ordem constitucional (Constituição Federal, art. 1º II) (BRASIL, 1988), balizará toda essa discussão, permitindo formar uma hierarquia de direitos para cada caso concreto.

O Ministro Néri da Silveira (BRASIL, 2002b) ainda acrescenta que a corte constitucional alemã reconheceu que em razão da unidade da constituição e por uma defesa completa e integral dos seus valores, quando houver a colisão de direitos constitucionalmente

protegidos de dois cidadãos, pode ser necessário que os direitos de um dos participantes sejam limitados. Isso deve ocorrer mesmo sem previsão expressa. Não se trata de dar maior relevância ao princípio de maior hierarquia, a solução é muito mais complexa. Dificilmente se pode estabelecer facilmente uma hierarquia na disputa entre cidadãos que igualmente merecem o amparo institucional. Nesses casos, o agente deve analisar as peculiaridades. Para o ministro do STF, deve-se utilizar o recurso da concordância prática, trazendo os princípios à vida e utilizando-os no mundo real.

Novamente, o supremo aponta que a solução dos conflitos deve empregar a concordância prática, de forma que os valores não são considerados de forma absoluta, eles devem ser sopesados com a realidade, determinando, em cada caso concreto, qual direito deve prevalecer, o do cidadão A ou do B.

Então o tribunal enfrenta o dilema, os policiais federais exigem a proteção de sua honra, visto que foram acusados de estuprar uma mulher detida nas celas da superintendência. Isso é uma acusação gravíssima para qualquer pessoa, mas ainda mais grave para os funcionários públicos. Nem os criminosos tradicionais aceitam esses tipos de crime. Para macular ainda mais a imagem dos policiais, essa informação foi divulgada pelos meios de comunicação de âmbito nacional, podendo, inclusive, trazer consequências negativas para a vida privada dos acusados. É importante salientar que não somente a imagem dos policiais foi desonrada, mas a instituição polícia federal foi ultrajada. Essa notícia teve, inclusive, repercussão internacional, atingindo a imagem do Brasil em face de organismos internacionais.

Por outro lado, tem-se o direito à intimidade da presa extraditanda, aqui acusadora dos agentes públicos, de ter sua privacidade respeitada. Ela, segundo a jurisprudência prevalente, já apresentada neste capítulo, não pode ser compelida a entregar material genético para contraprova de forma involuntária. Isso deveria ser respeitado, conforme o entendimento prevalente do tribunal, mesmo ela sendo acusadora e não investigada.

Nesse diapasão, o tribunal avaliou os bens e os valores em conflito e procurou uma solução realmente efetiva na busca da verdade. É importantíssimo descobrir se policiais estão envolvidos em crimes sexuais. A intimidade é um direito fundamental basilar, mas não pode, em todos os casos, interferir na apuração dos fatos. Os policiais investigados cederam voluntariamente seu material genético, sem temer o resultado, para ser comparado com o (DNA) do filho da acusadora, a fim de determinar quem é o pai da criança.

Na conclusão do julgamento, o plenário, em 21 de fevereiro de 2002, por maioria, determinou a realização do exame de (DNA), utilizando a placenta após o parto. Em

contrapartida, foi negado o acesso ao prontuário médico da presa reclamante (BRASIL, 2002b).

Entretanto, no caso o tribunal supremo não enfrentou diretamente a compulsoriedade do exame, em razão de ter utilizado a placenta após o parto para a realização do teste. Aqui, a acusada não precisou se submeter à extração forçada de material genético. Dessa forma, o tema submissão compulsória ao exame de (DNA) não foi pontualmente enfrentado.

Em outro caso emblemático, no julgamento do HC 71.373-4 RS (BRASIL, 1996b), também se abordou o assunto, visto que um filho buscava o reconhecimento da paternidade pelo suposto pai. A defesa alegou que num polo se encontram os princípios que permitem que o investigado se recuse a fornecer os dados genéticos. O próprio artigo 5º, em seu inciso II (BRASIL, 1988), dispõe sobre o alicerce do Estado de direito, o princípio da legalidade que dispõe: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Sem esse princípio basilar estar-se-ia à mercê das vontades do governante, sem limites. E, nesse caso, quando o texto se refere à lei, é lei em sentido estrito, emanada do legislativo.

Assim, como não existia lei (em 1996) que obrigasse o investigado a se submeter à extração compulsória de material genético, esta obrigatoriedade seria ilegal. Ademais, a defesa também se socorria no inciso X do artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988), afirmando que a medida processual atingirá em cheio a intimidade e a vida privada do investigado ou processado, como já exposto. Afinal, poucas coisas são mais íntimas de uma pessoa do que a sua informação genética.

O Código de processo civil, em seu artigo 369 (BRASIL, 2015a), somente impede a utilização de meios ilegítimos, dando maior liberdade a atores processuais. Segundo este artigo, deve ser realizada uma interpretação conforme a Constituição, em cada caso concreto, para verificar se determinada prova é vedada constitucionalmente.

Ainda, a defesa nesse julgamento (BRASIL, 1996b) afirma que o exame realizado mediante violência, sem a concordância do investigado, representa uma ofensa a toda a estrutura básica de garantias do artigo 5º da Constituição Federal, muito além de um ataque aos incisos II e X do referido artigo. Isso seria um constrangimento ilegal inadmissível e que gera responsabilização penal (BRASIL, 1940). Para o impetrante, a condução para a realização do exame ofende frontalmente o artigo 369 do CPC, pois ilegítimo. Ninguém pode ser compelido a participar de prova pericial que lhe prejudique, contra a sua vontade.

Por outro lado, é argumentado (BRASIL, 1996b) que o direito de autodeterminação sobre o próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Em alguns casos a incolumidade corporal curva-se diante do interesse preponderante, como exemplo, pode-se citar a obrigatoriedade de

vacinação em prol da saúde pública.

Observa-se que o corpo humano, para o direito civil, também é objeto de direito (BRASIL, 2002a). No caso de investigação de paternidade, a jurisprudência entendeu que a negativa do suposto pai em fornecer material para o exame acarretava presunção de paternidade. Isto é, o sujeito não será obrigado a se submeter ao exame, mas o suposto filho terá todos os direitos como se o exame tivesse sido positivo, caso tivesse sido realizado (BRASIL, 2004). A mesma solução não pode ser empregada em processo criminal, não se pode considerar alguém culpado apenas por não ter participado da produção de provas. A prova cabe à acusação.

O corpo humano é sem dúvida um dos maiores limites à atuação estatal, mas de forma alguma é uma baliza intransponível. O interesse público, por vezes, deve prevalecer, exceções abundam, inclusive, na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Contudo, o voto prevalente (BRASIL, 1996b) afirma que os princípios constitucionais impedem a submissão compulsória ao exame. Inicialmente, o relator sustentou sua fundamentação no princípio da legalidade, já apresentado acima, que impede alguém de ser obrigado a fazer algo, exceto em virtude da lei.

Ao analisar a ordem judicial que estabeleceu a obrigação de se submeter ao exame, o relator (BRASIL, 1996b) lembra que não existe legislação que permita tal determinação. Ele também afirma que mesmo se existisse tal disposição no ordenamento, a obrigação estaria maculada, pois estabelece que interesses patrimoniais, herança, devem suplantar interesses pessoais, como a intimidade e a integridade física. No entanto, a visão de que o interesse do filho fosse apenas patrimonial é extremamente simplista, muitos têm apenas a intenção de conhecer a sua origem parental, que é um sentimento comum à maioria dos seres humanos.

Então o relator cita o inciso X do artigo 5º, já apresentado anteriormente, apontando a inviolabilidade da intimidade das pessoas, numa interpretação claramente absolutista, considerando assim intangível o corpo humano em demandas cíveis, em qualquer hipótese. A decisão afirma que é irrecusável o direito de o paciente não ser conduzido coercitivamente ao laboratório para ser extraído qualquer tecido seu. A recusa certamente exigirá a violência física, para sobrepujar a vontade do investigado de não colaborar. O tribunal supremo fez questão de afirmar que a investigação de paternidade não se equipara à vacinação obrigatória para prevenir as epidemias e preservar a vida humana.

A decisão final foi, por proposta do ministro Francisco Rezek (relator), à turma, por unanimidade, submeter o julgamento do habeas corpus ao plenário. Assim, por maioria, a corte decidiu que a pessoa não pode ser submetida compulsoriamente a exame de (DNA)

(BRASIL, 1996b).

Nesse caso, o suposto pai não foi obrigado a realizar o exame. Essa decisão culminou com a edição da súmula 301 do STJ: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de (DNA) induz presunção *juris tantum* de paternidade” (BRASIL, 2004). Isto é, se o homem suspeito de ser pai se recusar em realizar o exame, será presumida a sua paternidade, não deixando o menor desguarnecido.

Assim, a negativa em participar do teste de (DNA) gera uma consequência negativa importantíssima à pessoa que se esquivava da participação, em ofensa clara à interpretação geral do direito ao silêncio. Afinal, ao interpretar que o investigado não é obrigado a participar da produção de prova que possa lhe prejudicar, seria um contrassenso valorar negativamente esse direito que tem amparo constitucional. Com todo o respeito à decisão da suprema corte, a opção por uma posição intermediária, que não abandonasse completamente a criança, acaba sendo igualmente gravosa ao suposto pai. Pela relevância que a discussão apresenta para o tema da dissertação, ele será aprofundado no próximo capítulo.

Mesmo que ignorada a objeção proposta no parágrafo anterior, esse entendimento não pode ser trasladado ao processo penal. Não se pode considerar culpado em processo penal alguém que repudie o exame, como já exposto.

Outro processo que abordou tema semelhante foi o HC 76.060 do STF (BRASIL, 1998). Nesse caso um homem queria provar que era o pai biológico de um jovem. O Ministro Relator Sepúlveda Pertence afirmou que na França, na Itália e na Espanha a recusa em se submeter ao teste de (DNA) não teria consequência na avaliação de provas pelo juiz. Na Inglaterra, por outro lado, a negativa tem como resultado necessariamente a perda da demanda pelo recalcitrante.

É um embate entre a “*civil law*”, modelo europeu continental, e a “*common law*”, modelo inglês. Segundo o relator, na França, na Itália e na Espanha o julgamento de uma ação de filiação tem efeitos *erga omnes* e considera a verdade biológica, seguindo o princípio do Estado da pessoa. Por outro lado, na Inglaterra as questões atinentes à filiação são consideradas questões prejudiciais autônomas, incidentes de um processo de alimentos ou de sucessão. O direito suíço e o austríaco são adeptos do modelo inglês. A Alemanha é uma exceção, vai além dos modelos europeus no que se refere à colheita de provas em uma ação de filiação. A nação germânica, desde 1938, admite a submissão coativa de partes e de testemunhas à colheita de sangue, desde que a medida seja essencial para a determinação da paternidade. Apesar de ser uma norma do Estado nazista, não foi abandonada no pós-guerra. Essa norma reconhece que o direito de um filho de conhecer sua ascendência deve prevalecer

sobre a intimidade do suposto pai. Ela perseverou em face da redemocratização e da reforma processual de 1950, não enfrentando nenhum estigma por ter sua gênese no governo genocida nazista (BRASIL, 1998).

Essa lei foi referendada pelo seu Tribunal Constitucional Federal que estabeleceu como direito fundamental o direito ao conhecimento da origem genética. Isto é, o suposto pai não pode se utilizar do direito à integridade corporal para evadir-se do exame de (DNA). A corte superior alemã entendeu que a coleta de uma pequena quantidade de sangue não agride a dignidade de ninguém.

O ministro relator lembrou que outros países acompanham o pensamento alemão sobre o assunto, especialmente, o ordenamento e a jurisprudência dos países nórdicos. Sepúlveda Pertence disse que respeita a maioria formada no HC 71.373, mas defendeu que um risível sacrifício à inviolabilidade corporal, “uma simples espetadela”, não pode superar outros interesses constitucionais, como a investigação da própria paternidade, um dos elementos fundamentais para se estabelecer a personalidade. Essa questão vai além da responsabilidade financeira do suposto pai, representa um direito essencial para a construção da dignidade humana, ideia já supramencionada (BRASIL, 1998).

O julgador lembra que a ponderação de valores não se sustenta ao confronto do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, indispensáveis, segundo ele, para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. Essa teoria dos direitos fundamentais foi muito bem desenvolvida pelo professor alemão, Robert Alexy. No desenvolvimento de seu trabalho, esse doutrinador enfrentou dilemas como o citado (ALEXY, 2015a, p. 13), procurando harmonizar, ponderar direitos fundamentais com dignidade constitucional. Ele defende que direitos dessa magnitude não podem ser considerados de forma absoluta, mas depende da avaliação em cada caso concreto. O tema será aprofundado nos próximos capítulos.

Mas, no caso concreto, já existe a presunção de paternidade pelo filho ter sido gerado na constância do casamento, a prova a ser obtida mediante teste de (DNA) seria apenas para reforçar essa presunção. Não caberia o constrangimento físico, apenas obter uma prova de reforço.

A revolução advinda do exame de (DNA) permitiu a investigação da paternidade com altíssimo grau de certeza, sem se ater aos vetustos e imprecisos cotejos de tipagem sanguínea, que somente eram úteis para a exclusão do suspeito, não para determinar a paternidade. Assim, a colheita de material, realizada de forma minimamente invasiva, normalmente basta passar um cotonete na boca, não é uma ofensa à integridade física de nenhuma espécie, mas

seria uma ofensa à dignidade pessoal do suposto pai, no caso concreto e diante das circunstâncias estabelecidas. Desse modo, o Ministro Sepúlveda decidiu por vedar a realização do referido exame de (DNA) de forma compulsória (BRASIL, 1998).

Outro caso emblemático está relacionado ao sequestro do recém-nascido “P.”. Descobriu-se, após mais de uma década, que o bebê fora subtraído por uma mulher chamada Vilma Martins Costa. Como essa mulher havia sido submetida a um processo de esterilização antes, também se suspeitou que a irmã mais velha de “P.”, R. J. (G1, 2015), fosse sequestrada. Para confirmar essa suspeita seria necessário um teste de (DNA), mas a “filha” sequestrada não queria fornecer o material genético para comparação. Queria se descobrir se R. J. era realmente Francisca Maria Ribeiro da Silva, bebê sequestrado em 1979, nos mesmos moldes do menino “P.”. Todavia, R. J. negava-se a ceder material genético para poder confirmar o delito.

R. J. era fumante e após a oitava deixou o resto de um cigarro no cinzeiro da delegacia. Com esse pequeno pedaço o delegado pôde utilizar a saliva acumulada para realizar o teste de (DNA) que confirmou as suspeitas. R. J. era na verdade Francisca, também sequestrada logo após o parto.

Não obstante, a utilização do (DNA) sem a autorização do seu possuidor resultou em muitos questionamentos. Para alguns, a prova seria ilícita por ofensa à intimidade de R.. Para outros, a prova poderia ser utilizada visto que havia sido abandonada (BARROS; PISCINO, 2008). É importante frisar que, nesse caso, a pessoa de quem se requisita é uma vítima de um crime terrível. O que se objetiva não é a sua culpabilidade, mas provar que R. J. foi também sequestrada quando ainda era recém-nascida. Aqui nem se discutiu o direito dos pais biológicos de saber o que aconteceu com sua filha após mais de trinta anos.

A solução encontrada pela autoridade policial foi pegar um resto de cigarro abandonado pela vítima, para retirar saliva e conseguir confirmar a maternidade (BRASIL, 1996b). Após a realização do exame provou-se que R. J. também fora sequestrada pela mesma mulher que sequestrou P..

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, especialmente quando houver conflito entre direitos constitucionalmente protegidos, demonstrar claramente o posicionamento no sentido de que o corpo humano é limite absoluto e intransponível à atuação investigativa. Nenhum elemento de prova pode ser realizado, a partir do seu corpo, sem a autorização expressa do investigado, conforme interpretação das seguintes decisões do STF, analisadas anteriormente: Reclamação – QO 2.040/DF, HC n. 71.373-4 RS e HC n. 76.060-4 SC.

O Supremo Tribunal Federal, ápice do judiciário nacional, é provocado e deve se

manifestar sobre diversos temas que nem deveriam chegar ao Tribunal Constitucional.

Como resposta à situação insustentável de milhares de casos travados no Supremo, foi editada a Emenda Constitucional 45/2004⁷, a fim de permitir filtrar as demandas que chegam ao Supremo. Só seriam admitidas questões constitucionais (BRASIL, 2015a) com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.

Entretanto, a discussão sobre a compulsoriedade do exame de (DNA) para investigados por crimes violentos é, certamente, um tema de extrema relevância jurídica e deve ser enfrentado pelo Tribunal Supremo. O ideal, como exposto no tópico anterior, é que os representantes democráticos do povo, os legisladores, manifestassem-se sobre o assunto.

De forma geral, o tribunal máximo utilizou de artifícios para resolver indiretamente as questões jurídicas.

No primeiro caso, tem-se a denúncia caluniosa de estupro perpetrada pela cantora mexicana G. T. contra os policiais federais da localidade onde ela era mantida presa. Os policiais injustamente acusados queriam realizar teste de (DNA) na placenta descartada, no pós-parto, para provar sua inocência. Entretanto, a acusadora foi absolutamente contra a medida, afirmando que ela afrontaria sua intimidade e de seu filho. A corte entendeu que não seria possível a retirada compulsória de material genético de um investigado, mas no caso concreto poderia ser utilizada a placenta, visto que esta seria descartada (BRASIL, 2002b).

Adiante, em outra decisão, foi discutida a possibilidade de submeter coercitivamente o suposto pai ao referido teste, em uma ação de paternidade. Aqui o Tribunal reiterou o entendimento de impossibilidade de submissão compulsória ao exame, mas afirmou que a recusa acarretará os mesmos efeitos que um resultado positivo, caso o teste fosse realizado.

Dessa forma, pelos casos práticos já apurados pelo STF, vislumbra-se um firme posicionamento contrário à extração compulsória de (DNA) durante o inquérito ou processo penal. Essa posição ultragarantista afeta a resolução de um número enorme de crimes. Como será apresentada no próximo capítulo, esta interpretação destoa do que é realizado em grande parte do mundo, em que os órgãos de segurança têm acesso aos testes de (DNA). A interpretação hiper-restrita prejudica a elucidação de crimes graves perpetrados e repetidos na sociedade atual, como homicídios e estupros.

⁷ “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” (BRASIL, 1988).

3 COMPULSORIEDADE DO EXAME DE (DNA) NO DIREITO COMPARADO FRENTE A PROCESSOS JUDICIAIS

Ao dispor sobre a manipulação de material genético em favor da justiça, criminal ou civil, a legislação brasileira não está inovando, seja no que se refere à compulsoriedade dos exames, seja na manutenção de banco de dados. São apresentados neste capítulo exemplos de países que aplicam o exame compulsório de (DNA) e as justificativas para tanto, demonstrando que a medida é racional e adequada e encontra-se de acordo com os ditames de um Estado democrático e respeitador da dignidade humana.

3.1 O EXAME DE (DNA) DE ACORDO COM AS DECISÕES DA SUPREMA CORTE AMERICANA (MARYLAND V. KING (2013)), PATRIOT ACT (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2001) E LEGISLAÇÃO EUROPEIA

A utilização do teste de (DNA) é extremamente sedutora pela certeza que proporciona. Embora não seja absoluta é o mais próximo que se pode chegar da realidade na atualidade. Por intermédio desse teste é possível identificar um cadáver, o responsável por um crime ou o pai de uma criança, como já visto. A sua utilização não é unanimidade, uma vez que se pode afirmar que a formação de banco de dados é o retorno da eugenia e a classificação das pessoas, agora não pela sua cor, raça, religião ou origem, mas conforme a qualidade do seu perfil genético (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 759). Outra crítica pertinente é a de que a identificação genética somente seria utilizada para pessoas menos favorecidas (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 760). No entanto, essa situação pode ser resolvida estabelecendo a formação de um cadastro compulsório nacional para todos os cidadãos, assim como ocorre com as impressões digitais. A suprema corte americana, no caso Maryland v. King entendeu da mesma forma, a extração de (DNA) com um cotonete não é mais atentatória à dignidade humana que a tomada de impressão digital, haja vista que a intrusão física foi insignificante, inclusive, menos ofensiva (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 760).

É importante ressaltar que os bancos de dados de (DNA) tipo CODIS não se baseiam em informações de genes, que determinam a qualidade do perfil genético. Dessa forma, a princípio, os dados genéticos coletados para identificação de pessoas não serve para realizar diagnósticos ou prognósticos a respeito da saúde do indivíduo.

A preocupação em solo americano não é com a utilização da informação genética em processos criminais para identificar o possível autor. A inquietude se refere à utilização do

banco de dados com informações genéticas para classificar pessoas. O congresso americano aprovou em 2008 o ato de não incriminação genética, que impede que os planos de saúde e de seguro saúde classifiquem seus clientes com supedâneo na informação genética (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 761). A pesquisa genética vem avançando enormemente nos últimos anos e, segundo os congressistas, o teste de (DNA) permite identificar a propensão a doenças, inclusive psicológicas, identificando até a tendência para praticar delitos. Essa mesma lei proíbe expressamente a utilização dos dados genéticos no mercado de trabalho, novamente impedindo a divisão das pessoas em categorias.

Dois são os testes de (DNA), os codificantes (genes) e os prognósticos (não genes) (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 761). Os primeiros servem para identificar pessoas com um altíssimo grau de certeza. Estes testes utilizam informações de áreas específicas do genoma (13 marcadores mais o marcador de gênero), que permite a diferenciação das pessoas. Os exames prognósticos vão além, permitindo identificar áreas específicas sobre a propensão de doenças, busca descobrir o que vai acontecer com o testado. Esse tipo de teste pode permitir o retorno ao direito penal do autor, superado pela doutrina jurídica há mais de um século (OBALDO, 2009). É claríssimo que cada um desses exames, codificante ou prognóstico, exige normatização distinta. Essa regulação não pode ser estabelecida apenas por atos administrativos, é necessária sim a utilização de lei em sentido formal, elaborada por congressistas eleitos pelos cidadãos (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 761). No Brasil começou-se a legislar sobre o teste codificante, normas objeto de estudo desta dissertação. Contudo, não se deu início ao debate sobre os testes prognósticos, já em desenvolvimento na Europa e na América do Norte, como apresentado. As consequências dos exames prognósticos são muito superiores do que os exames codificantes e, portanto, exigem discussões muito mais profundas. Isso porque o resultado para os cidadãos pode ser significativamente mais gravoso, atingindo a intimidade de forma ainda mais intensa. Esses exames atingem não somente o direito penal, mas também possuem repercussões no direito de família, no direito do trabalho e no direito à saúde, somente para citar alguns exemplos (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 762).

Assim sendo, o teste de (DNA), o exame de sangue e a impressão digital são formas de identificação de pessoas. A celeuma é que o teste de (DNA) permite fazer prognósticos sobre o que vai acontecer com determinada pessoa. O (DNA) é muito mais fácil de encontrar em local de crime do que uma digital. Basta uma gota de saliva, de sangue, de sêmen, ou poucos fios de cabelo ou de qualquer tecido, mesmo ósseo. Isso sem contar a precisão do teste. Assim, o exame genético tem uma grande vantagem sobre as outras formas de

identificação (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 763).

Esse exame tem particular importância nos crimes sexuais, como visto anteriormente, permitindo identificar o agressor. Antes do teste de (DNA), era utilizada a tipagem sanguínea ABO, que embora não identificasse o autor, era útil para excluir suspeitos (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 764).

Um exemplo bastante positivo dos testes genéticos são os realizados nos recém-nascidos para detectar doenças, como hipotireoidismo, fenilcetonúria e anemia falciforme. Essas doenças podem ter consequências seríssimas se não tratadas desde os primeiros dias de vida, por outro lado, tratadas corretamente, permitem um modo de vida quase normal. Segundo Francis Collins, Diretor do Instituto Nacional de Saúde (apud ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 767): “O campo está se movendo tão rapidamente que quaisquer previsões de risco genético baseadas no atual entendimento precisarão ser revisadas no contexto de novas descobertas.”

Entretanto, a regulamentação exige discutir temas como direitos humanos, dignidade humana, privacidade, igualdade e bem-estar familiar. A decisão tomada deve impor uma medida que seja aplicada para todos os cidadãos e não criar classes: uma maioria dos identificáveis e uma minoria privilegiada dos não identificáveis. Ademais, a legislação para exames codificantes é distinta da legislação a respeito dos exames prognósticos.

Apesar do primeiro emprego prático relevante ter ocorrido na Inglaterra, como apontado anteriormente, quem desenvolveu o exame e os bancos de dados de (DNA) foram os EUA. Várias legislações federais ampliaram o uso de (DNA) para encontrar culpados.

Os cinquenta Estados americanos admitem a coleta obrigatória de (DNA) dos condenados por crimes graves. Com a edição do Patriot Act (2001), ampliou-se o rol de crimes que justificam a extração compulsória. Em 29 (vinte e nove) Estados os detidos têm seus dados inseridos mesmo sem ser acusados. Em 12 (doze) Estados os dados são inseridos em qualquer crime. Somente metade dos Estados restringe o exame aos crimes sexuais e assassinatos (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 778). O governo federal americano financiou a formação dos bancos de dados. A extração compulsória de (DNA) foi questionada na Suprema Corte. Mas esse tribunal permitiu a submissão compulsória no caso da prática de crimes graves (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 779). Até o momento, o entendimento é de quanto mais dados melhor. Contudo, acadêmicos sugerem que sejam estabelecidos procedimentos científicos e confiáveis, que permitam o controle efetivo dos dados e a supervisão pelos órgãos superiores (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 784).

A Suprema Corte Americana, no caso Maryland v. King, permitiu a extração

compulsória de (DNA), com fundamento na quarta emenda⁸, para “reserva de rotina” no caso de crimes graves. A crítica foi que esta corte não definiu o que seria ofensa grave (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 786). Os magistrados disseram que atualmente os exames não acessam outros traços genéticos, mas a intimidade é um ponto a ser analisado constantemente.

É importante dizer que os bancos de dados podem ser utilizados para resolver crimes atuais e futuros. Abrams e Garrett (2015, p. 804) defendem que a legislação norteadora dos testes de (DNA) deve conter 5 fatores: A igualdade, o que significa que a submissão aos exames deve atingir a população como um todo. Eles não devem ser empregados apenas a minorias e aos detentos, bem como não se pode permitir grupos privilegiados. O teste de (DNA) pode ser bastante preciso na identificação dos autores de delitos, mesmo com apenas uma pequena porção de material genético. Quanto à privacidade, o exame de (DNA) leva a discussão sobre os seus limites. Finalmente, em um Estado federal, o governo federal deve coordenar os bancos de dados estaduais. Se a federação não assumir essa posição de liderança, dificilmente ocorrerá consenso entre os entes menores.

Ademais, a prova genética é neutra, diferentemente da testemunhal, que está sujeita a toda ordem de influências que não podem ser controladas. Mas, ao optar por exames de (DNA), está-se fazendo uma opção ética e política, trazendo grandes desafios ao legislador. Os parâmetros devem ser sólidos e precisos, de forma a trazer luz a esse ramo que oferece enormes desafios, não apenas ao direito, mas também para a medicina.

Complementando, os arquivos públicos com as informações genéticas de todos os cidadãos devem ser suficientemente seguros contra o ataque dos hackers, cada vez mais eficientes na derrubada de barreiras cibernéticas (G1, 2017).

Todavia, como estão os bancos de dados de outros países (GARCÍA; ALONSO, 2002, p. 37)? O que se observa claramente é que praticamente todos os países da comunidade europeia já possuem bancos de dados, conforme é possível identificar na Tabela anexa. Esses bancos de dados genéticos existem desde o início dos anos 2000 e já contam com informações relativas a milhares de pessoas. A Inglaterra tinha, em 2002, informações genéticas de quase um milhão e trezentos mil suspeitos. A Alemanha, país reconhecidamente respeitador dos direitos humanos, no mesmo período apresentava a informação de mais de cento e dez mil suspeitos. Também já existem informações armazenadas na Áustria, na Bélgica, na Croácia, na Dinamarca, na Finlândia, nos Países Baixos, na Noruega, na Irlanda do Norte, na Escócia,

⁸ “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.” A Constituição... (1787).

na Eslováquia, na Eslovênia, na Suécia e na Suíça. A interpretação empregada pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, sobre o direito de não produzir provas contra si mesmo, não encontra suporte em nenhum país ocidental de porte semelhante ao Brasil.

Analisando as legislações desses países, especificamente sobre o tempo que os dados genéticos podem ser armazenados, observa-se que muitos deles mantêm essas informações por um longo tempo, alguns indefinidamente, conforme disponível na Tabela anexa: Alemanha por 10 anos; Áustria vitalício; Bélgica por 30 anos; Dinamarca vitalício; Escócia vitalício; Eslováquia quando o condenado atingir 100 anos; Estônia até 30 anos após a morte; Finlândia até 10 anos após a morte; França até 40 anos da sentença final ou o condenado completar 80 anos; Holanda até 30 anos para pena superior a 6 anos; Hungria até 20 anos ou o fim da pena; Irlanda do Norte até morrer ou atingir 100 anos; Reino Unido vitalício; República Tcheca serão revistos a cada 3 anos e removidos quando o condenado completar 80 anos; e Suécia até 10 anos após o cumprimento da pena (MACHADO; SILVA; SANTOS, 2008, p. 157-164).

Assim, pode-se perceber que a extração e a manutenção da informação genética por órgãos públicos são amplamente aceitas.

Ademais, uma lista muito extensa de países tem legislação específica para tratar da remoção e conservação de informações genéticas: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Islândia, Itália, Letônia, Lituânia, Noruega, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Suécia, Suíça e Conselho da Europa (HENRIQUES; SEQUEIROS, 2007, p. 35-40) (vide tabela em Anexo A).

Portugal, que tem muito influência no direito brasileiro, prevê expressamente que o investigado pode ser compulsado judicialmente a ser submetido ao exame de (DNA), conforme dispõe o artigo 172, inciso I, de seu código de processo penal: “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.” (MASSON; MARÇAL, 2017).

Destarte, ante o exposto, o que é sustentado nessa dissertação não é novidade para quase toda a comunidade internacional. Isso reforça a razoabilidade da medida. No próximo tópico serão abordadas as consequências da violência e de uma legislação ineficiente para a Segurança Pública. Como se busca demonstrar, as maiores vítimas da criminalidade são as camadas mais vulneráveis da sociedade.

3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

Atualmente, em 2018, a sociedade enfrenta uma grave crise de segurança pública, inclusive, com intervenção federal no Estado de Rio de Janeiro nessa área (MAZUL, 2018). Unidades federativas, até então consideradas tranquilas, como Santa Catarina, apresentam níveis alarmantes de criminalidade, com aumento nos números de crimes contra a vida, contra o patrimônio e a contra a dignidade sexual (ALVES, 2017).

Esse direito é difuso, portanto, não é conferido a uma pessoa individualmente considerada, mas deve ser prestado para todos os cidadãos indistintamente. Contudo, esse tema não surgiu no século XXI, o direito à segurança pública está em nossas constituições a contar da versão de 1937 (CRETELLA JÚNIOR, 1985, p. 19), repetindo-se, desde então, em todas as cartas constitucionais.

O conceito de paz está intimamente ligado à ideia de segurança e é enfrentado com profundidade por Paulo Bonavides (2008, p. 91). Esse autor considera a paz um direito de quinta dimensão.⁹ Ela, a paz, deve ser objetivo incessante de todos os Estados e reivindicado pela população. Essa é, inclusive, uma preocupação constante da comunidade internacional, como explícito na Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz, em sua Resolução 39-11 (UNICEF, 1984).¹⁰

A segurança pública não é um tema abstrato, envolve a integridade física e psicológica da coletividade. Além disso, um estupro não tem resultado apenas para as vítimas, ele tem consequências traumáticas para a família e para os amigos. Nos crimes mais graves, toda a comunidade se sente vulnerável e tem sua estabilidade psicológica atingida pela violência. Dessa forma, a segurança tem um sentido geral de garantia, de proteção e de estabilidade para a população em todos os sentidos.

A atual Constituição brasileira deu mais atenção ao assunto, segurança pública, do que as Constituições anteriores, inclusive, em seu artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais dos cidadãos.

⁹ “Estatuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar por intangíveis as regras, princípios e cláusulas da comunhão política. O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em Estado de natureza no contratualismo de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.” (BONAVIDES, 2008, p. 91).

¹⁰ “A Assembleia Geral, reafirmando que o propósito principal das Nações Unidas é a manutenção da Paz e da segurança internacional, [...] Reconhecendo que garantir que os povos vivam em paz é o sagrado dever de todos os Estados, 1. Proclama solenemente que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à Paz; 2. Declara solenemente que proteger o direito dos povos à paz e promover sua realização é uma obrigação fundamental de todo Estado; [...]” (UNICEF, 1984).

O artigo 5º da Constituição Federal Brasileira trata a segurança pública como um direito individual, de primeira dimensão. Estes se relacionam ao ideal de liberdade, com os direitos civis e políticos. No artigo 6º da Magna Carta, a segurança pública representa um direito social, de segunda dimensão. Nessa dimensão, o ideal almejado é a igualdade, procurando satisfazer interesses econômicos e sociais. Ou seja, no primeiro, o sujeito tem direito a uma inatividade estatal, direito a uma não atuação, denominada de liberdades negativas; no segundo caso, o cidadão tem direito a que o Estado tome providências ativas para garantir sua proteção, direito a uma atuação estatal, aqui denominada de liberdades positivas. É importante apontar que ambas as dimensões coexistem no atual estágio de desenvolvimento constitucional (BOBBIO, 2004, p. 32).

O direito à segurança previsto no artigo 5º da Carta política pode ser alcançado protegendo o cidadão do impulso punitivo dos órgãos de segurança pública. Ele se concretiza principalmente com alteração da legislação e treinamento dos agentes de segurança para garantir a integridade física e moral das pessoas, procurando evitar ou mitigar arbitrariedades.

Mas para o direito à segurança do artigo 6º da Constituição Federal, exige-se mais dos órgãos governamentais. Aqui o cidadão pode pleitear que o Estado tome atitudes concretas para garantir a segurança coletiva. No curto prazo precisa-se contratar mais policiais e adquirir equipamentos, como armas. No longo prazo as medidas eficientes são investimentos em educação e em trabalho. Alguns indivíduos buscarão viver do crime, independentemente das medidas empregadas, mas uma grande parcela da população apenas abraça uma vida de criminalidade por falta de opção (MOURA, 2015). A produção legislativa tem, no geral, pouca eficácia na redução da criminalidade. É possível observar frequentemente aumento de penas pelo legislador, ou então se estabelecendo critérios diferenciados durante o processo, como a lei de crimes hediondos (BRASIL, 1990). Infelizmente, essas medidas legislativas não atingem o cerne do problema.

É claro que de acordo com a interpretação utilizada, o direito à segurança pública pode ser identificado e preservado, mesmo que não estivesse explícito nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal do Brasil. A integridade física e a integridade moral das pessoas devem ser protegidas, não apenas da atuação abusiva do Estado, mas também da atuação excessiva de outros cidadãos. Atualmente, a atuação de outros cidadãos representa a maior ameaça aos direitos humanos na contemporaneidade.

Além disso, ocorre que a criminalidade não permanece estática, busca constantemente fugir ao controle estatal. Dessa forma, cabe ao Estado buscar novas formas para combater a criminalidade, garantindo a segurança dos cidadãos. Novas tecnologias estão à disposição dos

governos e das organizações criminosas, não podem ser ignoradas pelo processo penal atual, pois os agentes delituosos não menosprezam um avanço tecnológico quando efetivo.

O direito à segurança pública não é um direito menor, ele não é apenas uma norma que estabelece princípios abstratos, os governos devem atuar de forma concreta e efetiva para garantir a segurança pública. Assim, a dignidade será promovida, numa sociedade em que o direito de ir e vir é garantido, em que a integridade física e a psicológica são preservadas, e caso uma violação ocorra o aparato estatal atua para reparação de direitos.

A insegurança atinge todas as camadas da população, mas é incrivelmente perversa com os mais pobres. Pode parecer que os órgãos de segurança prendem principalmente os mais pobres, mas isto, apesar de correto, não é toda a verdade. Na realidade, os menos favorecidos são as maiores vítimas da violência. Portanto, quando se diz que a justiça só prende os mais pobres (LUCENA, 2014), esquece-se de pontuar que são também os menos favorecidos as principais vítimas, posto que as pessoas com melhores condições financeiras moram em locais mais seguros e têm à disposição meios para se proteger. Melhorar a segurança pública é, antes de tudo, dar qualidade de vida aos grupos hipossuficientes.

O principal instrumento estatal contra a violência e em prol da paz utilizado é a polícia, por meio dos agentes. Historicamente, o termo “polícia” vem da palavra grega “*polites*”. O vocábulo também era sinônimo de política. “*Polites*” eram chamados os gregos responsáveis por atividades administrativas e militares. No entanto, a polícia, como é conhecida hoje, foi desenvolvida entre os séculos XVII e XVIII, principalmente, na França e na Inglaterra (GASPARETTO, 2008). Basicamente, o conceito significa segurança do homem na vida em sociedade, portanto, polícia e segurança são termos relacionados. Se o governo afastar o Estado de guerra inerente à natureza, as pessoas podem trabalhar o que for de seu interesse, com a máxima eficiência (CRETELLA JÚNIOR, 1985, p. 14). Assim, atualmente, a polícia é a força organizada estatal responsável pela segurança da sociedade.

Em seu artigo 144, a Magna Carta dispõe quais órgãos integram a segurança pública.¹¹ Mas, atualmente, o conceito de polícia é bipartido, entre a administrativa e a judiciária. No Brasil elas são denominadas de polícia civil e militar.

Infelizmente, esse dispositivo esquece-se de outros órgãos que também têm participação direta e crucial na segurança pública, como os institutos de perícia e os departamentos penitenciários. No entanto, as entidades que reduzem a criminalidade de forma

¹¹ “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.” (BRASIL, 1988).

duradoura são as de educação e de políticas públicas, que buscam efetivar o pleno emprego.

A estabilidade das relações sociais depende da atuação ativa estatal, conforme a ética e as leis. Toda atuação estatal deve ser regrada para evitar abusos. Dessa forma, o Estado constituído deve buscar a ordem pública dentro de balizas instituídas pelo legislador.

A ordem pública caracteriza-se pela convivência pacífica, que permite a todos os cidadãos a busca de sua felicidade e atingir ao máximo suas potencialidades. Thomas Hobbes (2006), em o *Leviatã*, aponta que o Estado tem a função de garantir a paz e a organização de toda a sociedade.

Uma sociedade em que o direito de ir e vir é seriamente comprometido, em que as pessoas sofrem violência no trajeto de casa, em que os cidadãos não podem sair para se divertir por temer pela vida, não é uma sociedade justa, respeitadora dos direitos humanos. A paz é indispensável para a dignidade humana. Para atingir a paz são necessárias várias condutas, entre elas, manter os órgãos de polícia.

Só por meio da atuação eficiente da polícia é que as pessoas podem se reunir pacificamente, exercer seus cultos, construir suas casas, deslocar-se, exercer as profissões e o comércio. Só quando as atividades de todos os cidadãos se harmonizarem, inclusive, permitindo que eles se manifestem livremente, então será possível falar em coexistência pacífica. Em certos momentos, os interesses individuais devem dar espaço aos interesses coletivos, para atender a um número maior de pessoas.

É claro que todo esse poder policial, em todas as suas versões, precisa de limitação legal, a fim de evitar arbitrariedades. Contudo, a legalidade não consegue prever todas as hipóteses de atuação estatal, mas toda a limitação aos direitos dos cidadãos deve ser fundada em uma justificativa razoável. Isto é discricionariedade, não arbitrariedade, é uma atuação limitada pelo ordenamento, ou seja, uma liberdade regrada.

Como já exposto, a polícia judiciária é uma força que atua no pós-crime. Já que a prevenção falhou, cabe à polícia civil tentar impedir que o delito volte a ser praticado, além de responsabilizar os autores.

A polícia judiciária é também denominada repressiva, conforme Cretella Júnior (1985, p. 16): “A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não conseguiu evitar que se cometessem, reúne as respectivas provas e entrega os autores aos tribunais encarregados pela lei de puni-los.”

A ação policial é exercida por atos e fatos administrativos, os quais são dotados de autoexecutoriedade. Pode ser concretizada sem recorrer a outro poder, afinal, isso retiraria completamente a efetividade da atuação administrativa, especialmente, a policial. Apesar

disso, pelo perigo que a ação representa para os direitos humanos, diversos de seus atos devem ser precedidos de autorização judicial, inclusive, com manifestação prévia do representante do Ministério Público. São exemplos de atos praticados durante a investigação policial: prisão preventiva, prisão provisória, busca e apreensão e quebra de sigilo telefônico e do sigilo bancário.

Para a população em geral a solução da criminalidade ocorre apenas com mais policiais na rua, contudo, a resposta é muito mais abrangente. No curto prazo, é necessário capacitar as polícias civis e os institutos de perícia para resolver os crimes que já ocorreram, retirando de circulação indivíduos que estejam reincidindo. Também é necessário recuperar o sistema prisional, reabilitando um número ainda maior de detentos, sendo que, atualmente, no Brasil, o índice de reincidência criminal encontra-se em 70% (TARDÁGUILA, 2016). Ademais, os chefes controlam suas organizações de dentro da cadeia. Resumidamente, o Estado não dá as condições adequadas de trabalho aos órgãos de segurança, porém exige os resultados. Quando o desfecho não é o esperado, a culpa recai sobre a polícia, dizendo que ela é violenta e ineficiente. A mídia e os grupos de direitos humanos apontam como responsáveis pela criminalidade apenas os órgãos de segurança e os agentes que estão em contato com o pior que a sociedade pode produzir todos os dias (G1, 2012). Eles se esquecem de que toda a sociedade é responsável pela insegurança, especialmente, a classe política.

Mas uma solução duradoura e eficaz necessariamente envolve a prestação adequada de serviços básicos, especialmente, a educação e o trabalho.

A colocação de policiais, civis e militares, em situações críticas, sem o treinamento e os meios adequados, torna sua eficiência bastante limitada. Muitas vezes, a atuação policial apresenta uma péssima avaliação social da população, inclusive, para os crimes mais violentos. Além disso, o Brasil soluciona apenas uma parcela muito pequena dos homicídios praticados, em tese, os crimes mais graves (VOITCH, 2013), aproximadamente, cinco por cento.

Uma solução pouco utilizada, mas com bons resultados, são as ações afirmativas. A segurança pública também pode ser aprimorada com o emprego dessas ações, tão discutidas no sistema educacional (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 2017). Ações afirmativas são, sucintamente, políticas públicas de caráter transitório, ou não, que tem por objetivo reparar injustiças históricas. É chamada de discriminação positiva, que já era pregada por Rui Barbosa (1999), na *Oração aos Moços*: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante,

e não igualdade real.”

Segundo Gomes (2001, p. 6-7), ações afirmativas são instrumentos de modificação social, permitindo pôr em prática o princípio constitucional da igualdade material. No atual estágio de desenvolvimento social não é mais razoável aplicar-se apenas a igualdade formal, defendida desde o século XVIII.

Ações afirmativas são normalmente aplicadas na educação, principalmente, com reserva de vagas para pessoas em situação de vulnerabilidade e de hipossuficiência. Entretanto, elas possuem aplicação prática direta na segurança pública.

Na segurança pública, um grande exemplo de ação afirmativa foi no sentido da igualdade de gênero, com a implementação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), a fim de proteger as mulheres, em regra, parte vulnerável nas relações afetivas.

Segundo parecer emanado pelo Senado Federal (CERQUEIRA et al., 2015), a Lei Maria da Penha teve as seguintes consequências práticas: aumentou os custos ao homem agressor; maior incentivo e segurança para as vítimas denunciarem; e o sistema de justiça criminal tornou-se mais efetivo na proteção das mulheres. Dessa forma, ela vem se mostrando efetiva, embora ainda longe do ideal. Para avançar no tema, é essencial a aplicação de outras medidas, como delegacias de mulheres, juzizados especiais, casas de abrigo, etc. Em Santa Catarina não existem delegacias que atendem apenas aos casos de violência de gênero. Aqui existem as Delegacias de Proteção à Criança, ao Adolescente, à Mulher e ao Idoso (DPCAMI). São feitas algumas críticas pelo fato de essas delegacias especializadas não atenderem exclusivamente às mulheres, mas, certamente, esta compartimentação representa um grande avanço no sentido da proteção à mulher.

Os dados estatísticos (SOARES, 2017) demonstram que os números da violência contra a mulher estão em crescimento. Como dito, o combate à violência de gênero não foi resolvido, mas com a legislação específica, com a criação de delegacias, de promotorias e de varas especializadas, aliadas a uma campanha de conscientização, colaboram para que o problema venha à tona e seja efetuada o enfrentamento institucional dessa discriminação negativa.

Outro exemplo é a utilização de forma recorrente das forças armadas em ações de polícia, visto que os órgãos policiais enfrentam dificuldade em debelar a criminalidade sozinhos.

Conquanto, é necessário lembrar que o exército não tem treinamento específico para essa atividade. Ao final, provavelmente, resultará nos mesmos problemas que se repetem há décadas, apenas se alterando os atores.

Mas, indubitavelmente, a intervenção militar pode ser interpretada como uma ação afirmativa, buscando dar segurança para a parcela da população negligenciada, residente em comunidades desprovidas de qualquer serviço básico estatal. Nessas localidades, governadas pela criminalidade, as forças regulares de segurança têm extrema dificuldade não somente de controle, mas, inclusive, de ingresso. O governo legitimamente instituído não tem capacidade de ingressar em certos bolsões, que ficaram à mercê de organizações criminosas. Apenas tropas preparadas para a guerra, com veículos blindados, conseguem adentrar.

É importantíssimo salientar que a medida tem ampla aprovação da população local (O GLOBO, 2018). A insegurança imobiliza e afugenta os cidadãos, impedindo o desenvolvimento pessoal e coletivo. A solução, claramente, não virá apenas das tropas federais, mudanças estruturais são necessárias. Entretanto, a intervenção pode representar um alento, principalmente, para as camadas mais vulneráveis da sociedade.

Uma solução efetiva vai além de alterações pontuais da legislação. Normalmente, o legislador, respondendo ao clamor social, apenas eleva a pena para um crime específico. Mais coerente é trazer a população para a discussão dos problemas de segurança pública, ouvindo quais são suas propostas contra a violência, afinal, todos são responsáveis pela segurança pública e vítimas de sua ineficiência. O professor José Afonso da Silva declara (2009, p. 636): “se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais.”

A resposta do administrador público, para não implementar medidas concretas na área de segurança, é a falta de recursos. É o embate atual entre o “mínimo existencial” *versus* a “reserva do possível”. Algumas medidas podem ser adotadas apenas com reestruturação, sem muitos custos. No entanto, a maioria delas, principalmente na área de inteligência, exigem investimentos substanciais, como a criação de banco de dados eficientes e com o compartilhamento de informações entre os órgãos de segurança.

Não se pode olvidar que a segurança está intimamente relacionada com o direito de liberdade e de igualdade. É dar às pessoas mais pobres, de todas as cores e etnias, as mesmas garantias que a classe privilegiada possui, ou o mais próximo possível delas. Novamente, as maiores vítimas da criminalidade são os mais pobres, não porque são atacados por policiais, mas por criminosos de todas as categorias.

Mas o direito à segurança pública não é uma unanimidade. Baratta (2004) critica esse direito, afirmando que é apenas mais um instrumento para preservar os privilégios das classes dominantes e imprimir mais restrições aos direitos e às liberdades das classes menos favorecidas. Contudo, pelo exposto anteriormente, não é esta a conclusão deste texto, posto

que é notório que os cidadãos mais atingidos pela violência são os mais vulneráveis economicamente. Certamente, a garantia da segurança é um dos principais desafios do século XXI, de difícil implementação, principalmente, em uma sociedade consumista e desigual como a atual.

Assim, novamente, direitos humanos devem ser respeitados, mas não são limites intransponíveis. O professor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 197)¹² dispõe sobre o tema, para ele a “função defensiva” dos direitos humanos não pode afastar qualquer atuação estatal. Esses direitos são um limite à administração pública, a ser mantida dentro de certas condições materiais e processuais. A intervenção no âmbito da liberdade pessoal não é absolutamente proibida, mas exige o cumprimento de disposições constitucionais para ser efetivada. Tudo em prol do interesse de todos. O princípio da supremacia do interesse público não pode ser ignorado, quando o interesse privado colide com o público, aquele deve ceder. Embora o interesse privado deva ser protegido, o interesse coletivo deve prevalecer. Autores, como Daniel Sarmiento (2007, p. 28)¹³ criticam ferozmente a prevalência do interesse particular sobre o público, dizendo que tal condição gera insegurança e caos.

Aqui se apresenta o conflito que é o cerne do debate, segurança pública *versus* liberdade individual. Assim, mesmo com a Constituição de 1988, a proteção estatal de um direito constitucional resulta do desrespeito de outros direitos de idêntica classe. Isso é inerente a um Estado Democrático de Direito, que respeita o direito à liberdade e à igualdade de todos os cidadãos.

Mas a conclusão lógica deste capítulo, de acordo com a maioria dos autores apresentados, é de que o direito à segurança pública é sim um direito humano, intimamente ligado à dignidade humana, pois atinge uma ampla gama de direitos, como integridade física e moral das vítimas da criminalidade. O Estado deve atuar ativamente na sua concretização.

¹² “Na esteira destas considerações, importa consignar, que esta ‘função defensiva’ dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de tal sorte que a intervenção no âmbito de liberdade pessoal não é vedada de per si, mas, sim, de modo que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão.” (SARLET, 2007, p. 197).

¹³ “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público [...] a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum.” (SARMENTO, 2007, p. 28).

3.3 DIGNIDADE HUMANA: PRINCÍPIO ABSOLUTO OU PRINCÍPIO RELATIVO? EXISTEM DIREITOS QUE DEVEM PREVALECER EM TODA E QUALQUER SITUAÇÃO?

A dignidade humana é analisada desde a antiguidade, sendo defendida pela igreja católica, afirmando que o ser humano é dotado de um valor intrínseco, pela sua origem divina (BÍBLIA SAGRADA, 2018). Na Idade Média, com a ascensão da burguesia, os cidadãos passaram a exigir suas liberdades aos poderes públicos (FERNÁNDEZ-LARGO, 2001, p. 49). Apesar de sua reconhecida importância, já no final do século XVIII, a dignidade humana não foi prevista na Constituição Americana e na Revolução Francesa. O tema só foi expressamente previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (EDELMAN, 1999, p. 505 ss), em 1949, após a Segunda guerra mundial e as atrocidades cometidas pelos nazistas. De qualquer forma, atualmente se entende que a dignidade do ser humano existe mesmo que não seja mencionada pela legislação vigente (HERVADA, 1993, p. 653). Assim também dispõe Kant, declarando que a dignidade é uma condição inerente ao ser humano (KANT, 2009, p. 134-135, 140-141).

A proporcionalidade da dignidade humana é, possivelmente, o debate mais relevante da atualidade no que diz respeito a este direito fundamental, especialmente, quanto à possibilidade ou não da extração compulsória de (DNA). Não se pode olvidar que a dignidade da coletividade, vítima da violência, também deve ser considerada. Afinal, a dignidade é considerada um princípio superior, com precedência sobre as demais normas de direitos humanos. Pode ser considerado, para alguns, o único direito absoluto (ALEXY, 2015a, p. 13). Para os que defendem essa interpretação, a dignidade não é apenas imutável em todo o mundo, mas também é rígida com o transcurso do tempo (BARROSO, 2010, p. 8).

A proporcionalidade permite verificar se uma intervenção na dignidade humana será justificada ou não. Só as intervenções justificadas se coadunam com o Estado democrático de direito. Para o Tribunal Constitucional Alemão, deve existir um núcleo de proteção absoluto e outro relativo: “Ainda que atendendo os interesses públicos, não se justifica uma violação ao núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada; nenhuma ponderação, fundada em proporcionalidade, poderá ocorrer.” (ALEXY, 2015a, p. 14).

No entanto, uma abordagem absoluta é difícil de justificar, visto que por vezes duas faces da dignidade humana entram em conflito, como o direito à intimidade *versus* a segurança coletiva. O mesmo Tribunal relativizou a dignidade: “A dignidade humana também não se verá violada, se a conclusão da execução da pena é tornada necessária pelo perigo

continuado representado pelo prisioneiro e, nesses termos, a libertação antecipada é afastada.” (ALEXY, 2015a, p. 15).

A dignidade humana frequentemente é utilizada para defender acusados, normalmente questionando em face de dispositivos processuais. A resistência aos exames corporais no suspeito da prática de crimes é fundamentada na dignidade humana, especialmente, a extração de material genético do acusado, assunto da dissertação. O tribunal constitucional alemão afirmou que a submissão compulsória aos testes se coaduna com a dignidade humana, pois a intensidade da intervenção é muito pequena se comparada com o benefício advindo (ALEXY, 2015a, p. 13). Isso representa uma análise de proporcionalidade. Segundo Alexy (2015, p. 17), “A dignidade deve ser balanceada com o interesse público.”

Essa abordagem do tribunal alemão se aproxima de uma concepção relativista da dignidade humana.

Segundo a teoria dos princípios de Alexy (2015, p. 92), regras são comandos definitivos, devem ser cumpridos ou são inválidos. Princípios, por outro lado, são mandamentos de otimização, devem ser atendidos na maior medida possível. Mais adiante a distinção será abordada com maior profundidade.

O princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido, sacrifícios são inevitáveis quando ocorrer colisão entre princípios. Mas esse sacrifício deve ser limitado pela ponderação: “Mas quanto maior o grau de afetação de um princípio, maior deve ser a satisfação do outro princípio.” (ALEXY, 2015a, p. 593).

Um grande problema na proteção é a dificuldade de se estabelecer um conceito unívoco sobre a definição de dignidade humana. A sua definição procura conciliar elementos descritivos com empíricos. Sua face descritiva cita mais frequentemente a autonomia, conforme demonstrado por Kant (2009, p. 235): “A autonomia é, portanto, a base da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.” Analisando essa informação sem o contexto, a extração de (DNA) de uma pessoa contra sua vontade, afeta sua dignidade.

Mas Alexy (2015, p. 24) lembra que uma fundamentação empírica é essencial, pois a dignidade não se limita à autonomia, base descritiva. Complementando, toda a pessoa é dotada de dignidade, independentemente de querer ou não. É uma característica humana inalienável e indisponível, inclusive, as pessoas acusadas dos crimes mais terríveis são portadoras de dignidade. Todos os indivíduos e o Estado como um todo devem preservar a dignidade dos cidadãos, em todos os aspectos da vida humana, até mesmo, durante a persecução penal.

Contudo, a concepção relativa é duramente crítica por, supostamente, desvalorizar a dignidade humana. Alexy aponta que a desvalorização não ocorre por quatro argumentos (ALEXY, 2015a, p. 30): Casos Fáceis – para a grande maioria dos casos é bastante claro que a dignidade humana foi violada, como a tortura empregada para obter uma confissão. Não é necessária nenhuma ponderação. Basta aplicação imediata do princípio; Fórmula do Objeto – a sociedade em um Estado democrático de direito deve respeitar a qualidade de sujeito, ninguém pode ser tratado como objeto. Esse entendimento ajuda resolver grande parte dos aparentes conflitos envolvendo a dignidade humana. O ser humano não é um objeto, é um fim em si mesmo. Só aplicado em situações claras; Peso Abstrato e Confiabilidade Epistêmica – as escolhas extremas, como torturar uma pessoa para descobrir o local em que uma bomba nuclear está escondida, são hipóteses extremas e raras em que a dignidade deve ser ponderada. Nas demais hipóteses, a prevalência da dignidade humana será mais nítida; e Racionalidade – o fato de não existir alternativa racional para aplicar a dignidade humana. Os modelos clássicos de interpretação, como a semântica, a genética, a teleológica e a sistemática, não ajudam muito na solução de casos concretos.

Dessa forma, pelo exposto, a ponderação permite uma fundamentação racional da escolha do princípio a prevalecer no caso concreto. A rigidez absoluta, por outro lado, representa sucumbir à irracionalidade.

Alguns autores apresentam uma interessante interpretação intermediária, em que a dignidade se divide numa dimensão básica, universal, e uma dimensão cultural, condicionada aos costumes regionais (BAEZ, 2011, p. 158). O núcleo universal seria mínimo, mas compartilhado por todas as nações.

Concluindo, a dignidade humana é um dos pilares dos atuais Estados modernos democráticos. É um referencial essencial à atuação estatal, protegendo o cidadão dos abusos estatais. Entretanto, ela não pode ser considerada um direito absoluto, pois ele somente poderia ser garantido para uma única pessoa, o que não é racional, nem democrático. Se a dignidade humana de uma pessoa deve prevalecer, todos os demais integrantes da população devem se curvar a esse direito absoluto.

Confrontando o tema com a essência desta dissertação, pode-se perceber que uma interpretação absoluta da dignidade humana, em face de qualquer parte, terá como consequência o desamparo da segurança pública ou da intimidade privada. Por outro lado, uma análise relativista permitirá a ponderação do papel da dignidade humana em cada caso concreto, prevalecendo, por vezes, a intimidade do investigado e, por outras, a supremacia do interesse público, no que se refere à segurança pública.

A dignidade humana, de acordo com o que prescreve Immanuel Kant, é um valor inato e desvinculado de manifestações sociais e culturais. Como exposto anteriormente, o filósofo alemão afirma que a dignidade se funda apenas na autonomia da vontade humana, como já disposto anteriormente. Isso significa que a dignidade é resultado da aptidão humana de agir e de pensar de forma racional. Esse entendimento é criticado por Hegel por ser excessivamente abstrato, formal e não histórico (WEBER, 2009, p. 123).

Não obstante, essa não é a única forma de entender a dignidade humana, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, também filósofo alemão, dispõe sobre a formação da dignidade humana de outra forma. Ele relaciona esse importante instituto com a liberdade, uma liberdade não apenas subjetiva, mas também objetiva. Para Hegel, o viés objetivo se relaciona com a história do desenvolvimento da consciência liberdade.

Hegel não aceita a ideia de que a liberdade é restrita pelos próprios indivíduos, reciprocamente. A limitação, para o filósofo alemão, é efetivada pelo próprio Estado, em benefício da liberdade e da propriedade coletiva. O Estado realiza a tarefa de mediação de vontades-livres, garantindo a liberdade de todos, a verdadeira liberdade. Para Hegel, o Estado não limita a liberdade, mas a promove (HEGEL, 1995, § 513).

Hegel reforça que a vontade livre não significa a vontade de um único indivíduo isoladamente, mas um conjunto de vontades submetidas a uma só lei. Hegel, diferentemente de Kant, entende que a dignidade é construída no relacionamento entre os indivíduos, e não se origina pelo simples fato de o ser humano existir e ter autonomia. Esse entendimento reforça a ideia de que não é possível, muito menos democrático, garantir direitos absolutos a um único cidadão, os direitos de todos os integrantes da sociedade devem se harmonizar.

Hegel defende que a dignidade somente toma forma quando cada um, individualmente, reconhece o outro como sujeito de direito, nas interações que existem entre todas as pessoas. O filósofo diz: “cada um deve ser considerado pessoa e respeitar os outros como pessoa.” (HEGEL, 1995, § 36)

Nesse ponto específico os filósofos alemães são bem significativamente divergentes. Para Kant, autonomia de vontade era poder de se autodeterminar, conforme o que é prescrito nas leis. Essa é uma qualidade de todos os seres vivos, sustentáculo, de acordo com esse ponto de vista, do conceito da dignidade humana.

Por outro lado, na visão de Hegel, a dignidade não é algo inerente ao ser humano, ela deve ser conquistada. O ser humano não nasce digno, essa dignidade precisa ser construída dentro da sociedade, ou seja, na relação entre as pessoas que se constrói o humano.

Para esse pensamento contrário ao que dispõe Kant, não o é no Estado da natureza,

como algo abstrato, que a dignidade se concretiza. Ela se substancia no Estado e no Direito (HEGEL, 2010, §§ 41 e 43). Hegel defende que o indivíduo somente é realmente livre inserido em um Estado de direito. Não há como assegurar a dignidade humana fora de uma ordem social. Para esse autor, é necessária a intervenção das instituições para o desenvolvimento da liberdade e da dignidade. A dignidade exige a mediação de vontades, que ocorre por meio de uma legislação razoável.

Ele reforça a ideia de que a dignidade não pode ser apenas um conceito abstrato, é indispensável que ela seja objetivada, para ser compartilhada, sem esquecer-se de aspectos históricos e sociais da comunidade.

Contudo, como já exposto, a dignidade não pode ser absoluta, precisa passar por mediação de instituições sociais, inicialmente a família, depois pela sociedade civil e, por fim, pelo Estado, como último recurso. Essa intervenção estatal é amparada na lei. Essa norma, que foi construída historicamente, baliza o agir humano, garantindo a dignidade e a liberdade de todos os integrantes da sociedade.

Nesse sentido, uma pessoa não é, ela vem a ser, mediante longo processo e, muitas vezes, doloroso. A dignidade humana, descrita na Constituição Federal, é um direito positivado, não um conceito abstrato e sem vida.

A partir do conceito da dignidade humana, é necessário analisar a verdade real, objetivo final do processo penal. Os exames compulsórios poderão auxiliar bastante na busca da verdade, o que é elemento indispensável de uma decisão judicial justa. E apenas decisões consideradas justas são conscientemente aceitas pela população. A verdade é o assunto a ser abordado no próximo tópico, discutindo qual é o limite a ser estabelecido na sua busca.

3.4 A VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL E A DIGNIDADE HUMANA

A aplicação da lei é o objetivo inicial do processo, visto que o objetivo final é a pacificação social. Para poder aplicar o direito material de forma justa, é necessário que o processo se aproxime o máximo possível da verdade, do que realmente ocorreu. Apenas quando souber o que aconteceu de fato, poderá o juiz aplicar o direito material ao caso concreto de uma forma adequada e justa (TARUFFO, 2008, p. 21).

Então, é claro que a verdade é muito importante para a decisão final. Mas, atualmente, a busca da verdade não pode ser inconsequente, sem respeito à dignidade humana, com a utilização de tortura. O processo deve buscar a verdade, mas com submissão ao contraditório e à ampla defesa, alicerces do Estado punitivo de direito. A verdade não é a meta do processo,

mas um subproduto necessário para resolver a controvérsia entre as partes. Mais do que isso, é uma condição necessária para uma decisão legítima.

Lembram Marinoni e Arenhart (2011, p. 32-34) que, tradicionalmente, no processo civil a verdade a ser buscada é a formal, salvo quando envolver direitos indisponíveis, isto é, o juiz tem um papel passivo, de apenas avaliar as provas trazidas pelas partes. No processo penal, em virtude do bem jurídico envolvido, a liberdade, o magistrado tem uma autonomia maior na produção de provas. A verdade a ser atingida é denominada de verdade real. É claro que a verdade absoluta é uma utopia, mas isso não significa que não se devem despender todos os esforços, legalmente admitidos, para atingi-la.

Porém, essa dicotomia, verdade formal *versus* verdade real, encontra-se ultrapassada na atualidade. Tanto o processo civil quanto o processo penal devem buscar a verdade real. Mesmo no âmbito civil existe liberdade de atuação probatória do juiz, ela é ampla.¹⁴ É o que Michele Taruffo (2008, p. 23) chama de verdade judicial.

Mas essa busca não pode ser inconsequente, irresponsável. Ela deve respeitar o contraditório e a ampla defesa, alicerces de um Estado punitivo de direito. Assim, em nome da verdade nem tudo é aceitável. A verdade absoluta, como exposto, é apenas uma situação hipotética a ser almejada, não atingida. Mas as regras que restringem a produção de provas devem ser reduzidas a um mínimo, do contrário inviabilizam o sistema punitivo (TARUFFO, 2008, p. 25).

É importante ressaltar que a defesa não está preocupada com a verdade, mas com a absolvição do seu cliente, e não existe nenhum problema com isso, é o seu papel no processo. No entanto, quanto menos provas produzidas, mais fácil será a absolvição de um suspeito. O Estado, por outro lado, tem obrigação com a coletividade, garantindo a paz social. Para responsabilizar de forma justa os criminosos, um processo efetivo é um instrumento importante.

Deve-se buscar a verdade que seja suficiente para fundamentar uma decisão justa e que seja considerada adequada pela maioria da sociedade. Mas atenção, mesmo que o fato pretensamente criminoso seja filmado, ainda assim a verdade pode ser deturpada. Como já dito, a verdade absoluta é quimera inatingível. Toda verdade precisa de um contexto, não pode ser analisada isoladamente.

¹⁴ “Agravo no Recurso Especial. Iniciativa probatória do juiz. Perícia determinada de ofício. Possibilidade. Mitigação do princípio da demanda. Precedentes. — Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. — A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. (BRASIL, 2005, p. 330).

Um sistema processual pode ser mais ou menos eficiente na busca da verdade. Mas as regras processuais não são por si mesmas o impedimento para a busca da verdade, não significa que a verdade encontrada seja apenas formal, superficial (TARUFFO, 2008, p. 24).¹⁵ Dinamarco (1987, p. 449) leciona no mesmo sentido, distinguindo os termos verdade e certeza. O Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) dá amplo poder de instrução ao juiz, como também o fez o Código de Processo Civil, já apontado.

A busca da verdade não tem limite apenas em princípios abstratos, mas a restrição se funda na própria Constituição, no seu artigo 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos [...]” (BRASIL, 1988).

Deve-se ressaltar que a prova, como qualquer direito ou garantia, não tem um valor absoluto, precisa ser ponderada em relação a outros meios de prova. A população, de uma forma geral, rejeita a ideia de soltar um suspeito em razão das provas terem sido obtidas de forma ilegal. Para o público, os fins justificam os meios. Ainda assim, essa conduta não se coaduna com um Estado democrático de direito. Sem esses limites, haveria um regresso ao processo penal que utiliza a tortura como meio de se obter provas, o que, historicamente, já se demonstrou injusto e ineficiente. Esse instrumento frequentemente obrigava pessoas inocentes a confessar crimes que não tinham cometido apenas para dar termo ao sofrimento. Cesare Beccaria, no século XVIII, já apontava essa discrepância, inocentes confessando crimes que não cometeram sob tortura (BECCARIA, 2001).

O próprio Estado, protetor de direitos e garantias fundamentais, não pode ser um violador desses mesmos direitos, uma vez que isso ofende os princípios basilares de um Estado de direito. Do contrário se estaria ofendendo o devido processo legal, princípio que rege modernamente o processo em sociedades que respeitam os direitos humanos.

É importante salientar que não apenas as provas ilegais devem ser extirpadas do processo, mas também todas aquelas que dela derivem diretamente. Essa é a teoria do “fruto da árvore envenenada” (GOMES FILHO, 1997, p. 168), já apontada. No entanto, em situações específicas a legislação permite a utilização de provas colhidas de forma ilegal (BRASIL, 1941).

Gomes Filho (2008, p. 262) afirma que o *caput* do artigo 157 não é suficientemente claro, podendo dar ensejo a decisões judiciais contraditórias: “especialmente diante de certos

¹⁵ “a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz preferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.” (TARUFFO, 2008, p. 24).

equivocos e imprecisões do legislador.”

Dessa forma, a principal consequência da declaração de uma prova como ilícita ou ilegítima é a sua extirpação do processo. Essa exclusão também alcança todas as provas derivadas daquela ilegal, com as exceções previstas nos parágrafos do artigo 157 do CPP. Assim, não importa a relevância da prova para o processo, se não respeitou as regras de direito material e processual, deve ser retirada. É claro que meras irregularidades processuais não devem gerar a anulação da prova, sem prejuízo às partes, não há necessidade de desconsiderar o que foi produzido, assim dispõe a lei processual penal: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”

Por exemplo, se a prova colhida de forma ilegal teria sido encontrada pelo trâmite normal da investigação, ela não será inutilizada. Uma modificação da legislação introduzida em 2008¹⁶ visa evitar que uma investigação constitucionalmente construída seja arruinada por apenas uma conduta ilegal.

E qual a consequência do não cumprimento de regras materiais ou processuais, segundo o próprio Código de Processo Penal? O resultado não poderia ser outro além da extirpação da prova produzida, também de todas as provas que resultarem daquela contaminada. Seria uma contradição manter os resultados práticos que tiveram sua gênese em uma ofensa à garantia constitucional.

Hodiernamente avanços tecnológicos vêm revolucionando as provas científicas, com uma enorme quantidade de provas técnicas, especialmente, no âmbito da genética e da informática (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010). Cada vez mais esses tipos de prova vêm substituindo a “rainha” das provas, a testemunhal. A credibilidade atribuída às provas técnicas é muito superior. Um exame de (DNA) concluindo que o esperma encontrado na vítima de estupro é de determinado homem, pode suplantiar o testemunho de dez pessoas que disseram que o acusado nunca teve contato com a vítima. A prova técnica não é parcial, não tem preferências e preconceitos, características comuns encontradas em seres humanos.

A grande celeuma que se apresenta se refere ao fato de que as regras processuais não acompanham a evolução científica. Ademais, a prova não é definitiva e não pode ser considerada absoluta, deve ser analisada em conjunto com outros meios de provas. Mas a prova científica pode ter sua validade e sua confiabilidade controlada (TARUFFO, 2008, p.

¹⁶ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.” (BRASIL, 1941).

286), sendo de grande valia para o processo civil, administrativo ou criminal.

No entanto, existem alguns importantes argumentos contrários que precisam ser analisados.

3.5 PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO EXAME COMPULSÓRIO DE (DNA) EM PROCESSO CRIMINAL

O corpo humano é todas as suas partes representa o foro mais íntimo do indivíduo, sua primeira casa, seu templo mais essencial. Em razão da relevância que o corpo representa para todos, a proteção dada para ele deve ser superior, inclusive posta de forma indelével na Constituição Federal do Brasil.

Um dos principais argumentos contrários à submissão compulsória ao exame de (DNA) se refere à intangibilidade do corpo humano, como se ele fosse um sacrossanto pedestal, intangível a qualquer empreendimento humano, por mais singela que seja a intervenção.

Realmente, exames corporais devem ser analisados com extrema cautela, não apenas pela invasão à intimidade que eles representam. A rediscussão a respeito da obrigatoriedade da vacina, que voltou à tona no século XXI (MODELLI, 2018), colocou novamente em destaque o tema de autodeterminação do indivíduo. A preocupação diz respeito a possíveis sequelas, que podem ser anatômicas, estéticas, fisiológicas ou mentais. Ademais, podem ter como resultado um sofrimento físico significativo.

Nesse sentido, qualquer intervenção que coloque em risco a pessoa submetida à intervenção corporal, deve ser proibida de plano. Assim, o Direito à Vida e à Saúde devem ser limites intransponíveis à atuação estatal. O Código Civil Brasileiro deixa expresso este limite, de que ninguém pode ser submetido à intervenção cirúrgica, com risco de vida, sem o seu consentimento expresso (BRASIL, 2002a).

Afinal, seria um contrassenso impor ao suspeito um exame que poderia matá-lo, visto que a morte extingue a punibilidade do agente. Assim, a prova se tornaria inócua para o processo penal.

Ademais, na prova genética, o corpo fala, é o testemunho do corpo. Para o criminalista David Leal, ocorreria uma apropriação do ser humano pelo Estado (LEAL DA SILVA, 2012). Contudo, medidas mais sérias contra o corpo humano ocorrem no caso das prisões, sejam elas provisórias, sejam definitivas.

A questão da ofensa à religiosidade também é relevante, em razão da proibição de

determinadas denominações, como “Testemunhas de Jeová”, ao recebimento de sangue de outras pessoas, devido a uma interpretação particular da Bíblia. Para os fiéis dessa corrente religiosa, não está em jogo a dignidade humana, mas o destino eterno de sua alma no pós-vida terrena (MARINI, 2012). Por isso, os adeptos entendem como inegociável a transfusão de sangue. Dessa forma, o exame de (DNA) compulsório poderia ofender as crenças religiosas de uma parcela da população.

Em resposta a esse dilema, o impedimento bíblico se refere a transfusões de sangue e não da retirada de pequenas quantidades a fim de que sejam realizados exames. Portanto, o exame genético compulsório não ofende a crença dos adeptos dessa doutrina. Ademais, é importante ressaltar que o teste pode ser realizado com um pouco de saliva ou com alguns fios de cabelo, sem utilizar o sangue do examinado. Assim, seriam respeitadas de forma completa as disposições religiosas.

Uma crítica que pode ser feita ao teste compulsório se refere à restrição da liberdade que a medida representa, mesmo que por poucos minutos. Para os defensores dessa corrente, o procedimento se assemelha a uma condução coercitiva (BRASIL, 1996b).

A liberdade, sem dúvida, representa um dos pilares dos Estados democráticos. Todavia, a legislação nacional possui dispositivos que autorizam a restrição de liberdade, como a prisão preventiva e a prisão provisória. Assim, uma submissão de poucos minutos, o suficiente para passar um cotonete na boca, representa uma restrição mínima da liberdade do indivíduo, justificável em razão dos direitos em jogo.

Também é discutido o exame de (DNA) em gêmeos univitelinos, que teriam o mesmo genoma. A diferenciação de gêmeos idênticos é complexa, visto que se originaram do mesmo espermatozoide e do mesmo óvulo. Contudo, os atuais exames de (DNA) permitem diferenciar, inclusive, os irmãos univitelinos, pois embora eles tenham nascidos iguais geneticamente, o ambiente, durante os anos gera diferenciação identificável pelo teste de (DNA) (BBC NEWS BRASIL, 2014). Embora os exames genéticos padrões não façam a diferenciação destes irmãos, testes específicos já podem ser utilizados para diferenciar até os gêmeos univitelinos.

Outra crítica pertinente se refere à crença na infalibilidade do teste. Na verdade, embora o índice de acerto seja superior a 99,99%, ele não representa uma certeza absoluta, devendo ser cotejado com outros meios de prova. Por exemplo, o fato de ser encontrado esperma em uma mulher significa que existiu o ato sexual, no entanto, determinar se a relação foi consentida ou um estupro é outra discussão, que exige elementos próprios de prova.

De forma alguma a prova genética retira do juiz o seu livre convencimento. O

magistrado pode considerar superiores outros meios de prova, desde que o faça de forma fundamentada, especialmente, com outros elementos de prova.

A intimidade é um dos elementos da dignidade humana mais importantes da atualidade, que está sob ataque das mais diferentes tecnologias. O desenvolvimento das telecomunicações, que permite a transmissão de mensagens, de imagens e de vídeos de forma quase instantânea, representa um risco constante à intimidade de todos. Embora menos divulgado, os avanços da medicina representam também enormes desafios à intimidade da população.

Por sua relevância, a intimidade será analisada em tópico específico.

Nesse sentido, já existem críticas diretas à Lei n. 12.654/12, por impor a extração de (DNA) de condenados definitivamente por crimes violentos. Uma lei não deve ser cumprida apenas pelo fato de ter sido respeitado o rito formal de nascimento (LEAL DA SILVA, 2012), já foi superado o positivismo puro defendido por Kelsen (1999).

O princípio da não produção de provas contra si mesmo tem um papel processual indispensável no moderno sistema jurídico, limitando, inclusive, os poderes instrutórios do juiz (QUEIJO, 2003, p. 8). Segundo esse dispositivo, o investigado não é obrigado a fornecer declarações ou objetos de prova que possam ser utilizadas contra ele em juízo. Se voluntariamente o acusado decidir auxiliar na investigação, não existe ofensa a nenhum princípio, desde, porém, que a manifestação seja livre e consciente (LOPES JÚNIOR, 2012).

Segundo o ministro Celso de Mello, no HC 96.219 (BRASIL, 2002b), o direito de permanecer calado envolve não apenas o direito de permanecer em silêncio, mas também o investigado não é obrigado a apresentar provas que comprometam a sua defesa, nem produzir elementos que possam lhe prejudicar no processo. Do mesmo modo, não pode ser compulsado a participar de qualquer procedimento probatório que lhe possa ser prejudicial em juízo, como colaborar com a perícia criminal. Em sua decisão ele cita a proibição de ser compelido a fornecer padrões gráficos ou vocais, mas é claro que a interpretação também se aplica ao fornecimento de material genético.

Esse princípio é uma resposta histórica ao processo penal medieval, que dava um peso de imenso valor à confissão. Como consequência, as autoridades faziam qualquer coisa para conseguir a confissão do investigado, inclusive, torturá-los (CARVALHO, 2014).

De acordo com Luiz Flávio Gomes, esse princípio encontra-se intimamente relacionado com outro princípio basilar do processo criminal: o da presunção de inocência, isto é, uma pessoa somente pode ser considerada culpada após o devido processo legal. Esse processo segue uma série de regras que o tornou eficiente e respeitador da dignidade humana

do investigado (FLÁVIO GOMES, 2010).

O único comportamento ativo permitido pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, com supedâneo no princípio da não autoincriminação, é o de fazer declarações falsas para se defender, desde que não acuse falsamente uma pessoa inocente. Esse direito é controverso, tanto que é penalizado criminalmente nos Estados Unidos, sob a denominação de perjúrio. Para os americanos, o investigado pode permanecer em silêncio durante a persecução penal, mas não pode mentir para tentar se absolver.

No entanto, é importante ressaltar que o objetivo inicial do princípio era o direito de permanecer em silêncio. Assim dispunha a Constituição Americana, em sua quinta emenda (1798): “ninguém é obrigado no processo criminal a ser testemunha contra si mesmo.” (A CONSTITUIÇÃO..., 1787). Da mesma forma, a Constituição Brasileira fala em direito ao silêncio, no artigo 5º, inciso LXIII¹⁷, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 8º, inciso 2, letra g, que garante à pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado.”

Não existem direitos absolutos, pois em uma interpretação extrema, o princípio permite que um investigado mate uma testemunha para escapar de qualquer responsabilização criminal.

Finalmente, tem-se o debate sobre a cadeia de custódia da prova genética. Esse tipo de prova deve ter um tratamento especial, visto que são as que mais facilmente podem ser adulteradas, contaminadas. Por exemplo, um perito analisa o sangue de um suspeito do crime A e, após, analisa com as mesmas luvas a prova colhida em um crime B. Nesse caso, o sangue do suspeito A pode ser inserido no crime B. Dessa forma, a contaminação ocorreu mesmo sem dolo do perito criminal.

Outro potencial problema é a fácil deterioração da prova biológica, que deve ser mantida em local preservado.

Ademais, sempre existe a possibilidade de que um agente público manipule de forma criminoso esse tipo de prova ou a informação advinda dela, para absolver um criminoso ou incriminar um inocente.

Por isso, o manuseio da prova genética deve ser ainda mais rigoroso do que os procedimentos aplicados pelas perícias convencionais. A cadeia de custódia é procedimento que deve garantir a segurança do manuseio desse material (SOUZA, 2017), a preocupação com a idoneidade da prova, na hipótese de provas genéticas, ganha especial relevo.

¹⁷ “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.” (BRASIL, 1988).

A prova genética é extremamente precisa, guia o julgador para uma área muito próxima da certeza absoluta. Entretanto, durante todo o trajeto da prova, do local do crime até ser utilizada em juízo, passa por um caminho longo e complexo, em que deve ser garantida sua integralidade.

Ademais, o mesmo problema ocorre com outras provas técnicas. A solução passará por uma legislação rigorosa e controle efetivo de todas as etapas.

No último capítulo, analisam-se de forma objetiva os conflitos entre a intimidade do investigado e a necessidade de segurança pública. Finalmente, será proposta uma legislação que adeque o ordenamento nacional ao que é utilizado no restante do mundo, sem atentar contra elementos da dignidade humana, tão importantes aos Estados democráticos.

4 EXISTEM LIMITES ÉTICOS E JURÍDICOS À UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO HUMANO NA CRIMINALIZAÇÃO BRASILEIRA, SEGUNDO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Ante a situação concreta exposta, em que a sociedade atual se encontra, surge a necessidade de analisar o confronto entre as possibilidades advindas da utilização de novas tecnologias e as conquistas no âmbito dos direitos fundamentais.

4.1 RAWLS E OS LIMITES DOS DIREITOS HUMANOS

O autor referência desta obra, para a discussão e ponderação de direitos humanos, é o alemão Robert Alexy. Contudo, outros autores também abordam o tema com habilidade, um excelente exemplo é o filósofo americano John Rawls. Sua abordagem é também bastante útil para o desenvolvimento da dissertação. Assim, antes de analisar a obra de Robert Alexy, estudaremos a obra de Rawls.

John Rawls foi filósofo americano do século XX (SILVA, 1999). Suas principais obras são *Uma Teoria da Justiça* (1971), *Liberalismo Político* (1993) e *O Direito dos Povos* (1999). Seus livros abordam os conceitos de justiça, de igualdade e de liberdade. Em síntese, como se pode criar uma sociedade justa e democrática.

Em *Uma Teoria de Justiça* ele busca harmonizar os princípios da igualdade e da liberdade, inspirando-se na obra de David Hume e Immanuel Kant. Rawls também enfrenta temas complexos, como a escassez e a igualdade de oportunidades. Nesse sentido, preocupa-se, especialmente, com os princípios fundamentais que alicerçarão esta sociedade. A escolha desses princípios paradigmas deverá anteceder a formação de instituições, em um momento em que, hipoteticamente, todos estão em uma situação de igualdade. Somente assim poderão ser estabelecidos direitos e deveres justos para toda a sociedade.

O autor americano reanalisa a Teoria do Contrato Social, de Rousseau (2006), pesquisando como se pode tornar as organizações públicas justas, atendendo com igualdade todos os integrantes da sociedade. As pessoas estariam, nesse momento inicial, em situação de igualdade, sob o “véu da ignorância” (RAWLS, 1997, p. 20). Essa escolha seria justa, pois nesse Estado ninguém sabe de antemão qual a sua posição no “novo mundo”, na distribuição de oportunidades. Dessa forma, haveria consenso. A ideia de Contrato Social é utilizada como forma de fundamentar a formação inicial, para encontrar os princípios que fundamentarão a sociedade. Mas o autor alerta que o consenso é utilizado apenas para fixar os princípios

básicos, não para estabelecer um sistema de governo.

No arcabouço gerado, os princípios essenciais de Rawls (1997, p. 64) são os da igualdade e da diferença: o primeiro determina direitos e deveres para todos, utilizando o conceito mais amplo possível de liberdade; o segundo estabelece que as desigualdades econômicas somente são justificáveis para beneficiar os menos favorecidos. Isto é, a distribuição de riqueza não deve ser necessariamente igual, mas as diferenças devem ser vantajosas para aqueles em situação mais difícil, o que na prática dificilmente ocorre.

O conflito tem origem justamente na distribuição das benesses. Entretanto, mesmo que as pessoas tenham objetivos diversos, podem atingir uma convivência cívica. Deve-se, como pré-requisito, buscar e atingir uma convivência cívica. Isto é, direitos e deveres devem ser justamente distribuídos. A justiça permite equilíbrio à sociedade, evitando embates. Todos devem ter a mesma exceptiva de sucesso, não só formalmente, mas, principalmente, substancialmente.

Rawls também estabelece as Liberdades Essenciais, apresentadas a seguir:

Liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a opressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de Estado de direito. (RAWLS, 1997, p. 65).

Ele lembra que restrições às liberdades básicas somente se justificam para permitir a convivência com outras liberdades (RAWLS, 1997, p. 65). Infelizmente, a igualdade utilizada na prática é formal. O problema da liberdade natural é a distribuição arbitrária de bens, o que não é justo do ponto de vista ético. Somos seres inteligentes que podem realizar uma justiça mais elaborada.

O Liberalismo Político é outro texto relevante do autor americano (RAWLS, 2011, p. 635). Aqui ele procura aprimorar o conceito de Teoria da Justiça, especialmente, no que se refere ao consenso. Um ponto que é criticado em sua teoria é a sua eficácia. Uma técnica para corrigir isso foi afastar o termo justiça dos conceitos de moral e ética, pois existe um grande número de valores e posicionamentos em uma sociedade livre e ordenada. A adoção de um valor específico pode impedir a aceitação do princípio por grupos que adotam valores diversos.

Uma ideia desenvolvida em *Uma Teoria da Justiça* é a da Razão Pública. Essa é definida como a forma de justificar decisões políticas. Nesse diapasão é excluída a atuação de associação privadas, como a religião. Essa razão é crucial para manter a sociedade bem

ordenada e justa. É importantíssimo que os elementos que integram a constituição e a justiça básica não devem ser feitos a partir de doutrinas religiosas ou filosóficas. Deve-se, para alcançar o consenso, ou o mais próximo possível dessa abstração, utilizar verdades claras, acessíveis e razoáveis para todo o caso concreto. Assim, devem ser utilizados valores que possam ser compartilhados pelos concidadãos, o que torna difícil no caso de adoção de correntes religiosas e doutrinárias, ou seja, valores atinentes a uma categoria específica.

A razão pública é uma particularidade da democracia, onde todos são iguais perante a lei. Por meio dela é exercido um poder coercitivo, uns sob os outros, através da lei. As pessoas exercem o seu poder político pelo voto, que é o exercício do poder democrático. Além disso, o poder deve ser exercido conforme as orientações constitucionais, com princípios coerentes e endossados pelos cidadãos. Mas atingido o consenso, não se pode mais fugir do poder estatal. Depois das decisões fundamentais, sobre liberdade e igualdade, o Estado acaba decidindo sobre uma série de questões de interesse coletivo e, para tanto, acaba limitando a liberdade individual.

Dessa forma, Rawls busca soluções razoáveis compartilhadas pelos demais. Para ele, um pré-requisito são direitos e garantias fundamentais iguais de cidadania (RAWLS, 2011, p. 267).

O autor americano declara que a razão pública é externada pelo Supremo Tribunal. Esta corte dá interpretação à Constituição que foi ratificada democraticamente, os elementos essenciais da sociedade. O supremo tem a principal função de proteger a lei suprema de um país. Mas a democracia pode ser uma armadilha e os tribunais devem proteger a minoria dos interesses da maioria egoísta. Ademais, os magistrados devem fundamentar suas decisões buscando uma leitura clara, razoável e precisa. Os juízes não podem simplesmente aplicar ao caso concreto a sua moralidade, nem os seus valores e suas visões. A justificação vem da razão pública, o consenso coletivo. Contudo, além de realizar a interpretação da lei fundamental, o Supremo Tribunal também deve educar a sociedade sobre os objetivos da razão pública. Apesar do papel fundamental do judiciário, o autor lembra que se deve ter precaução, pois a Constituição advém do povo e não da suprema corte. Emendas constitucionais devem ajustar o texto às novas circunstâncias sociais e políticas, adaptando a Magna Carta de desvios e inconcretudes. Afinal de contas, o legislador inicial não consegue prever todas as condutas sociais que devem ser regulamentadas, especialmente condutas que ainda não existiam quando a lei foi editada.

O autor apresenta uma crítica à razão pública. Ela nos oferece várias respostas corretas e possivelmente aplicáveis a uma mesma situação, mas qual delas é a mais adequada? Embora

as pessoas tenham diferentes valores não políticos, todos podem chegar a uma solução coerente, adequada ao caso concreto. Entretanto, as pessoas devem ter consenso entre os elementos essenciais que alicerçam a sociedade.

Mas os limites da razão pública dependem das condições históricas e sociais, os cidadãos devem ser incentivados a respeitar esse ideal. Quem estabelece os limites são os cidadãos, não a lei. O conceito de justiça também integra a concepção de razão pública. As pessoas devem atingir um dever de civilidade.

Os limites da razão pública dependem das condições históricas e sociais. Na obra *O Liberalismo Político*, Rawls estuda a estrutura básica da sociedade. Essa estrutura é a principal instituição que distribui direitos e obrigações. Aqui ele atenta para a distribuição de riquezas. O filósofo americano explica que mesmo quando as pessoas respeitam as regras sobre troca de bens, pode haver injustiça. A “mão invisível” (SMITH, 1996, p. 438) direciona as riquezas para uma configuração oligopolista. Em resposta, o autor propõe que todas as desigualdades devem ser voltadas para beneficiar os menos favorecidos. Essa diferenciação seria justificada.

Na sequência, o autor retorna para a análise das liberdades básicas. A igualdade material depende das liberdades políticas consolidadas. Governos totalitários defendem exatamente o contrário, afirmando que as necessidades básicas somente podem ser alcançadas com a limitação das liberdades políticas. Assim, poderão atender aos anseios dos cidadãos. Rawls é fortemente contrário a esse posicionamento, pois essa afirmação não passa de um engodo. Ele defende que liberdade e igualdade deverão sempre estar juntos, um Estado não pode ser justo apenas com um desses elementos essenciais. Rawls (2002, p. 175) afirma: “As liberdades básicas constituem um conjunto articulado de meios e possibilidades legalmente protegidos.”

Ele explica que alguns Estados dão um mínimo social, acreditando que esta diminuta atuação seria suficiente para estabelecer um procedimento democrático justo. Entretanto, o conceito de justiça é muito mais amplo e complexo. Rawls declara que as liberdades políticas não são elementos de segunda categoria, características diminutas, ao contrário, são integrantes essenciais para a constituição de um Estado democrático e merecem proteção estatal. Um Estado que não defenda as liberdades políticas não pode ser denominado de democrático, estando distante desse conceito.

Assim, somente existirá justiça básica se os cidadãos tiverem liberdades para atingir cada qual os seus fins. Mas para garantir esses fins, é necessário que o Estado crie uma estrutura básica, que permitirá o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária.

Apenas com um acesso justo aos bens o cidadão terá conquistado sua autoestima, algo escasso atualmente. Só com a autoestima existirá uma vida digna e feliz, no mínimo durante períodos transitórios. Portanto, o Estado não deve se contentar em fornecer um mínimo aos cidadãos, e sim procurar atender todas as necessidades da população (FACHIN DIAS, 2012).

O princípio da justiça inicial prescreve o seguinte: “Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdade para todos.” (RAWLS, 2002, p. 144).

Uma das liberdades básicas que deve ser preservada é a proteção à integridade física da pessoa (RAWLS, 1997, p. 65). Assim, os órgãos estatais, numa democracia, não podem utilizar o poder excepcional que lhe seja conferido para impor crenças, ideologias ou culturas, o que resultaria na limitação do pluralismo e da diversidade. Na realidade, o poder estatal deve criar as condições para uma coexistência pacífica das liberdades, não para impor um modelo político pretensamente correto e adequado. Contudo, deve-se reconhecer que em qualquer sociedade, mesmo nas bem ordenadas, haverá conflitos entre os diferentes grupos, cada um buscando impor seu modo de vida. Por exemplo, cita-se: “[...] não podem correr o risco de dar menos liberdade de consciência às minorias religiosas baseando-se na possibilidade de que aqueles a quem representam tenham adotado uma religião majoritária ou dominante e que, assim, se beneficiarão de uma liberdade ainda maior.” (RAWLS, 2002, p. 170).

Assim, a atuação estatal apenas se justifica em casos específicos, para permitir a convivência pacífica e harmoniosa entre as diferentes correntes que convivem na sociedade, o que permite que todos desenvolvam suas capacidades, em um Estado neutro, sem privilegiar uma doutrina específica, evitando, inclusive, a tirania da maioria: “[...] uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada a fim de salvaguardar uma ou várias das outras liberdades básicas.” (RAWLS, 2002, p. 150).

Novamente é repetido que nenhuma liberdade pode existir de forma absoluta, pois caso isso ocorra, resultaria na submissão de todas as outras liberdades, em todas as situações, sejam concretas ou hipotéticas. Na busca de resolver esse dilema, Rawls propõe um “sistema coerente.” (RAWLS, 1997, p. 177).

Mas surgem diversas dificuldades práticas, como a falta de instrução ou falta de recursos financeiros, pois esses elementos também afetam as liberdades básicas. A justiça deve ser cega quando se trata do sujeito passivo das liberdades básicas, ou seja, deve tratar da mesma forma os mais privilegiados e os mais humildes da sociedade (RAWLS, 2011, p. 77). A distribuição igual de bens e direitos será mais bem executada se não souber qual o

beneficiário. A imagem da justiça, com os olhos vendados, representa adequadamente esta ideia (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Além disso, Rawls aponta que é legítimo que as partes defendam os seus próprios interesses, não extrapolando o limite do razoável, do contrário atingiria a harmonia social. A defesa intransigente dos interesses de grupos específicos, com visões contrapostas, gera atrito entre os diferentes integrantes. Liberdades básicas devem ter a proteção formal, limitando a atuação estatal, inclusive, de outros indivíduos. Afinal, particulares podem afrontar os direitos humanos de maneira tão intensa quanto às violações estatais. Isto é chamado de direito negativo, o direito a uma não ação, o que significa que as pessoas podem agir em defesa de seus interesses, desde que não atinjam as liberdades básicas dos concidadãos. Dessa forma, a legislação deve, antes de reprimir, diligenciar, no sentido do apoio mútuo e da cooperação social.

Atualmente vislumbra-se uma dramática crise institucional, não somente no Brasil, mas principalmente aqui. Coloca-se em dúvida a capacidade do Estado de resolver problemas sociais. No que se refere à segurança pública, muitas alternativas são propostas, algumas delas envolvem restrições, em diferentes níveis, de direitos e garantias fundamentais. Alguns doutrinadores (MACHADO, 2014) são contrários à relativização dos direitos humanos e da dignidade humana, pois dessa forma a ciência estaria a curvar-se ao “canto da sereia”.

Um trecho do livro *Odisseia* (HOMERO, 1997) narra o momento que o barco de Ulisses, o protagonista, passava próximo da ilha de Capri, com muitas sereias. Ciente que o seu canto poderia afundá-lo, ele colocou cera no ouvido de seus marinheiros para que eles não fossem seduzidos. Mas ele, Ulisses, queria ouvir o maravilhoso canto das sereias. Para tanto, pediu que seus tripulantes o amarrassem ao mastro e não o soltassem até estar distante da ilha. Eles não deveriam atender nenhum pedido dele, por mais desesperado que fosse. Somente assim o herói conseguiu ouvir o canto da sereia e permanecer vivo.

Os simpatizantes da teoria absoluta defendem que em épocas de crise institucional a defesa dos princípios básicos da sociedade deve ser prioridade, pois nesses momentos de indecisão, a proteção dos direitos humanos e da dignidade humana pode representar um norte que balizará a atuação estatal. O medo e o desalento, frequentes na contemporaneidade, não podem justificar negativamente garantias incorporadas de forma tão penosa durante inúmeras revoluções de nossa história. O Estado tem a capacidade de salvaguardar a sociedade de uma forma completa para eles, sem restringir esses privilégios.

Porém, para Rawls (1997, p. 177), o sistema de liberdades básicas precisa ser construído de forma coerente e harmônica. Portanto, essa ideia não se conforma com

liberdades /direitos absolutos.

Nesse diapasão, não se pode limitar os direitos humanos de alguns cidadãos para proteger muitos outros, garantindo as liberdades básicas de todos? Não se pode considerar que, no caso concreto, em certos momentos os interesses da coletividade devem se sobrepor aos demais? O que o autor defende não é extinguir direitos, mas descobrir ou até inventar um meio termo razoável em que não ocorreriam grandes ofensas a um bem juridicamente tutelado. Em contrapartida, essa ponderação pode representar enormes ganhos à sociedade universalmente.

O teste de (DNA) foi uma das grandes descobertas do século passado, com notáveis reflexos na vida do século XXI, especialmente, no direito. Por exemplo, o referido teste pode ser utilizado para descobrir os responsáveis por crimes violentos. Para realizar essa descoberta, tão relevante para o direito, pode ser submetido o suspeito a um exame compulsório? Por meio do teste obrigatório pode-se proteger a sociedade da reiteração criminosa. Além disso, a responsabilização de um delinquente serve para intimidar prováveis futuros criminosos, o que é chamado pela criminologia de prevenção geral negativa.

Assim, surgem duas hipóteses: ou a intimidade dos suspeitos deve ser protegida de forma absoluta, impossibilitando a submissão compulsória ao teste, o que cobra um preço da segurança coletiva; e, de outra forma, pode-se permitir o teste obrigatório dos suspeitos, respeitando procedimentos legais, encontrando o verdadeiro responsável por delitos violentos. Em síntese, essas são as opções que se evidenciam ao legislador e ao magistrado.

Em uma sociedade justa, o valor de todos os cidadãos é o mesmo, não privilegiando a intimidade de alguns em face da integridade física de todos. Não se deve privilegiar um indivíduo em todas as hipóteses. Portanto, assim como os suspeitos têm direitos, as instituições democráticas também possuem responsabilidade com a coletividade, diuturnamente vítima de crimes violentíssimos. Além disso, o Estado não é um ser onipotente e onipresente, com capacidade de solucionar todas as violações do ordenamento, sem ajuda da legislação e das novas tecnologias em certos momentos. Da mesma forma que os agentes policiais evoluem, a criminalidade também apresenta um desenvolvimento, tornando mais difícil a elucidação de delitos. O Estado terá sua atuação excessivamente restrita, sem margem para avançar sobre alguns direitos humanos em situações específicas, com autorização ou acompanhamento direto do judiciário, quando a limitação não se originou desse poder estatal.

Entretanto, é indispensável que sua conduta deva ser regrada, pois se houver excesso na utilização da informação genética, realmente poderão ocorrer graves violações aos direitos humanos. O princípio da legalidade em sentido estrito à administração pública é relevante

para estabelecer e proteger direitos e garantias fundamentais. O artigo 37, *caput*¹⁸, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estipula que somente pode fazer o que a lei permite. Bandeira de Mello (1989) assim leciona: “implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.”

Novamente, o princípio da legalidade não significa que não se pode restringir liberdades básicas dos cidadãos de nenhuma forma. Nossa legislação é recheada de exemplos em que as liberdades básicas são relativizadas, como a prisão preventiva (BRASIL, 1941), que restringe o direito de locomoção, uma das mais importantes liberdades atinentes ao indivíduo. Isto, mesmo em nosso ordenamento, inclusive na Constituição Federal, existe proteção ao direito de ir e vir. Mesmo a vida pode ser suprimida em situações específicas, posto que nosso ordenamento admite que a integridade física do ser humano pode ser atingida na legítima defesa e em Estado de necessidade (BRASIL, 1940). Isso para citar hipóteses de normalidade institucional, pois em caso de guerra declarada é admitida, inclusive, a pena de morte.¹⁹

Assim, precisa-se abordar a liberdade básica à proteção contra a opressão psicológica e a opressão física (integridade da pessoa). Não se pode olvidar todos os casos de privação de liberdade e a submissão de exames corporais, temas essenciais na análise do processo penal, mas que também envolvem direito constitucional e direito civil. Como exemplo, pode-se citar a suposta imposição do pai a um teste hematológico para confirmar ou negar uma paternidade.

O grande dilema é se o corpo humano representa um limite intransponível, isto é, não se pode utilizar a informação genética do acusado em nenhuma hipótese? Indubitavelmente, a integridade corpórea é uma das fronteiras mais relevantes à atividade estatal. Não obstante se deve perguntar se a legislação não permite nenhuma forma de violação do corpo humano, mesmo que mínima? Como já visto, existem situações que o ordenamento permite a atuação sobre o corpo humano, como a legítima defesa.

Uma pessoa detida no sistema carcerário brasileiro, ou um detido em qualquer outro país do mundo, certamente, precisará tolerar abalo psicológico com a situação de privação de liberdade. Inclusive, nas prisões brasileiras, os detidos correm risco real de ter sua integridade física atingida. Mas a prisão como uma resposta proporcional a alguns tipos de delito quase não é contestada. Como regra geral, apesar de várias medidas contra o encarceramento, o

¹⁸ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (BRASIL, 1988).

¹⁹ Artigo 5º, XLVII, alínea a (BRASIL, 1988).

número de pessoas detidas só aumenta.

John Rawls (2002, p. 144, 150) também busca resolver esse dilema, como já descrito, lecionando que uma liberdade básica deve ter a interpretação ampla. Conquanto, essa interpretação não deve ser irrestrita, infinita. Pelo contrário, a liberdade básica de uma pessoa deve se harmonizar com a de todos os demais integrantes da sociedade. Um cidadão não pode sobrepor, perpetuamente, a sua vontade à dos demais. Essa limitação permite o desenvolvimento de uma sociedade justa, igualitária e, não menos importante, pacífica. Os direitos devem se compatibilizar com deveres, o que é essencial para a manutenção de uma sociedade coesa e que possibilita o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.

Para o autor americano, as diferenças entre integrantes somente devem ser toleradas, pelo ordenamento, se for para privilegiar os menos favorecidos. É primordial salientar que quase todas as vítimas da violência física são as pessoas menos favorecidas, visto que pessoas mais favorecidas vivem e trabalham em locais mais seguros e algumas têm condições até de contratar seguranças.

No caso do exame de (DNA) compulsório, de um lado existe a submissão dos suspeitos a alguns procedimentos que causam um desconforto mínimo, quando causam; do outro há a salvaguarda da integridade física e psicológica de toda a coletividade. Pode-se evitar a prática de inúmeros crimes violentos, como homicídios e estupros. A legislação busca proteger os investigados durante o processo penal, mas de uma forma geral dispensa pouca ou nenhuma atenção às vítimas. O Estado deve proteger todos os seus integrantes, sejam criminosos, sejam vítimas.

Como já demonstrado, o ordenamento permite diversas restrições às liberdades básicas, inclusive, contra a vida. Outro exemplo comumente citado é a interceptação telefônica (BRASIL, 1996a). Ouvir conversas particulares é uma das formas mais importantes de invasão da intimidade de alguém, amplamente admitida pela jurisprudência e doutrina. Dessa forma, está claro que a legislação permite restrições às liberdades básicas, além de ser amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência. Mas é necessário estabelecer parâmetros claros, que permitam controle pelo judiciário, sempre observando princípios básicos amplamente aceitos pela comunidade.

Dessa forma, a proteção da integridade física e psicológica de investigados pode ser restrita de forma tênue, em benefício da solução de uma ampla gama de crimes. Esse teste de (DNA) auxilia bastante na investigação da autoria, garantindo a proteção da comunidade como um todo, evitando a reincidência de criminosos violentos. Ademais, traz condições para que haja a responsabilização e, eventualmente, a reeducação do apenado. Do contrário, a

integridade física e psicológica de um número indeterminado de pessoas é atingida.

Os contrários, como Guilherme de Almeida Dezem (2008) e Jungen Habermas (2003, p. 263)²⁰, ao teste de (DNA) compulsório, entendem que passar um cotonete na boca de um suspeito é mais ofensivo à dignidade humana do que o sofrimento enfrentado pelas vítimas de estupro e de homicídio.

Por meio de uma interpretação que permita a realização do exame, podem-se tomar decisões que serão fundamentadas de um modo que será aceito, senão por todos, pela maior parte da população. Essa percepção está de acordo com o que é defendido por Rawls.

A sociedade atual é um ambiente perigoso, com diferentes formas de ter sua integridade física e psicológica atingida. Em cidades superpopulosas, é cada vez mais difícil identificar criminosos e pessoas com comportamentos suspeitos, posto que nem vizinhos se conhecem, diferentemente do que ocorria nas comunidades há algumas décadas, na qual os vizinhos conheciam a vida dos moradores próximos, às vezes melhor do que familiares.

Nessa conjuntura, os cidadãos reclamam de seus governos proteção estatal. Atualmente, principalmente no Brasil, o Estado não fornece uma proteção minimamente adequada. Em algumas comunidades nem a polícia consegue adentrar, então, como seria possível salvaguardar alguém nessa situação? Além de todo o sofrimento suportado pelas vítimas de crimes e seus familiares, surge o problema de a coletividade buscar justiça com as próprias mãos, afinal, o contrato social estabelecido em um Estado de ignorância coletiva foi flagrantemente quebrado.

Nesse diapasão, é essencial que as instituições democráticas ofereçam respostas eficientes, sem abolir liberdades básicas do cidadão. Mas é claro que será necessária uma regulação para impedir abusos por parte dos órgãos de segurança pública.

Como já exposto, países e tribunais reconhecidamente melhores garantidores dos direitos humanos que o Brasil, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (SANGUINÉ, 2011)²¹, admitem intervenções corporais amparadas pela legislação (HADDAD, 2007, p. 216-

²⁰ “Ainda na linha de entendimento habermasiana acerca das concepções de Dworkin, ele esclarece que os princípios jurídicos e determinações de objetivos políticos do legislador que combinam com tais princípios, põem à disposição os meios argumentativos para se reconstruir o direito vigente. Para desempenho da tarefa de construção de uma ordem jurídica na qual se estruturam todos os elementos essenciais para a tomada de decisões em casos singulares, é tarefa a ser desempenhada por uma alegoria que concebida como ‘juiz hércules’, que disporia de um saber ideal acerca de todos os princípios e objetivos válidos para justificação.” (HABERMAS, 2003, p. 263).

²¹ “considera que o direito a não se auto-incriminar concerne principalmente ao respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Está admitido, em princípio, pelo ‘nemo tenetur se detegere’, de maneira que fica fora do campo de ação do privilégio contra a autoincriminação a utilização no processo de informações que, embora obtidas pela acusação com o uso de poderes coercitivos, tenham uma existência independente da vontade do suspeito, como os documentos recolhidos por força de um mandado judicial. A coleta forçada de amostras biológicas do imputado, tais como a coleta de sangue, de urina e de tecidos para uma biópsia ou para exame de

253). Não há resposta pronta e capaz de abarcar todas as hipóteses conflituosas. O Estado não é onipotente, não possui um oráculo. Ele precisa utilizar ferramentas legais e proporcionais, que absorvam novas tecnologias, a fim de atingir um fim maior, a segurança e a paz pública. Somente assim se pode aproximar de uma sociedade harmônica que permita a todos o desenvolvimento de suas potencialidades.

Na sequência, será abordada a teoria da proporcionalidade, de acordo com o que vem proposto por Robert Alexy.

4.2 A APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A história humana é permeada por momentos paradoxais, alguns em que houve maior proteção dos direitos humanos, outros com ofensas inimagináveis a essas mesmas liberdades, como as ocorridas na Segunda Guerra Mundial.

Ademais, não há que se falar em direitos humanos sem respeito à dignidade humana, a qual pode ser definida como: “defender os seres humanos contra qualquer tipo de coisificação ou de redução jurídica ou moral de sua humanidade.” (BAEZ et al., 2012, p. 15).

A delimitação de um conceito uníssono de dignidade humana é extremamente árdua, apesar de o tema ser enfrentado desde muito antes da era cristã. Os preceitos de paz, de misericórdia e de solidariedade são antigos, mas esquecidos em face das primeiras dificuldades. Entretanto, sem dúvida, todos esses embates permitiram a evolução das dimensões dos Direitos Humanos. Toda a dificuldade advém das complexidades inerentes à personalidade humana, pois cada um tem preferências distintas. O próprio conceito de felicidade pode ser bastante distinto dentro de uma mesma comunidade. O que é digno para uma pessoa pode não ser para outra. Por isso, é sempre difícil se estabelecer um conceito uníssono de dignidade humana.

Além disso, para alguns autores (BAEZ et al., 2012, p. 40), no começo o conceito de Dignidade se sobrepõe às leis estabelecidas. Assim, deve ser reconhecida pelo Estado, não elaborada. Mas ainda mais difícil do que conceituar é implementar os direitos humanos.

Atualmente, a definição de Dignidade Humana se ampliou enormemente, contudo, um conceito específico continua sendo difícil, em razão especificamente das diferenças entre

(DNA), de hálito mediante o uso de bafômetro para um motorista suspeito de embriaguez, seriam em princípio legítimas, dado que o material usado na análise forense é obtido com procedimentos minimamente invasivos (pense-se nas coletas de sangue, cabelos ou tecidos corporais) ou por meio de procedimentos não invasivos, mas que exigem a colaboração do imputado (a coleta de urina, de saliva, de padrões vocais para comparação, etc.), desde que os órgãos investigadores se sirvam de métodos respeitosos da dignidade humana e do seu direito à saúde.” (SANGUINÉ, 2011).

culturas diversas. Os ocidentais possuem conceitos distintos dos orientais. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), após a Segunda Guerra, procurou-se estabelecer uma definição, mas existiu forte resistência.

A crítica à Declaração é de que estabelece liberdades por um viés excessivamente individualista. Essas liberdades são genéricas e de difícil concretização. Mesmo após a assinatura da Declaração Universal, os Estados Unidos compactuaram com a segregação racial. A resposta dos países orientais foi o Pacto Civil e Social (BRASIL, 1992), que procurou estabelecer direitos especificamente. Entretanto, as culturas orientais têm dificuldades sérias em aceitar manifestações sociais.

Parece evidente que a solução para essa incerteza, a definição dos direitos humanos, envolve uma abordagem multicultural. E isso é uma necessidade inadiável, pois apesar da grande evolução do tema, ainda existe muita miséria e desrespeito à pessoa humana em todo o mundo. Encontramos graves violações dos direitos humanos em todo o planeta, inclusive, nos países mais privilegiados, é claro que em menor grau.

Dignidade, segundo alguns filósofos, como Kant (2009, p. 134-141), está intimamente ligada à autonomia. Dignidade é poder escolher seu destino, especialmente, escolher as leis que irão gerir a sua vida. Assim, qualquer conduta que atinja a autonomia também atinge a dignidade (RECKZIEGEL, 2016, p. 214). Modernamente, entende-se que a autonomia é um importante elemento, mas não o único, pois mesmo pessoas sem autonomia têm dignidade, como, por exemplo, os doentes mentais (SARLET, 2013, p. 23). Autonomia também se relaciona com a liberdade, mas essa liberdade deve se harmonizar com a liberdade dos demais integrantes da sociedade. Afinal, direitos absolutos somente podem ser garantidos para uma única pessoa, fazendo com que todos cedam sua autonomia para o cidadão privilegiado. Dessa forma, direitos totais não se coadunam com Estados democráticos.

Reckziegel (2016, p. 214), em sua obra, *Dignidade Humana em Risco: Existe Limite para as Experiências Científicas?*, discute a importância do consentimento dos participantes de testes médicos e farmacológicos. Esse tema tem importantes reflexos no desenvolvimento da biotecnologia. Dessa forma, não é difícil visualizar reflexos na dignidade humana durante a extração compulsória em exames de (DNA), posto que a autonomia é limitada.

Hodiernamente, o princípio da dignidade humana está firmemente esculpido logo no início de nossa Magna Carta, em seu artigo 1º, inciso III.²² Não apenas na Constituição, em

²² “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1988).

diversos pontos do ordenamento brasileiro a dignidade é inspiração, como a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) e o Estatuto do Deficiente (BRASIL, 2015b). Além disso, a jurisprudência também utiliza o conceito genérico de dignidade humana e de direitos humanos em decisões de todo o tipo, o que dificulta o controle jurisdicional. O próprio Supremo Tribunal Federal, frequentemente, confunde conceitos e aplica esses princípios de forma desordenada, sem parâmetros claros. A crítica da utilização deles é que se aproximam bastante da arbitrariedade, afastando-se do racionalismo e da subsunção jurídica e filosófica, como defende Habermas (2003, p. 263).

Não somente o Brasil, mas todos os países, inclusive, os mais autoritários, como a Coreia do Norte, proclamam-se respeitadores da Dignidade Humana (REUTERS, 2017). Isto é, todos os Estados se anunciam defensores dos direitos humanos e da dignidade humana, mesmo que na prática estejam distantes disso.

Alguns autores relacionam dignidade com a felicidade (UNGER, 2001). O Estado não pode fornecer felicidade para as pessoas, afinal, cada um tem uma definição distinta de felicidade. Dessa forma, cabe a ele proporcionar a todos as condições de alcançar a sua felicidade, específica. Essa seria a real função do Estado.

Retornando, definir dignidade humana é um óbice crítico. Fundamentalmente, os conceitos podem ser distinguidos em Universalistas e Relativistas. O primeiro estabelece que a dignidade é a mesma em qualquer lugar do mundo, independentemente da cultura. Assim, ocidentais e orientais teriam um núcleo de direitos que seriam idênticos. Por outro lado, temos os relativistas, que defendem não haver nenhum direito absoluto, tudo depende das influências culturais.

Mas existe um grupo que defende uma ideia mista, junto a esse núcleo imutável existe uma grande porção mutável, de acordo com cada cultura. Assim defendem Narciso Baez et al. (2012, p. 24), de que a Dignidade deve ser composta por uma parte universal e a outra é cultural. Na primeira, a parte universal, encontra-se a vida, a integridade física, a liberdade e a igualdade. Essa visão é mais congruente com um mundo multicultural, como o atual, principalmente, com o embate entre cristãos ocidentais, árabes muçulmanos e asiáticos. Na verdade, muito mais do que uma disputa entre crenças, é um embate por mercados.

Contudo, mesmo esse modelo misto não soluciona todos os problemas de colisões de direitos fundamentais. Pode-se imaginar uma situação em que o médico deve escolher entre a vida do feto e a da mãe, um confronto entre direitos iguais e imensamente relevantes. Como deliberar qual direito à vida deve prevalecer, do filho ou da mãe? Outros conflitos trágicos se apresentam, como o direito à intimidade contra o direito à segurança pública e à integridade

física da coletividade, ou seja, a possibilidade de compulsar suspeitos a exame de (DNA).

Para solucionar esse duelo determinados autores propõem algumas soluções. Um deles é Robert Alexy (2015b), com a sua Teoria da Argumentação Jurídica. Essa obra representa uma abertura do sistema jurídico ao sistema moral, afastando-se do positivismo puro, proposto por Hans Kelsen (1999, p. 47). Essa legalidade extrema gerou cenários que afetaram profundamente a dignidade humana, o governo nazista é um exemplo de aplicação inconsequente da lei.

Alexy percebeu que a legalidade é importantíssima, uma conquista colossal, resultado de séculos de evolução jurídica, mas a legalidade deve ser permeada por elementos axiológicos. Robert Alexy (2015b, p. 31) busca trazer ordem ao ambiente jurídico, criando a teoria jurídica geral dos direitos fundamentais.

A teoria é dogmática. A dogmática jurídica procura respostas razoáveis para normas abertas. Na atualidade, as normas são abertas à interpretação e cabe ao judiciário a última palavra. Na sociedade moderna, uma legislação aberta permite abarcar uma série de situações cotidianas que não podem ser previstas pelo legislador originário, as lacunas que se apresentam no caso concreto. Mas, como é realizada essa complementação? Quem é legitimado a estabelecer a interpretação preponderante? Quais os critérios utilizados para se estabelecer o critério preponderante? É possível estabelecer uma obrigação a toda sociedade por uma maioria momentaneamente estabelecida? Essas são apenas algumas questões que a teoria da argumentação jurídica procura solucionar (ALEXY, 2015b, p. 36).

O sistema de direitos fundamentais procura enunciados claros e úteis, que permite a solução de problemas específicos. A resposta oferecida deve poder ser compreendida pela maior parte da população. Destarte, deve-se buscar uma Teoria Geral que seja elaborada sobre os direitos fundamentais (ALEXY, 2015b, p. 45). Busca-se, assim, encontrar racionalidade, afinal, o direito se propõe lógico. Mas a lógica pura deve ser utilizada com ponderação, afinal, Direito não é Matemática, do contrário, os juristas poderiam ser facilmente substituídos por computadores. Na prática, a justiça não é tão facilmente encontrada, passa por processos complexos, ouvindo-se as partes e procurando uma solução que pode ser justificada e aceita pela maioria dos cidadãos (ALEXY, 2015b, p. 48).

É bom ressaltar que uma lei escrita pode dar vida a diferentes normas e uma norma pode ser concebida por vários enunciados legais, o que reforça a importância da interpretação, que permite ajustar o texto ao contexto social (ALEXY, 2015b, p. 54). Friedrich Muller defende que a lei somente estará completa com a decisão judicial (ALEXY, 2015b, p. 77). Mas Alexy aponta que se deve ter cuidado, posto que conceitos excessivamente amplos não

auxiliam a defesa de direitos humanos, apenas atrapalham. Na verdade, a padronização é bastante útil para avançar na discussão sobre direitos humanos e dignidade humana (ALEXY, 2015b, p. 60).

Complementando, a administração pública não possui recursos ilimitados, precisa priorizar a aplicação deles. Dessa forma, uma linguagem clara e um conceito específico de direitos humanos podem ser bastante úteis na opção de políticas públicas, o que se convencionou chamar atualmente de escolhas trágicas (BRASIL, 2010). Destarte, a teoria filosófica, argumentativa, utilizada para interpretar é importante e o procedimento escolhido será referência para todas as pessoas. Robert Alexy (2015b, p. 84) apresenta um modelo que se propõe racional.

Alexy também buscou distinguir Regras e Princípios, duas espécies de normas (ALEXY, 2015b, p. 86). Uma das distinções propostas dá conta que os princípios possuem uma generalidade muito superior às regras. Outra forma de discernir diz que as regras têm aplicação determinada, enquanto os princípios podem ser aplicados para situações, inclusive não previstas, quando da criação da norma. Mas Alexy (2015b, p. 87) aponta que mesmo com essas propostas, a diferenciação continua difícil.

Nesse diapasão, o autor propõe que a distinção entre as normas na realidade seja qualitativa e que os princípios sejam aplicados na maior amplitude possível. Por isso, para Alexy (2015b, p. 90), os princípios são chamados de Mandamentos de Otimização.

Por outro lado, as regras, em caso de embate, não admitem ponderação. Apenas uma regra deve prevalecer em caso de colisão, salvo se existir uma cláusula de exceção. Dworkin defende que para as regras vale o *tudo ou nada* (ALEXY, 2015b, p. 92).

Como os princípios são mandamentos *prima facie* (ALEXY, 2015b, p. 104), devem se aplicados na melhor medida possível. Mas como determinar qual princípio deve prevalecer em cada caso concreto? Para tanto, é necessário realizar um sopesamento, avaliando os prós e os contras de cada opção. Ou seja, é preciso avaliar os prós e os contras da preponderância do princípio A e, na sequência, os prós e os contras do predomínio do princípio B. O problema de princípios absolutos é de que somente podem ser garantidos a uma única pessoa.

Procurando auxiliar na escolha do princípio prevalente, o autor alemão apresenta três máximas parciais (ALEXY, 2015b, p. 117): Adequação, que significa aptidão para atingir os objetivos propostos, ou seja, o posicionamento escolhido protegerá o bem jurídico tutelado; a necessidade, que sugere que não existe uma maneira menos gravosa de atingir o mesmo objetivo. Como ensina Jellinek (apud LEAL, 2007): “Não se abatem pardais com canhões.” Apesar de algumas medidas serem eficazes, são completamente desproporcionais.

Complementando, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito, que basicamente avalia os benefícios e os prejuízos das medidas, isto é, a ponderação entre os ônus e os bônus.

A crítica ao sopesamento de valores é que a teoria seria uma forma de se esconder do decisionismo judicial, abrindo as portas ao subjetivismo. Esse subjetivismo se aproxima perigosamente de decisões arbitrárias, permitindo decisões completamente alheias à legislação, a qual é editada pelos representantes do povo e apenas estes têm legitimidade para impor normas abstratas para toda a população. Em resposta, Alexy (2015b, p. 165) alega que se pode estabelecer distinções claras: Decisionismo – a norma é escolhida de uma forma não racional; e Fundamentado – o processo mental que é utilizado para se encontrar a resposta pode ser racionalmente observado e justificado.

Complementando, apesar de Alexy (2015b, p. 251) estudar principalmente os princípios, ele deixa claro que regras e princípios se complementam, algumas normas se expressam por regras, outras por princípios. As duas espécies normativas devem coexistir, cada qual abordando uma área do ordenamento jurídico.

Na sequência, Robert Alexy (2015b, p. 229) expõe: “Se todos forem absolutamente livres, voltamos ao Estado de natureza.” O autor declara que os direitos fundamentais não são definitivos, são na verdade direito *prima facie* (ALEXY, 2015b, p. 277). Portanto, eles são restringíveis, desde que seja compatível com a Constituição. O professor alemão lembra que a proteção ilimitada não é a intenção de qualquer Estado Democrático de Direito (ALEXY, 2015b, p. 300). Na verdade, é difícil pressupor qualquer sociedade em que existam direitos absolutos, pois afeta a harmonia e a paz social. Habermas declara que os direitos são carentes de restrição legal e configuração legal, eles somente atingem toda a sua potencialidade quando harmonizado com outros direitos, em um ordenamento jurídico sadio (ALEXY, 2015b, p. 333).

A teoria da argumentação jurídica não permite uma solução para todos os casos, mas busca uma argumentação, apenas trazer uma argumentação lógico-racional para solução de conflitos entre Direitos Fundamentais (ALEXY, 2015b, p. 574). Afinal, decisões judiciais prolatadas devem não apenas ser justas, mas parecer justas para a sociedade, devem possuir um procedimento cognoscível. Do contrário, a decisão se aproxima da arbitrariedade.

Mas essa teoria não é uma unanimidade. Existem críticas importantes. Jürgen Habermas (1997, p. 288) afirma que com essa teoria o julgador não se liga a nada, novamente apontando a preocupação com a discricionariedade. A legalidade possui diversas falhas, mas foi uma grande conquista histórica, no sentido do Estado de direito, uma vez que protege os cidadãos da vontade despótica e abusiva de um governante.

O autor alemão, Robert Alexy (2015b, p. 582), afirma, com razão, que o legislador, representante democrático que tem competência para impor condutas a toda a sociedade, não consegue regular todos os comportamentos sociais. Assim, uma margem para o magistrado decidir é sempre necessária. O sopesamento dos princípios permite uma análise racional e plausível de cada decisão (ALEXY, 2015b, p. 599).

Alexy (2015b, 626) defende que quanto mais um direito é restrito, mais a violação se aproxima do seu cerne, mais difícil será a ponderação desse direito, devendo então ser protegido. Essa é a solução empregada e utilizada para decisões mais complexas. O próprio Alexy admite que sua teoria não é absoluta, mas extremamente útil para os problemas contemporâneos e complexos.

O terceiro milênio é marcado por gigantescos e novíssimos desafios ao direito. O legislador não consegue acompanhar todas as inovações. Mas, sem dúvida, muitas dessas descobertas exigem regulamentação.

Uma área que certamente demanda atenção especial do parlamento é a biologia, que vem avançando a passos largos, com temas como clonagem, bioengenharia e os testes que permitem a exploração do (DNA). A própria mídia não dá a devida atenção ao tema. Essa área também envolve muitas discussões morais e éticas. Basta um pequeno fragmento de (DNA), para identificar uma pessoa. Essas provas podem ser utilizadas nas seguintes situações:

- a) para determinação da paternidade biológica e outras formas de parentesco. Com os avanços no processo de identificação, é possível identificar o genitor sem precisar do material genético da mãe;
- b) a identificação de pessoas em procedimentos penais. Aqui se compara o vestígio encontrado no local da prova com o suspeito;
- c) a identificação de indivíduos *post-mortem*. Comparando o Ácido Desoxirribonucleico ((DNA)) do falecido com as informações constantes no banco de dados (SANCHEZ, 2003, p. 88).

Mas o que se afirma, com razão, é que a pessoa deve comandar o que deve ocorrer com seus dados. Afinal, essas informações possuem interesse não somente para o direito, em processos criminais e civis, mas um valor econômico, mormente para a indústria médica e farmacêutica. Assim, é preciso regular, preferencialmente por lei em sentido estrito, a respeito de como podem ser utilizadas essas informações (SANCHEZ, 2003, p. 91).

Entretanto, outra temática importantíssima se refere à possibilidade ou não da realização compulsória de testes em processos criminais (HADDAD, 2008, p. 220). Outro ponto relevante é quanto à confiabilidade dos testes de (DNA), especialmente, nos Estados Unidos, onde ele é abundantemente empregado (ABRAMS; GARRETT, 2015, p. 772). Os autores contrários à realização compulsória do exame questionam quais oportunidades justificam a execução do teste e, também, por quanto tempo a informação genética pode ser mantida em banco de dados. De um modo geral, a confiabilidade do teste de (DNA) depende principalmente da forma que as amostras são manipuladas.

O Comitê Internacional de Bioética da UNESCO (2001) elaborou a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. A declaração anuncia que o genoma humano é patrimônio da humanidade. Sendo patrimônio da humanidade, essas informações não devem ser apropriadas por pessoas ou por interesses particulares (SANCHEZ, 2003, p. 91). Dessa forma, não é difícil que a utilização em processos judiciais, especialmente criminais, não seria ofensa a esse ditame, posto que o interesse público é evidente.

Como já apontado anteriormente, os bancos de dados com informação genética podem ser de duas espécies: os prognósticos, que buscam características específicas nos genes, especialmente para diagnosticar doenças; os de identificação são normalmente utilizados em arquivos policiais. Em ambos, por serem informações extremamente sensíveis, exigem uma regulamentação rigorosa, preferencialmente, emanada dos legisladores, representantes do povo (SANCHEZ, 2003, p. 96).

Por intermédio dos Bancos de Dados de (DNA) podem ser realizados estudos estatísticos populacionais e as informações podem ser utilizadas em investigações policiais e no descobrimento de pessoas desaparecidas. A legislação espanhola, por exemplo, não está adequadamente equipada para lidar com o tema, principalmente, quando o conhecimento é empregado com fins policiais. Por exemplo, não estabelece o que e por quanto tempo a informação sobre genoma deve ser armazenada (SANCHEZ, 2003, p. 98).

Assim, pode-se verificar que diversos países ocidentais, como exposto anteriormente, reconhecidos por respeitarem os direitos humanos, realizam o exame compulsório de (DNA) em pessoas suspeitas ou condenadas por crimes (HADDAD, 2007, p. 220). Mas, novamente, é preciso parâmetros seguros para balizar a obrigatoriedade.

Por meio desses paradigmas, é possível realizar procedimentos que representem uma pequena restrição ao direito à intimidade e à autodeterminação, garantindo, em troca, um incremento considerável na segurança coletiva. Através do diagnóstico advindo do exame de

(DNA) podem-se prevenir doenças hereditárias e encontrar com rapidez e um alto grau de certeza os responsáveis por crimes violentos, como o estupro, evitando que esses delitos se repitam, fazendo novas vítimas.

A extração compulsória de (DNA) de suspeitos de crimes graves e violentos encontra-se em harmonia com um sistema garantidor dos direitos humanos, segundo a teoria da argumentação jurídica de Alexy. Ela é adequada, pois protege a sociedade, reduzindo o tempo de solução de crimes e aumentando consideravelmente a chance de encontrar o real responsável pela infração penal. Essa lei é também necessária, pois inexistia alternativa similar a ser utilizada.

Finalmente, a norma é proporcional em sentido estrito, uma vez que representa uma ofensa ínfima à dignidade do condenado ou investigado, menor que procedimentos atualmente já empregados, como a extração de impressão digital e a prisão preventiva. São instrumentos de processo penal muito mais invasivos que a extração de (DNA), que simplesmente utiliza um cotonete para coletar a saliva na boca.

Já foi apresentado que nenhum direito pode ser considerado absoluto. Mesmo o direito à vida é relativizado na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º (BRASIL, 1988). O ordenamento brasileiro admite aborto e homicídio, como na legítima defesa e no Estado de necessidade (BRASIL, 1940). Essas limitações são consideravelmente mais gravosas ao suspeito que o exame de (DNA), mesmo assim aquelas são permitidas e este não. A sociedade deve estar preparada para absorver novas tecnologias, que surgem normalmente com a evolução de uma sociedade democrática e madura. É necessário saber resolver problemas que até há pouco tempo não existiam e não eram previsíveis. Portanto, o emprego de novos instrumentos, de forma regrada, possibilita um salto de efetividade dos órgãos estatais, dentro de um ordenamento que não somente respeita, mas promove os direitos humanos, mormente a dignidade humana.

Simplesmente ignorar avanços tecnológicos não é uma opção razoável. Além disso, países europeus e até a Unesco reconhecem a possibilidade de utilização de dados genéticos por entidades públicas e privadas, desde que de forma regrada e com vistas à finalidade pública, como já demonstrado anteriormente.²³ Deve-se sempre buscar o bem comum, não de uma pessoa ou de uma instituição privada.

Destarte, o legislador, precedido de um amplo debate, precisa acompanhar essas transformações, apontando os parâmetros corretos e seguros em que se permita a atuação estatal em prol da sociedade, bem como a proteção dos cidadãos e seus direitos. Somente

²³ Tabelas anexas.

assim se poderá resguardar a dignidade humana e os direitos à intimidade e à privacidade, desenvolvidos durante milênios de história pela sociedade como um todo, sem abandonar as vítimas da criminalidade à própria sorte. O que foi estabelecido pelas gerações anteriores é notável e indispensável, mas de forma alguma imutável, é um edifício em constante construção.

4.3 A LEI 12.654/12 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Lei n. 12.654²⁴, de 28 de maio de 2012, trouxe o conhecimento advindo do estudo do genoma humano, com todas as suas possibilidades, para o processo penal moderno. Como apresentado, países mais desenvolvidos tecnologicamente, como Estados Unidos e Europa, utilizam esses conhecimentos desde o início da década de 1980. O primeiro caso registrado foi na Inglaterra, como já demonstrado no primeiro capítulo.

O legislador nacional encontra-se há décadas atrasado diante da realidade prática. Apesar do atraso, é um passo necessário, pois a legislação deve continuar a ser aprimorada. Essa legislação trata especificamente da formação de banco de dados, que pode auxiliar na

²⁴ “Art. 1º O art. 5º da Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: [...]”

Art. 5º [...]”

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” (NR)

Art. 2º A Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“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 judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

“Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

Art. 3º A Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

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

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

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.”

solução de inúmeros delitos.

Podem-se realizar enormes debates a respeito da utilização dos bancos de dados genéticos e da sua manutenção por órgãos públicos. Existem críticos, como já apresentados, contrários à submissão compulsória ao exame, por ofensa à intimidade do investigado e ao princípio da não produção de prova contra si mesmo. Será que esse dispositivo legal realmente ofende à dignidade humana? Qual a diferença desse banco de dados genético para aquele mantido com as impressões digitais de todos os cidadãos, realizados desde a infância de toda a população? Esse procedimento, arquivo com impressões digitais, foi instituído no Brasil no início do século XX (PAPILOSCOPIA, 2001) e as informações são mantidas indefinidamente. Esses arquivos públicos já ajudaram a identificar incontáveis pessoas vivas e mortas, inclusive, retirando inocentes da cadeia (CABETTE, 2009). O reconhecimento civil, por meio da carteira de identidade, ocorre normalmente muito antes dos dezoito anos. Apesar disso, não existe discussão sobre a legalidade ou a constitucionalidade dessa identificação.

A discussão legislativa que acompanhou a edição do projeto de lei é bastante elucidativa. Os argumentos utilizados pelos parlamentares se aproximam bastante dos aqui expostos. O relator, deputado Vicente Cândido (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011), em sua fundamentação, aduz sobre um processo já em andamento no Brasil, devendo ser formado, em breve, um banco nacional de perfis de (DNA), para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. Foram anexados a esse projeto de lei diversos outros projetos de lei sobre o tema, especificamente, os que tratam de crimes sexuais, como a pedofilia, claramente buscando proteger as mulheres, crianças e adolescentes, ou seja, grupos vulneráveis.

Ademais, o projeto foi analisado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Nesse diapasão, não foram observados quaisquer vícios de constitucionalidade, juridicidade ou de técnica legislativa. O relator também se utilizou do trabalho realizado pelo Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad (2007). O magistrado, em sua obra, lembra que embora o exame compulsório seja uma inovação processual penal, não é uma revolução legislativa, visto que existem restrições muito mais severas a bens jurídicos individuais há muito tempo. Exemplificando, pode citar as privações da liberdade dos réus durante o processo penal, e mesmo antes disso, durante o inquérito policial. Outras espécies de restrições são as interceptações telefônicas, ou então a quebra de sigilo bancário e financeiro. O autor aponta que, indiscutivelmente, essas medidas são significativamente mais lesivas à intimidade do réu do que a colheita de material orgânico. Essa colheita pode ocorrer com a simples utilização de um cotonete na boca do investigado. Não o submete a nenhum sofrimento e a coleta não dura

mais de um segundo. Não tem, dessa forma, nenhum caráter invasivo. Aqui é importante ressaltar que, em alguns casos, nossa constituição admite inclusive a pena de morte, se houver declaração de guerra. Desse modo, a cultura de intangibilidade absoluta do investigado é uma falácia, nossa legislação já restringe direitos humanos, de forma totalmente justificável. Haddad destaca que o (DNA) compulsório é empregado em países que utilizam tanto o sistema de *civil law* quanto de *common law*, sendo efetivamente empregado na resolução de diversos crimes, não só lá, mas no Brasil também, como demonstrado no início da dissertação. Embora ocorra a restrição de alguns direitos tutelados, não suprime completamente os direitos do investigado.

O magistrado federal, Haddad, lembra que o teste de (DNA) compulsório não integrou o processo penal ainda, pois depende de lei específica, que estabeleça as hipóteses possíveis, além de apontar a forma de coleta. Como apresentado, atualmente, em razão da falta de lei, apenas é possível a extração de material genético com o consentimento do investigado, segundo o autor. Aos condenados, a compulsoriedade advém da agora em análise. O magistrado federal também pontua que a regulamentação das intervenções corporais compulsórias deve se guiar pela proporcionalidade, ponderando a intimidade do investigado *versus* a necessidade de esclarecimentos dos fatos. Dessa forma, o exame de (DNA) permite a confecção de decisões mais seguras e justas que as provas testemunhais, pois se fundam em provas científicas irrefutáveis, desde que não tenha sido manipulado.

O relatório legislativo também cita o parecer do Diretor Técnico-Científico da Polícia Federal, Paulo Roberto Fagundes. Ele diz que o (DNA) já está sendo utilizado como instrumento de identificação por laboratórios no Brasil. Contudo, para utilização da informação genética será necessária a formação de Banco de Dados de (DNA) Criminal, com perfis encontrados em cenas de crimes, a fim de comparar com possíveis suspeitos. Isso permitirá imputar autoria com grande grau de certeza. Novamente, surge a necessidade de se estabelecer parâmetros legais para a formação e a utilização desses bancos de dados de (DNA) criminal.

Segundo o relator, deputado Vicente Cândido, os condenados por crime de natureza grave contra a pessoa ou previstos no artigo 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, devem ser submetidos compulsoriamente à identificação do perfil genético, por técnica adequada e indolor.

Assim, foi aprovado o projeto de lei com o artigo 9º inserido na lei de execuções penais. Ao final, o relator reconheceu a existência de lesão a bens jurídicos como privacidade e como intimidade, no caso de submissão compulsória ao exame de (DNA) e o

armazenamento de dados genéticos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012). Entretanto, os danos são insignificantes se confrontados com outros procedimentos já adotados no Código de Processo Penal, como a prisão temporária e a prisão preventiva. Analisando a questão sob o prisma do princípio da proporcionalidade, observa-se que é justificável a aplicação do exame compulsório e do banco de dados, pois os benefícios advindos são muito superiores ao ônus gerado.

Portanto, a Lei n. 12.654/12 está de acordo com os dispositivos constitucionais, apesar de aparentemente entrar em embate com alguns dispositivos da Magna Carta, como a privacidade e a intimidade (artigo 5º, inciso X). A lei está conforme os princípios constitucionais: unidade da constituição (CANOTILHO, 1997, p. 1207)²⁵, harmonização constitucional²⁶ e máxima efetividade da constituição (CANOTILHO, 1997, p. 1208).²⁷

Dessa forma, a resposta é de que a Constituição é um documento complexo e precisa ser analisada de forma global. Não é possível estudar o documento maior estabelecendo um único dispositivo como baluarte absoluto a ser protegido de forma inconsequente. A análise precisa considerar todos os temas de forma única, harmônica, dando máxima efetividade à constituição de uma forma ampla, não focando em um único inciso apenas.

É claro que nem todos os mandamentos constitucionais são igualmente relevantes, mas não se pode sobrepor apenas um acima de todos os demais. Especialmente, quando se analisa a dignidade humana, a qual pode ser expressa e protegida por diferentes aspectos. Assim, a dignidade humana pode ser favorecida por intermédio da intimidade e da privacidade, mas também por meio da segurança pública e da integridade física. Destarte, diferentes aspectos devem ser abordados.

Portanto, a realização compulsória dos exames e a manutenção de banco de dados podem ser concretizadas sem ofender a Magna Carta. A formação do banco de dados será extremamente útil em um número enorme de delitos graves.

²⁵ “o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio de autonomia regional e local). Daí que o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.” (CANOTILHO, 1997, p. 1207).

²⁶ “conhecido por princípio da concordância prática, é utilizado para estabelecer o alcance e os limites dos bens protegidos pelo Texto Maior, para que todos tenham a sua porção correta de eficácia, sem a prevalência de um interesse sobre o outro de modo a evitar o aniquilamento de algum deles (ponderação de bens). Este princípio está diretamente relacionado ao princípio da unidade da Constituição.” (MORAES DA SILVA, 2018).

²⁷ “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (CANOTILHO, 1997, p. 1208).

No próximo tópico será proposto um passo além, uma lei que dará aval legislativo para a realização de exames, mesmo durante a investigação criminal, inclusive, de forma compulsória.

4.4 SEGURANÇA PÚBLICA *VERSUS* INTIMIDADE DO SUSPEITO

Apesar de representar um importante avanço legislativo, a Lei n. 12.654/12 apenas permite a execução de testes genéticos em condenados. Entretanto, chegou a hora de avançar, permitindo a realização dos exames também em investigados, inclusive, durante o inquérito policial.

Como demonstrado, a ponderação de valores é medida que se impõe no caso em concreto, para justificar a realização de exames compulsórios, não apenas em condenados, como também em suspeitos dos crimes mais graves.

Nas tabelas anexas nesta dissertação é possível observar que a maioria dos Estados ocidentais mantém um banco de dados genéticos com finalidade criminal: Áustria, Bélgica, Croácia, Dinamarca, Finlândia, Alemanha, Holanda, Noruega, Irlanda do Norte, Escócia, Eslováquia, Eslovênia, Suécia, Suíça e Inglaterra. Esses países são conhecidos por honrar os compromissos relativos a direitos humanos, demonstrando que a manutenção de banco de dados é medida razoável, adequada e eficiente para a solução dos crimes mais graves de sua legislação, que afetam a integridade física e psicológica, além da liberdade sexual das vítimas.

Ademais, é também possível verificar que nos países, como Alemanha, Áustria, Dinamarca, Escócia, Eslováquia, Estônia, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Irlanda do Norte, Polônia, Reino Unido, República Tcheca, Suécia, Suíça e Ucrânia, há informações genéticas, inclusive, de suspeitos, em crimes específicos.

Desses países, diversos possuem legislação singular sobre a manutenção de banco de dados: Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Islândia, Itália, Letônia, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia, Suíça e, até mesmo, o Conselho da Europa (recomendações e resoluções).

Os Estados Unidos, como já exposto, não apenas possuem o maior banco de dados genéticos do planeta, como admitem amplamente a submissão compulsória ao teste de (DNA). Nesse país, cada Estado pode ter legislação específica sobre o tema. A suprema corte americana admite exames corporais obrigatórios desde 1966, no caso *Schmenber v. California* (SUPREME COURT, 1966), para determinar se um motorista está dirigindo embriagado. A corte americana declarou que a extração forçada de sangue não ofende o direito ao silêncio,

protegido pela quinta emenda. Os perigos que um motorista embriagado representa para a população justificam o exame compulsório.

Diversamente do que é amplamente aceito por países ocidentais com ideais e valores similares aos brasileiros, o Supremo Tribunal Federal, atualmente, entende que não é possível a realização compulsória do exame de (DNA), em nenhuma hipótese. Mesmo no caso da atriz mexicana, G. T. (BRASIL, 2002b), que acusou injustamente policiais federais de estupro, a corte não permitiu o exame genético compulsório, que seria somente a utilização de um cotonete na boca do recém-nascido, resultado do crime sexual fictício. Esse procedimento é absolutamente seguro e indolor, mesmo a um recém-nascido. Nesse caso em particular, foi utilizada a placenta para realizar o teste, visto que seria descartada.

De um lado encontra-se o dever das autoridades policiais garantirem a integridade física e psicológica dos cidadãos. Como desenvolvido no capítulo anterior, a segurança pública da população não é um direito subalterno, insignificante. A vida, a integridade física e a liberdade sexual da população devem ser protegidas pelo Estado constituído. Se a administração pública não consegue proteger de forma satisfatória nem a vida de seus cidadãos, todas as instituições podem ser questionadas pela população.

Do outro lado, existe o direito à intimidade dos investigados e dos condenados. A informação genética das pessoas representa uma das esferas mais internas do indivíduo, contendo informações que até seu titular desconhece. Por meio dos dados genéticos, como visto, é possível identificar, com altíssimo grau de precisão, uma pessoa.

Ademais, seria possível, em tese, vislumbrar ofensa ao direito ao silêncio, também descrito de não produzir prova contra si mesmo, que, como visto anteriormente, possui uma abrangência desmedida no Brasil, impedindo qualquer exame compulsório no corpo humano.

O direito ao silêncio é a resposta democrática à tortura, instrumento processual medieval que buscava obter a verdade em um procedimento judicial. A tortura foi abandonada modernamente, não apenas pela ofensa à dignidade humana, mas pela inutilidade do método. Um indivíduo submetido à tortura confessa qualquer coisa para o martírio acabar, ter fim, seja verdade ou não.

No caso concreto, em que há confronto de direitos fundamentais de igual magnitude, a teoria da proporcionalidade contribui para a solução do dilema. Assim, de acordo com uma ponderação de valores proposta por Robert Alexy, pode-se encontrar uma solução para esse labirinto dogmático jurídico.

Dessa forma, é possível vislumbrar o atendimento da adequação do exame de (DNA), pois é eficaz para elucidar até os crimes mais complexos, se o autor deixar qualquer tipo de

tecido corporal no local dos fatos.

Também se encontra explícita a necessidade, pois a solução de diversos dos crimes violentos não pode ocorrer de outra forma, esse é o único recurso. Para tornar a situação ainda mais dramática, foram quase 60 mil homicídios em 2017 (CAESER; REIS, 2018), é uma guerra não declarada e que a sociedade exige solução.

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito significa que os benefícios advindos superam a suposta lesão ao bem jurídico. No caso concreto, a elucidação de um estupro, submetendo um ser humano compulsoriamente ao exame de (DNA), responsabilizando o verdadeiro autor do crime e preservando a segurança de novas possíveis vítimas, tem preponderância sobre a obrigatoriedade de suportar um cotonete na boca por um segundo. Essa é uma interpretação razoável e condizente com um Estado democrático de direito que respeita todos os seus cidadãos.

O ordenamento brasileiro admite uma série de medidas que representam uma ameaça muito maior à dignidade humana, com aval da doutrina e da jurisprudência dominante. Podem-se citar, como exemplos, as prisões em flagrante, provisória e preventiva, a identificação criminal e civil por impressões digitais, a interceptação telefônica, a quebra de sigilo bancário e fiscal, busca e apreensão pessoal e em residência, entre outras.

Não se pode esquecer que os diplomas internacionais dos direitos humanos foram redigidos em resposta aos horrores da Segunda guerra, quando pessoas eram mortas apenas pela etnia e religião. Homens, mulheres e crianças perderam suas vidas em câmaras de gás e foram utilizados em experiências médicas macabras. Pessoas foram mortas de forma industrial, independentemente de serem ou não combatentes.

Normas internacionais e nacionais no pós-guerra foram resultado das milhões de vítimas, suas mortes bradam para que as civilizações que se apregoam modernas não permitam que esses comportamentos vis e desprezíveis voltem a ocorrer. A proteção da dignidade humana, no pós-segunda guerra, tinha em vista as condutas aterradoras que antecederam.

As medidas propostas são a utilização de um cotonete na boca ou de uma pequena quantidade de sangue, as duas não representam nenhum risco à saúde humana e a primeira hipótese é completamente indolor.

Dessa forma, as providências propostas não representam ofensa à intimidade e à dignidade humana ou, diante de uma interpretação marcadamente garantista, a lesão a esses direitos fundamentais seria insignificante, infinitamente menor do que os benefícios advindos da elucidação de um crime hediondo.

O desespero e os horrores que as vítimas dos regimes totalitários enfrentaram no princípio do século XX, de nenhuma forma se equiparam ao que é encarado por um suspeito submetido a exame de (DNA). Essa equiparação, por si, é uma ofensa ao martírio dos que morreram no holocausto.

Uma lei não está apenas subordinada a uma adequação formal, ela precisa também se curvar materialmente diante da Constituição. E isso ocorre em caso de exame de (DNA) compulsório de suspeitos de crimes graves.

Já foi demonstrado anteriormente que esses bancos de dados públicos, com as informações genéticas, serão mantidos pelos órgãos de perícia estaduais sob a coordenação da perícia criminal da polícia federal. Assim, é clara a atenção dada pelo legislador e pelos órgãos estatais à operacionalização, ao armazenamento e à utilização das informações.

Desse modo, não há óbice na Constituição brasileira, nos diplomas internacionais (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)²⁸ e na dogmática dos direitos humanos à realização obrigatória de exames de (DNA) em suspeitos de crimes violentos. Não obstante, pelas importantes consequências práticas e jurídicas que o teste compulsório representa é necessária uma regulamentação legal (ANDRADE, 1992, p. 22). Ademais, a própria Constituição estabelece que o cidadão somente pode ser obrigado a fazer algo que não queira por determinação legal expressa (BRASIL, 1988).

A manipulação das informações genéticas é uma realidade, a administração pública não pode apenas ignorar esse fato tecnológico. No entanto, é salutar que sejam tomadas medidas para controlar as consequências negativas que possam, em tese, advir. Casabona (1999, p. 122) se posiciona a respeito: “a atitude do jurista deverá ser expectante e aberta, disposta a reconsiderar suas formulações à luz das inovações científicas e tecnológicas, sempre a serviço do ser humano.”

Não são necessárias penas mais duras para melhorar a segurança pública, como sugerem muitos legisladores. Contudo, é primordial que exista uma persecução penal efetiva. Não é o tamanho da pena que inibe a criminalidade, mas a certeza da responsabilização (BECCARIA, 2001). Mas é indispensável e urgente um processo penal mais ágil e eficiente, com medidas como aqui propostas.

Reforçando, a suposta lesão à intimidade será mínima, um cotonete na boca, e o ganho resultante será colossal, permitindo retirar de circulação os criminosos perigosíssimos, como

²⁸ “2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

estupradores e homicidas.

Finalmente, no último item, será apresentada uma proposta legislativa, de uma forma que venha regular essa nova atividade processual penal, sem ofender a dignidade dos investigados.

4.5 PROJETO DE LEI, PARÂMETROS PARA A REALIZAÇÃO COMPULSÓRIA DE EXAME DE (DNA) PRESERVANDO A DIGNIDADE HUMANA

Esta dissertação propõe a realização compulsória de teste de (DNA) em suspeitos de determinados crimes. Ademais, também seria interessante defender a manutenção dos dados genéticos indefinidamente, mas este não é o foco do trabalho.

Contudo, a realização do teste não deve ser indiscriminada. Ela precisa ser regrada, especialmente, por lei em sentido formal, emanada pelos legisladores, representantes democráticos da coletividade, nos moldes do que ocorre com a interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96).

Como visto anteriormente e nos documentos anexos, diversos países já legislaram a respeito da extração do material genético e da manutenção de banco de dados. O Brasil deve seguir pelo mesma vereda. A nova legislação deve prescrever as hipóteses em que o exame pode ser determinado pelo magistrado, deixando explícitos os direitos e as prerrogativas dos investigados. É também importante dispor sobre as formas de preservar o sigilo das informações.

O crivo judicial, diante da manifestação do Ministério Público, evitará arbitrariedades por parte dos agentes da segurança pública ou terceiros, utilizando a medida como *ultima ratio*.

Nesse sentido, não basta apontar um problema, é necessário recomendar soluções viáveis, que possam auxiliar na resposta dos dilemas modernos.

Quadro 1 – Proposta legislativa

Proposta legislativa:
Art. 1º A extração compulsória de material genético poderá ser autorizada, nos crimes praticados com violência de natureza grave contra a pessoa, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça, quando cumulativamente:
a – a prova não puder ser feita por outros meios;
b – o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão.

Parágrafo 1º: A extração deve ser realizada de forma adequada e indolor.
Parágrafo 2º: 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.
Parágrafo 3º: 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 às normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.
Parágrafo 4º: Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta lei ou em decisão judicial.
Parágrafo 5º: As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.
Art. 2º A extração compulsória de material genético poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I - da autoridade policial, na investigação criminal;
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.
Art. 3º O pedido de submissão compulsória ao exame de (DNA) conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.
Art. 4º Constitui crime realizar exame de (DNA) sem autorização do examinado, ou sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Fonte: o autor.

Justificando o conteúdo dos artigos, inicialmente foi disposto, no artigo 1º, que a extração compulsória deve ser utilizada apenas nos crimes praticados com violência grave contra a pessoa. Primeiro, dentro da ideia de proporcionalidade, a obrigatoriedade do exame se justifica em face da gravidade do delito praticado, como os crimes sexuais que deixam vestígio (estupro) e homicídios, apenas para exemplificar. Estes crimes envolvem violência grave contra a pessoa. Pouca relevância tem o teste para os crimes contra a honra e até os crimes de tráfico. Nesses crimes, normalmente, não se objetiva verificar se alguém esteve ou não em determinado lugar.

Outro ponto importante é a utilização desse teste apenas em fatos que disponham de matéria criminal, seja durante o inquérito policial, seja durante o processo penal. Novamente, de acordo com a ponderação no caso concreto, a utilização de informação genética apenas se justifica nos casos criminais mais graves.

Continuando, a medida extrema deve ser autorizada judicialmente, o que garante a medida decidida por alguém imparcial, ainda não contaminado pela investigação. Apenas

como observação, o ideal é que fosse aplicado no Brasil o juízo de instrução, como ocorre em outras partes do globo. Infelizmente, pelo número reduzido de juizes, não é possível a aplicação dessa medida.

São ainda exigidos dois outros requisitos à submissão compulsória ao teste: primeiro que não existam outros meios para solucionar o caso. Essa prova não deve ser utilizada somente para confirmar outras provas já realizadas, e a medida se destina apenas para os crimes punidos com reclusão. Isto se deve ao fato de que esse tipo de pena privativa de liberdade se destina aos crimes mais graves, mais um limite para restringir o teste compulsório.

A legislação também se preocupou com o bem-estar físico do investigado, ao determinar que o método de extração deva ser indolor. Os métodos utilizados são o uso de um cotonete na boca ou, então, uma pequena picada, similar a um teste de glicemia. As duas formas preservam a dignidade do investigado, não impondo nenhuma forma de sofrimento ou de risco à saúde do suspeito.

Quer sejam os dados obtidos no local do crime, quer os retirados dos investigados, as informações obtidas devem ser mantidas a cargo de um órgão público. A sugestão é que esses órgãos sejam os institutos estaduais e federal de perícia, que é o que já ocorre no Brasil. Além disso, é necessário manter as informações coletadas em banco de dados públicos, de forma definitiva, como ocorre em muitos países da Europa e dos Estados Unidos, de acordo com as tabelas anexas. Finalmente, essa informação apenas poderá ser acessada pelos órgãos policiais com autorização judicial.

Além disso, as informações extraídas e armazenadas não devem permitir o conhecimento de dados somáticos e comportamentais, a fim de evitar discriminação de pessoas pela qualidade do perfil genético. Como apresentado, dependendo da região do (DNA) que é analisada, é possível realizar prognósticos sobre a probabilidade de doenças futuras e até de predisposições comportamentais.

A legislação também faz referência expressa ao caráter sigiloso, podendo as informações serem utilizadas somente em processos judiciais que autorizarem o teste compulsório de (DNA). Inclusive, no último artigo é estabelecida pena de dois a quatro anos em caso de violação do sigilo inerente.

A coleta e o tratamento das informações genéticas devem ser operados por pessoal especializado, como os peritos criminais oficiais. Nesse sentido, é importante a manutenção da cadeia de custódia, pois embora o teste seja extremamente preciso, durante todo o caminho que a prova é submetida pode existir contaminação. Por isso, é essencial o respeito aos

procedimentos técnicos.

A proposta de lei também estabelece quem pode solicitar a medida processual. Como acontece em diversas outras legislações, a exemplo da lei de interceptação telefônica, a medida pode ser concedida por requisição do representante do Ministério Público ou por representação do Delegado de polícia.

Outrossim, como todo pedido jurídico e decisão judicial, deve ser devidamente fundamentado. A legislação apresenta o suporte legal para a realização do exame, mas todos os operadores do direito devem buscar o suporte fático da medida.

Esses dispositivos são uma sugestão proporcional e razoável, permitindo a investigação e descobrimento da autoria de inúmeros crimes com grande repercussão social, sem ofensa significativa às liberdades básicas e à dignidade humana do examinado. Graças a isso, indivíduos com alto grau de periculosidade serão detidos preservando a integridade física e moral da coletividade.

O exame de (DNA) representou um grande avanço tecnológico do século XX. No século XXI, os testes se tornaram mais rápidos e baratos. Dessa forma, eles podem e devem ser utilizados no processo penal, de forma regrada.

Uma lei em sentido formal produzirá o amparo democrático que esse instrumento processual precisa. Dessa forma, torna-se um meio adequado de investigação policial, permitindo realizar a responsabilização da pessoa correta, protegendo a sociedade e atendendo o conceito de justiça. Um direito sem justiça é um corpo sem alma. Uma legislação focada excessivamente no procedimento afasta-se do seu objetivo principal, que é a pacificação social.

O objetivo maior do ordenamento deve ser a proteção das pessoas, não necessariamente a punição dos culpados. O direito das vítimas é praticamente esquecido por nosso ordenamento, incluídos aqui o Código de Processo Penal e a própria Constituição Federal. É importante controlar a atuação estatal sobre os investigados, suspeitos, réus e condenados, mas não se pode abandonar completamente os anseios e a proteção da sociedade vítima da criminalidade.

5 CONCLUSÃO

Não há como desvencilhar a discussão inerente à manipulação genética do conceito de dignidade humana. Não importa qual a análise realizada pelo operador do direito, ela deve se sustentar na dignidade humana. Este supraprincípio não é apenas um fundamento da Constituição, mas tem sua aplicação imediata para os casos concretos. Os direitos à integridade física, à segurança pública e à intimidade estão intrinsecamente relacionados com a dignidade humana.

O (DNA) (ácido desoxirribonucleico) no interior das células dos seres vivos contém toda a informação genética do animal ou do vegetal de que foi coletado. Essas informações têm enorme aplicação comercial na agricultura, como os alimentos transgênicos, mas é particularmente importante quando o tema envolve seres humanos. Na atualidade, discutem-se muito os avanços gerados pela telefonia e pela informática, mas a mídia esquece a revolução que representa a utilização das informações genéticas.

Os objetivos da dissertação foram apresentar as implicações jurídicas e práticas da utilização das informações genéticas, especialmente, durante a persecução penal. Buscou-se principalmente verificar a possibilidade de submissão compulsória de suspeitos de crimes violentos ao teste de (DNA). Para tanto, foi discutido qual o resultado do conflito entre o direito à segurança pública da coletividade e à dignidade humana do investigado?

Os dados genéticos, além da relevância médica e comercial, apresentam significativa implicação jurídica, criminal e civil. Exemplificando, o teste de (DNA) permite identificar o genitor de uma criança. Essas informações também permitem identificar, antes dos sintomas, uma série de doenças graves, inclusive, algumas predisposições comportamentais. Por isso, parlamentares europeus e americanos restringiram o acesso desses dados por planos de saúde e por empregadores, com receio de surgimento da discriminação genética.

Uma parte da doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores são contrárias à submissão compulsória de qualquer investigado a meios de prova, como fornecimento de padrão de voz ou de escrita. O Supremo Tribunal Federal também não permite a realização obrigatória do teste do bafômetro no caso de embriaguez ao volante e do teste de (DNA) de homens em ações de paternidade. Nesse diapasão, embora o tema não tenha sido especificamente decidido pela Corte maior, presume-se que este tribunal não autorize a submissão compulsória de suspeitos em processo criminal ao exame de (DNA). A justificativa para essa negativa é o princípio da vedação à autoincriminação, que proíbe submeter o

investigado a qualquer procedimento ativo de forma obrigatória. Igualmente, foi considerado o princípio da intimidade para impedir a submissão compulsória a qualquer comportamento ativo durante o processo judicial.

Como visto, em grande parte do mundo a submissão compulsória aos exames corpóreos é amplamente aceita, pois o princípio da não autoincriminação não é absoluto. Os tribunais desses países entendem que a ofensa à dignidade dos suspeitos é mínima em face dos benefícios advindos à segurança social.

Também foi apontado que a segurança pública não é um direito menor, uma vez que envolve a dignidade de milhões de cidadãos, que sofrem todo tipo de violações diuturnamente. A dignidade humana não pode ser oferecida a apenas uma única pessoa, em todas as hipóteses. É necessário ponderar, em cada caso concreto, o direito de qual indivíduo deve ser privilegiado. Por meio de exames periciais, tem-se uma prova técnica, que permite ao julgador se aproximar bastante da verdade e, dessa forma, da justiça aplicada. Em regra, uma prova técnica possui valor probatório superior à prova testemunhal, impregnada de preconceitos.

O texto lembra que o legislador, o judiciário e a doutrina focam apenas no atendimento dos direitos dos investigados. A defesa desses é muito importante, pois sobre eles incide toda a força punitiva estatal. Mas os mesmos atores esquecem-se quase completamente das vítimas dos crimes, uma população desamparada que clama por segurança e por justiça. O tema da dissertação busca aprimorar a proteção da sociedade.

John Rawls enfrentou o tema dos limites dos direitos humanos, especialmente, no que se refere à liberdade e à igualdade, defendendo que os direitos devem coexistir, permitindo a convivência harmônica de todos eles, o que é inconcebível com um sistema de direitos absolutos. Robert Alexy, com a teoria da argumentação jurídica, prescreve o método da ponderação, com proporcionalidade, a fim de determinar, em cada caso concreto, qual direito deve prevalecer, sem arbitrariedade, mas por meio de um método lógico que pode ser controlado.

Concluindo, o exame compulsório de (DNA) aplicado durante a investigação criminal deve ser adotado em solo brasileiro. Porém, exige uma legislação autorizadora que trate especificamente do tema. Por enquanto, conforme previsto na Lei n. 12.654/12, apenas os condenados por crimes violentos podem ser submetidos ao exame. Entretanto, essa legislação não deixa claro se o suspeito pode ser submetido contra a sua vontade à retirada de (DNA). Assim, uma nova lei deve ser criada para permitir a realização do teste também durante a

persecução criminal, prevendo expressamente a extração compulsória de material genético, não apenas na execução penal.

Na solução proposta optou-se pela preservação da vida em face da plena aplicabilidade do direito à intimidade dos investigados. Esse entendimento foi edificado com supedâneo na ponderação de valores, especialmente utilizando a teoria da proporcionalidade de Alexy. Ainda assim, a solução proposta não olvida a necessidade de se garantir a mínima lesividade dos direitos atingidos, como a intimidade. Não se tratou de uma simples escolha, mas do fino sopesamento que procura levar convergência a direitos aparentemente conflituosos, sempre tendo em vista a dignidade humana.

A proposta legislativa apresentada no último tópico vem nesse sentido, por intermédio de uma sugestão que protege garantias fundamentais do investigado e fornece instrumentos aos órgãos de segurança, a fim de identificar os autores de crimes violentos com grande repercussão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América. 1787. Tradução disponível de 1994. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- ABRAMS, Kerry; GARRETT, Brandon L. Ácido Desoxirribonucleico ((DNA)) and Distrust. **Notre Dame Law Review**, v. 91, n. 2, p. 757-814, 2015.
- ACOSTA, J. A. L. A GITAD e a genética forense na iberoamérica. Reunião do Grupo Ibero-Americano em Análise de (DNA) (GITAD) e da Rede Nacional de Genética Forense. Brasília, 11 a 14 jun. 2007. **Revista Perícia Federal**, ano 9, n. 26, p. 7, jun. 2007/mar. 2008.
- ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015a.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015b.
- ALVES, Schirlei. Cresce número de homicídios em Santa Catarina. **NSC Santa**, 23 nov. 2017. Disponível em: <<http://jornaldesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/seguranca/noticia/2017/11/cresce-numero-de-homicidios-em-santa-catarina-10033746.html>> Acessado em 21 mar. 2018.
- ALVES PENA, Rodolfo F. Energia nuclear. **UOL**. 2018. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/energia-nuclear.htm>> Acessado em 21 mar. 2018.
- ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. **A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Derechos Humanos Fundamentales y su Transnacionalidad. **Cuadernos del Pensamento Latinoamericano**, n. 18, p. 158, 2011.
- BARATTA, Alessandro. **Seguridad. In Criminologia y Sistema Penal**. Buenos Aires: B de F, 2004.
- BARBOSA, Rui **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em: <<https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=38508>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. (DNA) e sua utilização como prova no processo penal. **Revista dos Tribunais**, RT, v. 97, n. 873, p. 397-406, jul. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. 2010.

BBC NEWS BRASIL. Novo teste 'diferencia' gêmeos e pode resolver casos de estupro e paternidade. **Terra**. 2014. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/ciencia/pesquisa/novo-teste-diferencia-gemeos-e-pode-resolver-casos-de-estupro-e-paternidade,7e865bfb2ec83410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BÍBLIA SAGRADA. **Gênesis 1:27; Levítico 17:14; e Atos 15:20**. 2018. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, abr./jun. 2008.

BRÉVILLE, Benoît. Um grito sobre Schengen. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 04 jan. 2016. Disponível em: <<http://diplomatie.org.br/um-grito-sobre-schengen/>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Comentários iniciais à nova lei de identificação criminal (Lei nº 12.037/2009). **Jus.com.br**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13628/comentarios-iniciais-a-nova-lei-de-identificacao-criminal-lei-n-12-037-2009>>. Acesso em: 01 set. 2018.

CAESER, Gabriela; REIS, Thiago. Brasil registra quase 60 mil pessoas assassinadas em 2017. **G1**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/brasil-registra-quase-60-mil-pessoas-assassinadas-em-2017.ghtml>>. Acesso em: 01 out. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Projeto de Lei n. 2458**, de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=978441&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2458/2011>. Acesso em: 25 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Elementos da Legislação de Telecomunicações, Informática e Comunicação Social. **Biblioteca Digital**, 2018. Disponível em: <bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/.../elementos_legislacao_lins.pdf?...2>. Acesso em: 05 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sessão: 104.2.54.O**. 2012. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=104.2.54.O&nuQuarto=15&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=18:12&sgFaseSessao=OD%20%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=02/05/2012&txApelido=PRESIDENTE>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Do gene ao direito**. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

CERQUEIRA, Daniel et al. Avaliando a Efetividade da Lei Maria da Penha. **2048 - Texto para discussão**. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2015.

Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

CHACON DE ALBUQUERQUE, Roberto. Acesso a recursos genéticos humanos: uma abordagem consensual. **Revista da Faculdade de Direito (USP)**, São Paulo, v. 96, p. 177-199, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.392**. Brasília, DF, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia administrativa. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 162, p. 10-34, out./dez. 1985. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44771/43467>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas: (Atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08)**. Campinas: Millennium, 2008.

DIAS NETO, E. Quebra-cabeças da Complexidade. **Pesquisa FAPESP Especial: Dupla Hélice 50 anos**, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

EDELMAN, Bernard. **La Personne em Danger**. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

EDVIDGE, Suzanne. Forensic Cases: Colin Pitchfork, First Exoneration Through DNA. **Explore Forensics**. Disponível em: <http://www.exploreforensics.co.uk/forensic-cases-colin-pitchfork-first-exoneration-through-dna.html> Acessado em: 12 jan. 2019.

EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. **Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 (GINA)**. 2008. Disponível em: <<https://www.eeoc.gov/laws/statutes/gina.cfm>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

FACHIN DIAS, Eliotério. **O mínimo ético existencial como garantia do princípio da dignidade humana**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/om%3%ADnimo-%3%A9tico-existencial-como-garantia-do-princ%3%ADpio-da-dignidade-humana>>. Acesso em: 23 set. 2018.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Princípio da proibição da proteção deficiente. **Conjur**, 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-out-04/principio-proibicao-protacao-outra-face-garantismo>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Teoría de los Derechos Humanos**: conocer para practicar. Madrid: Editorial San Esteban, 2001.

FLÁVIO GOMES, Luiz. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência, **Jusbrasil**. 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999.

FREITAS, Talise. Três anos do caso Kenefer: Assassino pode ganhar liberdade em sete anos. **A Tribuna**. 2013. Disponível em: <<http://www.clicatribuna.com/noticia/seguranca/tres-anos-do-caso-kenefer-assassino-pode-ganhar-liberdade-em-sete-anos-8923>> Acesso em: 21 mar. 2018.

G1. Conselho da ONU recomenda fim da Polícia Militar no Brasil. **G1**, 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/05/paises-da-onu-recomendam-fim-da-policia-militar-no-brasil.html>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

G1. Hackers invadem bancos de EUA e Rússia em esquema para roubar caixas eletrônicos, diz empresa de segurança. **G1**, 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/hackers-invadem-bancos-de-eua-e-russia-em-esquema-para-roubar-caixas-eletronicos-diz-empresa-de-seguranca.ghtml>> Acessado em 01 abr. 2018.

G1. Reino Unido convoca Mark Zuckerberg para esclarecer vazamento de dados do Facebook. **G1**, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/reino-unido-convoca-mark-zuckerberg-para-esclarecer-dados-vazados-do-facebook.ghtml>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

G1. Vilma Martins. **G1**, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/05/neto-de-vilma-martins-e-presos-com-duas-identidades-falsas-em-goiania.html>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

GANS, Jeremy; URBAS, Gregor. (DNA) Identification in the Criminal Justice System. **Australian Institute of Criminology**: Trends & Issues in crime and criminal justice, Australian, n. 226 – may 2002.

GARCÍA, O.; ALONSO, A. Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento de la investigación policial. In: CASABONA, C. M. R (Ed.). **Bases de Datos de Perfiles de ADN y Criminalidade**. Bilbao-Granada: Comares, 2002.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei nº. 12.654. **Revista Bioética y Derecho**, n. 35, p. 94-107, 2015.

GASPARETTO, Gilberto. Polícia: Instituição se divide em diferentes tipos e funções. **UOL**. 2008. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/cidadania/policia-instituicao-se-divide-em-diferentes-tipos-e-funcoes.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

GATTACA. **Uma Experiência Científica**. Direção Andrew Niccol. Produção Danny DeVito. Columbia Pictures Corporation. Estados Unidos, 1997. 1 DVD.

GATTÁS, G. J. F. **Polimorfismo de (DNA) e suas Aplicações em Ciência Forense de Saúde**. 2006. Tese (livre-docência) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Reformas no Processo Penal**: as Novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma. Coordenação: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A Constitucionalidade do Exame de (DNA) Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulamentação. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 216-253, 2007.

HEGEL, G.W.F. **Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio. A Filosofia do Espírito**. Tradução Paulo Meneses, com a colaboração do Pe. José Machado. São Paulo: Loyola, 1995.

HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**. Tradução: Paulo Meneses et al. São Leopoldo: Ed. Unissinos, 2010.

HENRIQUES, F.; SEQUEIROS J. Relatório regime jurídico da base de dados de perfis de ADN. **Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida**. Presidência do Conselho de Ministros, 2007.

HERVADA, Javier. **Escritos de Derecho Natural**. 2. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1993.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOFFMANN, Henrique. Delegado de polícia pode acessar dados sem autorização judicial: **ConJur**, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-13/academia-policia-delegado-policia-acessar-dados-autorizacao-judicial>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

HOMERO. **Odisseia**. Tradução Carlos Alberto Nunes; rev. Marcus Rei Pinheiro. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

HUMAN GENOME PROJECT (HGP). **Information**, 2009. Disponível em: <<http://genoma.ib.usp.br/sites/default/files/projeto-genoma-humano.pdf> >. Acesso em: 25 mar. 2018.

JACQUES, Guilherme. Banco de Perfis Genéticos: A Ciência em Prol da Justiça. **Consulex**, São Paulo, ano 17, n. 389, 01 abr. 2013.

JOBIM, L. F. Identificação Humana pelo (DNA). In: TOCHETTO, D. (Org.). **Tratado de Perícias Criminalísticas: identificação humana**. Campinas: Millennium, 2005. v. 2.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela e Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KILLER breakthrough – the day (DNA) evidence first nailed a murderer. **Theguardian**. 2016. Disponível em: <[https://www.theguardian.com/uk-news/2016/jun/07/killer-\(DNA\)-evidence-genetic-profiling-criminal-investigation](https://www.theguardian.com/uk-news/2016/jun/07/killer-(DNA)-evidence-genetic-profiling-criminal-investigation)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

LEAL DA SILVA, David. Extrair material genético de réu viola a Constituição. **Conjur**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-17/david-silva-lei-1265412-destroca-nemo-tenetur-detegere>> Acessado em: 20 dez 2018.

LEAL, Gabriel Rodrigues. A proporcionalidade e o uso da força pelas polícias militares. **Direitonet**, 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3581/A-proporcionalidade-e-o-uso-da-forca-pelas-policias-militares>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 236, p. 5, jul. 2012.

LUCENA, Eleonora de. Situação nos presídios expõe guerra contra pobreza, diz socióloga. **Folha de São Paulo**, 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1396192-situacao-nos-presidios-expoe-guerra-contra-pobreza-diz-sociologa.shtml>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

MACHADO, H.; SILVA, S.; SANTOS, F. **Justiça Tecnológica: progresso e desafios**. Porto: Ecopy, 2008.

MACHADO, José Roberto. **Direitos humanos**: Princípio da Vedação do Retrocesso ou Proibição de Regresso. 2014. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>. Acesso em: 30 maio 2017.

MARINI, Bruno. O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue. **Egov**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-caso-das-testemunhas-de-jeov%C3%A1-e-transfus%C3%A3o-de-sangue>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARRA, Renan. Testes genéticos são base de dietas e treinos personalizados. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mpme/2018/11/testes-geneticos-sao-base-de-dietas-e-treinos-personalizados.shtml>> Acessado em: 21 jan. 2019.

MARTINES, Fernando. Justiça deve acionar acordo bilateral para quebrar sigilo de conversas no Facebook. **ConJur**, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-01/justica-acionar-acordo-bilateral-quebrar-sigilo-facebook>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

MARTINS, Jomar. Quem se expõe não tem direito à indenização pela divulgação de imagem. **ConJur**, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-11/quem-expoe-nao-indenizado-divulgacao-imagem>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hipérbole do Direito ao Silêncio. **Genjurídico**. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-hiperbole-do-direito-ao-silencio/#_ftn25>. Acesso em: 20 dez. 2018.

MAZUL, Guilherme. Temer assina decreto de intervenção federal na segurança do Rio de Janeiro. **Globo**, 16 out. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-assina-decreto-de-intervencao-federal-na-seguranca-do-rio-de-janeiro.ghtml>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo**, RDP 90, 1989.

MELO, João Ozório de. Justiça dos EUA coloca na balança eficiência policial versus privacidade. **ConJur**, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-12/justica-eua-coloca-balanca-eficiencia-policial-versus-privacidade>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

MENDEL, Gregor Johann. **Sobiologia**. 2018. Disponível em: <<https://www.sobiologia.com.br/conteudos/Seresvivos/Ciencias/GregorMendel.php>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MODELLI, Lais. Quando deixar de vacinar é ilegal no Brasil. **BBC Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44948072>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de (DNA) na investigação de paternidade e direitos da personalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 343,

p. 156-168, jul./set. 1998. Disponível em: <[https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Maria_Celina_Bodin_de_Moraes/Recusa\(DNA\).pdf](https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Maria_Celina_Bodin_de_Moraes/Recusa(DNA).pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MORAES DA SILVA, Ênio. **Princípios e critérios de interpretação constitucional**. 2018. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/teses/enio%20moraes.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

MORAES, Paula Louredo. Teste de (DNA). **Brasil Escola**, 2018. Disponível em: <[https://brasilecola.uol.com.br/biologia/teste-de-\(DNA\).htm](https://brasilecola.uol.com.br/biologia/teste-de-(DNA).htm)>. Acesso em: 31 mar. 2018.

MOURA, Rodrigo Leandro de. Crime e Emprego. **O Globo**, 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/crime-emprego-17633443>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

O GLOBO. Intervenção no Rio é aprovada por 69% da população, aponta pesquisa CNT/MDA. **O Globo**, 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/intervencao-no-rio-aprovada-por-69-da-populacao-aponta-pesquisa-cntmda-22460843>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

OBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal do autor ou Direito Penal do fato?** 2009. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1599865/direito-penal-do-autor-ou-direito-penal-do-fato>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. “Pacto de San José de Costa Rica”. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

PAPILOSCOPIA. **História da Papioscopia**. 2001. Disponível em: <<http://www.papiloscopia.com.br/historia.html>> Acesso em: 11 de fev. 2018.

PARKER, Steve. **O Livro do Corpo Humano**. Tradução Prof. Dr. Esem Pereira Cerqueira, Dr. Adriano Ferreira da Silva e Prof. Claudio Fava Chagas. 2º ed. São Paulo: Ciranda Cultural, 2017, p. 42-47. biol

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BORBA, Mauro Evely Vieira de. **Sociedade da informação, dignidade da pessoa e relações de consumo**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

POLÍCIA de Criciúma apresenta estuprador e assassino da menina Kenefer. **Radio Criciúma**. 2010. Disponível em: <<http://www.radiocriciuma.com.br/portal/vernoticia.php?id=15338>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

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, 2003.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RECKZIEGEL, Janaína. **Dignidade humana em risco: existe limite para as experiências científicas?** Curitiba: Prismas, 2016.

REUTERS. **Coréia do Norte boicota sessão de direitos humanos da ONU**. 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/coreia-do-norte-boicota-sessao-de-direitos-humanos-da-onu/>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Tiago Rodrigues da Gama. São Paulo: Russel, 2006.

SANCHEZ, Ana (Org.). **Tecnología, intimidad y sociedad democrática**. Barcelona: Icaria, 2003.

SANGUINÉ, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: nemo tenetur se detegere. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo: IBCCRIM, n. 221, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18 dez. 2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Walter Valdevino Oliveira. **Uma breve biografia de John Rawls**. 1999. Disponível em: <<https://grupoeticaejustica.wordpress.com/textos/uma-breve-biografia-de-john-rawls/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

SMITH, A. **A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOARES, Nana. Em Números: A violência contra a mulher brasileira. **Estadão**, 2017. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/blogs/nana-soares/em-numeros-a-violencia-contra-a-mulher-brasileira/>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

SOUZA, Brenda. A Cadeia de Custódia nas Provas Genéticas - Lei 12.654/12. **Jusbrasil**. 2017. Disponível em: <<https://brendasouza04.jusbrasil.com.br/artigos/454107733/a-cadeia-de-custodia-nas-provas-geneticas-lei-12654-12>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Em seminário, presidente do STF defende adoção de novas tecnologias para colheita e gestão de provas.** 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=167823>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Símbolos da Justiça.** 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=temis>> Acesso em: 23 mar. 2018.

SUPREME COURT. *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757. **Justia**, June 20, 1966. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>>. Acesso em: 26 set. 2018.

TARDÁGUILA, Cristina. A reincidência atinge mais de 70% dos presos no Brasil? **UOL**, 2016. Disponível em: <<http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/07/12/lupaaqui-a-reincidencia-atinge-mais-de-70-dos-presos-no-brasil/>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

TARUFFO, Michele. **La Prueba.** Barcelona: Marcial Pons, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais – a teoria contra o destino.** São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Argos, 2001.

UNICEF. **Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz.** Adotada pela Assembleia Geral em sua Resolução 39/11, de 12 de novembro de 1984. UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_28028.htm>. Acesso em: 03 abr. 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **Histórico das Ações Afirmativas no Brasil e na UFSC.** Florianópolis: UFSC, 2017. Disponível em: <<http://acoes-afirmativas.ufsc.br/historico-das-acoes-afirmativas/>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

UBER escondeu por um ano ataque que roubou dados de 57 milhões de pessoas no mundo todo. **Gazeta do Povo**, 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/nova-economia/uber-escondeu-por-um-ano-ataque-que-roubou-dados-de-57-milhoes-de-pessoas-no-mundo-todo-3wsfrfpq7lcy58wtt0pmxk2iv>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

VOITCH, Guilherme. No Brasil, só 5% dos homicídios são elucidados. **O Globo**, 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/no-brasil-so-5-dos-homicidios-sao-elucidados-7279090>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

WEBER, T. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o Formalismo Kantiano.** 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. AgRg no REsp 738.576/DF. Relator Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 18 ago. 2005. Diário de Justiça, 12 set. 2005a, p. 330. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7197625/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-738576-df-2005-0052062-6-stj/relatorio-e-voto-12945470>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Promulgação. Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal, Brasília, DF, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21/03/2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. Brasília, DF, 2005b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm> Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. Lei 12.037, de 02 de outubro de 2009. Lei de Identificação Criminal, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei 12.654, de 29 de maio de 2012. Coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Estatuto do Deficiente. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Lei 7.210, de 13 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei de crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Perspectivas para a indústria farmacêutica brasileira, seus investimentos e suas pesquisas. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2015c. Disponível em: http://www.valor.com.br/sites/default/files/ministro_artur_chioro.pdf Acessado em: 12 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.373-4 RS. Relator Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça, 22 nov. 1996b. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185162&modo=cms>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 76.060-4 SC. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, 15 maio 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76405>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96.219 MC-SP. Relator Ministro Celso de Melo, 21 fev. 2002b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação – QO 2.040/DF. Relator Ministro Néri da Silveira, 21 fev. 2002b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus 95.183. Diário de Justiça eletrônico, n. 206, 17 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630032>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR-CE. Relator: Celso de Mello. Informativo 582 do STF. Brasília, DF, 12 a 16 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo582.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Acordo de Schengen**, 1985. Disponível em: <http://www.refugiados.net/cidadevirtual/legislacao/leis/conv_schengen_decis_com_exec.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2018.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**: da teoria à prática. Brasília, DF: UNESCO, 2001. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

ANEXO A

Quadro 02 (números de registros em bancos de dados de (DNA) de países europeus (GARCIA, ALONSO, 2002, p. 37)).

País	Número de Perfis			Coincidências	
	Suspeitos	Condenados	Vestígios	Vestígios-Indivíduos	Indivíduo-Indivíduo
Áustria	39.000	300	7.550	-	-
Bélgica	-	-	1.100	-	23
Croácia	3.408	932	281	83	5
Dinamarca	351	130	185	4	21
Finlândia	3.469		1.516	386	94
Alemanha	110.000		12.500	1.760	990
Holanda	-	1.248	2.963	160	747
Noruega	-	525	88	2	1
Irlanda N.	18.673	8.759	2.078	1.039	40
Escócia	-	83.000	5.301	3.830	260
Eslováquia	-	3.000	1.500	50	-
Eslovênia	2.118	-	1.001	98	21
Suécia	1.100	170	3.000	270	395
Suíça	7.587	-	934	217	126
Inglaterra	1.288.080	-	135.878	115.375	13.511

Quadro 03 (Tipos de amostras armazenadas e critérios de eliminação de perfis e amostras de DNA em bancos de dados de DNA de países Europeus (MACHADO; SILVA e SANTOS, 2008, p.157-164)).

País	Suspeito	Condenados	Vestígios	Crítérios para Eliminação
Alemanha	sim ²⁹	sim	sim ³⁰	5 anos: jovem 10 anos: adulto Se houver risco de reincidência ou a existência de cadastro criminal, é possível a extensão. Armazenamento com duração indeterminada é possível nos casos de homicídio ou crimes sexuais. De outra forma, os perfis são removidos.
Áustria	sim ³¹	sim	sim	Condenados: nunca. Suspeitos devem requerer a remoção se reabilitados.
Bélgica	não	sim ³²	Sim ³³	10 anos: após a morte do condenado 30 anos: condenado
Dinamarca	sim	sim	sim	nunca
Escócia	sim ³⁴	sim	sim	Suspeitos: após ilibação ou levantamento de acusações Condenados: conservados indefinidamente
Eslováquia	sim ³⁵	sim	sim ³⁶	Suspeitos: ação ilibação

²⁹ O indivíduo condenado ou suspeito deve ser considerado como potencial futuro agente de crime punível pela polícia/justiça.

³⁰ Vestígios de qualquer ofensa punível. Análise de (DNA) pode ser solicitada pela polícia ou pela procuradoria.

³¹ Qualquer delito que seja considerado “ofensa grave”.

³² Limitado a delitos específicos contra pessoas.

³³ Qualquer amostra de cena de crime pode ser adicionada se solicitado por um magistrado.

³⁴ Inclui qualquer indivíduo preso ou detido, mas o critério usado pela polícia é: crimes de natureza sexual, crimes violentos, assalto, tentativas e maioria dos furtos. Sempre que o agente considere necessário.

³⁵ Qualquer crime punível.

				Condenados: 100 anos após o nascimento
Estônia	sim ³⁷	sim	sim ³⁷	Suspeitos: após liberação ou 30 anos após a morte Condenados: 30 anos após a morte
Finlândia	sim ³⁸	não ³⁹	sim ⁴⁰	Suspeitos: A amostra deve ser destruída e o perfil removido um ano após o responsável pelo banco de dados ser notificado pelo procurador de que não existe evidência de delito, que as acusações foram rejeitadas e que o julgamento ou sentença foram anulados. Condenados: Se o perfil não é removido antes, 10 anos após a morte
França	sim ⁴¹	sim	sim ⁴²	Suspeitos: a remoção do perfil deve ser solicitada pelo procurador ou pelo suspeito quando a conservação do perfil já não é útil (sem indícios de crime, ou suspeito não condenado) Condenados: perfis removidos ao fim de 40 anos após sentença final ou até que o indivíduo atinja 80 anos de idade 40 anos após análise de (DNA) para vestígios de crimes desconhecidos
Grécia ⁴³	não	não	sim	Sem legislação
Holanda	sim ⁴⁴	sim ⁴⁵	sim ⁴⁶	20 anos no caso de condenação por crime punido com pena potencial de 4-6 anos e 30 anos no caso de condenação por crime punido com pena potencial superior a 6 anos.
Hungria	sim ⁴⁷	sim	sim	Suspeitos: até o arquivamento do processo ou absolvição.
Irlanda do Norte	sim ⁴⁸	sim ⁴⁹	sim	Sem pressupostos legais para remoção. Os perfis dos falecidos ou indivíduos com idade acima dos

³⁶ Todos os vestígios.

³⁷ Inclui amostras das vítimas e testemunhas e amostras de eliminação ou despiste.

³⁸ Quando a pena máxima para o delito equivale a pena de prisão de pelo menos 6 meses.

³⁹ Já não mantém uma base de dados de indivíduos condenados. Todas as novas amostras de indivíduos devem ser recolhidas durante a investigação.

⁴⁰ Legalmente, todos os perfis de amostras devem dar entrada na base de dados. Na Prática, o número mínimo de loci requerido é seis e não devem dar entrada perfis mistos demais de duas pessoas.

⁴¹ Baseado numa lista específica de crimes: crimes sexuais, crimes contra a humanidade, terrorismo, roubo, violências deliberadas, tortura, posse de bens roubados, falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, tráfico de droga, proxenetismo, todos os atentados à vida (homicídio, etc.), atentados à liberdade (aplicação suspensa).

⁴² Qualquer vestígio não identificado encontrado em casos relevantes para a lista de crimes.

⁴³ Sem legislação.

⁴⁴ A adição do perfil é baseada numa extensão potencial da sentença acima de quatro anos. É requisito adicional que o procurador ou o juiz de instrução deva considerar que o teste poderá conduzir à solução do caso.

⁴⁵ Indivíduos condenados por crimes puníveis com pena máxima de prisão de pelo menos quatro anos e aos quais certos castigos foram impostos. Inclui Indivíduos com penas suspensas ou penas de trabalho em favor da comunidade, tratamentos obrigatórios de toxicodependência, internamento para transgressores sistemáticos. Internamento em hospital psiquiátrico e em instituições de detenção de juvenis.

⁴⁶ Qualquer uma. Os perfis são conservados por 18 anos; devem ser removidos após a condenação.

⁴⁷ Na eventualidade de condenação por crime punível com pena de mais de 5 anos ou pertencentes a seguinte lista de ofensas: crime sexual com violência; crimes relacionados com atividade internacional; crimes contra jovens; crimes cometidos em série ou de forma organizada; crimes relacionados com substâncias psicoativas; crimes relacionados com dinheiro ou falsificação; crimes cometidos contra forças do Estado; violação de responsabilidades internacionais. Sem efeitos retroativos para arguidos condenados.

⁴⁸ Suspeitos em todas as ofensas puníveis (aquelas que podem resultar em pena de prisão).

⁴⁹ Atualmente considera o recolhimento de amostras da população prisional.

				100 são removidos administrativamente
Noruega	não ⁵⁰	sim ⁵¹	sim ⁵²	Os perfis devem ser removidos no prazo de 2 anos após a morte do condenado ou se o caso é reaberto e é provada a inocência do condenado
Polônia	sim	-	sim	-
Portugal	não ⁵³	sim ⁵⁴	sim ⁵⁵	Eliminados na mesma data em que se procede ao cancelamento definitivo das respectivas decisões no registro criminal, quando integrados em banco de dados contendo a informação relativa a amostras.
Reino Unido	sim ⁵⁶	sim	sim ⁵⁷	Lei permite retenção por tempo indefinido, mesmo em caso de suspeito que seja libertado ou ilibado.
República Tcheca	sim ⁵⁸	sim ⁵⁹	sim ⁶⁰	Perfis revistos a cada 3 anos. Removidos ao fim de 80 anos.
Suécia	sim	sim ⁶¹	sim	Suspeitos: conservados até ser possível o registro do suspeito como condenado. Condenados: removidos 10 anos após o cumprimento da sentença.
Suíça	sim ⁶²	sim ⁶³	sim ⁶⁴	Suspeitos: em caso de exclusão com base em circunstâncias concretas. Em caso de morte. Sob requerimento após ilibação. Um ano após o arquivamento do processo. 5 anos após o período de liberdade condicional ou após o pagamento de multa. Condenados: após 30 anos se o indivíduo não voltar a ser condenado. Se o indivíduo morrer. Sob requerimento 20 anos após alta terapêutica ou após o cumprimento das medidas terapêuticas.
Ucrânia ⁶⁵	sim ⁶⁶	sim	sim ⁶⁷	Perfis de vestígios são removidos em caso de correspondência.

⁵⁰ Alterações à legislação pendentes.

⁵¹ Apenas crimes graves: abuso sexual, crimes contra a vida e saúde, roubo, chantagem, crimes de perigo. Devem ser punidos com uma pena mínima de dois anos.

⁵² Não devem existir mais que duas pessoas nas misturas e a amostra de cena deve estar associada ao ato criminoso.

⁵³ Há possibilidade de recolhimento de amostras a pedido de arguidos ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido.

⁵⁴ Pessoas condenadas por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos (ainda que tenha sido substituído) e desde que haja despacho do juiz determinando a inserção.

⁵⁵ CODIS implementado somente para amostras de vestígios.

⁵⁶ Inclui qualquer indivíduo condenado ou detido por crime punível por lei.

⁵⁷ Todas as amostras de vestígios.

⁵⁸ Amostras comparativas podem ser recolhidas de suspeitos, mas apenas podem dar entrada na base de dados se constituídos arguidos em processo crime.

⁵⁹ Os autores de crimes pouco graves não são incluídos.

⁶⁰ Apenas vestígios provenientes de cenas de crime inexplicadas. O perfil deve ser removido se, quando comparado com base de dados, resultar correspondência.

⁶¹ A extensão potencial da sentença deve ser superior a dois anos.

⁶² Qualquer suspeito de delito ou crime.

⁶³ Quando a pena é superior a um ano.

⁶⁴ Qualquer vestígio recolhido pela polícia ou magistrados.

⁶⁵ Sem legislação específica para o (DNA). A autoridade provém de várias leis e ordenações.

⁶⁶ Apenas condenados ou suspeitos por crimes graves: homicídio e violação com homicídio, crimes contra a liberdade sexual, violência.

⁶⁷ Apenas para crimes graves não resolvidos.

País	Legislação e Documentos	Breve Descrição
<p>Alemanha</p> <p>http://www.datenschutz-berlin.de/recht/de/bdsg/bdsg0]enghtm</p> <p>Parecer Conselho de Ética</p>	<p>Sem legislação específica sobre informação genética.</p> <p>Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) 2001 Lei Federal de Proteção de Dados de 20 de Dezembro de 1990 (BGBlI 1990 S.2984)</p> <p>Legislação de proteção de dados dos Estados federais</p>	<p>O direito à autodeterminação sobre o seu material biológico pode ser limitado por interesses de investigação médica.</p> <p>É requerido consentimento para recolha de informação pessoal.</p> <p>Dispõe de base de dados para fins de investigação criminal. De acordo com ordem do tribunal, são adicionados os perfis de condenados por crimes específicos com base numa avaliação da probabilidade de reincidência.</p>
<p>Áustria</p>	<p>Genethnology</p> <p>BGBI nr. 510/1994</p> <p>Sicherheitspoliaieigesetz BGBI nr. 566/1991 e BGBI nr. 151/2004</p>	<p>Bases de dados genéticos para investigação e cuidados médicos.</p> <p>Uso forense, investigação criminal e segurança pública. A investigação é permitida em casos determinados (restritiva) e ordenados por magistrado.</p>
<p>Bélgica</p> <p>http://www.droitbelge.be/rechercheasp</p>	<p>Lei de 22 de março de 1999 (análise de ADN para fins de investigação forense)</p> <p>Em elaboração um decreto real de regulamentação</p>	<p>Prevê a criação de duas bases de dados para fins de investigação forense:</p> <p>A base de dados Criminalistiek (“criminalística”) contém perfis de (DNA) derivados de material biológico encontrados em locais de crimes.</p> <p>A recolha deve assegurar suficiente material biológico para contra-análises.</p> <p>A base de dados Veroordeelden (“condenados”) contém perfis de (DNA) de indivíduos condenados por crimes de ofensa à integridade física ou à vida com penas efetivas de prisão iguais ou superiores a 3 anos, como a violação ou o homicídio (ilícitos descritos em lei).</p>
<p>Dinamarca</p> <p>http://www.datatilsynet.dk/include/show.article.asp?articleid=443&sub_url=/eng/indhold.asp&modate=1</p> <p>Parecer Conselho de Ética</p> <p>http://www.etiskraad.dk/sw314.asp</p>	<p>Lov om behandling af personoplyninger – Lei de processamento de dados pessoais nº 429 de 31 de maio de 2000, que transpõe a directiva nº 95/46/CE de 24 de outubro de 1995.</p> <p>Lov om Den Centrale Videnskabsentiske</p>	<p>Legislação para bases de dados de (DNA) para identificação civil.</p> <p>A lei dos comitês regionais de ética apenas prevê as bases de dados para fins de investigação médica.</p> <p>Dispõe de base de dados para fins de investigação criminal.</p>

	<p>Komites</p> <p>http://www.cvk.im.dk/cvk/site.aspx2p=150</p>	
<p>Espanha</p> <p>http://www.congress.es/publicoficiales/LS/CONG/BOG/A/117-01.PDF</p> <p>http://www.congress.es</p>	<p>Ley Organica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Caracter Personal</p> <p>Ley Organica 15/2003 de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal</p> <p>Em discussão – Projecto de base de dados de perfis de ADN para fins de investigação criminal – projeto de lei de 15 de Dezembro de 2006</p>	<p>Nova redação dada pela Ley 15/2003 aos artigos 326 e 363 da Ley de Enjuiciamiento Criminal no sentido de permitir a obtenção, armazenamento e conservação de (DNA), para fins de investigação criminal, identificação de cadáveres ou de pessoas desaparecidas. As amostras são recolhidas em locais de crime, restos de cadáveres ou diretamente de suspeitos, detidos ou acusados de ilícitos.</p>
<p>Estônia</p> <p>http://www.legaltext.es/en/andmebaas/ava.asp?tyyp=SITEALL&ptyyp=I&m=000&query=genetic</p>	<p>Inimgeeniuringute seadus, de 8 de janeiro de 2000 – Lei sobre investigação em genes humanos (RT I 2000,104,685)</p>	<p>Base de dados genéticos sob gestão de Genome Center Foundation para recolha de informação de saúde e informação genética da população; voluntária – consentimento prévio; os dados são criptografados. Em casos de pedido de opt-out (remoção de registro) a amostra é destruída.</p> <p>Laboratório associado ao Departamento de investigação criminal.</p>
<p>Finlândia</p> <p>http://www.tiotoswoja.fi/uploads/hoppxtvf.HTM</p> <p>http://www.finlex.fi</p> <p>http://www.poliisi</p>	<p>Lei sobre investigação médica – Act 488/1999</p> <p>Lei sobre informação pessoal – Act 523/1999</p> <p>Leis sobre investigação criminal – Acts nº 761/2003, 646/2003 e 449/1987</p> <p>Law on coercive means (450/1987, 6th chapter, 5 article)</p>	<p>Não existe regulamentação específica sobre bases de dados genéticos.</p> <p>Os dados genéticos são usados para investigação médica.</p> <p>As autoridades policiais podem armazenar dados com vista a investigação de crimes e identificação de cadáveres e indivíduos desaparecidos.</p> <p>Podem ser retiradas amostras de (DNA) durante uma revista sem o consentimento do individuo se o crime em investigação é passível de pena superior a seis meses.</p> <p>Podem também ser recolhidas amostras de condenados em penas superiores a três anos.</p> <p>O Departamento Central de Polícia</p>

		dispõe de uma base de dados para fins de investigação criminal com informação relativa a cerca de 30.000 condenados a penas efetivas de prisão superior a seis meses.
<p>França</p> <p>http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Viva?cid=24157&indice=1&table=CONSOLIDE&ligneDeb=1</p> <p>Parecer do Conselho de Ética Francês (nº 77/2003 sobre biobancos)</p>	<p>Code de la Santé Publique</p> <p>Anexo ao Decreto n. 2003-462 de 21 de maio de 2003 sobre regulamentação das partes I, II e III do Código.</p> <p>Loir sur la bioethique – Lei 2004-800 sobre Bioética, de julho de 1994, revista em 6 de agosto de 2004 pela Lei 2004-800, e decretos regulamentares.</p> <p>Code de la Procédure Pénale – arts. 706-54 a 707-56.</p> <p>Legislação sobre segurança interna, de 18 de março de 2003.</p>	<p>Livro I – Proteção de saúde pública. Título III, capítulo I, divisão I e II. Exame de características genéticas para fins médicos.</p> <p>Recolha, armazenamento e análise de informação genética pessoal para efeitos de saúde pública ou investigação médica, com previsão de biobancos e registros médicos.</p> <p>O ministério público e o magistrado encarregados da investigação podem ordenar a busca de fingerprints genéticos em locais de crime e em indivíduos sentenciados. Os dados são introduzidos num ficheiro nacional de dados genéticos (fichier national automatisé dos empreintes génétiques, FNAEG).</p> <p>As infrações que podem determinar a recolha incluem actos terroristas e as ofensas aos “interesses fundamentais da nação”.</p>
Grécia	Lei de Proteção de Dados Pessoais – Act 2472/1997, arts. 7º e 10º	Proteção de dados sensíveis e identificáveis. A sua recolha e processamento depende de prévio consentimento da Autoridade de Proteção de Dados. Tanto para novas recolhas como para o uso de amostras já existentes em entidades públicas ou privadas é necessário consentimento informado.
<p>Holanda</p> <p>http://home.planet.nl/~privacyl/w_en_rev.htm</p>	<p>Wet bescherming persoonsgegevens – Lei de proteção de dados pessoais – Câmara Alta do Parlamento (1999/2000)</p> <p>Act on medical research on human beings</p>	<p>Dados sensíveis incluem informação de saúde. Informação genética pessoal apenas pode ser processada no interesse do sujeito.</p> <p>Transposição de guidelines originalmente aprovadas, em junho.</p> <p>Investigação médica da Suécia na sequência do debate originado pelo estabelecimento da base de dados da Islândia.</p> <p>O código contém disposições que regulam o uso de amostras de ADN para fins de investigação criminal.</p>

		Existe uma base de dados forense – os perfis apenas são adicionados se as provas de ADN foram determinantes para a condenação.
Irlanda http://www.privireal.org/content/dp/ireland.plip	Data Protection Act, de 13 de julho de 1998 – proteção de dados pessoais	Não existe regulamentação específica em matéria de bases de dados genéticos. É tutelada a confidencialidade e consentimento dos dados identificáveis, garantido para consulta, retificação e remoção dos dados. Regulamenta aspectos do uso de dados genéticos em contexto laboral ou de informação de seguros; não aplicável a finalidades de investigação criminal.
Islândia http://www.privireal.org/content/dp/ireland.php http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?fn=/documents/bills28/bills/2004/3904/3904.pdf	Data Protection Act, de 13 de julho de 1998 – proteção de dados pessoais. Disability Bill, 2004.	Primeiro país a implementar legislação específica sobre biobancos. Direitos concedidos em exclusivo a uma empresa privada, a de CODE Genéticos, para criação: de uma base de registos médicos de toda a população, em que o consentimento do registo é presumido, mas pode ser retirado; e de uma base de dados voluntária de informação de saúde (ADN) não personalizada. Existe ainda uma base de dados de registo genealógicos. As três bases de dados interligadas: a Iceland health Sector database (IHSD), a base de registos genealógicos e um biobanco de armazenamento das amostras (também sob consentimento presumido dos sujeitos).
Itália Gazzetta Ufficiale n. 174 del 29 luglio 2003.	N*D.L.196 (30 giugno 2003) – Codice In Materia Di Protezione Dei Dati Personali – art. 94 Guidelines em matéria de biobancos – Sociedade Italiana de Genética Humana e Fundação Telethom – 2003. Raccomandazioni sulle Indagini biologiche di paternita' e le indagini	Proteção de dados pessoais: a recolha e processamento de informação de saúde requerem consentimento do sujeito, que nalguns casos é expresso verbalmente. Recomendações em matéria de investigação criminal. A Itália ainda não dispõe de base de dados genética para fins criminais.

	d'identificazione criminale – Sociedade Italiana de Genética Humana e Gruppo degli Ematologici Forensi Italiani-GEFI.	
Letônia http://www.dvi.gov.lv/eng/legislation/	Medical Treatment Law (1997) Personal Data Protection Law De 2000, com alterações introduzidas por Lei de 24 de Outubro de 2002), de harmonia com a directiva 95/46/EC Human Genome Research Act (2003)	Regulamentam a recolha, armazenamento, transmissão e análise de informação genética pessoal.
Lituânia http://www.ada.lt/imagens/cms/File/pers.data.prot.law.doc	Sem legislação específica sobre bases de dados genéticos. Law on Legal Protection of Personal Data of Republic of Lithuania, de 22 de janeiro de 2003, nº IX-1296.	Sem bases de dados conhecidos. Regulamenta o armazenamento e tratamento de informação pessoal.
Noruega http://www.regjeringen.no/html?id=4	Lov em humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m	A base de dados para fins de investigação criminal íntegra, de acordo com ordem do tribunal, perfis de indivíduos condenados por crimes sexuais, ofensas à integridade física, homicídio, chantagem, roubo e crimes de perigo público.
Portugal http://www.mj.gov.pt/MJ/secti ons/pessoas-e-bens/base-de-dados-geneticos8948	Lei nº 67/98, de 26 de outubro – Lei de proteção de dados pessoais. Lei nº 12/2005, de 26 de janeiro – lei de informação genética e de saúde. Em preparação – projecto de bases de dados de perfis de ADN para efeitos de investigação criminal e identificação civil.	Regulamenta o armazenamento e tratamento de informação pessoal, consentimento acesso, modificação e remoção dos registros. Regulamenta a recolha, armazenamento, transmissão e análise de informação genética ou investigação médica com referência e registros médicos e biobancos.
Reino Unido http://www.ukbiobank.ac.uk/about/what.php	UK biobank – 2000 (Inglaterra e País de Gales)	Para recolha de espécimes de voluntários entre os 45-69 anos cujos dados genéticos são combinados com dados médicos e informação sobre

<p>Nota – não existe no Reino Unido legislação específica e uniforme sobre bases de dados genéticos e biobancos, antes normas e guidelines espalhadas por documentos legais e recomendações avulsas de diversas entidades. Muitas matérias são também tratadas de acordo com a regra de case-law (casuística) do direito anglo-saxônico.</p>	<p>Human Tissue Act (armazenamento e uso de tecidos humanos para fins de investigação científica)</p> <p>Data Protection Act – 1998 – proteção da confidencialidade dos dados.</p> <p>Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) com as alterações introduzidas pela Criminal Justice Act de 1994.</p> <p>Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA) de 1994.</p> <p>The Criminal Evidence (amendment) Act – 1997</p> <p>Aditamento ao Police and Criminal Evidence Act de 1984 (PACE) em 2001</p> <p>Aditamento ao Criminal Justice Act, em vigor desde 4 de abril de 2004.</p>	<p>estilos de vida. Financiada pelo Ministério da Saúde, Medical Research Council e Wellcome Trust.</p> <p>A Criminal Justice and Public Order Act de 1994 estabeleceu as condições pelas quais a polícia pode obter, reter e usar amostras de (DNA).</p> <p>N(DNA)D – Base de dados para fins de investigação criminal estabelecida em abril de 1995 pelo Forensic Science Service (FSS). É a maior base de dados do seu gênero a nível mundial, com aproximadamente 3,5 milhões de perfis.</p> <p>A carga da Association of Chief Police Officers (ACPO), detém o registro informático da informação genética e armazenamento de amostras recolhidas de locais de crime e de sujeitos detidos, absolvidos ou condenados por ilícito criminal, e mesmo de menores. Podem ser recolhidas amostras de sujeitos envolvidos em praticamente todos os tipos de crimes não triviais. A existência desta base de dados nunca foi formalizada em legislação própria. Permitiu que amostras não íntimas fossem recolhidas de reclusos condenados antes de 1995 por crimes sexuais, violência ou roubo.</p> <p>Todas as amostras e fingerprints podem ser retidos indefinidamente, mesmo em caso de sujeitos absolvidos.</p> <p>Permite a recolha de amostras a sujeitos detidos e levados a esquadra de polícia por qualquer crime passível de figurar em registro criminal, retendo as amostras indefinidamente.</p>
<p>República Checa</p> <p>http://www.uouu.cz/index.php?l=en&m=left&mid=01&ul=&u2=&t=</p>	<p>Sem legislação específica sobre informação genética</p> <p>Act nr. 101/2000 – Lei de Proteção de Dados Pessoais.</p> <p>Directiva nº 88/2002 do Departamento de Polícia.</p>	<p>Proteção de dados pessoais, de harmonia com a directiva 95/46/EC.</p> <p>Dados genéticos são considerados “dados sensíveis”, recolhidos com respeito da dignidade do sujeito e, quando aplicável, mediante consentimento expresso e informado.</p> <p>Regulamenta a recolha de amostras para perfis de (DNA) a suspeitos e seus associados.</p>

<p>Suécia</p> <p>http://www.datainspotionon.se/in_english/personal_data.html</p>	<p>Medical Care Registers Act (1998:544) – Lei de 1 de janeiro de 2003 sobre cuidados médicos e biobancos.</p> <p>Personal Data Act (1998:204) – Proteção de dados pessoais.</p> <p>Health Data Registers Act (1998:543) – registro de dados de saúde.</p> <p>Police Data Act (1998:622)</p>	<p>Finalidade de investigação médica.</p> <p>Deriva igualmente da lei a manutenção de coleções de material biológico já existentes, como UMEA biobank, que combina amostras de sangue com registros médicos e informações sobre estilos de vida. É financiado por uma spin-off da Universidade UMEA.</p> <p>Base de dados para fins de investigação criminal e identificação de suspeitos – são adicionados em pena efetiva de prisão igual ou superior a dois anos.</p>
<p>Suíça</p> <p>http://www.admin.ch/ch/f/as/index.html http://www.admin.ch/ch/f/as/2000/1715.pdf</p>	<p>Lei de 31 de maio de 2000 da confederação helvética.</p>	<p>Base de dados para fins de investigação criminal e identificação de suspeitos, tanto a nível nacional como internacional.</p> <p>Os perfis de ADN apenas podem ser estabelecidos por institutos médico-legais creditados.</p>
<p>Conselho da Europa</p>	<p>Recomendação R(92) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 10/02/1992</p> <p>Resolução 97/C 193/02 do Conselho, de 9 de junho de 1997.</p> <p>Resolução 2001/C 187/01 do Conselho, de 25 de junho de 2001.</p>	