



DEPARTAMENTO DE DIREITO
DOUTORAMENTO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

JUSTIÇA GENÔMICA:
O Impacto dos Bancos de Perfis Genéticos no Sistema Penal Brasileiro

Tese para a obtenção do grau de Doutor em Direito

Autor: Bruno Espiñeira Lemos

Orientador: Professor Doutor José Carlos Porciúncula

Orientadora: Professora Doutora Stela Barbas

Número do candidato: 20151860

Junho de 2026
LISBOA

BRUNO ESPIÑEIRA LEMOS

**JUSTIÇA GENÔMICA:
O Impacto dos Bancos de Perfis Genéticos no Sistema Penal Brasileiro**

Tese de Doutorado na especialidade em
Ciências Jurídicas apresentada ao
Departamento de Direito da Universidade
Autônoma de Lisboa – UAL para obtenção do
título de Doutor em Direito

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Porciúncula

Orientadora: Prof.^a. Dr.^a Stela Barbas

**LISBOA
2026**

**BRUNO
LE MOS**

LEMOS, Bruno Espiñeira

JUSTIÇA GENÔMICA: o impacto dos bancos de perfis genéticos
no sistema penal brasileiro. Bruno Espiñeira Lemos

p. 454

Tese (Doutoramento) – Universidade Autônoma de Lisboa – UAL –
2026

ESPIÑEIRA

**JUSTIÇA GENÔMICA:
O Impacto dos Bancos de Perfis Genéticos no Sistema Penal Brasileiro**

Tese de Doutoramento na especialidade em Ciências Jurídicas apresentada ao Departamento de
Direito da Universidade Autônoma de Lisboa – UAL para obtenção do título de Doutor em
Direito

Lisboa, 3 de junho de 2026.

Dedico esta tese a Mariana, companheira de vida e de tantas jornadas, uma delas, nos lindos dias de Lisboa, que tornou minha vida mais alegre; aos meus filhos Amanda, Miguel, Martha, Maria Victória e Maria Antônia; aos meus referenciais humanos e intelectuais Vic (minha doce mãe) e Ruy, amigo e padasto, bem como ao meu “filho jurídico” Victor Minervino Quintiere com quem tanto venho debatendo temas caros ao mundo jurídico penal e que se tornou um brilhante estudioso das ciências criminais.

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento especial à professora doutora Stela Barbas, minha orientadora de tese, que, com sua maiúscula obra “Direito do Genoma Humano” e suas preciosas lições ministradas na disciplina de doutoramento “Desafios em sede de Tutela da Personalidade Jurídica”, tanto serviram-me de inspiração na presente tese.

Meu agradecimento enfático ao meu orientador, o professor doutor José Carlos Porciúncula, um jurista destacado da Dogmática Penal, no cenário internacional.

“[...] Não queremos mudar. Toda mudança é uma ameaça à estabilidade. Essa é outra razão que nos torna pouco propensos a utilizar invenções novas. Toda descoberta da ciência pura é potencialmente subversiva: até a ciência deve, às vezes, ser tratada como um inimigo possível. Sim, a própria ciência”.

Aldous Huxley, em sua obra *Brave New World*, 1931.

RESUMO

A tese aborda as repercussões e influências dos estudos do genoma humano, especialmente no que concerne à utilização de bancos de dados de perfis genéticos no contexto do sistema penal e de justiça criminal brasileiros. A pesquisa se fundamenta na análise dos direitos fundamentais, com foco na dignidade da pessoa humana e na privacidade genética. O objetivo central da pesquisa é avaliar a compatibilidade entre a utilização de bancos de dados de perfis genéticos e a preservação dos direitos fundamentais, com ênfase no contexto brasileiro. Especificamente, a tese investiga a aplicação do expansionismo penal e as diferentes velocidades do Direito Penal conforme propostas por Jesús María Silva Sánchez, analisando a efetividade e os conflitos dessas práticas com os direitos fundamentais. A metodologia adotada inclui uma revisão crítica da literatura, análise qualitativa de dados e estudo comparativo de jurisprudências nacionais e internacionais. A pesquisa é de natureza bibliográfica e documental, utilizando livros, artigos científicos, leis, decisões judiciais e documentos relevantes disponíveis em repositórios acadêmicos e científicos. A introdução apresenta a relevância do tema e contextualiza a pesquisa no cenário jurídico, econômico e social brasileiro. O primeiro capítulo trata da Teoria Contemporânea dos Direitos Fundamentais, discute as diferentes gerações de direitos fundamentais e a necessidade de ponderação desses direitos, com base na teoria de Robert Alexy e críticas de Jürgen Habermas. O segundo capítulo trata da Dignidade da Pessoa Humana, explorando a evolução histórica da dignidade humana, sua função constitucional, limites e garantias. O terceiro capítulo trata do Direito do Genoma Humano, analisando os avanços científicos no estudo do genoma humano e suas implicações jurídicas, incluindo a perspectiva das religiões católica, muçulmana e judaica. O quarto capítulo trata dos Bancos de Dados de Perfis Genéticos e sua Aplicação no Direito Penal, examinando o expansionismo penal e a aplicação de bancos de dados de perfis genéticos, discutindo o punitivismo seletivo, neolombrosianismo e a responsabilidade penal no contexto do genoma, tratando das experiências portuguesa e europeia, sem perder de vista o atual cenário norte-americano diante dos bancos privados de dados genéticos. No quinto capítulo, são abordados os discursos da audiência pública do Supremo Tribunal Federal do Brasil, sobre a constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes hediondos em bancos de dados estatais, analisando-se as semelhanças e divergências entre os discursos; com breve análise do cenário de alguns países europeus sobre banco de perfis genéticos, realizando uma análise comparativa e finalizando com a abordagem dos bancos de perfis genéticos e sua relação com a dignidade humana. Em sede de conclusões, tem-se que, embora a utilização de bancos de dados de perfis genéticos possa aumentar a eficiência na persecução penal, há significativos desafios e conflitos com os direitos fundamentais, particularmente no que tange à privacidade genética e à dignidade humana. A análise comparativa revela que diferentes países enfrentam problemas semelhantes, mas adotam abordagens diversas para equilibrar a segurança pública e a proteção dos direitos individuais.

Palavras-Chave: Bancos de Dados Genéticos. Dignidade Humana. Privacidade Genética. Expansionismo Penal.

ABSTRACT

The thesis addresses the repercussions and influences of human genome studies, particularly in terms of in the Brazilian criminal justice and penal systems. The research is based on the analysis of fundamental rights, focusing on human dignity and genetic privacy. The central objective of the research is to evaluate the compatibility between the use of genetic profile databases and the preservation of fundamental rights, especially within the Brazilian context. Specifically, the thesis investigates the application of penal expansionism, and the varying speeds of Criminal Law as proposed by Jesús María Silva Sánchez, analyzing the effectiveness and conflicts of these practices with fundamental rights. The adopted methodology includes a critical review of the literature, qualitative data analysis, and a comparative study of national and international jurisprudence. The research is bibliographic and documentary in nature, utilizing books, scientific articles, laws judicial decisions and relevant documents available in academic and scientific repositories. The introduction presents the relevance of the topic and contextualizes the research within the Brazilian legal, economic, and social landscape. The first chapter deals with the Contemporary Theory of Fundamental Rights; it discusses the different generations of fundamental rights and the need for balancing these rights, based on the theory of Robert Alexy and critiques by Jürgen Habermas. The second chapter addresses the Dignity of the Human Person, exploring the historical evolution of human dignity, its constitutional function, limits, and guarantees. The third chapter deals with Human Genome Law, analyzing scientific advancements in human genome studies and their legal implications, including perspectives from Catholic, Muslim, and Jewish religions. The fourth chapter discusses Genetic Profile Databases and Their Application in Criminal Law; it examines penal expansionism and the application of genetic profile databases, discussing selective punitivism, neolombrosianism, and criminal responsibility in the context of the genome, dealing with Portuguese and European experiences, without losing sight of the current North American scenario with private genetic data banks. The fifth chapter addresses the public hearings of the Brazilian Supreme Federal Court on the constitutionality of including and maintaining the genetic profiles of individuals convicted of heinous crimes in state databases, analyzing the similarities and differences between the speeches; with a brief analysis of the scenario in some European countries regarding genetic profile banks, and concluding with their relationship to human dignity. In conclusion, although the use of genetic profile databases may increase efficiency in criminal prosecution, there are significant challenges and conflicts with fundamental rights, particularly regarding genetic privacy and human dignity. The comparative analysis reveals that different countries face similar problems but adopt diverse approaches to balance public security and the protection of individual rights.

Keywords: Genetic Databases. Human Dignity. Genetic Privacy. Penal Expansionism.

RESUMEN

La tesis aborda las repercusiones e influencias de los estudios del genoma humano, especialmente en términos del uso de bancos de datos de perfiles genéticos dentro de los sistemas de justicia y penal brasileños. La investigación se basa en el análisis de los derechos fundamentales, enfocando en la dignidad humana y la privacidad genética. El objetivo central de la investigación es evaluar la compatibilidad entre el uso de bancos de datos de perfiles genéticos y la preservación de los derechos fundamentales, con énfasis en el contexto brasileño. Específicamente, la tesis investiga la aplicación del expansionismo penal y según lo propuesto por Jesús María Silva Sánchez, analizando la efectividad y los conflictos de estas prácticas con los derechos fundamentales. La metodología adoptada incluye una revisión crítica de la literatura, análisis cualitativo de datos y un estudio comparativo de jurisprudencias nacionales e internacionales. La investigación es bibliográfica y documental, utilizando libros, artículos científicos, leyes, decisiones judiciales y documentos relevantes disponibles en repositorios académicos y científicos. La introducción presenta la relevancia del tema y contextualiza la investigación dentro del panorama legal, económico y social brasileño. El primer capítulo trata sobre la Teoría Contemporánea de los Derechos Fundamentales; discute las diferentes generaciones de derechos fundamentales y la necesidad de equilibrar estos derechos, basado en la teoría de Robert Alexy y las críticas de Jürgen Habermas. El segundo capítulo aborda la Dignidad de la Persona Humana, explorando la evolución histórica de la dignidad humana, su función constitucional, límites y garantías. El tercer capítulo trata sobre el Derecho del Genoma Humano, analizando los avances científicos en los estudios del genoma humano y sus implicaciones legales, incluyendo perspectivas de las religiones católica, musulmana y judía. El cuarto capítulo discute los Bancos de Datos de Perfiles Genéticos y su Aplicación en el Derecho Penal; examina el expansionismo penal y la aplicación de bancos de datos de perfiles genéticos, discutiendo el punitivismo selectivo, el neolombrosianismo y la responsabilidad penal en el contexto del genoma, tratando las experiencias portuguesa y europea, sin perder de vista el escenario actual norteamericano con bancos privados de datos genéticos. El quinto capítulo aborda las audiencias públicas del Tribunal Supremo Federal de Brasil sobre la constitucionalidad de incluir y mantener el perfil genético de los condenados por crímenes atroces en bases de datos estatales, analizando las similitudes y diferencias entre los discursos; con un breve análisis del escenario de algunos países europeos respecto a los bancos de perfiles genéticos, realizando un análisis comparativo, y concluyendo con el enfoque hacia los bancos de perfiles genéticos y su relación con la dignidad humana. En conclusión, aunque el uso de bancos de datos de perfiles genéticos puede aumentar la eficiencia en la persecución penal, existen desafíos significativos y conflictos con los derechos fundamentales, particularmente en lo que respecta a la privacidad genética y la dignidad humana. El análisis comparativo revela que diferentes países enfrentan problemas similares, pero adoptan enfoques diversos para equilibrar la seguridad pública y la protección de los derechos individuales.

Palabras-clave: Bancos de Datos Genéticos. Dignidad Humana. Privacidad Genética. Expansionismo Penal.

LISTA DE SIGLAS

BNPG	– Banco Nacional de Perfis Genéticos
BPG	– Banco de Perfis Genéticos (estadual, distrital ou federal)
CODIS	– <i>Combined DNA Index System</i>
Interpol	– <i>International Criminal Police Organization</i>
RIPBPG	– Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos
SInDNA	– Sistema Integrado de DNA
FBI	– Departamento Federal de Investigação dos Estados Unidos
HEART	– <i>Hope Exists After Rape Trauma</i>
BKA	– Agência Federal de Investigação dos Governos da Alemanha e da Áustria
INC	– Instituto Nacional de Criminalística
MJ	– Ministério da Justiça
UB	– Universidade de Barcelona
ABMLPM	– Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícias Médicas
ABCF	– Associação Brasileira de Ciências Forenses
BIOTECJUS	– Clínica de Direitos Humanos da UFPR
ITS	– Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro
ANADEP	– Associação Nacional de Defensores Públicos

GLOSSÁRIO DE TERMOS TÉCNICOS

Banco de dados de DNA forense: Envolve a coleta, armazenamento e uso de perfis de DNA de suspeitos identificados, criminosos ofensores condenados, vítimas, voluntários e outras pessoas de interesse para a investigação criminal. O objetivo é comparar perfis de indivíduos com perfis obtidos de amostras da cena do crime.

Big Data: Técnica que agrega e analisa grande quantidade de dados, convertendo-os em algoritmos, categorizados numericamente e identificados por meio de um índice calculado, do qual podem ser extraídas informações.

Correspondência: Uma “correspondência” é usada igualmente para descrever uma correspondência entre perfis de DNA descobertos por uma pesquisa de base de dados num determinado momento.

DNA (ácido desoxirribonucleico-ADN): Material químico que compõe cada molécula encontrada nos cromossomos, repositório das informações genéticas de cada organismo. Normalmente contém informações diferentes em indivíduos diferentes.

Etapas 1 e 2 de Prüm: O sistema Prüm funciona em duas etapas diferentes. A etapa 1 refere-se ao momento em que é feita uma busca de um perfil de DNA recuperado da cena do crime numa base de dados nacional e nenhuma correspondência é encontrada; as Decisões de Prüm permitem que a referência do perfil de ADN DNA seja transmitida e pesquisada nos bancos de dados nacionais de outros Estados-Membros. Em seguida, é enviada uma notificação ao Estado-Membro de origem, informando-o se há correspondência ou não. Se uma correspondência for identificada, ocorrem outras solicitações de informações processadas por meio dos canais policiais e/ou judiciais existentes, correspondendo à Etapa 2.

Exames de DNA em massa/dragnets de DNA baseados em informações: Procedimentos que envolvem a coleta de amostras de DNA de “voluntários” que são membros de uma determinada população para procurar potenciais suspeitos entre os membros dessa população, comparando as amostras com as coletadas na cena do crime ou da vítima.

Fenotipagem forense de DNA: Constelação de técnicas que infere características físicas, como a cor dos olhos, pele e cabelo, além de informações sobre a ancestralidade biogeográfica, a partir de material biológico.

Perfil de DNA | Perfil genético: Informação extraída de amostras biológicas que visam definir a singularidade de um determinado indivíduo do ponto de vista biológico.

Pesquisa familiar: Processo pelo qual um perfil de DNA que não corresponde a nenhum outro perfil contido numa base de dados de DNA é submetido a uma nova análise para determinar se há correspondências próximas. Se tais correspondências parciais existirem, é provável que o perfil pertença a um parente biológico da pessoa na base de dados.

Provas de DNA: Informações produzidas com base em tecnologias de DNA que se destinam a ser um componente probatório avaliado num tribunal.

Prüm (Convenção | Decisões | Sistema): O termo Convenção de Prüm refere-se à Convenção de 2005 envolvendo sete países, o termo Decisões de Prüm refere-se à Decisão do Conselho que estabeleceu a natureza obrigatória da troca do intercâmbio transnacional de dados para todos os Estados-Membros da UE, e o termo Sistema Prüm refere-se à rede real de países da União Europeia que trocam dados de DNA.

Tecnologias de DNA: Conjunto de técnicas aplicadas ao DNA para produzir informações sobre uma determinada amostra biológica. Abrange técnicas como perfil de DNA, mas também tecnologias emergentes, como pesquisa familiar e fenotipagem forense de DNA. (MACHADO; GRANJA, 2020, p. 123-124)

GLOSSÁRIO DE TERMOS TÉCNICOS 2

Dados genéticos humanos: Configuram-se como registros informacionais derivados da análise de material genético, notadamente de ácidos nucleicos (DNA e RNA), os quais expressam traços hereditários singulares do indivíduo. Tais dados são obtidos mediante técnicas laboratoriais avançadas que permitem identificar, mapear e interpretar sequências genéticas específicas com implicações biomédicas, jurídicas e bioéticas.

Dados proteômicos humanos: Referem-se ao conjunto de informações relativas à composição, expressão funcional, modificações pós-traducionais e interações moleculares das proteínas codificadas no organismo de um indivíduo. Essas informações são geradas por meio de análises de proteômica e oferecem subsídios essenciais para a compreensão do fenótipo humano e das respostas biológicas em nível celular e sistêmico.

Consentimento: Entende-se como a manifestação expressa, livre e informada da vontade de um sujeito de dados, mediante a qual este autoriza, com plena ciência das consequências, a coleta, o tratamento, o armazenamento e o uso de suas informações genéticas, em consonância com os princípios da autonomia da vontade e da autodeterminação informativa.

Amostra biológica: Trata-se de qualquer fragmento de material orgânico humano, como tecidos celulares (sanguíneos, cutâneos, ósseos) ou fluidos corporais, que contenha ácidos nucleicos passíveis de análise e represente a configuração genética única e identificadora do indivíduo fonte da amostra.

Estudo de genética de populações: Consiste em investigação científica voltada à identificação, quantificação e interpretação das variações genômicas em uma população humana, seja intra ou intergrupar, com o objetivo de traçar padrões de herança, estrutura populacional, ancestralidade e potenciais implicações epidemiológicas.

Estudo de genética do comportamento: Refere-se à abordagem científica que busca correlacionar atributos genéticos herdados com manifestações comportamentais, visando compreender em que medida determinantes biológicos influenciam traços psicológicos, padrões de conduta e predisposições comportamentais individuais ou coletivas.

Método invasivo: Define-se como procedimento de obtenção de material biológico que requer a penetração física em tecidos ou órgãos do corpo humano, como ocorre na coleta sanguínea por punção venosa, implicando riscos minimamente controlados à integridade física do participante.

Método não invasivo: Corresponde à técnica de obtenção de amostra biológica que prescinde de qualquer ruptura das barreiras corporais, sendo exemplificada pela coleta de células epiteliais da mucosa bucal mediante uso de swab, e caracterizando-se por sua natureza não agressiva e de baixo risco.

Dados associados a pessoa identificável: São aqueles que contêm elementos que, isoladamente ou em combinação, permitem a identificação direta do sujeito a quem se referem, como nome completo, data de nascimento, endereço residencial ou outros dados pessoais reconhecíveis.

Dados dissociados de pessoa identificável: Referem-se a registros genéticos cujos elementos identificadores foram removidos ou substituídos por chaves codificadas, de forma a impedir a associação imediata entre os dados e a identidade do indivíduo, embora essa vinculação ainda possa ser tecnicamente restaurada sob determinadas condições.

Dados irreversivelmente dissociados de pessoa identificável: Configuram dados cujo vínculo com a identidade do indivíduo foi definitivamente rompido, mediante destruição de qualquer elemento ou chave de reidentificação, tornando inviável, em caráter absoluto, a restauração da identidade da pessoa a partir dos dados genéticos.

Teste genético: Designa procedimento técnico-científico destinado à identificação de variantes genéticas específicas, por meio da detecção de genes, cromossomos ou de seus produtos, como metabólitos ou proteínas, cujas alterações são indicativas de mutações ou de predisposições genéticas determinadas.

Rastreio genético: Consiste na aplicação sistemática de testes genéticos em larga escala sobre uma população ou segmento populacional assintomático, com o objetivo de detectar características genéticas específicas que possam justificar intervenções precoces ou estratégias preventivas em saúde pública.

Aconselhamento genético: Caracteriza-se como processo estruturado de orientação que visa esclarecer o indivíduo quanto às implicações clínicas, éticas e sociais dos resultados oriundos de testes ou rastreios genéticos, incluindo riscos, benefícios e prognósticos, sendo realizado tanto antes quanto após a realização dos referidos exames.

Cruzamento de dados: Refere-se à prática de interligar informações referentes a um mesmo indivíduo, originadas de bases de dados distintas, inicialmente concebidas para finalidades diversas, com o intuito de compor um panorama ampliado e potencialmente mais preciso do perfil genético ou comportamental da pessoa analisada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1.1 Contextualização do tema	16
1.2 Objetivos da pesquisa	16
1.2.1 Objetivo Geral	16
1.2.2 Objetivos Específicos	16
1.3 Hipóteses e problema de pesquisa	17
1.4 Metodologia	17
1.5 Estrutura da Tese.....	17
CAPÍTULO 1 - TEORIA CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 21	
1.1 Conceituação e Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais	21
1.2 Gerações dos Direitos Fundamentais	30
1.2.1 Primeira Geração: Direitos Individuais	31
1.2.2 Segunda Geração: Direitos Sociais	32
1.2.3 Terceira Geração: Direitos dos Povos	34
1.2.4 Quarta Geração: Direitos Tecnológicos e Informacionais	35
1.2.5 Quinta Geração: Direito à Paz e Novos Desafios.....	35
1.3 A Necessidade de Ponderação dos Direitos Fundamentais	36
1.3.1 Teoria da Ponderação de Robert Alexy.....	36
1.3.2 Críticas de Jürgen Habermas à Ponderação de Alexy	66
CAPÍTULO 2: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS	72
2.1 A Dignidade Humana ao Longo da História	72
2.2 Função Constitucional da Dignidade Humana	82
2.3 Limites e Garantias da Dignidade Humana	86
2.4 Jurisprudência Brasileira e Internacional sobre Dignidade Humana	87
CAPÍTULO 3: DIREITO DO GENOMA HUMANO E SUA REPERCUSSÕES JURÍDICAS	95
3.1 Histórico e Avanços do Genoma Humano Antes e Depois do DNA	95
3.2 Genoma Humano e Perspectivas Religiosas	111
3.2.1 Visão Católica	112
3.2.2 Visão Muçulmana.....	116
3.2.3 Visão Judaica.....	118
3.3 Genoma Humano e Direito	121
3.4 Autonomia Privada e Consentimento Informado	121
3.5 Implicações do Genoma Humano na Dignidade e nos Direitos Fundamentais	138
3.5.1 Direito ao silêncio e de não fazer prova contra si e o nemo tenetur se detegere.....	145
CAPÍTULO 4: BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS NO DIREITO PENAL	170
4.1 Expansionismo Penal e Bases Teóricas	170
4.1.1 Análise do Expansionismo Penal por Jesús-María Silva Sánchez	171
4.2 Compreendendo a Modernidade Tardia Brasileira no contexto das Sociedades Pós-industriais	228
4.3 Direito Penal: Punitivismo Seletivo e Neolombrosianismo	240

4.4 Bancos de Dados de Perfis Genéticos: Cenário Brasileiro e Internacional	251
4.4.1 Portugal.....	254
4.4.2 Europa.....	270
4.4.3 Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos	291
4.4.4 Estados Unidos e a atual genealogia genérica investigativa e a privacidade das informações genéticas armazenadas em bancos de dados massivos de empresas baseadas na Internet no contexto do sistema criminal norte-americano	294
CAPÍTULO 5: BANCOS DE PERFIL GENÉTICO	316
5.1 O Contexto Brasileiro	316
5.2 Audiência Pública no Recurso Extraordinário (RE) nº 973.837	324
5.3 Semelhanças e Divergências dos Discursos.....	351
5.4 O limite da utilização dos dados de perfis genéticos.....	357
5.5 Os Bancos de Perfis Genéticos e a Dignidade Humana.....	358
CONCLUSÕES	360
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	368
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS	407
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	410
ANEXOS	412
Anexo 1 – Discursos Audiência Pública - Supremo Tribunal Federal - Bancos genéticos	412
Anexo 2 – Lei nº 9.454, de 7 de abril de 1997.....	413
Anexo 3 – Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.....	415
Anexo 4 – Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.	418
Anexo 5 – Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.....	420
Anexo 6 – Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.....	448
Anexo 7 – Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.....	451

INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização do tema

A presente tese aborda as repercussões e influências dos estudos do genoma humano, com ênfase nos bancos ou bases de perfis genéticos, no sistema jurídico-penal, particularmente na esfera da sua aplicação na justiça criminal, e examina em que medida os direitos e garantias fundamentais, corolários da dignidade humana, são preservados no contexto brasileiro.

Este estudo adquire relevância ao considerar que, nos últimos anos, a dogmática jurídico-penal tem coincidido com uma tensão expansiva do Direito Penal, que vive uma crise como instrumento social eficiente devido à utilização de legislações simbólicas ou retóricas. Isso, por sua vez, gera uma crise de legitimidade do Direito Penal e de sua dogmática. Segundo Silva-Sánchez (2011), é incorreto afirmar que a "crise" é um fenômeno exclusivo do Direito Penal contemporâneo, uma vez que a crise é algo congênito ao Direito Penal como conjunto normativo ou, pelo menos, resulta algo imanente ao Direito Penal moderno, surgido da Ilustração e plasmado nos primeiros Estados de Direito, onde reside a antinomia entre liberdade e segurança.

1.2 Objetivos da pesquisa

1.2.1 Objetivo Geral

O objetivo geral é o de compreender se há e qual a influência dos estudos do genoma humano no sistema jurídico-penal, com enfoque nos bancos de perfis genéticos, mais especificamente na esfera do sistema de justiça criminal brasileiro.

1.2.2 Objetivos Específicos

Os objetivos específicos são: (a) avaliar as tensões existentes entre a segurança e os direitos fundamentais no tratamento do tema; (b) analisar os discursos da audiência pública do Recurso Extraordinário (RE) n. 973.837 no Supremo Tribunal Federal brasileiro; (c) examinar a teoria contemporânea dos direitos fundamentais e realizar uma ponderação entre os direitos envolvidos à luz do critério de Robert Alexy; (d) investigar as complexidades atuais e as perspectivas futuras da dignidade da pessoa humana no contexto da utilização dos bancos de dados de perfis genéticos; (e) estudar o genoma humano sob diversas perspectivas, incluindo a religiosa, a autonomia privada e o consentimento informado.

1.3 Hipóteses e problema de pesquisa

A tese levanta duas principais hipóteses:

- Se, e em que medida, a tese das velocidades do Direito Penal, proposta por Jesús María Silva Sánchez, e o atual contexto da utilização dos bancos de dados de perfis genéticos no Brasil garantem ao Estado, na condição de titular do Poder-Dever de Punir, eficiência no combate (preventivo ou repressivo) às infrações penais, e em que medida isso se harmoniza ou conflita com a dignidade humana, especialmente os direitos fundamentais da privacidade genética e da não autoincriminação no atual contexto social.
- A utilização dos bancos de dados de perfis genéticos no Brasil, no contexto do sistema de justiça criminal, pode gerar um conflito com a dignidade humana e os direitos fundamentais, especialmente os direitos à privacidade genética e à não autoincriminação. (Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos – UNESCO)

O problema de pesquisa central da tese é: em que medida a utilização dos bancos de perfis genéticos no sistema penal brasileiro pode ser compatibilizada com a dignidade da pessoa humana? A pesquisa busca analisar se o sistema normativo atual e a aplicação prática dos bancos de perfis genéticos, se alinha com a preservação dos direitos fundamentais no Brasil.

1.4 Metodologia

A metodologia adotada é qualitativa e bibliográfica, englobando a análise de documentos normativos, decisões judiciais, atas de audiências públicas e literatura acadêmica relevante, com ênfase na compatibilidade entre bancos de dados de perfis genéticos e direitos fundamentais no Brasil.

A pesquisa de natureza bibliográfica e documental, utilizou-se de livros, artigos científicos, leis, decisões judiciais e outros documentos relevantes disponíveis em repositórios acadêmicos e científicos. O acesso a documentos públicos e privados tanto por meio de bases de dados online quanto diretamente nos locais de origem, quando possível.

1.5 Estrutura da Tese

Na análise de conteúdo, procedeu-se a uma análise detalhada dos discursos envolvidos na audiência pública no Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre o armazenamento de perfis

genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos (Recurso Extraordinário nº 973.837), categorizando os argumentos apresentados pelos 17 especialistas que dela participaram, representando diversas áreas do conhecimento.

No que diz respeito à Teoria Contemporânea dos Direitos Fundamentais, procedeu-se à análise das diferentes gerações de direitos fundamentais (primeira, segunda, terceira, quarta e quinta geração) e a ponderação entre esses direitos à luz do critério de Robert Alexy, examinando a correlação entre direito e moral, os princípios como valores e a argumentação jurídica.

Realizou-se, ainda, em caráter histórico e comparativo, o estudo histórico da dignidade da pessoa humana, suas complexidades atuais e perspectivas futuras, destacando a evolução do teocentrismo para o antropocentrismo e o tecnocentrismo e a comparação entre a abordagem brasileira e a de outros países, especialmente no contexto de bancos de perfis genéticos

No contexto da interdisciplinaridade, desenvolveu-se reflexões sobre as correlações entre o Direito Penal e o estudo do genoma humano, incluindo interfaces com outros ramos do direito, filosofia e religiões.

Em análise qualitativa dos dados, procedeu-se ao confronto de todo o material recolhido, aplicando-se uma análise qualitativa e interpretando os dados indutivamente.

A revisão da literatura inclui uma análise crítica de trabalhos anteriores relacionados ao tema da tese, identificando lacunas e justificando a pesquisa. Foram discutidas as contribuições de autores como Silva-Sánchez, Bernd Schüneman, Robert Alexy e Jürgen Habermas, Stela Barbas, entre outros, que forneceram uma base teórica robusta para compreender as intersecções entre o direito penal e os avanços científicos no campo do genoma humano. As teorias contemporâneas dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à dignidade humana, fornecem um quadro interpretativo essencial para avaliar as implicações éticas e jurídicas da utilização de bancos de perfis genéticos.

A estrutura da presente tese contém a introdução que apresenta uma visão geral do tema, justificando sua relevância e contextualizando a pesquisa no cenário jurídico, econômico e social brasileiro. Também inclui os objetivos geral e específicos, as hipóteses da pesquisa, a metodologia utilizada, e uma revisão crítica da literatura existente.

O primeiro capítulo trata da Teoria Contemporânea dos Direitos Fundamentais como problema, cada uma das suas gerações, com a análise das tensões entre diferentes direitos fundamentais e a necessidade de se ponderar os direitos fundamentais, a perspectiva de Alexy

e o seu critério de ponderação dos direitos fundamentais, as principais críticas de Habermas à Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy e a discussão sobre as críticas de Habermas à teoria de Alexy.

No segundo capítulo aborda-se a dignidade da pessoa humana ao longo da história, sua evolução histórica, sua função constitucional, conteúdo, titularidade, limites e garantias; a exploração da dignidade humana no contexto constitucional; a dignidade humana e a jurisprudência dos tribunais, a análise de casos judiciais relevantes, apresentadas reflexões e perspectivas futuras sobre a dignidade humana.

No terceiro capítulo, a tese trata do Direito do Genoma Humano, com abordagem de antes e depois do DNA; do histórico e avanços científicos do genoma humano; do projeto de genoma humano, com a medicina preditiva e testes genéticos, da terapia Gênica e da Engenharia Genética de melhoramento.

Também no terceiro capítulo, a tese trata dos impactos dos avanços genéticos na medicina e engenharia genética e apresenta uma perspectiva do genoma humano na perspectiva da religião, abordando as religiões católica, muçulmana e judaica, passando a analisar a questão do genoma humano e o Direito, na perspectiva da autonomia privada, do consentimento informado para o conhecimento e intervenção no genoma humano e sua importância. Em seguida, aborda-se os direitos fundamentais em jogo, na perspectiva da autodeterminação informacional genômica e da privacidade genômica, bem como os direitos relacionados à informação genética e o genoma humano à luz do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal, com o respectivo enquadramento constitucional e processual penal.

No quarto capítulo, a tese aborda os Bancos de Dados de Perfis Genéticos e sua Aplicação no Processo Penal, iniciando com a compreensão das bases do expansionismo penal; tratando das sociedades pós-industriais, a pós-modernidade e a modernidade tardia brasileira; passando pela análise da compreensão de Jesús-María Silva Sánchez e o expansionismo penal, as velocidades no Direito Penal pós Sánchez e as possíveis 4ª e 5ª velocidades, passando pelas críticas feitas ao expansionismo penal de Jesús-María Silva Sánchez, sob uma leitura constitucional, abordando o Direito Penal, as novas tecnologias e a “quinta velocidade” do Direito Penal, tratando dos estudos do genoma humano e o punitivismo seletivo, o Sistema Penal Contemporâneo, em Breves aportes de Bernd Schüneman, trata brevemente do que se convencionou denominar de neolombrosianismo em cenário distópico; aborda a discussão sobre responsabilização penal no contexto do genoma; trata do paradigma da engenharia

genética à luz dos direitos à não autoincriminação e da privacidade no Brasil, com a posterior análise do paradigma genético no contexto brasileiro; trata brevemente sobre a genealogia genérica investigativa e a privacidade das informações armazenadas em bancos de dados massivos de empresas baseadas na Internet na atualidade norte-americana e contextualiza, brevemente, a base de Dados de Perfis de ADN em Portugal e trata também do cenário Europeu e finaliza com a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos.

No quinto capítulo da tese, se aborda a manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em bancos de perfis genéticos no Brasil e analisam-se os discursos da audiência pública do Supremo Tribunal Federal do Brasil, sobre a constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados ou condenados por crimes hediondos em bancos de perfis genéticos brasileiros, analisando-se as semelhanças e divergências entre os discursos; passando em seguida a apresentar uma breve análise do cenário de alguns países europeus sobre banco de perfis genéticos, realizando análise comparativa. Indaga acerca do tratamento dos perfis genéticos, como sendo um mal necessário, apresentando uma discussão sobre a necessidade e implicações éticas respectivas, finalizando com a abordagem dos bancos de perfis genéticos e sua relação com a dignidade humana.

As conclusões trazem recomendações que podem ser utilizadas em futuras investigações e para aplicação na formulação de políticas públicas que garantam a proteção dos direitos fundamentais e a dignidade humana no uso de bancos de perfis genéticos no Brasil. É enfatizada a importância de um debate amplo e inclusivo sobre as implicações éticas e sociais das novas tecnologias, com o especial relevo para a utilização dos bancos de dados de perfis genéticos.

Em suma, esta tese busca abordar de forma crítica e detalhada as implicações jurídicas e sociais decorrentes da utilização de bancos de perfis genéticos na esfera do sistema de justiça criminal brasileiro, tendo sempre como norte a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

CAPÍTULO 1 - TEORIA CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceituação e Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais

A análise dos direitos fundamentais realizada no presente trabalho acadêmico torna essencial a compreensão de importantes ponderações a respeito da teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, em especial no que diz respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Antes, contudo, oportuno destacar a concordância em relação ao que afirma o Professor Jorge Reis Novais (2012, p. 29), no sentido de que os direitos fundamentais, como trunfos contra a maioria “é também uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério”, ou seja, os poderes constituídos, por majoritários que sejam, não podem pôr em causa aquilo que ficar e a Constituição reconhece como direito fundamental.

O Professor J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 1395) recorda que as teorias dos direitos fundamentais elaboradas a partir de meados da década de setenta (sobretudo na juspublicística alemã) tinham como objetivo esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha ou não uma teoria de direitos fundamentais capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos da constituição consagradores de direitos fundamentais. Pouco a pouco, foram surgindo várias teorias que umas vezes pretendiam captar essencialmente os valores básicos subjacentes às normas constitucionais e outras vezes se propunham esclarecer as dimensões funcionais (funções) dos próprios direitos fundamentais.

As teorias dos direitos fundamentais são: (a) teoria liberal¹; (b) teoria da ordem dos valores²; (c) teoria institucional³; (d) teoria social⁴; (e) teoria democrático-funcional⁵ e (f) teoria socialista dos direitos fundamentais⁶ (CANOTILHO, 2003, p. 1396-1402).

A abordagem do tema por José Carlos Vieira de Andrade é semelhante, destacando-se a ideia de direitos fundamentais como uma ética que reconheça a dignidade humana como finalidade social a atingir. (ANDRADE, 1987, p. 74).

Em sua obra *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy propõe uma teoria inovadora e abrangente dos direitos fundamentais, que busca ser integradora, moderna e unitária⁷.

¹ Teoria centrada nos princípios do liberalismo clássico, que destacam a proteção das liberdades da liberdade individual e a limitação do poder do Estado. Canotilho explica que, no contexto liberal, os direitos fundamentais surgem como direitos naturais e inalienáveis, destinados a proteger a autonomia dos indivíduos contra interferências do Estado. Ou seja, os direitos fundamentais seriam, eminentemente, direitos de defesa.

² Segundo Canotilho na referida teoria os direitos fundamentais devem ser compreendidos dentro de um sistema de valores que reflete a ordem jurídica de uma sociedade democrática, norteadas por princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a justiça social. Com a sua ideia de ponderação e proporcionalidade esta teoria mais do que estabelecer uma hierarquia entre os direitos, apresenta uma metodologia para lidar com os conflitos, preservando a harmonia do sistema constitucional de direitos e o espaço garantido de cada direito fundamental, no contexto dos valores constitucionais.

³ Nos ensinamentos de Canotilho, nesta teoria se destaca a importância das instituições na proteção, promoção e efetivação dos direitos fundamentais. O destaque se dá para a dimensão institucional dos direitos fundamentais, com papéis essenciais na sociedade. Ou seja, aqui se destaca a dimensão coletiva e institucional dos direitos fundamentais, figurando as instituições como atores ativos na defesa dos direitos fundamentais no contexto das sociedades democráticas.

⁴ Aqui, referida teoria está centrada na dimensão coletiva e social dos direitos fundamentais, dada a sua importância para além de sua vertente individual, no contexto das relações sociais e das necessidades coletivas. Apresenta-se como contraponto às teorias liberais, trazendo os direitos fundamentais como direitos de solidariedade, com evidente função ativa do Estado, figurando os direitos fundamentais como mecanismo de inclusão social.

⁵ A ideia de direitos fundamentais como estrutura da própria democracia é a principal característica desta teoria, ressaltando a função legitimadora do sistema político e o destaque da garantia da participação democrática dos cidadãos no processo político e na fiscalização do poder, também caracterizando o exercício dos direitos fundamentais como instrumentos de inclusão e justiça social.

⁶ A essência desta teoria preconiza os direitos fundamentais como ferramentas de transformação social, na busca pela igualdade material e a justiça social. Apresenta crítica ao formalismo jurídico e propõe a participação popular na sociedade e a democracia direta.

⁷ Maurizio Fioravanti, em sua obra *De la antigüedad a nuestros días* (2001), propõe uma análise da evolução do conceito de liberdade ao longo do tempo, destacando a transição da perspectiva das constituições antigas para as modernas. No Capítulo I, Fioravanti resalta uma mudança de paradigma importante: enquanto nas constituições antigas a liberdade era predominantemente entendida em termos de restrição dos atos do Estado, nas concepções modernas de liberdade, esse conceito se amplia para incluir, além da ação estatal, a interação entre indivíduos, ou seja, as ações e omissões dos particulares. Essa mudança implica uma ampliação da proteção da liberdade, que não está mais restrita à relação entre o cidadão e o poder público, mas se estende também às relações entre os próprios indivíduos. Em outras palavras, a liberdade moderna envolve a proteção não apenas contra as ingerências do Estado, mas também contra as ações que possam ser realizadas por particulares, que, de alguma forma, limitem ou ameacem a liberdade de outros indivíduos. No contexto das constituições modernas, esse conceito ampliado de liberdade é refletido em normas que regulam tanto a atuação do Estado quanto as interações sociais, estabelecendo direitos fundamentais que garantem a liberdade dos indivíduos frente

Seu objetivo é oferecer uma base sólida para a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no contexto jurídico contemporâneo, abordando as complexidades de sua interação no sistema normativo. A proposta de Alexy visa tornar possível a resolução de casos concretos, sem que, por isso, se perca a clareza sobre os efeitos e as implicações dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico.

Para Alexy, os direitos fundamentais não são apenas normas jurídicas estáticas, mas sim princípios que possuem um papel essencial na construção do sistema jurídico, exigindo uma abordagem que vá além da simples aplicação formal das normas. Em sua teoria, ele distingue entre **normas** e **princípios**, considerando os direitos fundamentais como princípios que possuem uma grande flexibilidade e que, portanto, demandam um processo de ponderação e balança entre direitos e interesses conflitantes.

A concepção alexiana enfatiza a importância da proporcionalidade como ferramenta para lidar com os conflitos entre princípios constitucionais. Segundo Alexy, quando há colisão entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um interesse público, é necessário aplicar o teste de proporcionalidade para encontrar a solução mais equilibrada e justa. Esse processo envolve três etapas principais: 1) verificar se a medida é adequada para alcançar o objetivo desejado, 2) avaliar se a medida é necessária, ou seja, se não há outra maneira menos onerosa de atingir o objetivo, e 3) ponderar os efeitos da medida, para assegurar que a restrição do direito não seja desproporcional em relação ao benefício alcançado.

Com essa abordagem, Alexy busca garantir que a aplicação dos direitos fundamentais seja prática, sem perder de vista a fundamentação teórica que explica suas implicações no sistema jurídico. Essa teoria, portanto, permite que o juiz, ao tomar decisões, possa navegar por uma pluralidade de direitos e princípios conflitantes, oferecendo uma fundamentação sólida para suas escolhas.

A teoria de Alexy, portanto, não apenas pretende contribuir para uma melhor compreensão dos efeitos dos direitos fundamentais, mas também proporcionar um marco teórico que auxilie a aplicar esses direitos de maneira prática e efetiva dentro do sistema

às ações de outros membros da sociedade. Fioravanti, portanto, ilumina a transição de uma concepção mais restritiva e vinculada ao Estado para uma visão mais abrangente, que leva em conta as complexas relações de poder e liberdade entre indivíduos e entre o Estado e a sociedade. Essa evolução do conceito de liberdade também tem implicações importantes para o direito contemporâneo, pois reflete a necessidade de uma maior regulação e proteção da liberdade individual em um contexto social e político mais complexo, no qual as relações privadas podem ter um impacto tão significativo quanto as ações do Estado na vida dos cidadãos.

jurídico, respeitando sua complexidade e a necessidade de equilíbrio entre os valores envolvidos.

De acordo com Alexy, a análise da eficácia horizontal simbolizaria o mesmo que o estudo do significado que as normas de direitos fundamentais têm para o sistema jurídico. Neste ponto, cumpre observar que não é desconhecido o fato de que, para a maioria da doutrina europeia, os direitos fundamentais teriam como destinatários os particulares em um ângulo indireto.

Aqui, entretanto, concordando com o Professor Jorge Reis Novais (2015, p. 92), não apenas os direitos fundamentais, mas especialmente a dignidade da pessoa humana, vincula diretamente tanto o Poder Público quanto os particulares.

A teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy é estruturada com base em dois conceitos centrais: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material dos direitos fundamentais. Esses conceitos são essenciais para entender a amplitude e os efeitos desses direitos no ordenamento jurídico⁸.

Fundamentalidade formal: Trata-se da característica dos direitos fundamentais de serem reconhecidos e protegidos pela Constituição. Essa fundamentalidade está relacionada à sua normatividade, ou seja, ao fato de que esses direitos são reconhecidos como parte do núcleo central da ordem jurídica, com um status superior às normas infraconstitucionais. A fundamentalidade formal refere-se, portanto, ao status constitucional dos direitos fundamentais, assegurando-lhes proteção jurídica em todos os níveis, com uma força que se sobrepõe a outras normas infraconstitucionais.

Fundamentalidade material: Diz respeito à importância intrínseca dos direitos fundamentais para a realização da dignidade da pessoa humana e a efetivação de um Estado democrático e de direito. A fundamentalidade material refere-se à natureza essencial desses direitos no processo de construção de uma sociedade justa e igualitária. Assim, os direitos fundamentais não apenas têm uma base formal, mas sua própria essência está ligada à proteção de valores fundamentais como a liberdade, a igualdade e a dignidade humana.

Alexy argumenta que essas duas formas de fundamentalidade são interconectadas e devem ser analisadas de maneira conjunta. A fundamentalidade formal garante que os direitos fundamentais sejam reconhecidos e protegidos no ordenamento jurídico, enquanto a fundamentalidade material assegura que esses direitos desempenhem um papel fundamental na realização de uma sociedade justa e digna.

⁸ A teoria da eficácia dos direitos fundamentais proposta por Alexy sustenta que esses direitos geram efeitos diretos e indiretos nas relações privadas, modulados pela ponderação e pelos princípios que orientam o ordenamento jurídico.

No que tange os efeitos sobre o sistema jurídico, de acordo com Alexy, a interconexão entre a fundamentalidade formal e a material dos direitos fundamentais tem um impacto profundo na estrutura do sistema jurídico. Esses direitos não se limitam apenas a regular a relação entre o Estado e os cidadãos (relações de direito público), mas também projetam seus efeitos nas relações entre os próprios cidadãos (relações de direito privado). Isso significa que os direitos fundamentais não se restringem ao âmbito do direito público, mas influenciam também as normas de direito privado, ampliando sua atuação e conferindo-lhes um efeito transversal e abrangente no sistema jurídico como um todo.

Portanto, ao adotar essa visão interconectada da fundamentalidade, Alexy (1997) demonstra que os direitos fundamentais possuem uma dimensão de aplicação universal que transcende as fronteiras entre diferentes áreas do direito, refletindo sua importância não apenas na proteção contra o poder do Estado, mas também na proteção das relações interpessoais no âmbito privado. Dessa forma, os direitos fundamentais são ferramentas fundamentais para a construção de um sistema jurídico que garanta a dignidade humana e a justiça social, tendo efeitos em todas as esferas da vida jurídica.

A teoria de Robert Alexy sobre os direitos fundamentais, que reconhece a interconexão entre as suas dimensões formal e material, é apoiada por um modelo material-procedimental da constituição.

Este modelo, conforme expõe Christian Magnus de Marco (2014), reflete a concepção da constituição como um conjunto de normas fundamentais que regulam os direitos dos cidadãos, impõem limites à atuação estatal e estruturam a organização dos Poderes Públicos. O modelo material-procedimental, que Alexy adota, encontra inspiração na constituição alemã, que estabelece uma relação íntima entre os direitos fundamentais e os processos de sua implementação e proteção.

No entanto, a teoria de Alexy enfrenta dois principais problemas ao abordar os efeitos dos direitos fundamentais:

1. O "como" – A construção dos efeitos dos direitos fundamentais: Esse é o problema da construção dos efeitos desses direitos nas relações jurídicas. Em um sistema jurídico, os direitos fundamentais têm um impacto abrangente, mas a forma como esses direitos se aplicam concretamente, especialmente nas interações entre os cidadãos e o Estado, exige uma interpretação cuidadosa. No

caso da teoria de Alexy, isso envolve a análise de como os direitos fundamentais devem ser implementados e protegidos na prática, em relação ao Estado e entre os próprios cidadãos. A construção dos efeitos envolve não só a aplicação das normas jurídicas, mas também a interpretação que garante a efetividade desses direitos na vida cotidiana.

2. A "extensão" – O problema da colisão dos direitos: O segundo desafio, mais complexo, diz respeito à extensão dos efeitos dos direitos fundamentais, especialmente quando há conflitos entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e outros interesses legítimos. Esse é o problema da colisão de direitos, que surge quando dois ou mais direitos fundamentais entram em choque, como no caso de um direito à liberdade de expressão que colide com o direito à proteção da honra de uma pessoa. A colisão de direitos exige uma análise detalhada sobre qual direito deve prevalecer em determinada circunstância, além de exigir a aplicação do princípio da proporcionalidade para resolver o conflito de forma equilibrada.

Portanto, ao adotar o modelo material-procedimental da constituição, Alexy também enfrenta o dilema de como construir os efeitos dos direitos fundamentais de forma prática e resolver a colisão entre direitos quando esses entram em conflito.

A teoria de Alexy, ao tratar desses problemas, oferece uma estrutura para resolver essas questões de forma sistemática e dentro do contexto da ordem constitucional, respeitando sempre a natureza fundamental dos direitos envolvidos. Isso exige, muitas vezes, uma análise interpretativa que envolva tanto a pesquisa de princípios constitucionais como a ponderação de valores.

Sobre o problema da colisão, concordamos com José Carlos Vieira no sentido de que as situações “de colisão e de conflito, que, como vimos, são inevitáveis e devem considerar-se típicas do sistema, surgem cada vez com mais frequência, em face do alargamento doutrinal e jurisprudencial do âmbito e da intensidade de protecção dos direitos fundamentais”, em especial, quando estamos diante de sociedades que vivem em espaços limitados e de intensa comunicação (2004, p. 310).

A tensão teórica que permeia a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre, substancialmente, da peculiaridade ontológica que distingue tais relações das estabelecidas entre o cidadão e o Estado.

Com efeito, nas relações privadas, ambas as partes são, originariamente, titulares de direitos subjetivos, o que torna a dinâmica jurídica mais complexa, dado que inexiste um polo estruturalmente assimétrico como ocorre na relação entre o indivíduo — sujeito de direitos fundamentais — e o Estado — ente que, embora detentor de prerrogativas institucionais, não é titular de direitos subjetivos na acepção clássica do termo (ALEXY, 2008, p. 528).

Tal distinção é crucial para a compreensão das controvérsias em torno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois impõe uma releitura das categorias tradicionais do Direito, exigindo soluções normativas que equilibrem, com precisão, os princípios constitucionais aplicáveis às esferas pública e privada.

No tocante à construção dogmática dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Robert Alexy, após examinar criticamente as três principais teorias existentes — a da eficácia mediata, a da eficácia imediata e a da imputação de Schwabe, esta última centrada nos direitos de defesa frente ao Estado —, reconhece a inexistência de uma concepção dogmática unitária no cenário jurídico contemporâneo.

Diante disso, propõe um modelo teórico de três níveis que não apenas sistematiza as mencionadas abordagens, mas também as integra em uma estrutura coerente e complementar.

Em sua perspectiva, tais teorias não se excluem mutuamente; ao contrário, apresentam elementos que se mostram reciprocamente assimiláveis, permitindo, assim, a edificação de uma teoria unitária sobre a eficácia dos direitos fundamentais, capaz de abarcar os múltiplos aspectos das relações jurídicas entre cidadãos (ALEXY, 1997, p. 511-524).

Essa proposta de integração teórica revela-se especialmente fecunda ao conferir maior densidade normativa e funcionalidade ao sistema de direitos fundamentais, sem sacrificar a complexidade das relações sociais e jurídicas que os envolvem⁹.

⁹ A teoria dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, proposta por Günter Dürig em 1953 e consagrada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão no célebre caso *Lüth* (1958), representa um marco na construção doutrinária e jurisprudencial da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Segundo essa concepção, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como autênticas “decisões axiológicas”, “normas objetivas” e “valores constitucionais” que permeiam todo o ordenamento jurídico, exercendo, portanto, influência decisiva na interpretação e aplicação das normas de direito privado. Trata-se de uma concepção que propõe uma mediação interpretativa por parte do Estado, notadamente do Poder Judiciário, como forma de assegurar a observância dos valores constitucionais mesmo em relações jurídicas horizontais (DÜRIG, 1953; ALEXY, 2008, p. 529). Em contraposição, a teoria dos efeitos diretos, formulada por Hans Carl Nipperdey e acolhida em precedentes da 1ª Turma do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, defende que os direitos fundamentais previstos na constituição não apenas irradiam valores para o ordenamento jurídico, mas também conferem, de maneira imediata, direitos subjetivos privados aos indivíduos. Assim, a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares não se dá exclusivamente por intermédio da mediação estatal, mas opera *ipso iure*, atribuindo titularidade e exigibilidade direta em face de outros particulares (NIPPERDEY, apud ALEXY, 2008, p. 530). A terceira abordagem teórica, desenvolvida por Jürgen Schwabe, adota uma via distinta ao situar

Dando prosseguimento à construção teórica proposta por Robert Alexy, cumpre destacar que os três modelos interpretativos da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares compartilham, em essência, três premissas estruturantes: (i) ambas as partes da relação jurídico-privada são, originariamente, titulares de direitos fundamentais; (ii) por força dessa simetria subjetiva, impõe-se a necessidade de uma gradação na aplicação dos direitos fundamentais; e (iii) a medida dessa eficácia, em última análise, deve ser delimitada mediante um procedimento de ponderação ou sopesamento de princípios.

No que se refere especificamente à teoria da eficácia mediata, essa operação de ponderação deve ser realizada dentro dos marcos normativos do direito civil vigente, o que significa, em termos práticos, que os direitos fundamentais atuam indiretamente, por meio da filtragem e interpretação das normas de direito privado (ALEXY, 1997, p. 516-517).

Esmiuçando essas premissas, verifica-se que, no primeiro nível, os direitos fundamentais são concebidos como princípios objetivos dotados de força expansiva sobre todo o ordenamento jurídico, obrigando o Estado a considerá-los na produção legislativa e na atividade jurisdicional (ALEXY, 1997, p. 516).

No segundo nível, reconhece-se ao particular o direito fundamental de exigir que os juízes e tribunais considerem, em suas decisões, os princípios constitucionais que sustentam sua posição jurídica, elevando, portanto, a densidade normativa desses princípios na aplicação do direito privado (ALEXY, 1997, p. 517).

Já no terceiro nível, a teoria da eficácia imediata sustenta que, nas relações entre cidadãos, coexistem direitos e não-direitos, liberdades e restrições, competências e incompetências jurídicas, cuja configuração somente se torna inteligível à luz da incidência direta dos direitos fundamentais (ALEXY, 1997, p. 521).

Após a análise crítica dos diferentes aportes teóricos, Alexy conclui que todas as teorias convergem quanto ao reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas

a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares dentro da lógica da vinculação estatal. Para Schwabe, a incidência dos direitos fundamentais em relações jurídicas privadas decorre da obrigação do Estado de respeitar e proteger tais direitos em todas as suas atuações, inclusive quando atua como garantidor no âmbito jurisdicional. Nessa linha, os direitos fundamentais operam como autênticos direitos de defesa, sendo o Estado compelido a protegê-los de violações que possam decorrer de condutas praticadas por outros particulares (ALEXY, 2008, p. 531). Essas três teorias, embora distintas em seus fundamentos e mecanismos de aplicação, compõem o alicerce do modelo de três níveis desenvolvido por Robert Alexy, o qual busca integrá-las em uma construção dogmática unitária da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a partir de um processo racional de ponderação e mediação constitucional.

relações interprivadas, divergindo apenas quanto ao grau e ao modo de aplicabilidade, especialmente no que tange à mediação normativa realizada pelo direito civil.

Essa conclusão revela a sofisticação e a complexidade do modelo proposto, ao tempo em que reafirma a centralidade da ponderação como técnica decisiva de concretização dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas¹⁰.

Superadas as considerações preliminares acerca da teoria dos direitos fundamentais elaborada por Robert Alexy, impõe-se o exame conceitual dos direitos humanos, os quais podem ser compreendidos, em sua acepção mais abrangente, como prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana, enquanto sujeito de direito e membro de uma comunidade política.

Tais direitos, por sua própria natureza, são caracterizados pela inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, sendo dotados de eficácia erga omnes, o que significa que vinculam não apenas o Estado, mas também os particulares, irradiando efeitos sobre toda a ordem jurídica.

Sua gênese remonta aos chamados direitos naturais, cuja fundamentação repousa na ideia de uma ordem normativa anterior e superior ao próprio Estado.

Ademais, os direitos humanos podem ser qualificados como direitos transindividuais, dado que transcendem o interesse meramente individual e se projetam sobre esferas coletivas e

¹⁰ A título de exemplificação da conclusão teórica proposta por Alexy quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, revela-se pertinente a análise do emblemático caso *Blinkfüer*, conforme elucidado por Christian Magnus de Marco (2014, p. 515). O caso em questão envolve o semanário *Blinkfüer*, de orientação pró-comunista, e o grupo editorial Springer, que, no verão de 1961, encaminhou uma circular a diversos pontos de venda sugerindo o boicote a publicações que divulgassem informações relacionadas às emissoras de rádio e televisão da então República Democrática Alemã. A correspondência continha, ainda, uma advertência expressa de que o não cumprimento da recomendação poderia ensejar o rompimento das relações comerciais com o grupo Springer. Diante da ameaça implícita, *Blinkfüer* ajuizou ação judicial com fundamento no § 823 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil alemão, alegando prática de concorrência desleal e pleiteando indenização por danos. A pretensão foi acolhida pelas instâncias ordinárias, que reconheceram a ilicitude da conduta do grupo editorial. No entanto, o Bundesgerichtshof (Tribunal Superior Federal), ao julgar o recurso em 10 de julho de 1963, reformou a decisão anterior, fundamentando-se na proteção conferida pela liberdade de expressão prevista no artigo 5.1 da *Grundgesetz* (GG), a Lei Fundamental alemã, para legitimar o boicote promovido pelo grupo Springer. Inconformado, *Blinkfüer* interpôs recurso ao Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), desta vez invocando o mesmo direito fundamental à liberdade de expressão previsto no artigo 5.1 da GG, o que evidencia, como destaca Alexy, que nas relações entre particulares também há incidência direta dos direitos fundamentais, sendo necessária a ponderação entre posições jurídicas igualmente fundadas em normas constitucionais de direitos fundamentais. O caso ilustra, assim, a centralidade da ponderação na resolução de colisões entre direitos fundamentais, mesmo no âmbito das relações jurídico-privadas, reforçando a tese da eficácia imediata desses direitos no sistema jurídico (ALEXY, 1997, p. 521; DE MARCO, 2014, p. 515).

difusas, contribuindo, assim, para a proteção de bens jurídicos essenciais à convivência social e à preservação da dignidade humana.

1.2 Gerações dos Direitos Fundamentais

Os direitos humanos, enquanto atributos inerentes à dignidade da pessoa humana, impõem-se como exigências normativas a serem respeitadas e efetivamente implementadas pelo Estado, na condição de garantidor institucional desses valores (FARIAS, 2005, p. 157). A expressão "direitos humanos" deve ser compreendida como um gênero normativo que abarca distintas espécies jurídicas — tais como os direitos civis, as liberdades fundamentais e as liberdades públicas —, cuja multiplicidade não compromete a unidade conceitual subjacente ao seu conteúdo essencial (FARIAS, 2005, p. 157).

Sob tal enfoque, revela-se inafastável a consideração de uma das características estruturantes dos direitos fundamentais: a sua historicidade. Trata-se de construções normativas que emergem, desenvolvem-se e transformam-se no decurso de processos históricos dinâmicos e contínuos, sempre vinculadas a contextos sociopolíticos e culturais específicos. Conforme leciona Norberto Bobbio, os direitos fundamentais, além de profundamente enraizados em determinadas circunstâncias históricas, não são imunes às mutações do tempo, podendo ter sua classificação e configuração alteradas conforme o avanço das demandas sociais (BOBBIO, 1992, p. 5-19).

Delineado esse pressuposto, mostra-se essencial a adoção de um recorte temporal adequado à investigação dogmática dos direitos fundamentais. Nessa direção, seguindo o entendimento de Paulo Farias e de outros doutrinadores como Andrade, adota-se como marco inicial da análise sistemática das gerações dos direitos fundamentais o advento da Idade Moderna, período que inaugura as condições históricas e filosóficas para o surgimento da primeira geração de direitos (FARIAS, 2005, p. 157).

Importante consignar, de plano, que há nos direitos fundamentais uma dupla dimensão, sendo uma de feição objetiva e a outra subjetiva, concordando com José Carlos Vieira a respeito da dificuldade que a doutrina, ao longo das décadas, encontrou para delimitar com precisão referidos conceitos (2004, p. 114).

A análise da teoria dos quatro status, elaborada por Georg Jellinek, permite inferir — especialmente quando articulada com a doutrina pátria — que tal construção teórica reflete, em última instância, o itinerário histórico de afirmação da pessoa humana enquanto sujeito de

direitos e sua progressiva redefinição na relação jurídica travada com o Estado (FARIAS, 2005, p. 157).

Com efeito, ao delimitar os *status subjectionis, libertatis, civitatis e activae civitatis*, Jellinek delineia não apenas categorias jurídicas distintas, mas expressões históricas que traduzem a transformação das formas de sujeição, autonomia e participação do indivíduo no interior das estruturas estatais.

Trata-se, portanto, de um modelo teórico que revela a consolidação gradual dos direitos fundamentais como instrumentos de reconhecimento, proteção e exercício da dignidade humana em face da autoridade estatal, demonstrando, nesse processo, a gênese e evolução das esferas de liberdade pública e privada (FARIAS, 2005, p. 157).

Importante destacar no contexto teórico-empírico brasileiro, que o Supremo Tribunal Federal do Brasil tem enfrentado o desafio de equilibrar o direito à privacidade com as demandas de segurança pública, aqui especificamente, no que diz respeito à utilização dos bancos de dados de perfis genéticos.

O exemplo significativo que se apresenta, além disso, com maior aprofundamento sobre a audiência pública realizada no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) nº 973.837, que tratamos no capítulo 5 da presente tese, em que se discute a constitucionalidade da inclusão de perfis de condenados em bancos de dados estatais, verificando-se nos discursos dos experts, ainda que implicitamente, a teoria da ponderação de direitos fundamentais de Robert Alexy, buscando equilibrar a necessidade de segurança pública com a proteção da dignidade humana e da privacidade genética.

1.2.1 Primeira Geração: Direitos Individuais

Embora seja inegável a relevância de documentos históricos como a *Virgínia Bill of Rights* (1776), a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, a *Magna Charta Libertatum* (1215), bem como os textos normativos de franquia emanados na Espanha, Portugal, Hungria, Polônia e Suécia, compartilho da posição de Paulo Farias (FARIAS, 2005, p. 162) ao afirmar que a efetiva realização dos direitos humanos ocorre de forma concreta apenas muito tempo após o período da Antiguidade.

Nesse contexto, observando-se o percurso histórico que se inicia, de maneira ainda incipiente, com o direito comunal europeu — alicerçado nos princípios da liberdade e igualdade —, passando pelas concepções jusnaturalistas e as doutrinas contratualistas de Hobbes, Locke

e Rousseau, bem como pelas reivindicações dos direitos dos ingleses (como a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1688), até alcançar os eventos transformadores da Revolução Americana e da Revolução Francesa, é possível perceber um avanço substancial na direção da consagração de direitos fundamentais que asseguram, entre outros, o direito à propriedade, a igualdade formal perante a lei, e a liberdade religiosa. Esses direitos emergem em um contexto em que o Estado se vê impelido a abster-se de interferir nas esferas privadas dos indivíduos (FARIAS, 2005).

Nesse sentido, os direitos fundamentais de primeira geração, que surgem no final do século XVIII, são interpretados pela doutrina como limitações à atuação dos governantes, com a finalidade de assegurar a liberdade dos governados (DIÓGENES JÚNIOR, 2014, p. 6).

Tais direitos, comumente conhecidos como direitos civis e políticos, formam a primeira dimensão dos direitos fundamentais, refletindo as liberdades essenciais que, ao longo do tempo, se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, sendo inconcebível uma Constituição moderna que não os reconheça em sua integralidade (LEMOS, 2007, p. 18).

Conforme precisamente destacado por Novais (2012, p. 44), “encontra-se posteriormente na reflexão sobre a natureza do Estado de Direito liberal, designadamente no chamado princípio da repartição ou distribuição formulado por Schmitt, segundo no qual, em Estado de Direito, a liberdade é, em princípio, ilimitada e a possibilidade de o Estado nela intervir é, em princípio, limitada; é continuada, entre muitas contribuições doutrinárias, na defesa da prioridade das liberdades de base (Rawls), na concepção dos direitos fundamentais como constituindo algo tão importante que não pode ser deixado às decisões da maioria parlamentar simples”.

1.2.2 Segunda Geração: Direitos Sociais

A partir da análise dos pressupostos teóricos e históricos que fundamentam os direitos fundamentais de primeira geração, é possível perceber que, especialmente na Europa, houve o surgimento de uma corrente liberal que, gradualmente, se consolidou como sinônimo de individualismo. Essa característica, ao invés de propiciar uma verdadeira emancipação social, acabou funcionando como um dos principais motores das profundas desigualdades sociais que marcaram esse período.

O individualismo, ao destacar a autonomia do indivíduo em detrimento das necessidades coletivas, contribuiu para o aprofundamento de disparidades socioeconômicas, gerando, assim, uma dinâmica em que os direitos de liberdade e propriedade foram muitas vezes defendidos sem a devida consideração pelas condições materiais e pela justiça social¹¹.

Nesse contexto, tornou-se insustentável a continuidade do individualismo na Europa, o qual, ao gerar profundas desigualdades sociais, resultou na concentração de poder e riqueza nas mãos de uma minoria detentora dos meios de produção, enquanto uma vasta maioria se via subjugada a condições de trabalho extremamente precárias, caracterizadas por longas jornadas laborais e péssimas condições em seu exercício, entre outros fatores (FARIAS, 2005, p.178).

Diante da realidade social em questão, surge a imprescindível necessidade de um novo paradigma, o qual será concretizado nos direitos de segunda geração. Estes direitos podem ser compreendidos como um aprimoramento do princípio da justiça social, refletindo uma resposta às crescentes desigualdades estruturais observadas nas sociedades, especialmente nas décadas subsequentes ao século XIX.

Em essência, os direitos de segunda geração emergem como uma reivindicação das classes oprimidas por uma compensação diante das profundas disparidades nas relações com a classe dominante, notadamente a classe empregadora.

Nesse contexto, conforme enfatizado por Sarlet (2012, p. 50), os direitos de segunda geração configuram-se como uma reação às disparidades sociais e uma tentativa de corrigir as injustiças históricas, revelando uma conscientização crescente sobre a necessidade de equilibrar as liberdades individuais com a garantia de condições dignas de vida para todos os indivíduos, sem exceção.

Assim, esses direitos não apenas buscam mitigar as desigualdades materiais, mas também visam promover um verdadeiro equilíbrio social, onde a proteção dos indivíduos

¹¹ No que tange à análise do liberalismo, é fundamental ressaltar, conforme a doutrina especializada, que "o Estado moderno, como se sabe, havia nascido em termos absolutistas: a superação das antinomias feudais se deu com a concentração do poder e com o robustecimento das dinastias. A luta política do liberalismo dirigiu-se a destruir o absolutismo, tanto retirando do rei o poder pleno, distribuindo-o através dos poderes divididos, como restaurando, sob novas formas, a velha ideia de que a comunidade representa a verdadeira fonte do poder" (SALDANHA, 2000, p. 50). Nessa perspectiva, o liberalismo, ao desafiar o absolutismo, contribuiu para uma reconfiguração das estruturas políticas, estabelecendo um novo arranjo no qual a concepção do indivíduo se tornou central. O conceito de contrato social, fundamental na teoria liberal, emergiu como um meio de legitimar o poder, tanto por meio da anuência coletiva da comunidade quanto pela aceitação individual de seus membros. Assim, o liberalismo reformulou a relação entre o indivíduo e o Estado, fundamentando o poder sobre a livre adesão dos cidadãos, o que se refletiu diretamente na constituição de um Estado que, embora centralizado, não fosse absolutista, mas sim orientado pela proteção das liberdades individuais e pela divisão de poderes.

transcende a esfera da liberdade individual, estendendo-se à concretização de condições mínimas de dignidade humana.

Os direitos fundamentais da 2ª geração ou dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, e nasceram abraçados ao princípio da igualdade que os ampara e estimula. Do mesmo modo que os direitos de 1ª geração dominaram o século XIX, os de 2ª geração dominaram o século XX (LEMOS, 2007, p. 18)

1.2.3 Terceira Geração: Direitos dos Povos

Com o decorrer do tempo, a figura do homem-indivíduo perde seu protagonismo, sendo, progressivamente, substituída pela ênfase na humanidade, entendida como o homem em sua totalidade. Neste contexto, é relevante destacar que a doutrina qualifica esses direitos como direitos dos povos, conforme observação de Farias (2005, p. 180).

O processo de evolução dos direitos fundamentais ao longo da história permitiu uma ampliação significativa de seu alcance, indo além da proteção das liberdades individuais para abranger também a defesa de direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente saudável e à autodeterminação dos povos, refletindo as transformações sociais e jurídicas das sociedades contemporâneas.

Os direitos fundamentais da terceira geração, ou dimensão, são exemplificados por direitos como o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação, sendo todos eles baseados na ideia-princípio da fraternidade (LEMOS, 2007, p. 18).

Na visão da doutrina, tais direitos são dotados de um elevado teor humanista e de universalidade, com destinatário universal, ou seja, o gênero humano em sua totalidade.

Ao final do século XX, esses direitos passam a refletir uma afirmação concreta da humanidade como valor supremo, sendo um marco expressivo no reconhecimento da existência concreta dos direitos humanos, conforme pontuado por Bonavides (2006, p. 569).

Portanto, os direitos de terceira geração simbolizam uma evolução ética e jurídica, voltada para a construção de um mundo mais justo e fraterno, onde a dignidade humana seja assegurada não apenas ao indivíduo, mas à coletividade e à própria humanidade.

1.2.4 Quarta Geração: Direitos Tecnológicos e Informacionais

Os direitos fundamentais da 4ª geração ou dimensão têm no comando o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Tais direitos reuniriam o futuro da cidadania na realidade da globalização política, tendo o homem como centro da gravidade e presença moral da referida cidadania (LEMOS, 2007, p. 18)

Em que pese a divergência quanto ao conteúdo, Norberto Bobbio relaciona os direitos fundamentais de quarta geração às novas tecnologias, incluindo a engenharia genética e a bioética, que refletiriam a necessidade de regulamentação global que respeite a dignidade humana (BOBBIO, 2004, p. 48-52)

Em perspectiva de que os direitos de quarta geração estariam relacionados à informação e ao pluralismo, principalmente, em detrimento do fenômeno da globalização, Bonavides entende (2006), senão vejamos:

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

A globalização, a partir do momento em que gera o aumento da relação entre países com costumes e legislações distintas, para além dos avanços, traz igualmente maior possibilidade de litígios e conflitos.

Como se vê, Paulo Bonavides entende que os direitos de quarta geração englobam a defesa do meio ambiente, a comunicação social e a proteção do patrimônio comum da humanidade, além da participação em decisões globais aliada ao fortalecimento das instituições internacionais. (BONAVIDES, 2019, p. 561-564)

1.2.5 Quinta Geração: Direito à Paz e Novos Desafios

O direito à paz seria o elemento central dos direitos de quinta geração, com destaque para a necessidade de um ordenamento internacional de promoção da paz (BONAVIDES, 2020, p. 345-347)

De maneira análoga, Sampaio (2002) sustenta a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais, destacando, em particular, o direito à paz como o eixo central dessa nova perspectiva, especialmente em função dos eventos globais que têm abalado a estabilidade mundial, como o atentado de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, evento que evidenciou a crescente vulnerabilidade da segurança internacional e a necessidade de novos paradigmas para a proteção dos direitos humanos (HONESKO, 2008).

Este conceito de quinta geração surge em um contexto de desafios contemporâneos que exigem uma abordagem mais ampla e holística dos direitos fundamentais, integrando aspectos como segurança internacional, cooperação entre nações e a manutenção da paz como elementos centrais para a garantia de uma coexistência harmoniosa entre os povos.

A proteção dos dados pessoais surge como um direito de quinta geração fundamental nas sociedades digitais. (BARROSO, 2017, p. 112-116)

Surge como elemento essencial a discussão quanto à necessidade de um novo paradigma de direitos para enfrentar desafios globais a exemplo da governança e a proteção contra riscos tecnológicos. (BECK, 2010, p. 99-104)

1.3 A Necessidade de Ponderação dos Direitos Fundamentais

Neste momento do trabalho, longe de se pretender esgotar o tema, cumpre apresentar, de forma objetiva, quais direitos fundamentais estariam aparentemente em confronto quando se está diante do genoma humano na aplicação das leis penal e processual penal, a saber: direito à não autoincriminação, direito à privacidade genômica e o direito à autodeterminação genômica.

Vale destacar, em conexão teórica com o contexto brasileiro, integrando-se a discussão sobre o impacto da Lei nº 12.654/2012, que regulamenta a coleta de DNA de condenados por crimes hediondos, possibilitando o confronto entre os direitos à privacidade genômica e à não autoincriminação, destacando-se ainda a tensão entre o direito fundamental à privacidade e a necessidade de segurança pública, também na perspectiva da aplicação dos princípios de ponderação discutidos por Alexy.

1.3.1 Teoria da Ponderação de Robert Alexy

Inicialmente, importante destacar, concordando com o Professor Jorge Reis Novais (2012, p. 15), que a) os direitos fundamentais servem como trunfos contra a maioria afetados por uma reserva geral imanente de ponderação, e; b) “é necessário resolver o paradoxo da

limitação dos direitos fundamentais constitucionais através da ideia da reserva geral imanente de ponderação, considerada enquanto pressuposto lógico que explica e fundamenta a admissibilidade constitucional da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais quando tal se revele necessário para a prossecução estatal de outros bens igualmente dignos de protecção jurídica” (NOVAIS, 2012, p. 16).

Até mesmo porque, tomando-se por base a ideia originária de Dworkin, ter um direito fundamental, no contexto de um Estado de Direito, nada mais significa que é ser titular de uma garantia jurídica forte equivalente a ter um trunfo num jogo de cartas (NOVAIS, 2012, p. 16).

Outro ponto digno de nota consiste na perspectiva de que só é possível existir um verdadeiro Estado de Direito onde também exista democracia e não se encontra verdadeira democracia sem Estado de Direito (NOVAIS, 2012, p. 21). Mais do que isso, onde não exista garantia dos direitos políticos, o sentido de dignidade da pessoa humana, bem como a titularidade de direitos fundamentais, em uma perspectiva universal, ficaria privado de uma dimensão essencial. Ou seja, a possibilidade de livre participação na tomada de decisões da comunidade seria prejudicada.

Não à toa, para o referido autor (NOVAIS, 2012, p. 62), há uma íntima correlação entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, sob a perspectiva de que o primeiro nada mais é do que uma espécie de Estado juridicamente vinculado aos direitos fundamentais.

O grande desafio, presente não apenas nesta tese, como na esfera do direito penal, é estabelecer em que medida o Estado pode constranger a independência ética fundacional de alguém, em prol da vida, segurança ou liberdade dos outros, quando o que está em jogo são os dados genéticos de indivíduos, independentemente da gravidade daquilo que fizeram.

Nesse aspecto, ponderações de Dworkin, adequadamente traduzidas por Novais (2012, p. 38) são importantes no sentido de que o Estado não deve, “em nome da necessidade de prosseguir utilidades de bem-estar ou fins colectivos do domínio econômico, social ou político (*policies*), impor aos indivíduos medidas políticas orientadas a fins de utilidade social que resultam em sacrifício dos direitos individuais fundamentais justificados por exigências de moralidade ou de justiça (*principles*)”.

Após uma breve contextualização das gerações ou dimensões de direitos fundamentais, oportunidade em que foram explicitados aqueles que seriam apresentados para exame na presente tese, oportuna se faz, a imersão na Teoria da ponderação dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy.

Nesse ponto, para além da apresentação da teoria em si, o presente panorama trará como objetivo secundário a sua (não) aplicabilidade na complexa correlação entre a dignidade da pessoa humana, os bancos de perfis genéticos e direitos básicos do cidadão como o da não autoincriminação e o da privacidade genética, o que será mais bem tratado em momento próprio.

É fundamental, portanto, compreender os direitos fundamentais de maneira adequada, reconhecendo que não podem ser analisados isoladamente, sem estabelecer um paralelo com a moral e com a realidade social, nem sem considerar os fins e objetivos que buscam alcançar. Em outras palavras, os direitos fundamentais devem ser vistos como instrumentos voltados para a promoção do pleno desenvolvimento humano e para a efetivação de suas normas no plano concreto, visando a realização de uma sociedade mais justa e igualitária (SOARES MARTINEZ, 1995, p. 414).

Tal compreensão permite a inserção desses direitos no contexto social e jurídico contemporâneo, como pilares essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana e a construção de um Estado democrático de direito.

Ponto importante, no âmbito do novo Estado de Direito social e democrático, em que concordamos com o Professor Jorge Novais (2012, p. 68), consiste na afirmativa de que “aos poderes públicos cabe, não apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais, mas lhes incumbem, igualmente, não menos importantes deveres de protecção e de promoção da autonomia, da liberdade e do bem-estar individuais”. Aqui reside uma das bases deste complexo desafio que é o de equilibrar o interesse de todos os atores envolvidos no processo penal contemporâneo e os avanços da ciência no campo do genoma humano.

Outra observação importante apresentada por Novais (2012, p. 76), diz respeito ao fato de ser impraticável tentar “resolver objectivamente as inevitáveis colisões de bens e interesses no mundo dos direitos fundamentais através da criação abstracta de uma ordem constitucional escalonada de valores hierarquicamente alinháveis e que permitiria a dedução mecânica e meramente dedutiva de relações de preferência nas circunstâncias do caso concreto”.

A filosofia do direito, em especial a vertente positivista do século XX, proporcionou considerável robustez ao discurso jurídico, marcando uma atualização da análise jurídica no contexto da filosofia contemporânea. Este movimento, no entanto, afastou-se das ingenuidades do idealismo iluminista do século XVIII, que ainda permeava a prática do direito (SIMON, 2012).

Não obstante, essa evolução fundou-se em uma premissa que implicou o sacrifício da crença na justiça, uma ideia que tradicionalmente acompanhava os estudiosos da filosofia do direito. Em termos gerais, a solidez da abordagem positivista impediu que os juristas fundamentassem suas ideias em valores superiores ou em uma razão universal pautada na justiça.

Dentro dessa linha de pensamento, filósofos como Kelsen, Ross e Hart contribuíram para tornar impraticável a busca pela justiça nos moldes clássicos, ao expor os discursos jurídicos como meras ferramentas de justificação de decisões parciais (SIMON, 2012).

A esse respeito, uma das formas de compreender a função do direito é por meio da construção proposta por Ricoeur (2008), segundo a qual, se a filosofia política tem como tema a guerra, então a filosofia do direito deve, necessariamente, centrar-se na paz.

O direito, nesta ótica, surge como a esfera em que a palavra sobrepõe-se à violência, mesmo que os litigantes não saiam da corte pacificados, ao menos em sentido literal (RICOEUR, 2008).

Nessa perspectiva, o direito tem o potencial de articular o "bom" e o "justo", onde "bom" representa a busca por uma vida plena, enquanto "justiça" facilita essa realização ao criar distâncias formais entre os interesses conflitantes, por meio da institucionalização do direito.

Essa institucionalização estabelece a igualdade formal, tratando as partes com equidade e justiça, em um tratamento igualitário para casos semelhantes, sem recorrer à subjetividade típica da relação de amizade (SIMON, 2012, p. 47).

O problema emerge, contudo, quando, no confronto entre a busca pela vida boa e a igualdade formal, a justiça formal se reduz a um mero recurso procedimental, distanciando-se da garantia de "viver sob instituições justas" (SIMON, 2012, p. 47).

O positivismo jurídico do século XX, ao eliminar os discursos sobre a justiça e focar apenas na descrição das práticas legais, contribuiu, inevitavelmente, para o distanciamento entre a justiça formal e a garantia de viver sob condições justas, ignorando, assim, o elemento essencial que possibilitaria essa conexão: a sabedoria prática (SIMON, 2012).

Nesse contexto, a aplicação da norma jurídica não deve ser vista como um simples processo mecânico, tampouco como uma atuação totalmente discricionária, mas como um

problema complexo que exige uma análise cuidadosa de seus pressupostos práticos e valorativos.

A conjugação entre viver bem em sociedade, justiça formal e sabedoria prática só é possível por meio de uma análise crítica da interpretação e aplicação do direito, abandonando o foco exclusivo na norma jurídica como o objeto privilegiado do direito.

Com a ascensão do positivismo jurídico, tornou-se necessária uma abordagem epistemológica que garantisse o controle da racionalidade na aplicação do direito. Sob a ótica jurídica, esse controle envolve as relações entre o direito e as teorias sobre a possibilidade de uma argumentação moral racionalmente fundamentada (SIMON, 2012).

Nesse sentido, Robert Alexy propõe uma conexão entre direito e moral, demonstrando a relação conceitual necessária entre esses dois domínios e como, no momento da aplicação, a interação racional entre eles pode superar o decisionismo, por meio da ponderação de valores (SIMON, 2012).

Para Alexy (2006), o positivismo não nega que a moral influencia a elaboração e a aplicação do direito, mas defende que não há uma conexão necessária entre os dois, ou seja, não há uma conexão aperfeiçoada entre as variáveis.

Visando minar a teoria positivista do direito, Alexy recorre a exemplos práticos, como a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1968, que negou a eficácia de uma lei de imigração de 1942, com base em um argumento moral.

O tribunal, ao questionar a justiça da lei, invalidou-a não com base na nova constituição, mas com base em valores morais fundamentais (ALEXY, 2004). Essa decisão reflete, para Alexy, o cotidiano dos tribunais, que frequentemente recorrem a argumentos morais em suas deliberações.

Em outro exemplo, Alexy cita uma decisão de 1973 do Tribunal Constitucional Alemão, que, com base em um dispositivo constitucional, permitiu que o juiz criasse direito, argumentando que a natureza do cargo do juiz não o limitava à aplicação estrita da norma, embora, na maioria das vezes, a norma e a decisão judicial coincidissem.

Para Alexy, o problema central reside na aceitação ou não da proposição de que o direito não se reduz à norma (ALEXY, 2004).

Esses exemplos exemplificam a problemática enfrentada pela filosofia do direito em relação ao conceito de direito, uma questão fundamental que determina a concepção adotada e, consequentemente, a solução dos casos extraordinários.

O debate sobre a natureza do direito, como exposto por Alexy, é central para a compreensão da filosofia do direito contemporânea e da aplicação da norma no contexto jurídico atual (ALEXY, 2008).

Seguindo o percurso traçado, o conceito de direito ideal deve ser fundamentado em três elementos essenciais: a legalidade, conforme o ordenamento jurídico vigente; a eficácia social, que assegura a implementação prática das normas dentro da sociedade; e a correção material, que se refere à conformidade do direito com princípios de justiça e equidade.

Estes três componentes são cruciais, pois permitem que o direito não se limite apenas a um conjunto de normas formais, mas seja também um instrumento efetivo de transformação social e de promoção de justiça.

Nesse contexto, Alexy vai além dos limites do positivismo jurídico, ao enfatizar a necessidade de uma integração entre o direito positivo e a moral, estabelecendo que a validade de uma norma não depende apenas de sua conformidade com o ordenamento jurídico, mas também de sua capacidade de promover a justiça material.

Assim, o conceito de direito ideal proposto por Alexy busca conciliar a legalidade com os valores morais, resultando em um direito que seja, simultaneamente, legítimo, eficaz e justo¹².

Em um segundo momento, o autor sistematiza oito fundamentos teóricos que integram o denominado “argumento de injustiça”, a saber: o argumento de natureza linguística, o que exige clareza normativa, o que demanda efetividade na aplicação do direito, o que problematiza a segurança jurídica, o argumento baseado no relativismo, o argumento democrático (ou da

¹² Nesse contexto, o professor Henrique Simon (2012, p. 49) expõe de maneira precisa: “esse conceito tem de levar em consideração três elementos: a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material (eis aí o elemento que faz Alexy ir além do positivismo, pois este ignora a ideia de correção material)”. Esta afirmação reflete a proposta de Alexy de um conceito de direito ideal, no qual a simples conformidade com o ordenamento jurídico não é suficiente para garantir sua validade. Ao incluir a correção material, Alexy amplia a compreensão do direito, ao reconhecê-lo não apenas como um conjunto de normas legalmente válidas, mas como um mecanismo voltado à realização da justiça substancial. Isso contrasta diretamente com o positivismo jurídico, que limita a análise do direito à sua aderência formal às normas, desconsiderando os critérios morais ou de justiça material que devem orientá-lo em sua aplicação.

separação dos poderes), o que denuncia a inutilidade normativa e, por fim, o argumento da honestidade discursiva (ALEXY, 2004).¹³

Superada essa etapa analítica, o autor avança na investigação ao indagar se o ordenamento jurídico, concebido em sua integralidade e sob a perspectiva do sujeito participante, pode deixar de ser qualificado como sistema jurídico válido na hipótese de sofrer um grau acentuado de injustiça substancial (ALEXY, 2004). A fim de oferecer uma resposta a essa questão, Alexy recorre à análise comparativa de duas formulações teóricas.

A primeira, denominada “teoria da irradiação”, defende que, na hipótese de normas fundamentais substancialmente injustas integrarem um sistema, tal defeito compromete a juridicidade não apenas dessas normas, mas também das demais regras e princípios que delas derivam ou a elas se subordinam (ALEXY, 2004). Em contraposição, a segunda teoria, intitulada “teoria do desmoronamento”, sustenta que a presença massiva de normas marcadas por injustiça extrema provoca o colapso do ordenamento como um todo, por falta de elementos normativos capazes de sustentar sua coerência estrutural (ALEXY, 2004).

Identificada essa tensão teórica, Alexy direciona a análise ao exame da problemática dos princípios jurídicos, os quais, em sua visão, orientam a prática ordinária do direito, ao passo que o argumento da injustiça extrema se aplica unicamente a cenários excepcionais de ruptura.

¹³ A divisão proposta por Alexy, ao abordar os dois conceitos do direito, reflete uma crítica à visão positivista e a uma concepção de direito que, embora vincule normas à moral, não contribui efetivamente para o controle das normas injustas. Por um lado, o conceito positivista, que segue a linha de pensamento tradicional do positivismo jurídico, defende que o direito é um conjunto de normas que devem ser observadas independentemente da moralidade subjacente a elas. Nesse modelo, o direito não precisa necessariamente ser moralmente justo, mas deve ser cumprido com base na sua validade formal dentro de um sistema normativo. A crítica aqui é que a moralidade do ordenamento não é um critério determinante para a aplicação das normas, o que pode resultar na aceitação de normas injustas ou imorais, desde que formalmente válidas. A consequência desse entendimento é a limitação da capacidade do direito de corrigir injustiças sociais ou normativas. Por outro lado, o conceito de direito vinculado à moral, que Alexy propõe, sugere que o direito não pode ser compreendido sem levar em consideração os princípios morais que fundamentam sua validade. Esse conceito, embora reconheça a importância da moralidade na aplicação do direito, enfrenta a crítica de que, em muitos casos, essa vinculação à moral não é suficiente para influenciar a aplicação concreta da norma. Ou seja, mesmo que o direito esteja teoricamente vinculado a princípios morais, isso não garante que as normas sejam aplicadas de forma justa, especialmente quando a norma em si é percebida como injusta, mas ainda assim válida sob a ótica do sistema jurídico. A crítica central aqui é que a simples vinculação entre direito e moral não resolve o problema da aplicação de normas injustas, já que a análise moral, muitas vezes, não impede que o direito seja aplicado de maneira mecanicista e sem levar em conta as implicações éticas ou sociais de sua aplicação. Nesse sentido, a teoria de Alexy, ao reconhecer a vinculação necessária entre direito e moral, propõe que a moral não deve ser apenas um critério teórico, mas sim um elemento ativo e essencial na interpretação e aplicação do direito, evitando que normas manifestamente injustas sejam aplicadas sem questionamento. Em síntese, enquanto o conceito positivista pode permitir a aplicação de normas injustas devido à sua ênfase na validade formal, o conceito de direito vinculado à moral busca garantir uma interpretação mais ética e justa, embora ainda enfrente o desafio de como efetivamente controlar a aplicação das normas injustas em um sistema jurídico.

Dada a natureza estruturalmente aberta do ordenamento jurídico, torna-se imprescindível a incorporação de mecanismos normativos e interpretativos capazes de preencher suas inevitáveis lacunas, a fim de preservar a coerência e a completude do sistema normativo (SIMON, 2012, p. 65).

Nesse panorama, adquire especial relevância a distinção categorial entre regras e princípios, ambos concebidos como manifestações normativas no interior do gênero mais amplo das normas jurídicas. Essa distinção constitui um ponto de inflexão teórica na construção de modelos interpretativos e de integração normativa.

A aplicação dos princípios jurídicos opera como ponte de articulação entre o Direito e a moral, efetivando-se por meio de três teses fundamentais delineadas por Alexy: a tese da incorporação, a tese moral e a tese da correção (ALEXY, 2004).

Dentre tais proposições, a tese da correção sobressai-se por sua capacidade de afastar concepções relativistas, configurando-se como instrumento teórico de estabilização racional do discurso jurídico. Essa tese sustenta que até mesmo os juízos morais prevalecentes, ao serem invocados no processo decisório, pressupõem a correção intrínseca do critério moral adotado. Por conseguinte, a vinculação entre direito e moral efetiva-se com base em uma moral racionalmente fundamentável, estruturada a partir de critérios de justificação argumentativa (SIMON, 2012, p. 71).

Nesse cenário teórico, passa-se à análise da proposta alexyana sobre a concepção dos princípios como portadores de conteúdo valorativo e sobre a ponderação como instrumento metodológico de deliberação judicial. A fim de elucidar a articulação entre moralidade e juridicidade no interior da teoria alexyana, torna-se essencial examinar as propriedades formais e materiais das normas jurídicas, com destaque para a diferenciação entre regras e princípios.

Ao conferir aos princípios a estrutura lógica dos valores, Alexy aproxima as gramáticas de ambos os conceitos, permitindo que o raciocínio jurídico se alinhe aos modelos argumentativos próprios da teoria axiológica. Essa aproximação conceitual encontra respaldo na análise dogmática da função exercida pelos direitos fundamentais na arquitetura do ordenamento jurídico.

De forma ilustrativa, afirma Simon que “Alexy precisa demonstrar que a gramática dos direitos fundamentais, no discurso jurídico dos participantes do sistema, pertence à lógica dos

princípios” (SIMON, 2012, p. 72). A demonstração dessa vinculação é crucial para sustentar a necessária imbricação entre a dogmática jurídica e uma teoria racional dos valores, além de ancorar a argumentação jurídica em estruturas que permitam sua intersubjetiva verificabilidade. Caso tal vínculo não seja estabelecido, o discurso normativo relativo aos valores corre o risco de resvalar para a irracionalidade.

Os direitos fundamentais, à semelhança das demais normas jurídicas, são afetados pela problemática da vagueza semântica, o que os coloca em situação análoga quanto à necessidade de interpretação. Entretanto, a indeterminação conceitual, embora relevante, não constitui o epicentro das controvérsias envolvendo os direitos fundamentais. O verdadeiro núcleo do problema reside na ausência de consenso quanto ao alcance normativo do conteúdo protegido por tais direitos (ALEXY, 2002).

Essa constatação levou a Corte Constitucional Alemã a desenvolver critérios normativos específicos voltados à racionalização de suas decisões, sobretudo quando se trata da interpretação de direitos fundamentais não expressamente previstos no texto constitucional. Com o tempo, esse processo resultou em uma sofisticação jurisprudencial que elevou a análise constitucional à condição de método próprio de hermenêutica e sistematização normativa.

Não obstante os avanços, Alexy adverte que a eliminação da vagueza dos direitos fundamentais não foi plenamente alcançada. O autor critica a concepção segundo a qual a seção da Constituição dedicada aos direitos fundamentais configuraria, por si só, uma ordem objetiva de valores, o que, segundo ele, não resolve integralmente a indeterminação inerente a esses dispositivos (ALEXY, 2002).

A análise da trajetória teórica desenvolvida por Alexy permite inferir que seu objetivo central reside na elaboração de uma teoria geral dos direitos fundamentais que seja dotada de densidade eminentemente jurídica. Sua proposta prescinde de incursões filosóficas abstratas ou investigações histórico-sociológicas, concentrando-se, antes, na construção de um sistema conceitual que assegure coerência dogmática, unidade metodológica e aplicabilidade prática às normas de direitos fundamentais no âmbito do direito positivo.

Ao acolher a crítica formulada por Ernst-Wolfgang Böckenförde à atuação eclética da Corte Constitucional Alemã — que, em cada decisão, mobilizaria diferentes modelos teóricos concernentes aos direitos fundamentais —, Alexy alerta para o risco de se converter o discurso sobre tais direitos em um repertório de topoi genéricos, suscetíveis de fundamentar qualquer

tipo de proposição, sem compromisso com a coerência sistemática ou com a exigência de racionalidade argumentativa (ALEXY, 2002).

Dando continuidade a esse raciocínio, Alexy diferencia o direito fundamental propriamente dito de norma de direito fundamental.

Em síntese, para que um indivíduo possua um direito fundamental, é essencial que exista uma norma de direito fundamental. Contudo, a existência de uma norma de direito fundamental não implica, obrigatoriamente, na existência do direito fundamental perseguido, pois essa norma pode não atribuir quaisquer direitos subjetivos (ALEXY, 2002).

Essa diferenciação permite compreender quais direitos fundamentais estão efetivamente estabelecidos na constituição, além de esclarecer a estrutura dessas normas e a sua exigibilidade como normas jurídicas que resultam em direitos subjetivos.

As circunstâncias acima mencionadas tornam necessária a discussão sobre a norma jurídica a partir da diferenciação entre enunciado normativo, ou seja, sua forma gramatical, e norma, entendida como o conteúdo deontico que pode consistir em proibir, permitir ou obrigar, gerando, portanto, a referência ao próprio enunciado normativo (ALEXY, 2002).

Nesse contexto, ao nos referirmos a direito fundamental, estamos nos referindo ao que pode ser extraído da leitura do texto, não sendo possível afirmar que a análise recairia apenas sobre o conteúdo gramatical em si.

Com o término da parte introdutória deste tópico, é oportuno iniciar o exame sobre o funcionamento e a relação das estruturas normativas, partindo do que deve ser entendido como validade jurídica.

No tocante à validade jurídica, Alexy parte da premissa segundo a qual a norma jurídica deve ser compreendida como conteúdo deontico de um enunciado inserido em um contexto pragmático que permita a adequada identificação desse conteúdo. Com base nessa concepção, qualquer teoria da validade normativa pode, em princípio, ser aplicável, desde que compatível com esse modelo interpretativo (Alexy, 2002).

A problemática central em torno da validade surge, no entanto, quando tal validade passa a depender de conteúdos éticos expressamente previstos no próprio ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, a afirmação de que determinada norma é válida não se funda unicamente em

seu conteúdo vinculativo presumido ou em constatações de natureza empírica, mas repousa sobre premissas normativas relativas à própria validade, dotadas de pretensão ética e jurídica (Alexy, 2002).

A partir desse panorama, torna-se evidente que, para Alexy, a construção de um modelo teórico capaz de viabilizar o controle racional do processo decisório constitui requisito indispensável ao êxito de sua proposta, o que implica a necessidade de explicitação conceitual dos direitos fundamentais com base no direito positivo.

Nesse contexto, Alexy destaca uma característica essencial dos direitos fundamentais: sua abertura semântica e flexibilidade estrutural. A abertura semântica reside na indeterminação de seus termos conceituais, enquanto a flexibilidade estrutural decorre da amplitude das espécies jurídicas que podem ser por eles abarcadas — desde deveres estatais de abstenção até prerrogativas subjetivas com conteúdo normativo determinado.

Essa dupla característica confere à Corte Constitucional a possibilidade de delimitar o conteúdo semântico de conceitos normativos e de desenvolver normas que especifiquem a estrutura da norma de direito fundamental analisada no caso concreto.

Diante dessa realidade interpretativa, formula-se a seguinte indagação: quais seriam as pretensões normativas legítimas das normas denominadas *adscritas* — aquelas que especificam o conteúdo estrutural da norma de direito fundamental aplicada em uma situação concreta?

Afastando-se das concepções tradicionais de validade — seja jurídica, sociológica ou ética —, Alexy sustenta que uma norma *adscrita* de direito fundamental apenas será válida se puder ser racionalmente fundamentada como tal, isto é, se for possível demonstrar sua conformidade com os critérios normativos exigidos para a justificação de sua aplicação (Alexy, 2002).

Com base na noção de normas *adscritas*, Alexy avança para a análise da estrutura normativa dos direitos fundamentais, dedicando-se à investigação das possibilidades de fundamentação aplicável a essas normas em casos em que seu conteúdo normativo se mostre indeterminado, assim como das formas pelas quais tais normas podem reger situações concretas.

Nesse cenário, introduz-se a distinção entre regras e princípios, entendidos ambos como espécies normativas às quais se aplicam as expressões deônticas fundamentais — obrigação, proibição e permissão — que compõem a linguagem normativa elementar (Alexy, 2002).

Adotando um critério qualitativo de diferenciação, Alexy propõe, inicialmente, que regras e princípios se distinguem em termos de grau. As regras, nesse modelo, possuem um caráter absoluto e são aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”, sendo logicamente incompatível a sua coexistência no mesmo contexto normativo.

Já os princípios, diversamente, constituem mandamentos de otimização cuja aplicação deve ser realizada na maior medida possível, à luz das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (Alexy, 2002).

Em situações de colisão entre princípios, Alexy sustenta que todos os princípios envolvidos devem ser levados em consideração, sendo que um deles funcionará como restrição às possibilidades jurídicas de concretização do outro, segundo um juízo de ponderação que deverá respeitar os limites impostos pelo caso concreto e pelos critérios de racionalidade prática.

Nesse contexto, revela-se imprescindível considerar que as circunstâncias específicas do caso concreto exercem papel determinante na definição da aplicabilidade dos princípios jurídicos, delimitando, por conseguinte, os contornos das condições concretas de sua incidência.

Trata-se do que Alexy denomina “precedência condicionada”, conceito que indica uma forma particular de prevalência normativa cuja eficácia não se estende de maneira generalizada a todos os casos de colisão principiológica.

Ao contrário, sua força vinculante restringe-se àquele conflito específico, delimitado pelas condições fáticas concretamente discutidas ou hipoteticamente construídas no exemplo analisado, não se convertendo, portanto, em norma universalizável ou passível de aplicação automática em situações análogas (ALEXY, 2002).¹⁴

¹⁴ Para ilustrar de modo aprofundado a estrutura argumentativa de sua teoria, Alexy (2002, p. 90–92) apresenta um caso paradigmático decidido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual se discutia a possibilidade de realização de audiência de instrução e julgamento em processo penal, mesmo diante de risco concreto à vida do réu, em razão de seu delicado estado de saúde. A Corte entendeu que não havia hierarquia abstrata entre os princípios em conflito, impondo-se, portanto, a realização de uma ponderação conforme as particularidades do caso concreto. Com base nessa análise, concluiu-se que, na situação específica, a preservação da vida do acusado deveria prevalecer sobre a exigência de continuidade da persecução penal. Nesse contexto, reconhece-se a existência de um conflito entre dois princípios constitucionais de igual dignidade normativa: de um lado, o princípio da proteção à vida e à integridade física; de outro, o princípio da

No que tange à relação de precedência entre princípios constitucionais, Robert Alexy propõe uma distinção fundamental entre dois tipos de precedência: a condicionada e a incondicionada.

A primeira ocorre quando a primazia de um princípio sobre outro depende da verificação de determinadas condições fáticas e jurídicas, ao passo que a segunda estabelece uma primazia absoluta e incondicional de um princípio em face de outro.

Contudo, para Alexy, a precedência incondicionada constitui exceção e se justifica, via de regra, unicamente nos casos em que se encontra em jogo o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de norma suprema do ordenamento constitucional (ALEXY, 2002).

Sob tal perspectiva, a aplicação dos princípios está inevitavelmente condicionada às particularidades do caso concreto, sendo as circunstâncias fáticas aquelas que determinam a incidência e os efeitos jurídicos do princípio em questão.

A relação condicional entre fato e consequência normativa pode ser expressa na fórmula “C implica R”, em que C representa as condições concretas e R, os efeitos jurídicos produzidos.

Essa dinâmica é essencial para a concepção alexyana de “otimização”, na medida em que a aplicação de um princípio deve ocorrer na maior medida possível, respeitados os limites impostos por outros princípios e pelas possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2002).

É precisamente a partir dessa tensão entre princípios concorrentes que se configura o fenômeno da colisão de princípios. Tal colisão não representa uma antinomia insolúvel, mas sim um problema de justificação prática, cuja resolução exige o emprego da ponderação como método racional de solução.

O objetivo da ponderação é estabelecer qual princípio deve prevalecer na situação concreta, mediante a avaliação dos limites normativos e circunstanciais envolvidos no caso (ALEXY, 2002).

efetividade da jurisdição penal, que compreende o dever estatal de promover a realização da justiça criminal. A partir desses princípios, seria possível derivar duas normas colidentes: “está proibida a realização da audiência oral” e “está ordenada a realização da audiência oral”. No entanto, no plano da aplicação concreta, apenas uma das normas derivadas pode ser validamente aplicada, sem que isso implique a exclusão dos princípios em conflito do sistema jurídico. A superação da antinomia ocorre, portanto, mediante a aplicação da técnica de ponderação, que permite estabelecer, com base em critérios racionais, qual princípio deverá prevalecer no caso específico, resguardando-se a permanência dos demais no ordenamento.

A ponderação, nesse sentido, culmina na formulação de uma norma de direito fundamental “adscrita”, ou seja, uma norma derivada da operação argumentativa entre princípios em colisão, dotada de caráter prescritivo específico e aplicável mediante subsunção ao caso concreto. Essa norma adscrita adquire, assim, a natureza de regra, permitindo ao intérprete operar a aplicação direta no plano decisório (ALEXY, 2002).

A partir dessa formulação, torna-se evidente que os princípios detêm aplicabilidade *prima facie*, o que significa que eles não possuem força normativa definitiva ou absoluta, como ocorre com as regras, mas atuam como razões jurídicas que devem ser levadas em consideração em cada caso concreto. Diferentemente das regras, os princípios não predefinem exaustivamente as condições de sua aplicação, exigindo, por isso, a atuação interpretativa e ponderativa do julgador (ALEXY, 2002).

No tocante ao pressuposto fático das normas de direito fundamental, Alexy distingue entre dois modelos interpretativos: o pressuposto de fato amplo, segundo o qual devem ser incluídas todas as condutas que, à luz de uma leitura extensiva, possam ser compreendidas no conceito normativo; e o pressuposto restrito, que limita o alcance semântico da norma ao excluir condutas que, ordinariamente, poderiam ser por ela abarcadas. Alexy manifesta adesão à primeira concepção, compreendendo que o pressuposto de fato amplo melhor se coaduna com a função protetiva dos direitos fundamentais (ALEXY, 2002).

Importante destacar, nesse sentido, que a ponderação não se propõe a negar a possibilidade de aplicação de normas específicas de direitos fundamentais aos casos concretos.

O que se sustenta é que, diante de situações complexas, múltiplos direitos fundamentais podem se apresentar como aplicáveis, sendo necessário, então, verificar se a incidência de um implica ou justifica a restrição de outro, com base na norma limitadora que decorre da ponderação entre os princípios colidentes.

É fundamental lembrar, ainda, que a colisão de princípios só se verifica entre normas consideradas válidas dentro do ordenamento jurídico.

Ademais, os princípios que entram em tensão não se restringem aos direitos individuais, podendo igualmente envolver bens coletivos e interesses públicos, cuja proteção é também constitucionalmente garantida (ALEXY, 2002).

Por fim, a denominada “lei de colisão” formulada por Alexy estabelece que, diante de um conflito entre princípios válidos, é necessário identificar as condições de precedência que determinam qual princípio deve ser aplicado.

Tal solução, como reiterado, somente pode ser alcançada mediante a técnica da ponderação, a qual se constitui em instrumento fundamental para a realização prática da justiça constitucional.

A ponderação, enquanto mecanismo normativo de resolução de conflitos entre princípios constitucionais, fundamenta-se na observância de três subprincípios fundamentais, os quais conferem racionalidade e objetividade ao processo decisório. Conforme estabelece Alexy (2002), esses subprincípios são: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação exige que o meio adotado pela norma ou medida estatal seja idôneo para alcançar o fim constitucionalmente legítimo que se pretende atingir. Trata-se, portanto, de uma exigência de coerência entre o meio escolhido e o objetivo normativo almejado, de modo a afastar medidas arbitrárias ou ineficazes (ALEXY, 2002).

O subprincípio da necessidade, por sua vez, impõe uma avaliação comparativa entre os meios igualmente adequados para se alcançar o fim desejado, devendo o intérprete ou o legislador optar, dentre eles, por aquele que cause menor restrição ao princípio contraposto. Visa-se, assim, à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais em jogo, mediante a escolha do meio menos gravoso (ALEXY, 2002).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito representa o momento decisivo da ponderação, no qual se realiza uma avaliação de peso entre os princípios em colisão.

Nessa etapa, determina-se qual princípio deverá prevalecer no caso concreto, levando-se em conta a intensidade da restrição imposta e a importância da realização do princípio concorrente. Trata-se, em última análise, da aferição do equilíbrio material entre os valores constitucionais em disputa (ALEXY, 2002).

Esses três subprincípios, articulados de forma sistemática, conferem à ponderação o status de técnica argumentativa indispensável à concretização dos direitos fundamentais em

contextos de tensão normativa, permitindo a superação da rigidez lógica das regras em favor de uma racionalidade prática voltada à justiça constitucional¹⁵.

Neste ponto da análise, Alexy chama a atenção para os riscos intrínsecos à manipulação teórica da distinção entre princípios e regras, sobretudo quando aplicada de maneira indiscriminada em contextos normativos complexos.

O autor adverte que tal prática pode conduzir, de um lado, à consolidação de um “modelo puro de princípios” (ALEXY, 2002, p. 117), que desconsidera a força vinculativa das regras e sua função estruturante no ordenamento jurídico, e, de outro, à adoção de um modelo excessivamente positivista, centrado exclusivamente na aplicação mecânica de regras, insensível às nuances fáticas e jurídicas dos casos concretos (ALEXY, 2002).

Fiel a esse diagnóstico crítico, Alexy sustenta que a correta aplicação dos direitos fundamentais exige a adoção de um modelo normativo que incorpore a ponderação como instrumento hermenêutico central.

Nesse contexto, propõe a estruturação do sistema jurídico em dois níveis distintos, mas interdependentes: o nível das regras e o nível dos princípios.

No tocante aos princípios, afirma que os denominados “princípios adscritos” podem assumir duas formas: os de primeiro grau, cujo conteúdo material se mostra suficiente para justificar a limitação de um direito fundamental; e os de segundo grau, cuja eficácia depende de conteúdo formal relacionado à competência normativa para estabelecer a restrição (SIMON, 2012, p. 84).

Complementando essa construção, Alexy distingue entre princípios materiais, que dizem respeito ao conteúdo substancial dos direitos fundamentais, e princípios formais ou procedimentais, concernentes à atribuição legítima de competência para regular esses direitos.

¹⁵ Vale destacar que os subprincípios da adequação e da necessidade (ALEXY, 2002, p. 111-115) são diretamente vinculados ao processo de otimização na aplicação dos princípios em colisão, considerando as condições fáticas específicas de cada caso. O princípio da adequação refere-se à exigência de que as medidas adotadas para a realização de um princípio sejam apropriadas para alcançar o objetivo desejado, enquanto o princípio da necessidade determina que tais medidas não devem exceder o estritamente necessário para a obtenção do resultado pretendido. Ambos os subprincípios são fundamentais para a ponderação e a delimitação da aplicação dos princípios em situações de conflito, de forma a assegurar uma solução que seja proporcional e justa diante das circunstâncias fáticas envolvidas.

Destaca, ainda, que o nível dos princípios está permeado por uma ampla margem de indeterminação, o que impõe ao intérprete, ao transitar do plano abstrato para a aplicação concreta, o dever de sopesar os princípios em conflito, estabelecendo relações racionais de precedência (SIMON, 2012, p. 84).

A superação da dicotomia entre regras e princípios leva Alexy a enfatizar a relação intrínseca entre os princípios e a teoria dos valores.

Aqui, ele oferece uma ressalva metodológica crucial: embora os princípios possam ser entendidos como expressão de valores constitucionais, sua natureza jurídica os vincula ao domínio deôntico, isto é, ao campo do dever-ser, ao passo que os valores, por sua vez, pertencem ao plano axiológico, relacionado àquilo que é considerado bom ou desejável (ALEXY, 2002).

Com isso, Alexy delimita com precisão o estatuto normativo dos princípios como mandamentos de otimização com pretensão de validade intersubjetiva, o que exige, necessariamente, sua fundamentação racional por meio de uma teoria da argumentação guiada pelas regras do juízo prático.

Nesse horizonte teórico, a chamada lei da ponderação – ainda que não forneça uma resposta objetiva e definitiva ao conflito normativo – revela-se como uma técnica argumentativa que direciona o intérprete quanto aos elementos que devem ser justificados na construção da decisão.

Essa operação estabelece uma vinculação conceitual entre a lei da colisão, que indica os critérios de precedência, e a argumentação jurídica, enquanto requisito de validade da decisão (ALEXY, 2002).

Concluída a exposição sobre a distinção entre regras e princípios, bem como sobre os fundamentos da ponderação, Alexy passa à análise da estrutura normativa dos direitos fundamentais, ponto central de sua teoria.

Tal análise se revela imprescindível, na medida em que demonstra como valores são integrados à racionalidade jurídica e como os direitos fundamentais funcionam como parâmetros estruturantes das decisões judiciais baseadas em ponderações racionais.

Nesse sentido, a jurisprudência constitucional e os debates dogmáticos sobre a identificação dos direitos fundamentais e sua respectiva estrutura normativa revelam, de maneira concreta, os efeitos práticos da teoria desenvolvida por Alexy.

Inicialmente, o autor concentra-se na análise dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, enfatizando que sua preocupação reside na fundamentação jurídica desses direitos a partir de normas positivas, afastando-se, portanto, de uma abordagem puramente ético-filosófica sobre a categoria de direito subjetivo (ALEXY, 2002).

Sob essa perspectiva, a dimensão dogmática dos direitos subjetivos, conforme delineada por Robert Alexy, suscita, fundamentalmente, duas ordens de indagação.

A primeira consiste na verificação da aplicabilidade, a um sujeito específico, de uma norma que, em tese, lhe confere determinado direito subjetivo em uma situação concreta.

A segunda, de natureza mais estrutural, refere-se à aferição quanto à própria normatividade: se determinada norma válida confere, de fato, a alguém um direito subjetivo, isto é, se ela institui um vínculo jurídico pelo qual um indivíduo pode exigir, em face de outro, o cumprimento de uma obrigação (ALEXY, 2002).

No plano analítico, Alexy propõe a visualização do direito subjetivo como uma relação de posição jurídica atribuída pela norma. No âmbito dos direitos fundamentais, tais posições podem ser desdobradas em três categorias jurídicas centrais: (i) direitos a algo, que implicam prestações exigíveis; (ii) liberdades, enquanto esferas de não interferência; e (iii) competências, compreendidas como poderes normativos de criação, modificação ou extinção de situações jurídicas (ALEXY, 2002).

Particularmente em relação à concepção do direito subjetivo como liberdade, Alexy propõe uma leitura sofisticada e funcional, na qual a liberdade deve ser compreendida como capacidade de ação juridicamente protegida.

Para tanto, a liberdade revela-se como uma relação triádica composta pelo sujeito da ação, o eventual impedimento à realização da conduta e a própria ação visada. Tal estrutura relacional da liberdade permite sua classificação em duas modalidades distintas: a liberdade positiva, entendida como o poder de realizar aquilo que é racionalmente necessário ou normativamente desejável; e a liberdade negativa, que se caracteriza pela ausência de

impedimentos externos na escolha da ação, implicando a existência de alternativas concretas de conduta (ALEXY, 2002).

Desse modo, Alexy consolida uma concepção sistemática do direito subjetivo no contexto dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe não apenas função protetiva, mas também estruturante da posição jurídica do indivíduo no ordenamento constitucional¹⁶.

No que concerne às liberdades constitucionalmente protegidas, estas não se limitam à consagração abstrata de esferas de autonomia individual, mas se consolidam por meio de um complexo normativo que assegura não apenas o reconhecimento formal da liberdade, mas, sobretudo, sua proteção efetiva. Nesse sentido, as liberdades se realizam mediante um conjunto de normas que operam como garantias institucionais e procedimentais, funcionando como salvaguardas adicionais ao status hierárquico superior das normas de direitos fundamentais no ordenamento jurídico (ALEXY, 2002).

A teoria dos direitos fundamentais, conforme delineada por Robert Alexy, impõe também a consideração das possibilidades de limitação desses direitos.

Caso se adotasse uma concepção estritamente normativa dos direitos fundamentais como regras, seu conteúdo seria absoluto e excludente de qualquer forma de restrição, posto que regras, em sua estrutura lógica, estabelecem comandos definitivos cuja aplicação se dá por subsunção direta.

Contudo, ao se adotar o modelo principiológico — conforme sustentado por Alexy — os direitos fundamentais assumem natureza *prima facie*, ou seja, apresentam validade provisória

¹⁶ A esse respeito, é pertinente invocar os ensinamentos de Simon (2012, p. 94-98), conforme exposto: A primeira teoria está mais ligada ao campo das teorias morais, mas é a segunda, que se caracteriza pela liberdade jurídica, que desperta o interesse de Alexy. Nesse contexto, a liberdade jurídica é compreendida como uma relação triádica, na qual o sujeito não está restringido a realizar ou deixar de realizar uma ação. Portanto, a liberdade, no sentido jurídico, pode ser assimilada ao conceito de permissão, pois, ao ser conferido ao indivíduo o poder de realizar ou não uma determinada ação, isso implica que lhe é permitido tanto praticar quanto se abster de praticá-la. Nesse raciocínio, existem liberdades jurídicas que são não protegidas e outras que são protegidas. As liberdades não protegidas podem ser totalmente reduzidas a permissões, ou seja, o sujeito da ação dispõe da opção de realizá-la ou não, sendo que essas permissões podem ser explícitas, quando uma norma positiva formaliza a permissão, ou implícitas, quando, na ausência de uma norma proibitiva, se deduz a permissão, como preconizado no brocardo "o que não está proibido está permitido" — desde que se considere as proibições implícitas. Já as normas permissivas de direitos fundamentais, por sua vez, configuram permissões explícitas. A relevância das normas permissivas explícitas de direitos fundamentais reside no fato de que, devido à sua posição hierárquica constitucional, elas delimitam os limites nos quais tanto o Estado quanto os particulares podem ordenar ou proibir uma ação.

e condicional, admitindo restrições desde que fundadas em princípios contrapostos ou em outras normas constitucionais de mesma hierarquia (ALEXY, 2002).

Nesse contexto, impõe-se reconhecer que os direitos fundamentais não são ilimitados, e sua restringibilidade se submete a condições estritas, cuja legitimidade decorre exclusivamente de normas constitucionais expressas ou da atribuição de competências previstas na própria Constituição.

A questão que, então, se apresenta é se há, no interior de cada direito fundamental, um núcleo essencial imune a restrições, que funcionaria como limite absoluto ao exercício do poder estatal e ao processo de ponderação.

A esse respeito, duas concepções distintas da teoria do núcleo essencial emergem. De um lado, uma versão absoluta, segundo a qual o núcleo essencial corresponderia a uma esfera intangível de proteção, inegociável mesmo diante de colisões com outros princípios constitucionais.

De outro, uma versão relativa, que admite a possibilidade de redefinição do núcleo essencial mediante ponderações concretas, desde que respeitados os critérios de proporcionalidade e a racionalidade argumentativa que norteia o juízo de restrição (ALEXY, 2002)¹⁷.

A discussão em torno das características estruturais dos direitos fundamentais torna-se particularmente evidente a partir do momento em que Robert Alexy passa a examinar os dois direitos mais elementares e fundantes da ordem constitucional: a liberdade geral e a igualdade geral. Tais direitos não apenas constituem os pilares da teoria dos direitos fundamentais, mas

¹⁷ Ao abordar o livro *La Teoría de los Derechos Fundamentales* de Alexy, especificamente nas páginas 288-291, Simon (2012, p. 94-98) apresenta a seguinte reflexão: “A versão absoluta sustenta que, a partir de determinado ponto, um direito não pode ser mais restringido em favor da aplicação de outro, sob pena de violação do próprio direito. Essa proteção é, portanto, absoluta. Já a versão relativa defende que um direito fundamental possui um limite de restrição, o qual é determinado pelo princípio da proporcionalidade, de modo que, quando este é corretamente aplicado, o direito fundamental pode, inclusive, ser completamente afastado. Alexy procura demonstrar que a versão absoluta pode ser incorporada pela versão relativa, uma vez que a proteção absoluta pode indicar, dentro de uma curva de indiferença, conforme exposto anteriormente, que não é mais possível expandir a carga argumentativa em favor do princípio concorrente, de tal forma que existem condições nas quais a aplicabilidade do princípio não pode mais ser afastada. Pode ocorrer que a segurança oferecida pela proteção seja de tal magnitude que, em circunstâncias normais, seja possível falar em uma proteção absoluta. No entanto, isso não implica que a constelação de situações em que princípios opostos prevalecem possa ser ignorada. A impressão de inafastabilidade surge da segurança ordinária com relação às relações entre princípios, mas não se deve perder de vista a fundamentação relativa que sustenta essa proteção.”

também funcionam como categorias matriciais a partir das quais se pode derivar a lógica de aplicação e a fundamentação dos demais direitos.

Essa derivação ocorre mediante o emprego das funções deônticas fundamentais — proibição, obrigação e permissão — que, por sua vez, revelam a dimensão relacional dos direitos fundamentais, à semelhança do que fora desenvolvido na exposição do conceito de direito subjetivo (ALEXY, 2002).

A partir dessa arquitetura teórica, emerge a imprescindibilidade da realização de juízos de razoabilidade quanto aos critérios de igualdade e desigualdade.

A determinação do conteúdo e da extensão desses juízos demanda, ainda, a definição do agente institucional competente para levá-los a cabo, o que remete ao debate sobre a legitimidade do legislador versus a autoridade da corte constitucional no controle dessas decisões (ALEXY, 2002).

A tensão entre vontade política majoritária e racionalidade jurídico-constitucional constitui, nesse ponto, um dos aspectos mais sensíveis da teoria alexyana.

No que concerne à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, Alexy adota a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos produzem efeitos imediatos nas relações privadas.

Contudo, tal assertiva não implica a desconsideração da normatividade própria do direito privado, tampouco autoriza uma atuação judicial desvinculada das normas legais, da dogmática dominante e da jurisprudência consolidada.

O juiz, mesmo quando recorre a princípios constitucionais, permanece vinculado ao ordenamento, sendo-lhe vedado afastar arbitrariamente a incidência de normas infraconstitucionais sem justificar, com base sólida, a prevalência de um direito fundamental (ALEXY, 2002).

Nesse cenário, a substituição de uma norma de direito privado por um princípio de direito fundamental impõe ao julgador o ônus argumentativo de demonstrar a superioridade axiológica e normativa da solução adotada, bem como a compatibilidade desta com os parâmetros estabelecidos pela Constituição.

Trata-se, portanto, de um processo hermenêutico que requer elevada racionalidade discursiva e respeito às instâncias formais de produção do direito (ALEXY, 2002).

Ao discorrer sobre a teoria da argumentação jurídica, Alexy sustenta que esta constitui uma modalidade específica da argumentação prática geral, sendo, entretanto, submetida a restrições normativas próprias do campo jurídico.

Dentre essas restrições, destacam-se a sujeição à legalidade estrita, a observância dos precedentes e o respeito à coerência dogmática. A argumentação jurídica, portanto, deve operar com base nas funções deônticas — ordenar, permitir e proibir — em consonância com os princípios estruturantes do ordenamento jurídico.

A questão central que se coloca à teoria da argumentação jurídica, neste contexto, consiste em averiguar se os juízos de valor — inevitáveis em decisões envolvendo direitos fundamentais — podem ser submetidos a controle racional.

Para tanto, Alexy propõe a observância de quatro níveis analíticos, os quais deverão ser considerados pelo intérprete como etapas argumentativas necessárias à justificação racional da decisão jurídica¹⁸.

Ao explorar os elementos constitutivos da argumentação jurídica, tais como a doutrina e a jurisprudência, Alexy (2002) conclui que a abertura do sistema jurídico — notadamente acentuada pela incerteza inerente à aplicação dos direitos fundamentais — conduz, de modo inevitável, à incorporação das regras da argumentação prática geral.

¹⁸ Nesse contexto, Simon (2012, p. 94-98) esclarece que “para o controle do procedimento argumentativo, são necessárias regras gerais que definam as condições do discurso sobre as regras em geral (nível 1). No entanto, isso, por si só, não resulta em decisões únicas nem garante o respeito a elas. É imprescindível, ainda, um certo grau de institucionalização das decisões tomadas para que adquiram força vinculativa, sendo o modelo mais adequado o do Estado de direito democrático (nível 2). Contudo, a institucionalização de normas gerais, que estrutura regras gerais e abstratas e as torna vinculantes, não assegura decisões únicas para casos concretos. Torna-se, portanto, essencial o processo de argumentação jurídica, que, por ser mais restrito do que a argumentação prática geral, é condicionado por critérios institucionais do direito: as leis, os precedentes e a jurisprudência (nível 3). Dado que a argumentação em si não é institucionalizada, apesar das restrições indicadas, a incerteza sobre os resultados das decisões ainda permanece ampla, embora os resultados sejam consideravelmente mais seguros do que aqueles oriundos do modelo geral de argumentação. Assim, o processo argumentativo também precisa ser institucionalizado, o que implica a necessidade de estabelecer um procedimento judicial que defina as condições para a tomada de decisão no caso concreto (nível 4). O fato de o quarto nível não determinar a autoridade de conteúdos materiais para a decisão concreta não compromete a racionalidade do procedimento, pois as restrições mencionadas conferem racionalidade e controle ao sistema que conduz à decisão, enquanto as questões de conteúdo moral são delimitadas pelas exigências das regras do discurso prático geral.”

Essa abertura, todavia, não implica a dissolução dos limites institucionais do direito.

Pelo contrário, para que a tomada de decisão possa ser legitimamente realizada, impõe-se a existência de uma instância normativa dotada de autoridade para o controle do conteúdo constitucional, sob pena de se permitir que o próprio legislador se torne “juiz em causa própria”. Em consonância com esse entendimento, o autor defende que tal função deve ser exercida, adequadamente, por uma jurisdição de natureza constitucional.

A indagação sobre a possibilidade de controle racional das valorações assume complexidade ainda maior diante do reconhecimento de que o direito, na concepção alexyana, incorpora princípios fundamentais da filosofia prática.

Tal incorporação torna o direito estruturalmente permeável à moral, sobretudo na medida em que esses princípios adentram o ordenamento jurídico por via da positivação constitucional.

Assim, a problemática da justiça se converte, inevitavelmente, em exigência interna do próprio direito (ALEXY, 2002). É precisamente nesse contexto que se justifica a formulação de uma teoria da argumentação que torne possível a racionalização da prática jurídica.

Rechaçando a visão tradicional que reduz a aplicação do direito a um mero exercício de subsunção lógica — operando segundo o modelo silogístico clássico — Alexy (1997) propõe que o verdadeiro desafio da aplicação normativa reside na construção metodológica da fundamentação da decisão.

O método jurídico, nesse sentido, deve ser compreendido como o instrumento capaz de conduzir à decisão correta, mesmo quando esta não decorre logicamente das normas vigentes nem dos axiomas dogmáticos aceitos.

O papel do método consiste, assim, em fornecer critérios minimamente racionais e aceitáveis de fundamentação em contextos de indeterminação semântica, conflitos normativos e lacunas axiológicas.

Superando a concepção clássica de interpretação jurídica centrada exclusivamente nos cânones hermenêuticos, Alexy (1997) avança para a constatação de que, em decisões normativas singulares, o intérprete atua com certa margem de discricionariedade.

Em tais situações, a escolha entre alternativas plausíveis exige uma valoração fundamentada, cuja legitimidade repousa em sua capacidade de ser justificada racionalmente perante a comunidade jurídica.

Essa superação dos métodos tradicionais é condição essencial para a cientificidade do direito, uma vez que somente por meio da racionalização da prática argumentativa é possível conferir legitimidade epistemológica às decisões jurídicas, transformando o direito em prática discursiva dotada de pretensão à correção.

Considerando, ainda, a impossibilidade de se estabelecer uma ordem objetiva e universal de valores, Alexy propõe a construção de um modelo teórico que permita a justificação racional de proposições jurídicas cuja validade não pode ser inferida diretamente a partir do ordenamento jurídico positivado (ALEXY, 1997).

O ponto de partida de sua teoria consiste no reconhecimento de que o discurso moral — entendido como atividade regida por regras — permite o controle racional das valorações, ainda que tal controle não resulte em conclusões objetivamente vinculantes. Para o autor, a linguagem moral não se presta à descrição do mundo, mas sim à orientação de condutas, sendo, portanto, eminentemente prescritiva (ALEXY, 1997).

Inspirando-se na filosofia dos jogos de linguagem de Wittgenstein, Alexy incorpora a ideia de que o significado das proposições jurídicas está condicionado às práticas sociais nas quais se inserem, sendo, por isso, dependente das circunstâncias fáticas e do uso efetivo da linguagem.

Da mesma forma, vale destacar a influência da teoria dos atos de fala de Austin, especialmente no que se refere ao conceito de ato ilocucionário, utilizado por Alexy para aproximar a linguagem normativa das estruturas da linguagem descritiva (ALEXY, 1997).

Outro referencial teórico relevante é a contribuição de Stephen Toulmin, cuja teoria da argumentação moral serve de base para o desenvolvimento do modelo alexyano.

Dentre os elementos assimilados, destacam-se: (i) a ideia de que certos enunciados funcionam como razões para juízos de valor; (ii) a concepção de que um juízo de valor completo resulta da reinterpretação do material relevante segundo determinadas regras; (iii) a premissa de que a argumentação moral deve partir de regras aceitas, ainda que passíveis de contestação em contextos específicos; (iv) a distinção entre a justificação de proposições normativas

singulares e a de regras gerais; e (v) a possibilidade de se identificar as regras de um jogo de linguagem mediante a análise de sua função ou finalidade (TOULMIN, apud SIMON, 2012, p. 102).

Ao consolidar sua teoria, Alexy propõe um conjunto de vinte e duas regras formais de argumentação e seis formas principais de argumentos.

Não se trata, contudo, de um modelo determinístico voltado à produção de resultados normativos únicos, mas sim de um esforço para delimitar os contornos da racionalidade possível no interior do discurso jurídico.

O objetivo final consiste em evidenciar que a argumentação jurídica pode e deve ser conduzida por critérios racionais, os quais são capazes de justificar decisões jurídicas, mesmo quando estas não derivam logicamente de normas, precedentes ou doutrinas previamente estabelecidas (ALEXY, 1997).

Outro referencial teórico relevante na construção da teoria de Alexy (1997) refere-se ao nível de deliberação sobre os fatos que influenciam as ações, tendo como base as normas que podem fundamentar tais ações.

A deliberação aqui referida não se limita à simples aplicação de regras, mas envolve uma análise criteriosa das circunstâncias fáticas que configuram o contexto da decisão.

Esse processo de deliberação, ao qual as normas fornecem um suporte, assume um papel essencial na justificação das escolhas morais e jurídicas a serem feitas.

A relevância dessa abordagem, conforme Alexy (1997), decorre da interação entre os fatos e a normatividade, destacando a necessidade de um embasamento normativo sólido na formação das decisões.

Além disso, é possível observar a incorporação de elementos da teoria de Baier por Alexy, que amplia a compreensão da argumentação prática ao destacar a diferença entre regras sobre razões e regras que estabelecem hierarquias entre essas razões.

Essa distinção permite que as normas, além de fundamentarem ações, sirvam como subsídios para uma argumentação moral robusta, que não apenas justifique decisões, mas

também reexamine a validade dessas decisões em face de outras considerações morais e normativas (BAIER, apud ALEX, 1997).

A seguir, ao discutir o desenvolvimento de sua teoria do discurso moral, Alexy (1997) recorre à teoria da argumentação de Jürgen Habermas, cuja obra é central para compreender os fundamentos da justificativa normativa em um contexto de racionalidade comunicativa. O ponto inicial da análise de Alexy sobre Habermas envolve uma mudança significativa na concepção de verdade, com implicações diretas para a prática da argumentação jurídica.

No pensamento de Habermas, a verdade não é concebida como algo fixo ou absoluto, mas como aquilo que pode ser alcançado por meio do consenso entre os participantes do discurso.

Tal visão está intrinsecamente ligada à ideia de que o conhecimento dos fatos é, em última instância, mediado pela linguagem, o que implica que a interpretação e a validade dos fatos dependem do consenso argumentativo que os torna legíveis e aceitáveis para os interlocutores (HABERMAS, 1997).

Essa concepção relativiza a ideia de uma verdade objetiva, defendendo que a validação do conhecimento e da normatividade depende de um processo comunicativo em que as partes envolvidas busquem, de forma intersubjetiva, alcançar um entendimento comum sobre o que é verdadeiro ou correto.

Uma importante reflexão que Alexy (1997) faz ao integrar a teoria de Habermas diz respeito à aproximação entre as noções de verdade descritiva e verdade normativa.

Em ambos os casos, observa-se uma pretensão de correção: a verdade descritiva, enquanto correspondência entre as proposições e os fatos, e a verdade normativa, no sentido de uma conformidade com as normas que regem as ações e decisões.

Essa pretensão de correção, compartilhada por ambos os tipos de verdade, reforça a ideia de que tanto a linguagem descritiva quanto a normativa têm como função última a busca pela legitimidade das afirmações e das ações que fundamentam.

A dicotomia entre ação e discurso, que Alexy (1997) explora com base na teoria de Austin, serve como pano de fundo para a discussão sobre a lógica da argumentação, particularmente na perspectiva habermasiana.

Segundo Habermas (1997), as regras que orientam os atos de fala não se inferem diretamente dos atos performativos que elas validam, sendo necessárias justificação e fundamentação para que a pretensão de validade de uma norma seja reconhecida e aceita pelos interlocutores.

Nesse sentido, o sistema linguístico compartilhado entre os participantes do discurso define, dentro de uma perspectiva comunicativa, o que pode ou não ser utilizado como fundamento para a argumentação normativa.

O ponto central da análise de Alexy (1997), com base na teoria de Habermas, reside na concepção de que o consenso argumentativamente produzido pode ter a capacidade de alterar e substituir as normas de fundamentação preexistentes.

Isso implica que a argumentação, em sua natureza discursiva, não é estática, mas evolui conforme o consenso é alcançado, permitindo, assim, uma constante reavaliação das normas que orientam as decisões jurídicas. Esse dinamismo da argumentação, fundamentado na busca pela compreensão e legitimidade intersubjetiva, caracteriza a teoria da argumentação como uma ferramenta essencial para a construção de decisões jurídicas moralmente justificáveis.

Tudo isso parte da caracterização do princípio de universalização, que, segundo Alexy (1997), serve como uma base fundamental para a justificativa das decisões jurídicas. Esse princípio impõe a necessidade de que as normas jurídicas sejam aplicadas de maneira que possam ser universalmente aceitas, ou seja, de modo que qualquer pessoa, em qualquer situação, possa reconhecer a validade da norma. Assim, a argumentação jurídica deve estar embasada em critérios racionais, que permitam justificar decisões, mesmo quando não se originam de normas, precedentes ou doutrinas previamente estabelecidas.¹⁹ (SIMON, 2012).

A análise apresentada no trecho sobre a teoria da argumentação de Alexy oferece uma descrição detalhada da interação entre os discursos práticos gerais e a argumentação jurídica, destacando as abordagens de várias escolas teóricas, como a Escola de Erlangen, Habermas e Perelman.

¹⁹Sobre o conceito do princípio da universalização, Simon (2012, p. 105) esclarece que "esse princípio exige que a decisão que visa vincular todos os participantes seja estabelecida em uma situação ideal, na qual nenhum indivíduo sofra qualquer coação. Dessa forma, a decisão só pode ser algo que todos possam querer, ou seja, uma norma que atenda às necessidades e aos interesses de cada pessoa e que seja passível de ser aceita por todos os indivíduos".

Ao integrar esses diversos modelos, Alexy propõe uma visão de argumentação jurídica que visa construir um discurso racional, que deve ser fundamentado em critérios normativos e em uma racionalidade que possibilite a comunicação e a resolução de conflitos de forma justa e fundamentada.

Especificamente, ao relacionar a teoria da argumentação com a aplicação prática do direito, Alexy reconhece a necessidade de regras que orientem o processo de decisão, mas também admite a inevitabilidade da incerteza e da possibilidade de diversas interpretações dentro dos parâmetros racionais do discurso.

A argumentação jurídica, portanto, não se resume a uma mera aplicação de normas, mas envolve um processo interpretativo complexo, que exige tanto a análise de enunciados dogmáticos quanto o uso de precedentes e critérios de ponderação.

No que tange à relação com a audiência pública, podemos inferir que a argumentação realizada em tais contextos deve seguir os princípios delineados por Alexy, garantindo que o discurso esteja fundamentado, seja acessível e respeite os requisitos de racionalidade e correção.

A argumentação em uma audiência pública, portanto, deve ser vista não apenas como um conjunto de afirmações, mas como um processo que envolve a validação de razões e premissas, de modo que a decisão final seja o resultado de um diálogo construtivo e fundamentado.

Por fim, Alexy enfatiza a importância de uma estrutura normativa que regule a argumentação jurídica, garantindo que o discurso jurídico seja, ao mesmo tempo, justificado e justificável, em consonância com a racionalidade e a busca pela justiça.

Essa abordagem reflete a necessidade de um controle ético e racional no processo de tomada de decisão, assegurando que o direito seja aplicado de maneira equânime e fundamentada, minimizando o risco de arbitrariedade.

Após a análise da vinculação entre direito e moral, da natureza dos princípios enquanto valores, do processo de ponderação como critério decisional judicial e da argumentação jurídica enquanto uma manifestação específica da argumentação prática geral, é pertinente, neste momento, investigar a complexidade dos direitos fundamentais sob a ótica de Robert Alexy.

Em sua obra *Theorie der Grundrechte* (1986), é possível perceber a profundidade da influência de Alexy sobre a teoria constitucional contemporânea, cujos reflexos são notáveis até mesmo no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, cabe destacar os principais aspectos de sua teoria, com o intuito de esclarecer as bases das críticas formuladas por Jürgen Habermas.

A partir da publicação da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy constrói o conceito de constitucionalismo discursivo, uma teoria que interliga a ponderação com os direitos fundamentais, o discurso, a jurisdição constitucional e a representação (ALEXY, 2005). Cada um desses conceitos está intimamente conectado, de modo que a compreensão plena da noção de ponderação requer a apreensão prévia dos demais conceitos mencionados.

De acordo com o autor, há duas construções principais dos direitos fundamentais: uma estrita e outra ampla. Vale frisar que essas duas construções não se apresentam de forma pura, o que não impede, contudo, que uma nítida diferença entre elas seja observada (ALEXY, 1994).

Na concepção estrita, os direitos fundamentais são equiparados a regras jurídicas. Apesar de sua posição de destaque no ordenamento jurídico, esses direitos não se distinguem estruturalmente ou na aplicação das demais normas jurídicas.

A característica definidora desses direitos é a proteção de determinadas posições do cidadão, abstratamente descritas, contra a atuação do Estado. Por outro lado, a segunda construção – mais ampla – define os direitos fundamentais como princípios.

Para Alexy, essa qualificação implica uma série de consequências significativas: a) os direitos fundamentais não se limitam a direitos de defesa do cidadão contra o Estado, mas representam uma ordem objetiva de valores; b) sua aplicação não se restringe às relações entre cidadãos e o Estado, estendendo-se a todas as áreas do Direito, com uma eficácia irradiante; c) como princípios, os direitos fundamentais tendem a colidir, exigindo que essa colisão seja resolvida por meio do método de ponderação ou balanceamento (ALEXY, 2003).

Alexy não enxerga oposição entre as concepções estrita e ampla, sugerindo que se pode "justapor um enfoque de balanceamento a um de subsunção" (ALEXY, 2003, p. 134). A tese central de Alexy acerca dos direitos fundamentais é que eles possuem caráter de princípios, sendo mandados de otimização (ALEXY, 1988), cuja aplicação se dá por meio da ponderação, que faz parte de um "macroprincípio" denominado proporcionalidade (ALEXY, 2002).

O princípio da proporcionalidade é descrito como um macroprincípio composto pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2005, p. 572-573).

Essas construções teóricas estão intimamente ligadas à ideia de otimização proposta por Alexy. Interpretar os direitos fundamentais à luz da proporcionalidade reflete tratá-los como mandados de otimização, ou seja, como princípios, e não como simples regras (ALEXY, 2005, p. 572-573).

A aplicação deste microssistema principiológico impõe ao intérprete o dever de utilizá-lo na maior medida possível, levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto (ALEXY, 2005, p. 572-573). A ponderação, assim, se vincula diretamente ao discurso (ALEXY, 2007).

Enquanto a ponderação não pode existir sem o discurso, as formas de argumentação na teoria do discurso incluem a estrutura de ponderação, tal como exposta pela fórmula do peso (ALEXY, 2005).

O método da ponderação, vinculado aos direitos fundamentais, está logicamente atrelado ao próprio discurso, o que garante, segundo Alexy, a racionalidade desse método. Contudo, a teoria dos princípios, por si só, não consegue sustentar a tese da única resposta correta, embora isso não signifique que o jurista abandone tal ideia.

Ao identificar as deficiências da teoria dos princípios, utilizando uma teoria da argumentação jurídica orientada pela razão prática, Alexy defende uma versão fraca da tese da única resposta correta, entendendo-a como uma ideia regulativa (ALEXY, 1988).

Por outro lado, Alexy sustenta uma tese forte no que se refere à distinção entre princípios e regras (ALEXY, 1988), argumentando que essa distinção não se baseia apenas na diferença de generalidade, mas, sobretudo, em uma diferença qualitativa (ALEXY, 1988).

A análise das colisões entre regras e princípios leva Alexy a estabelecer um critério central para distinguir esses dois tipos de normas, conforme amplamente discutido em sua obra (ALEXY, 1988).

Adotando uma concepção que se posiciona entre uma teoria forte e uma fraca dos princípios, Alexy defende uma ordem fraca de prioridades entre os princípios. Essa ordem

pressupõe três elementos principais: a) um sistema de condições de prioridade; b) um sistema de prioridades *prima facie*; c) um sistema de estruturas de ponderação (ALEXY, 1988). A leitura dessa parte da teoria de Alexy permite concluir que, embora a colisão de princípios se resolva por meio de ponderação em cada caso concreto, a solução não se limita a esse único caso. Pelo contrário, ela estabelece relações de prioridade que serão relevantes para futuros casos, configurando um verdadeiro sistema de condições de prioridade (ALEXY, 1988).

Esse sistema, apesar de não garantir uma resposta correta para todas as situações, cria uma ordem ou hierarquia entre os princípios, configurando um sistema de prioridades *prima facie*. Contudo, isso não implica que a prioridade *prima facie* de um princípio sobre outro gere uma solução definitiva, pois toda colisão de princípios continua a ser resolvida por ponderação (ALEXY, 1988).

Finalmente, é crucial destacar que, para Alexy, a teoria da argumentação jurídica, orientada pelo conceito de razão prática, complementa a ordem fraca de prioridades anteriormente descrita.

Embora não exista um procedimento capaz de alcançar uma única resposta correta, Alexy argumenta que, por meio de sua teoria da argumentação jurídica e da teoria moral procedimental, é possível garantir a racionalidade tanto da argumentação quanto de seus resultados, através da observância de um sistema de regras e princípios discursivos, com a tese da única resposta correta funcionando como uma ideia regulativa (ALEXY, 1988).

1.3.2 Críticas de Jürgen Habermas à Ponderação de Alexy

O estudo da doutrina de Alexy, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, suscita uma série de questões pertinentes, das quais se destacam algumas problemáticas centrais: seria a abordagem principiológica de Alexy a mais adequada para o paradigma do Estado Democrático de Direito? A metodologia de ponderação proposta por ele preserva o caráter deontológico do Direito? Jürgen Habermas, ao adotar uma concepção abrangente de razão, argumenta que questões práticas podem ser decididas de maneira racional. No cerne de sua teoria, encontra-se a busca por uma pragmática universal, cuja função primordial é reconstruir os pressupostos racionais subentendidos no uso da linguagem (ATIENZA, 2006).

Para Habermas, os direitos fundamentais exemplificam uma moral universalista, configurando-se como formas de vida racionalizadas, capazes de permitir o discernimento de juízos morais universais, promovendo as motivações necessárias à transformação do agir moral (NASCIMENTO, 2002). Fundamentado em um modelo pluralista, Habermas desenvolve a teoria da democracia deliberativa, que engloba as condições procedimentais associadas aos direitos fundamentais.

A democracia, nesse sentido, é compreendida como o "núcleo de um sistema jurídico, constituído por uma gênese de direitos gerados por um processo circular em que o código do direito e o mecanismo de sua produção se entrelaçam, resultando na criação de um direito legítimo" (PEIXINHO, 2003, p. 137). Sob essa ótica, os direitos fundamentais podem ser classificados conforme a seguinte estrutura:

- (i) direitos fundamentais derivados da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;
- (ii) direitos fundamentais provenientes da configuração politicamente autônoma do status de membro de uma associação voluntária de parceiros de direito;
- (iii) direitos fundamentais que resultam da possibilidade imediata de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;
- (iv) direitos fundamentais à participação, em igualdade de oportunidades, nos processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercem sua autonomia política, criando o direito legítimo;
- (v) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social e economicamente, conforme a necessidade de fruição dos direitos mencionados nos itens (i) a (iv) (HABERMAS, 1997, p. 159-160).

Dentro dessa classificação, Habermas distingue os direitos fundamentais que se referem à garantia da autonomia privada (itens i a iii) e os direitos relacionados à autonomia pública (itens iv e v) (HABERMAS, 1997, p. 159-160).

Ao analisar os direitos fundamentais como direitos autênticos de participação, a liberdade de expressão, especialmente sob a perspectiva do emissor da mensagem, pode ser inserida no item (iv), onde a democracia serve como a base para promover a igualdade tanto na esfera subjetiva quanto objetiva no processo de formação e expressão de opiniões.

O modelo deliberativo procedimental proposto por Habermas, fundamentado em sua teoria dos direitos fundamentais a partir de uma ética do discurso, também derivada de um princípio de universalização, busca legitimar a prática discursiva e as normas (NASCIMENTO, 2002), aproximando-se substancialmente da concepção de Alexy e sua “teoria da argumentação” (ALEXY, 2002).

Habermas, portanto, reconhece a complexidade em se estabelecer uma fundamentação dos direitos fundamentais, problema ainda persistente na doutrina jurídica contemporânea.

A partir das diversas teorias sobre a fundamentação dos direitos fundamentais, como as de Habermas e Alexy, é possível identificar uma interseção entre as concepções jusfilosóficas: o estabelecimento de um processo igualitário na formação de opinião, o que se revela essencial para a consolidação do próprio regime democrático. Nesse contexto, é pertinente refletir sobre os pontos de debate entre os teóricos, especialmente no que diz respeito à possibilidade de conflito entre direitos fundamentais e as soluções viáveis para tais conflitos.

Embora inicialmente tenha defendido a teoria da argumentação jurídica de Alexy, Jürgen Habermas modificou sua postura, como evidenciado em passagens de duas de suas obras (HABERMAS, 1997). Nesse sentido, ao tratar da teoria do agir comunicativo, Habermas argumenta que não se pode equiparar a argumentação jurídica nos tribunais aos outros discursos, dada a conexão intrínseca entre a primeira modalidade e o direito válido, bem como as limitações processuais que tornam legítimas apenas as decisões autorizadas dentro do sistema normativo (HABERMAS, 1997, p. 61-62).

Em uma nota de rodapé, Habermas (HABERMAS, 1987, p. 200) complementa sua análise ao afirmar: “Esta situação levou-me, inicialmente, a conceber o procedimento judicial como agir estratégico.

No entanto, fui convencido por R. Alexy (1978, p. 263) de que a argumentação jurídica, em toda a sua natureza institucional, deve ser entendida como um caso especial do discurso prático”. Ao discutir os paradigmas do Direito e da Democracia, Habermas (1997, p. 283),

modificando sua posição anterior, passa a sustentar: “Entretanto, nem o primado heurístico dos discursos prático-morais, nem a exigência de que regras de direito não possam contradizer normas morais, permitem concluir, sem mais nem menos, que os discursos jurídicos constituem uma parte das argumentações morais.”

Habermas conclui: “A tese do caso especial é plausível sob pontos de vista heurísticos; no entanto, ela sugere uma falsa subordinação do direito à moral, pois ainda não se libertou totalmente das conotações do direito natural. Tal tese pode ser superada a partir do momento em que levamos a sério a diferenciação paralela entre direito e moral, a qual surge no nível pós-convencional” (HABERMAS, 1997, p. 283).

A concepção de que os princípios seriam meramente mandados de otimização, segundo Habermas, está vinculada a pressupostos metodológicos questionáveis, pois, além de não preservar a estrutura binária do Direito, confunde direitos com valores (HABERMAS, 1997). Tal observação decorre das premissas de sua obra *Faktizität und Geltung*.

Acerca do Estado de Direito, Novais (2012, p. 7) faz um importante lembrete, destacando que “diferentes Estados podem ser qualificados, sem reservas, como Estados de Direito, mas onde, por exemplo, não existe efetivamente a aplicação de direitos fundamentais”.

Essa reflexão coloca em evidência a interdependência entre o direito positivo e os direitos fundamentais dentro de um sistema democrático, sendo a verdadeira eficácia da norma jurídica atrelada ao cumprimento das normas constitucionais em sua essência.

A crítica de Habermas à equiparação de princípios a valores, conforme defendido por Alexy, destaca uma importante distinção entre os dois conceitos dentro da teoria do direito. Habermas argumenta que os princípios possuem um caráter deontológico, ligado à obrigação e à validade dentro de um sistema normativo, enquanto os valores têm uma natureza teleológica, voltada para fins e orientações culturais. Essa distinção tem implicações profundas sobre como compreendemos o funcionamento do direito e sua aplicação no contexto jurídico.

Habermas sugere que, enquanto as normas estabelecem o que deve ser feito em um sistema jurídico, oferecendo uma certeza normativa que é válida para todos, os valores orientam comportamentos em um horizonte mais amplo e culturalmente determinado, indicando o que é considerado bom ou desejável a longo prazo. Ele argumenta que, embora o direito possa incorporar certos conteúdos teleológicos (valores), a sua estrutura normativa deve "domesticar"

esses conteúdos, conferindo primazia a uma perspectiva normativamente estrita que evita a subordinação do direito à moral ou a uma visão puramente axiológica.

Essa crítica revela uma preocupação com a natureza prática e a aplicabilidade do direito. Para Habermas, a normatividade do direito deve ser preservada em sua autonomia, sem que ele se dilua em valores, os quais podem ser subjetivos ou culturais. Dessa forma, ele propõe que, ao se confrontar com a realidade prática e as decisões judiciais, o direito precisa manter sua função de garantir a justiça e a equidade, utilizando princípios que se baseiem em uma normatividade universalizável e não em valores contingentes ou culturais específicos.

A reflexão de Habermas, portanto, desafia a visão de Alexy ao afirmar que a argumentação jurídica e os princípios devem ser interpretados dentro de um sistema jurídico que, embora considere valores, preserve sua autonomia e os critérios de validade jurídica. A aplicação correta do direito, para Habermas, deve ser fundamentada em uma prática discursiva que equilibre as normas jurídicas com os princípios éticos, sem confundi-los com os valores teleológicos, que pertencem a um domínio mais amplo de moralidade e ética cultural.

No plano conceitual, a distinção entre normas e valores é crucial. A instrumentalização de valores como fundamentos jurídicos pode comprometer a natureza dos direitos fundamentais, que são, por sua vez, estruturados sob uma lógica normativa.

Habermas alerta que a desconsideração dessa diferenciação resultaria na transformação do judiciário em uma instância autoritária, tornando as decisões judiciais baseadas não na interpretação dos princípios deontológicos, mas em interesses funcionais.

Esse processo pode resultar em uma análise utilitarista de direitos fundamentais, em que estes são avaliados com base em custos e benefícios, o que comprometeria a sua efetividade e o seu papel essencial no Estado democrático de direito.

A crítica de Habermas à instrumentalização dos direitos fundamentais pode ser ilustrada pela utilização de tecnologias genéticas no sistema penal. O uso de bancos de dados de perfis genéticos, especialmente quando discutido no âmbito das audiências públicas do STF, como aquelas relacionadas ao RE nº 973.837, reflete um esforço para equilibrar segurança pública e direitos individuais.

Nesse contexto, a transparência e a participação pública são fundamentais para garantir a legitimidade do processo, evitando que a racionalidade técnica e utilitarista se sobreponha à análise ética e jurídica dos direitos fundamentais.

Concluindo este capítulo, é importante reconhecer que a teoria contemporânea dos direitos fundamentais enfrenta desafios práticos significativos, particularmente no Brasil, ao tentar equilibrar a necessidade de segurança pública com a proteção dos direitos individuais.

No próximo capítulo, a análise se aprofundará na dignidade da pessoa humana e no impacto das práticas jurídicas envolvendo dados genéticos no sistema penal brasileiro.

CAPÍTULO 2: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

2.1 A Dignidade Humana ao Longo da História

Estudar os reflexos do genoma humano e suas implicações com o direito penal/processual penal passa, obrigatoriamente, pelo exame da ideia de dignidade da pessoa humana.

Isso porque, tanto a dignidade das pessoas que compõem a sociedade e respectivos direitos fundamentais estão envolvidos, talvez, principalmente, a dignidade daquela pessoa que é investigada e, por via lógica, está em situação de desigualdade quando comparada ao Estado.

Nesse sentido, o presente capítulo pretende analisar o histórico da dignidade da pessoa humana, a sua função constitucional, conteúdo, titularidade, limites, garantias, a sua interpretação jurisdicional e, por fim, quais possíveis reflexões poderão nortear o futuro do tema e, por via reflexa, da própria sociedade.

Para que seja possível compreender as atuais discussões relacionadas à dignidade da pessoa humana, é importante que se faça uma retrospectiva histórica acerca da expressão e uso do termo, tomando por base a sociedade grega.

Isso para que se possa aferir, como propõe Novais (2015, p. 23), a dignidade da pessoa humana como norma constitucional, como princípio constitucional supremo, e os problemas relacionados à indeterminação do conteúdo normativo do princípio constitucional.

Na própria perspectiva da autonomia institucional dos direitos fundamentais ao conjunto que formam, a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem uma intenção específica: explicitar uma ideia de Homem²⁰, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na constituição de cada Estado concreto. Ideia de Homem que no âmbito da nossa cultura se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 1987, p. 85)

A sociedade grega concebeu vários conceitos como atributos imateriais do ser humano, podendo ser citados como exemplo as denominadas virtudes cardeais, a saber: prudência

²⁰ Eu ousaria nominar na atualidade “ser humano”, em lugar de homem, numa perspectiva mesmo de isonomia e respeito de gênero.

(*sophrosyne*), valentia (*andreia*), sabedoria (*phronesis*) e justiça (*dikaiosyne*). De acordo com Pfordten (2020, p. 28), no pensamento grego não há, pelo menos de forma evidente, “qualquer conceito para um atributo humano que, sendo incorpóreo, interno, substancialmente imutável e necessário, pudesse ser equivalente à grande dignidade”.

Das lições de Pfordten (2020, p. 30), é possível extrair que a dignidade humana como um atributo interno do homem foi assim absorvida como algo sem tanta relevância, o qual não poderia adquirir independência conceitual e não havia necessidade de adquiri-la.

A questão apresentada sobre o pensamento grego antigo pode ser respondida da seguinte forma: no pensamento grego não havia conceito de atributo de dignidade que fosse equivalente ao conceito de grande dignidade humana. No entanto, havia o conceito mais amplo e ontologicamente fundamental da alma humana como causa primeira que, pelo menos até certo ponto - e pode ser aceito como tal - poderia cumprir a função do conceito de dignidade humana.

Na perspectiva do sistema grego, a compreensão do pensamento de Marco Tulio Cícero se torna relevante, considerando sua influência na língua latina, que se acredita ter sido a maior de toda a história subsequente da prosa, não apenas no Latim, como nas línguas europeias, tanto que no século XIX ocorreu uma reação a seu estilo e uma tentativa de retornar a ele (WEBSTER, 1995, p. 244).

Segundo Michael Grant (1971, p. 24), "a influência de Cícero sobre a história da literatura e das ideias europeias em muito excede a de qualquer outro escritor em prosa de qualquer língua". Cícero introduziu os romanos às principais escolas da filosofia grega e criou um vocabulário filosófico latino (inclusive com neologismos como *evidentia*, *humanitas*, *qualitas*, *quantitas* e *essentia*), destacando-se como tradutor e filósofo (CONTE, 1987, p. 199).

A redescoberta das cartas de Cícero por Petrarca é geralmente considerada como um dos eventos iniciais do Renascimento, no século XIV, nos assuntos públicos, humanismo e na cultura romana clássica (WOOTTON, 1996, p. 1).

Segundo o historiador polonês Tadeusz Zieliński, "o Renascimento era, acima de tudo, um reavivamento de Cícero e, apenas depois dele e através dele, do resto da antiguidade clássica" (ZIELINSKI, 1970). O pico da autoridade e prestígio de Cícero se deu durante o Iluminismo no século XVIII e seu impacto sobre os principais pensadores iluministas, como John Locke, David Hume e Montesquieu, foi substancial (NICGORSK). Suas obras estão entre as mais influentes da cultura europeia e ainda hoje constituem um dos mais importantes *corpus*

de material primário para obras e revisões sobre a história da Roma Antiga, especialmente sobre os últimos dias da República Romana (GRIFFIN, 2001, p. 76).

No contexto romano, a partir do pensamento de Marco Túlio Cícero, é possível extrair que o conceito de *dignitas* consiste - devendo alertar para uma pequena exceção - na chamada por ele de pequena dignidade da específica posição social segundo a antiga compreensão romana, significando uma relação aos seres humanos, um atributo incorpóreo, externo, mutável e correspondente a uma distinta posição social como, por exemplo, relacionado a um cargo (PFORDTEN, 2020, p. 31).

A dignidade, aqui, é observada em relação com a natureza humana e, desta maneira, é compreendida como um atributo em seu núcleo imutável, necessário e universal do ser humano.

As reflexões iniciais acerca do conceito de dignidade humana no sentido da grande dignidade foram para Cícero apenas um início menor e quase casual que, por certo permaneceu sem uma exata fundamentação, sem função sistemática, sem um emprego conceitual consistente e sem consequências posteriores em sua obra (PFORDTEN, 2020, p. 37).

Em continuidade à parte histórica, importante trazer a lume o pensamento de filósofos e pensadores do cristianismo. Aqui, a dignidade é entendida como manifestação da alma humana.

Tomás de Aquino, por exemplo (1990, p. 531), conectou a alma com a dignidade, por exemplo, em seu escrito sobre a Trindade. O vínculo direto entre dignidade e substância da alma se acentua depois da oração eucarística da Santa Missa, prática que se remonta aos séculos V ou VI e se manteve até o Concílio Vaticano II.

Com o fundamento da alma imortal para o atributo da dignidade humana, os escritores cristãos também ofereceram, pela primeira vez, um fundamento interno para a grande dignidade. No entanto, esse fundamento interno não se torna o último, mas apenas o penúltimo; já que, segundo o cristianismo, o fundamento último da alma humana não repousa no homem individual, mas sim em Deus e na criação, à sua imagem, da alma humana como substância racional e imortal (PFORDTEN, 2020, p. 40).

Neste ponto, é importante destacar, concordando com José Carlos Vieira (2004, p. 17), que, em que pese o Cristianismo ter conferido uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média, ainda não foi capaz de gerar a ideia de direitos humanos fundamentais no sentido atual, pois, ali, o indivíduo aparecia apenas como destinatário, e não como verdadeiro sujeito de direitos públicos.

Na sequência dos estudos históricos relacionados à dignidade da pessoa humana, durante o início do renascimento Italiano, para Facio e Manetti, a vida terrena dos seres humanos tem um valor positivo. Aqui, a dignidade humana é sustentada na tradição da alma imortal, a criação do ser humano por Deus, semelhante a Deus e a razão e a liberdade humanas. Facio, por exemplo, acentua que a alma humana foi criada tanto para refletir a imagem de Deus Pai, como também a de Deus filho e do Espírito Santo, ou seja, como reflexo da completa Trindade e ostenta, por consequência, sua excelência e dignidade (PFORDTEN, 2020, p. 40).

Analisando-se o pensamento existente no aludido período, a dignidade como dom não serve aqui para se atingir consequências práticas. Comparando-se com os textos cristãos da Antiguidade tardia e da Idade Média, a visão positiva e otimista do homem e de suas capacidades e possibilidades terrenas para o desenvolvimento do conhecimento e da ação é distintamente nova. No entanto, continua a existir a noção metafísico-cristã do ser humano determinado por sua alma substancial e imortal criada por Deus (PFORDTEN, 2020, p. 42).

Já em 1486, quando escreveu a obra “*De hominis dignitate*”, Giovanni Pico della Mirandola não raras vezes é considerado como o precursor ou, inclusive, como o descobridor da dignidade humana.

De acordo com Pico Della Mirandola (2006, p. 6), em coerência com sua própria escolha e seu próprio comportamento, o ser humano pode rebaixar-se à condição de animal ou elevar-se ao nível de Deus.

Pico delineou apenas uma imagem místico-neoplatônica muito radical e específica do autoaperfeiçoamento ordenado e possível do homem. Já no século XVIII, Kant ligaria a forma mais abstrata e fundamental de autonomia moral – mas sem qualquer referência a Pico – com o conceito de dignidade humana (PFORDTEN, 2020, p. 46).

Na moderna teoria ética e política do Ocidente, com destaque para a Inglaterra e França dos séculos XVII e XVIII, por exemplo, Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu, desapareceu o conceito de dignitas ou dignidade humana quase por completo.

Em Samuel von Pufendorf, decano do direito natural moderno, que não é cético nem naturalista, mas em certo sentido tradicional, existem algumas passagens dedicadas à dignidade humana (PFORDTEN, 2020, p. 47).

A afirmação, feita por von Pufendorf, de que a faculdade da alma humana de incorporar o reflexo de um entendimento mais elevado vem da razão, diz respeito à grande dignidade

humana, um atributo humano interno e cujo núcleo seria imutável (PFORDTEN, 2020, p. 47). Além disso, Pufendorf fez paralelos entre a dignidade humana e a própria noção de igualdade.

Essa dignidade humana intermediária da igual posição social essencial do homem também acarreta Pufendorf consequências normativas em relação a terceiros, como não havia sido argumentado até então: o Estado deve, no quadro da distribuição justa, em princípio, tratar todos os homens igualmente (PFORDTEN, 2020, p. 50).

Considerando-se o principal marco teórico da dignidade, Immanuel Kant aborda a dignidade da pessoa humana em diversos momentos de sua obra. A dignidade humana aparece significativamente na Fundação para a metafísica dos costumes de 1785. Mas isoladamente na Crítica da razão prática de 1788, onde se encontram apenas duas referências periféricas.

De igual modo, se aplica ao escrito Religião nos limites da mera razão de 1793. Nos seguintes escritos políticos sobre o dito de 1793, sobre a paz perpétua de 1795 e os princípios metafísicos da teoria do direito, isto é, a primeira parte do Metafísica dos Costumes de 1797, o conceito da grande dignidade humana dificilmente reaparece.

Kant o faz novamente com maior frequência nos Princípios metafísicos eticamente individualistas da Teoria da Virtude, ou seja, na segunda parte da Metafísica dos Costumes de 1798.

Na filosofia prática de Kant, esse elemento não desempenha um papel constitutivo, como os conceitos de vontade, imperativo, máxima, lei, universalidade e liberdade.

O imperativo categórico kantiano, expresso em sua forma mais fundamental, orienta a ação moral com base na universalização das máximas e na consideração da humanidade como um fim em si mesma, jamais como um meio para outros fins.

A ideia de agir de acordo com uma máxima que possa ser universalizada reflete a necessidade de que a ação tenha validade e coerência moral para todos os seres racionais, independentemente de suas circunstâncias particulares. Além disso, ao tratar da dignidade humana, Kant estabelece uma distinção crucial entre "preço" e "dignidade", definindo que algo com preço pode ser substituído por outra coisa equivalente, enquanto algo com dignidade é inalienável e não admite comparação ou substituição. Isso é particularmente relevante ao se considerar os seres humanos, que, enquanto racionais, possuem dignidade e não devem ser usados como meios para fins utilitários.

Kant argumenta que a humanidade, em cada indivíduo, deve ser tratada com respeito, considerando-a sempre como um fim em si mesma. Isso significa que os seres humanos não devem ser instrumentalizados ou usados meramente como recursos para os objetivos de outros. A dignidade humana, portanto, não pode ser negociada, e os seres racionais, como agentes morais, possuem um valor intrínseco, independentemente de qualquer valor instrumental que possam ter para outros fins.

A *Crítica da Razão Prática* aprofunda essa noção ao afirmar que a autolegislação moral, ou seja, a capacidade de determinar as próprias ações de acordo com a razão prática, é a verdadeira fonte da dignidade humana. Somente através dessa autonomia, que permite a liberdade de agir de acordo com princípios morais universais, os seres humanos podem ser considerados fins em si mesmos. Assim, a dignidade humana não é derivada de atributos externos, como status ou poder, mas da capacidade de se autolegislar e seguir as leis morais que a razão impõe.

A noção kantiana de dignidade está profundamente enraizada na autonomia moral e no respeito pela liberdade individual, refletindo a centralidade da liberdade como um valor fundamental na ética kantiana. A dignidade, então, se manifesta na capacidade do indivíduo de se governar por princípios morais e na obrigação moral de tratar os outros com o mesmo respeito, reconhecendo sua autonomia e dignidade.

A dignidade da pessoa consiste em não ser ela mesma subjugada por interesses contingentes e materiais, mas ser capaz de seguir a lei moral que a sua própria razão reconhece como válida (KANT, 1788, p. 94).

O trabalho de acordo com as máximas de um membro que legisla universalmente para um reino de fins simplesmente possível, mantém toda a sua validade porque rege categoricamente. E aqui está precisamente o paradoxo: independentemente de qualquer outro fim ou benefício alcançável através dele, a simples dignidade da humanidade como natureza racional, o respeito por uma ideia simples, deveria servir como um preceito inexorável da vontade (FIGUEIREDO, 2020).

Portanto, a dignidade é mencionada apenas na terceira fórmula da concreção, ou seja, na fórmula do reino dos fins.

É, portanto, altamente significativo que Kant nomeie a dignidade humana na Fundação para a Metafísica dos Costumes não ligada à ideia da capacidade de ser um fim em si mesma na segunda fórmula, mas apenas com a ideia de auto legislação.

Aqui Kant continuou a desenvolver a grande dignidade e despojou-a de sua ligação com a substância da alma, a criação do homem por Deus, bem como sua semelhança divina. Apenas se mantém a referência aos atributos humanos da razão e da liberdade, também interpretáveis de um ponto de vista não religioso.

É importante deixar claro que Kant, com essa determinação da dignidade humana como auto legislação, deu um passo adiante decisivo.

Dignidade como autonomia ou autodeterminação, isto é, mais precisamente, como auto legislação ou, mais precisamente, como capacidade de auto legislação.

Com isso, é concebida não apenas como um atributo interno, necessário e imutável, no sentido de grande dignidade humana, mas também encontra sua fonte de normatividade no ser humano individual.

No contexto da presente tese, é inafastável que se conclua, nos moldes kantianos, que a coleta e a utilização de perfis de DNA devem ser realizadas com total respeito à dignidade das pessoas envolvidas, considerando-as como fins em si mesmas e não apenas como meios para alcançar outros objetivos, como segurança ou controle.

É evidente que sobreleva a discussão sobre se a criação de bancos de perfis de DNA e em que medida isso pode comprometer a autonomia das pessoas, subjugando-as a interesses que podem não estar alinhados com a lei moral que a própria razão reconhece, como a privacidade e a liberdade individual.

Pois, qualquer uso do poder do Estado sobre os indivíduos, que não respeite a dignidade da pessoa humana e sua liberdade, é uma violação dos princípios morais (KANT, 1797, p. 240).

O uso de bancos de perfis de DNA deve ser analisado sob a ótica kantiana, considerando o respeito à dignidade humana, que implica tratar cada indivíduo como um fim em si mesmo, respeitando sua autonomia e privacidade. A filosofia kantiana sugere que qualquer ação que envolva seres humanos, incluindo a coleta de perfis de DNA, deve ser conduzida de forma que respeite a dignidade e liberdade desses indivíduos, evitando a instrumentalização ou manipulação para fins que não sejam moralmente justificáveis.

O conceito de dignidade humana mal foi desenvolvido pelos filósofos clássicos alemães que seguiram Kant, como Fichte, Hegel e Schelling.

E quando aconteceu, não foi no sentido da autodeterminação ou auto legislação do homem. Fica assim evidente que aqueles que sucederam a Kant não atribuíram relevância especial ao uso kantiano do conceito. Em vez disso, em alguns casos, observa-se um retorno a interpretações muito mais religiosas, por exemplo, em Hegel. Isso talvez explique por que a compreensão kantiana da dignidade humana quase não teve influência no movimento secular pelos direitos humanos no século XIX (PFORDTEN, 2020, p. 55).

Apenas o jovem Schiller abraçou significativamente o conceito de dignidade humana inspirado por Kant. Dignidade é para Schiller a expressão da liberdade de espírito do homem contra seus impulsos (SCHILLER, 1985, p. 447).

A dignidade deixa de ser o núcleo necessário da moralidade em Kant para ser sua expressão mutável em Schiller.

Não é de se estranhar que essa compreensão estética da dignidade apenas como expressão mutável de uma ideia não tenha obtido reconhecimento em Kant, nem tenha conseguido desenvolver eficácia político-prática, uma vez que nenhuma força essencialmente normativa pode ser vinculada a ela.

Desde o final do século XVIII, alguns filósofos levantaram as primeiras vozes críticas contra a dignidade humana. Uma delas foi a de Jeremy Bentham, embora não fosse diretamente contra a dignidade. Bentham foi um dos fundadores do movimento utilitarista.

De acordo com esse movimento, direito e política e, posteriormente, com John Stuart Mill, também toda ética deveria seguir o princípio da máxima utilidade para todos (PFORDTEN, 2020, p. 57).

Arthur Schopenhauer reverenciava Kant, mas na ética seguiu um caminho diferente, acreditando que a ética kantiana dos deveres carecia de qualquer fundamento.

Schopenhauer, ao contrário de Kant, defendia uma ética radical da compaixão. Em relação à dignidade humana, em 1841 voltou-se veementemente contra Kant (SCHOPENHAUER, 2007, p. 208/209).

Nietzsche via no conceito de dignidade humana apenas um conceito que deveria encobrir uma existência movida pela necessidade: nós, os modernos, temos dois preconceitos em relação aos gregos que são como recursos de consolo para um mundo que nasceu escravo e

que, pela mesma razão, ele ouve a palavra escravo com angústia: refiro-me a essas duas frases a dignidade do homem e a dignidade do trabalho. A dignidade do homem e a dignidade do trabalho são crias miseráveis de uma humanidade escravizada que quer esconder de si sua escravidão (NIETZSCHE, 2013, p. 7-9).

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, Ferdinand Lassalle argumentou em 1862 em seu discurso “O Programa para os Trabalhadores” que tanto o trabalhador quanto o pequeno burguês, em uma palavra, a classe não proprietária de capital, têm o direito de exigir do Estado que dirija todo o seu julgamento e compromisso sobre como para melhorar a situação material de desamparo e emergência das classes trabalhadoras, a cujas mãos se deve a produção de todas as riquezas que nossa civilização ostenta e a cujas mãos todos os produtos, sem os quais nossa sociedade não poderia também como devem ser ajudados adquirir de forma mais abundante e segura e, com ela, retomar a possibilidade de uma formação intelectual e só assim, portanto, de uma verdadeira existência humanamente digna.

A existência humanamente digna da qual estamos falando aqui encontra seu fundamento em bens econômicos materiais. Nesse sentido, essa formulação da existência humanamente digna oscila entre a pequena, média e grande dignidade. Este é o quarto dos mencionados acima como conceitos parciais da dignidade humana, a condição econômica da dignidade (PFORDTEN, 2020, p. 59).

No que tange ao arcabouço constitucional, a primeira consagração constitucional explícita da dignidade humana ocorreu, aparentemente, na Constituição do Império Alemão de 1919.

Durante a República de Weimar foi controverso se era uma mera declaração programática ou um regulamento legal. De todo modo, a norma não desenvolveu eficácia que pudesse ser considerada (PFORDTEN, 2020, p. 59).

É equivocada a interpretação contrária encontrada na literatura, segundo a qual a Constituição portuguesa de 1933 incorporou, no nº 3 do seu artigo 6º, uma formulação da dignidade da pessoa humana. A Constituição de Portugal de 11 de abril de 1933 fala apenas de existência humanamente suficiente. Pela primeira vez, em 11 de julho de 1951, por ocasião de uma emenda constitucional foi aceita a palavra dignidade humana.

A Constituição da República da Irlanda de 1937 foi a primeira constituição que consagrou a dignidade humana no sentido de grande dignidade, ou seja, como um atributo interno e em seu núcleo imutável. E com isso não se limitou à formulação “existência

humanamente digna” com implicações apenas no reconhecimento das condições econômicas da dignidade (PFORDTEN, 2020, p. 61).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da Assembleia Geral das Nações Unidas, embora represente um marco significativo na história dos direitos humanos, possui caráter não vinculativo, como observa Pfordten (2020, p. 71).

Trata-se de uma declaração de intenções, sem a força coercitiva de uma lei internacional. No entanto, esse caráter não vinculante não impede que a DUDH exerça uma influência significativa na adoção de pactos jurídicos posteriores, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ICCPR) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que foram adotados em 1966 e entraram em vigor em 1976.

Estes pactos, embora tenham sido impactados pela dinâmica política da Guerra Fria, acabaram por concretizar direitos humanos de forma juridicamente exigível, ligando diretamente a dignidade humana a garantias concretas, conforme a Declaração Universal, especialmente no artigo 1º.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 2000, reflete um avanço significativo no reconhecimento e proteção da dignidade humana no contexto europeu.

Seu artigo 1º, que consagra a dignidade humana como direito fundamental, é uma garantia de que todos os cidadãos da União Europeia têm direito ao respeito e à proteção de sua dignidade em diversas dimensões da vida, conforme o artigo 6º do Tratado da União Europeia.

Este documento não apenas reafirma a dignidade humana como princípio essencial, mas também lhe confere aplicabilidade direta, estabelecendo um marco jurídico de proteção à dignidade nas suas variadas manifestações, apesar de reconhecer que essa tarefa está longe de ser completamente realizada.

No Brasil, a Constituição de 1988 reflete a evolução histórica do conceito de dignidade humana, inserindo-o como um dos pilares fundamentais da República Federativa.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Brasileira de 1988, dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, orientando tanto a interpretação dos direitos fundamentais quanto as decisões judiciais. Este princípio, atualmente, tem sido amplamente debatido no contexto da aplicação dos direitos fundamentais,

especialmente em questões envolvendo o direito penal, como ilustrado no Recurso Extraordinário nº 973.837. A jurisprudência brasileira tem se preocupado com a proteção da dignidade contra abusos do sistema penal, reforçando a necessidade de garantir a integridade e os direitos do indivíduo, mesmo diante das complexidades do sistema jurídico e das políticas públicas.

Em síntese, a dignidade humana emerge como um conceito universal e fundamental, consagrado em documentos internacionais e constituições nacionais, mas também desafiado por questões políticas, culturais e jurídicas.

No Brasil, assim como na União Europeia, esse princípio orienta as decisões jurídicas e políticas, destacando-se como elemento essencial na construção de um Estado democrático e na proteção dos direitos humanos.

2.2 Função Constitucional da Dignidade Humana

O ser humano, no centro do direito, configura-se como o fundamento e o fim de todo o ordenamento jurídico, independentemente das diversas representações que possa assumir ao longo do tempo.

Seja como *homo sapiens*, no sentido biológico e racional do ser humano; *homo demens*, representando a dimensão da irracionalidade e da imperfeição; *homo faber*, enquanto ser que produz e transforma o mundo ao seu redor através do trabalho; *homo ludens*, que encontra significado na ludicidade e na cultura; *homo socialis*, que se constrói e se realiza na convivência e nas interações com outros seres humanos; *homo politicus*, enquanto agente de construção de políticas públicas e de organização social; *homo economicus*, que age e se comporta segundo princípios de racionalidade econômica; *homo technologicus*, sujeito inserido em uma era de inovações tecnológicas, e *homo mediaticus*, cada vez mais influenciado pela mídia e pelas dinâmicas de comunicação, o ser humano é visto, em todas essas vertentes, como o núcleo e a razão de ser do direito.

O direito, em sua essência, é um reflexo da busca pela dignidade humana e pelo reconhecimento de seus direitos e deveres, sendo este último o ponto de articulação entre as diversas representações do ser humano.

Embora o indivíduo se desloque entre essas diferentes configurações e papéis ao longo da sua vida, a função do direito permanece orientada para a proteção e promoção do bem-estar

do ser humano, sem perder de vista o respeito à sua liberdade, dignidade e direitos fundamentais.

Dessa forma, o direito é um instrumento que se adapta e responde às necessidades e transformações do ser humano nas mais variadas dimensões da sua existência, seja no contexto biológico, social, político ou econômico, sempre com o objetivo de assegurar que os direitos humanos, a justiça e a equidade prevaleçam em um contexto de respeito e valorização da pessoa humana.

Em todas essas vertentes, o direito é uma criação humana e destina-se ao ser humano, que, como sujeito primário e fundamental, constitui o valor mais elevado do ordenamento jurídico (TOBEÑAS, 1952, p. 6). Esse princípio é crucial, pois, como o ser humano é o destinatário final de todas as normas, ele é, em última instância, a razão de ser de todo o direito, seja no que se refere à mais simples regra jurídica ou à mais complexa.

Por essa razão, todos os princípios constitucionais encontram sua origem e justificação no ser humano, que é o fundamento de todo o dever-ser jurídico.

No entanto, é importante destacar que, por ser fundamento, o ser humano não é ele mesmo um princípio, mas sim a justificação radical dos princípios. Como observa Comte-Sponville (1999, p. 90), "o fundamento não é um princípio, mas a justificação radical dos próprios princípios". Em outras palavras, o ser humano é a base da moral e do direito, não fundamentando o que é, mas o que deve ser, pois sua presença é o parâmetro para a construção dos valores morais e jurídicos.

Dentro deste raciocínio, a dignidade humana, entendida como um conjunto de direitos existenciais, é igualmente atribuída a todos os indivíduos, sem qualquer distinção.

Não se pode, portanto, falar em maior ou menor dignidade, pois a dignidade, nesse contexto, é uma característica inerente ao ser humano e não uma qualidade que possa ser diminuída ou alterada com base em sua conduta (SARLET, 2012, p. 50). Mesmo diante de ações moralmente reprováveis, a dignidade do ser humano permanece, pois ela é intrínseca à sua condição humana.

O Professor Jorge Reis Novais (2012, p. 25) complementa essa reflexão ao afirmar que a igual dignidade de todos resulta no direito de cada indivíduo moldar sua própria vida de acordo com suas concepções e planos de vida.

Esse direito é garantido dentro de um Estado de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, assegurando que todas as concepções e planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que possam ter, possuem o mesmo valor.

Em última instância, a dignidade humana garante a liberdade de autodeterminação, permitindo que cada indivíduo possa definir e buscar seus próprios objetivos, sem discriminação ou hierarquização em relação às outras opções de vida.

Na sequência, importante ainda consignar que, para o referido autor, cada indivíduo possui uma esfera de autonomia e liberdade individual que a maioria “não pode comprimir ou restringir pelo simples facto de ser maioria, pelo simples facto de a autonomia individual orientar alguém para formas e planos de vida rejeitados e hostilizados pela maioria ou por ela considerados como formas e planos incompatíveis com a vida boa” (NOVAIS, 2012, p. 26).

É necessário, entretanto, cautela com a sobrecarga axiológica que circunda a dignidade da pessoa humana (planos político, filosófico, religioso ou moral), cujos reflexos são prejudiciais ao Estado de Direito, em especial, quando “os próprios tribunais constitucionais ou os supremos tribunais se encontram igualmente divididos, numa correspondência quase mecânica com as divisões ideológicas, morais ou religiosas que também dividem a sociedade, para se perceber o risco de uma atribuição ao poder judicial de uma intervenção pretensamente arbitral feita sob a égide da imposição positiva de um conceito constitucional de dignidade humana axiologicamente sobrecarregado” (NOVAIS, 2015, p. 162).

É necessário, portanto, alcançar uma concepção, nos dizeres de Novais (2015, p. 164) constitucionalmente “adequada de dignidade da pessoa humana, tão objectiva, consensual e determinada quanto possível e, sobretudo, que possa representar um sentido normativo autónomo não consumido por outras normas constitucionais”. Não podemos considerar a dignidade da pessoa humana um conglomerado em que se incluem indistintamente valores como a liberdade, a autonomia, direitos sociais, dentre outros, mas algo que caminhe ao lado dos direitos fundamentais, ou seja, “numa função múltipla de fundamento de uma concepção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais em Estado de Direito, de orientação e critério de conformação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais e, finalmente, de parâmetro de controlo da legitimidade constitucional das restrições aos direitos fundamentais” (p. 165).

O respeito à dignidade humana constitui princípio fundamental. Exatamente em razão dessa sua fundamentalidade, o princípio da dignidade independe, para a produção de efeitos

jurídicos, de inclusão expressa em texto normativo. Sem que haja necessidade de recorrer à ideia da existência de direitos naturais, dissemina-se o entendimento de que o direito não se resume ao texto legal, nem constitui produto exclusivo da ação estatal (SARLET, 2012, p. 101).

O fenômeno jurídico transcende a mera visão de um positivismo exacerbado, que reduz o direito a uma simples representação textual e formal. O direito, em sua totalidade, é um fenômeno dinâmico e multifacetado, que envolve valores e princípios, e não pode ser aprisionado apenas em normas escritas.

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira de 1988 é um marco fundamental na consolidação de um ordenamento jurídico que se orienta pela valorização da pessoa como o fim último do direito. Sua inserção no caput da Constituição simboliza o compromisso do Estado brasileiro com os valores mais profundos da existência humana, e reflete a transição para um modelo jurídico voltado para a proteção das liberdades individuais e coletivas, fundamentando a estrutura da República Federativa do Brasil.

A centralidade do princípio da dignidade humana na Constituição não se limita a sua formulação inicial, mas se estende por diversos dispositivos, o que demonstra a integralidade e a abrangência desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro. No artigo 226, § 7º, por exemplo, é garantido que o planejamento familiar deve ser orientado pela dignidade da pessoa humana e pela paternidade responsável, aspectos essenciais para a realização de uma vida familiar justa e equilibrada. O artigo 227, caput, assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a proteção de sua dignidade, em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança, enquanto o artigo 230, caput, determina que a família, a sociedade e o Estado devem proteger a pessoa idosa, respeitando sua dignidade, o que demonstra a abrangência desse princípio em todas as fases da vida.

Além disso, o artigo 3º, ao estabelecer que um dos objetivos fundamentais da República é construir uma "sociedade livre, justa e solidária", evidencia a correlação entre os valores de liberdade, justiça e solidariedade e a dignidade humana. Esses princípios estão intimamente interligados, pois são condições indispensáveis para a efetivação e a realização plena da dignidade humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao ser considerado como um critério interpretativo, adquire uma função dinâmica e orientadora. Ele não se limita à aplicação direta

nas normas constitucionais, mas serve como um “fio condutor” que dá coesão e consistência ao sistema jurídico. Ele orienta a interpretação de todas as normas do ordenamento constitucional, permitindo que cada dispositivo seja compreendido à luz desse princípio fundamental, que transcende as palavras e encontra-se presente em todos os aspectos da vida pública e privada.

Particularmente, a dignidade da pessoa humana se relaciona com a proteção dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais. Esses direitos, como sublinha Farias (2000, p. 54), têm íntima conexão com a preservação da autonomia do indivíduo, sendo necessários para garantir a liberdade, a integridade física e psíquica, bem como o reconhecimento da capacidade do ser humano de tomar decisões e autodeterminar-se em sua vida. A dignidade, nesse sentido, é o alicerce de uma verdadeira sociedade democrática e respeitosa, no qual o ser humano, em sua complexidade, é visto e tratado como um fim em si mesmo.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana se revela, mais do que uma norma isolada, um princípio norteador que permeia a totalidade do ordenamento jurídico brasileiro. Em sua função interpretativa e normativa, ele atua como um vetor de proteção e promoção da pessoa humana, sendo essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito que, efetivamente, respeite e garanta os direitos fundamentais de cada indivíduo.

Com base nessa fundamentação, é possível avançar para a análise da dignidade da pessoa humana na jurisprudência dos tribunais, que, ao aplicar este princípio, consolidam sua interpretação e ampliam suas implicações nas decisões concretas, reforçando a centralidade dessa ideia na prática jurídica.

2.3 Limites e Garantias da Dignidade Humana

Destaque-se que a função constitucional da dignidade da pessoa humana no Brasil é reforçada pela proteção ao direito à privacidade, consagrada no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. No contexto penal, essa proteção é crucial quando se trata da coleta, armazenamento e uso de perfis genéticos. Os precedentes do STF balizam os limites impostos pela dignidade humana, razão pela qual se aguarda com certa ansiedade o julgamento do Recurso Extraordinário nº 973.837, tratado no capítulo 5, que até a entrega desta tese ainda não havia sido julgado, embora existam balizas trazidas pelo discurso dos atores partícipes da audiência pública que se explora no presente trabalho.

2.4 Jurisprudência Brasileira e Internacional sobre Dignidade Humana

A profundidade e complexidade do tratamento do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na jurisprudência nacional quanto internacional, refletem seu papel central no ordenamento jurídico contemporâneo, evidenciando a sua função de valor-fonte e orientadora de todo o sistema de direitos fundamentais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem reiterado, por meio de diversas decisões, que a dignidade humana constitui um dos pilares da Constituição, configurando-se como fundamento do Estado democrático de direito. O princípio não apenas legitima a proteção de direitos fundamentais, como também orienta a interpretação e aplicação das normas constitucionais (SARLET, 2012, p. 76). Exemplos disso podem ser vistos nas decisões do STF, que sublinham a dignidade da pessoa humana como “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática” (STF, RE nº 248.869-1).

O Tribunal Constitucional espanhol, embora com enfoque distinto, também tem sido assertivo quanto à dignidade humana, considerando-a uma noção ampla que permeia diversos direitos fundamentais. Exemplos disso podem ser encontrados em decisões que tratam da integridade física e da proteção da intimidade e dos dados pessoais, evidenciando como o respeito à dignidade humana deve se refletir em práticas jurídicas e legislativas (LAGUNAS, 2009, p. 82-83). Em sua STC 207/1996, o Tribunal Constitucional espanhol destaca que intervenções no corpo devem respeitar a dignidade da pessoa humana, sem se configurar em tratamento desumano ou degradante (LAGUNAS, 2009, p. 72).

No Brasil, um exemplo emblemático da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito penal é a decisão do STF no Habeas Corpus nº 71.374-4, que envolvia a condução coercitiva de um réu para a realização de exame de sangue. O Tribunal, ao decidir pela inconstitucionalidade dessa medida, reiterou que o direito à integridade física e à intimidade da pessoa é irrenunciável e deve ser protegido, mesmo em face de outros interesses jurídicos, como o direito à paternidade (SARLET, 2012, p. 76). O entendimento foi corroborado pelos votos dos Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves, que ressaltaram a inviolabilidade da intimidade e do corpo do réu, evidenciando a prevalência da dignidade sobre outros interesses (STF, HC nº 71.374-4).

Além disso, a questão da proteção da intimidade foi decisiva no julgamento do ARE nº 959.620/RS, onde o STF se posicionou sobre a ilicitude de provas obtidas por meios que violassem a dignidade da pessoa humana, como no caso da revista íntima vexatória em estabelecimentos prisionais. A corte reconheceu a relevância do princípio da dignidade como baliza para a validade da prova e a proteção dos direitos à intimidade e à honra (STF, ARE nº 959.620/RS).

O princípio da dignidade humana também esteve presente em decisões envolvendo direitos de personalidade, como no RE nº 248.869-1, que assegurou o direito ao nome e ao estado de filiação, essenciais para a identidade e a dignidade da pessoa humana. A jurisprudência do STF, portanto, destaca a centralidade da dignidade humana na proteção de direitos fundamentais, estabelecendo, inclusive, limites ao exercício de outros direitos, de modo a evitar que um direito fundamental seja sobreposto à dignidade da pessoa (STF, RE nº 248.869-1).

Outro exemplo relevante da aplicação do princípio da dignidade está na ADI nº 5545, em que o STF declarou inconstitucional a coleta compulsória de material genético de recém-nascidos sem consentimento, enfatizando a importância da proteção à privacidade e à identidade genética, elementos fundamentais para a preservação da dignidade humana (STF, ADI nº 5545). A corte considerou desproporcionais os dispositivos da Lei estadual nº 3990/2002, que tratavam da coleta de material genético sem a devida autorização, por violarem a proteção à privacidade (STF, ADI nº 5545).

Em um plano mais amplo, a dignidade da pessoa humana, conforme expresso pela doutrina de autores como Haverkate e Sarlet, é vista como um ponto de Arquimedes no estado constitucional, atuando como um critério de interpretação das normas constitucionais e um parâmetro para a aplicação dos direitos fundamentais, não apenas em sentido positivo, mas também na delimitação de seus limites (HAVERKATE, 1992, p. 142; SARLET, 2012, p. 76). Esse enfoque permite perceber como a dignidade humana transcende a mera formalidade legal, configurando-se como um elemento substantivo que orienta e coíbe o abuso de poder, seja pelo Estado ou por terceiros, em uma sociedade democrática e pluralista. Ela não apenas assegura a liberdade individual, mas também fundamenta os direitos coletivos e sociais, buscando promover uma convivência justa e solidária entre os cidadãos.

Em síntese, o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na teoria quanto na prática, é um pilar indiscutível do ordenamento jurídico, desempenhando um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais, na promoção da justiça e na construção de uma sociedade mais humana e equitativa.

Antonio Augusto Cançado Trindade, a respeito, ressalta que a multiplicação de tribunais internacionais e a expansão progressiva de sua jurisdição em nosso tempo são sintomas da tentativa de resolver o conflito pela paz, e não pela força (TRINDADE, 2015).

A Corte IDH tem utilizado de forma tímida ou comedida o conceito e, em geral, associado a outros direitos fundamentais específicos.

Os casos mais comuns relacionam-se à violação aos direitos humanos e às obrigações de reparar, relacionadas à violência contra detentos, encarceramento em condições desumanas, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais (BARROSO, 2014, p. 32 e ss).

Há também outros casos e dimensões interessantes da proteção à pessoa humana, como, por exemplo, quando a dignidade se imbrica com direitos indígenas, LGBTQIA+ e das mulheres.

Preliminarmente, vale ressaltar que existem poucos trabalhos específicos sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência da Corte Interamericana (CASSETTI, 2009, p. 41-63), embora existam muitas referências laterais nas decisões da Corte Interamericana, que demandam uma análise sistemática.

A maioria dos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que emprega explicitamente a “dignidade da pessoa humana” como argumento versam sobre a violência contra detentos, o encarceramento em condições desumanas, desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais. A pesquisa até abril de 2016, realizada por Legale e Val (2017) com o critério “*dignidad*” revelou 158 manifestações da Corte IDH, dentre as quais há 48 casos contenciosos, 16 medidas provisórias e 65 supervisões de sentença.

Em relação ao valor intrínseco, é possível destacar o caso *Velazquez Rodriguez vs. Honduras* (1988)²¹. A Corte IDH vedou o tratamento cruel e desumano, com base no art. 5º da Convenção Americana, por entender que a prática sistemática do Estado de desaparecer com as

²¹ Em sentido semelhante, confira-se: *Neira Alegria e outros vs. Peru* (1995).

peessoas violava a dignidade humana. Decidiu que “nenhuma atividade do Estado pode fundar-se sobre o desprezo à dignidade humana”.

O isolamento e a total falta de comunicação do preso constituem uma ofensa à dignidade que lhe é inerente. O valor inerente à pessoa humana, portanto, pressupõe o respeito e proteção permanente pelo Estado. Não se trata de uma exigência episódica, pontual ou circunstancial.

Nem mesmo o fato de alguém haver cometido um crime, por mais grave que seja, permite ou deve permitir que o Estado lhe dispa a dignidade. Reitere-se: dignidade essa que é inerente a qualquer ser humano (MONSALVE, 2009, p. 53).

No caso *Presídio Miguel Castro vs Peru* (2006), a Corte IDH responsabilizou o Estado peruano pela violação dos direitos humanos em prejuízo de 42 detentos que faleceram, 175 detentos que ficaram feridos e 322 detentos que foram submetidos a tratamento cruel, desumano e degradante, inclusive em relação às reclusas que permaneceram durante prolongado período de nudez forçada. Os detentos e seus familiares foram tratados como terroristas, havendo uma intervenção policial desproporcional, sem que sequer houvesse rebelião ou motim.

Em denso voto concorrente, refletindo sobre a violência crônica e generalizada do caso que envolveu a prisão de integrantes do grupo Sendero Luminoso, Trindade discorre sobre a importância para se atribuir o primado do direito em relação à força, da justiça em relação à vingança privada. Destacou o acesso direto à justiça como um imperativo do *jus cogens*.

Em 2014, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deferiu uma medida provisória em relação ao Presídio de Pedrinhas no Maranhão onde estavam acontecendo violações gravíssimas à dignidade da pessoa humana em sua dimensão nuclear. Houve decapitações, dissecação de uma perna, perfurações, disseminação de AIDS, tuberculose e lepra no ano de 2013. Poderíamos ser levados a crer que estamos em uma “masmorra medieval” (SARMENTO, 2017).

Quanto ao aspecto que relaciona a dignidade com a autonomia pública, é possível ilustrar a problemática com o caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia* (2012). O jornalista Luis Gonzalo Vélez Restrepo cobria uma manifestação na Colômbia em que a população se insurgia contra a política governamental referente ao cultivo de coca.

Durante o protesto, houve conflito entre membros do exército nacional e os manifestantes. Enquanto filmava a manifestação, o jornalista flagrou uma cena de abuso em que os militares violentavam um civil indefeso.

Ao perceberem, os militares se dirigiram ao cinegrafista e, de forma truculenta, tomaram seu equipamento, destruindo-o completamente. Além disso, efetuaram uma série de agressões físicas e morais ao ofendido. Apesar da tentativa de se desvencilharem da fita, recuperou-se a gravação em que praticamente toda a ação foi gravada, sendo exibida em rede nacional.

Posteriormente, o senhor Vélez e sua família se tornaram alvos constantes de intimidações e ameaças de morte. A situação se tornou ainda mais grave após uma tentativa de sequestro contra ele. Apesar das medidas protetivas do estado.

Vélez decidiu que sua permanência, e de sua família, no país era insustentável. As medidas protetivas atribuídas não seriam capazes de resguardar sua integridade física e de sua família. O Estado da Colômbia reconheceu parte de sua responsabilidade internacional perante a Corte Interamericana. A CIDH decidiu que a atuação do estado da Colômbia foi negligente ao não atuar de forma devida na investigação e condenação dos culpados. A omissão da justiça configurou lesão direta à própria liberdade de expressão, princípio consagrado pela Convenção.

Em relação ao reconhecimento, vale ressaltar que a Corte Interamericana costuma dedicar particular atenção a grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade: mulheres, deficientes, pessoas em deslocamento forçado, indígenas, crianças de rua etc. Essa é, por assim dizer, a dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana no sistema interamericano.

No caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), a Corte Interamericana reconheceu que a ocupação tradicional e os recursos naturais da comunidade indígena deveriam ser respeitados. Condenou o Estado por outorgar um contrato de concessão florestal de madeira em seu território sem sequer ouvir a comunidade. O fato violou uma combinação de direitos, como, por exemplo, o direito à vida, honra, dignidade e propriedade. Determinou-se a criação de um mecanismo efetivo para delimitar, demarcar e conferir titularidade das propriedades das comunidades indígenas, de acordo com seu direito costumeiro, valores e usos.

O caso Atala Riffe e filhas vs. Chile (2012), por sua vez, retrata uma importante dimensão da dignidade humana, relacionada ao reconhecimento dos direitos da população LGBTI. Os fatos envolvem a perda da guarda da senhora Karen Atala Riffe de suas três filhas para o pai das meninas.

A ação foi proposta pelo pai logo após a sua separação, mais especificamente após a mãe assumir uma relação homossexual e passar a dividir a casa com a sua companheira e as três filhas. A Corte Suprema de Justiça do Chile havia fundamentado a decisão alegando a

discriminação que as filhas poderiam sofrer em seu meio social, a confusão das filhas sobre a sexualidade e o impacto sobre os interesses das filhas.

A Corte Interamericana destacou não se tratar de uma mera questão de custódia das filhas, que seria um tema de direito interno. Registrou que as autoridades públicas violaram os direitos humanos, em especial a igualdade e não discriminação. Destacou que esse princípio ingressou no campo do *jus cogens* e que o art.1º da Convenção americana ao listar as formas de discriminação não é taxativo.

Analizada a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, a respeito do tema “dignidade da pessoa humana”, na sequência se fará um exame aprofundado do direito do genoma humano em sua relação com a dignidade da pessoa humana que deve ser compreendido, em relação ao que passou, para que seja possível, no tempo presente, refletir sobre possíveis desdobramentos na realidade que nos cerca.

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, mesmo que sem enfrentar a questão de fundo da obrigatoriedade da coleta de DNA no caso em que a lei brasileira obriga a coleta sob pena de falta disciplinar do preso. O STF no HC nº 198.072 aborda a questão em decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, repita-se, sem enfrentar a questão de fundo, mas tratando *obiter dictum* o tema que é tratado pela parte impetrante no sentido de que “a transferência do paciente para vaga em [regime] semiaberto [teria ficado] condicionada à coleta de DNA do detento, para inserção no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG)”.

A defesa argumenta no sentido de que “a coleta de material para identificação do perfil genético viola tanto o princípio da presunção de inocência quanto o da não autoincriminação” e enfatiza que “nem mesmo a recente alteração do artigo [112 da Lei nº 7.210/84], por força da Lei nº 13.964/2019, modificou a sistemática há muito consagrada, de que são dois, e apenas dois, os requisitos para a progressão de regime, quais sejam, o tempo de pena cumprida e mérito do sentenciado, também conhecidos como requisitos objetivo e subjetivo para o exercício do direito”.

Assim, defende que não se pode “estender o conteúdo do artigo 9º-A da Lei das Execuções a fim de que fosse criado um terceiro requisito para o gozo do benefício já conquistado, qual fosse, a submissão do preso à coleta de DNA. A simples leitura do artigo em questão revela que nada tem ele a ver com a progressão de regime, não somente por não fazer qualquer referência a dito benefício, mas por dispor de matéria completamente diferente (a

coleta do DNA), que sequer deveria esperar a progressão de regime para ser efetivada, no caso dos presos condenados pelos crimes ali elencados”.

Pois bem, o STF, reitere-se, mesmo sem enfrentar a questão de fundo, no HC nº 198.072, decidiu monocraticamente em decisão da Ministra Cármen Lúcia, repita-se, deixando antever, *obter dictum*, sua compreensão de que o juiz da execução penal poderia trazer a exigência atacada pelo habeas corpus aqui tratado, sem que houvesse violação dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

A referida decisão ainda relembra que em 23.1.2020, entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019, pela qual se acrescentou o inc. VIII ao rol das faltas graves previstas no art. 50 da Lei de Execução Penal, prevendo-se que “comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”, como se determina no caput e no § 8º do art. 9º-A da Lei nº 7.210/1984.

Prossegue afirmando que não se desconhece que o art. 9º-A da Lei de Execução Penal teve a constitucionalidade questionada no Recurso Extraordinário nº 973.837, afetado à sistemática da repercussão geral (Tema 905), Relator o Ministro Gilmar Mendes, no qual se discute a possibilidade de o Estado colher o material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, armazená-los e utilizar esses dados em investigações criminais.

Assim como, o inc. VIII do art. 50 é objeto da Ação Direta de Constitucionalidade n. 6.345, estando ambos pendentes de apreciação pelo Plenário do STF.

Para ao final decidir que pesa em favor daqueles dispositivos a presunção de constitucionalidade, devendo ser aplicados até que sobrevenha eventual declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente, preconizando que não se teria notícia de que o paciente tenha se recusado à realização do exame de perfil genético (DNA), mas há de se convir não fazer sentido progredi-lo para o regime semiaberto e, ato contínuo, constatada a recusa, determinar sua regressão, considerando o disposto no § 8º do art.9º-A e inc. VIII do art. 50 da Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, ao longo dos próximos capítulos, serão realizadas correlações entre a dignidade da pessoa humana, no contexto dos direitos fundamentais, o sistema de justiça criminal e o genoma humano, mais especificamente, como o tema tem sido abordado atualmente, tanto no Brasil, como em outros países, bem como, e principalmente, quais são os desafios presente e futuros.

O reconhecimento da dignidade humana como um pilar central do ordenamento jurídico brasileiro expõe a significativos desafios em relação à utilização de novas tecnologias como a manipulação de dados genéticos. No próximo capítulo, discutiremos o Direito do Genoma Humano e suas implicações no contexto jurídico brasileiro, abordando como esses avanços afetam diretamente a proteção dos direitos fundamentais e a dignidade humana.

CAPÍTULO 3: DIREITO DO GENOMA HUMANO E SUA REPERCUSSÕES JURÍDICAS

3.1 Histórico e Avanços do Genoma Humano Antes e Depois do DNA

Após analisar as complexidades envolvendo a teoria contemporânea dos direitos fundamentais e a própria noção de dignidade da pessoa humana, dando sequência ao estudo e consequente tese aqui proposta, fundamental tratarmos sobre o direito do genoma humano, tomando como referencial teórico a obra de Stela Marcos de Almeida Neves Barbas.

Na introdução ao Direito do Genoma Humano, podemos incluir como os avanços científicos no genoma humano impactam diretamente a legislação e a prática jurídica no Brasil, especialmente no contexto penal.

No Brasil, os avanços científicos no estudo do genoma humano têm desafiado o direito penal a se adaptar a novas realidades. A utilização de perfis genéticos em investigações criminais, por exemplo, levanta questões sobre a compatibilidade desses métodos com os direitos fundamentais.

Nesse cenário, a Lei nº 12.654/2012, que regula a coleta de DNA de condenados, reflete essa adaptação, mas também gerou intensos debates a respeito dessas novas práticas e os seus impactos na dignidade humana e nos direitos fundamentais.

Quando tratamos de genoma humano ou, na linguagem utilizada por Barbas (2007, p. 11), da “tese da vida”, antes de qualquer coisa, passo necessário diz respeito à conceituação, ainda que breve, de genoma humano.

À luz das ideias tratadas por Ridley (2001, p. 14-17), o genoma humano pode ser visto como uma espécie de “manual genético”, onde consta um conjunto de material de determinada pessoa e contém informações que orientam a formação do indivíduo e são transmitidas aos seus descendentes ou, ainda, nas palavras de Barbas, “tese na qual estão escritas todas as instruções”, sendo dividida em “23 capítulos, os cromossomas” (2011, p. 11).

Cada capítulo, aqui denominado cromossoma - compreendido como microscopia e filiforme parte da célula que contém dados hereditários em forma de genes - está organizado em seções que correspondem aos genes²². O gene, por sua vez, é composto de DNA, compreendido como macromolécula que tem a estrutura de uma dupla hélice, representando o

²² Gene nada mais é do que a secção da cadeia de DNA que determina a síntese das proteínas que dominam todos os processos da vida, tendo origem no grego, onde significa origem ou nascimento.

suporte químico da transmissão da hereditariedade e da sua expressão em RNA e proteínas (BARBAS, 2007, p. 12).

Em síntese, o genoma nada mais é do que o suporte e o caracterizador físico e psíquico da personalidade humana. Neste ponto, tomando por base os ensinamentos de Barbas (2007, p. 12), é importante distinguir genoma humano de patrimônio genético.

O patrimônio genético, cuja conceituação foi apresentada por Barbas em sua dissertação de mestrado (1995), consiste no universo de “componentes físicos, psíquicos e culturais” - especificamente, o inconsciente coletivo definido por Jung - que tiveram início no antepassado remoto, “permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo das gerações, e que, em conjugação com factores ambientais e num permanente processo de interacção, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir”.

O genoma humano, por sua vez, determina o património genético, pois, se o genoma de um indivíduo, conforme assevera Barbas (2007, p. 13), “for manipulado geneticamente (antes do seu próprio nascimento), este fica, à partida, alterado, condicionado às limitações impostas pelo genoma modificado”.

Para além disso, o patrimônio genético transcende o genoma, uma vez que abrange outras realidades para além do próprio genoma, ou seja, o indivíduo é um conjunto de carga genética e de sociabilidade, não uniforme - ou desigual, nas palavras de Barbas (2011, p. 13), no qual a carga genética condiciona a de sociabilidade enquanto a segunda, por sua vez, transfigura a primeira.

Em sequência, ponto fundamental de análise diz respeito à diferenciação entre o Direito ao genoma humano e o Direito do genoma humano. O primeiro, podendo ser citada a raiz individualista que perpassa pelo conceito na concepção atual (PINTO, CAMPOS, 2003, p. 497 e ss), diz respeito ao direito cujo objetivo é a proteção da pessoa, ou seja, da sua dignidade. Não à toa, em capítulos anteriores, foram estudadas as perspectivas da dignidade da pessoa humana ontem, hoje e para o futuro.

Por sua vez, o Direito do genoma humano diz respeito ao enquadramento jurídico do ser humano nos “quadros de um tecido jurídico justo, assente nas ideias de igualdade e fraternidade provenientes da dignidade da pessoa humana como ingrediente de um Direito mais justo” (BARBAS, 2007, p. 15).

O genoma, como capital genético de todos os indivíduos, ou, ainda, como identidade genética, deve ser compreendido como patrimônio inalienável, constatação que permite, ainda que em tese, a salvaguarda da sua própria identidade.

O grande desafio, cujo alerta Barbas (2007, p. 15) fez, disse respeito à constatação de que o caráter de inalienabilidade do genoma acaba sofrendo relativizações em prol do avanço da ciência. O desafio da geração de estudiosos que habita o planeta, ao menos no que diz respeito às aplicações do direito em matéria de genoma humano, consiste em estipular, balizar, ou, ainda, antever, limites jurídicos visando equilibrar a identidade humana e o seu desenvolvimento como espécie.

Além de direito fundamental e essencial da própria personalidade, pois, originário, ou seja, adquirido desde a concepção, o genoma humano, bem como a informação nele contida, foi proclamado Patrimônio Comum da Humanidade pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem da UNESCO, de 11 de novembro de 1997.

Feita essa breve introdução, para que seja possível seguir em frente na presente tese de doutoramento, se a química foi a ciência de destaque no século XIX, enquanto a física foi a que ganhou destaque no século XX, concordando com Barbas (2007, p. 37), a genética tem ganhado destaque no século XXI.

Fazendo analogia ao que ocorreu na ciência, em especial nos meados do século XIX, quando foi estabelecida a teoria celular, momento em que, parafraseando Luís Archer (1986, p. 68-69), o “mito vital” transitou do organismo para a célula, um dos objetivos do presente trabalho acadêmico, ainda que intrinsecamente, é desconstituir o mito teórico que envolve os direitos fundamentais, tornando possível que se possa avançar, não apenas em termos jurídicos e/ou filosóficos, e sim - igualmente importante - em termos civilizatórios quando do estabelecimento de balizas e diretrizes para conciliar a ciência, a partir da utilização de bancos de perfis genéticos, com procedimentos de investigação criminal que salvaguardam, na era contemporânea, os direitos e garantias das pessoas investigadas.

Na sociedade contemporânea, especialmente em campos como a reprodução assistida e a terapia gênica, os indivíduos muitas vezes são desqualificados para o status de objetos, violando seus direitos fundamentais e até ameaçando suas vidas, principalmente os embriões e fetos. (FRAGA, 2010, p. 678)

Gregor Johann Mendel (1865), ao estabelecer as bases científicas da hereditariedade, através dos estudos realizados com ervilhas e milho, ganha destaque na história da genética,

pois, até então, prevalecia a visão proposta por Charles Darwin (1837), ou seja, o Darwinismo e a perspectiva incompleta da seleção natural.

Mais uma vez, assim como Mendel sofreu críticas e seus estudos não são incontestáveis - ora, a contestabilidade faz parte do próprio estudo científico -, talvez a sociedade esteja em uma perspectiva jurídica na qual os clássicos conceitos e interpretações do alcance dos princípios e normas jurídicas, caso não sejam - no mínimo - atualizados, poderão aumentar ainda mais a crise de insegurança jurídica que assola países de todo o mundo, em especial, quando o assunto diz respeito à guerra genética em curso enquanto o presente trabalho acadêmico é escrito.

Sobre as críticas sofridas por Mendel, apenas para que o leitor entenda o que é dito nas presentes linhas, em 1936, Ronald Fisher, um proeminente estatístico e geneticista populacional, reconstruiu os experimentos de Mendel, analisou os resultados da geração F2 (segunda filial) e descobriu que a proporção de fenótipos dominantes para recessivos (por exemplo, ervilhas amarelas versus verdes; ervilhas redondas versus enrugadas) era impossivelmente e consistentemente muito próximo da proporção esperada de 3 para 1 (1936). Fisher afirmou que "os dados da maioria, senão todos, dos experimentos foram falsificados de modo a concordar de perto com as expectativas de Mendel"(HARTL, 2007, p. 975) e (PIEGORSCH, 1990, p. 915).

Outros estudiosos concordam com Fisher que as várias observações de Mendel se aproximam desconfortavelmente das expectativas de Mendel. A. W. F. Edwards (1986, p. 138), por exemplo, observa: "Pode-se aplaudir o jogador sortudo; mas quando ele tiver sorte novamente amanhã, e no dia seguinte, e no dia seguinte, tem-se o direito de ficar um pouco desconfiado". Três outras linhas de evidência também dão suporte à afirmação de que os resultados de Mendel são realmente bons demais para ser verdade (NISSANI, 1994, p. 182-196).

A análise de Fisher deu origem ao paradoxo mendeliano: os dados relatados por Mendel são, estatisticamente falando, bons demais para ser verdade, mas "tudo o que sabemos sobre Mendel sugere que era improvável que ele se envolvesse em fraude deliberada ou em ajustes inconscientes de suas observações" (NISSANI, 1994, p. 182-196). Vários escritores tentaram resolver esse paradoxo.

Uma tentativa de explicação invoca viés de confirmação (PRICE, 2010). Fisher acusou os experimentos de Mendel como "fortemente tendenciosos na direção da concordância com a

expectativa [...] para dar à teoria o benefício da dúvida" (FISHER, 1936, p. 137). Em seu artigo de 2004, J.W. Porteous concluiu que as observações de Mendel eram de fato implausíveis (2004). No entanto, a reprodução dos experimentos demonstrou que não há nenhum viés real em relação aos dados de Mendel (FAIRBANKS, 2007, p. 2531).

Explicada, resumidamente, a crítica feita ao pensamento de Mendel, as chamadas Leis de Mendel, defendidas por parte dos estudiosos²³ consistem, resumidamente, no seguinte: 1) cada carácter é transmitido aos descendentes como se fosse um elemento autônomo, ou seja, uma unidade, e; 2) em relação ao chamado princípio da dominância, nada mais é do que a compreensão de que quando os dois progenitores, “de raça pura, diferem um do outro quanto a um carácter, cada filho dessa união só apresenta um dos caracteres, que é o dominante, embora o carácter, dito recessivo, do outro progenitor, continue no estado latente e possa reafirmar-se em ulterior descendência” (BARBAS, 2007, p. 40).

De todos os estudos feitos a partir das Leis de Mendel, certamente o que chama a atenção para o presente estudo diz respeito ao que foi feito, em 1927, por J. Müller. Em experimentos feitos naquela ocasião, o cientista concluiu que, ao bombardear “com raios X os gametas de animais e plantas se obtinham mutações dos genes respectivos de forma que a sua descendência tinha, por seu turno, novas deformações” (BARBAS, 2011, p. 41). Dentro desse contexto, chegou-se à conclusão de que as alterações podem ser gênicas, cromossômicas e genômicas, devendo ser observado para que possamos chegar à essa classificação, os elementos envolvidos na mutação.

O estudo é importante, pois, a partir da mutação artificial de genes, a genética moderna despoletou, gerando reflexos, não apenas científicos, como econômicos, sociais e, conforme será verificado, jurídicos.

No âmago da genética moderna, sem dúvidas, a descoberta do DNA, em 1944, por Oswald T. Avery, esclareceu como ocorre a transmissão dos caracteres hereditários, não à toa servindo como marco importantíssimo de análise (KNUDTSON, 1991, p. 42).

Em síntese, o estudo do DNA possibilitou o exame, não apenas da estrutura química do gene, o seu código genético, como também as transformações metabólicas que afetam as células humanas.

²³ Nessa lista, estão incluídos William Bateson (1894, p. 44-45 e 1909, p. 24-35), Thomas Hunt, Morgan, Davenport e Cuenot.

Tanto a descoberta do código genético, por Har Gobind Khorana, como a do “segundo código genético”, por P. Schimmel e Ya-Ming-Hou, publicada essa última em 1988 gerou impactos significativos nas possibilidades afetas ao exame do DNA. No chamado “segundo código genético”, para que o leitor tenha uma noção, foi possível identificar as modalidades de transmissão da instrução para o tRNA, “instruções que especificam que aminoácido deve ser legado e, conseqüentemente, transportado ao lugar de síntese” (BARBAS, 2007, p. 45), possibilitando com que possamos conhecer os mecanismos da evolução das espécies.

Introduzida a importância do estudo do código genético, até para que seja possível dar continuidade, no tópico a seguir, com os pilares da medicina preditiva, da terapia gênica e da engenharia genética de melhoramento, importante se faz introduzir o que Barbas (2007, p. 48) chama em sua tese de doutorado de “início do projecto do genoma humano”.

Em Cold Spring Harbor, Nova York, no dia 28 de Maio a 4 de Julho de 1986 ocorreu o Congresso sobre *Molecular Biology of the Homo Sapiens*. Tratou-se de evento científico que é considerado como início do Projecto do genoma humano, tendo sido liderado pelo *Department of Energy* ou pelos *National Institute of Health* (NIH).

Tomando o evento acima como base, em 1987, em Bethesland, na sede dos *National Institutes of Health*, no dia 23 de Julho de 1987, o *Howard Hughes Medical Institute* organizou uma reunião cujo tema foi o seguinte: *Informational Forum on the Human Genome*. Lá, foi destacada a importância de se intensificar, tanto sob a ótica científica, como econômica, os esforços para completar a sequenciação total do genoma humano (BARBAS, 2007, p. 48).

Sintetizando a sequência de eventos que impulsionam tais esforços, ganham destaque os seguintes: a) criação do *Office of Human Genome Research*, com funções inicialmente administrativas e consultivas em 1989, transformada na *Human Genome Research*, dirigida por James Watson; b) criação, em 1988, de um subcomitê encarregado de elaborar, para o ano de 1990, o chamado Plano Nacional do Genoma, providência solicitada pelo Congresso dos Estados Unidos da América, cujo objetivo era o de construir mapas genéticos de ligação, mapas físicos de restrição e o desenvolvimento da tecnologia de sequenciação de DNA, abrangendo os problemas informáticos, éticos, de formação de pessoal qualificado e de cooperação nacional e internacional, e; c) criação, em 1988, da *Human Genome Organisation* (HUGO), constituída por 42 membros de diversas nacionalidades e de caráter consultivo, bem como de coordenação, cujo objetivo foi o de possibilitar a coordenação e cooperação internacional do Projecto do

genoma humano, criando redes e canais através dos quais se deve promover a cooperação global, estando protegida pelo Convênio Europeu de 1986 (BARBAS, 2007, p. 49).

Para além da estruturação de órgãos de caráter consultivo na área e incentivos financeiros recebidos a partir de 1990 pelo governo dos Estados Unidos da América, avanços relacionados ao mérito podem ser destacados, a saber: a) autorização, pelo *National Institutes of Health*, de terapia génica, b) primeira intervenção génica, em 14 de Setembro de 1990, em Maryland, realizada em criança, com quatro anos de idade, que não produzia anticorpos em quantidade suficiente para debelar infecções normais, c) identificação, em 04 de Agosto de 1990, da localização do gene da doença de *Werdnig Hoffman*, forma mais frequente de amiotrofia espinhal, d) realização, no Instituto Científico - *Ospedale "S. Raffaele"* de Milão, do primeiro transplante génico por déficit de gene da desaminase de adenosina (ADA) (BARBAS, 2007, p. 51).

Tais episódios representam importante evolução na área de engenharia genética, permitindo, por exemplo, a desmontagem de alguns genes de um determinado organismo e a remontagem de um ou vários nas células de outros organismos completamente diferentes.

Na sequência do exame cronológico da evolução do estudo do genoma humano (BARBAS, 2007, p. 53-64) no mundo, ainda na década de 90, importante destacar os seguintes episódios:

- a) criação, em 1993, através da UNESCO, do *Comité International de Bioéthique*, visando analisar as consequências éticas, socioculturais e jurídicas suscitadas pela investigação genética;
- b) criação da dbEST, em 1994, pela Universidade de Washington e a Merck, cujo objetivo foi o de criar uma base de dados informática de EST para acesso público através da *internet*;
- c) contribuição do *Council's Report Human Tissue: Ethical and Legal Issues* no que diz respeito à utilização de tecidos humanos, tanto para o processos de crescimento individual de células fora do corpo humano para produzir vacinas e medicamentos para usos familiares de transplantes culminando, no ano seguinte, na análise, pelo referido Conselho, dos aspectos éticos envolvendo a chamada xenotransplantação, consistente no transplante de órgãos ou de tecidos de animais como um meio de fazer face ao reduzido número de órgãos e tecidos humanos disponíveis para procedimentos de transplante;

- d) Criação, pela *European Federal of Biotechnology*, de *Task Force on Public Perceptions of Biotechnology* visando investigar, publicar relatórios e organizar conferências;
- e) 1996, nascimento da ovelha Dolly, primeiro mamífero clonado, e;
- f) anúncio feito pela Revista Nature, em 1999, da sequenciação do primeiro cromossoma humano, mesmo ano no qual foi descoberto o gene causador da dislexia (DYX 3);
- g) cientistas canadenses conseguiram transmitir um cromossoma artificial à geração seguinte de forma hereditária.

Os avanços continuaram ao longo dos anos 2000, momento em que podemos citar, a título exemplificativo, a divulgação, feita pela Revista Nature, em 18 de maio de 2006, da análise minuciosa acerca do cromossomo 1, o maior dos 23 pares de cromossomos que constituem o genoma humano, estudo que gerou a descoberta de cerca de mil genes (BARBAS, 2007, p. 64).

Concordando com Barbas (2007, p. 65), a terapia envolvendo cromossomos tem evoluído ao longo dos anos, permitindo que ela seja mais personalizada, não apenas no tocante à elaboração, como também no tocante à administração de medicamentos por medida, “mediante a definição de perfis individuais dos doentes”.

Será que a referida premissa nos permite concluir que, como nunca, a evolução científica nos dá a possibilidade de uma persecução penal mais personalizada? Ou, se não tivermos cuidado, a ciência estaria sendo usada como cortina de fumaça para discursos cada vez mais punitivistas e responsáveis por restringir direitos e garantias fundamentais de pessoas acusadas? Essas e outras questões farão parte do presente trabalho, nos capítulos que seguem.

Tais questionamentos são importantes, pois, passados milhares de anos desde as primeiras notícias do *homo sapiens*, dúvidas não restam de que estamos a poucos passos de conseguir ler, interpretar e aplicar o que Barbas (2007, p. 66) chama de o livro da vida.

Nesse sentido, a título de metodologia e coerência de raciocínio científico, bem como em concordância com Luís Archer (p. 68-69), para quem o “passado é a projecção interpretativa do nosso presente sobre um antes que é mais lógico que cronológico”, será analisado o que Barbas chamou de projeto de genoma humano para, na sequência, fazermos paralelos entre a matéria e o direito penal, um dos objetivos centrais do presente trabalho.

Neste tópico, o objetivo será o de explicar, em linhas gerais, as revoluções da medicina, a correspondência do tema com os direitos fundamentais e os aspectos internos e externos.

Na sequência, serão compreendidos no que consistem a medicina preditiva, a terapia gênica e a engenharia genética de melhoramento com suas respectivas complexidades.

A Medicina, como ciência, passou por ciclos ao longo da história. No primeiro ciclo, ou, ainda, revolução, ocorreu o combate às infecções através de medidas de higiene. A segunda, por seu turno, disse respeito ao contexto cirúrgico, mais especificamente, na utilização de mecanismos anestésicos para o aperfeiçoamento do procedimento e maior bem-estar do paciente.

Em um terceiro momento, a revolução ocorreu quando a humanidade começou a criar e a desenvolver as vacinas e, como recurso, para fins de tratamento, os antibióticos (BARBAS, 2007, p. 69).

Diante desse contexto, o ser humano, no constante aperfeiçoamento de sua forma de pensar, agir e sentir, para alguns literalmente “brincando de Deus” (BARBAS, 2007, p. 70), o faz com a descoberta do genoma humano, constatação que permitirá à humanidade um horizonte de opções praticamente ilimitadas do que, como e quando fazer aperfeiçoamentos jamais imaginados, cujos desequilíbrios, se não tomarmos cuidado, por seu turno, poderão gerar catástrofes humanitárias.

Uma das preocupações dos estudiosos acerca do tema diz respeito ao quanto de maleabilidade a genética poderia gerar na natureza humana, assim como ocorre com outras dimensões científicas como a da psicologia, por exemplo, ramo da ciência que demonstra a grande medida de manipulação psicológica, em diversas áreas, pelas quais a humanidade está sujeita.

Explicadas com a brevidade aqui necessária, as revoluções pelas quais a medicina passou, visando nortear o leitor em relação a tudo aquilo que é objeto do presente trabalho, fundamental que sejam explicadas as teorias defendidas quando o assunto é a dicotomia entre o direito à investigação e os direitos fundamentais do ser humano.

A primeira das correntes compreende que, deve-se adotar postura conservadora, até quando soubéssemos para onde pretendemos caminhar como humanidade, na definição do que consistiria a própria natureza humana (BARBAS, 2007, p. 70).

De outro lado, diante justamente da incerteza, igual pressuposto da teoria acima descrita, a solução seria a de aderir a uma postura mais liberal, avançando rapidamente de forma a atingir o conhecimento para que seja possível definir a própria natureza humana (BARBAS, 2007, p. 70).

Independentemente da corrente adotada, fato é que diluir tensões é necessário, não apenas para o avanço da Ciência, como gênero, mas também para ramos específicos, dentre os quais o Direito.

Esclarecidas as linhas gerais sobre as dificuldades que serão enfrentadas mais adiante, antes, ainda, de passar para a análise acerca da medicina preditiva, testes genéticos, terapia gênica e engenharia genética de melhoramento, oportuno trazer à baila quais são os objetivos do chamado Projeto do genoma humano²⁴ (VILLAR PALASÍ, 1994), senão vejamos:

- a) Mapear e analisar o genoma de modo a obter uma sequência ordenada de todo o genoma humano, identificando os genes e as suas sequências reguladoras, bem como os elementos não codificantes com funcionalidade relevante;
- b) identificar o que determina as enfermidades monogênicas e multifatoriais, comprovando a função dos genes. Em linhas gerais, possibilitar a realização de protocolos de diagnósticos para avaliação do risco;
- c) desenvolver e melhorar a tecnologia e os exames que, de modo eficaz, eventualmente possam ser usados na sequenciação do DNA e dos testes genéticos (GLOVER, 1988),
- d) estabelecer bases científicas que promovam a reparação e a substituição dos genes nas células somáticas (US CONGRESS, 1988).

Importante destacar que os avanços científicos acima apontados permitiram que ganhassem força tópicos como a prevenção e a predição de doenças para evitar a necessidade do respectivo tratamento.

Antes, porém, de chegar ao assunto do próximo tópico, é importante contextualizar o leitor acerca da internacionalização do projeto do genoma humano.

O caminhar do Projeto do genoma humano, de acordo com Barbas (2007, p. 76), passou por três períodos. No primeiro deles, compreendido os anos de 1984-1986, foi possível chegar

²⁴ Expressão utilizada na Declaração de Bilbao, assinada na Espanha em 26 de maio de 1993.

à conclusão de que era necessário empreender o Projeto, ou seja, sequenciar pura e simplesmente “3 000 milhões de pares de bases” que constituem o genoma.

Em um segundo momento, entre 1986 e 1988, o Projeto foi redefinido, oportunidade em que se pretendeu, partindo dos mapas genéticos, obter os mapas físicos e realizar, de pronto, a sequenciação dos fragmentos de DNA que contivessem informação relevante.

Na terceira etapa, ocorrida entre 1988 e 1990, ocorreu o lançamento do Projecto nos Estados Unidos da América, Japão, Grã-Bretanha, França, tendo sido criada a *Human Genome Organization* (HUGO).

Dentro desse contexto, em 1986, os Estados Unidos da América, foram os primeiros a apresentar um Projeto integral de sequenciamento do genoma humano. Não apenas isso, foram os primeiros a decidir sobre a programação e financiamento eficaz de sua investigação, momento em que foi criado o *Working Group on Ethical, Legal and Social Issues* (ELSI), em 1989 (BARBAS, 2007, p. 76).

Destaca-se que o Projeto americano envolveu não apenas o mapeamento e sequenciação do genoma humano, como também do genoma de organismos piloto, podendo ser citados como exemplos a mosca *Drosophila melanogaster*, o nemátodo *Carnorhabditis elegans*, a bactéria *Escherichia coli* e a *Saccharomyces cerevisiae* (BARBAS, 2007, p. 78).

Em outra perspectiva, o Japão tem desenvolvido um Projeto de genoma. Ao contrário do que tem sido feito nos Estados Unidos, os japoneses não têm focado suas análises nos estudos envolvendo comparações entre genomas humanos e não humanos. O foco deles consiste no desenvolvimento de novas tecnologias de sequenciamento que permitam mais economia e celeridade (L. ROBERTS, 1989, p. 439/440).

Já na União Europeia, o estudo do genoma humano tem por objetivo o de construir um mapa genético e fisiológico detalhado. Aqui, o foco tem sido o de compreender a função genética e preventiva, bem como o de desenvolver mecanismos de prevenção e terapia de doenças hereditárias (S. DICKMAN, 1991, p. 261).

No Brasil, desde 1997, o Programa GENOMA-FAPESP, coordenado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, iniciou suas pesquisas a partir do sequenciamento genético da *xylella fastidiosa*, um fitopatógeno, que cresce nos tecidos de transporte de água das plantas e é transmitido exclusivamente por insetos que se alimentam de seiva do xilema (BARBAS, 2007, p. 80).

Composto por trinta laboratórios consorciados, o grupo ficou conhecido como Rede ONSA (*Organisation for Nucleotide Sequencing and Analysis*) (BARBAS, 2007, p. 80).

Em virtude dos resultados positivos deste projeto, tantos outros foram abertos na sequência, devendo ser destacados os Projetos genoma-câncer e o genoma-cana. Enquanto no primeiro projeto, o objetivo foi o de sequenciar a *xanthomonas axonopodis* pv. *ciri*, no segundo, conforme bem destacou Barbas (2007, p.80), aproximadamente 50.000 genes de variados tecidos de cana-de-açúcar foram analisados visando aplicações futuras na agricultura e em outras áreas da botânica.

Ainda no cenário brasileiro, outros projetos devem ser destacados, tais como o Projeto genoma do cancro, coordenado pelo pesquisador inglês *Andrew Simpson*, o qual teve por objetivo equilibrar o Brasil com aquilo que há de melhor em termos tecnológicos nos Estados Unidos. A meta, aqui, foi a de sequenciar e identificar, na origem, as mutações genéticas que levam ao aparecimento de tumores, tomando por base a população brasileira, quais sejam: cólon, útero, cabeça e gástrico.

Já o grupo de geneticistas liderado por Luca Cavalli-Sforza iniciou o denominado Projeto da diversidade do genoma humano (PDGH). Aqui, a FAPESP coordena as ações das quais fazem parte diversos laboratórios de pesquisa, podendo ser citados a Universidade Estadual Paulista (UNICAMP), Universidade de São Paulo (USP), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto Butantan, dentre outros (BARBAS, 2007, p. 81).

O projeto tem por objetivo preservar, analisar e estudar a herança genética de populações, investigando origens humanas, o movimento de populações pré-históricas, bem como a sua adaptação a doenças, produzindo cada vez mais antropologia forense (LOCK, 1994, p. 603-606).

Dentro do cenário mundial, outros programas de investigação, de menor dimensão, tiveram início, nos seguintes países, a saber: Canadá (DURFY, 1990, p. 397), Rússia (LEVITIN, 1995, p. 384), Alemanha (FEDER, 1995, p. 175) Holanda (VAN OMMEN, 1994, p. 211), Austrália (SILLENCE, 1990, p. 486), Itália (DULBECCO, 1990, p. 294), China (LI, 1993, p. 200), Índia (JAYARAMAN, 1997, p. 750) e México (VELAZQUEZ, 1997, p. 13).

Especificamente em relação ao Canadá, no que diz respeito à segurança da base de dados de DNA, o acesso a qualquer informação contida no DNA exige a Identificação classe de pessoas que apenas o Gerente do Banco de Dados de DNA, conforme previsto na Lei de DNA, considere apropriado para o Banco de Dados Revisado para Estatutos de Operação do Canadá.

Por isso, qualquer pessoa que esteja autorizada a acessar um índice do *The Justice of the DNA Data Bank*, para fins de inclusão, para *All Act*, das informações dos registros de identificação de DNA ou do perfil *DNA Access to USA 2004* deverá ser registrada a ter a permissão de acesso (MACHADO, 2011).

Diante de tudo aquilo que foi explicado até aqui, é possível seguir em frente para que seja possível a compreensão acerca da importância da medicina preditiva, da terapia gênica e da engenharia genética de melhoramento e seus correspondentes efeitos jurídicos, mais especificamente, no que diz respeito ao direito penal contemporâneo.

Inicialmente, qual seria a correlação entre o projeto do genoma humano e a medicina preditiva? O referido ramo científico tem por objetivo identificar possíveis fatores causadores de doenças ao paciente, seja no futuro próximo ou remoto, a depender das circunstâncias existentes (idade, condição física etc.).

Neste sentido, o projeto do genoma humano possui fundamental importância e correlação com a referida área do conhecimento na medida em que permitirá que seja analisado o mais íntimo do ser humano, prevendo doenças e, ainda, alterando a sua constituição genética (BARBAS, 2007, p. 85).

Nas palavras de Agostinho de Almeida Santos (1997, p. 456), a medicina preditiva permite prever “quando e como se verificará a eclosão sintomatológica de uma determinada afecção, com larga e proveitosa antecipação. Tal perspectiva atraente fundamentar-se-ia numa avaliação genética que visaria decifrar as mensagens adulteradas e com expressão tardia contidas no genoma de cada indivíduo”.

A medicina preditiva, em linhas gerais, é um campo em rápido crescimento na área da saúde que visa prever o aparecimento de doenças e condições de saúde antes que elas ocorram.

Ao analisar grandes quantidades de dados do paciente e utilizar algoritmos avançados e técnicas de aprendizado de máquina, a medicina preditiva permite que os médicos identifiquem sinais de alerta precoce e tomem medidas preventivas para prevenir ou mitigar os efeitos de uma doença.

Um dos principais benefícios da medicina preditiva é que ela permite que os profissionais de saúde ofereçam planos de tratamento personalizados para cada paciente.

Em vez de confiar em uma abordagem de tamanho único, a medicina preditiva leva em consideração os fatores genéticos, ambientais e de estilo de vida exclusivos de um paciente para

determinar seu risco de desenvolver uma condição específica. Isso permite que os médicos adaptem seu tratamento e recomendações a cada paciente individualmente, maximizando as chances de um resultado bem-sucedido.

Outra vantagem da medicina preditiva é que ela pode ajudar a reduzir os custos de saúde. Ao identificar precocemente as condições de saúde e intervir antes que se tornem mais graves, é possível evitar tratamentos caros e potencialmente invasivos posteriormente.

Além disso, ao ajudar a reduzir a incidência de doenças crônicas, a medicina preditiva também pode ajudar a reduzir a sobrecarga do sistema de saúde, liberando recursos para outros pacientes.

Um dos aspectos mais interessantes da medicina preditiva é a grande quantidade de dados que ela é capaz de processar. Com a crescente disponibilidade de registros eletrônicos de saúde, testes genéticos e dispositivos de saúde vestíveis, agora há mais informações disponíveis do que nunca sobre a saúde dos pacientes.

A medicina preditiva é capaz de analisar esses dados para identificar padrões e correlações que antes eram indetectáveis, levando a novos insights sobre as causas das doenças e ao desenvolvimento de tratamentos mais eficazes.

A medicina preditiva representa um grande salto no campo da saúde. Ao combinar técnicas avançadas de análise de dados com tecnologia de ponta, é possível oferecer atendimento mais personalizado e eficaz aos pacientes, reduzindo a incidência de doenças crônicas e ajudando a reduzir os custos com saúde. Com os avanços contínuos em tecnologia e medicina, o futuro da medicina preditiva parece realmente muito promissor.

Feita essa breve contextualização, serão destacados os seguintes tipos de testes, próprios da medicina preditiva, a saber: **a)** diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas, **b)** diagnósticos de predisposições, **c)** diagnósticos de predição de riscos para futuras gerações, e; **d)** rastreio.

No diagnóstico pré-sintomático de doenças monogénicas, conforme ensina Barbas (2007, p. 87), é possível descobrir, com antecedência de cerca de 20 anos, alterações genéticas que, justamente com o tempo, se revelarão em uma determinada doença. Tal dado é importante quando levamos em consideração que algumas doenças permitem tratamento precoce como a polipose adenomatosa familiar.

De acordo com Müller (1996, p. 108), o teste ora analisado pode ser realizado tanto em crianças na fase pré-natal como em adultos.

No diagnóstico de predisposições, a seu turno, é possível detectar se determinado indivíduo possui gene que lhe dê uma possibilidade superior quando comparado à maioria da população para contrair certas doenças. O teste, em outras palavras, torna possível verificar quais indivíduos possuem o gene da predisposição, nas palavras de Barbas (2007, p. 88). Assim como no diagnóstico pré-sintomático, o diagnóstico de predisposições pode ser realizado em qualquer fase da vida.

No chamado diagnóstico de predição de riscos para futuras gerações, em que pese muitas vezes determinado indivíduo não manifestar aparentemente qualquer sinal da enfermidade, é possível que determinadas alterações sejam, não apenas transmitidas, como possam gerar impactos negativos em seus descendentes. Doenças ligadas ao cromossomo X, como a miopatia de Duchenne e da Coreia de Huntington são detectáveis através deste método (ARCHER, 1998, p. 353).

É necessário cautela para não confundir, como sendo espécies de um mesmo fenômeno, os testes genéticos até aqui analisados com a técnica de rastreio.

No rastreio, o objetivo do pesquisador é o de detectar doenças infecciosas ou, ainda hereditárias em uma determinada população, ou seja, a perspectiva aqui, diferentemente dos testes genéticos, é macro (BARBAS, 2007, p. 88-89).

Levando-se em conta a magnitude do rastreio, a Organização Mundial da Saúde, em 1968, publicou um código para disciplinar o modo pelo qual tal técnica seria usada. Dentre outras iniciativas, destaca-se aquela responsável por, em países mediterrâneos, identificar a presença do gene responsável pela talassemia (NUNES, 2000, p. 109).

Dando sequência ao presente estudo, será possível abordar o conceito e repercussões da terapia genética, bem como da engenharia genética de melhoramento. Tudo isso, a partir da perspectiva de que, depois de diagnosticada a doença, o passo seguinte consiste em seu enfrentamento e solução. Mas afinal, qual seria o primeiro passo para solucionar esse problema?

Levando-se em conta doutrinadores como Barbas (2007, p. 91) ou Archer, quando participou da abertura do IV Seminário Nacional, Poderes e Limites da Genética do Conselho Nacional de ética para as Ciências da Vida, a solução para os casos nos quais a simples alteração da alimentação e/ou da rotina do indivíduo não sejam suficientes, consiste na alteração do próprio gene.

O objetivo, portanto, da terapia genética consiste na introdução, no indivíduo, do chamado por Barbas de gene funcional (2007, p. 91), responsável por suprir as deficiências do gene alterado. Basicamente, a partir de tratamentos mais específicos, visando tratar exclusivamente as doenças-alvo, maior a probabilidade de êxito sem, inclusive, gerar efeitos colaterais danosos ao indivíduo.

No âmbito da terapia genética, as chamadas terapias genética somática e genética germinativa ou germinal, de igual importância, não se confundem. A segunda utiliza, para fins de tratamento, células da linha germinativa, podendo ser citados como exemplos os espermatozoides, os ovócitos e as suas células precursoras.

Já a terapia genética somática utiliza as demais células do organismo. A compreensão desta diferença é fundamental em virtude de uma constatação pura e simples: quando ocorre a transformação genética em óvulos ou em espermatozoides, tal fato poderá ser transmitido à descendência do indivíduo. Já as correções genéticas realizadas em células somáticas não são transmissíveis.

Em relação ao uso da terapia genética germinativa, Barbas (2007, p. 97) destaca três objeções relacionadas ao seu uso, a saber: a) a diminuição do “esforço adaptativo” em virtude da exclusão de genes indesejados, b) o risco da perda da riqueza natural da heterogeneidade, e; c) riscos ainda próprios da terapia germinativa.

Concordando com Barbas (2007, p. 98), o uso da terapia germinal possui mais benefícios do que prejuízos. Em relação à primeira objeção, medicamentos já conseguem superar problemas de forma mais eficaz do que os genes deletérios. Em relação ao segundo argumento, associado à diversidade genética, seriam necessários milhares de anos para que fosse possível verificar alguma das eventuais - e temíveis - consequências maléficas da terapia genética em células da linha germinal.

Como forma de se contrapor o terceiro argumento contrário ao uso da terapia genética, por enquanto, referido método só deve ser utilizado para o tratamento de doenças em que já se tenha alcançado, no mínimo, a terapia somática. Em síntese, com o tempo, o aperfeiçoamento da terapia somática permitirá com que seja possível realizar, com o mínimo de previsibilidade e responsabilidade, avanços na própria terapia germinativa.

Explicados os pontos anteriores, antes de avançarmos rumo à compreensão, ainda que preliminar, acerca da engenharia genética de melhoramento, é importante analisar-se

objetivamente a Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, bem como regulamentações feitas sobre a matéria por parte do Conselho da Europa.

O art. 13º, da referida norma, dispõe que toda e qualquer intervenção, cujo objetivo seja o de modificar o genoma humano, apenas será admitida caso possua finalidade preventiva, de diagnóstico ou terapêutico, bem como se não estivermos diante de um objetivo consistente em introduzir uma modificação no genoma de um descendente (UMIASTOWSKI, 1998, p. 435-436).

Já o Conselho da Europa, na Recomendação 934, especificamente acerca da admissibilidade das intervenções no genoma humano, bem como a engenharia genética, tomou um caminho interessante no sentido da inalterabilidade do genoma dos descendentes.

Tal compreensão em torno da não modificação do genoma de um descendente remete a alguns questionamentos que terão impactos no presente estudo. Fazendo uma analogia com o raciocínio de Neri (2002, p. 80), se podemos, sem pôr em causa a dignidade humana, aperfeiçoar as relações sociais, e, eventualmente, possibilitar efeitos positivos para as futuras gerações e relações sociais, por que não o fazer quando o assunto é segurança pública, por exemplo? Essa e outras tantas perguntas serão objeto, no mínimo, de reflexões e inquietudes ao longo dos capítulos seguintes.

Encerrando o presente tópico, cumpre diferenciar a terapia genética da chamada engenharia genética de melhoramento. Na primeira, o foco é curar pessoas doentes através da introdução de um gene terapêutico. Já a engenharia genética tem por escopo adicionar a um indivíduo saudável um gene que possibilita incrementar, aperfeiçoar determinadas características, fazendo aqui a ressalva, obviamente, de que é difícil, assim como pontua French Anderson (1985, p. 288), definir a fronteira entre o que é normal e o que é anormal ou, ainda, o que é terapêutico e o que não é.

3.2 Genoma Humano e Perspectivas Religiosas

A compreensão de Barbas (2007, p. 105), com a qual concordamos, a partir da busca por respostas sobre o que é, como é e quem é, o indivíduo busca respostas através da criação, produção, de áreas como a história, a arte, a ciência e a religião.

Por opção epistemológica, a presente tese tem por escopo analisar os problemas centrais das ciências, tanto a jurídica quanto a do genoma humano, bem como através da Religião, visando alcançar princípios em comum ou, ainda, princípios mínimos que, aliados à filosofia,

auxiliarão na tentativa - ainda que utópica - pela busca de balizas básicas para a utilização dos bancos de DNA em investigações e/ou procedimentos criminais.

Os dogmas religiosos e as ciências, em muitos cenários, “andaram de mãos dadas”. Citem-se, como exemplos, Crick ao se referir ao dogma central da genética molecular, Salvador Dalí quando comparou a dupla hélice de Watson e Crick à escada de Jacob ao longo da qual subiam e desciam anjos de Deus, dentre outros (BARBAS, 2007, p. 106).

Diante deste cenário, serão abordadas as religiões monoteístas católica, muçulmana e judaica, com o intuito de examinar os princípios e possíveis correlações com o genoma humano, instrumentos esses que permitirão, ao menos, colaborar com balizas interpretativas para, mais tarde, serem eventualmente utilizadas em conjunto com a técnica jurídica de interpretação.

3.2.1 Visão Católica

O cristianismo é uma religião monoteísta abraâmica baseada na vida e nos ensinamentos de Jesus de Nazaré. É a maior e mais difundida religião do mundo, com cerca de 2,4 bilhões de seguidores, representando um terço da população global (JAN PELIKAN, 2022).

Estima-se que seus adeptos, conhecidos como cristãos, constituem a maioria da população em 157 países e territórios²⁵, e acreditam que Jesus é o Filho de Deus, cuja vinda como o Messias foi profetizada na Bíblia Hebraica (chamada de Antigo Testamento no Cristianismo) e narrado no Novo Testamento.²⁶

O cristianismo começou como uma seita judaica do Segundo Templo no judaísmo helenístico do primeiro século na província romana da Judéia. Os apóstolos de Jesus e seus

²⁵ *Analysis (19 December 2011). "Global religious landscape: Christians" (PDF). Pewforum.org. Archived (PDF) from the original on 23 March 2018. Retrieved 17 August 2012.*

²⁶ Sobre os aspectos introdutórios do cristianismo, foram consultadas as seguintes fontes, a saber: BAHNSEN, Greg. *A Reformed Confession Regarding Hermeneutics* (article 6) Archived 4 December 2014 at the Wayback Machine; BALL, Bryan; Johnsson, William (ed.). *The Essential Jesus*. Pacific Press (2002). ISBN 0-8163-1929-4; BARRETT, David; Kurian, Tom and others. (ed.). *World Christian Encyclopedia*. Oxford University Press (2001); BARRY, John F. *One Faith, One Lord: A Study of Basic Catholic Belief*. William H. Sadlier (2001). ISBN 0-8215-2207-; BENTON, John. *Is Christianity True?* Darlington, Eng.: Evangelical Press (1988). ISBN 0-85234-260-8; BETTENSOM, Henry (ed.). *Documents of the Christian Church*. Oxford University Press (1943).; BOKENKOTTER, Thomas (2004). *A Concise History of the Catholic Church*. Doubleday. ISBN 978-0-385-50584-0.; BROWING Robert (1992). *The Byzantine Empire*. Washington, DC: The Catholic University of America Press. ISBN 978-0-8132-0754-4; CAMERON, Averil (2006). *The Byzantines*. Oxford: Blackwell. ISBN 978-1-4051-9833-2; CHAMBERS, Mortimer; Crew, Herlihy, Rabb, Woloch. *The Western Experience. Volume II: The Early Modern Period*. Alfred A. Knopf (1974). ISBN 0-394-31734-3; COFFEY, John. *Persecution and Toleration in Protestant England 1558–1689*. Pearson Education (2000); CROSS, F.L.; Livingstone, E.A. (ed.). *The Oxford Dictionary of the Christian Church*. Oxford University Press (1997). ISBN 0-19-211655-X, e; DEPPERMAN, Klaus. *Melchior Hoffman: Social Unrest and Apocalyptic Vision in the Age of Reformation*. ISBN 0-567-08654-2.

seguidores se espalharam pelo Levante, Europa, Anatólia, Mesopotâmia, sul do Cáucaso, Antiga Cartago, Egito e Etiópia, apesar da significativa perseguição inicial. Logo atraiu gentios tementes a Deus, o que levou a um afastamento dos costumes judaicos e, após a queda de Jerusalém em 70 dC, que acabou com o judaísmo baseado no templo, o cristianismo se separou lentamente do judaísmo.

Aqui, importante consignar as observações feitas por Novais (2015, p. 41) a respeito da Dignidade e imago Dei do judaísmo e do cristianismo, reflexões fundantes para que possamos compreender adequadamente a evolução do instituto ao longo dos séculos e das circunstâncias.

O cristianismo permanece culturalmente diverso em seus ramos ocidental e oriental, bem como em suas doutrinas relativas à justificação e à natureza da salvação, eclesiologia, ordenação e cristologia.

Os credos de várias denominações cristãs geralmente têm em comum Jesus como o Filho de Deus - o Logos encarnado - que ministrou, sofreu e morreu na cruz, mas ressuscitou dos mortos para a salvação da humanidade, sendo referido como o evangelho, que significa as "boas novas".

A vida e os ensinamentos de Jesus encontram-se tratados nos quatro evangelhos canônicos de Mateus, Marcos, Lucas e João, com o Antigo Testamento como pano de fundo respeitado do evangelho.

O imperador Constantino, o Grande, descriminalizou o cristianismo no Império Romano pelo Édito de Milão (313), convocando posteriormente o Concílio de Nicéia (325), onde o cristianismo primitivo foi consolidado no que se tornaria a igreja estatal do Império Romano (380).

A história inicial da igreja unida do Cristianismo antes dos grandes “cismas” é às vezes chamada de "Grande Igreja" (embora existissem seitas divergentes ao mesmo tempo, incluindo gnósticos, marcionitas e cristãos judeus).

A Igreja do Oriente se dividiu após o Concílio de Éfeso (431) e a Ortodoxia Oriental se separou após o Concílio de Calcedônia (451) devido a diferenças na cristologia, enquanto a Igreja Ortodoxa Oriental e a Igreja Católica se separaram no Cisma Oriente-Occidente (1054), principalmente sobre a autoridade do bispo de Roma.

O protestantismo se dividiu em várias denominações da Igreja Católica na era da Reforma (século 16) sobre disputas teológicas e eclesiológicas, principalmente sobre a questão da justificação e a primazia do bispo de Roma.

O cristianismo desempenhou um papel proeminente no desenvolvimento da civilização ocidental, particularmente na Europa desde a antiguidade tardia e a Idade Média (BEYER, 2006, p. 146).

Após a Era dos Descobrimentos (séculos 15 a 17), o cristianismo se espalhou pelas Américas, Oceania, África subsaariana e o resto do mundo por meio do trabalho missionário e do colonialismo europeu, especialmente durante o período do novo imperialismo (KAMMER, 2004, p. 77).

Os quatro maiores ramos do cristianismo são a Igreja Católica (1,3 bilhão), o Protestantismo (800 milhões), a Igreja Ortodoxa Oriental (220 milhões) e as igrejas Ortodoxas Orientais (60 milhões)²⁷, embora existam milhares de comunidades de igrejas menores, apesar dos esforços em direção à unidade (ecumenismo) (LAURENCE, 2018).

Apesar de um declínio na adesão no Ocidente, o cristianismo continua sendo a religião dominante na região, com cerca de 70% dessa população se identificando como cristã (HENDERSO, 2020, p. 129-130).

O cristianismo está crescendo na África e na Ásia, os continentes mais populosos do mundo. Os cristãos continuam sendo muito perseguidos em muitas regiões do mundo, particularmente no Oriente Médio, Norte da África, Leste da Ásia e Sul da Ásia (WINTOUR, 2019).

Não é porque a Igreja Católica constrói dogmas a partir de uma moral teológica, a qual permite sua posição contrária ao aborto, ao infanticídio e à eutanásia, por exemplo, que é correto afirmar que ela contrária à engenharia genética.

Neste sentido, de acordo com Eibach e Gmeindl (1996, p. 238-245), a religião católica estabelece princípios que devem nortear a engenharia genética, objetivando, ao mesmo tempo, trazer vantagens ao indivíduo e evitar os riscos para gerações futuras.

A perspectiva contida no Livro de Gênesis, com a qual concordamos na interpretação de Barbas (2007, p. 109), ao estabelecer que o ser humano é o fruto da Criação Divina enquanto

²⁷ Status do Cristianismo Global, 2019, no Contexto de 1900-2050 (PDF). Centro para o Estudo do Cristianismo Global.

os animais e as plantas existiriam para o servir, nada mais faz do que trazer uma perspectiva antropocêntrica “que confere ao homem totais poderes para dominar as outras espécies, não alterando a concepção cristã de pessoa humana”.

Realizadas essas explicações, é importante tratarmos dos princípios correlacionados ao tema genoma humano. O primeiro deles consiste na obrigação de respeitar a vida ou, ainda, no dever de não matar nenhum ser humano, tanto aquele que nasceu como o que foi concebido por métodos artificiais.

A defesa do direito à vida, pilar de todos os demais direitos fundamentais, preconiza que ela não deve ser ceifada, mesmo diante de más formações genéticas. Nesse sentido, a não discriminação, lastreada na própria ideia de igualdade, está presente em declarações internacionais como, por exemplo a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, em seu art. 6º ou, ainda, no art. 11º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 4 de abril de 1997, que proíbe toda e qualquer forma de discriminação de uma pessoa em função do seu patrimônio genético.

O segundo princípio, conhecido como princípio terapêutico ou da totalidade, conforme ensina Barbas (2007, p. 115), disciplina que o corpo humano é uma unidade orgânica, devendo ser compreendido como um todo, concepção que permite a intervenção sobre a parte doente quando seja necessário para o bem de todo o organismo, sendo importante o alerta acerca da terapia genética em células germinais, pois, conforme visto anteriormente, são capazes de afetar, no mínimo em tese, as futuras gerações daquela pessoa que é tratada.

O terceiro princípio impõe a proibição das investigações e experimentações de índole não terapêutica no genoma humano com repercussões nas gerações futuras, devendo ser rejeitada qualquer intervenção que tenha como objetivo a criação de seres programados. Não é admissível, nesta perspectiva, a criação genética de pessoas que serviriam apenas para trabalhos braçais (escravos), por exemplo.

O quarto princípio, conforme ensina Barbas (2007, p. 116), fixa o reconhecimento “da unidade ontológica e axiológica da espécie humana e da sua criação à imagem e semelhança de Deus”. Nesse sentido, utilizando por base o que ocorreu no Concílio Ecumênico do Vaticano II, Barbas conclui que a intervenção no genoma humano não pode ser aplicada “aos animais e plantas pois só o homem é criado À imagem e semelhança de Deus”.

3.2.2 Visão Muçulmana

Os muçulmanos acreditam que o Islã é a versão completa e universal de uma fé primordial que foi revelada muitas vezes por meio de profetas anteriores, como Adão, Abraão, Moisés e Jesus, entre outros (REEVES, 2004, p. 177); essas revelações anteriores são atribuídas ao judaísmo e ao cristianismo, que são reconhecidas no Islã como religião predecessora espiritual.

Os muçulmanos consideram o Alcorão a palavra literal de Deus e a revelação final inalterada. (BENNETT, 2010, p. 101) Eles também consideram Muhammad como o principal e último profeta islâmico. Os ensinamentos e exemplos normativos de Maomé, chamados de *sunnah*, documentados em relatos chamados de *hadith*, fornecem um modelo constitucional para os muçulmanos (GOLDMAN, 1995).

O Islã ensina que Deus é único e incomparável. Afirma que haverá um "Julgamento Final" em que os justos serão recompensados no paraíso (*jannah*) e os injustos serão punidos no inferno (*jahannam*) (ESPOSITO, 2004).

Os Cinco Pilares - considerados atos obrigatórios para fins de contemplação e manifestação da religião islâmica - compreendem o juramento e credo islâmico (*shahada*); orações hospitalares (*salah*); esmola (*zakat*); jejum (*sawm*) no mês do Ramadã; e uma peregrinação (*hajj*) a Meca (ZEIDAN, 2009).

A lei islâmica, *sharia*, abrange praticamente todos os aspectos da vida, desde bancos, finanças e bem-estar até os papéis masculinos e femininos e o meio ambiente (COULSON, 2021). Festivais religiosos impressionantes incluem Eid al-Fitr e Eid al-Adha. Os três locais mais sagrados do Islã em ordem decrescente são Masjid al-Haram em Meca, Al-Masjid an-Nabawi em Medina e a Mesquita Al-Aqsa em Jerusalém (TROFIMOV, 2008, p. 79).

O Islã se originou no século 7, em Meca (WATT, 2003, p. 05). O domínio muçulmano expandiu-se para fora da Arábia sob o Califado Rashidun e o subsequente Califado Omíada governou da Península Ibérica ao Vale do Indo. Na Idade de Ouro Islâmica, principalmente durante o reinado do Califado Abássida, grande parte do mundo muçulmano experimentou um florescimento científico, econômico e cultural (SALIBA, 1994, p. 245)

A expansão do mundo muçulmano envolveu vários estados e califados, bem como um extenso comércio e conversão religiosa como resultado das atividades missionárias islâmicas (*dawah*) e por meio de conquistas (KUIPER, 2021, p. 85).

Existem duas grandes denominações islâmicas, de acordo com o “*The World Factbook*”²⁸: islamismo sunita, correspondendo a 85–90% da população mundial (DENNY, 2010, p. 3) e islamismo xiita, correspondendo à 10–15%, da população islâmica mundial. Enquanto as diferenças entre sunitas e xiitas surgiram inicialmente de divergências sobre a sucessão de Maomé, elas cresceram para cobrir uma dimensão mais ampla, tanto jurídica quanto teológica.(EL-HIBRI, 2004).

Os muçulmanos constituem a maioria da população em 49 países. Aproximadamente 12% dos muçulmanos do mundo vivem na Indonésia, o país de maioria muçulmana mais populoso; 31% vivem no sul da Ásia; 20% vivem no Oriente Médio–Norte da África; e 15% vivem na África subsaariana. Comunidades muçulmanas consideráveis também estão presentes nas Américas, China e Europa (PECHILIS; RAJ, 2013, p. 193).

Devido em grande parte a uma taxa de fertilidade mais alta, o Islã é o principal grupo religioso que mais cresce no mundo, e é projetado para ser a maior religião do mundo até o final do século 21 (LIPKA; HACKETT, 2017).

Assim como foi feito em relação à religião católica, tomando por base a pesquisa de Barbas (2007, p. 119) e outros doutrinadores, serão destacados os princípios islâmicos e suas repercussões na área do genoma humano.

Partindo-se dos mandamentos do Corão, os teólogos islâmicos são desfavoráveis à inseminação heteróloga, sendo igualmente contrários à destruição do embrião. Nas palavras de Barbas (2007, p. 119), “os moralistas muçulmanos propõem uma moratória a nível da engenharia genética”.

No que diz respeito à Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, tomando por base o que é ensinado por Lustig (1994, p. 9), a) a vida humana é sagrada e inviolável; b) devem ser tomados todos os esforços para a proteger; c) ninguém será exposto a danos ou à morte, salvo por determinação da Lei; d) tanto durante a vida como depois da morte o corpo da

²⁸ O *World Factbook*, também conhecido como *CIA World Factbook*, é um recurso de referência produzido pela Agência Central de Inteligência (CIA) com informações em formato de almanaque sobre os países do mundo. A versão impressa oficial está disponível no *Government Publishing Office*. O *Factbook* está disponível na forma de um sítio eletrônico que é parcialmente atualizado a cada semana. Também está disponível para download para uso offline. Ele fornece um resumo de duas a três páginas da demografia, geografia, comunicações, governo, economia e forças armadas de 266 entidades internacionais, incluindo países reconhecidos pelos EUA, dependências e outras áreas do mundo. Maiores informações sobre este tópico poder ser acessadas pelo seguinte link: *The World Factbook. Central Intelligence Agency. Archived from the original on 6 July 2010. Retrieved 25 October 2010. Sunni Islam accounts for over 75% of the world's Muslim population.* “... *Shia Islam represents 10–15% of Muslims worldwide.*

pessoa será inviolável, e; e) os fiéis devem providenciar para que o corpo do morto seja tratado com a devida solenidade.

Na perspectiva da proposta do presente trabalho acadêmico, na sequência da análise do genoma humano à luz das religiões, no que diz respeito à correlação que parte da doutrina realiza entre o islamismo, o conteúdo do Corão e a engenharia genética, de acordo com Muhammad Abdel-Haleem (1999, p. 435), por exemplo, o Livro Sagrado contém passagem na qual menciona que o indivíduo tem por necessidade procurar cada vez mais sobre si mesmo, compreendendo que o ser humano não se restringe à pré determinações genéticas, constituindo um ser espiritual, regido por uma força que jamais será totalmente compreendida pela ciência.

3.2.3 *Visão Judaica*

O Judaísmo (em hebraico: יְהוּדִיּוּת *Yahădūt*) é uma religião abraâmica, monoteísta e étnica que compreende a tradição religiosa, cultural e legal coletiva e a civilização do povo judeu (JACOBS, 2007, p. 511). Tem suas raízes como uma religião organizada no Oriente Médio durante a Idade do Bronze.

O judaísmo moderno evoluiu do Yahwismo, a religião dos antigos Israel e Judá, no final do século 6 aC, (MINDELL, 2009, p. 224) e é, portanto, considerada uma das mais antigas religiões monoteístas.

O judaísmo é considerado pelos judeus religiosos como a expressão da aliança que Deus estabeleceu com os israelitas, seus ancestrais²⁹. Abrange um amplo corpo de textos, práticas, posições teológicas e formas de organização.

A Torá, como é comumente entendida pelos judeus, faz parte de um texto maior conhecido como Tanakh. O Tanakh também é conhecido pelos estudiosos seculares da religião como a Bíblia hebraica e pelos cristãos como o "Antigo Testamento". A tradição oral suplementar da Torá é representada por textos posteriores, como o Midrash e o Talmud.

A palavra hebraica torah pode significar "ensino", "lei" ou "instrução" (FRIED, 2011), embora "Torah" também possa ser usado como um termo geral que se refere a qualquer texto judaico que expanda ou elabore os Cinco Livros originais de Moisés. Representando o núcleo da tradição espiritual e religiosa judaica, a Torá é um termo e um conjunto de ensinamentos que

²⁹ Maiores informações podem ser obtidas com o acesso à seguinte página eletrônica: "*Knowledge Resources: Judaism*". *Berkley Center for Religion, Peace, and World Affairs*. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110827210045/http://berkeleycenter.georgetown.edu/resources/traditions/judaism>. Acesso em: 08.fev.2023.

são explicitamente auto posicionados como abrangendo pelo menos setenta e potencialmente infinitas facetas e interpretações.

Os textos, tradições e valores do judaísmo influenciaram fortemente as religiões abraâmicas posteriores, incluindo o cristianismo e o islamismo (BUSSE, 1998, p. 63-112). O hebraísmo, como o helenismo, desempenhou um papel seminal na formação da civilização ocidental por meio de seu impacto como um elemento fundamental do cristianismo primitivo (ZEITLIN, 2007, p. 92-93).

Dentro do judaísmo, há uma variedade de movimentos religiosos, a maioria dos quais emergiu do judaísmo rabínico, que sustenta que Deus revelou suas leis e mandamentos a Moisés no Monte Sinai na forma da Torá escrita e oral.

Historicamente, toda ou parte daquela afirmação foi contestada por vários grupos, como os saduceus e o judaísmo helenístico durante o período do Segundo Templo³⁰; os caraitas durante o início e o final do período medieval; e entre segmentos das modernas denominações não-ortodoxas (KOHLEER; HARKAVY, 1906). Alguns ramos modernos do judaísmo, como o judaísmo humanista, podem ser considerados seculares ou não-teístas (ACKERMAN, 2010, p. 209-228).

Hoje, os maiores movimentos religiosos judaicos são o judaísmo ortodoxo (judaísmo Haredi e judaísmo ortodoxo moderno), o judaísmo conservador e o judaísmo reformista. As principais fontes de diferença entre esses grupos são suas abordagens à *halakha* (lei judaica), a autoridade da tradição rabínica e a importância do Estado de Israel (FERZIGER, 2009, p. 56-88). O judaísmo ortodoxo sustenta que a Torá e a *halakha* são de origem divina, eternas e inalteráveis, e que devem ser rigorosamente seguidas.

O judaísmo conservador e reformista é mais liberal, com o judaísmo conservador geralmente promovendo uma interpretação mais tradicionalista dos requisitos do judaísmo do que o judaísmo reformista. Uma posição típica da Reforma é que a *halakha* deve ser vista como um conjunto de diretrizes gerais, e não como um conjunto de restrições e obrigações cuja observância é exigida de todos os judeus (LACHOFF, 2019, p. 171-198).

Historicamente, tribunais especiais aplicavam a *halakha*; hoje, esses tribunais ainda existem, mas a prática do judaísmo é principalmente voluntária. A autoridade sobre questões

³⁰ Maiores informações sobre o tema podem ser acessadas no link a seguir: <https://www.britannica.com/topic/Sadducee>. Acesso em: 08.fev. 2023.

teológicas e legais não é concedida a nenhuma pessoa ou organização, mas aos textos sagrados e aos rabinos e estudiosos que os interpretam.

Os judeus são um grupo étnico-religioso (MOORE, 2008, p. 303) que inclui os judeus nascidos (ou "judeus étnicos"), além dos convertidos ao judaísmo. Em 2019, a população judaica mundial foi estimada em 14,7 milhões, ou aproximadamente 0,19% da população mundial total.³¹

Em 2021, cerca de 45,59% de todos os judeus residiam em Israel e outros 42,06% residiam nos Estados Unidos e Canadá, com a maior parte do restante vivendo na Europa e outros grupos minoritários espalhados pela América Latina, Ásia, África e Austrália.³²

Apresentados os esclarecimentos e a contextualização acerca da religião judaica, no que diz respeito aos princípios, é possível extrair que a engenharia genética visando a criação de “deuses” constitui atitude humana indesejada, arrogante. Portanto, tal ato, de acordo com a perspectiva judaica, não deve ser posto em prática (BARBAS, 2007, p. 121).

Sobre o mapeamento de genes, a perspectiva muda significativamente, pois, para grande parte dos rabinos, referido ato é aceito desde que vise o bem da Humanidade. Ao ser considerado parceiro de Deus, o homem deve usar as capacidades recebidas para melhorar o mundo que o cerca, em especial, na tentativa de curar enfermidades.

Partindo-se da perspectiva judaica de que Deus criou tudo a partir da palavra, concordando com Barbas (2007, p. 123), “os avanços na descoberta do genoma humano consubstanciam a comprovação científica da sua crença religiosa”.

Sobre a importância da carga genética na composição do indivíduo, os judeus compreendem que o ser humano é composto por carga genética, pelo meio em que se desenvolveu e pelas opções que fez livremente, não existindo destinos inevitáveis ou, ainda, um determinismo.

³¹ Sobre o tema, maiores informações podem ser visualizadas no Berman Jewish Data Bank. "World Jewish Population, 2019" (PDF). *jewishdatabank.org*. Berman Jewish Data Bank, Number 26, 2019. Disponível em: [https://www.jewishdatabank.org/content/upload/bjdb/2019_World_Jewish_Population_\(AJYB,_DellaPergola\)_DataBank_Final.pdf](https://www.jewishdatabank.org/content/upload/bjdb/2019_World_Jewish_Population_(AJYB,_DellaPergola)_DataBank_Final.pdf). Acesso em: 08.fev. 2023.

³² Sobre o tema, maiores informações podem ser visualizadas no Jewish Population by Country 2023". *worldpopulationreview.com*. Retrieved 24 January 2023. Disponível em: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/jewish-population-by-country>. Acesso em: 08.fev. 2023.

3.3 Genoma Humano e Direito

Analisada a correlação entre a religião e o estudo do genoma humano, é possível, em sequência, examinar fatores importantes como o princípio da autonomia privada, o consentimento informado, os direitos fundamentais em jogo, momento em que serão abordados a autodeterminação informacional genômica e a privacidade genômica e suas correlações com o direito constitucional e processual penal.

O Direito brasileiro enfrenta desafios significativos na regulamentação das novas tecnologias genéticas. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)³³ introduz princípios que orientam o uso de dados pessoais, incluindo dados genéticos, para garantir que tais informações sejam tratadas com respeito à dignidade humana e à privacidade.

No âmbito penal, o debate se intensifica, pois a coleta de DNA de condenados pode colidir com esses direitos fundamentais, exigindo uma interpretação cuidadosa das normas jurídicas.

3.4 Autonomia Privada e Consentimento Informado

Nesta parte do trabalho, antes de esmiuçarmos as complexidades envolvendo o genoma humano e o princípio da autonomia privada, torna-se necessário realizar algumas reflexões preliminares, além de conceituar e aprofundar a noção de autonomia privada.

Inicialmente, serão abordados os seguintes questionamentos, com base na obra de Barbas (2007, p. 279), a saber: a) o homem seria predeterminado pelo genoma?; b) a nova versão da alma humana seria o genoma?, e c) quais são os conceitos e implicações dos chamados determinismos genômico e ambiental?

Em relação ao primeiro questionamento, utilizando como exemplo a *Coreia de Huntington*, conhecida como a doença de *Huntington*³⁴, concordamos com Barbas (2007, p. 282) quando afirma que, sendo fruto de puro fatalismo, não sendo suscetível de ser influenciada ou mesmo corrigida pelo ambiente, é um exemplo de determinismo genético, pois, ainda que a pessoa se alimente bem, use medicamentos ou pratique exercícios físicos, ela começa a

³³ Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

³⁴ A Doença de Huntington (DH) é uma afecção hereditária degenerativa (isto é, herdada geneticamente e progressiva) do sistema nervoso central, cujos sintomas são causados pela *perda marcante de células* em uma parte do cérebro denominada *gânglios da base*. Esse dano no cérebro afeta as capacidades: Motoras, Cognitivas (pensamento, julgamento, memória) e psiquiátricas (humor, equilíbrio emocional, dentre outras).

lentamente perder as suas faculdades intelectuais, entrando em depressão, alucinações e, no estágio final, vindo a óbito.

Nota-se que o fator responsável por essas doenças não pode estar em outro lugar senão no próprio genoma humano. Ou seja, ou o indivíduo possui a mutação em seu gene e, conseqüentemente, passa a ter a enfermidade, ou, não o possui, perspectiva complexa e, até o desenvolvimento da ciência do genoma, algo inimaginável.

Em relação ao segundo questionamento (a nova versão da alma humana seria o genoma?), partindo-se de uma perspectiva laica, estruturalista e determinista, o genoma humano, compreendido como carga hereditária do futuro indivíduo, seria a forma que moldaria o organismo vivo reconhecível como tal (BARBAS, 2007, p. 283).

Penso, todavia, que a médio prazo, seremos capazes, como humanidade, de modificar positivamente o sequenciamento genético, visando não apenas salvaguardar a nossa sobrevivência como indivíduos, como a própria sobrevivência da espécie, o que colocará concretamente em cheque o determinismo genético.

No tocante ao terceiro questionamento (quais são os conceitos e implicações dos chamados determinismos genômico e ambiental?), o primeiro pode ser definido como diretrizes que todos possuímos através do nosso código genético. Já o segundo diz respeito ao poder das circunstâncias na influência, para dizer o mínimo, em nosso modo de existir.

Concordando com Barbas (2007, p. 285), acredito que o ser humano não pode ser determinado exclusivamente por um ou outro. Pelo contrário, a combinação dos dois determinismos e outros fatores como a própria religião acabam por moldar nosso comportamento e nossa evolução como seres pensantes.

Explicados os conceitos anteriormente abordados, é possível avançarmos na análise da autonomia privada, um princípio fundamental nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. A autonomia privada desempenha um papel crucial na regulação das relações pessoais, familiares e contratuais entre os indivíduos, configurando-se como um dos pilares da liberdade individual e da autodeterminação no âmbito jurídico.

No Brasil, a autonomia privada é expressa principalmente no artigo 5º da Constituição Federal, que assegura a liberdade de expressão, a liberdade de associação, o direito à propriedade e a livre negociação. A autonomia privada, nesse contexto, traduz-se na liberdade do indivíduo para regular suas relações pessoais e patrimoniais conforme sua vontade,

respeitados os limites impostos pela ordem pública e pelos direitos de terceiros (DINIZ, 2018, p. 45). Em especial, no campo contratual, a autonomia privada permite que as partes envolvidas estabeleçam as condições de seus contratos, desde que não contrariem disposições legais de ordem pública, como os direitos do consumidor e as normas que protejam a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 103).

A autonomia privada, no Brasil, não é absoluta. Ela encontra limites no próprio ordenamento jurídico, especialmente quando entra em conflito com normas de proteção aos direitos fundamentais, como a proteção à vida, à saúde e à integridade física e psíquica do indivíduo. Exemplos disso são as restrições ao exercício da autonomia privada em situações que envolvam relações de consumo, onde a legislação busca equilibrar o poder de negociação entre as partes, garantindo a proteção de consumidores vulneráveis (RECUERO, 2015, p. 134). Além disso, a legislação brasileira também impõe limites à autonomia privada no que se refere às relações familiares, em razão da proteção do Estado à instituição da família e aos direitos dos filhos, conforme disposto no Código Civil (BRASIL, 2002, art. 1.511 e ss.).

Em Portugal, a autonomia privada é igualmente considerada um princípio fundamental, conforme estabelecido no artigo 1º do Código Civil português. A autonomia privada em Portugal implica o direito dos indivíduos de dispor de seus bens e estabelecer relações jurídicas voluntárias, sempre com a preocupação de não prejudicar a ordem pública, os bons costumes e os direitos de terceiros. A regulação das relações contratuais em Portugal, tal como no Brasil, reflete a ideia de que as partes podem negociar livremente, mas com restrições impostas pelo legislador para assegurar o equilíbrio das partes e a proteção das partes mais vulneráveis (FERREIRA, 2016, p. 92).

Em ambas as jurisdições, a autonomia privada é, portanto, vista como um reflexo da liberdade individual, permitindo que os indivíduos tomem decisões com base em sua própria vontade, mas sempre dentro de certos limites, que têm por objetivo a proteção do interesse coletivo e a manutenção da ordem pública. No campo das relações contratuais, por exemplo, as partes possuem a liberdade de estabelecer os termos de seus acordos, desde que observadas as normas obrigatórias e imperativas estabelecidas pela legislação vigente.

Dessa forma, a autonomia privada reflete um equilíbrio entre a liberdade individual e a necessidade de garantir a proteção de direitos fundamentais e interesses sociais, sendo um princípio essencial para a construção de um ordenamento jurídico democrático, que respeite a

liberdade das partes, mas que também atue para evitar abusos e excessos nas relações entre os indivíduos.

Nessa perspectiva, se faz importante que tracemos linhas comparativas entre os sistemas brasileiro e português para, em seguida, analisarmos o princípio sob a perspectiva do direito internacional.

A autonomia privada é compreendida como o poder dos indivíduos de tomar decisões sobre a sua vida pessoal e familiar, bem como sobre as atividades económicas e comerciais, sem interferência do Estado ou de qualquer outra entidade externa. Trata-se de um princípio consagrado nas constituições do Brasil e de Portugal e está intimamente ligado à ideia de liberdade individual e à proteção dos direitos pessoais e patrimoniais (NAVES, 2014, p. 20).

No Brasil, a autonomia privada é reconhecida como princípio constitucional, encontrando respaldo na Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988). A Constituição assegura aos indivíduos o direito de celebrar contratos, dispor de seus bens e regular suas relações pessoais e familiares, entre outros direitos. Esse princípio reflete a liberdade do indivíduo para organizar sua vida privada de acordo com sua vontade, desde que respeitados os limites impostos pela ordem pública e pelos direitos de terceiros.

O ordenamento jurídico brasileiro, além de reconhecer o princípio da liberdade de escolha, especialmente no que tange ao direito de família, também contempla a autonomia privada em diversas áreas. O Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) estabelece claramente a liberdade contratual dos particulares, permitindo que as partes envolvidas nos contratos possam negociar os termos acordados, desde que não contrariem as disposições legais de ordem pública e os princípios fundamentais da sociedade, como a proteção da dignidade humana e a função social do contrato.

O Código Civil Brasileiro dedica especial atenção à função social do contrato, determinando que, embora as partes gozem de ampla liberdade para estipular as condições contratuais, essas não devem contrariar a função social do contrato, que exige que os acordos sejam conduzidos de maneira a atender aos interesses da coletividade, em conformidade com as exigências de justiça e de equilíbrio nas relações entre as partes. A função social do contrato reflete, assim, uma limitação à autonomia privada, impondo que as partes considerem o impacto de seus acordos na sociedade e respeitem os direitos fundamentais dos outros indivíduos, inclusive em situações de desigualdade de poder de negociação (DINIZ, 2018, p. 87).

Este princípio também é reforçado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que tem reiteradamente destacado a importância de garantir a liberdade de escolha do indivíduo em diversas esferas do direito, seja no campo patrimonial ou nas relações familiares. No entanto, a jurisprudência do STF, tal como observada em decisões que envolvem o direito de família e o direito contratual, demonstra que a autonomia privada encontra limites na proteção de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a prevenção de abusos nas relações de consumo ou nas relações familiares desiguais.

Em suma, a autonomia privada no Brasil é um princípio consagrado que permite aos indivíduos a liberdade de gerir seus próprios interesses, mas que, ao mesmo tempo, está sujeita a limitações que visam assegurar o respeito aos direitos de terceiros e à função social dos atos praticados.

Em Portugal, a autonomia privada também é reconhecida como princípio constitucional e é regulada pela Constituição Portuguesa de 1976 (PORTUGAL, 1976). O ordenamento jurídico português atribui grande importância ao princípio da liberdade contratual, sendo os indivíduos livres para celebrar contratos e regular a sua vida pessoal e familiar como melhor estabelecerem. O Código Civil português consagra o princípio da autonomia da vontade, permitindo aos particulares que determinem o conteúdo dos seus contratos e as condições de sua execução.

Apresentadas essas breves considerações, podemos estabelecer um conceito de autonomia da vontade. De acordo com Beauchamp e Childress (1994, p. 260), o termo autonomia possui significados distintos, assim como os direitos de liberdade, privacidade, livre vontade etc.

Stuart Mill (TELES, 1996, p. 65) compreendeu que “a única razão pela qual se pode exercer qualquer tipo de poder sobre qualquer membro de uma sociedade civilizada, contra a sua vontade, é se prevenir o mal que ele possa exercer sobre os outros. O seu lado bom, físico ou moral, não é garantia suficiente... De si próprio, do seu corpo e da sua mente, cada indivíduo é soberano”.

Em que pese a dificuldade inicial, é importante traçarmos paralelos comuns ao menos visando possibilitar com que seja possível darmos sequência à presente tese doutoral.

Quando se analisa os conceitos existentes acerca da autonomia privada e, com enfoque na bioética, é possível conceituarmos autonomia privada como diretriz ou, aos que preferam,

princípio que garante a todo e qualquer ser humano o direito que o mesmo tem à sua autorrealização individual, lastreada na própria dignidade da pessoa humana (BARBAS, 2007, p. 288).

No plano nacional e internacional, o princípio da autonomia privada é considerado como prioridade, podendo ser citado, a título de exemplo, a Recomendação nº R3 (1992), adotada em 10 de fevereiro de 1992, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa com relação às provas genéticas e a detecção com fins de assistência sanitária, bem como perante Washington - EUA (*Committee on assessing genetic risks, 1994*)), Conselho Dinamarquês de ética (1993) e outros.

A abordagem da autonomia privada sob a perspectiva do Direito Civil, se faz importante até para que, em momento próprio, possamos compreender, de forma plena, as suas intersecções e diferenças em relação ao Direito Penal.

No Direito Civil, com base na doutrina portuguesa, é possível tratar como autonomia privada um poder, mais especificamente, o de, nos limites legais, o indivíduo autodeterminar-se (PINTO MONTEIRO, 1985, p. 44 e seguintes).

Se, à luz do que ensina Luís Alberto Carvalho Fernandes (2012, p. 85), os efeitos jurídicos são, “enquanto fenómenos de direito, uma criação do Direito particular no Direito Privado e no Civil, por especial razão, fica reservado um relevante papel à vontade individual na produção desses efeitos”, a maior ou menor relevância reconhecida à autonomia privada estará associada à auto ordenação da vida social privada (BARBAS, 2007, p. 292).

Dentro dessa perspectiva, a análise do ser humano, à luz do que disse Diogo Leite de Campos (2000, p. 43), como “espaço de exclusão” e, ao mesmo tempo, um “pólo de colaboração social”³⁵, continua tendo relevância, não apenas para o Direito Civil, como – constituindo-se no foco do presente estudo - do próprio Direito Penal, mais especificamente, analisar-se em que medida o Estado pode, justamente, infringir o núcleo duro do espaço de exclusão, visando equilibrar com a dimensão que todo indivíduo tem de colaborador social.

Diante das reflexões e percepções acerca da autonomia da vontade, o próximo passo será o exame acerca do consentimento informado e, de igual importância, o conhecimento e intervenção do genoma humano.

³⁵ A pessoa é um “espaço de exclusão”, pois, a não interferência prejudicial dos outros no que ela é, constitui um pressuposto essencial da sua existência e um “pólo de colaboração social”, pois, tudo aquilo que pensa e faz, modificando a sociedade, serve para o seu aprimoramento.

Inicialmente, dentro do consentimento informado, as seguintes perguntas serão respondidas à luz do que propôs Barbas (2007, p. 327), a saber: a) relação entre o consentimento informado com os testes genéticos, e b) a relação entre o consentimento informado com a prática da terapia genética.

Antes de obtermos as respostas, contudo, é importante delimitar que consentimento, neste momento do estudo e à luz do que é compreendido por Manuel da Costa Andrade (1991), é conceituado como ato pelo qual o paciente autoriza o médico a realizar um exame ou, ainda, a praticar um tratamento específico que previamente lhe foi explicado.

Com essa compreensão de consentimento, passemos ao exame da correlação entre os institutos do consentimento com os da terapia genética e dos testes genéticos.

Em relação ao teste genético, a partir do momento em que deve ser considerado como exame médico, dúvidas não restam de que ele necessita não apenas de consentimento, mas que isso ocorra de maneira informada e livre do indivíduo que a ele se vai submeter, mesma lógica que serve de norte para os testes genéticos e para as intervenções no genoma humano, por meio das instâncias adequadas.

De maneira precisa, Barbas (2007, p. 328), ensina que o médico, durante todos esses procedimentos, deve respeitar um direito fundamental, o qual pode ser visto através do velho (porém atemporal) adágio *noli me tangere*³⁶, o qual simboliza a versão em latim das palavras ditas por Jesus a Maria Madalena quando ela o reconhece após a sua ressurreição.

Partindo dessa perspectiva, outro questionamento relevante proposto por Barbas (2001, p. 18), é o seguinte: afinal, o consentimento informado consiste em meio de tutela ou obstáculo à saúde? Questão complexa e atemporal.

De acordo com a referida autora, o ser humano, independentemente de seu estágio de saúde, é um fim em si mesmo, o que não permite que ele seja tratado como um simples meio para que algo científico seja realizado (BARBAS, 2007, p. 328).

Sob a perspectiva médica, o consentimento informado aparece igualmente como meio de tutela jurídica acerca da sua situação, pois, servindo como mecanismo de proteção, de responsabilização e de evitar que mais tarde venham a ser questionados sobre atos praticados sem a autorização dos pacientes. De todo o modo, concordando com Barbas (2007, p. 330), a

³⁶ Não me toques.

confiança recíproca entre médico e paciente é que, em um ponto ideal, deverá nortear a relação mediante a correta aplicação do consentimento informado.

Teoricamente, não há maiores complexidades acerca da compreensão do princípio quando comparada com a prática de tal instituto. Isso porque, conforme aponta Barbas (2007, p. 330), alguns problemas surgem, a saber: a) certeza e a segurança da informação pode ser limitada; b) a autenticidade do consentimento é suscetível de ser questionada, e; c) a decisão de cada indivíduo colide.

No que tange ao primeiro problema, algumas situações são apontadas como causadoras do fenômeno (BARBAS, 2007, p. 331), a saber: a) constrangimentos de índole social podem afetar a autonomia da tomada de decisão; b) a autoridade da pessoa que informa o paciente influencia, muitas vezes, a decisão daquele que será testado; c) o consentimento informado apenas deve ser prestado se a explicação foi dada corretamente, o que não significa que, no caso concreto, tenha sido compreendida pelo destinatário da informação.

No que tange à possibilidade de questionamento acerca da autenticidade do consentimento, por exemplo citar como um (dos muitos) exemplo, no contexto de entrada no mercado de trabalho, a exigência, por parte do empregador, da realização do teste genético antes da celebração do contrato, tornando possível a conclusão de que, aqui, o consentimento ficaria em um plano secundário, pois, é objetivo do candidato obter êxito, correspondendo ao preenchimento da vaga em disputa.

No tocante à possibilidade de que decisões individuais conflitem quando o assunto é o consentimento informado, no sentido de que opções sobre trabalho, privacidade e saúde devem “ser tomadas não apenas pelo interessado, mas, também, pela sociedade” (BARBAS, 2007, p. 331).

Ou seja, se a decisão individual colidir com o bem comum, importante que sejam estabelecidas algumas limitações, algo complexo, mas que faz parte da própria ideia e execução das sociedades democráticas (BARBAS, 2007, p. 332).

Explicadas as questões que envolvem a prática do princípio do consentimento informado, dando sequência ao estudo do tema, importante traçarmos, ainda que brevemente, as vigas de sustentação do consentimento, nos dedicando ao exame dos seus elementos.

Inicialmente, o consentimento compreende três elementos, a saber: capacidade, voluntariedade e informação (BARBAS, 2007, p. 333). Capacidade, aqui, deve ser vista na acepção jurídica da palavra. Já a voluntariedade diz respeito à liberdade que o indivíduo deve

possuir em relação a todo o tipo de pressão (interesses científicos, políticos, econômicos etc., por exemplo) (MÜLLER, 1996, p.5).

A respeito do terceiro componente, consistente na informação, o indivíduo que está diante dos profissionais médicos deve ser esclarecido de forma adequada acerca do diagnóstico, alcance, envergadura e consequências possíveis do teste, bem como da eventual intervenção no seu genoma.

Realizado o panorama geral acerca dos elementos do consentimento informado, passo fundamental diz respeito ao respectivo aprofundamento, a começar pela capacidade. De acordo com a doutrina especializada (OLIVEIRA, 1997), a tendência da legislação europeia é a de, na medida do possível, focar a vontade do incapaz (BARTHOLOME, 1995, p. 262-265).

Antes de analisar os diplomas legais portugueses e brasileiros a respeito do tema, não é possível deixar de lado os critérios que permitem com que decisões sejam tomadas a favor de terceiros sem que elas sejam consideradas arbitrárias, a saber: a) usado com pessoas antes capazes mas que não manifestaram expressamente sua vontade, é necessário tentar descobrir qual teria sido a sua intenção quando capaz; e b) a outra forma de raciocínio diz respeito em focar no bem daquele cuja decisão é tomada em seu favor, tentando, por exemplo, e na medida do possível, aliviar o seu sofrimento e manter a qualidade de vida com base em determinados aspectos da vida e do que esteja em consonância com sua situação social (BARBAS, 2007, p. 336).

A autonomia da vontade do incapaz tem sido valorizada ao longo das décadas na história. Nesse sentido, e nesse momento, serão destrinchados diplomas normativos europeus que servem de exemplo desse fenômeno para, em seguida, ser analisada a situação no Brasil.

O primeiro dos exemplos consiste na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989). Em seu art. 12º, consta que os Estados membros devem garantir a todas as crianças, capazes de discernimento, o direito de poderem exprimir de forma livre a opinião relativamente aos seus problemas, de acordo com a sua idade e maturidade, sendo assegurado a elas a oportunidade de serem ouvidas nos processos judiciais e administrativos que lhes digam respeito, seja através de representante ou de organismo adequado, seja diretamente, tudo isso em conformidade com a legislação nacional.

Além do aludido diploma, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (1997), no art. 6º, itens 1 e 2, dispõe que se atenda, ao máximo, à opinião do menor em função da situação e do seu grau de maturidade.

Já os incapazes maiores, tratados nos itens 3 e 4, do referido artigo 6º, dispõe que quando um maior contenha doença, carecendo de capacidade para consentir em determinada intervenção, esta não poderá ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou, ainda de uma pessoa designada pela lei.

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO (2003) estabelece que o maior incapaz, ou seja, aquele que não está em condições de fornecer o seu consentimento, deve participar, na medida do possível, do processo de autorização. No caso dos menores incapazes, o ordenamento preconiza que a opinião deles deve ser considerada de maneira proporcional à sua idade e grau de maturidade.

Essas disposições são de extrema importância, pois visam garantir que a opinião do indivíduo, mesmo que incapaz, não seja desconsiderada no processo de compreensão e efetivação do consentimento (BARBAS, 2007, p. 338).

Tal abordagem reforça a ideia de que o consentimento, mesmo quando obtido de um incapaz, deve ser realizado de forma a respeitar a sua dignidade e a sua capacidade de compreensão, dentro dos limites de sua maturidade.

A consideração da opinião do incapaz, como propõe a Declaração da UNESCO, visa assegurar a proteção dos direitos da pessoa em situações em que ela não possui plena capacidade de manifestação de vontade, buscando uma aproximação do seu entendimento ao contexto da decisão que está sendo tomada.

No Direito Português, o Código Civil dispõe que carecem de capacidade de exercícios os menores (em seu art. 123 e seguintes), os interditos (arts. 138 e seguintes), os inabilitados (arts. 152 e seguintes), e os que sofrem de incapacidade acidental (arts. 257).

Importante se faz destacar, conforme ensina Barbas (2007, p. 339), que o consentimento descrito no art. 38, item nº 3, do Código Penal Português, não se assemelha com o consentimento presente na esfera cível e acima analisado, pois, sendo exigido no Código penal, tão somente, “uma capacidade natural para dar conta do significado e extensão do comportamento consentido”.

Diante das referidas disposições normativas existentes no Direito Português acerca da capacidade, é possível, para além de se visualizar o que ocorre em relação ao tema no Direito

Brasileiro, analisar-se aspectos importantes acerca do poder parental, para na sequência, se realizar o exame da voluntariedade.

Inicialmente, antes de entrarmos na definição de capacidade civil e suas divisões e características, é importante estabelecermos a diferença entre personalidade e capacidade. Para a Teoria Geral do Direito Civil, personalidade é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações. Ou seja, quando falamos de personalidade, estamos falando tão somente da possibilidade de ter direitos e obrigações.

Nesse contexto, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2023, p. 25) definem: “personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser pessoa de direito”.

Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica). De agora em diante, pode se tornar apto para exercer e praticar os mais diversos atos e negócios jurídicos.

De acordo com o art. 1º, do Código Civil Brasileiro (2002), toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. O Código Civil está tratando da chamada capacidade de Direito neste dispositivo. Desta forma, isso se confunde com a própria noção de personalidade civil.

Diante desse cenário, didaticamente, a doutrina civilista nos diz que capacidade civil é a aptidão de qualquer indivíduo para exercer direitos e obrigações nos termos da lei. Contudo, para exercer direitos e obrigações não basta a mera capacidade de direito, será necessária a capacidade de fato ou de exercício.

De acordo com o art. 3º do aludido diploma (BRASIL, 2002), cuja redação foi alterada recentemente pela Lei nº 13.146, de 2015, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Por sua vez, de acordo com o art. 4º do Código Civil Brasileiro, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.146/2015, são considerados relativamente incapazes para certos atos ou para a maneira de exercê-los os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos.

Destaca-se, ainda, no parágrafo único, que a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial, visando assegurar que esses indivíduos possam exercer seus direitos de acordo com as particularidades de sua condição e cultura (BRASIL, 2002).

A legislação especial em vigor é o Estatuto do Índio. Contudo, uma parcela expressiva da doutrina considera que muitos artigos do Estatuto do Índio não foram recepcionados pela Constituição brasileira de 88, já que a legislação do Estatuto reflete o paradigma integracionista. Neste sentido, André Ramos de Carvalho (2022) ensina:

O Estatuto do Índio, em seu art. 7º, estabeleceu uma tutela individual e coletiva, abrangendo os índios não integrados – na terminologia ultrapassada – e suas comunidades. Esse regime especial tutelar civil individual e coletivo não foi recepcionado pela CF/88 e colide, ainda, com a Convenção n. 169 (de natureza supralegal, como visto em capítulo específico).

De início, convém observar que a CF/88 determinou que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, devendo o Ministério Público intervir em todos os atos do processo (arts. 232 e 129, V). Conjugando esse dispositivo com a igualdade de direitos prevista no art. 5º, caput, fica descartada a diminuição da capacidade civil do indígena, consagrando-se, pelo contrário, no pleno exercício dos direitos civis. Já o artigo 8.3 da Convenção n. 169 da OIT é claro ao dispor que não se deve impedir o exercício pelos indígenas de todos os direitos reconhecidos para os membros da sociedade envolvente.

Com isso, a prática dos atos da vida civil pelo indígena independe da manifestação da FUNAI, podendo exercer direitos e contrair obrigações. Nesse sentido, o Projeto de Lei n. 2.057/91 (Estatuto dos Povos Indígenas), que tramita no Congresso Nacional, trata o indígena como indivíduo com plena capacidade civil, devendo, quando aprovado, ser a “legislação especial” da qual se refere o Código Civil em seu art. 4º, parágrafo único.

A questão da capacidade civil dos indígenas ainda não é absolutamente pacífica na jurisprudência, havendo precedentes que reconhecem a recepção dos dispositivos do Estatuto do índio e outros que reconhecem a não recepção. Neste sentido vejamos dois julgados conflitantes:

Não se pode tratar os silvícolas como absolutamente capazes e exigir o discernimento próprio de um indivíduo civilizado, inclusive o Código Civil de 2002 estabelece no parágrafo único do art. 4º que a legislação especial regulará acerca da capacidade dos índios (BRASIL. TRF da 3ª Região, ApC 2000.60.0000.25329, Rel. Des. Federal André Nabarrete, julgamento em 8-7-2008)

Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público). (BRASIL. ApC 200172010043080, Rel. Des. Edgard Antônio Lippmann Júnior, TRF da 4ª Região, DE de 24-11-2008).

Retomando o exame do Código Civil Brasileiro (2002), o art. 5º dispõe que a maioridade cessa aos dezoito anos completos, momento em que a pessoa se torna plenamente habilitada para a prática de todos os atos da vida civil.

O parágrafo único do mesmo artigo prevê que a incapacidade do menor poderá cessar em algumas hipóteses específicas.

A primeira delas é a concessão da emancipação, que pode ser realizada pelos pais, ou por um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, desde que o menor tenha pelo menos dezesseis anos completos.

Além dessa, a menoridade cessará em outras situações, tais como: o casamento, o exercício de emprego público efetivo, a colação de grau em curso de ensino superior, o estabelecimento civil ou comercial, ou ainda, pela existência de relação de emprego, desde que, em razão dessas situações, o menor, com dezesseis anos completos, tenha economia própria (BRASIL, 2002).

Realizados os estudos pertinentes à capacidade, na sequência, aspecto importante que deve ser visto, diz respeito à voluntariedade. Em síntese, quando o assunto é o equilíbrio entre a dignidade da pessoa humana e o consentimento, este último ocorre quando o consentimento for dado com liberdade pela pessoa (BARBAS, 2007, p. 356).

Nesse sentido, o consentimento deve ser obtido sem que para isso tenham ocorrido coações físicas ou morais. Tal circunstância não se confunde, conforme alerta Barbas (2007, p. 357), para circunstâncias nas quais o indivíduo recebe aconselhamento por parte de terceiros. Ou seja, a liberdade total acaba não existindo na prática.

Nessa perspectiva, a de que a liberdade do paciente não é absoluta, o médico pode inclusive recusar pedidos feitos por pacientes que sejam contrários à sua consciência. Realizada a abordagem acerca da voluntariedade, o próximo passo é analisar o elemento relacionado ao consentimento consistente na informação.

Nas estradas do consentimento, conforme ensinado por Barbas (2007, p. 358), liberdade e informação andam de mãos dadas, no sentido de que devem ser analisadas em conjunto nos casos concretos.

Em termos amplos, consentimento informado é aquele livre e esclarecido que cada indivíduo deve prestar com relação a quaisquer atos médicos a serem praticados em si próprio.

No sistema português, o consentimento informado aparece, ainda que genericamente como aponta Barbas (2007, p. 359), no art. 573 do Código Civil (1966), estatuinto obrigação de informação, afirmando a sua existência sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias.

Sobre os critérios existentes acerca da espécie de informação que deve ser dada ao paciente, Barbas (2007, p. 359), destaca três, a saber: clássico, médio e o subjetivo. De acordo com o primeiro, o qual acaba conferindo maior proteção à classe médica, devem ser revelados ao paciente os elementos fixados pelas normas e costumes do conjunto de profissionais da saúde, tendo em vista o estado atual dos conhecimentos.

Por sua vez, de acordo com o critério médio, a informação a ser prestada deve levar em consideração um receptor caracterizado como indivíduo médio, ou seja, que constitua a média da sociedade. Aqui, busca-se tutelar o princípio da autonomia privada de forma mais eficiente quando comparado com o método anterior. Concordando com Barbas (2007, p. 360), há uma dificuldade natural na delimitação, no caso concreto, acerca de quem seria considerado um indivíduo médio.

Já o critério subjetivo “exige uma abordagem informativa adequada a cada pessoa, de acordo com os seus valores e expectativas, condições culturais, sociais e psicológicas do doente” (BARBAS, 2007, p. 360).

Analisando os três critérios, Barbas (2007, p. 361) compreende que deve existir um equilíbrio entre os dois últimos, possibilitando com que o médico cumpra com o seu dever de promover a autonomia do paciente, mas também, de forma simultânea, zele pelo seu bem-estar, levando em consideração, ao informá-lo, suas características sociais, intelectuais e outras, bem como fatores como o próprio fator emocional.

Analisados os principais fatores relacionados aos elementos do consentimento, importante que seja esclarecido, no plano internacional, quais são os principais marcos normativos a respeito do tema. Tal análise é fundamental para que, na sequência, seja possível fazer conexões necessárias com o estudo do direito penal e processual penal, um dos principais objetivos desta tese.

Em 19 de agosto de 1947, 23 (vinte e três) alemães, cuja maioria era composta por médicos, foram julgados pelo Tribunal de Nuremberg em virtude de supostos crimes relacionados com a experimentação humana.

No referido julgamento, ponto importante para o desenvolvimento deste estudo, foram estipulados 10 (dez) princípios que, não apenas devem nortear, como serem observados em situações que envolvam experimentação médica, devendo ser destacados, por interessarem diretamente à pesquisa ora realizada, três, a saber: a) necessidade de obtenção do consentimento informado do paciente; b) o indivíduo que será submetido ao estudo deve ter conhecimento e compreensão suficiente acerca das questões envolvidas para tomar a decisão correta, e c) a pessoa tem liberdade para impedir a continuidade da experiência caso a mesma atinja estado físico ou, ainda, mental, que ela própria reconhece que não deve, ou, mesmo, não possa continuar (BARBAS, 2007, p. 363).

Dando sequência à análise legislativa no plano internacional acerca do consentimento informado, na Finlândia, em 1974, a Associação Médica Mundial constituiu a Declaração de Helsinque, revista em Tóquio (1975), Veneza (1983), Hong-Kong (1989), *Sommerset West* (1996) e Edimburgo (2000), responsável por estabelecer regramentos sobre a investigação biomédica.

A contabilização dos riscos, importante instituto que surgiu a partir das referidas declarações, trouxe a ideia de que os interesses humanos devem prevalecer sobre os científicos.

Conforme destacado por Barbas (2007, p. 364), os responsáveis pelo experimento devem dar real atenção àqueles que não estejam em condições de consentir, bem como foi fixada a obrigatoriedade de submeter todo o protocolo de investigação a uma comissão de ética independente e definiu garantias específicas a serem respeitadas nos casos de ensaios sem benefícios terapêuticos diretos.

Além disso, a Comissão de Saúde e Assuntos Sociais do Conselho da Europa, quando do advento da Resolução nº 10, de 29 de janeiro de 1976, recomendou que os Governos fossem convidados, através dos Ministros da Saúde, para que os médicos fossem chamados à atenção de que as pessoas doentes têm o direito legítimo de serem informadas e se manifestarem sobre a sua doença e o tratamento respectivo, informações essas que devem ser esclarecidas.

Na sequência, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em fevereiro de 1990, através da Recomendação nº R 3, deu particular ênfase ao princípio da autonomia privada e ao consentimento informado (BARBAS, 2007, p. 365).

A Declaração de Manzanillo, de 1996, ou, também chamada Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética, revista em Buenos Aires em 1998, dispôs sobre o consentimento livre e informado para a realização das provas genéticas e intervenções no genoma humano, devendo, tal providência, ser garantida através de instâncias adequadas, principalmente, quando se está em jogo pessoas menores de idade, incapazes ou grupos que requeiram uma tutela especial (BARBAS, 2007, p. 365).

Enquanto a Carta dos Direitos das Pessoas Doentes, aprovada pela Organização Mundial de Saúde disciplinou o direito à autodeterminação, a Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 4 de abril de 1997, focou no consentimento informado todo um capítulo, principalmente, quando menciona que intervenções no chamado “domínio da saúde” devem ser precedida de um consentimento informado e esclarecido. Tal consentimento, analisando-se em conjunto o texto da declaração e respectivo relatório, poderá ser expresso (verbal ou por escrito), bem como implícito, por óbvio, a depender do teor da intervenção que estiver a ser efetivada no caso concreto.

No âmbito da UNESCO, em 11 de novembro de 1997, foi instituída a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, tendo sido instituído que qualquer investigação, tratamento ou diagnóstico que acabe por afetar o genoma humano apenas poderá ser realizada em conformidade com as normas e os princípios previstos pelo ordenamento jurídico respectivo. Como baliza comum, o consentimento deve ser livre e esclarecido.

O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei, deve ser respeitado, conforme disposto no item nº 2, do art. 3º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em Nice, em 7 de dezembro de 2000.

Seguindo a linha de raciocínio acerca do consentimento informado, ao transitar do plano internacional para o Direito Português, observa-se que o direito ao consentimento informado encontra-se disposto no art. 25º da Constituição da República Portuguesa.

É relevante, nesse contexto, destacar que tal dispositivo faz referência ao art. 18º do mesmo diploma, o qual afirma que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata (OLIVEIRA, 1993).

No que tange ao Código Civil Português, o art. 340 aborda questões relacionadas ao consentimento de uma pessoa que tenha sido lesada por terceiros. O art. 70, nº 1, consagra a tutela geral da personalidade, enquanto o art. 81, nº 1, estabelece que qualquer limitação

voluntária ao exercício dos direitos de personalidade será considerada nula se contrariar os princípios de ordem pública. O art. 81, nº 2, por sua vez, determina que qualquer limitação voluntária, quando legalmente autorizada, será sempre revogável, mesmo que imponha a obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

Ademais, o Código Penal Português, no art. 38, nº 2, prevê que o consentimento pode configurar causa de exclusão da ilicitude, sendo válido em qualquer forma, desde que traduza a vontade livre, séria e esclarecida do titular do interesse protegido.

Referido consentimento poderá ser presumido, expresso ou, ainda, testemunhado, de acordo com o grau de gravidade de cada situação (BARBAS, 2007, p. 368). Nos casos mais graves e de alto risco o consentimento deve ser escrito, expresso e testemunhado, enquanto nos casos simples o consentimento deve ser dado por escrito.

Especificamente sobre as intervenções médico-cirúrgicas, o art. 150, do Código Penal Português, disciplina que apenas serão consideradas lícitas caso realizadas por um médico, com finalidade terapêutica e em conformidade com as *leges artis* (BARBAS, 2007, p. 369).

Dentro do sistema português, o denominado privilégio terapêutico, previsto nos arts. 27, 39, 149, 156 e 157, do Código Penal Português, consiste em exceção à regra, funcionando como um excepcional regime relacionado à tutela da autonomia privada (BARBAS, 2007, p. 369).

Como exemplo elucidativo, o art. 156, nº 2, do Código Penal Português dispõe que não será punível o ato praticado por médico quando o consentimento só puder ser obtido mediante adiamento que implique risco à vida ou grave perigo para o corpo ou para a saúde do indivíduo.

Tal previsão normativa reconhece a primazia da preservação da integridade física e da vida em situações de urgência, conferindo respaldo jurídico à atuação médica nesses contextos excepcionais.

Complementarmente, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal, em seu art. 43º, estabelece que, em regra, tanto o diagnóstico quanto o prognóstico devem ser revelados ao paciente. No entanto, diante de razões íntimas e devidamente justificáveis, confere-se ao médico a prerrogativa de se abster da realização de determinados procedimentos.

No que tange a diagnósticos envolvendo situações de morte iminente, o referido Código recomenda que o profissional avalie o estado mental do paciente, bem como outras circunstâncias relevantes, devendo, preferencialmente, comunicar o diagnóstico ao parente

mais próximo, salvo se houver manifestação expressa do próprio paciente em sentido contrário (BARBAS, 2007, p. 371).

Além do referido código, a Base XIV, nº 1, b, pertencente à Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90 de 24 de agosto) disciplina que os usuários do serviço possuem o direito a decidir receber ou recusar a prestação de cuidados que lhes é proposta, com exceção de disposições específicas contidas em lei.

Já a Lei nº 12/93, de 22 de abril, exige o consentimento informado para a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana (BARBAS, 2007, p. 371). O consentimento informado aparece, ainda, na Lei nº46/2004, na Lei nº12/2005 e na Lei nº32/2006.

3.5 Implicações do Genoma Humano na Dignidade e nos Direitos Fundamentais

Após a análise do consentimento informado, momento em foi possível levantar reflexões acerca dos limites da intervenção no genoma humano, passo fundamental consiste em examinar os direitos fundamentais em jogo quando estamos diante da matéria, a saber: autodeterminação informacional genômica e a privacidade genômica.

A autodeterminação informacional genômica e a privacidade genética são temas centrais nos debates sobre direitos fundamentais no Brasil. O Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) tem sido alvo de críticas por possíveis violações desses direitos, especialmente em casos em que a coleta e armazenamento de DNA ocorrem sem o devido consentimento ou transparência. A legislação e a jurisprudência brasileira precisam constantemente balancear esses direitos com as necessidades de segurança pública.

Antes de analisarmos os direitos fundamentais em si e suas correlações (ou até mesmo conflitos), é importante tecermos algumas linhas sobre o dever de falar a verdade e como, ao longo da história, o tratamento da informação entre médico e paciente foi se modificando.

Conforme ensina Barbas (2007, p. 391), a ética médica tinha por baluarte mandar silenciar completamente a informação do médico ao paciente durante séculos, podendo ser utilizados como exemplo o Código dos Médicos Americanos e a Declaração de Genebra, sendo esta última, caracterizada por um silêncio eloquente, fundamentada, nas palavras da Autora, em um “excessivo paternalismo médico”.

Naquele momento histórico, o dever de informar o paciente apenas existia quando este se aproximava da morte, ocasião em que, devidamente informado, poderia cumprir os seus deveres familiares, sociais, profissionais, religiosos etc.

Com peculiaridades associadas muitas vezes à cultura e níveis de esclarecimentos (maior ou menor, a depender do país), atualmente, o direito à verdade, consiste na regra, aqui compreendido como o direito de o paciente receber as informações relativas ao seu estado de saúde para, dentro da racionalidade, enfrentar os acontecimentos inerentes à própria existência humana.

Nas palavras de Barbas (2007, p. 392), “a verdade é um requisito imprescindível para tutelar a liberdade sobre a própria condição existencial”, nos permitindo concluir que, sim, o ser humano tem o direito à verdade.

Nessa perspectiva, como verdadeiro direito fundamental associado àquele relativo à própria liberdade, o direito à autodeterminação informacional consiste na perspectiva de que o indivíduo submetido a tratamento médico tem o legítimo direito de conhecer o seu diagnóstico, o respectivo prognóstico, bem como todos os riscos e objetivos do tratamento, independentemente de seu nível social, econômico e de escolaridade (GOYRI, 1995, p. 34-35).

Sobre o direito fundamental à autodeterminação informacional, aprovada em 1989, a Resolução do Parlamento Europeu, cujo objetivo foi o de abordar os problemas éticos e jurídicos da manipulação jurídica, dispõe não apenas sobre o direito em si de cada indivíduo ser informado com verdade e respeito sobre a sua constituição genética, mas também - e principalmente - sobre o direito inclusive a não saber, disposto no item nº 3, do art. 10º, do aludido dispositivo.

Além da referida Resolução, importante ainda mencionar a Convenção Sobre os Direitos do Homem, datada de 11 de novembro de 1997, a qual consagra o direito de cada pessoa decidir ser informada ou não acerca dos resultados dos testes genéticos e das suas consequências.

No mesmo sentido, conforme bem salientado por Barbas (2007, p. 393), a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO, editada em 16 de outubro de 2003, informa, de forma expressa, acerca do direito a decidir ser ou não informado dos resultados da investigação.

Na sequência do nosso estudo, passaremos a realizar o exame acerca do direito a ser informado e a sua correlação com o princípio da autonomia privada. No âmbito do direito a ser

informado, dúvidas não restam, ao menos no plano teórico, no sentido de que as pessoas têm direito de ser informadas sobre o seu estado de saúde, por exemplo. Algo que se torna importante, como questão subjacente, diz respeito ao fato de que, como ser autodeterminado, o indivíduo deve ter a sua dignidade respeitada.

Sobre o direito de consentir com um tratamento, concordando com Barbas (2007, p. 395), é possível concluir que referido direito está lastreado nos princípios da autonomia privada e no princípio da inviolabilidade da vida humana.

O grande ponto, aqui, é o de que, como nenhum direito é absoluto, isso também ocorre com o direito a saber sobre o procedimento médico. Nesse sentido, existem exceções como, por exemplo, a do chamado privilégio terapêutico ou, conforme prefere João Álvaro Dias, privilégio médico (BARBAS, 2007, p. 397).

Em síntese, no chamado privilégio terapêutico, em virtude das consequências que a revelação das informações irá gerar ao paciente, é preferível que ela não ocorra. Ou seja, os reflexos na obtenção da informação, por serem negativos, diminuiria as chances de cooperação e consequente recuperação do paciente. A avaliação dessa situação deve ser vista pelo médico.

Assim, é importante refletir sobre a correlação, muitas vezes desequilibrada, entre autonomia, privacidade e igualdade. Conforme bem destacado por Barbas (2007, p. 433), muitas vezes a privacidade genômica do indivíduo é colocada em xeque, em virtude dos dados médicos, bem como do histórico clínico do paciente, terem sido digitalizados nos bancos de dados de uma determinada clínica ou hospital, por exemplo.

Isso não quer dizer que o direito à privacidade tenha, simplesmente, deixado de existir na sociedade da informação. O grande desafio, portanto, é proteger a privacidade da informação recolhida na análise do genoma humano, equilibrando todos os fatores envolvidos. Barbas (2007, p. 434) ensina que deve ser encontrado um “compromisso razoável” entre o “direito à privacidade e o direito à investigação”, onde dois critérios, aparentemente contraditórios, devem ser equilibrados, a saber: a) o primeiro, o qual consiste na maior proteção à privacidade na medida em que a sociedade vá evoluindo em termos científicos, e ;b) o segundo, no qual o direito não pode servir como trava indevida ao avanço científico e tecnológico.

O direito à privacidade genômica deve tanto contemplar uma perspectiva estática, negativa, correspondendo a um direito de proteção que puna, nos âmbitos penal e civil, aqueles que a violem, como também uma perspectiva dinâmica, positiva, no sentido de que deve existir

o direito à autodeterminação do indivíduo na esfera genômica, em especial, naquilo que diga respeito às informações próprias.

Sobre o tema, especificamente no que tange ao direito à privacidade genômica, como tudo no direito, referido direito fundamental do indivíduo encontra limites, não podendo ser considerado absoluto. Neste sentido, tomando por base os estudos de Barbas (2007, p. 436), algumas situações podem limitar o direito à privacidade genômica, a saber:

- a) um sério dano físico ou psíquico tiver grande probabilidade de ocorrer, denominado pela autora de princípio da maleficência,
- b) um benefício real resultar da violação desse direito, denominado de princípio da beneficência.
- c) For o último recurso, depois de terem sido tentados outros meios, denominado de princípio da autonomia
- d) For generalizável, isto é, o mesmo procedimento será novamente usado em outro caso com características idênticas, independentemente do estatuto econômico e social do indivíduo que esteja doente em causa (princípio da justiça).

Analizados os direitos fundamentais em jogo, consistentes na autodeterminação informacional genômica e na privacidade genômica, o próximo passo consistirá em examinar o genoma humano à luz do direito constitucional e do direito processual penal.

A evolução das técnicas de intervenção científica no corpo humano tem gerado complexidades relacionadas à sexualidade e à reprodução. Na obra “Admirável Mundo Novo” Aldous Huxley (1957, p. 21), sobre o tema, chamou a atenção para o fato de que a reprodução humana e o ato sexual podem ser vistos de forma autônoma, não obrigando com que todos aqueles que se relacionem sexualmente tenham filhos.

Além disso, algo que ganha ainda mais destaque diz respeito à possibilidade de reprodução, natural ou artificial, de seres humanos e à possibilidade de modificação genética dos mesmos (ARCHER, 1990, p. 193).

No que diz respeito ao direito constitucional português, conforme destacado por Barbas (2007, p. 490), o item nº 3, do artigo 26º, da Constituição da República, o qual foi introduzido pela revisão constitucional de 1997, consagra de forma expressa a garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano.

Já no direito brasileiro, a Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988) consagra a dignidade da pessoa humana tanto em seu art. 1º, III, como no parágrafo sétimo, do art. 226, quando é alçado a uma das diretrizes para que seja considerado regular o planejamento familiar escolhido pelas pessoas.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.080/1990 (BRASIL), nos seus artigos 2º e 5º, determina ao Estado o dever de prover as condições para o pleno exercício do direito à saúde, devendo, para tanto, o SUS (Sistema Único de Saúde) formular e executar políticas públicas que visem à redução de riscos de doenças e que estabeleçam condições para o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Concordando com Barbas (2007, p. 491), é preciso olhar para os problemas envolvendo a bioética e, no caso do presente estudo, a própria criminalidade, para, na sequência, aplicar o direito, respectivamente.

Nessa perspectiva, as seguintes reflexões e questões nortearão o presente trabalho, a saber: **a)** a vida humana como valor anterior e superior à Constituição, momento em que será respondido se é possível relacionar o direito penal com a biologia e a própria noção de pessoa humana; **b)** como fica a liberdade de investigação, seja a científica, seja a utilizada no âmbito das investigações criminais, e os direitos constitucionais existentes na Constituição Federal Brasileira (1988); **c)** como devem ser compreendidos os direitos à identidade, mais especificamente, aos da identidade pessoal e genômica; **d)** o direito à diferença e as complexidades envolvendo as ideias de democracia, e **e)** a própria noção de biodireito e os direitos constitucionais envolvidos.

Saindo da esfera constitucional e suas correlações com o genoma humano, é possível iniciar o exame a respeito de seus reflexos no direito penal *lato sensu*, isso porque, tratando-se de questão complexa, nenhum dos ramos isoladamente (dogmática penal, criminologia, processo penal etc.), é capaz, em minha concepção, de resolver, isoladamente, o problema como um todo.

No âmbito da criminologia, uma primeira questão que se apresenta é a seguinte: como fica a situação do indivíduo que possui genomas deficientes e pratica atos ilícitos na seara criminal?

Conforme biografia existente (MANTOVANI, 1986, p. 11-12) sobre o tema, ao contrário do que ocorre em outras esferas, em se tratando de pessoa que possua deficiência genômica, será possível, tanto em Portugal, quanto no Brasil, a diminuição ou, ainda, a

reavaliação benéfica, das consequências jurídicas do ato em seu favor (RIERA, 1992, p. 45-47).

Concordando com Barbas (1999, p. 257-264), o crime continua possuindo papel constante na história da humanidade, independentemente do tempo, espaço e grau civilizacional.

A partir de perguntas como “por que determinado indivíduo cometeu esse crime?” ou, ainda, “será que estaria perturbado psicologicamente?”, é possível verificar, ainda que a ciência não tenha ainda resposta definitiva para essas e outras questões, que a cada dia que passa, modelos biológicos são cada vez mais utilizados, bem como os sociais e os psíquicos com o fito de compreender as pessoas e os fatores que influenciam e condicionam os seus comportamentos.

A correlação determinante entre a constituição genômica e a prática do crime, de acordo com Barbas (2003, p. 37-43), típica do século XIX, reacendeu, em termos de discussão acadêmica, a partir do Programa do genoma humano.

No âmago da antropologia criminal e possíveis correlações com o genoma humano, destaca-se os estudos de Cesare Lombroso.

Lombroso (2016) em sua análise da aplicação dos estudos zoológicos na ciência penal conclui que as mesmas relações de hierarquia, dominação e busca por liderança observadas, bem como os sentimentos de rivalidade, ambição, cobiça, exclusão e disputa por fêmeas são razões para agressões e mesmo morte nos integrantes inferiores do reino animal, tal qual para o homem delinquente. Percebe que os atos reputados mais criminosos pelos homens em sociedade são aqueles mais naturais.

Adepto da escola positivista da psicologia criminal, procurou estabelecer características anatômicas, bem como manifestações de traços psicológicos comuns e predominantes, ao homem delinquente.

Na visão de Lombroso (2016) – baseada em Moreau, Perez e Bain – os germens do delinquente são notáveis logo nos primeiros anos de um ser humano. Para comprovar seu estudo, ele exemplifica 13 (treze) características de crianças que podem contribuir para desenvolver um delinquente: cólera, vingança, ciúmes, mentiras, senso moral, afeto, crueldade, preguiça e ócio, gíria, vaidade, alcoolismo e jogo, tendências obscenas e imitação.

A falta de freio desses hábitos reflete a má educação dada pelos pais, possibilitando então a delinquência nestas crianças, embora – segundo Lombroso – nem mesmo a boa educação salve as crianças pré-dispostas a esse mal.

Sobre as penas, Lombroso (2016) considera que o conceito de pena é consequência do delito. Sem delito, então, não há sanção.

A respeito do suicídio, o autor aponta que a insensibilidade dos delinquentes leva a uma maior frequência na prática desse ato. Deve-se adicionar o fato da imprevidência e impaciência que os domina. Para eles, diz Lombroso (2016), é preferível suportar um mal gravíssimo e rápido a um mal leve por muito tempo. Eles acham menos dura a morte, do que ver insatisfeitas as próprias paixões momentâneas. Em diversos deles, principalmente em casos de alcoólatras, o suicídio ocorre quase que automaticamente, quase sem causa, por um capricho.

Nem todos os sentidos foram extirpados dos criminosos. Para suportar sua tese, Lombroso (2016) cita diversos casos estudados por ele que demonstram afetividade dos criminosos para com indivíduos, seja da família ou conhecidos deles. Porém, não é raro que tais sentimentos tomem um traço doentio, excessivo e instável. Os delinquentes também são extremamente vaidosos, mais do que artistas, literatos e das mulheres galantes. Satisfazer a própria vaidade e brilhar do mundo é o que se chama figurar; é a causa mais comum dos modernos delitos.

Lombroso (2016) não deixa de falar sobre a inteligência e a instrução dos delinquentes, e a medida pela qual elas influenciam em cada tipo de criminoso. Ele defende que, apesar de haver delinquentes geniais, a média intelectual deles é inferior ao normal ou, pelo menos, há uma parte defeituosa em sua inteligência. Entre as características típicas, ele menciona a preguiça, a inconstância moral e a imprevidência.

Sobre a reincidência, o autor parte da premissa de que não há sistema carcerário que salve os reincidentes, mas, pelo contrário, elas são as causas principais deles.

Lombroso (2016) pontua a equivalência que comumente se aplicava aos dementes morais e os delinquentes-dementes. Assim, por diversos motivos – tal qual o medo do perigo social e a temibilidade - considerava-se, no princípio, a diferenciação entre demência e crime. Porém, estudos da época, de autores como Krafft-Ebbing (2011) e do próprio Lombroso, a respeito das características da demência moral, descobertos na própria demência-nata, mudaram a opinião do autor.

Primeiramente passou-se a aceitar a identidade da demência moral com a criminalidade, como prova indireta de tal fato, tem-se a presença em maior número de dementes morais em cárceres do que em manicômios. Enfim, após uma pesquisa rebuscada das características dos dementes morais, pode-se observar uma reprodução de tais características na conceituação do próprio delinquente (LOMBROSO, 2016).

Dentre as características estudadas na demência moral, tem-se: peso, crânio, fisionomia, insensibilidade à dor, tato, tatuagem, reação ética, agilidade, sexualidade, senso moral, afetividade, altruísmo, vaidade excessiva, inteligência, astúcia, preguiça, premeditação, espírito de associação, vaidade do delito, simulação, sintomatologia da demência moral e hereditariedade (LOMBROSO, 2016).

Encerrando, naquilo que interessa a presente pesquisa, Lombroso (2016) quis provar a diferença existente entre os delinquentes-dementes e os dementes morais e a aproximação destes últimos aos próprios delinquentes e delinquentes natos. Assim, pretendeu-se provar a ligação entre o demente moral e o crime através de suas características físicas e psíquicas.

A teoria lombrosiana é criticada tanto pela antropologia criminal, podendo ser citados como exemplos, os estudos de Baer e Garing, como pela sociologia criminal, com destaque para Lacassagne, Tarde e Durkheim, pois, até o momento, a ciência não corroborou a existência de concreto de uma espécie de ser humano com características advindas do próprio determinismo lombrosiano, conforme bem destacado por Barbas (2007, p. 630).

Ao longo da história, podendo ser citada a década de 1960, porém, estudos foram feitos correlacionando a criminalidade aos dados genéticos das pessoas, como, por exemplo, naquele proposto por S. Mednick e E. Kandel (1988, p. 121-131).

3.5.1 Direito ao silêncio e de não fazer prova contra si e o nemo tenetur se detegere

Dando sequência ao presente capítulo, garantia fundamental que acaba sendo impactada pelo avanço dos estudos do genoma humano e a sua interpretação dada pelo Estado, sem sombra de dúvidas, diz respeito ao direito a não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*).

Após desenvolver estudos de atualização do expansionismo penal, Víctor Minervino Quintiere (2022) defende o que ele intitula de quinta velocidade do Direito Penal, ou momento, do referido ramo, no qual responde, dentre outras, à seguinte questão: como a prova passará a ser produzida pelo Estado em um momento civilizatório no qual, cada dia mais, a quantidade

de dados e metadados dos indivíduos estão disponíveis por toda a rede?

De maneira mais precisa, impõe-se a seguinte problematização: de que modo o acusado poderá exercer, em sua inteireza, a prerrogativa processual derivada do princípio do *nemo tenetur se detegere*, em face da exponencial ampliação da coleta, armazenamento e circulação de dados e metadados no âmbito da sociedade da informação, notadamente no ecossistema digital globalizado?

Antes, contudo, de proceder-se à devida análise das complexas implicações jurídicas decorrentes da aplicação do referido brocardo latino, torna-se necessário reconstruir, sob uma perspectiva histórico-filosófica e a partir da contribuição da doutrina contemporânea — tanto nacional quanto estrangeira —, a articulação conceitual entre o denominado “direito de mentir” e o *nemo tenetur se detegere*, à luz das correntes filosóficas que estruturam os fundamentos da autonomia da vontade e da proteção contra a autoincriminação no Estado de Direito.

Conforme observa Nara Miranda de Figueiredo (2009), o debate em torno da existência e dos contornos de um pretenso “direito de mentir” tem sido objeto de reflexões divergentes entre alguns dos principais expoentes da filosofia moderna, como Benjamin Constant, Immanuel Kant e Arthur Schopenhauer. Cada um desses pensadores oferece uma interpretação distinta quanto à extensão normativa e ao conteúdo ético desse suposto direito, evidenciando profundas tensões entre os valores da veracidade, da dignidade da pessoa humana e da autonomia moral, especialmente no que tange à relação entre indivíduo e verdade no contexto das obrigações jurídicas e morais.

Para Kant um indivíduo não deve mentir em hipótese alguma, pois a mentira pode induzir o ouvinte a praticar determinada ação que não corresponde à sua vontade e sim à vontade daquele que proferiu a sentença não verdadeira, privando o ouvinte de fazer uso da sua total liberdade de ação, isto é, violando o direito do ouvinte de saber a verdade [...] Para Constant, junto ao conceito de dever está o conceito de direito e onde não há direitos, também não pode haver deveres [...] Por conseguinte, dizer a verdade é um dever, mas apenas em relação àquele que tem direito à verdade. Nenhum homem, porém, tem o direito a uma verdade que prejudica outro [...] Para Schopenhauer há certas situações, nas quais, podemos fazer uso da mentira sem injustiça [...]. Mas Schopenhauer atenta para o limite que devemos respeitar para não tornarmos a mentira um instrumento perigoso e abusivo. A possibilidade de fazermos uso da mentira está nos casos nobres e de autodefesa e apenas nestes.

Nesse contexto, impende destacar a relevante contribuição de José Barata-Moura (2007), ao sublinhar que o próprio Kant, embora se oponha à concepção estritamente consequencialista da mentira, reconhece, sob uma ótica jurídico-formal, que apenas se configura como “mentira” (*Lüge*) aquela conduta que acarrete prejuízo a outrem ou viole direitos subjetivos alheios, o que denominou *falsiloquium dolosum*¹. Trata-se, pois, de uma

distinção fundamental entre os domínios da moralidade e do direito, que permite compreender as reservas kantianas quanto ao dever absoluto de veracidade em contextos jurídicos específicos.

Ao assumir uma postura igualmente refratária à admissibilidade da mentira, e ao advogar, em consequência, a existência de um dever moral à verdade, António Pedro Barbas Homem (2006, p. 158) sustenta que “a razão de Estado católica ou verdadeira assenta no primado da moral sobre a política e o direito”. Para o autor, a valoração ética das ações políticas e jurídicas configura um imperativo de contenção do poder, de modo a preservar a integridade da consciência individual e impedir que o argumento utilitarista — sob a forma de razão de Estado — legitime práticas desonestas ou imorais, tanto por parte de agentes públicos quanto dos cidadãos em geral.

Em perspectiva jusfilosófica e comparada, Homem (2006) recorre à tradição do direito natural moderno para reforçar seu argumento, mencionando os ensinamentos de Samuel Pufendorf. Este último, em sua obra clássica *Les Devoirs de l'Homme et du Citoyen*, afirma existir deveres imanes ao uso da palavra, compreendidos na máxima de direito natural segundo a qual “nunca se deve enganar pessoa alguma, nem por palavras, nem por qualquer outro sinal instituído para exprimir o pensamento”. A função ética da linguagem, portanto, está intrinsecamente ligada à proteção da confiança nas relações humanas, o que conduz à inequívoca condenação da mentira enquanto conduta contrária à finalidade comunicativa da linguagem no convívio social.

Concluindo sua análise, Homem reafirma, em chave normativa, a ilicitude moral da mentira em qualquer circunstância, inclusive no exercício do poder soberano. Nas suas palavras, “a mentira constitui um caso de consciência, pelo que nunca pode ser lícita e permitida, inclusive quando se diga respeito à consciência do príncipe. Nem a utilidade nem a necessidade podem sobrepor-se à honestidade” (2006, p. 158).

Retomando, pois, a indagação anteriormente formulada — a saber, de que forma poderá o acusado valer-se, de maneira plena, da garantia do *nemo tenetur se detegere*, em face da exponencial disseminação de dados e metadados no ambiente digital globalizado —, é que se justifica o aprofundamento do estudo do referido brocardo, o qual representa um dos pilares do devido processo penal contemporâneo, consagrando a prerrogativa da não autoincriminação como expressão concreta da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência no Estado

Democrático de Direito.

Não há dúvida que na atualidade, o princípio da não autoincriminação, em termos de importância, permite que a colheita de prova na persecução penal se adeque e guarde relação de essencialidade com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

O brocardo latino *nemo tenetur se detegere* consagra o princípio segundo o qual nenhum acusado pode ser compelido a se autoincriminar, ou, em sentido literal, "ninguém é obrigado a se descobrir" (QUEIJO, 2003, p. 4). Dentre as diversas manifestações desse princípio — que abrangem desde a vedação à imposição de deveres que conduzam à autoincriminação até a proibição da produção compulsória de provas em desfavor do imputado — destaca-se, de forma incontestada, o direito ao silêncio como sua expressão mais tradicional e consolidada no âmbito do processo penal (QUEIJO, 2003, p. 1).

Partindo-se das características estruturantes do brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, impõe-se a formulação de uma indagação contemporânea de elevada complexidade: seria concebível sustentar, nos marcos da sociedade da informação, marcada pela intensificação do uso de dados e metadados digitais, a subsistência plena das garantias processuais dele decorrentes? Em outras palavras, permanece incólume o núcleo normativo do direito à não autoincriminação diante das profundas transformações tecnológicas que reconfiguram a produção e circulação de informações pessoais?

A resposta a essa problemática — bem como à questão anteriormente levantada acerca da efetividade da garantia no cenário digital — exige, como ponto de partida metodológico, a reconstrução histórico-dogmática do referido princípio, a fim de compreender suas origens, sua evolução conceitual e os fundamentos filosóficos e jurídicos que lhe conferem legitimidade no processo penal contemporâneo.

Sem desconsiderar as divergências técnico-historiográficas acerca da origem do princípio da não autoincriminação, é possível, com base na obra de Jan Martin Rybníček e Lisa Griffin, conforme citados por Cuéllar (2010, p. 100), identificar sua formulação embrionária no contexto jurídico inglês do século XVII, como reação direta às práticas inquisitoriais então empregadas pelos tribunais eclesiásticos. Segundo os referidos autores, o *nemo tenetur se ipsum accusare* emergiu como contrarreação às metodologias opressivas de extração da verdade por meio da coação, firmando-se progressivamente como um baluarte contra a autoincriminação forçada e como um marco civilizatório da racionalidade penal garantista.

A gênese religiosa do princípio — cuja estruturação está intimamente vinculada a dogmas teológicos e concepções morais próprias da tradição cristã ocidental — revela, sem pretensão de juízo de valor, que o direito processual penal sempre esteve exposto a influências paradigmáticas externas, sejam elas de ordem espiritual, filosófica ou política. Nesse sentido, torna-se legítima a hipótese de que a tecnologia, enquanto fenômeno transformador de vasta amplitude, represente atualmente não apenas um novo paradigma de enfrentamento ao modelo tradicional de garantismo penal, mas, sobretudo, uma possibilidade de sua reconfiguração. Longe de significar, necessariamente, uma ruptura, a crescente presença da inteligência artificial, da mineração de dados e da vigilância algorítmica pode ser interpretada como exigência contemporânea de readequação interpretativa, na qual o *nemo tenetur se detegere* deverá ser ressignificado à luz dos novos contornos do sujeito de direito na era digital.

Retomando-se a análise histórica do brocardo *nemo tenetur se detegere*, é oportuno ressaltar, conforme aponta Queijo (2003, p. 8), que embora sua origem remonte ao século XVII — em reação aos procedimentos inquisitoriais anteriormente praticados —, sua consolidação dogmática, ainda que embrionária, somente se deu a partir do ideário iluminista. Foi nesse contexto de reconfiguração epistemológica e político-jurídica que o princípio passou a integrar, de forma mais sistematizada, os fundamentos da teoria garantista do processo penal, sobretudo no interior da tradição liberal que emergia na Europa continental.

Mais do que um mero marco temporal, o Iluminismo representou uma verdadeira inflexão paradigmática no modo de conceber o papel do acusado no processo penal. Conforme salientam Ramos e Dias (2009, p. 9), o imputado deixou de ser concebido como um simples objeto da atividade probatória — reduzido à condição de meio de obtenção da verdade —, passando a ser reconhecido como sujeito pleno de direitos na relação processual com o Estado. Esse deslocamento de perspectiva implicou um avanço tanto quantitativo quanto qualitativo na estruturação das garantias processuais, promovendo maior equilíbrio na correlação entre *jus puniendi* e direitos fundamentais.

Nesse novo cenário, a expansão do princípio *nemo tenetur se detegere* — catalisada pelos ideais racionais e individualistas próprios do Iluminismo — passou a expressar, em termos normativos, a consagração dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação como corolários do devido processo legal. A partir de então, qualquer pessoa acusada da prática de infração penal passou a deter a prerrogativa de não contribuir para a sua própria condenação, o que representa um limite ético e jurídico à atuação do Estado na persecução penal.

Depreende-se, a partir do contexto histórico-dogmático delineado, que embora os direitos ao silêncio e à não produção de prova contra si próprio não se confundam em termos estritamente técnicos, ambos mantêm entre si uma conexão estrutural e teleológica indissociável. Conforme salientam Ramos e Dias (2009, p. 57), tais garantias não apenas compartilham a mesma matriz principiológica — o *nemo tenetur se detegere* — como também operam em complementaridade no âmbito da proteção da esfera jurídica do imputado.

O direito ao silêncio constitui uma manifestação negativa da autonomia do acusado frente à atividade estatal persecutória, enquanto a prerrogativa de não produzir provas contra si próprio amplia essa proteção para além da oralidade, alcançando outras formas de cooperação ativa que possam, direta ou indiretamente, resultar em autoincriminação.

Ambas as garantias, portanto, configuram expressões concretas da vedação ao arbítrio e do respeito à dignidade da pessoa humana no processo penal contemporâneo.

Para além de sua construção histórica e de suas manifestações tradicionais no âmbito do processo penal, a análise do princípio *nemo tenetur se detegere* sob a perspectiva dos direitos fundamentais revela-se imprescindível à compreensão de seu alcance normativo na contemporaneidade. Nessa linha, conforme assevera QUEIJO (2003, p. 54–55), referido princípio deve ser compreendido como autêntico direito fundamental, dotado de uma dimensão ampla e estruturante, não se restringindo à sua manifestação clássica — o direito ao silêncio —, mas abrangendo um conjunto mais vasto de garantias destinadas à salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra ingerências arbitrárias do aparato estatal.

Alçado à condição de direito fundamental, o princípio *nemo tenetur se detegere* adquire papel normativo central na delimitação do exercício legítimo do *ius puniendi*, funcionando como verdadeiro limite substancial à atuação do Estado na persecução penal. Nessa perspectiva, a proteção conferida ao indivíduo transcende a mera faculdade de permanecer em silêncio, estendendo-se a qualquer forma de cooperação compulsória que comprometa sua autodeterminação. Assim, trata-se de um instituto situado no núcleo dos direitos fundamentais de defesa negativa, impondo ao Estado um dever de abstenção que visa preservar a integridade moral e jurídica do imputado enquanto sujeito de direitos.

Para além dos fundamentos já delineados, importa assinalar que a *ratio essendi* do princípio *nemo tenetur se detegere* reside substancialmente na proteção do indivíduo contra eventuais excessos estatais no curso da persecução penal. Nesse sentido, QUEIJO (2003, p. 54–

55) destaca que tal postulado visa resguardar o acusado de qualquer forma de violência — seja física, seja moral — com o objetivo de constrangê-lo à colaboração no esclarecimento de infrações penais. Tal proteção abrange, por conseguinte, a vedação à utilização de métodos coercitivos ou ilícitos durante o interrogatório, como induções sugestivas, dissimulações ou quaisquer práticas incompatíveis com os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Superada a etapa de delimitação conceitual do princípio, impõe-se uma breve incursão crítica sobre as resistências históricas à sua consolidação como garantia fundamental. Tais objeções originaram-se, em larga medida, de concepções utilitaristas do processo penal, tendo entre seus expoentes teóricos Jeremy Bentham, Bonneville de Marsangy e Cesare Beccaria.

Na leitura de QUEIJO (2003, p. 10), Bentham considerava o princípio *nemo tenetur se detegere* como uma construção irrazoável, cujo efeito prático consistiria na supressão da prova mais confiável da verdade: a confissão espontânea do imputado. Sob a ótica benthamiana, o princípio configuraria obstáculo indevido à descoberta da verdade material, obstando o aproveitamento de declarações cuja relevância para o esclarecimento dos fatos delitivos seria, à luz do utilitarismo, incontestável.

No tocante à crítica de Bonneville de Marsangy, observa-se postura ainda mais contundente. Conforme relata QUEIJO (2003, p. 10), Marsangy qualificou o princípio como uma “verdadeira heresia”, sustentando que o reconhecimento do direito ao silêncio atentaria contra a racionalidade e eficácia do processo penal.

Não obstante, em fase posterior de sua obra, o autor passou a admitir, ainda que com ressalvas, a legitimidade do silêncio do acusado. Propôs, todavia, que a negativa de culpabilidade — especialmente manifestada por meio do silêncio — ensejasse agravamento da pena, como forma de desestimular a recusa à colaboração. Tal ambivalência reflete a tensão persistente entre eficiência repressiva e tutela das garantias individuais, a qual continua a marcar o debate penal contemporâneo.

No mesmo diapasão crítico, embora situado em contexto filosófico diverso, Cesare Beccaria também se posicionou de maneira contrária aos fundamentos que hoje sustentam o princípio *nemo tenetur se detegere*. Em sua obra clássica *Dei delitti e delle pene*, publicada no século XVIII, Beccaria — ainda imerso na lógica pedagógica da pena — sustentava que o silêncio do imputado durante o interrogatório deveria acarretar a aplicação das sanções mais

severas previstas em lei.

Sua justificativa repousava na convicção de que o rigor punitivo serviria como advertência pública, reforçando o papel educativo do direito penal e a necessidade de submissão do indivíduo à função repressiva do Estado (BECCARIA, 1997, p. 122–123). Ainda que se deva contextualizar tal entendimento no paradigma iluminista de sua época, é inegável que sua formulação colide frontalmente com os postulados constitucionais contemporâneos, especialmente com os que asseguram a dignidade da pessoa humana e impõem limites ao exercício do poder punitivo.

Ultrapassada, portanto, a fase de exposição conceitual e histórico-filosófica do princípio *nemo tenetur se detegere*, bem como suas conexões com a teoria dos direitos fundamentais e as objeções clássicas que lhe foram dirigidas, impõe-se, neste momento, sua análise à luz do direito comparado.

A referida garantia encontra consagração normativa em diversos diplomas internacionais e constituições estrangeiras, sendo dignos de nota: (1) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); (2) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; (3) a Constituição da República Portuguesa; (4) a Constituição do Reino da Espanha; (5) a Constituição da República Argentina; e (6) a Constituição dos Estados Unidos da América.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992), consagra expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere* como uma das garantias processuais mínimas asseguradas a toda pessoa acusada de infração penal.

Com efeito, o artigo 8º, §2º, alínea "g", dispõe que toda pessoa tem o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”, reconhecendo, de forma inequívoca, a autonomia do indivíduo diante do poder persecutório estatal. Tal previsão possui caráter universal e não admite distinção em função da natureza da infração penal imputada, incorporando-se, portanto, ao rol das garantias inerentes ao devido processo legal.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, instrumento normativo de alcance global ratificado pelo Estado brasileiro por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (BRASIL, 1992), também assegura a proteção contra a autoincriminação

forçada. Em seu artigo 14º, §3º, alínea “g”, estabelece que toda pessoa acusada de crime possui o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. A similitude entre as redações dos referidos diplomas evidencia a consolidação do princípio *nemo tenetur se detegere* como componente essencial das garantias penais e processuais no plano internacional.

Por sua vez, cumpre esclarecer a exclusão da Declaração Universal dos Direitos Humanos — aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 (ONU, 1948) — da presente análise específica. Embora o referido documento consagre importantes postulados protetivos, tais como a proibição da tortura (art. 5º) e a presunção de inocência (art. 11, §1º), não há nele menção explícita ao princípio da não autoincriminação, tampouco ao direito ao silêncio como desdobramento necessário da dignidade da pessoa humana em face da persecução penal. Essa omissão terminológica não compromete o valor da Declaração, mas explica sua não inclusão como fonte direta do *nemo tenetur se detegere* no escopo da presente investigação.

Nesse contexto, antes de se proceder à análise das previsões constitucionais e legais de países específicos, é oportuno realizar breves considerações sobre um marco peculiar e relevante na evolução da proteção internacional dos direitos fundamentais, qual seja, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e a jurisprudência correlata da Corte Europeia de Direitos Humanos, cuja contribuição tem sido decisiva para a densificação normativa e interpretativa do princípio em comento.

Embora a redação originária da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) não tenha contemplado, de forma expressa, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o texto inaugural previa, ao menos, a garantia de que todo acusado faria jus a um julgamento equitativo, conforme previsto no artigo 6º, §1º, da referida Convenção.

Tal formulação, embora genérica, representa um núcleo essencial do devido processo legal no contexto europeu, funcionando como vetor hermenêutico para a interpretação evolutiva dos direitos fundamentais no âmbito do Conselho da Europa (BOTTINO, 2009, p. 76).

Com o decurso do tempo e o crescente influxo de litígios envolvendo a temática das garantias penais e processuais, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) passou a atribuir concreção e densidade normativa ao princípio da não autoincriminação, mediante interpretação extensiva do conteúdo normativo do artigo 6º da CEDH. Como bem observa Mendes (2011, p. 129), “a jurisprudência do TEDH, baseada no art.

6º, n.º 1, CEDH, tem vindo a densificar consideravelmente o *nemo tenetur*”, inserindo-o no escopo das garantias mínimas do processo penal equitativo, a partir de uma leitura sistemática e evolutiva da Convenção.

Superada essa análise de índole supranacional, é relevante examinar o grau de normatização do princípio do *nemo tenetur se detegere* nas constituições nacionais de alguns Estados, especialmente aqueles que, direta ou indiretamente, influenciam a conformação do sistema jurídico brasileiro, seja por razões históricas, culturais ou pelo compartilhamento de compromissos internacionais. Nesse contexto, destacam-se os ordenamentos jurídicos de Brasil, Espanha, Argentina e Estados Unidos da América.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República de 1988 consagra, de forma inequívoca, a proteção contra a autoincriminação forçada, ao dispor, em seu artigo 5º, inciso LXIII, que “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).

Essa previsão normativa, inserida no núcleo duro das garantias fundamentais, integra o bloco de constitucionalidade e reveste o direito ao silêncio, bem como a vedação à autoincriminação, da natureza de cláusula pétrea.

Por força dessa qualificação constitucional, tais garantias tornam-se imunes a retrocessos legislativos ou a mitigação por normas infraconstitucionais, representando limite intransponível à atuação do legislador e das autoridades estatais no âmbito do processo penal.

A Constituição Espanhola de 1978, por sua vez, reafirma o compromisso do Estado com a proteção dos direitos fundamentais do acusado no contexto da persecução penal, estabelecendo, em seu artigo 17, §3º, que “toda pessoa detida deve ser informada de forma imediata, e de modo que lhe seja compreensível, dos seus direitos e das razões de sua detenção, não podendo ser obrigada a declarar.

Garante-se a assistência de advogado ao detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos que a lei estabeleça” (ESPANHA, 1978). Tal disposição revela não apenas a consagração do direito ao silêncio e à não autoincriminação, mas também uma preocupação explícita com a acessibilidade da informação e a proteção contra práticas coercitivas nos momentos mais críticos da intervenção punitiva estatal, especialmente no instante da privação da liberdade.

No caso da Argentina, a Constituição Nacional, reformada em 1994, estabelece, em seu artigo 18, que “nenhum habitante da Nação pode ser punido sem prévio julgamento fundado em lei anterior ao fato do processo, nem ser julgado por comissões especiais, ou afastado dos juízes designados por lei antes do fato da causa” (ARGENTINA, 1994).

Embora o texto constitucional não explicita, de forma literal, a vedação à autoincriminação forçada, a interpretação sistemática da norma, em consonância com os princípios do devido processo legal, da legalidade estrita e da imparcialidade judicial, permite inferir a existência implícita do postulado *nemo tenetur se detegere* como vetor hermenêutico indispensável à salvaguarda dos direitos do imputado.

Além das formulações constitucionais genéricas atinentes às garantias processuais penais, o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América contempla, de forma expressa, a proibição de autoincriminação forçada como cláusula pétrea do devido processo penal. Tal vedação encontra-se inserida na Quinta Emenda à Constituição Federal, promulgada em 1791, a qual dispõe que "ninguém será compelido a testemunhar contra si próprio no curso de um processo criminal" (no person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself) (EUA, 1791).

Trata-se, indiscutivelmente, de uma das expressões mais paradigmáticas do princípio do *nemo tenetur se detegere*, elevado à condição de direito fundamental e elemento estrutural do sistema processual penal norte-americano, constituindo verdadeiro baluarte contra os abusos do poder punitivo.

Como destaca Bottino (2009, p. 54), apesar da resistência inicial por parte da Suprema Corte em aplicar o referido preceito com amplitude, a jurisprudência consolidou-se, sobretudo a partir do emblemático julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, em 1966. Na ocasião, firmou-se o entendimento de que qualquer indivíduo, ao ser submetido a interrogatório pelas autoridades, deve ser previamente informado de seu direito ao silêncio, à assistência de advogado e à não autoincriminação, sob pena de nulidade das provas colhidas em desrespeito a tais garantias. A consagração da chamada *Miranda Rule* reforça o compromisso do sistema acusatório estadunidense com a proteção da autonomia individual frente ao poder estatal, mesmo em contexto de persecução penal.

Diferentemente da experiência norte-americana, o sistema jurídico português não contempla o princípio do *nemo tenetur se detegere* de forma expressa no texto constitucional.

Contudo, conforme observam Ramos e Dias (2009, p. 14-15), o referido princípio encontra amparo explícito na legislação infraconstitucional, notadamente no Código de Processo Penal português, que prevê o direito ao silêncio como uma de suas manifestações essenciais. Dentre os dispositivos aplicáveis, destacam-se os artigos 61.º, n.º 1, alínea d); 132.º, n.º 2; 141.º, n.º 4, alínea a); e 343.º, n.º 1, os quais reiteram a proibição de se compelir o arguido à autoincriminação.

Nesse sentido, o reconhecimento legislativo da não autoincriminação em Portugal guarda identidade com o modelo brasileiro, o qual, além da previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXIII, consagra o direito ao silêncio e sua não interpretação em desfavor do réu no âmbito infraconstitucional. O artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal Brasileiro (BRASIL, 1941), dispõe expressamente que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, reforçando a proteção do acusado frente a eventuais pressões estatais durante a instrução processual penal.

Essa análise comparativa evidencia que, apesar das diferentes formas de recepção e positivação do *nemo tenetur se detegere* nos sistemas jurídicos estudados, há uma convergência substancial quanto ao seu núcleo protetivo, centrado na dignidade da pessoa humana e na limitação do poder punitivo estatal.

Sobre o tema (SCHWINN, 2013), é importante destacar o que ocorreu no caso *Maryland v. King*, 569 U.S. 435 (2013). Alonzo Jay King Jr. foi preso por agressão de primeiro e segundo graus. O caso foi julgado perante a Suprema Corte Norte Americana em fevereiro de 2013, e um veredicto foi divulgado quatro meses depois, em junho de 2013.

De acordo com o protocolo da polícia de Maryland, a Lei de Coleta de DNA de Maryland, uma amostra de DNA foi retirada de King no momento da prisão e inserido no banco de dados de Maryland. Foi comparado a um caso de estupro não resolvido em 2003.

Um oficial de Maryland apresentou as provas a um grande júri do condado de Wicomico, que pediu uma acusação e obteve um mandado para obter uma segunda amostra de DNA bucal que poderia ser usada como prova incriminatória para o caso de estupro de 2003.

King apresentou uma moção para suprimir as evidências de DNA, afirmando que elas infringiam seus direitos previstos na Quarta Emenda, que proíbe buscas e apreensões injustificadas, no Tribunal de Circuito do Condado de Wicomico.

Sua moção foi negada e King se declarou inocente da acusação de estupro e recorreu da decisão. O Tribunal de Apelações de Maryland reverteu então a decisão original, concordando que a amostragem de DNA era uma violação da Quarta Emenda e não poderia ser utilizada como prova.

O Estado de Maryland recorreu então da decisão e pediu que o caso fosse revisto pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Ao analisar o caso e as teses jurídicas em conflito, a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que um esfregaço na bochecha visando a obtenção do DNA de um preso é comparável a impressões digitais e, portanto, um procedimento legal de registro policial que é razoável com base na Quarta Emenda.

A maioria equilibrou os interesses do Estado relativos à detenção e acusação dos detidos contra os interesses dos indivíduos afetados na sua integridade corporal e privacidade informativa.

Concluiu a Corte que é constitucionalmente razoável que o Estado empreenda a intrusão física “insignificante” de esfregar o interior das bochechas do detido legitimamente detido e utilizar dados limitados do DNA para determinar se o indivíduo pode estar associado a uma cena de crime ou a uma vítima.

Analisado o contexto do princípio do *nemo tenetur se detegere*, a realidade legislativa estrangeira e aquela presente no Brasil, oportuno trazer à baila importante discussão que, mais à frente, terá reflexo no desenvolvimento do presente trabalho, qual seja: os limites existentes em relação ao direito de mentir do acusado.

A temática do direito de mentir, enquanto projeção do princípio do *nemo tenetur se detegere*, revela-se uma das questões mais sensíveis e debatidas no âmbito do processo penal contemporâneo. De acordo com Dias Neto (1997, p. 187), "a mentira é um direito do acusado desde que sua prática não resulte em crimes", posicionamento que permite entrever a complexidade normativa e ética que envolve o tema, especialmente quando contraposto aos limites objetivos da licitude e aos valores fundantes do devido processo legal.

Para que se possa alcançar uma compreensão sistêmica e comparada da controvérsia, é relevante a análise pontual das abordagens adotadas por sistemas jurídicos de matriz continental europeia, com destaque para os ordenamentos português, alemão, italiano e espanhol.

No contexto do Direito Português, a doutrina apresenta diferentes nuances interpretativas a respeito da licitude da conduta mendaz do acusado. Manuel Lopes Maia Gonçalves sustenta que, diante da ausência de exigibilidade de veracidade por parte do réu, a discussão perde relevância prática substancial, uma vez que inexiste um dever jurídico de colaborar com a verdade factual (QUEIJO, 2003, p. 233). Em sentido análogo, Costa Andrade, ao remeter-se à lição de Castanheira Neves, observa que "o que ninguém exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora" (QUEIJO, 2003, p. 233). Trata-se, portanto, de um reconhecimento da legitimidade do silêncio ou da omissão estratégica como instrumentos de autodefesa, repudiando-se práticas de persecução penal incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Não obstante essa postura garantista, parte da doutrina lusa adota uma abordagem mais restritiva. Jorge de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva asseveram, com clareza, que não há propriamente um "direito de mentir" assegurado ao acusado; o que se admite, nesse caso, é a não exigibilidade de veracidade em sua conduta processual. Tal distinção sutil, porém significativa, visa evitar a legitimação da falsidade como prerrogativa positiva, restringindo-se a uma dispensa de veracidade cuja função é preservar a não autoincriminação (QUEIJO, 2003, p. 233).

Esse debate coloca em evidência os limites entre o exercício legítimo da autodefesa e o risco de colidir com outros bens jurídicos relevantes, como a boa-fé processual, a segurança jurídica e a tutela da verdade no processo penal.

No âmbito do Direito Alemão, a doutrina majoritária apresenta uma perspectiva amplamente garantista acerca da temática do direito de mentir, ancorada nos postulados do *nemo tenetur se detegere*. Dias Neto, ao citar Claus Roxin, pontua que este, “em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada como indício de autoria e culpa nem tampouco como critério para aumento de pena. Num mesmo sentido, considera inadmissível a advertência judicial à verdade, enquanto que o incentivo à mentira pelo advogado deve ser permitido” (DIAS NETO, 1997, p. 188). Para Roxin (1998, p. 40), a liberdade de declarações deve ser interpretada de forma ampla, abarcando tanto o direito ao silêncio quanto o direito à apresentação de versões inverídicas que visem à própria defesa, sem que isso configure ilícito ou mereça qualquer reprovação penal.

No Direito Italiano, a doutrina revela-se menos uniforme, existindo marcadas divergências sobre o alcance do princípio e a admissibilidade da mentira como manifestação legítima da autodefesa. De acordo com o levantamento sistematizado por Queijo (2003, p. 233-234), autores como Marco Boschi, Paola Felicioni, Oliviero Mazza e Paolo Tonini sustentam que inexistente um verdadeiro “direito de mentir” por parte do acusado, defendendo que a única conduta autorizada seria o silêncio, em conformidade com os limites do princípio da lealdade processual. Por outro lado, doutrinadores como Ramajoli e Maria Elisabetta Cataldo adotam posição diametralmente oposta, reconhecendo que do *nemo tenetur se detegere* “decorre não somente o direito ao silêncio, como também o direito de mentir, sem qualquer discriminação, seja a mentira sutil ou não”. Segundo Cataldo, conforme sublinha Queijo, o acusado detém “um verdadeiro e próprio direito de mentir, já que não presta juramento nem pode ser processado por falso testemunho”, o que afastaria qualquer reprimenda jurídica à sua conduta defensiva (QUEIJO, 2003, p. 234).

Numa abordagem mais pragmática, Sergio Badellino argumenta que “a possibilidade de mentir, pelo acusado, advém da ausência de previsão legal do dever de colaborar”, restringindo-se, portanto, à ausência de sanção como evidência de licitude. Já Orazio Campo sustenta que “a discussão sobre a existência de um direito à mentira é irrelevante, na medida em que não podem ser impostas sanções ao acusado que mente”, enfatizando o caráter instrumental do princípio, e não necessariamente a consagração positiva de um direito subjetivo à falsidade.

No tocante ao Direito Espanhol, a doutrina também reconhece, com certa nitidez, a possibilidade de o acusado adotar versões inverídicas em sua autodefesa, sem que isso represente conduta passível de punição. José María Asencio Mellado assevera que existe um verdadeiro “direito à mentira, na medida em que esse comportamento do acusado não pode ser sancionado ou dele se extraírem consequências prejudiciais”, embora admita que as inverdades podem ser utilizadas pelo juízo para avaliar a credibilidade geral da narrativa defensiva (QUEIJO, 2003, p. 234). Trata-se, portanto, de uma aceitação jurídica da mentira no processo penal, desde que dissociada de elementos típicos que configurem delitos autônomos, como a denúncia caluniosa ou o falso testemunho.

A partir dessa análise comparada, revela-se a pluralidade de abordagens acerca da permissibilidade ou não da mentira por parte do acusado nos sistemas penais europeus continentais. No entanto, em todos os modelos, permanece firme o compromisso com a não

autoincriminação, seja por meio do reconhecimento do silêncio como direito absoluto, seja, em algumas hipóteses, pela admissão da versão inverídica como instrumento legítimo de defesa.

Até o momento, restou evidenciado que o princípio do *nemo tenetur se detegere* encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no art. 8º, inciso II, alínea “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), no art. 5º, incisos LV e LXIII, da Constituição Federal de 1988, e no art. 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Cumpre salientar, desde logo, a estreita vinculação desse princípio à cláusula constitucional da ampla defesa, cujo exercício se desdobra em duas manifestações distintas: a defesa técnica, realizada por profissional habilitado, e a autodefesa, exercida diretamente pelo imputado.

É no âmbito da autodefesa que se insere, com maior intensidade, a proteção conferida pelo *nemo tenetur se detegere*, autorizando o silêncio do acusado e vedando que tal conduta seja interpretada em seu desfavor. A controvérsia, no entanto, reside não na prerrogativa de permanecer calado — amplamente reconhecida —, mas na extensão do direito de mentir, especialmente no plano jurisprudencial.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm afirmado, de modo reiterado, que o réu, enquanto titular do direito à autodefesa, pode, sim, fazer uso da inveracidade em suas declarações, desde que tal comportamento se relacione exclusivamente com os fatos objetos da persecução penal. Em outras palavras, a mentira, nesse contexto, configura uma estratégia defensiva legítima, enquanto expressão do *nemo tenetur*, desde que não extrapole os limites da legalidade penal.

Entretanto, por não se tratar de um direito absoluto, a autodefesa encontra balizas normativas intransponíveis. A conduta do imputado não será amparada pelas garantias constitucionais quando: (i) sua declaração configurar delito autônomo, como a denúncia caluniosa, prevista no art. 339 do Código Penal; (ii) apresentar documentos falsificados com o intuito de ocultar sua identidade, incorrendo no crime do art. 304 do CP; ou, ainda, (iii) atribuir-se falsa identidade perante a autoridade, hipótese tipificada no art. 307 do mesmo diploma repressivo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 640.139 RG, consignou que o exercício da autodefesa não legitima a prática de ilícito penal, concluindo pela tipicidade da conduta de aquele que, com o propósito de ocultar antecedentes

criminais, apresenta falsa identidade à autoridade policial. Em outro precedente paradigmático, reafirmou-se o entendimento de que configura o delito do art. 307 do Código Penal a atribuição de identidade diversa com a intenção de obstruir a identificação do agente, mesmo em situações de flagrância.

No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a matéria no julgamento do RHC 51.531-RO, veiculado no Informativo nº 580, reiterou que é típica a conduta do acusado que, ao ser preso em flagrante, atribui a si identidade falsa, ainda que sob a alegação de exercício da autodefesa.

Importa, ademais, trazer à baila outro importante debate jurisprudencial, qual seja, aquele relacionado à extração de dados de aparelhos celulares sem prévia autorização judicial.

No julgamento do RHC 67.379-RN, a 5ª Turma do STJ entendeu que, embora a apreensão do aparelho seja possível na hipótese de flagrante delito, o acesso ao conteúdo das mensagens ali armazenadas encontra-se protegido por sigilo constitucional, sendo imprescindível, para sua quebra, autorização judicial específica, sob pena de nulidade das provas obtidas.

O argumento central, sustentado pela defesa técnica nesses casos, repousa sobre a violação ao art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que assegura o sigilo das comunicações, bem como ao próprio princípio do *nemo tenetur se detegere*, na medida em que a devassa não autorizada de dados pessoais, especialmente de natureza íntima ou sensível, compromete diretamente o direito à não autoincriminação.

Consoante jurisprudência consolidada do STJ, a ausência de autorização judicial para extração de dados compromete a licitude da prova, sendo inválidas as informações obtidas a partir da análise de conversas registradas em aplicativos de mensagens instantâneas, ainda que o celular tenha sido apreendido em contexto de flagrante.

Não obstante, em decisão mais recente, divulgada no Informativo nº 617 do STJ, relativo ao RHC 86.076-MT, a 6ª Turma afastou a ilicitude da perícia realizada em aparelho celular entregue voluntariamente pela esposa da vítima fatal, entendendo que, nesse caso específico, não haveria afronta ao direito à intimidade ou necessidade de autorização judicial, por se tratar de dispositivo de titularidade de terceiro — a vítima — e não do imputado.

Delineado, pois, o panorama normativo, doutrinário e jurisprudencial sobre o *nemo tenetur se detegere*, impõe-se, agora, enfrentar os novos desafios impostos ao processo penal contemporâneo, especialmente no que tange à incorporação de tecnologias digitais e de sistemas automatizados de tomada de decisão, os quais, não raro, colocam em xeque os princípios estruturantes do devido processo legal.

Com efeito, torna-se imprescindível, neste contexto, problematizar os limites ético-jurídicos da utilização da inteligência artificial na persecução penal. A concepção moderna de inteligência artificial, inicialmente formulada por John McCarthy em 1955, não se confunde com a mera automação de processos ou com sistemas de reconhecimento facial, de voz ou de padrões gráficos. Para que se possa falar em inteligência artificial em sentido próprio, é necessário que o sistema possua capacidade de operar com base em contexto, o que pressupõe, entre outras características, algum nível de abstração semântica e adaptabilidade lógica — dimensões ainda distantes do estágio tecnológico atual.

Conforme adverte Pedrina (2019), os algoritmos atualmente utilizados em tarefas rotineiras, conquanto sejam eficientes em executar funções específicas, não são dotados de verdadeira inteligência, porquanto incapazes de interpretar sentidos, compreender nuances culturais ou ajustar-se a variações contextuais complexas. Trata-se, portanto, de modelos estatísticos baseados em padrões de repetição, desprovidos de consciência, intenção ou discernimento moral — elementos indispensáveis ao ato de julgar.

Essa limitação tecnológica implica sérias consequências no plano jurídico. Sistemas que produzem respostas automáticas, ainda que eficientes sob a ótica técnica, não são aptos a lidar com os elementos subjetivos do processo penal, como as motivações humanas, os conflitos de versões, as ambiguidades discursivas e os significados culturais. Como bem observam Berwick e Chomsky (2017), a linguagem humana não se reduz a um conjunto de signos articulados logicamente, mas constitui expressão de uma faculdade cognitiva específica, denominada *merge*, que permite combinar conceitos e gerar significado.

A esse respeito, Winston (2011) sustenta que a verdadeira medida da inteligência não está na mera resolução de problemas, mas na capacidade de compreender contextos e adaptar respostas conforme os valores e afetos envolvidos em cada situação. Por conseguinte, a utilização de tecnologias que operam com base em respostas médias, descontextualizadas e

invariáveis, compromete não apenas a legitimidade da prova penal, mas o próprio ideal de justiça.

Retornando aos estudos realizados por Barbas (2007, p. 638), “apesar de a genética poder ter alguma influência nesta área, não é possível falar num único factor determinante da conduta criminosa”, sendo correto afirmar, portanto, que o comportamento criminoso deriva de uma série de fatores.

Outra questão complexa relacionando genomas e direito processual penal diz respeito à investigação naquela área através da colheita do DNA, seja aquele existente na cena do delito, seja em possíveis suspeitos.

A temática envolve uma série de questionamentos, desde aquele relativo à natureza jurídica dos laboratórios que poderiam efetivar o exame (apenas os públicos ou se, de igual modo, os laboratórios privados), passando para possíveis etiquetamentos sociais dos indivíduos, baseados justamente em seus respectivos DNA's (BARBAS, 1989, p. 284).

No que tange aos questionamentos, Barbas (2007, p. 643) propõe questionamentos que, na atualidade, ainda são relevantes, a saber: é ou não admissível a sujeição compulsória a teste genético para efeitos de investigação criminal? A investigação dever-se-á circunscrever ao DNA não codificante? E este DNA não merece ser objeto de tutela específica? O teste genético violaria o direito à integridade física e à liberdade?

Diferentemente dos marcadores genéticos tradicionais, cuja utilização ocorreu até a década de 1980, o perfil de DNA de uma pessoa pode ser obtido a partir de qualquer tipo de células (BARBAS, 2007, p. 647).

Feita a identificação do gene através de sondas especiais, o procedimento costumeiramente adotado é a *Polymerase Chain Reaction* (PCR), o qual torna possível a ampliação *in vitro* de pequenas sequências de DNA, o que permite examinar o perfil genético de amostras que tenham apenas quantidades reduzidas de DNA (PINHEIRO, 1998, p. 151).

Independentemente de eventuais questionamentos que possam (e surgirão) a respeito da utilização do DNA em investigações criminais, fato é que graças a essa importante ferramenta, tem sido “possível libertar os falsos suspeitos e, simultaneamente, provar a culpa dos reais agressores que só podem cruzar os braços perante as evidências científicas” (BARBAS, 2007, p. 651).

Acerca da admissibilidade (ou não) da sujeição compulsiva a testes de DNA, é importante proceder ao exame da legislação internacional para, na sequência, examinar a realidade legislativa brasileira, pano de fundo legislativo que é fundamental para a absorção plena do conteúdo.

No plano internacional, utilizando-se por base a pesquisa feita por Barbas (2007, p. 653), podem ser citados os seguintes diplomas normativos, a saber:

- a) Convenção Europeia nº 108, cujo objetivo foi a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, celebrada em Estrasburgo, em 28 de janeiro de 1981.
- b) Recomendação nº R 15, de 17 de setembro de 1987, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, destinada a regulamentar a utilização de dados de caráter pessoal no setor da polícia.
- c) Recomendação nº R 1, de 10 de fevereiro de 1992, oriunda do Comitê de Ministros da Europa, relativa à utilização de análises de DNA no âmbito do sistema de justiça criminal.
- d) Resoluções do Conselho da União Europeia, datadas de 9 de junho de 1997 e de 25 de junho de 2001, relativas ao intercâmbio de resultados de testes de DNA.

A Resolução R 1, de 1992, por exemplo, instituiu que o recolhimento de material biológico apenas pode ser feito nos termos previstos em cada ordenamento jurídico. Diante desta realidade normativa, diversos países elaboraram as respectivas legislações para disciplinar essas questões, podendo ser citados como exemplo o Reino Unido, ao instituir o *Criminal Justice and Public Order Act*, e a Holanda, quando da promulgação da Lei nº 596/1993 e o Decreto nº 522/1994, países que permitem a realização dos testes genéticos mesmo que não haja o consentimento do testado para fins de investigação criminal (BARBAS, 2007, p. 654).

Sobre o tema, importante destacar que a Resolução do Conselho da União Europeia, datada de 9 de junho de 1997, ressaltou a importância da análise de informações obtidas através das amostras de DNA, sendo, ressaltadas, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos fundamentais. Além disso, conclamou os Estados-membros a adotarem a criação de dados base de DNA, devendo ressaltar, contudo, que referidos países são livres para estabelecer quais serão os delitos a serem constatados sob a base de dados, bem como que o recolhimento deve ser feito seguindo os procedimentos com vistas à garantia da integridade física do indivíduo.

Preocupado com a aplicação prática daquilo que foi disposto no bojo da aludida resolução, o Conselho afirmou, por fim, que fosse feito um estudo aprofundado no que concerne à criação de redes de bases de DNA, ofertando, acima de tudo, segurança e proteção de dados de cada indivíduo, bem como que, após um ano de efetivação das bases normativas internas, fossem ofertados pareceres concretos relacionados à sua aplicação, como medida de acompanhamento/monitoramento da situação.

Na Espanha, tanto a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, antecedida pela *Ley Orgánica* 15/2003, possibilitaram a efetivação de testes genéticos, mesmo que sem o consentimento do próprio indivíduo testado (BARBAS, 2007, p. 654).

Já na Alemanha, em que pese o “§ 81 a)” possibilitar a coleta coercitiva de sangue do indivíduo submetido a um processo penal, doutrina e jurisprudência passaram a levantar sérias questões quando o assunto é a mesma autorização no sentido de viabilizar a coleta de material genético, pois, aqui, dentre outros, está em jogo o direito fundamental à autodeterminação informacional. Nesse sentido, foram elaboradas as Leis de 17 de março de 1997 e a de 10 de setembro de 1998, ocasião em que houve o acréscimo dos itens §81 e), §81 f), §81 g) ao Código de Processo Penal Alemão (ALEMANHA, 1975).

Diante desse cenário, o material recolhido, à luz do procedimento descrito no item § 81 a) apenas poderá ser posteriormente examinado caso exista uma determinação judicial prévia e expressa por escrito, devendo os exames serem adstritos ao estritamente necessário para fins de identificação, bem como deve ocorrer a destruição imediata do material recolhido após a realização do ato (BARBAS, 2007, p. 655).

Em relação ao direito português, por disposição expressa do item nº 1, do artigo 172, do Código de Processo Penal Português, todo o indivíduo que pretenda eximir-se ou, ainda, obstar, a realização de exame devido, poderá ser obrigado por decisão da autoridade judiciária competente, destacando ainda o item nº 2 que, exames que possam comprometer a moral, devem ser realizados de forma a resguardar, o máximo possível, a dignidade da pessoa que está sendo submetida à exame (PORTUGAL, 1987).

No mesmo sentido, caminhou a Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, inclusive destacando que, o não comparecimento no dia e local designados, será comunicado à autoridade judicial competente (BARBAS, 2007, p. 656).

A respeito da realidade do direito português, concordando com Barbas (2007, p. 659), deve ser criada uma lei específica para tratar acerca da coleta coercitiva de material genético,

principalmente, no sentido de condicionar a coleta ao consentimento informado, verdadeira bússola democrática a respeito do tema (BARBAS, 2007, p. 659).

Em outras palavras, o teste genético apenas deve ser realizado sob a tutela do poder judiciário e com a estrita especificação dos seus objetivos, bem como do teste a ser realizado, devendo ser usado apenas o DNA não codificante pelas autoridades policiais, tudo isso a salvaguardar a privacidade do investigado relacionada a outras esferas de interesse (BARBAS, 2007, p. 662).

Evidencia-se a importância dos estudos do genoma humano quando Stela Barbas (2007) traz elementos cruciais a serem considerados, em especial que devemos buscar compreender a criminalidade em seus aspectos recentes, cada vez mais organizada e carregando uma visível hostilidade, complexa e extensa; ao lado dos desequilíbrios sociais, dos novos valores humanísticos, das mutações evidentes na sociedade e no campo científico, assim como as rápidas mudanças no campo político, econômico e social, aliando-se aos desajustes culturais, e às exigências na esfera da saúde, do bem-estar material, cultural, assistencial e das liberdades, tudo isso como referência na amplitude conceitual da ideia de dignidade humana, sendo que as respectivas carências e deficiências prestacionais, em tais sendas, funcionariam como fatores a conduzir expressões e manifestações de não adaptação social.

Ao passo em que a realidade produzida com as demandas de consumo tem norteado as concepções e estilos de vida, afetando mesmo a própria personalidade do indivíduo; havendo uma multiplicidade de fatores e áreas do conhecimento humano envolvidas com o estudo do crime, atualmente contando com franca expansão dos modelos biológicos, psíquicos e sociais, na busca por compreender as pessoas e os fatores que poderiam influenciar e condicionar os comportamentos, sendo precisamente o modelo biológico aquele que tem apresentado mais polêmica, na atualidade, em razão dos avanços nos estudos do genoma humano.

Na perspectiva de Stela Barbas (2007) os limites da influência do programa do genoma humano, que traz de volta uma discussão do século XIX, sobre a correlação entre a constituição genômica do indivíduo e a possível prática do crime, advindo, assim os dilemas quanto à explicação da prática do crime por meio da análise do genoma, e a própria (im) possibilidade de se rever toda a problemática da culpa para efeitos de responsabilidade penal.

Nesse ponto, na senda também da compreensão de Stela Barbas (2007) tem-se que a consistência do estudo do genoma humano deve estar diretamente ligada à indispensabilidade do afastamento do determinismo e ainda que não seja possível ressuscitar, na sua íntegra, as

teorias de Lombroso acerca do criminoso nato, subsiste o risco de, num futuro não muito distante de se substituir as noções de delito e delinquente pelos conceitos técnicos da sociopatia e do sociopata, em lugar de criminoso ou delinquente e como consequência, a modificação da ideia de pena pelo conceito de tratamento de natureza terapêutica. Em todo caso, diante da inexistência da confirmação científica da legalidade genômica, tal componente (genômico) do crime não pode ser subestimado nem supervalorizado, na medida em que o criminoso é produto de vários fatores (biológicos, psicológicos, sociais e econômicos) todos em completa interação, o que afastaria o caráter genômico, por si só, como uma causa de não responsabilização daquele que viola a norma penal.

A tese de doutoramento de Stela Barbas serve, também, como relevante marco teórico do presente estudo, em matéria de genoma humano, reproduzindo aqui menos certezas e grande parte das dúvidas e angústias advindas dos estudos do genoma humano, quando suscita a eventual determinante correlação entre a constituição genômica e a prática do crime, com densa exposição acadêmica, tratando, inclusive do Neolombrosianismo que surge, também, no centro deste debate, extraindo-se referenciais teóricos que auxiliaram no desenvolvimento da nossa pesquisa (2007, p. 627-651), considerando que:

- a) o crime é uma realidade inexorável na sociedade e se faz crucial a compreensão de sua relevância, complexidade, hostilidade e organização atualmente;
- b) não se pode perder de vista a dinâmica social, as desigualdades e desequilíbrios, aliados à crise de determinados conceitos, hábitos e valores, bem como as pressões, a instabilidade das estruturas, o esforço necessário para a adaptação a uma vida social e científica em constante mutação, as rápidas e diversas mudanças políticas, econômicas e sociais, as legítimas exigências em matéria de políticas públicas de saúde, de assistência, a nova dinâmica cultural que significam novos paradigmas para a ideia de dignidade humana;
- c) a nova dinâmica das relações de produção, de comunicação e os destinatários de um novo consumo que provoca grandes repercussões nas relações sociais, moldando a própria ideia de personalidade individual e coletiva;
- d) a multiplicidade de fatores e áreas do conhecimento humano envolvidas com o estudo do crime, atualmente conta com franca expansão dos modelos biológicos, psíquicos e sociais, buscando a compreensão do indivíduo, ao lado dos fatores que podem influenciar e condicionar os comportamentos. E é precisamente o modelo

biológico, diante dos estudos do genoma humano, que mais polêmicas tem suscitado;

- e) se faz importante pesquisar os limites da influência do Programa do genoma humano, que traz de volta uma discussão do século XIX, naquilo que envolve a relação entre a constituição genômica do indivíduo e a prática do crime;
- f) se admite-se que a prática de um crime pode ser explicada por meio da composição do genoma, se faz necessária a revisão da ideia de culpa na mensuração da responsabilidade penal. Surgindo a dilemática incerteza quanto à imposição de um julgamento ou quiçá de um tratamento médico;
- g) nesse sentido, tem-se ideias deterministas que chegam ao extremo de sustentar que a atividade humana não dependeria de sua livre vontade, mas seria o resultado de linhas de atuação previamente estipuladas que escapariam ao controle do indivíduo, não passando o livre-arbítrio de uma mera ilusão, podendo mesmo se afirmar a existência de um “essencialismo genético”;
- h) são geradas dúvidas científicas que contrastam e põem em discussão e choque a ideia do livre-arbítrio do autor do crime e sua possível ligação insuperável com sua composição genômica, contra ela não podendo resistir, não sem antes se apontar para a possibilidade de surgimento de um Direito penal voltado a proteger os que delinquem, em uma perspectiva neolombrosiana;
- i) a autora afirma ser indispensável o afastamento nessas investigações da tentação de se incorrer em um determinismo que permitiria ressurgir ultrapassadas teorias lombrosianas relacionadas com a ideia do criminoso nato, havendo um risco futuro de se substituir as noções de crime e de criminoso, pela ideia de sociopatia e de sociopata, alterando-se a pena corporal pelo tratamento cabível.
- j) por fim, relembra a autora, que ainda não há confirmação científica acerca da legalidade genômica, sendo que o componente genômico não pode hoje sofrer valorização além, muito menos aquém do necessário até que se alcance (caso se alcance) uma confirmação científica derredor de sua legalidade, não se podendo desconsiderar que variados fatores interferem e influenciam a prática criminosa, em especial aqueles de natureza econômica, social, biológica e psicológica.

O estudo do Direito do Genoma Humano no Brasil revela um campo em constante evolução, onde as inovações tecnológicas desafiam as normas jurídicas tradicionais e a proteção dos direitos fundamentais.

No capítulo seguinte, discutiremos a aplicação dos bancos de dados de perfis genéticos no Direito Penal no contexto do expansionismo penal e como essa prática está redefinindo a justiça criminal no Brasil.

CAPÍTULO 4: BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS NO DIREITO PENAL

O presente capítulo conecta a teoria do expansionismo penal de Jesús María Silva-Sánchez ao contexto brasileiro, analisando como o Direito Penal no Brasil incorpora tecnologias e práticas de controle social, como os bancos de dados genéticos

4.1 Expansionismo Penal e Bases Teóricas

O presente tópico tem como objetivo específico examinar, de forma crítica e aprofundada, o conceito de expansionismo penal formulado por Jesús-María Silva Sánchez, suas origens teóricas, seu desenvolvimento histórico e as objeções doutrinárias que lhe são comumente dirigidas no cenário contemporâneo do Direito Penal.

Para tanto, propõe-se uma análise preliminar das categorias sociológicas de “sociedades pós-industriais” e da “pós-modernidade”, conforme delineadas no referido marco teórico. A partir desse panorama, buscar-se-á compreender de que modo essas transformações estruturais influenciam o recrudescimento do poder punitivo nas sociedades ocidentais, culminando em um Direito Penal de emergência e de risco.

Na sequência, será abordada a configuração singular do que se convencionou chamar de “modernidade tardia brasileira”, expressão que, embora inspirada em marcos analíticos estrangeiros, revela contornos próprios e especificidades locais, especialmente no que tange à seletividade penal, à expansão simbólica do Direito Penal e à sua relação com a cultura institucional autoritária.

Fazendo um breve paralelo, a modernidade enfrentou contradições internas devido à amplitude de suas propostas, marcando sua matriz paradigmática por excessos e déficits. O objetivo era alcançar um desenvolvimento harmonioso entre regulação e emancipação, racionalizando a vida coletiva e individual. No entanto, esse ideal enfrentou desafios crescentes ao longo do tempo, como a ascensão do capitalismo em diferentes fases: liberal, organizado e financeiro/monopolista do Estado. Portanto, no capitalismo liberal do século XIX, o mercado dominou, reduzindo o princípio da comunidade e impulsionando a industrialização. No capitalismo organizado, entre o final do século XIX e as duas guerras mundiais, o Estado interveio mais na regulação dos conflitos entre capital e trabalho, surgindo o Estado-Providência. Já no capitalismo financeiro, a partir dos anos 1960, o mercado globalizado se tornou mais dominante, resultando em uma sociedade fragmentada e consumista (FRAGA, 2010, p. 680 - 682).

Essa sociedade de consumo, marcada pela liquidez moderna, promove um estilo de vida consumista, incentivando a constante busca por novos produtos e a rápida substituição dos antigos. Os shoppings centers se tornam templos do consumo, onde as mercadorias são exibidas para alcançar valor de mercado. No entanto, essa cultura do consumo perpetua a insatisfação e a necessidade constante de novidades, criando uma sociedade onde os indivíduos buscam atender aos padrões do mercado para serem consumidos. Assim, a modernidade passa por uma fase "líquida", globalizada e marcada pela busca incessante por novidades e pela efemeridade dos produtos e valores, desafiando os ideais originais de racionalização e emancipação (FRAGA, 2010, p. 685).

Na sequência, proceder-se-á à análise do fenômeno do expansionismo penal em sua essência, com especial atenção às suas manifestações normativas, jurisprudenciais e político-criminais. Nesse contexto, ocupará lugar central a teoria das “duas velocidades do Direito Penal”, proposta por Jesús-María Silva Sánchez, cuja formulação distingue entre um Direito Penal de primeira velocidade — garantista e tradicional — e um Direito Penal de segunda velocidade — marcado pela flexibilização de garantias processuais, pela antecipação da tutela penal e pela ampliação dos bens jurídicos tutelados.

No Brasil, o expansionismo penal se reflete na ampliação do uso de tecnologias para fins de vigilância e controle social, como o banco de dados de perfis genéticos. A introdução da Lei nº 12.654/2012, que regulamente a coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes hediondos, exemplifica como o sistema penal brasileiro adota medidas que ampliam o alcance do Direito Penal, aproximando-se no contexto tratado por Silva-Sánchez, do que se pode descrever como a “quinta velocidade” do Direito Penal.

Essa expansão não apenas redefine os limites da atuação estatal, mas também levanta questões sobre a proporcionalidade e os direitos fundamentais.

4.1.1 Análise do Expansionismo Penal por Jesús-María Silva Sánchez

A análise da teoria do expansionismo penal trazida por Sánchez se relaciona com o objeto central da presente tese, qual seja, a utilização do banco de dados de perfis genéticos no âmbito do direito penal. O referido autor espanhol, na obra “A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais” desenvolve as chamadas “velocidades do direito penal” utilizando-se do roteiro a seguir delineado.

No capítulo inaugural de sua obra de referência sobre a temática, Jesús-María Silva

Sánchez empreende uma rigorosa análise das causas subjacentes ao fenômeno contemporâneo da expansão do Direito Penal. Com base em criteriosa sistematização, o autor organiza tais fatores em oito categorias analíticas distintas: (1) o surgimento de novos interesses juridicamente tutelados; (2) o aparecimento de riscos inéditos e de elevada complexidade; (3) a progressiva institucionalização da insegurança como elemento estruturante das políticas públicas; (4) a difusão de uma percepção social generalizada de vulnerabilidade; (5) a identificação majoritária da sociedade com a figura da vítima como sujeito de referência normativa; (6) a perda de legitimidade das instâncias tradicionais de contenção social, com a concomitante ascensão de atores "atípicos" de regulação moral — os denominados *atypische Moralunternehmer*; (7) o reposicionamento da esquerda política, notadamente no contexto da política criminal social-democrata europeia; e, por fim, (8) a emergência do gerencialismo como lógica operacional complementar no processo de expansão do sistema penal.

No que se refere ao primeiro dos fatores, Sánchez sustenta que o Direito Penal deve ser compreendido, em sua essência, como instrumento de proteção estatal de bens jurídicos dotados de especial relevância social e axiológica (SÁNCHEZ, 2013, p. 27). Nesse cenário, a expansão penal aparece como resposta normativa à emergência de novos bens jurídicos ou à revalorização de bens já reconhecidos por outros ramos do ordenamento jurídico, os quais passam, então, a ser tutelados pela esfera penal.

As razões subjacentes ao surgimento desses novos bens jurídico-penais podem, segundo o autor, ser sintetizadas em duas vertentes: de um lado, a conformação ou difusão de novas realidades socioculturais que demandam regulação; de outro, a deterioração progressiva de contextos outrora abundantes, os quais se tornam escassos e, por isso mesmo, assumem valor jurídico acrescido. Como exemplo paradigmático desse segundo grupo, o autor menciona a proteção ambiental, cuja importância penal decorre da crescente rarefação dos recursos naturais (SÁNCHEZ, 2013, p. 27).

Uma terceira razão que impulsiona a ampliação do campo penal reside na atribuição de maior densidade valorativa a determinados bens em virtude de transformações históricas, sociais e culturais. O patrimônio histórico-artístico, por exemplo, emerge como objeto de tutela penal em razão de sua crescente valorização simbólica e identitária ao longo do tempo.

No contexto brasileiro, entretanto, a realidade apresenta contornos distintos. Em face da proliferação normativa e do inchaço legislativo penal, observa-se uma dualidade: de um lado,

a preocupação legislativa concentrada na tutela de bens públicos em sentido lato; de outro, uma atenção relativamente recente e incipiente ao patrimônio histórico e cultural.

Exemplo dessa tendência é a promulgação da Lei nº 13.531/2017 (BRASIL, 2017), que promoveu alterações significativas no Código Penal, especialmente no inciso III do art. 163 e no §6º do art. 180, ampliando as hipóteses qualificadoras do crime de dano e agravando a repressão à receptação de bens públicos. No primeiro caso, o crime de dano passa a ser qualificado quando cometido contra o patrimônio de entes públicos e concessionárias de serviços públicos, o que denota uma ampliação do espectro de tutela estatal. No segundo, o legislador prevê o agravamento da pena nos casos em que o crime de receptação recaia sobre bens pertencentes ao Distrito Federal, autarquias, fundações públicas e empresas públicas.

Entretanto, tal movimento não é uniforme. O delito previsto no art. 165 do Código Penal — referente à entrega de direção de veículo automotor a pessoa não habilitada — permaneceu inalterado, mesmo após as referidas reformas. Com pena privativa de liberdade de seis meses a dois anos, tratada de modo alternativo à pena de multa, tal infração penal não revela, na prática, a mesma preocupação do legislador com a eficácia repressiva do Direito Penal, evidenciando um contraste com as tendências observadas em ordenamentos europeus.

Concluindo o tópico, é oportuno invocar a contribuição de Robert Alexy (1994, p. 186-187), para quem um bem é considerado coletivo quando, por razões conceituais, fáticas ou jurídicas, se mostra indivisível e insuscetível de apropriação individual. Tais bens, por sua própria natureza, não se prestam a uma distribuição entre indivíduos, o que lhes confere especial aptidão para legitimar a intervenção penal.

Com base nesse raciocínio, Sánchez (2013, p. 28) adverte para a necessidade de se distinguir entre uma expansão razoável e uma expansão abusiva ou irrazoável do Direito Penal. Para ilustrar essa distinção, o autor apresenta dois exemplos paradigmáticos. No primeiro, aponta para a infiltração maciça de capital oriundo do tráfico de entorpecentes em setores específicos da economia formal, fenômeno que justifica a intervenção penal sob a rubrica dos crimes contra o sistema financeiro.

No segundo exemplo proposto, Sánchez chama a atenção para uma faceta distinta, porém igualmente relevante, do fenômeno da circulação de capitais ilícitos. Trata-se da inserção de quantias modestas ou intermediárias de recursos de origem criminosa na economia formal, seja por meio da aquisição de bens de consumo, seja por intermédio da contraprestação por

serviços. Em tais casos, segundo o autor, não se estaria diante de condutas aptas, *per se*, a configurar tipos penais como os de lavagem de capitais, dada a sua baixa relevância penal e o limitado potencial lesivo ao bem jurídico tutelado.

Ultrapassada a análise dos chamados “novos interesses”, Sánchez volta-se, então, à investigação quanto à existência de eventual correlação entre o expansionismo penal e o surgimento de riscos contemporâneos. Antes de adentrar essa problemática em profundidade, cumpre tecer breves considerações acerca da obra seminal de Ulrich Beck, notadamente seu estudo publicado em 1986.

Beck concebe a sociedade pós-industrial como uma formação social que se estrutura sob a égide do risco, razão pela qual a denomina “sociedade do risco” (*Risikogesellschaft*). Tal sociedade é caracterizada, entre outros elementos, pela ocorrência de transformações profundas na esfera econômica e pelo advento de inovações tecnológicas sem precedentes na história da humanidade. Nesse novo paradigma, os riscos deixam de ser eventos naturais ou aleatórios, passando a ser, majoritariamente, produtos da ação humana, frequentemente associados ao progresso técnico e à racionalidade científica.

É precisamente nesse contexto que se insere a problemática dos bancos de dados genéticos utilizados para fins de persecução penal. Esses instrumentos, expressão por excelência do avanço biotecnológico, impõem a necessidade de avaliar, sob o prisma constitucional e penal, se a sua implementação efetiva — ou mesmo a mera possibilidade de sua utilização — pode ser legitimada como meio idôneo de proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais a ela inerentes.

Com efeito, mais do que uma preocupação com os riscos naturais, o presente trabalho propõe-se a examinar criticamente os riscos de natureza artificial e institucional, resultantes da manipulação tecnológica de informações genéticas no âmbito do processo penal. Busca-se, assim, delinear os limites constitucionais e infraconstitucionais à instrumentalização dos dados genéticos, sobretudo no que se refere ao direito à privacidade e à autodeterminação informativa, bem como à consagrada vedação da autoincriminação compulsória, consubstanciada no princípio *nemo tenetur se detegere*.

As consequências deletérias do progresso tecnológico desmedido constituem, portanto, um dos eixos centrais da presente investigação. No âmago da discussão reside a tensão entre o bem-estar individual e os riscos decorrentes da ação humana, concebida como fenômeno

estrutural nas sociedades tecnocientíficas contemporâneas (CEREZO; LÓPEZ, 2000, p. 24-25). Essa leitura do risco como produto da atividade humana no campo do Direito Penal tem sido desenvolvida por importantes juristas europeus, como Pérez del Valle (1996, p. 43-44) e Quiroga (1997, p. 289), particularmente no contexto dos países do Norte Global.

A chamada sociedade tecnológica, marcada por uma competitividade crescente e por formas acentuadas de exclusão social, tende a marginalizar determinados grupos e indivíduos, que passam a ser percebidos — e muitas vezes tratados — como potenciais fontes de risco, tanto sob a ótica da segurança pessoal quanto da proteção patrimonial. Essa dinâmica de exclusão e estigmatização reforça os mecanismos seletivos do sistema penal, tornando imprescindível, para a realidade brasileira, uma análise interseccional que leve em conta os vetores da tecnologia, do risco e das relações raciais.

O Relatório elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), publicado em 2019, apresentou recomendação incisiva aos Estados-membros no sentido de que sejam adotadas medidas judiciais, legislativas, administrativas ou de qualquer outra natureza que se mostrem necessárias à reversão do uso excessivo, automático e indiscriminado da prisão preventiva. Enfatizou-se que tal modalidade de constrição cautelar deve conservar sua natureza de exceção e observar, de maneira estrita, os princípios da legalidade, da presunção de inocência, da necessidade e da proporcionalidade. Busca-se, com isso, obstar sua aplicação arbitrária, desnecessária ou desproporcional, em flagrante afronta às garantias fundamentais do imputado. Reiterou-se, ademais, que esses parâmetros normativos e axiológicos devem nortear, de forma contínua e uniforme, a atuação do Poder Judiciário, independentemente do sistema de justiça penal adotado por cada Estado soberano (CIDH, 2019).

No caso brasileiro, é inegável a constatação empírica de que a prisão preventiva tem sido aplicada com indisfarçável frequência, contrariando sua natureza excepcional e, em grande medida, desconsiderando os vetores principiológicos consagrados tanto em sede constitucional quanto internacional. Mais grave ainda é o recorte racial revelado por levantamentos oficiais, como o do INFOPEN (BRASIL, 2019), cujos dados evidenciam que 61,7% da população carcerária é composta por pessoas negras — pretas ou pardas. Tal realidade reforça a existência de um viés racial estrutural que atravessa o sistema de justiça criminal brasileiro, contribuindo para a perpetuação de desigualdades históricas.

Nesse cenário, a criminologia crítica oferece um campo epistêmico fértil para a análise

dos fenômenos penais a partir de matrizes teóricas que incorporam a crítica ao poder punitivo enquanto mecanismo de reprodução de estruturas de dominação. Dentro dessa perspectiva, diversos paradigmas teóricos vêm sendo formulados e desenvolvidos, abrindo espaço para abordagens que articulam categorias como poder, raça e direito na compreensão da seletividade penal.

É sob esse enfoque que se propõe, no presente trabalho, a realização de uma análise transversal entre racismo, poder e direito, com o objetivo de lançar luz sobre o funcionamento concreto do sistema penal brasileiro e suas implicações sobre corpos racializados. Tal empreitada teórica encontra inspiração nas reflexões desenvolvidas por Felipe da Silva Freitas (2016), cuja obra propõe uma crítica contundente ao punitivismo no Brasil, articulando-o à produção do saber criminológico e à estrutura operativa do campo jurídico nacional.

Ao tensionar os vínculos entre epistemologia jurídica, seletividade penal e racismo estrutural, Freitas denuncia os mecanismos por meio dos quais o sistema penal brasileiro não apenas espelha, mas também consolida e reproduz desigualdades raciais, mascaradas sob o verniz da neutralidade formal do direito. Essa perspectiva crítica revela-se essencial para uma compreensão mais aprofundada das engrenagens que sustentam a política criminal no Brasil contemporâneo, especialmente no que diz respeito ao uso abusivo da prisão preventiva como instrumento de controle social direcionado a segmentos historicamente vulnerabilizados.

Com o propósito de examinar criticamente as imbricações entre o pensamento criminológico e a persistente política genocida dirigida à população negra no Brasil, Felipe da Silva Freitas propõe uma abordagem inovadora, ancorada nos discursos contemporâneos da criminologia crítica. Tal abordagem se debruça, notadamente, sobre a seletividade estrutural do sistema penal, explorando o que denomina como “principais rupturas e permanências” entre os discursos críticos no campo criminológico e as práticas institucionais que se consolidam no âmbito jurídico-penal brasileiro.

No que tange ao contexto histórico, o autor assinala que a consolidação do campo criminológico no Brasil, a partir da década de 1970, decorreu de um processo de institucionalização marcado pelo surgimento, articulação e fortalecimento de núcleos de pesquisa em criminologia crítica no seio das universidades públicas. A esse movimento somou-se o ingresso de docentes com orientação crítica nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, contribuindo para a inserção da crítica criminológica no ambiente acadêmico

(FREITAS, 2016, p. 489).

Todavia, inspirando-se em um excerto da obra “Racismo e sexismo na cultura brasileira”, de Lélia Gonzalez (1983), o autor propõe um primeiro questionamento fundamental: entre os sujeitos que passaram a integrar o campo universitário como representantes da criminologia crítica, quantos, de fato, seriam capazes de sustentar um discurso verdadeiramente insurgente, fundado em uma “independência militante”? Tal indagação assume contornos ainda mais contundentes quando se observa a histórica marginalização dos textos e reflexões oriundos do pensamento negro, sistematicamente excluídos das pautas tanto da direita quanto da esquerda acadêmica (FREITAS, 2016, p. 492).

É a partir desse diagnóstico — de exclusão e silenciamento — que o autor propõe uma reconfiguração epistemológica do campo, por meio da produção de criminologias “críticas e insurgentes” (FREITAS, 2016, p. 489), comprometidas com o enfrentamento das estruturas de opressão racial e com a ampliação dos horizontes de debate. Nesse percurso, reconhece-se a imprescindível contribuição de autoras e autores como Sueli Carneiro, Jurema Werneck, Luiza Bairros, Vilma Reis e Edson Cardoso, cujas reflexões, ainda que historicamente alijadas do centro dos debates acadêmicos tradicionais, compõem a base teórica e política para o avanço de uma criminologia verdadeiramente antirracista e contra-hegemônica (CARNEIRO, 2005; WERNECK, 2003; CARDOSO, 2015; REIS, 2005; BAIRROS, 2016).

Para desenvolver essa proposta, Freitas estrutura sua análise em três partes articuladas: a primeira voltada à identificação das estratégias de ocultação da temática racial no debate criminológico nacional; a segunda, dedicada ao mapeamento das divergências, rupturas e movimentos de insurgência que marcam a trajetória do pensamento criminológico brasileiro; e, por fim, uma terceira parte que se ocupa da formulação de hipóteses explicativas para o que denomina de “silêncio criminológico” frente ao genocídio da população negra, com ênfase em perspectivas teóricas sobre a branquitude e as hierarquias epistemológicas que operam como filtros e barreiras no campo acadêmico (FREITAS, 2016, p. 490).

No tocante à primeira parte de sua proposta, destaca-se a evolução paradigmática vivenciada pela criminologia brasileira ao longo das últimas décadas. Em seus primórdios, tal criminologia se constituiu a partir de uma matriz de cunho crítico, centrada na denúncia da seletividade do sistema penal e na reivindicação por políticas criminais alternativas. Contudo, apesar dos avanços, persistem resistências estruturais que limitam o enfrentamento do racismo

como categoria central e transversal da análise criminológica no Brasil.

A partir das contribuições de Baratta, consolidadas no contexto europeu da criminologia crítica, observa-se, conforme aponta Martins (2014, p. 120), que sua obra exerceu influência significativa sobre os rumos da criminologia na América Latina. Tal recepção não se deu de modo acrítico ou meramente receptivo: antes, constituiu-se como um processo de emancipação metodológica, por meio do qual pesquisadores latino-americanos passaram a reinterpretar paradigmas estrangeiros à luz de suas realidades sociais, culturais e históricas. Assim, a internalização da criminologia crítica e da teoria da reação social foi acompanhada da construção de um olhar próprio sobre os fenômenos penais e criminais, culminando naquilo que se pode denominar uma “tradução situada” da criminologia no subcontinente.

Nesse processo, emergiu uma criminologia comprometida com a denúncia materialista das desigualdades sociais, cujo referencial marxista colocava em evidência as estruturas econômicas como condicionantes das práticas de criminalização. Contudo, essa ênfase, embora relevante, limitou o alcance crítico do campo ao relegar o racismo a um papel periférico. Em vez de assumir o racismo como um dos fundamentos estruturais da seletividade penal, optou-se por abordá-lo como mera consequência ou desdobramento secundário da desigualdade de classe, ignorando sua autonomia analítica e seus efeitos próprios.

Com isso, temas como o genocídio da população negra foram sistematicamente substituídos por propostas consideradas “menos radicais” e, em certa medida, mais palatáveis para os interlocutores acadêmicos e institucionais. O resultado foi a formulação de uma crítica criminológica que, embora insurgente em diversos aspectos, revelou-se insuficiente para a compreensão integral das dinâmicas raciais que atravessam o sistema de justiça criminal brasileiro.

Essa limitação reverberou diretamente na permeabilidade teórica da criminologia crítica nacional, que permaneceu, em grande medida, refratária às contribuições oriundas dos pensamentos negro, feminista e de outros grupos historicamente subalternizados. Conforme enfatiza Freitas (2016, p. 492), o saber criminológico brasileiro, mesmo em sua vertente crítica, manteve-se atrelado à categoria de classe como única matriz explicativa dos processos de criminalização, em detrimento de abordagens interseccionais mais abrangentes.

Em diálogo com a obra de Ana Flauzina (2014), Freitas sustenta que uma criminologia que desconsidere as relações raciais não está apta a compreender, de modo pleno, o

funcionamento do sistema penal. Nessa linha, propõe reconhecer o racismo como “eixo estruturador” das desigualdades e das práticas punitivas (FREITAS, 2016, p. 493). Ainda que se deva reconhecer a relevância de outros determinantes sociais — como a condição econômica, os índices de violência e o acesso desigual à educação —, a análise racial não pode ser relegada a segundo plano. Em um país de dimensões continentais e marcantes disparidades regionais como o Brasil, a criminologia deve incorporar uma abordagem que considere simultaneamente as dimensões raciais, culturais e socioeconômicas que condicionam o exercício do poder punitivo.

Ao explorar a relação entre criminologia crítica e a manutenção dos privilégios vinculados à branquitude, Freitas (2016, p. 494) lança uma provocação contundente: a crítica criminológica brasileira não teria alcançado “as últimas consequências”. O autor sustenta que os marcadores sociais de diferença — raça, classe e gênero — influenciam decisivamente na produção do conhecimento, afetando tanto as escolhas metodológicas quanto os objetos de pesquisa. Diante do risco de que o enfrentamento do racismo possa implicar a perda de privilégios simbólicos, institucionais e materiais, parte significativa da crítica criminológica estanca seu próprio avanço (FREITAS, 2016, p. 494-495).

Esse movimento de autocensura teórica resulta em uma limitação epistemológica grave: ao evitar o aprofundamento das denúncias raciais, o campo criminológico reitera, paradoxalmente, a lógica excludente que busca combater. Para Freitas, uma das estratégias para romper esse ciclo é a ampliação da presença negra nos espaços de formulação teórica e política (FREITAS, 2016, p. 496). Não se trata apenas de ouvir as vozes negras, mas de garantir que estas possam produzir e protagonizar as próprias narrativas. Caso contrário, o Brasil continuará a reproduzir, de forma trágica, a crítica de Lélia Gonzalez (1983), segundo a qual o negro seria aceito nos espaços sociais “enquanto calado”, sendo imediatamente silenciado quando busca ocupar o lugar da fala crítica.

Nesse contexto, a abordagem adequada da questão racial deve perpassar não apenas os marcos teóricos da criminologia, mas também os debates contemporâneos sobre o uso de novas tecnologias no âmbito penal. A análise crítica da utilização de bancos de dados de perfis genéticos deve ser orientada pela interseção entre raça, poder e tecnologia, considerando os impactos dessa ferramenta na intensificação das desigualdades já presentes no sistema de justiça criminal, especialmente no contexto das reformas neoliberais implementadas no país nas últimas décadas.

Retomando a perspectiva de Jesús-María Silva Sánchez, nota-se que o progresso técnico afeta substancialmente a natureza do crime doloso tradicional, viabilizando, por meio de novos instrumentos, a produção de danos mais eficazes e sofisticados. Contudo, ao contrário da análise de Sánchez, voltada às transformações da conduta delitiva em si, o presente estudo pretende investigar os efeitos das tecnologias de rastreamento genético no processo penal, com especial atenção à coleta, ao tratamento e à conservação desses dados à luz dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Na obra de Sánchez (2013, p. 30), a institucionalização da insegurança nas sociedades pós-industriais aparece como produto da tecnificação crescente da vida cotidiana, marcada pela circulação de substâncias e produtos de efeitos incertos e pela consolidação de dispositivos de controle baseados em riscos. Para além do desconhecimento acerca de quem efetivamente nos agride, emerge a inquietação quanto à opacidade das estruturas de vigilância: “estão nos investigando, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo”.

O problema, nesse caso, não se limita às decisões humanas que potencializam os riscos derivados da investigação penal — pública ou privada —, mas se estende à distribuição desigual dos efeitos dessas decisões. A seletividade dos controles tecnológicos, quando aplicada a uma sociedade marcada por profundas desigualdades raciais e econômicas, tende a reproduzir e intensificar a violência estrutural que já caracteriza o sistema penal brasileiro.³⁷

A complexidade social contemporânea é, sob qualquer ângulo de análise, uma realidade incontestável. Esse fenômeno, de natureza multifacetada, repercute em distintas esferas — social, econômica, política e jurídica — sendo especialmente notável seu impacto sobre o Direito Penal, mais precisamente no âmbito da atuação persecutória do Estado moderno¹.

As sociedades contemporâneas, marcadas por elevados graus de complexidade — em especial a tecnológica — propiciam formas inéditas de interação entre indivíduos, o que, por sua vez, potencializa a possibilidade de que tais vínculos, cada vez mais mediados por tecnologias digitais, produzam consequências lesivas de distintas ordens. Essa dinâmica revela uma transformação estrutural que ultrapassa o plano institucional e alcança dimensões subjetivas da vivência social.

³⁷ Cf. Cerezo/ López, *Ciência y política*, p. 173 e ss.

No contexto da sociedade pós-industrial europeia, Sánchez destaca a crise do modelo do Estado de bem-estar como fator estruturante da chamada sociedade do risco. Esse quadro, ainda que delineado no contexto europeu, revela forte paralelismo com a realidade brasileira, marcada pela convivência simultânea entre alta competitividade e bolsões de desemprego e marginalidade — fatores que, no Brasil, assumem contornos ainda mais críticos quando se considera o recorte racial das estatísticas sociais.

É nesse cenário que a marginalização de determinados grupos sociais revela-se elemento intimamente vinculado à elevação dos índices de violência, instaurando um campo de tensão contínua entre segmentos sociais incluídos e aqueles sistematicamente excluídos. Essa convivência conflitiva reforça a percepção de insegurança, tanto objetiva quanto subjetiva, sendo esta última, segundo Sánchez, a dimensão mais relevante para a compreensão do fenômeno.

Ao deslocar o foco da análise para essa dimensão subjetiva — isto é, da insegurança institucionalizada para a chamada “insegurança sentida” — o autor passa a caracterizar a sociedade pós-industrial como uma “sociedade do medo”³. Seu traço mais marcante reside na difusa e crescente desconfiança interpessoal e institucional, manifestada em uma tendência generalizada à retração do sentimento de confiança e, de forma ainda mais alarmante, à aceitação de medidas excepcionais em contextos que antes exigiriam maior ponderação.

Com o intuito de ilustrar essa nova configuração da subjetividade social, Sánchez propõe três exemplos paradigmáticos. No primeiro, salienta-se a crescente dificuldade de adaptação dos indivíduos a uma sociedade marcada pela aceleração contínua dos processos sociais e tecnológicos. A atual revolução das comunicações, nesse sentido, não apenas expande a conectividade global, mas também gera uma sensação generalizada de perda de controle sobre a sequência dos acontecimentos, intensificando, assim, o sentimento de insegurança.

Toffler⁴, ao refletir sobre os efeitos da aceleração do ritmo de vida, observa que o grande desafio da modernidade tardia reside na tentativa de compatibilizar a complexidade crescente das decisões com prazos cada vez mais exíguos para sua formulação. Tal conjuntura favorece processos decisórios desprovidos da reflexão necessária, colocando em risco não apenas a estabilidade das estruturas políticas, mas também a própria coesão do tecido social.

Nesse contexto, destaca-se o papel dos bancos de dados genéticos como instrumentos relevantes na persecução penal, sobretudo na elucidação de crimes complexos. Contudo, a

utilização dessa tecnologia suscita sérias inquietações no plano das garantias constitucionais próprias do Estado Democrático de Direito, notadamente quanto à proteção da privacidade genética e à observância do princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tais questões, de natureza jurídica e ética, serão examinadas detidamente ao longo deste trabalho.

Por fim, é necessário ressaltar que a aceleração social não deve ser compreendida apenas sob uma perspectiva técnico-operacional, mas antes como um traço definidor do próprio estilo de vida nas sociedades pós-industriais.

A perplexidade daí decorrente é, para Sánchez⁵, a expressão da crise de referências axiológicas objetivas, fenômeno que denomina como perplexidade do “relativismo”. Trata-se de uma crise de fundamentação ética e filosófica, na qual os indivíduos passam a viver desprovidos de *auctoritas* ou de princípios generalizáveis, abrindo caminho para o uso da força como substituto argumentativo e como elemento legitimador da direção de determinados discursos ou agendas públicas.

Digo eu, que o momento nos remete a valores humanos essenciais, aos quais se deve apegar com intensidade, sob o amplo guarda-chuva da dignidade humana, caso contrário o império da força do Estado com viés utilitarista, eficientista e muitas vezes autoritário se sobrepujará sempre sobre o indivíduo, sob um (falso) manto da segurança, criado com discursos que tendem a “coisificar” o ser humano.

Na dimensão subjetiva da insegurança, Sánchez⁶ destaca um aspecto particularmente instigante, que contribui de forma significativa para a intensificação da sensação de vulnerabilidade nas sociedades contemporâneas. Trata-se do “paradoxo segundo o qual o incremento da interdependência social ocorre no seio de uma sociedade de massas marcada por uma dessolidarização estrutural” — fenômeno que o autor associa ao chamado “individualismo de massas”. Nesse novo cenário sociocultural, a sociedade deixa de se configurar como uma comunidade coesa e passa a ser compreendida como um agregado de indivíduos isolados, orientados por uma lógica de autossatisfação imediata e priorização de desejos e interesses pessoais. Essa fragmentação do tecido coletivo fragiliza os vínculos de pertencimento e cooperação, contribuindo decisivamente para a difusão do sentimento generalizado de insegurança.³⁸

³⁸ Um aspecto interessante do tema é a chamada monetarização das relações, fenômeno no qual as relações de

No que tange ao papel da tecnologia nas sociedades contemporâneas, é possível traçar um paralelo elucidativo com a reflexão de Antoine Garapon, que, ao analisar o impacto dos meios de comunicação de massa, adverte que tais instrumentos podem “acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e reintroduzir, no âmago do individualismo moderno, o mecanismo do bode expiatório outrora associado aos períodos de instabilidade social”. A analogia se mostra especialmente pertinente diante do uso intensivo — e, por vezes, acrítico — de ferramentas tecnológicas no campo da segurança pública e da persecução penal.

Embora a utilização de tecnologias de ponta represente, em tese, um avanço na eficiência das instituições de repressão à criminalidade³⁹, sua manipulação parcial ou enviesada pode gerar efeitos deletérios, sobretudo quando orientada por lógicas seletivas ou estigmatizantes. Nessas circunstâncias, não apenas se instauram investigações comprometidas em sua objetividade, como também se viabilizam processos penais e condenações assentadas em representações distorcidas da realidade fática. Tal cenário, ao invés de promover justiça, contribui para a intensificação da desconfiança institucional e para a difusão da sensação de insegurança, reforçando dinâmicas sociais de exclusão e vulnerabilização.

A gravidade — ainda que em plano abstrato — da afirmação segundo a qual o medo e a insegurança são construções sociais recorrentes pode ser ilustrada por exemplo paradigmático citado por Sánchez (2013, p. 39), no qual se evidencia a forma amplamente disseminada, conforme já documentado por Hough e Roberts (1999, p. 11), de divulgação das estatísticas criminais envolvendo jovens imigrantes na República Federal da Alemanha.

A maneira como esses dados são apresentados, frequentemente desprovida de critérios metodológicos rigorosos, revela um padrão narrativo que contribui diretamente para a conformação de uma atmosfera de insegurança, com evidentes repercussões no imaginário coletivo e, por conseguinte, nas políticas criminais adotadas.

Esse fenômeno, quando transposto à realidade brasileira, assume contornos ainda mais alarmantes, especialmente diante da notória ausência de critérios objetivos que parece

reconhecimento recíproco dão lugar a relações de “indiferença” recíprocas. Cf. Barcellona, *Postmodernidad y comunidad. El retorno de la vinculación social*(trad. Silveira/Estévez/Capella), Madrid, 1992, p. 112, 121, 123etc.

³⁹ Sobre a transmissão de imagens oblíquas da realidade por instituições públicas de repressão à criminalidade, vide: BAER/CHAMBLISS, *Generating fear: The politics of crime reporting*, em *Crime, Law & Social Change*. 27/1997, p.87 *ess.*; FREHSEE, *Fehlfunktionen des Strafrechts umd der Verfall rechtsstaatlichen Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997, p.29.

comprometer a racionalidade do sistema normativo penal. A manipulação subjetiva de dados ou percepções acerca da criminalidade termina por fomentar não apenas a insegurança difusa, mas também uma resposta estatal que tende à repressão simbólica e seletiva.

Ainda que, muitas vezes, as causas da insegurança não se apresentem de forma perceptível ou empiricamente quantificável, gerando o que Sánchez (2013, p. 39) denomina como “metáfora da insegurança vital generalizada”, subsiste, de modo crescente, uma pretensão social à segurança. Tal expectativa, mesmo quando baseada em sensações subjetivas, tende a ser endereçada ao Estado, cuja resposta se dá, com frequência, por meio da ampliação das funções do Direito Penal.

Mesmo diante de diagnósticos objetivos que afirmam que homens e mulheres nunca viveram em condições tão seguras como na contemporaneidade, Prittwitz e Franz Xaver Kaufmann (1993, p. 73) assinalam que o medo e a insegurança se converteram, paradoxalmente, em temas centrais do século XX. Essa intensificação da sensação de vulnerabilidade pode ser explicada, em parte, pela constatação de que a sociedade do bem-estar, antes sustentada na promessa de proteção social ampla, passa a ser caracterizada, de forma crescente, como uma sociedade de “classes passivas”, marcadas pela dependência estrutural e pela fragilização dos vínculos de solidariedade⁴⁰ (SÁNCHEZ, 2013, p. 41).

Nesse tipo de sociedade, indivíduos que, devido às circunstâncias, ocupam uma posição passiva em termos de produção intelectual ou empresarial acabam, paradoxalmente, exercendo direitos políticos, como o direito de voto.

Essa dinâmica gera reflexos interessantes, particularmente no que se refere à fiscalização dos governantes eleitos. No entanto, além das implicações eleitorais desse perfil de cidadão, deve-se destacar, no contexto deste estudo, que tal classe é caracterizada pela passividade diante dos efeitos prejudiciais do desenvolvimento, como os impactos sobre o meio ambiente.

No campo tecnológico, a crescente passividade dessa classe pode acarretar graves consequências, especialmente no tocante ao exercício de direitos decorrentes dessa condição, como os direitos do consumidor, direitos civis e, sobretudo, os direitos relacionados ao direito

⁴⁰ De acordo com o autor espanhol, essa classe passiva de cidadãos, típica do estado de bem-estar, seria caracterizada por “Pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, sanitários etc, pessoas ou entidades subvencionadas (beneficiários, enfim, da transferência de riqueza, mais que criadores dos excedentes objetos de transferência) se convertem nos cidadãos, os eleitores por excelência”.

penal. Em comparação ao modelo de sociedade pós-industrial⁴¹, o contraste com o modelo de desenvolvimento industrial do século XIX e, provavelmente, da primeira metade do século XX, é notável. Segundo Sánchez (2013, p. 42), houve uma redução no uso de conceitos típicos da dogmática penal, como o conceito de risco permitido.

Em síntese, enquanto na sociedade industrial do século XIX a coletividade deveria arcar com as consequências do desenvolvimento (como a não adoção de medidas de segurança adequadas por parte das empresas, por exemplo), na sociedade pós-industrial observa-se um retrocesso quanto à aplicação do conceito de risco permitido, fundamentado na premissa de que poucos se arriscam ou apostam de maneira decidida pelo desenvolvimento, com uma prioridade clara voltada para a necessidade fundamental de “sobreviver”⁴² (CASTANÓN, 1995, p. 483).

A mudança de paradigma nas sociedades contemporâneas é o resultado de uma alternância de valores que configuram a dinâmica social e política (JAKOBS, 1996, p. 119-120).

Nesse contexto, o conceito de segurança, conforme descrito por Sánchez (2013, p. 46), reflete a transformação do papel da vítima, que já não se vê como responsável por sua situação, nem a vê como fruto do acaso.

Assim, a negação da culpa, seja própria ou concorrente, altera significativamente o ponto de partida da persecução penal, passando a buscar, não mais a responsabilização pessoal, mas a de um terceiro que será imputado pelas consequências penais do fato.

Essa expansão da imputação de responsabilidade é emblemática da sociedade contemporânea e é denominada de “expansão de atribuição”.

De acordo com Sánchez, tal fenômeno não apenas gera despersonalização e amoralização da imputação, mas, como citado por ele ao referir-se a Garapon (1997, p. 104),

⁴¹ Sobre os desafios sociais contemporâneos, Hanna Arendt afirma que o desafio mais significativo na sociedade de massas não é o tamanho da população, mas sim a perda de coesão ou distinção entre os indivíduos. A autora recorda que em épocas passadas, as pessoas buscavam algo mais duradouro do que suas próprias vidas ao adentrar na esfera pública. Nos dias atuais, no entanto, há uma indiferença em relação à imortalidade, talvez indicando um declínio na importância da esfera pública. A vida pública é crucial porque ser visível e audível por todos possibilita uma variedade de perspectivas. Somente quando as coisas podem ser observadas de múltiplos pontos de vista, sem perder sua identidade, é que a realidade é percebida de maneira autêntica. Para a autora, o mundo acaba quando é visto somente sob um aspecto e só se lhe permite uma perspectiva” (ARENDT, 2007, p. 68).

⁴² Outra obra, do mesmo autor, sobre o tema: *El limite entre imprudência y riesgo permitido en derecho penal, ‘es posible determinarlo con criterios utilitarios?’*, APDCP, 1996, III (2000), p. 909 e ss.

também implica que “fazem falta não somente responsáveis, mas também culpáveis”.

Em decorrência dessa ampliação da responsabilização, ocorre uma transformação nas relações sociais e nos processos de justiça, onde a figura do acusado passa a ser tratada de forma cada vez mais coletiva e abstrata.

Além disso, conforme analisado por Sánchez, o conceito de responsabilidade se entrelaça com a opinião pública, que, em grande parte, se identifica com a vítima do crime. Segundo Garapon (1997, p. 96-98), a opinião pública se volta, atualmente, para a figura da vítima e tende a se alinhar mais com o governado, com o contrapoder, e com o justiceiro, do que com o poder legislativo ou as autoridades estatais. Essa identificação da maioria da sociedade com a vítima é reflexo de um modelo social caracterizado por uma classe passiva, composta por pensionistas, desempregados, consumidores e aposentados, como destaca Seara (1997, p. 26), ou “sujeitos do bem-estar”, que não participam ativamente da produção ou da transformação social.

No campo da ética social, Sánchez (2013, p. 58) argumenta que os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau foram desintegrados nas sociedades modernas, não servindo mais como instâncias autônomas de moralização.

Essa mudança provocou uma distorção dos valores, resultando em uma ética social que não consegue mais proteger os bens jurídicos de maneira eficaz. Conforme Ripollés (1998, p. 48-49), as opiniões sociais passaram a equiparar os conteúdos do Direito Penal aos desses novos conceitos morais, criando uma situação em que a política criminal é chamada a se pronunciar sobre questões éticas que não são, tradicionalmente, de sua competência.

Por outro lado, a obra de Ortega y Gasset, *A Rebelião das Massas* (1930, p. 200), reflete a perda de uma base moral na sociedade europeia, observando que o “homem-massa” carece de moral, vivendo de forma egoísta, sem um sentido claro de serviço ou obrigação. Essa falta de moral é vista como um dos fatores que contribui para o aumento da criminalidade, pois a estrutura social fragilizada, incluindo instituições como a família, a educação e a religião, não consegue mais inibir os comportamentos delituosos (ROSENFELD, 1997).

Dentro desse cenário de crise do Estado Providencial, Sánchez (2013, p. 54) destaca que o cidadão, agora dependente do Estado, começa a ver o acusado no processo penal de maneira distinta, muitas vezes com uma visão mais punitiva.

A criminalidade, que antes era associada aos despossuídos, começa a ser vista de forma mais ampla, atingindo também os “poderosos” e os crimes corporativos, como observa Sánchez (2013, p. 54), que alerta para o fato de que, apesar da maior atenção midiática aos crimes cometidos por pessoas poderosas, isso não significa que esses crimes sejam mais prevalentes que os praticados pelos mais pobres.

Finalmente, no contexto do expansionismo penal, Sánchez (2013, p. 58) observa que a insuficiência de outros mecanismos de proteção social, como o Direito Civil e o Direito Administrativo, contribuiu para a ampliação do uso do direito penal como uma forma de resolver conflitos sociais. O expansionismo penal, assim, não é apenas resultado da adoção de novos mecanismos jurídicos, mas também da falência de outras instâncias sociais que antes cumpriam a função de pacificar e regular a convivência social.

Sobre o aumento da criminalidade, é importante consignar a crescente necessidade de um maior monitoramento das bases de dados de DNA forense, questão essa levantada pelo mundo na atualidade.

Apesar da sua importância, a base de dados de DNA, pode, bem como, se pode afirmar, vem restringindo as liberdades civis dos indivíduos, acarretando, então, em restrição à liberdade (AMANKAWAA, 2019, p. 1).

Nesse contexto, o trabalho de Amankwaa e McCartney (2019), de maneira mais prática, ressalta como a utilização de dados de DNA colabora no cotidiano do Reino Unido, a exemplo do caso do chamado Projeto pantera Cor-de-rosa, em que ocorreu um roubo transnacional de joias, onde foi através do uso de dados de DNA, que foram estabelecidas informações por parte da instituição (EIS) sobre tal projeto.

Nesse sentido, em decorrência da relevância do uso de dados de DNA, o referido trabalho ressalta a importância de sua utilização em outros países, destacando que a legislação da União Europeia em 2008, exigiu que seus Estados-membros criem bases de dados de DNA. Contudo, o destacado trabalho ressaltou que mesmo com a necessidade do uso de tais dados, torna-se imprescindível, ainda, analisá-lo de maneira mais aprofundada, haja vista possíveis erros que ocorrem, seja pela troca de dados de informações pessoais, seja pela troca de infrações cometidas.

Por fim, tem-se que a partir do aumento da criminalidade, terrorismo e imigração clandestina, ao longo das últimas décadas, o interesse em combater tais práticas se tornou ainda

mais necessário e para isso, foram sendo avaliados e implementados o uso de dados de DNA Forense. No entanto, ratifica-se que apesar de sua importância, se faz imprescindível avaliar, em primeira instância, se o uso de dados irá comprometer fortemente os direitos dos cidadãos, ou ainda, avaliar possíveis erros de informações.

O trabalho, conclui, assim, pela necessidade da realidade atual de se ter, de fato, uma harmonia jurídica e operacional das políticas nacionais com a segurança pública por meio do uso de dados de base de DNA bem como, também, um alinhamento, à proteção das liberdades dos indivíduos (AMANKWAA, 2019, p. 5).

Nessa linha de análise, no que tange à insuficiência do Direito Civil como mecanismo de pacificação social e à consequente expansão do Direito Penal, Sánchez (2013, p. 60) observa que este ramo do direito não tem cumprido adequadamente sua função político-jurídica, principalmente em dois aspectos críticos.

Primeiramente, no contexto do que o autor denomina de "modelo de seguro", o dano coberto pela seguradora implica uma diminuição progressiva da diligência dos agentes responsáveis, já que a responsabilidade pela indenização recai sobre a seguradora e não diretamente sobre o infrator. Essa dinâmica resulta em uma redução na eficácia preventiva do direito de responsabilidade civil, uma vez que os valores da indenização são frequentemente determinados pela repercussão social do ato, e não pela sua gravidade objetiva, o que dilui a função dissuasiva do Direito Civil (SÁNCHEZ, 2013, p. 60).

Além disso, Sánchez (2013, p. 61) reitera que o modelo de seguro tem gerado um afastamento do objetivo central do Direito Civil, que seria a garantia de compensação adequada para os sujeitos passivos.

No modelo atual, a tendência é que as indenizações sejam padronizadas, o que prejudica a adequação do valor às circunstâncias do caso concreto. Isso compromete a eficácia do Direito Civil, que deveria, ao menos, buscar uma compensação minimamente justa, mas que, com a padronização, acaba se distanciando dessa função essencial. Essa falha na atuação do Direito Civil contribui diretamente para o fortalecimento do Direito Penal, como uma instância substitutiva de pacificação social, uma vez que, sem a devida resposta civil, a sociedade recorre à resposta penal como alternativa de controle social e justiça.

Retomando o escopo do presente trabalho, observa-se que o expansionismo penal, como

bem destacado por Sánchez (2013, p. 61), não decorre apenas da maior utilização de mecanismos não jurídicos de proteção, mas também da falência de outras instâncias de pacificação social, como o Direito Civil e o Direito Administrativo.

O Direito Administrativo, conforme aponta o autor, também tem falhado em seu papel de pacificação social por diversos motivos. Dentre esses fatores, destacam-se: a busca pelo princípio de oportunidade, que flexibiliza a aplicação das normas; a burocratização excessiva, que dificulta a eficácia dos mecanismos administrativos; a corrupção, que enfraquece os instrumentos de controle e a confiança da sociedade; e o descrédito em relação aos instrumentos preventivos e repressivos desse ramo do Direito (SÁNCHEZ, 2013, p. 61).

Esses elementos são especialmente relevantes quando se considera o contexto brasileiro de combate à corrupção, onde a falência de diversos mecanismos de controle e a utilização do Direito Penal como uma resposta exacerbada se tornam ainda mais evidentes.

A corrupção, em sua dimensão estrutural, gera uma sensação de impunidade e ineficácia dos sistemas de justiça, o que, por sua vez, impulsiona a busca por soluções mais punitivas no âmbito penal. Nesse sentido, o panorama do Direito Penal se amplia para responder à falta de alternativas eficientes nos campos do Direito Civil e Administrativo, que, devido a falhas sistêmicas, não conseguem mais desempenhar o papel de pacificação social que lhes é originalmente atribuído.

A prática de crimes, especialmente aqueles relacionados à corrupção caracterizada pelo suborno de agentes públicos, passou a receber maior atenção de governos, empresas e organizações nas últimas três décadas.

Houve avanços na legislação de diversos países e na difusão das ações coletivas de monitoramento e combate à corrupção, promovidas por entidades não governamentais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização Não Governamental *Transparency International*⁴³.

As legislações brasileiras nºs 12.529/11 (BRASIL, 2011), 12.846/13 (BRASIL, 2013) e 13.303/16 (BRASIL, 2016) representam um reflexo do novo cenário anticorrupção, caracterizando um esforço sistemático de adaptação do Estado brasileiro às exigências do

⁴³ ONG *Transparency International* website. <https://www.transparency.org/>. Acesso em: 07.jan.2019.

combate à corrupção e à criminalidade empresarial.

Comparativamente, no cenário internacional, destacam-se o Bribery Act de 2010 (REINO UNIDO, 2010) e o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977 (EUA, 1977), com a legislação norte-americana, por sua vez, mais antiga, indicando a posição de liderança dos Estados Unidos na luta contra práticas corruptivas devido à sua força econômica e tecnológica.

No contexto brasileiro, o ano de 2013 se destaca não apenas pela promulgação da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), conhecida como Lei Anticorrupção, mas também pela mobilização popular que exigiu maior ética, moral e integridade por parte dos governantes. Esse movimento culminou com a tramitação prioritária do Projeto de Lei nº 6.826/2010 (BRASIL, 2010), inicialmente proposto pela Controladoria-Geral da União (CGU) para garantir a integridade de eventos internacionais realizados no Brasil, e que resultou na sanção da mencionada Lei Anticorrupção. As inovações trazidas por essa legislação incluem a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, o fortalecimento da implementação de compliance, o estabelecimento do acordo de leniência, a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o endurecimento das sanções aplicáveis.

O noticiário brasileiro, por sua vez, reflete o constante desafio da corrupção, com frequentes notícias de casos envolvendo agentes públicos. Contudo, observa-se que as punições pós-fato não são necessariamente as alternativas mais eficazes no combate à corrupção. O verdadeiro êxito reside na atuação preventiva, impedindo a prática de atos ilícitos antes que ocorram. Estudo da CGU revela que a acumulação de funções preventivas e corretivas resultou em um aumento significativo nas responsabilizações administrativas, com um reflexo positivo na economia de recursos públicos.

No Brasil, o combate à corrupção se configurou como uma das principais bandeiras do governo, culminando com a sanção da Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019), conhecida como "Pacote Anticrime", que provocou diversas modificações na legislação penal e processual penal do país. Sánchez (2013, p. 61) destaca que o Direito Penal, quando se torna o único recurso eficaz frente à ineficácia do Direito Civil, Administrativo e da moral, passa a funcionar como "pedagogia político-social", expandindo sua aplicação, embora deva ser considerado a última instância (*ultima ratio*) de atuação estatal.

A transferência de responsabilidades para o Direito Penal, conforme observa Sánchez (2013, p. 61), coloca este ramo jurídico diante de um “fardo que não consegue carregar”. A

crise legislativa e a multiplicação de normas penais no Brasil, como o Código Penal e a Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), evidenciam um “inchaço” normativo, no qual a expansão do Direito Penal tem, muitas vezes, invadido áreas tradicionalmente do Direito Civil e Administrativo (PONTE; AOKI, 2018). A criação do "Pacote Anticrime", por exemplo, reflete essa ampliação, com destaque para a introdução do acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa (art. 6º).

Essas transformações legislativas, por sua vez, provocam reflexões sobre o colapso normativo-penal e sobre a execução do Direito Penal frente às novas tecnologias. Em consonância com Dahrendorf (1987, p. 95-104), a expansão do Direito Penal pode gerar um dilema entre anomia e o poder estatal excessivo, configurando um cenário de “sociedade sem freios”. Nesse contexto, o papel do Direito Penal é questionado, especialmente na proteção de bens coletivos, como exemplificado pelas leis nº 1.521/1951 (BRASIL, 1951) e nº 9.605/1998 (BRASIL, 1998), que tratam de crimes contra a economia popular e a proteção ambiental, respectivamente.

Sánchez (2013, p. 62) argumenta que o Direito Penal não pode ser encarregado de resolver problemas fundamentais que vão além da capacidade das instituições políticas e sociais de resolver, embora, na prática, seja recorrente a tentativa de usá-lo para tutelar interesses difusos. A grande questão que se impõe é como implementar de forma eficiente o Direito Penal, sem infringir os direitos constitucionais na era da informação e das novas tecnologias.

Nesse contexto, a criminologia crítica, conforme Sánchez (2013, p. 63), destaca a transição para a “reviravolta”, quando grupos sociais que antes criticavam o Direito Penal como instrumento de controle das classes dominantes passaram a usá-lo como ferramenta de proteção de seus próprios interesses, incluindo, por exemplo, ONGs, movimentos ecológicos, feministas e pacifistas. Esse fenômeno reflete a expansão do Direito Penal e a utilização de sua coercitividade para defender novos interesses sociais.

Por outro lado, Lüderssen (1987, p. 161-165) aponta que, enquanto o Direito Penal era considerado ineficaz para questões sociais, grupos políticos passaram a utilizá-lo para atingir objetivos específicos, inclusive a segurança pública, o controle social e a proteção de direitos coletivos. A crescente utilização do Direito Penal reflete o fenômeno da "infração penal de mera suspeita", no qual a tipificação penal se baseia em indícios e não em fatos concretos de criminalidade, colocando em risco direitos fundamentais, como o princípio da presunção de

inocência.

A ampliação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, em especial após a operação Lava Jato, ilustra a extensão do Direito Penal para além das pessoas físicas, abrangendo estruturas organizacionais inteiras. A Lei nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013), por exemplo, trouxe a colaboração premiada como um instrumento fundamental para o enfrentamento da criminalidade organizada. No entanto, essa técnica, enquanto meio de obtenção de provas, exige regulamentação cautelosa para garantir que seus benefícios não sejam aplicados de forma arbitrária, preservando os direitos fundamentais dos acusados e garantindo a integridade do processo penal.

A colaboração premiada, conforme estabelece o art. 3º da Lei nº 12.850/2013, visa à concessão de benefícios processuais ao réu ou investigado que forneça informações relevantes para a elucidação de crimes, especialmente no contexto de organizações criminosas. No entanto, como destaca Badaró (2012, p. 270), ela não constitui um meio de prova em si, mas sim um instrumento para a obtenção de provas, que poderão ser utilizadas no convencimento do juiz sobre a veracidade dos fatos.

Embora o conceito de colaboração premiada já estivesse presente de forma indiciária nos normativos anteriormente mencionados, o instituto foi normatizado de maneira mais detalhada pela Lei nº 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado) (BRASIL, 2013), especificamente nos artigos 4º a 7º.

Outro exemplo relevante dentro das Técnicas Especiais de Investigação é a ação controlada.

Essa técnica, também conhecida como flagrante prorrogado, retardado ou diferido, configura-se como um instrumento de investigação (em termos de natureza jurídica) no qual a autoridade competente (seja policial ou administrativa), diante de indícios da prática de um ilícito, opta por postergar a intervenção imediata com o intuito de realizar uma coleta mais aprofundada de provas, identificar outros envolvidos, sejam coautores ou partícipes, recuperar os produtos do crime ou realizar o adequado resgate de eventuais vítimas.

Antes de avançarmos na análise da previsão normativa desse instituto, é pertinente questionar se a ação controlada seria equivalente ao termo “entrega vigiada”. A "entrega vigiada" configura uma modalidade específica da ação controlada, conforme estabelece a Convenção de Palermo, na qual as autoridades competentes autorizam que remessas ilícitas ou

suspeitas atravessassem, saiam ou ingressem no território de um ou mais Estados sob o controle e supervisão destes, com o intuito de investigar infrações e identificar os responsáveis pela prática delitiva (art. 2º, "i").

O terceiro exemplo relevante neste contexto refere-se à figura do agente infiltrado. Antes de adentrar na análise conceitual específica deste instituto, é necessário esclarecer alguns conceitos que não devem ser confundidos com o objeto central deste tópico. Inicia-se o estudo com o conceito de agente provocador, para, então, chegar-se à definição de agente infiltrado.

O agente provocador, conforme a pesquisa realizada por Jorge Antônio de Jesus Cardoso, é aquele que incita em outro indivíduo a intenção de cometer um ilícito que, sem sua intervenção, não existiria. Em outras palavras, sem a atuação do agente provocador, o delito não teria ocorrido (CARDOSO, 2017).

Por outro lado, o termo agente infiltrado, segundo a doutrina, refere-se a uma técnica especial de investigação que permite a agentes policiais ou terceiros, sob sua direção, estabelecerem contato direto com a organização criminosa em investigação, com o objetivo de obter provas que viabilizem a condenação do grupo criminoso (CARDOSO, 2017).

Nesse contexto, é pertinente considerar a definição de infiltração proposta por Denílson Feitoza, que descreve a infiltração como a “introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (dados negados ou de difícil acesso), em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, em certas situações (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, com o objetivo de obter provas que permitam prevenir, detectar, reprimir ou combater eficazmente as atividades criminosas” (FEITOZA, 2009, p. 820).

No que tange à figura do agente infiltrado, é importante destacar que o Brasil, seguindo a tendência de poucos países, permite, por meio de sua legislação penal, particularmente na Lei nº 9.034/95 (BRASIL, 1995), alterada pela Lei nº 10.217/01 (BRASIL, 2001), que a infiltração seja realizada não apenas por agentes policiais, mas também por agentes de inteligência, como aqueles da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN). Neste ponto, Flávio Cardoso Pereira apresenta uma observação relevante ao discordar da permissão legal para que agentes de inteligência se infiltrem em organizações criminosas, para fins previstos na Lei nº 10.217/01 (BRASIL, 2001).

O autor critica essa prática, argumentando que ela desvirtua o papel dos agentes de inteligência, cuja função primordial é buscar informações voltadas à manutenção da ordem e segurança nacional, não sendo sua competência a obtenção de dados e provas para fins de persecução penal. Cardoso Pereira enfatiza a diferença entre inteligência de Estado e inteligência criminal, destacando que seus objetivos são fundamentalmente distintos (CARDOSO PEREIRA, 2008).

Adicionalmente, ele observa que a ocultação da identidade do infiltrado, bem como de sua condição de policial e intenções, é crucial para estabelecer a confiança necessária com os criminosos investigados, sendo uma condição essencial para a efetividade desse instituto (SALGADO, 2003, p. 181-182).

Retomando a análise de Jesús-María Silva Sánchez, ao discutir o fator colateral denominado “gerencialismo”, o autor espanhol aponta que a coletividade passa a se entender como a vítima do delito.

Nesse contexto, elementos característicos do Direito Penal clássico, como o tratamento de valores fundamentais (verdade e justiça, por exemplo) e a adoção de procedimentos formais como meios para promover a resolução adequada desses conflitos, são vistos como obstáculos à implementação de uma gestão eficiente das questões de segurança (SÁNCHEZ, 2013, p. 69).

Decorridos mais de dez anos desde a publicação da obra de Sánchez, é possível identificar a emergência de uma nova fase: a utilização da tecnologia para a coleta de dados, como a captura de DNA de toda a população, com fins diversos. Em continuidade, o autor observa que fenômenos como pactos de imunidade das promotorias com determinadas pessoas e a adoção de diversas formas de mediação ilustram modelos de justiça negociada, nos quais os princípios da verdade e da justiça acabam sendo secundarizados (SÁNCHEZ, 2013, p. 69).

Ao problematizar os contornos contemporâneos da intervenção penal, Sánchez introduz o conceito de “justiça doce” como chave analítica para evidenciar uma tensão paradigmática no seio do Direito Penal Público. Nesse contexto, o autor identifica um ponto de inflexão relevante: a crítica dirigida à estrutura clássica de aplicação jurisdicional e processual do Direito Penal, ora por sua excessiva leniência, ora por sua desmesurada rigidez, resultando, em ambas as hipóteses, em manifesta ineficácia do sistema punitivo (SÁNCHEZ, 2013, p. 70).

O ponto nevrálgico da reflexão contemporânea sobre os contornos da persecução penal

reside, de maneira incontestada, na constatação da ineficácia estrutural do Direito Penal enquanto instrumento de controle social. Todavia, a problemática que ora se impõe, com renovada complexidade, refere-se aos limites da intervenção estatal, sobretudo no que tange à utilização de dados de perfis genéticos para fins persecutórios, independentemente da gravidade ou natureza da infração penal. A crescente instrumentalização de tecnologias invasivas, como o mapeamento genético, representa uma das facetas mais sensíveis do expansionismo penal, o qual, por sua vez, é alimentado pela privatização e pela desformalização dos mecanismos punitivos, elementos que se afirmam como corolários da hipertrofia do sistema penal em tempos de globalização (SÁNCHEZ, 2013).

Importa destacar que o recorte analítico que se pretende no presente trabalho não abarca de forma exaustiva todas as formas de expansão penal, mas foca-se, metodologicamente, na coleta e no armazenamento de dados genéticos como expressão emblemática desse fenômeno. A partir desse ponto, e em diálogo com a obra clássica de Popitz (1968), Sánchez assinala que a eficácia preventiva do Direito Penal repousa, em larga medida, no desconhecimento da população a respeito dos mecanismos concretos mediante os quais o Estado reage frente ao delito (SÁNCHEZ, 2013, p. 72). Essa concepção, todavia, deve ser historicizada.

Com efeito, qualquer análise crítica que se pretenda rigorosa há de considerar que as condições tecnológicas e institucionais da repressão penal em 1968 — ano da publicação da obra de Popitz — distam profundamente daquelas observadas nos dias atuais, particularmente no contexto do ano de 2024, marcado pela centralidade da tecnologia nas dinâmicas de poder e controle. A vigilância digital, a coleta massiva de dados e a crescente automação dos processos decisórios estatais remodelaram os fundamentos clássicos da eficácia preventiva, esvaziando, ao menos parcialmente, a premissa segundo a qual o desconhecimento público seria elemento essencial para o bom funcionamento do aparato repressivo.

Neste novo cenário, o desafio do Estado não se restringe à ocultação de seus métodos persecutórios, mas se desloca para a esfera da antecipação de condutas delituosas, frequentemente em detrimento das garantias legais que ainda não foram adequadamente atualizadas nos ordenamentos jurídicos nacionais. A missão estatal, portanto, passa a consistir não apenas na contenção posterior da criminalidade, mas na sua preterição radical, operada por meio de ferramentas de previsão e de monitoramento contínuo, independentemente do nível de transparência quanto aos critérios de seleção da persecução penal, das limitações processuais ou da forma de execução da pena.

No segundo capítulo de sua obra, dedicado à análise da globalização econômica e da integração supranacional enquanto vetores da expansão penal, Sánchez decompõe o problema em duas vertentes interligadas: (1) a correlação entre globalização econômica, integração supranacional e emergência de novas formas de delinquência, e (2) as estratégias de política criminal adotadas diante dessa nova criminalidade, compreendidas a partir das vias de conformação de um Direito Penal globalizado, da dogmática penal correspondente e dos princípios político-criminais que lhe servem de fundamento.

De acordo com o autor, a globalização econômica, ao estabelecer fluxos transnacionais de capital, informação e mobilidade, engendra riscos inéditos e amplia exponencialmente os interesses tutelados pelo Direito Penal. Tais transformações provocam uma sensação difusa de insegurança social, institucionalizam uma lógica de proteção centrada na figura da vítima, reforçam o descrédito das instâncias tradicionais de regulação social e propulsionam o surgimento de uma sociedade de “sujeitos passivos” (SÁNCHEZ, 2013, p. 41), cujo ethos penal é moldado por expectativas punitivas intensificadas, inclusive no seio de segmentos progressistas da política europeia, que adotam posturas ambivalentes diante da criminalidade em tempos de gerencialismo e governança tecnocrática.

Esse contexto, cuja incidência transcende os limites do cenário europeu e manifesta-se de forma contundente também no ordenamento jurídico brasileiro, opera como força propulsora de uma verdadeira desconstrução dos fundamentos dogmáticos tradicionais do Direito Penal. Em particular, observa-se a progressiva erosão do bloco conceitual que sustenta a teoria do delito, cuja coerência interna e estrutura sistemática vêm sendo abaladas pelas exigências funcionalistas de um Direito Penal orientado à gestão de riscos e à repressão de novos fenômenos delitivos.

Não se trata, contudo, de um impacto limitado à esfera da dogmática penal. Os reflexos desse movimento incidem, de modo ainda mais preocupante, sobre as garantias formais e materiais que delimitam o exercício legítimo do poder punitivo, tanto no plano substantivo do Direito Penal quanto no âmbito procedimental do Processo Penal. Em nome da eficiência e da segurança, tem-se assistido a uma flexibilização preocupante dos marcos garantistas, o que impõe uma revisão crítica acerca dos limites constitucionais da atuação estatal em matéria penal.⁴⁴

⁴⁴ Expressão utilizada pelo Autor (SÁNCHEZ, 2013, p. 75).

Neste ponto da análise, é pertinente observar que, enquanto a teoria desenvolvida por Sánchez descrevia de forma prospectiva os primeiros sinais de um processo então emergente, transcorrida quase uma década desde a publicação de seu texto, a realidade social global se consolidou em uma nova configuração. As sociedades contemporâneas, cada qual segundo suas especificidades políticas, jurídicas e estruturais, encontram-se profundamente imersas em um contexto de massificação do acesso à internet e de uso intensivo de tecnologias digitais — o que impõe uma reavaliação crítica das categorias clássicas do Direito Penal.

Diante desse cenário, impõe-se indagar se estamos efetivamente diante de um processo de esvaziamento substancial das garantias materiais e processuais que alicerçam a legitimidade da atuação punitiva do Estado, ou se o que se impõe é, antes, uma urgente atualização conceitual da teoria do delito, capaz de responder, sem renunciar aos compromissos garantistas, às transformações impostas pela sociedade da informação e pelo paradigma do controle algorítmico. Tal reflexão exige um esforço teórico de reconciliação entre os fundamentos normativos do Direito Penal e as novas exigências de governança securitária próprias do século XXI.

Nesse sentido, Sánchez revela-se preciso ao afirmar que o processo de erosão das garantias penais caminha *pari passu* com a tendência à integração supranacional das legislações penais, sobretudo no contexto de blocos regionais e de ordenamentos jurídicos interdependentes. Contudo, é imperioso assinalar que essa trajetória de unificação normativa encontra obstáculos significativos, decorrentes de fatores geopolíticos e institucionais que complexificam a harmonização legislativa. A título exemplificativo, a saída do Reino Unido da União Europeia — o denominado Brexit — representa uma inflexão paradigmática que fragiliza os esforços de coesão normativa no espaço europeu. Do mesmo modo, o panorama político instável e, por vezes, regressivo da democracia na América Latina impõe sérios entraves à consolidação de um arcabouço penal supranacional coerente e funcional. Tais fatores revelam que, embora a unificação legislativa em matéria penal figure como uma aspiração teórica recorrente, sua realização prática permanece submetida às vicissitudes da ordem política internacional e aos limites da soberania estatal.⁴⁵

No que concerne ao panorama democrático latino-americano, dados empíricos coletados pela Economist Intelligence Unit (EIU), por meio do Índice da Democracia de 2017,

⁴⁵ *Brexit* é uma abreviação das palavras inglesas *britain* (Bretanha) e *exit* (saída).

revelam importantes inflexões na classificação institucional dos regimes políticos da região.

O referido índice, que categoriza os Estados em quatro tipos — “democracia plena”, “democracia defeituosa”, “regime híbrido” e “regime autoritário” — evidencia, por um lado, a elevação do Equador de um status anteriormente classificado como “regime híbrido” para a condição de “democracia defeituosa”, sinalizando, ainda que timidamente, um avanço em direção à consolidação institucional.

Em contrapartida, o acirramento da crise estrutural vivenciada pela Venezuela — de natureza simultaneamente política, econômica e humanitária — culminou na reclassificação do país como “regime autoritário”, rompendo com a condição anteriormente atribuída de “regime híbrido”. Essa alteração não representa um mero ajuste classificatório, mas sim a expressão sintomática de uma deterioração institucional profunda, que impacta diretamente a estabilidade da ordem democrática na região. A partir desse quadro, torna-se evidente que a reconfiguração do mapa democrático latino-americano traduz uma instabilidade sistêmica persistente, que impõe severos entraves à efetivação de projetos de integração supranacional. Tais dificuldades mostram-se particularmente agudas no domínio da unificação legislativa penal, cuja viabilidade depende, em última instância, de níveis mínimos de homogeneidade normativa e de convergência político-institucional entre os Estados envolvidos.⁴⁶

Um aspecto digno de nota no estudo mencionado é que, dentre todos os países da América Latina, apenas o Uruguai foi classificado como uma “democracia plena”. Por outro lado, a maior parte dos países da região foi considerada como “democracia defeituosa”.

Vale destacar que a classificação dos países no referido estudo foi fundamentada em cinco categorias principais: processo eleitoral e pluralismo, liberdades civis, funcionamento do governo, participação política e cultura política. Estes critérios, como se observa, têm grande relevância para a formulação de políticas criminais, funcionando como indicadores essenciais para a orientação das normas e práticas jurídicas no contexto latino-americano. Nesse sentido, a integração supranacional da legislação criminal parece ser uma tarefa particularmente complexa, especialmente no que tange à implementação efetiva de medidas de cooperação, condenação e execução de prisões entre os países da região.

No que diz respeito à globalização econômica e à integração supranacional, fatores que

⁴⁶ Disponível em: https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex2017. Acesso em: 23.01.2020.

Sánchez identifica como catalisadores do expansionismo penal, observa-se que o Direito Penal da Globalização tende a reforçar e acentuar tendências já presentes nas legislações nacionais.

Esta hipótese encontra respaldo em duas constatações centrais. A primeira afirma que a globalização impõe ao Direito Penal demandas centradas na eficácia prática, orientadas pela redução da criminalidade, ou seja, a necessidade de responder às exigências do poder político ou das instâncias responsáveis pela aplicação judicial do Direito Penal (SÁNCHEZ, 2013, p. 76).

A segunda premissa sustenta que a delinquência no contexto da globalização assume uma natureza predominantemente econômica, caracterizando-se como “lucrativa”. Nesse contexto, o criminoso continuaria a praticar delitos, mesmo diante do risco de afetar outros bens jurídicos.

Sánchez (2013, p. 77) acrescenta que a antiga reflexão jurídico-penal, pautada no paradigma clássico, deixa de ser a principal orientação do intérprete, com a criminologia contemporânea, por sua vez, redefinindo os crimes como “crimes dos poderosos”, ajustando a análise à nova configuração das infrações no contexto globalizado.

Sobre esse aspecto, Sánchez destaca um ponto relevante que, após mais de uma década desde a formulação de sua teoria, merece ser contraposto ao cenário, em especial, latino-americano.

De acordo com o autor espanhol, os delitos envolvendo a criminalidade dos poderosos não estariam suficientemente contemplados dentro da dogmática penal.

Embora se reconheça a validade do panorama proposto por Sánchez, cabe ressaltar que, no Brasil, tais delitos passaram a ser objeto não apenas da legislação, mas também da dogmática e da jurisprudência, sendo tratados por operadores do Direito em diversos níveis. Nesse contexto, observa-se que a dogmática, embora com ressalvas e divergências significativas, está em pleno desenvolvimento, especialmente no que diz respeito à criminalização das condutas dos poderosos.

Retomando as premissas que sustentam a função do Direito Penal da Globalização, conforme delineado por Sánchez, o autor afirma que a função primordial desse ramo do Direito é a de intensificar tendências já observadas nas legislações nacionais.

A terceira premissa, portanto, consiste na necessidade de responder à globalização e à delinquência associada com medidas punitivistas. Neste ponto, Sánchez (2013, p. 77) enfatiza que o objetivo seria evitar lacunas no sistema punitivo e fortalecer a estrutura punitiva do Estado diante dos novos modelos de delinquência, que geram uma sensação de insegurança generalizada — tanto entre os indivíduos quanto entre os próprios Estados. Para Sánchez, a seletividade do Direito Penal seria compensada pelo aumento dos mecanismos simbólicos de sanção, ampliando as formas de resposta penal.

Ainda dentro desse contexto, é possível identificar um desafio típico da era da informação. O acesso e a manipulação das ferramentas tecnológicas, entre indivíduos, não estão necessariamente vinculados à condição de “criminoso poderoso”.

Em outras palavras, à medida que a sociedade evolui, a ausência de um acompanhamento adequado no que diz respeito à abrangência das punições pode resultar em uma lacuna punitiva considerável. Adicionalmente, não se deve esquecer que, no ambiente digital, as dimensões do dano são significativamente distintas das que ocorrem no mundo físico, tanto em termos de extensão — uma vez que os impactos podem afetar uma dezena de países em questão de segundos — quanto no aspecto temporal, dado que, no universo digital, o dano pode perdurar indefinidamente, desde que o conteúdo continue a circular na rede mundial de computadores.

Por fim, a quarta premissa apresentada por Sánchez, no contexto do Direito Penal da Globalização, reflete a consideração de que, para lidar com a delinquência transnacional, não seria possível prescindir da tradição jurídico-penal anglo-saxã (da Common Law), a qual, conforme destaca Sánchez (2013, p. 78), se distingue de forma significativa da tradição jurídico-penal continental europeia.

Tal diferença destaca a complexidade e a diversidade de abordagens que precisam ser levadas em consideração quando se pensa na construção de um sistema penal global.

Ao abordar a política criminal diante da delinquência gerada pela globalização, e ao destacar as vias de configuração de um Direito Penal da globalização, a dogmática pertinente à referida delinquência e os princípios político-criminais que caracterizam essa modalidade de Direito Penal, Sánchez inicia sua análise com uma constatação fundamental: os fenômenos da globalização econômica e da integração supranacional exercem um duplo efeito sobre a delinquência (SÁNCHEZ, 2013, p. 79).

Primeiramente, a globalização econômica e a integração supranacional funcionam como catalisadores para que determinadas condutas, que sob a ótica tradicional seriam consideradas delitivas, deixem de ser classificadas como tal por razões estritamente econômicas. Ou seja, a manutenção dessas condutas como crimes representaria um obstáculo para o avanço da globalização e da própria integração supranacional. Um exemplo pertinente mencionado por Sánchez é o caso envolvendo a legislação penal espanhola relativa às transações econômicas, que foi julgado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em 1995. Esse exemplo ilustra como a pressão para adaptar as legislações nacionais aos padrões globais pode resultar na descriminalização de certos comportamentos que anteriormente eram considerados delituosos, visando facilitar as transações e a cooperação econômica entre os países⁴⁷.

No contexto das novas formas de delinquência, a globalização gerou um tipo de criminalidade caracterizado pela organização transnacional, pelo poder econômico e pela dissociação entre os executores diretos dos delitos e os responsáveis por orquestrar as infrações em níveis superiores. A ênfase é colocada na natureza "lucrativa" e no impacto econômico de muitos dos crimes associados a esse fenômeno, como as fraudes orçamentárias e crimes contra os interesses financeiros globais.

Um dos pontos centrais da argumentação de Sánchez é que a transição para um "Direito Penal da Globalização" não pode ser feita sem levar em consideração a necessidade de modificar as regras tradicionais do Direito Penal. Em particular, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, bem como a responsabilidade por omissão e os princípios clássicos como a legalidade, culpabilidade e proporcionalidade, precisam ser reexaminados. Isso reflete uma flexibilização dos conceitos tradicionais, com vistas a lidar com a delinquência transnacional, que é mais complexa e exige uma abordagem mais pragmática e adaptada às novas realidades.

Sánchez também discute a limitação da homogeneização das legislações penais a nível global, devido às diferenças culturais e jurídicas entre os Estados. Ele propõe, então, que a homogeneização das normas não seja feita de maneira absoluta, mas que, em vez disso, se busque uma unificação técnica e prática para enfrentar crimes globais, principalmente em áreas de alta tecnologia e no comércio internacional. Isso exige que o Direito Penal seja dinâmico e capaz de acompanhar as inovações tecnológicas, que muitas vezes superam a capacidade dos

⁴⁷ Jesús-Maria Silva Sánchez destaca dois casos, a saber: sentenças de 23 de fevereiro (o qual diz respeito ao caso Bordessa) e de 14 de dezembro de 1995 (relativo ao caso Sanz de Lera).

sistemas jurídicos nacionais de lidar com novos tipos de crimes.

Por fim, a questão das "garantias" no sistema penal global é uma questão relevante, pois a flexibilidade da aplicação dos princípios tradicionais pode resultar na diminuição de direitos fundamentais e uma maior dependência de penas não privativas de liberdade, como alternativas punitivas. A pressão pela adaptação do Direito Penal frente à globalização, portanto, se dá em função da necessidade de tornar o sistema mais eficiente, mas sem perder de vista as garantias dos indivíduos e os princípios de justiça.

Essa abordagem amplia a compreensão do impacto da globalização no Direito Penal, não apenas sob a perspectiva econômica, mas também em termos sociais e culturais, refletindo sobre como o fenômeno global impacta as estruturas de poder e o modo como as infrações são tratadas.

Diante desse contexto, a concepção clássica da pena, desassociada dos fins e voltada exclusivamente à retribuição da culpabilidade inerente ao ato, revelou-se insuficiente, o que levou ao desenvolvimento da “pena funcional”, com um enfoque preventivo-especial. Em síntese, a “pena funcional” é caracterizada por três aspectos: 1) como meio de intimidação individual, sendo eficaz para o delinquente ocasional; 2) como instrumento de ressocialização, aplicável ao delinquente habitual corrigível; e 3) como mecanismo de neutralização, destinado ao delinquente incorrigível. A partir desse ponto, surgem as chamadas medidas de segurança, voltadas não à culpabilidade, mas à periculosidade do agente.

Décadas mais tarde, no contexto da Segunda Guerra Mundial, a teoria da prevenção especial, desenvolvida no século XIX, foi progressivamente substituída pela ideia de uma orientação ressocializadora na execução das penas e nas medidas de segurança, conforme disposto na Constituição espanhola da época (SÁNCHEZ, 2013, p. 99).

Nesse período, observou-se um novo fluxo migratório de pessoas provenientes de países extracomunitários, ou seja, não pertencentes à União Europeia. Este fenômeno gerou reflexos significativos na criminalidade, especialmente em virtude das diferenças culturais. Na época em que foi escrita a tese de Sánchez, ele afirmou que “o fenômeno da criminalidade (em geral, patrimonial) de sujeitos extracomunitários, que operam de modo mais ou menos estruturado, geralmente em grupos ou bandos, começa a ser comum nas diversas nações europeias” (SÁNCHEZ, 2013, p. 99). Essa situação se mostrou ainda mais grave diante da crise do “Estado do bem-estar” na Europa.

Ao comparar o contexto histórico da Europa nos séculos XIX e durante a Segunda Guerra Mundial, conforme exposto por Sánchez, com a realidade do Brasil, é possível perceber que, no primeiro marco temporal, esse período foi também de grandes transformações para a população brasileira (FURTADO, 1987). Um dos marcos foi a recepção do monarca português no Brasil, o que levou à transferência da capital para o Rio de Janeiro e alterou substancialmente o cenário político local, com um reforço nas relações comerciais e sociais da colônia, que até então não se via como uma unidade autônoma. Outros dois aspectos importantes dessa mudança foram a liberação do território do pacto colonial e a abertura dos portos, que conferiram à Inglaterra o controle econômico sobre o Brasil, em um processo que contrasta com o que ocorreu em outros países independentes, como os Estados Unidos.

Ademais, o Brasil vivenciou uma tensão peculiar no referido período, pois, de um lado, conquistou sua independência sob um regime monárquico, o que o diferenciava dos demais países do continente americano, e, de outro, adotou a República como sistema de governo, o qual perdura até os dias atuais. No plano econômico, existiam basicamente dois polos: o açúcar e o ouro, sendo que a pecuária se configurava como um elemento acessório à produção açucareira, predominantemente no Nordeste, e estendendo-se também do Rio Grande do Sul até São Paulo.

No que concerne ao Direito Penal Brasileiro da época, com destaque para a análise do Código Penal da República de 1890⁴⁸, cuja estrutura social remonta às relações comerciais escravistas, é possível concluir, de forma preliminar, que, ao contrário do Estado constitucional e representativo por excelência, caracterizado por um “estatuto jurídico igualitário dos sujeitos, a concentração na autoridade pública da capacidade de legislar, o monopólio da burocracia estatal sobre os procedimentos penais e suas práticas punitivas e a produção da verdade”, o sistema jurídico-penal da época consistia na sobreposição das formas jurídicas constitucionais às instituições e práticas de poder originárias da sociedade escravista (AUFDERHEIDE, 1976).

O desequilíbrio na concessão de direitos entre senhores e escravos era tão pronunciado que o artigo 14, § 6.º, do Código Criminal de 1890 considerava como atípicas, ou seja, não passíveis de punição, as ações de “castigo moderado” que os pais impusessem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discípulos (KOERNER, 2006). Ademais, as

⁴⁸ Durante o século XIX, além do Código Penal de 11 de outubro de 1890, sessenta anos antes, foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil. Por ter diretrizes mais próximas ao regime europeu, o trabalho focará tão somente, nesse momento, na análise do Código Penal de 1890.

denúncias de natureza criminal apresentadas por qualquer indivíduo contra seus próprios familiares ou, no caso dos escravos, contra seus senhores, eram sistematicamente rejeitadas pelas autoridades públicas, conforme o artigo 75 do Código de Processo Criminal.

Entre as circunstâncias agravantes da pena, destacava-se a hipótese em que o ofendido fosse um ascendente, mestre ou superior do delinquente, ou ainda tivesse com o ofensor qualquer relação que implicasse respeito filial, o que incluía os escravos ou libertos, que eram juridicamente classificados como órfãos, sob a tutela de seus senhores (art. 16, § 7.º, do Código Criminal).

Complementando esse quadro, o artigo 60 do mesmo código dispunha sobre a possibilidade de comutação das penas dos escravos, substituindo-as por açoites em casos de crimes que não resultassem em pena de morte ou degredo (KOERNER, 2006).

O contexto evidenciado, exemplificado nos dispositivos da legislação vigente à época, demonstra que a preocupação "humanitária", se é que tal termo pode ser empregado, estava voltada exclusivamente aos homens livres, o que permite concluir, de forma preliminar, as severas disparidades existentes entre os países da Europa e o Brasil, ao menos no século XIX.

Quanto ao segundo marco temporal analisado por Sánchez, correspondente à Segunda Guerra Mundial, a primeira observação a ser feita refere-se à significativa participação do Brasil no apoio às forças aliadas, com o envio, a partir de 1942, de aproximadamente “25 mil homens da Força Expedicionária Brasileira (FEB), 42 pilotos e 400 homens de apoio da Força Aérea Brasileira (FAB)”.⁴⁹

Não restam dúvidas, no plano internacional, de que a Segunda Guerra Mundial representou um marco temporal que possibilitou uma maior preocupação com os direitos fundamentais e as garantias dos povos. Um exemplo significativo desse movimento foi a criação, pelo Tratado de Roma de 1998, do Tribunal Penal Internacional (TPI), cuja característica fundamental é ser uma jurisdição permanente e universal, competente, em complementaridade com as jurisdições internas dos Estados, para julgar indivíduos por crimes graves, como crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. Além disso, surgiram

⁴⁹ Para aprofundamento em relação ao tópico, vide o seguinte: Como foi a participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial? O primeiro grupo de militares brasileiros chegou à Itália em julho de 1944. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/319/como-foi-a-participacao-do-brasil-na-segunda-guerra-mundial>. Acesso em: 11.fev.2023.

o Tribunal Internacional do Mar e o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (RODAS, 2015).

No plano nacional, o Brasil promulgou, em 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 2.848, que instituiu o até hoje vigente Código Penal Brasileiro. Uma constatação relevante é que o Brasil contou com um número consideravelmente menor de dispositivos criminais ao longo de sua história, mesmo considerando os dispositivos importados de Portugal durante o período colonial⁵⁰.

Por fim, no que tange aos fluxos migratórios observados na Europa, com a saída de indivíduos de países extracomunitários, e o que ocorre no Brasil, é possível identificar certa semelhança, especialmente no que se refere à característica do país como polo de atração de imigrantes. Entre os anos de 2010 e 2018, o Relatório Anual do Observatório das Migrações Internacionais registrou a entrada de 774,2 mil imigrantes, destacando-se, em termos quantitativos, a presença de indivíduos provenientes do Haiti, Bolívia, Venezuela, Colômbia, Argentina, China, Portugal e Peru.⁵¹

É possível vislumbrar que o Brasil, assim como a Europa, atrai migrantes não apenas da América Latina, mas também da Europa e da Ásia. Ao realizar um paralelo entre os fluxos migratórios contemporâneos na Europa e no Brasil, em sociedades pós-industriais caracterizadas por processos de integração supranacional e atomização no plano interno, é possível concluir, conforme a análise de Sánchez, que a criminalidade observada nestes contextos não apresenta diferenças substanciais em relação à criminalidade tradicional. No entanto, “sua intensidade e sua extensão são amplificadas pela marginalidade à qual estão relegados aqueles que, dentro das sociedades pós-industriais, vivem à margem de relações laborais estáveis” (SÁNCHEZ, 2013, p. 100).

Retomando a análise de Sánchez, observa-se que as políticas criminais dos Estados tendem a adotar uma postura de tolerância zero em relação aos crimes cometidos por estrangeiros em seus territórios. Em outras palavras, conforme o autor espanhol, “o Direito Penal das sociedades multiculturais não somente tenderá a ser mais repressivo para suprir os

⁵⁰ Até o ano de 1512 - Ordenações Afonsinas; até o ano de 1569 – Ordenações Manuelinas; até o ano de 1603 – Código de D. Sebastião; 1603 – Livro V das Ordenações do Rei Filipe II, denominado de Código Filipino; 1830 – Código Criminal do Império do Brasil; 1890 – Código Criminal do Império do Brasil; 1890 – Código Criminal do Império do Brasil; 1932 – Consolidação de Piragibe e 1940 – Código Penal (Decreto-lei nº 2.848).

⁵¹ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566502830.29>. Acesso em: 11.fev.2023.

déficits de assentimento social, mas também, provavelmente, se mostrará contrário à exclusão da concorrência dos pressupostos de imputação da culpabilidade por razões de índole cultural” (2013, p. 102).

Ao abordar a globalização política e cultural e suas respectivas implicações para o Direito Penal, Sánchez (2013, p. 103) destaca que, diante desses fenômenos, a globalização política tem gerado e intensificado a aplicação extraterritorial de leis estatais, com o objetivo de desconstruir ou simplesmente não aplicar dispositivos de isenção ou extinção da responsabilidade penal previstos pelos Estados nos quais os crimes são cometidos.

Prosseguindo com a análise do raciocínio de Sánchez, no quarto capítulo de sua obra, ele ressalta que, embora o Direito Penal seja frequentemente utilizado pelos poderes públicos como ferramenta para enfrentar problemas sociais de grande escala, não se pode concluir que sua expansão seja exclusivamente resultado de uma perversidade estatal (2013, p. 105). Os elementos discutidos ao longo do trabalho indicam que o Direito Penal ocupa uma posição singular. Por um lado, deve ser visto como um ramo do Direito que, quando aplicado aos casos concretos, proporciona respostas funcionais que não comprometem o funcionamento da sociedade como ela se autocompreende.

Sánchez, sobre esse ponto, sublinha que o essencial é evitar que o Direito Penal gere efeitos disfuncionais. Em consonância com esse entendimento, Günther Jakobs afirma que “o funcionalismo jurídico-penal está em perfeitas condições para distinguir entre normas funcionais e normas intervencionistas” (2003, p. 44). Retomando a perspectiva do Direito Penal como um ramo jurídico único, o autor espanhol adverte que esse ramo do Direito não deve se converter em um “porta-bandeira”, ou seja, em um mecanismo de implementação de demandas sociais mais “conjunturais, superficiais ou meramente verbalizadas” (SÁNCHEZ, 2013, p. 105). Esses dois aspectos do Direito Penal não se anulam, mas se complementam.

Na sequência, partindo da premissa de que o Direito Penal não deve ser responsável por transformar os princípios de organização da sociedade, chega-se à conclusão de que a função do Direito Penal como mecanismo promocional deve ser rechaçada, uma vez que ele é, em essência, reflexo da ordem social. Sua legitimação provém da legitimidade das normas que asseguram sua vigência (SÁNCHEZ, 2013, p. 108).

Dessa maneira, Sánchez conclui que tudo aquilo que não for disfuncional ao Direito Penal, para que se evite o próprio desaparecimento do sistema jurídico-penal, deve ser

introduzido com “elementos de racionalidade”, de modo a preservar a integridade das garantias clássicas do Direito Penal, como a vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e outras proteções fundamentais à dignidade humana. Este cenário se torna ainda mais controverso quando se analisa o funcionalismo, doutrina que, segundo o autor, “não se aprofundou tanto quanto seria preciso” (SÁNCHEZ, 2013, p. 108).

Em relação à perspectiva do delito como uma lesão à vigência da norma, Sánchez (2013, p. 109) concorda que “isso é materialmente satisfatório e, ademais, concorda com o dado formal-prático de que, nos sistemas do constitucionalismo moderno, somente podem impugnar-se preceitos penais quando resultam inconstitucionais por defeito ou por excesso”.

O autor destaca, ainda, que a identidade normativa de uma sociedade, que constitui as bases do Direito Penal, não pode ser vista como algo estático, mas como algo dinâmico, controvertido e plural (SÁNCHEZ, 2013, p. 110). O debate, portanto, gira em torno de avaliar se a resposta escolhida pelo legislador – a aplicação do Direito Penal – é adequada ou não para estabilizar a demanda social.

Por fim, o uso de tecnologias como o DNA, sua coleta e armazenamento em bancos de dados, assim como as interações culturais e sociais que envolvem a criminalidade, exigem uma reflexão mais profunda sobre a função do Direito Penal na proteção das garantias jurídico-penais e na prevenção de abusos, especialmente em relação à economia e outros interesses sociais, conforme apontado por Sánchez (2013, p. 111).

A análise apresentada no quinto capítulo da obra de Sánchez (2013) reflete uma expansão do Direito Penal, em virtude de fenômenos jurídicos, políticos e sociais, que destacam a crescente intervenção estatal e a flexibilidade nas regras de imputação.

O conceito de “administrativização do Direito Penal” envolve a aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, desfazendo as distinções clássicas, como as defendidas por Welzel, e fundamentando a diferenciação entre esses ramos com base no injusto tutelado. Sánchez propõe que o critério teleológico seja o norteador, onde o Direito Penal visa proteger bens concretos, e o Direito Administrativo, o ordenamento jurídico como um todo. Esse raciocínio abre espaço para a utilização de tecnologias, como a gestão de perfis genéticos, que possibilitam uma abordagem preventiva do Direito Penal, deslocando-se da estrutura tradicional, centrada na punição de atos já cometidos, para a prevenção de futuros delitos.

A administração de perfis genéticos por meio de bancos de dados torna-se, assim, um instrumento eficaz, configurando um novo paradigma no qual o Estado se antecipa aos crimes, promovendo uma forma de controle mais eficaz.

Neste contexto, a reflexão sobre a administrativização do Direito Penal também implica em um desafio central: encontrar o equilíbrio entre a eficiência da persecução penal e a preservação das garantias penais e processuais. Este é um ponto crucial, dado que a proteção das liberdades e direitos fundamentais do acusado deve ser considerada mesmo diante das necessidades de prevenção e repressão das infrações.

Sánchez também observa a crescente proteção penal no “Estado de prevenção”, onde a atividade administrativa em si mesma é protegida, dando lugar ao fenômeno da neutralização, em que o Direito Penal adota medidas de prevenção mais amplas, como a gestão e controle de setores ou grupos considerados perigosos.

Esse movimento se alinha à ideia de que a punição do crime não se limita à sua repressão, mas também à gestão do risco e ao controle da sociedade, com destaque para o papel dos bancos de dados genéticos, que visam a neutralização de comportamentos delitivos, bem como à gestão de grupos considerados perigosos pelo ordenamento jurídico.

A utilização de bancos de dados de DNA é, portanto, vista como um avanço na administrativização do Direito Penal, funcionando como um mecanismo de controle social. Jiminián (2019, p. 125) reforça essa perspectiva ao destacar que os registros de DNA se tornam uma forma de controle social, transcendendo o escopo da punição tradicional e se concentrando em práticas preventivas que visam à gestão do risco social de forma mais eficiente e proativa.

A combinação de novas tecnologias com a função do Direito Penal redefine, assim, as bases e os limites da atuação estatal, que, por meio de tais mecanismos, pode antecipar a intervenção penal, rompendo com a lógica tradicional de resposta exclusivamente reativa às infrações cometidas.

Essa transformação impõe, no entanto, um dilema ético e jurídico, pois a administrativização do Direito Penal, especialmente com o uso de tecnologias como os bancos de dados de DNA, deve ser cuidadosamente regulada para evitar excessos e garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados em todo o processo.

E, em se tratando desses sistemas de armazenamento de informações genéticas, tem-se

os registros de delinquentes sexuais, cuja finalidade é o uso em delitos futuro e não a retribuição de ações passadas. Tratando-se de uma redefinição da sanção em matéria penal em que sua natureza político-criminal não é totalmente transparente e não está emoldurada na política de segurança de um Estado em que são mais importantes os efeitos preventivos próprios do direito administrativo, do que do direito penal⁵² (JIMINIÁN, 2019, p. 125-126).

Nesse ponto, surge a questão: e os direitos fundamentais nesse contexto?

A análise de custos e benefícios econômicos no contexto da neutralização seletiva, como proposta por Sánchez (2013), reflete uma tendência crescente de adaptação das políticas criminais com base em critérios econômicos e estatísticos.

A teoria da neutralização seletiva propõe a identificação e segregação de indivíduos considerados de "alto risco", ou *high risk offenders*, como uma forma de gerar vantagens econômicas para a sociedade.

A premissa subjacente é que, ao focar naqueles que têm maior probabilidade de reincidir, é possível reduzir o número total de crimes, otimizando os recursos do sistema penal. Como ilustrado por Sánchez, se um indivíduo de alto risco for segregado por um período mais longo, a "economia social" gerada será significativamente superior ao custo de segregar delinquentes com menor taxa de reincidência. Esse raciocínio se alinha com a crítica à abordagem mais ampla de *general incapacitation*, que, embora visasse prevenir crimes, não levava em consideração a efetividade da pena em termos de redução concreta da criminalidade.

A comparação entre as abordagens propostas, uma baseada na segregação seletiva e a outra na incapacitação geral, evidencia que a primeira oferece um uso mais eficiente dos recursos, maximizando a redução de crimes em comparação ao custo de encarceramento. Essa abordagem, no entanto, não é isenta de controvérsias, principalmente no que tange à moralidade de classificar e punir os indivíduos com base em uma previsão estatística de comportamento delitivo. Isso levanta questões sobre os limites do uso de tais técnicas no direito penal, especialmente quando se considera a possibilidade de erro nas previsões.

⁵² Na decisão *Maryland vs. King*, 569US (2013), a Suprema Corte foi enfática em validar a colheita de DNA de pessoas presas, considerando o registro na base de dados como uma medida de natureza administrativa em prol dos interesses das autoridades estatais de ter corretamente identificados os seus membros: “...an individual’s identity is more than just his name or Social Security number, and the government’s interest in identification goes beyond ensuring that the proper name is typed on the indictment. Identity has never been considered limited to the name on the arrestee’s birth certificate”.

Jiminián (2019, p. 134-135) complementa essa análise ao introduzir a equação de dissuasão de Richard Posner, que oferece uma fórmula para avaliar a eficácia das políticas públicas criminais em termos de sua capacidade de dissuadir comportamentos delitivos. A equação, que leva em conta a gravidade da punição (G), a certeza de ser punido (C) e a celeridade do castigo (C1), busca quantificar a dissuasão gerada por uma política penal. A ideia é que uma política eficiente não deve apenas ser punitiva, mas também prever punições que sejam severas, certas e rápidas, maximizando a sua capacidade de prevenir o crime.

O debate, portanto, gira em torno da eficiência da teoria da neutralização seletiva e de suas implicações éticas e jurídicas.

Enquanto alguns argumentam que ela pode ser uma ferramenta eficaz para reduzir a criminalidade, outros questionam se a segmentação da população penal com base em previsões de comportamento não infringe princípios fundamentais de justiça e igualdade, ao se basear em estigmas e estimativas imprecisas. Assim, a implementação de tais modelos exige uma análise cuidadosa dos efeitos tanto sobre a redução de crimes quanto sobre o respeito aos direitos dos indivíduos.

Na compreensão de Jiminián, tal análise econômica, na perspectiva do armazenamento de DNA em bancos de dados específicos, da pessoa que pretende delinquir, sua prisão será mais rápida. Isso supõe um custo ou efetivo negativo a ser calculado no processo de decisão racional de delinquir, o que poderia dissuadir-lhe de cometer uma infração penal ao se ver desestimulado (2019, p. 136).

Essa situação seria interessante, porque o armazenamento de informação genética seria internalizado pelo potencial delinquente, que assumiria a probabilidade de uma nova apreensão policial e, por conseguinte, uma condenação judicial, assim se terá logrado a dissuasão da reiteração delitiva. Sendo que atualmente, a prisão foi substituída por barreiras e controles virtuais em que o delinquente opta por não delinquir, de maneira que existe uma prevenção situacional⁵³ mais que social (JIMINIÁN, 2019, p. 136-137).

A existência e utilização (proporcional) dos bancos de dados de perfis genéticos, ao lado das indissociáveis garantias aos direitos fundamentais nesse contexto, se vê diante da ideia de segurança que geraria e ao lado disso, diante da intenção de se evitar que o primeiro delito

⁵³ O autor se refere à abordagem dispensada por A. de Georgi, sobre a “prevenção situacional”, em “Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de l control”, I Rivera Y M. Monclús (trads.), Barcelona.

ocorra, independentemente da quantidade de crimes que potencialmente determinado indivíduo poderia cometer, isso certamente ocasionaria uma economia substancial para os cofres públicos, uma maior eficiência da persecução penal e evitaria fenômenos reflexos de implicações direta em toda a sociedade como, no caso do Brasil, o encarceramento em massa, o excesso de prisões provisórias, dentre outros.

O "retorno" da neutralização, conforme delineado por Sánchez, está associado a diversos fatores, como o crescente desencanto (independente de sua racionalidade) quanto às possibilidades do Estado intervir no sentido de ressocializar o delinquente. Adicionalmente, a elevada sensibilidade ao risco, somada à obsessão pela segurança, configura elementos fundamentais da base ideológica que sustenta a consequente política criminal das proposições neutralizantes. Assim como ocorre no Direito Alemão e na legislação norte-americana, especialmente em relação às consequências jurídicas aplicáveis aos delinquentes sexuais violentos e perigosos, cujas penas podem se estender por toda a vida do condenado, tal regime, quando analisado sob a perspectiva de uma condenação já cumprida, pode gerar, tanto no imaginário coletivo quanto, principalmente, no do indivíduo, a sensação de uma punição perpétua, muitas vezes impossibilitando o direito ao esquecimento — uma reflexão que, embora relevante, escapa ao escopo da presente análise.

Diante da complexidade inerente à transformação imposta ao Direito Penal, Jesús-María Silva Sánchez, no sexto capítulo de sua obra, destaca a impossibilidade de retornar ao que ele classifica como o "velho e bom" direito penal liberal (*gutes, altes liberales Strafrecht*). Para tal, realiza uma série de questionamentos e aponta contra a unificação do Direito Penal moderno, sugerindo, em sua análise, que este ramo do Direito poderia ser concebido em duas velocidades, traçando um paralelo entre a manutenção de garantias qualificadas no caso da cominação de penas privativas de liberdade. Diante da conjuntura apresentada ao longo dos cinco primeiros capítulos, Sánchez observa que uma parte da doutrina, como resposta à expansão do Direito Penal, propõe o retorno ao Direito Penal liberal, caracterizado pela proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, e pelo respeito aos princípios de garantia (SÁNCHEZ, 2013, p. 136).

Nesse contexto, o autor espanhol aponta as dificuldades geradas por essa postura, especialmente considerando que, 1) no passado, existia uma estrutura rígida de proteção e princípios relativos à organização social e 2) as garantias rígidas estavam contrapostas à severidade das sanções impostas, premissas que, em sua visão, não se aplicariam na

contemporaneidade (SÁNCHEZ, 2013, p. 135). Com o intuito de proporcionar um Direito Penal com vocação racional, Sánchez afirma que há uma relação direta entre as garantias de determinado sistema e a gravidade das sanções resultantes de sua aplicação (SÁNCHEZ, 2013, p. 137).

No que diz respeito à expansão do Direito Penal, Sánchez destaca que o problema não reside tanto na expansão geral desse ramo, mas na expansão do uso da pena privativa de liberdade, a qual deve ser contida. Nesse ponto, o estudo busca, mais de 10 anos após a formulação dessa teoria, e considerando a constante evolução tecnológica, demonstrar que, caso não ocorra a atualização do conceito e da extensão das garantias associadas à privacidade genética e à vedação de produção de prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), a utilização da tecnologia na prevenção de crimes poderá vulnerar a situação existencial do acusado como nunca antes visto, além de comprometer a evolução da persecução penal em direção à estabilização das relações sociais, que constitui o fim primeiro (e, por que não, último) do próprio Direito.

Após estudar a relação direta entre as garantias e as sanções, Sánchez apresenta o conceito de duas velocidades do Direito Penal (2013, p. 148). A primeira delas, denominada pelo autor de Direito Penal "da prisão", consiste na preservação das garantias e dos princípios de índole político-criminal, as regras de imputação e os princípios processuais. Já a segunda velocidade envolve os casos em que não se impõe a prisão como pena, mas penas que restringem outros direitos ou que são de natureza pecuniária. Nesses casos, os princípios e garantias da primeira velocidade poderiam “experimentar uma flexibilização proporcional” à intensidade da sanção (SÁNCHEZ, 2013, p. 148).

Sobre essa temática, é importante esclarecer que o direito penal de segunda velocidade, denominado por Figueiredo Dias como Direito Penal periférico, utiliza equivalentes penais e respostas alternativas à prisão para alcançar seus objetivos. Nesse contexto, a expansão do controle penal não deve ser confundida com a expansão da pena de privação de liberdade. A partir dessa distinção, surge a terceira velocidade do Direito Penal. No capítulo 7, Sánchez desenvolve a ideia do Direito Penal de terceira velocidade. Em síntese, essa modalidade, associada ao Direito Penal socioeconômico, difere da teoria clássica ao focar não apenas no fato delitivo, mas nos indivíduos responsáveis por sua prática. Na terceira velocidade, as garantias e os princípios são flexibilizados, mesmo diante de condutas graves, tratando o indivíduo como inimigo — conceito cunhado por Günther Jakobs no "Direito Penal do

Inimigo". Esse tratamento, além de impactar a persecução penal, reflete na execução da pena, levando à conclusão de que, na terceira velocidade, ocorre uma fusão entre os elementos das duas velocidades anteriores do Direito Penal⁵⁴.

No Brasil, um exemplo representativo da terceira velocidade do Direito Penal, conforme abordado por Sánchez em sua obra, pode ser identificado na Lei nº 8.072, de 1990, que institui os chamados crimes hediondos.

Este diploma normativo, após as modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, estabeleceu que, para um acusado condenado por crime hediondo com resultado morte, benefícios criminais, como o livramento condicional, ficam expressamente vedados. Em relação à progressão de regime para condenados por crimes hediondos que resultem em morte, somente o condenado primário terá direito à referida progressão, desde que tenha cumprido dois terços da pena imposta.

4.1.2 Críticas ao Expansionismo Penal

A análise das velocidades do Direito Penal propostas por Jesús-María Silva Sánchez permite, desde logo, extrair considerações preliminares acerca das transformações paradigmáticas que atravessam a dogmática penal contemporânea.

A primeira velocidade, por ele delineada, representa a expressão mais acabada do modelo garantista clássico, em que o Direito Penal atua de modo restritivo, vinculado aos ditames do devido processo legal, à legalidade estrita e à imputação individualizada, sendo reservado à repressão de condutas especialmente gravosas.

A persecução penal, nesse estágio, observa rigorosamente os direitos e garantias fundamentais, de modo que a tutela penal se efetiva por meio de um procedimento que, embora mais moroso, assegura maiores níveis de proteção ao imputado.

A denominada segunda velocidade, por sua vez, encontra sua aplicação nos delitos de menor potencial ofensivo, caracterizando-se por uma sensível flexibilização das garantias substanciais e processuais, com o propósito de conferir celeridade e eficiência à resposta estatal.

Nessa dimensão, observa-se a substituição das sanções privativas de liberdade por penas

⁵⁴ A nota de rodapé presente às fls. 149 da obra de Jesús-María Silva Sánchez.

restritivas de direitos ou de caráter pecuniário, refletindo uma lógica de racionalização do sistema punitivo sem, contudo, abrir mão integralmente do núcleo principiológico garantista.

A terceira velocidade do Direito Penal, por sua natureza híbrida, constitui uma mescla entre os dois modelos anteriores, promovendo, todavia, uma preocupante relativização das garantias fundamentais, independentemente da gravidade do ilícito penal. Nesse espectro, evidencia-se uma tendência de instrumentalização do processo penal, com ênfase na eficácia repressiva em detrimento da legalidade e do contraditório, fenômeno que se aproxima da lógica do chamado “Direito Penal do Inimigo”, tal como formulado por Günther Jakobs.

Partindo dessa evolução, Daniel Pastor, tanto na obra “Recodificación penal y principio de reserva de código” (2005), quanto em seu ensaio dedicado à crítica das práticas neopunitivistas e à sua correlação com o declínio dos direitos humanos (2005, p. 73-114), contribui de forma substancial ao debate, ao identificar na expansão penal um vetor essencial do que denominou de “neopunitivismo” (MELIÁ, 2006, p. 151), categoria teórica que retoma, de maneira crítica, as reflexões de Zaffaroni (2004) sobre os ciclos históricos do poder punitivo.

Nesse novo estágio, correspondente à quarta velocidade do Direito Penal, observa-se a supressão deliberada das garantias penais e processuais não apenas em face de delitos comuns, mas especialmente contra indivíduos que exerceram altos cargos de chefia de Estado e que, no exercício de tais funções, atentaram contra normas cogentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O neopunitivismo, assim concebido, apresenta-se como núcleo estruturante do modelo penal contemporâneo, que se distancia dos ideais iluministas e assume contornos marcadamente repressivos, caracterizando-se por um processo crescente de desumanização e proliferação de sanções, conforme já advertia Crespo (2004, p. 37). A quarta velocidade, portanto, dirige-se à repressão de crimes contra a humanidade, com foco na responsabilização de elites políticas e militares, conforme ilustram os julgamentos realizados no pós-guerra pelo Tribunal de Nuremberg, bem como o Tribunal de Jerusalém.

Convém assinalar, desde já, que a introdução e utilização de bancos de dados genéticos no âmbito penal transcende a mera função probatória, posicionando-se como um mecanismo de controle social e de gestão de riscos, voltado não apenas à elucidação de delitos já ocorridos, mas também à dissuasão da atividade criminosa, marcando uma ruptura significativa com a lógica repressiva tradicional.

No que concerne à hipótese investigativa deste trabalho, a denominada quinta velocidade do Direito Penal, cuja formulação busca preencher as lacunas deixadas pelas demais categorias teóricas, assume contornos ainda mais complexos. Em tal dimensão, o Estado lança mão de tecnologias avançadas e intensifica sua presença ostensiva por meio de aparatos de controle e vigilância permanente, enquanto o Direito Penal passa a se orientar prioritariamente pela lógica da responsabilização antecipada, sob o influxo de uma sociedade cada vez mais marcada por relações sociais voláteis, fragmentadas e, por vezes, de difícil inteligibilidade.

Nessa perspectiva, G. Rodríguez Fernandes⁵⁵ defende que hoje assistimos a um processo em que a introdução das tecnologias e das comunicações para o controle das populações modificou não apenas a forma com que controla – à distância, a partir das impressões biológicas e com bases de dados e microchips – e o teatro do controle, como também os temas que discorre a lógica do controle, os sujeitos controlados e os sujeitos controladores. Porém, este processo é filho da lógica implantada faz duzentos anos, a “governamentalidade” liberal, agora renovada (FERNÁNDEZ, C. et ál., 2010, p. 42).

A adoção da teoria das velocidades do Direito Penal, conforme proposta por Jesús-María Silva Sánchez, demanda, para fins de rigor analítico, a consideração das críticas que se dirigem à respectiva formulação teórica.

Tal abordagem se diferencia de sistematizações paralelas, como aquela apresentada por Spencer Toth Sydow, que enumera dez formas de expansão penal – legislativa, consumativa, imputativa, do medo, vitimal, interpretativa, política, de fusão público-privada, punitiva e pedagógica –, proporcionando um panorama mais fragmentado e multifacetado da transformação do sistema penal.

Antes de adentrar as objeções à proposta de Sánchez, impõe-se o esclarecimento de que um dos objetivos centrais desta pesquisa consiste na análise do incremento tecnológico no âmbito da persecução penal e os seus reflexos sobre as estruturas normativas e institucionais da sociedade contemporânea.

Entre os debates centrais da dogmática penal atual, destaca-se aquele que discute a possibilidade – ou não – de alterações legislativas e dogmáticas sob a égide da tendência

⁵⁵ “*Lo cotidiano del control en la gubernamentalidad liberal del siglo XXI: una lectura desde Foucault, treinta años después*”

expansionista, a qual tem sido objeto de contestações oriundas da tradição crítica representada pela Escola de Frankfurt.

Essa vertente teórica sustenta que a atuação do Direito Penal deve se limitar à proteção de bens jurídicos absolutamente essenciais à convivência social, como a vida, a integridade física e a propriedade, atuando de forma subsidiária e excepcional (HASSEMER, 1997). Em contraposição a essa postura, emerge uma corrente que advoga a necessidade de flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de imputação de responsabilidade penal, com vistas à tutela de bens supraindividuais e à adequação do Direito Penal aos novos contornos de risco que caracterizam a sociedade pós-industrial.

Entre os principais críticos do denominado "Direito Penal do Risco", destaca-se Winfried Hassemer, para quem a utilização do Direito Penal como instrumento de gerenciamento de riscos sociais representa grave distorção de seus fundamentos normativos.

O autor elenca quatro razões para a inadequação da tutela penal no campo do Direito Ambiental: a) a acessoriedade administrativa, que tornaria o Direito Penal dependente do Direito Administrativo; b) a impossibilidade de atribuição de responsabilidade penal coletiva sem violar os critérios de imputação individual típicos do modelo garantista; c) a ineficácia da pena enquanto instrumento de prevenção geral nos delitos ambientais, cuja natureza simbólica comprometeria sua legitimidade; e d) a irrelevância concreta da tutela penal como mecanismo de proteção de bens jurídicos difusos (HASSEMER, 1997). Essa crítica é compartilhada por autores como Klaus Lüderssen, Thomas Vormbaum, Klaus Günther, Günter Stratenwerth e, no Brasil, por Marta Machado (2005), que apontam que o expansionismo produz, em última análise, a desformalização do sistema penal, comprometendo sua coerência interna e promovendo a erosão das garantias fundamentais típicas do Estado de Direito.

Em oposição a essa crítica estrutural, autores como Luis Gracia Martín (2003), Bernd Schünemann (1996b) e Lothar Kuhlen (1994) propõem uma reconfiguração paradigmática do Direito Penal, sustentando que sua evolução deve acompanhar os processos materiais e intelectuais que conformam a historicidade da sociedade contemporânea. Segundo essa perspectiva, a expansão penal não constitui uma anomalia, mas um imperativo histórico que exige a revisão dos fundamentos filosóficos do Direito Penal tradicional. Martín, por exemplo, propõe a construção de um novo discurso penal a partir da crítica filosófica, fundado naquilo que denomina “perspectiva histórico-material”, cuja premissa básica é a articulação entre os

princípios jurídico-penais e as dinâmicas sociais concretas (MARTÍN, 2003, p. 199).

Assim, a modernização do Direito Penal passa a ser entendida como uma exigência imposta pelas transformações sociais e pelas novas formas de violação de direitos fundamentais, superando a rigidez do modelo liberal-individualista.

Neste contexto, destaca-se o vínculo entre o expansionismo penal e a teoria dos direitos fundamentais. Ao longo da história, os direitos fundamentais evoluíram em ondas sucessivas, desde os direitos civis e políticos de primeira geração (relacionados à liberdade e à propriedade), passando pelos direitos sociais de segunda geração, até alcançar os direitos difusos e coletivos de terceira geração, os direitos ligados à globalização e à informação de quarta geração (BOBBIO, 1992; BONAVIDES, 2006), e os direitos de acesso à tecnologia e à inclusão digital de quinta geração (SAMPAIO, 2002; HONESKO, 2008).

Nesse cenário, torna-se insustentável uma concepção de Direito Penal que se restrinja exclusivamente à proteção dos direitos da primeira geração. Pelo contrário, impõe-se o reconhecimento de que o Direito Penal, como ramo autônomo do ordenamento jurídico, deve ampliar seu escopo de atuação de forma legítima, desde que respeitados os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da mínima intervenção, para tutelar também os novos direitos fundamentais emergentes em uma sociedade hipercomplexa.

A problemática central, portanto, não reside na admissibilidade da tutela penal de bens jurídicos supraindividuais, mas nas condições normativas, técnicas e institucionais que garantam, simultaneamente, a eficácia da atuação estatal, a legitimidade do sistema perante os cidadãos e as vítimas, e a preservação das garantias processuais em uma sociedade marcada pela incerteza e pela aceleração do risco. A pandemia de COVID-19, nesse sentido, constituiu um evento paradigmático.

Conforme advertiu Yuval Noah Harari (2020), diversas medidas excepcionais adotadas em caráter emergencial tendem a se tornar permanentes, alterando o equilíbrio entre liberdade e segurança. Tecnologias originalmente destinadas ao combate à pandemia, como o monitoramento por meio de smartphones, o uso de câmeras de reconhecimento facial e a vigilância biométrica, demonstram o potencial de erosão das liberdades individuais em nome da segurança coletiva, como revelam os casos da China e de Israel.

Harari (2020) alerta que a transição de uma vigilância "sobre a pele" para uma vigilância

"sob a pele" representa uma ameaça concreta à autodeterminação informacional e à privacidade dos cidadãos.

Parâmetros fisiológicos como temperatura corporal, pressão arterial e respostas emocionais podem, caso indevidamente utilizados, ser convertidos em instrumentos de controle político, social e econômico. À luz dessa conjuntura, tornam-se pertinentes as conclusões formuladas por Victor Minervino Quintiere (2022, p. 238), em sua tese de doutoramento, na qual analisa o expansionismo penal, seus fundamentos, críticas e consequências, assim como os impactos da vigilância algorítmica sobre a persecução penal no Estado Democrático de Direito.

Ao abordar temas como o dataveillance, a legislação de proteção de dados no Brasil e no exterior, a seletividade do sistema penal brasileiro e os direitos fundamentais no contexto da sociedade de risco, Quintiere oferece uma contribuição relevante para a construção de um novo paradigma penal, capaz de conciliar eficiência repressiva, legitimidade institucional e proteção robusta das liberdades públicas.

Tal conjuntura revela-se ainda mais preocupante quando se consideram, de forma cumulativa, os contextos sociopolíticos e tecnológicos surgidos durante a pandemia de Covid-19. Neste cenário, a proliferação de mecanismos de vigilância – tanto voltados à coleta de metadados, como no caso do que se convencionou denominar *Criminal Dataveillance*, quanto à interceptação de dados propriamente ditos, a exemplo do sistema *Pegasus* – aponta para a possibilidade concreta de expansão de uma nova forma de colonialismo digital. Trata-se de um fenômeno em que o poder de controle sobre fluxos informacionais e tecnologias de monitoramento não apenas suplanta garantias fundamentais, mas também projeta uma assimetria estrutural entre Estados e cidadãos, configurando um processo de subordinação informacional que desafia os marcos normativos tradicionais do Estado de Direito⁵⁶

⁵⁶ Quase todas as necessidades sociais contemporâneas têm agora a possibilidade de se conectar por meio de plataformas digitais. No entanto, essa conveniência não é gratuita, sendo adquirida à custa de grandes volumes de dados pessoais transferidos por canais obscuros para empresas, que os utilizam para gerar lucro. O livro *The Costs of Connection* revela esse processo de apropriação, denominado colonialismo de dados, e os projetos subsequentes que visam controlar nossas vidas, abrangendo desde as formas de conhecimento até os meios de produção e a participação política. Embora o colonialismo seja frequentemente associado a uma prática histórica, o texto demonstra que a apropriação de terras, corpos e recursos naturais continua a se refletir, na atualidade, na era da "datafication" generalizada. Aplicativos, plataformas e dispositivos inteligentes capturam e convertem nossas vidas em dados, os quais são então extraídos e transformados em informações, alimentando corporações capitalistas, que posteriormente os revendem a nós mesmos. Os autores argumentam que esse fenômeno antecipa a criação de uma nova ordem social global, que deve ser desafiada. Diante do grau alarmante de vigilância já tolerado, o livro propõe um apelo instigante para descolonizar a internet e emancipar a necessidade de conexão, libertando-a da lógica de exploração e controle dos dados pessoais.

(COULDRY; MEJIAS, 2019) para a esfera penal, colocando todos os indivíduos em uma posição de vulnerabilidade nunca vista na história da humanidade.

Não se desconhece que, nas últimas três décadas, a prática de crimes, notadamente a corrupção materializada por meio do suborno de agentes públicos, passou a atrair crescente atenção por parte de governos, empresas e organizações da sociedade civil. Essa preocupação crescente com os delitos de natureza corruptiva impulsionou não apenas a modernização dos ordenamentos jurídicos nacionais, como também fomentou a proliferação de iniciativas coletivas de monitoramento e repressão promovidas por entidades não governamentais (QUINTIERE, 2022, p. 238).

No Brasil, destacam-se como marcos legislativos dessa nova conjuntura as Leis nº 12.529/2011, nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013) e nº 13.303/2016 (BRASIL, 2016). No plano internacional, evidenciam-se o *Bribery Act* de 2010, no Reino Unido (REINO UNIDO, 2010), e o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, nos Estados Unidos (EUA, 1977), cuja precocidade normativa encontra explicação na condição de protagonismo econômico e tecnológico norte-americano, fator que ensejou enfrentamento mais precoce ao fenômeno da corrupção.

Em território brasileiro, o ano de 2013 não se notabilizou apenas pelas manifestações populares de cunho social, mas, sobretudo, por reivindicações governamentais concretas que exigiam ética, moralidade e integridade na condução dos assuntos públicos (QUINTIERE, 2022, p. 238). Somente após os referidos protestos populares é que o Projeto de Lei nº 6.826/2010 (BRASIL, 2010), originalmente apresentado pela Controladoria-Geral da União em 18 de fevereiro de 2010, visando assegurar a probidade nos eventos internacionais a serem sediados no país, logrou tramitação prioritária na Câmara dos Deputados — onde havia sido aprovado ainda em 2011 — culminando, ao final do processo legislativo, na promulgação da Lei nº 12.846/2013, publicada em 2 de agosto daquele ano, comumente referida como “Lei Anticorrupção” (BRASIL, 2013).

Entre as inovações introduzidas pela Lei nº 12.846/2013, destacam-se a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, os programas de integridade (compliance), os acordos de leniência, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o endurecimento das sanções administrativas.

Com a emergência da referida normativa, especialmente voltada à prevenção da

corrupção, passou-se, então, à contextualização da promulgação da Lei nº 13.709/2018 — Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (BRASIL, 2018), que, além de estabelecer um marco regulatório protetivo relativo ao tratamento de dados pessoais, também promoveu modificações no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) (BRASIL, 2014), em consonância com instrumentos subsequentes, como a Política Nacional de Segurança da Informação e a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética (QUINTIERE, 2022, p. 241).

A centralidade dos dados — e, em particular, dos metadados — constitui um elemento essencial para a compreensão da inserção das tecnologias no âmbito da persecução penal contemporânea, o que sustenta, neste trabalho, a formulação do conceito de “quinta velocidade do Direito Penal”. Nesse contexto, observa-se que o debate sobre a proteção de dados extrapola as fronteiras nacionais. No contexto europeu, o General Data Protection Regulation (GDPR) tornou-se obrigatório em 25 de maio de 2018, com aplicação em todos os Estados-membros da União Europeia. Nos Estados Unidos, destaca-se o California Consumer Privacy Act (CCPA), sancionado em 28 de junho de 2018 (AB 375).

Para além das disposições normativas, é necessário reconhecer que o contexto político-jurídico da aprovação da LGPD brasileira foi substancialmente influenciado por eventos externos, notadamente escândalos internacionais envolvendo a violação massiva de dados pessoais, como o caso envolvendo a plataforma Facebook, que projetou a segurança da informação para o centro da agenda pública.

Ao abordar o fenômeno da vigilância nos últimos vinte e oito anos, foi possível delimitar a faceta específica a ser analisada nesta pesquisa como um exemplo paradigmático da referida quinta velocidade do Direito Penal (QUINTIERE, 2022, p. 241). Embora os trabalhos fundacionais de Jeremy Bentham (1843) e Michel Foucault (1999) sejam indispensáveis para a compreensão histórica do controle social por meio da vigilância, suas formulações não são suficientes para esclarecer os atuais mecanismos de controle centrados na coleta e análise de metadados.

Com o advento de tecnologias cada vez mais sofisticadas, capazes de armazenar e processar volumes colossais de dados, observa-se uma crescente atenção doutrinária à temática dos metadados e da vigilância algorítmica. Nesse contexto, o modelo teórico dos *surveillance assemblages*, desenvolvido por Richard Ericson e Kevin Haggerty (2000), surge como referencial interpretativo relevante, ao enfatizar os fluxos discretos de dados, núcleo do conceito

de *dataveillance* (NETO, MORAIS & BEZERRA, 2017, p. 185).

A relevância da análise da *dataveillance* à luz da Lei Anticorrupção, da LGPD, da Política Nacional de Segurança da Informação e da Constituição Federal de 1988 se impõe, portanto, por meio de uma abordagem interdisciplinar que incorpora aspectos econômicos, jurídicos, políticos e sociais. Nesse sentido, Andrew Burt (2019) observa que a dicotomia tradicional entre privacidade e segurança foi substituída por um novo paradigma, no qual as ameaças às liberdades individuais decorrem das inferências imprevisíveis possibilitadas por técnicas de *machine learning*. Como afirma o autor, “o maior risco para nossa privacidade e segurança se tornou a ameaça de inferências não intencionais, devido ao poder de técnicas de aprendizado de máquina cada vez mais difundidas.”

Diante desse quadro, a indagação central desta investigação reside na eficácia do aparato normativo brasileiro — especialmente no que tange à proteção de dados — para assegurar ao Estado, enquanto titular da persecução penal, instrumentos compatíveis com o uso da *dataveillance* para fins preventivos e repressivos. Ademais, questiona-se em que medida tais instrumentos exigem aprimoramento à luz da tensão entre eficiência investigativa e salvaguardas constitucionais.

Essa problemática ganha contornos mais agudos à luz do paradigma das “velocidades do Direito Penal” proposto por Jesús-María Silva Sánchez, cujas categorias conceituais encontram especial ressonância na realidade brasileira. Ao correlacionar essa teoria com o uso de bancos de dados genéticos no Brasil, propõe-se, como hipótese de trabalho, a análise crítica da compatibilidade entre a atuação estatal baseada em tecnologias preventivas e o respeito aos direitos fundamentais da privacidade genética e da não autoincriminação — especialmente nas sociedades pós-industriais.

O reconhecimento da relevância jurídica da questão encontra eco na jurisprudência comparada. Em 2020, o Tribunal Constitucional Alemão proferiu decisão paradigmática ao declarar a inconstitucionalidade do acesso irrestrito, por parte das autoridades estatais, aos dados pessoais de usuários de telefonia e internet, com justificativas genéricas como “combate ao crime comum” ou “prevenção ao terrorismo” (QUINTIERE, 2022, p. 243). Na decisão, a Corte assentou que a transmissão de dados sensíveis — como contatos, endereços IP e códigos PIN — por parte de operadoras a órgãos policiais ou de inteligência violava o sigilo das comunicações, embora tenha admitido que tais medidas poderiam subsistir em casos de

prevenção de ameaças específicas ou investigações de grupos claramente delimitados.

Esse julgamento ilustra não apenas os limites à atuação do Estado em matéria de vigilância, mas também um verdadeiro “giro hermenêutico” na fundamentação das diligências invasivas, marcando a transição da invocação retórica de categorias como “segurança nacional” para uma exigência de fundamentação concreta e juridicamente delimitada. Trata-se da consolidação de uma segunda fase da tecnologia aplicada à persecução penal, na qual a preocupação central reside na construção de balizas legais e hermenêuticas que impeçam abusos sob justificativas genéricas.

No primeiro capítulo deste trabalho, o objetivo foi compreender a expansão do Direito Penal no contexto das sociedades pós-industriais, à luz da proposta de Sánchez e das velocidades do Direito Penal. Passados 36 anos da promulgação da Constituição de 1988, persiste o questionamento sobre a realização das promessas democráticas ali firmadas. Essa reflexão foi enriquecida pela incorporação do conceito de modernidade tardia (MORIN, 2000), compreendida como um horizonte de promessas não cumpridas (BOBBIO, 1986) e contradições estruturais (MARTINEZ, 2012).

A análise seguiu com a investigação das causas da expansão penal, segundo Sánchez (2013), incluindo o surgimento de novos interesses jurídicos tuteláveis, a institucionalização da insegurança, a reconfiguração da maioria como vítima do delito, a ascensão de atores extrajurídicos como gestores da moralidade (*atypische Moralunternehmer*) e a penetração do gerencialismo penal. Ao tratar dos chamados bens jurídicos coletivos, recorreu-se às formulações de Robert Alexy (1994) para sustentar que tais bens, por sua natureza indivisível, demandam atenção especial quanto à razoabilidade da expansão penal.

Nesse cenário, a tese da “quinta velocidade do Direito Penal”, conforme proposta por Quintiere (2022), busca exatamente o ponto de equilíbrio entre a dogmática penal clássica e as transformações impostas pelas novas tecnologias. O desafio reside em empregar ferramentas como os bancos de perfis genéticos para fins preventivos, sem violar os direitos fundamentais assegurados por constituições frequentemente heterônomas.

Ao se considerar o fenômeno migratório e a crescente internacionalização da criminalidade, constata-se que, embora os crimes não sejam substancialmente distintos dos tradicionais, sua intensidade e alcance são potencializados pela marginalização de indivíduos inseridos em contextos laborais instáveis (SÁNCHEZ, 2013, p. 100).

Por fim, no quinto capítulo da obra de Sánchez, a noção de “administrativização do Direito Penal” é articulada a partir dos delitos de acumulação (*Kumulationsdelikte*) e da emergência do “Estado de prevenção”, no qual o Direito Penal deixa de ser mera resposta reativa, transformando-se em instrumento de gestão de riscos coletivos (SÁNCHEZ, 2013, p. 114).

A presente tese, ao propor a quinta velocidade do Direito Penal, busca ampliar essa lógica, incorporando os desafios preventivos trazidos pelas tecnologias digitais e pelos bancos genéticos.

Ou seja, diante da evidente administrativização do controle social na esfera penal exercido com a utilização dos bancos de dados de perfis genéticos aqui se discute o seu potencial de prevenção e de dissuasão da reincidência e em que medida isso relativiza os direitos fundamentais e mesmo as normas de imputação, diante de um controle, em regra, dirigido àqueles indivíduos considerados com alto risco de delinquir ou reiterar sua conduta delitiva, com fundamento em dados estatísticos.

Nesse ponto, importante destacar que todas as mudanças no âmbito da persecução penal, advindas dos avanços tecnológicos, necessariamente, deverão estar em sintonia com as garantias penais e processuais dos acusados.

Não se pode perder de vista que a incorporação de tecnologias no âmbito da persecução penal impõe uma releitura crítica dos limites normativos atualmente concebidos no que tange às garantias fundamentais à privacidade — em especial, a genética — e ao princípio da vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). A tecnologia, quando aplicada à prevenção e repressão de delitos, revela-se, paradoxalmente, como instrumento de dupla face: pode, de um lado, vulnerar como nunca antes a esfera existencial do acusado; de outro, propiciar avanços na eficiência da investigação criminal em prol da estabilização das relações sociais, objetivo precípua — e, por que não, essencial — do próprio Direito.

A reflexão aqui proposta transcende os limites da relativização da dogmática penal clássica, inserindo-se em um contexto mais abrangente de um imprescindível diálogo entre o Direito Penal, o Direito Constitucional e as novas tecnologias. Essa interseção tem suscitado impasses cada vez mais complexos, particularmente no que diz respeito à definição e à extensão das garantias fundamentais que estruturam o Estado Democrático de Direito.

A constante evolução tecnológica impõe desafios inéditos na aplicação dessas garantias, exigindo uma reinterpretação das normas constitucionais e penais à luz das novas realidades digitais. Esse processo, ao mesmo tempo em que busca equilibrar a proteção dos direitos individuais com a eficácia das medidas preventivas e punitivas, reflete a tensão entre a segurança pública e a preservação das liberdades fundamentais, um dilema central no cenário jurídico contemporâneo.

A partir do estudo da teoria das velocidades do Direito Penal, desenvolvida por Jesús-María Silva Sánchez, foi possível distinguir, inicialmente, as três velocidades por ele delineadas.

A primeira velocidade corresponde ao modelo penal clássico, fundado no garantismo e na plena observância ao devido processo legal, sendo aplicado sobretudo a delitos de maior gravidade e exigindo a estrita verificação dos requisitos de autoria e materialidade. A segunda velocidade, por sua vez, refere-se à persecução de infrações penais de menor potencial ofensivo, permitindo a adoção de medidas mais céleres e flexíveis, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A terceira velocidade configura um modelo híbrido, no qual direitos e garantias processuais tradicionais podem ser relativizados, independentemente da gravidade da infração penal.

Ademais, destaca-se a introdução das chamadas quarta e quinta velocidades. A quarta velocidade foi associada à persecução de crimes contra a humanidade, especialmente praticados por autoridades estatais, e à atuação de tribunais penais internacionais — como se observou nos julgamentos de Nuremberg e de Jerusalém. Já a quinta velocidade, objeto central da presente análise, apresenta contornos ainda em processo de definição na doutrina, sendo comumente associada à intensificação da presença policial e à resposta punitiva frente à complexidade social e à violência urbana contemporânea.

Entretanto, conforme demonstrado no presente trabalho, a concepção da quinta velocidade do Direito Penal não se esgota na presença ostensiva do aparato repressivo estatal nem tampouco na simples responsabilização penal em sociedades marcadas por desordens estruturais. Ao contrário, sustenta-se que a quinta velocidade está intrinsecamente relacionada à inserção das tecnologias da informação como mecanismo estrutural de prevenção e repressão penal, transcendente a qualquer recorte socioeconômico ou gravidade típica da conduta.

Nesse sentido, defende-se que ferramentas como os bancos de perfis genéticos

exemplificam, de forma emblemática, a concretização do modelo penal de quinta velocidade. Tal configuração implica, ademais, a articulação de premissas de ordem material, processual, criminológica e tecnológica que extrapolam os limites até então reconhecidos pela doutrina especializada.

Inspirando-se nas reflexões de Habermas (2006), uma das preocupações centrais consiste em indagar até que ponto a racionalidade tecnológica, dissociada das garantias constitucionais, pode transformar-se em instrumento de legitimação da dominação estatal, em detrimento da realização de um processo penal democrático, substituindo o paradigma de proteção por uma forma velada de autoritarismo de base racional.

Assim, a análise da quinta velocidade impõe o enfrentamento da seguinte indagação: como compatibilizar a produção probatória estatal, cada vez mais dependente de novas tecnologias, com a observância inafastável da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do acusado? Em termos específicos, interroga-se: seria possível a coleta de dados genéticos (DNA) do investigado sem a violação do núcleo essencial de sua privacidade? Seria compatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, na era da vigilância digital, o uso compulsório de dados genéticos como prova penal?

A resposta proposta neste trabalho sustenta que a utilização dessas tecnologias, para ser compatível com o ordenamento jurídico de matriz constitucional garantista, deve necessariamente respeitar o equilíbrio entre eficiência investigativa e proteção aos direitos fundamentais — em especial, a privacidade genética, o direito ao silêncio e a vedação à autoincriminação.

A análise crítica revela que os bancos de perfis genéticos, tal como estruturados no Brasil, ainda carecem de balizas jurídicas claras quanto aos limites impostos pelas garantias constitucionais mencionadas, o que impõe a necessidade de uma regulação mais precisa, a fim de evitar abusos e preservar o núcleo essencial dos direitos da defesa. Nesse contexto, a proposta de uma quinta velocidade do Direito Penal revela-se como um novo paradigma teórico, estruturado a partir da articulação entre tecnologia e garantias fundamentais, a partir de uma releitura crítica da teoria de Sánchez.

Assim, sustenta-se que os direitos fundamentais à privacidade genética, ao silêncio e à não autoincriminação constituem os pilares normativos que devem nortear a conformação da quinta velocidade penal. Esses direitos, por sua vez, operam como garantias instrumentais do

contraditório e da ampla defesa, compondo o alicerce normativo que assegura a legitimidade do processo penal democrático.

Na perspectiva da privacidade e da intimidade, foram traçadas distinções conceituais necessárias à delimitação do escopo de proteção conferido pelo Estado Democrático de Direito. Considerando-se a influência euro-americana que permeia este estudo, é plausível sustentar que, nos países periféricos, a adoção das técnicas de identificação genética inicialmente se restrinja a delitos de maior complexidade, para depois expandir-se a infrações de menor gravidade, por razões pragmáticas: redução de custos operacionais, mitigação de riscos à integridade dos agentes públicos e aumento da eficiência investigativa.

A quinta velocidade do Direito Penal, conforme aqui proposta, implica não apenas a aceleração dos procedimentos investigativos, independentemente da gravidade da infração, mas também a ampliação proporcional das garantias processuais do acusado, fenômeno que pode ser denominado de "criminal check and balances". O advento das tecnologias digitais representa, portanto, uma ruptura paradigmática, na medida em que a dogmática penal clássica não contemplava a utilização de aparatos tecnológicos voltados à prevenção e repressão de delitos.

Nesse cenário, observa-se, conforme Geraldo Prado (2020), que o atual contexto tecnológico é marcado por um conjunto de fatores que ensejam o fenômeno da hipervigilância: (i) a disseminação de tecnologias sofisticadas, (ii) a opacidade e constante transformação dos sistemas utilizados, (iii) o controle das informações por conglomerados privados e (iv) a instrumentalização estatal desses dados em prejuízo de segmentos vulneráveis da população. Tal panorama, adverte o autor, representa uma ameaça concreta aos regimes democráticos, inclusive na América Latina, após a redemocratização das décadas de 1980 e 1990.

Enquanto a tecnologia avança exponencialmente, observa-se, no plano normativo, um crescimento desordenado da legislação penal, sem que esse incremento quantitativo represente, necessariamente, avanços qualitativos. A quinta velocidade penal, na concepção de Quintiere (2022), alicerça-se nas seguintes premissas: (i) utilização da tecnologia como mecanismo de prevenção e repressão penal, com foco inicial em crimes de maior impacto econômico, mas passível de ampliação a delitos menos graves; (ii) incremento da produção de indícios probatórios pelo Estado, o que impactará, no longo prazo, a estrutura investigativa e os custos públicos; (iii) reinterpretação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que deve continuar a

ser respeitado, ainda que sob nova configuração; (iv) manutenção da ideia de privacidade digital, com incursões estatais condicionadas à prévia autorização judicial fundamentada e (v) mudança do paradigma temporal e quantitativo das garantias processuais, sendo a tecnologia elemento catalisador da otimização procedimental, independentemente da gravidade do delito.

No tocante ao último ponto, destaca-se que, à luz da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, a utilização da tecnologia pode ser instrumentalizada para neutralizar supostos "inimigos" do Estado — prática essa incompatível com o regime constitucional brasileiro, devendo, por isso, ser objeto de constante vigilância institucional.

Por fim, cumpre destacar, em consonância com os parâmetros da Resolução nº 332 do Conselho Nacional de Justiça (2020), que o uso da tecnologia na persecução penal deve ocorrer de forma ética, transparente e coerente com os princípios constitucionais, sob pena de comprometer não apenas a legitimidade do processo penal, mas a própria estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Ademais, impõe-se a imperiosa necessidade de compatibilização entre os direitos fundamentais consagrados nos instrumentos normativos nacionais e internacionais e a utilização de sistemas de inteligência artificial no âmbito da persecução penal.

Tal compatibilização demanda o estabelecimento de critérios normativos e éticos rigorosos que assegurem a transparência dos algoritmos, a previsibilidade de seus resultados, a auditabilidade dos procedimentos automatizados, bem como a efetiva garantia de imparcialidade e de não discriminação.

Essas diretrizes são essenciais para a promoção de uma justiça penal substancial, capaz de incidir de modo equânime sobre todas as etapas do processo penal, evitando, assim, a ampliação dos já alarmantes abismos raciais e socioeconômicos que historicamente atravessam o sistema de justiça criminal brasileiro⁵⁷.

⁵⁷ Sob a égide de uma perspectiva constitucionalmente orientada, o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020, estabelece diretrizes normativas para o uso ético e responsável de sistemas de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Em especial, o artigo 7º do referido diploma normativo consagra preceitos fundamentais que devem informar a utilização dessas tecnologias decisórias, destacando-se a exigência de respeito à igualdade, à não discriminação, à pluralidade e à solidariedade como balizas inafastáveis da atuação jurisdicional mediada por algoritmos (CNJ, 2020). Conforme a redação do caput do artigo, impõe-se que as decisões judiciais baseadas em Inteligência Artificial contribuam para a realização de um julgamento justo, criando condições concretas para a eliminação ou, ao menos, mitigação de práticas opressivas, da marginalização de grupos sociais e dos erros decisórios decorrentes de vieses cognitivos e preconceitos históricos enraizados. Na sequência, o § 1º do mesmo artigo institui um protocolo obrigatório de homologação prévia dos modelos algorítmicos antes de sua efetiva implementação. Tal etapa visa identificar a

4.2 Compreendendo a Modernidade Tardia Brasileira no contexto das Sociedades Pós-industriais

A análise sobre as sociedades pós-industriais, a chamada pós-modernidade e a modernidade tardia no direito penal, ajudam também na compreensão do fenômeno que se interrelaciona com as bases do expansionismo penal, com o punitivismo seletivo, os seus reflexos no exame do genoma humano e a relevância dos direitos fundamentais do acusado, trazendo-se neste tópico uma breve leitura do Brasil atual inserido nesse contexto, que se caracteriza como uma sociedade pós-industrial.

O estudo no presente tópico baseia-se na obra “O Advento da Sociedade Pós-Industrial, uma tentativa de previsão social”, de Daniel Bell.

Para Daniel Bell, a compreensão acurada da noção de sociedade pós-industrial somente é possível a partir de uma análise comparativa dos traços estruturais que distinguem as sociedades industrial e pré-industrial (BELL, 1974, p. 146). Neste sentido, a tradição constitui o elemento axial da organização social pré-industrial, marcada pela centralidade da terra como fonte de poder e pela configuração de uma economia essencialmente agrária.

O poder político e econômico, nesse contexto, está estreitamente vinculado à propriedade fundiária, refletindo padrões de hierarquização social sustentados por heranças culturais e estruturas patrimoniais consolidadas.

Por contraste, a sociedade industrial representa um processo de ruptura com os moldes tradicionais, assentando-se na produção em larga escala de bens materiais, viabilizada por inovações tecnológicas e pela emergência de relações econômicas capitalistas.

Nessa configuração, o locus do poder desloca-se para os detentores dos meios de produção industrial, ou seja, os capitalistas, os quais passam a exercer influência determinante

eventual presença de vieses ou generalizações indevidas que possam comprometer a neutralidade e a legitimidade da ferramenta, notadamente quando estas resultam na produção de efeitos discriminatórios em seu funcionamento. O § 2º, por sua vez, impõe um dever de vigilância contínua, ao prescrever que, uma vez constatada qualquer forma de viés discriminatório ou incompatibilidade com os princípios consagrados na Resolução, medidas corretivas devem ser imediatamente adotadas, resguardando-se, assim, o devido processo legal e os postulados da justiça substancial. Por fim, o § 3º institui uma cláusula de salvaguarda, determinando que a persistência de viés discriminatório insanável ensejará a descontinuidade compulsória da utilização do respectivo modelo de Inteligência Artificial. Nesse caso, a decisão deverá ser acompanhada do registro formal do projeto e da fundamentação técnica que justificou a sua desativação. Tal dispositivo revela não apenas o compromisso normativo com a integridade ética dos sistemas automatizados, mas também uma preocupação com a transparência institucional e com a rastreabilidade das decisões judiciais automatizadas, em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito (CNJ, 2020).

sobre as dinâmicas sociais, políticas e econômicas (BELL, 1974, p. 149).

É a partir dessa dupla matriz analítica que se delineia a gênese da sociedade pós-industrial. Diferentemente dos modelos anteriores, esta nova forma societal estrutura-se não mais sobre a terra ou sobre a indústria, mas, predominantemente, sobre a prestação de serviços. A economia passa a ser cada vez mais orientada pela informação e pelo conhecimento especializado, elementos que se tornam os principais vetores da organização produtiva e da distribuição do poder social.

Tomando como base empírica a sociedade norte-americana, Bell utiliza-se de dados estatísticos para demonstrar a transição da economia industrial para uma economia centrada no setor terciário. Segundo sua análise, ocorre uma mutação estrutural que culmina na formação de uma sociedade composta majoritariamente por trabalhadores do setor de serviços, como empregados de escritório e funcionários administrativos (BELL, 1974, p. 155).

O autor assinala o ano de 1947 como um marco temporal relevante para o início dessa transformação, período em que ainda se observava uma distribuição relativamente equilibrada entre os setores econômicos.

Entre 1947 e 1968, Bell observa um acréscimo significativo da ordem de 60% nos empregos ligados ao setor de serviços, em contraposição ao crescimento inferior a 10% nos empregos industriais.

Ainda que a produção industrial mantenha um crescimento absoluto, sua representatividade relativa no total da força de trabalho declina progressivamente. Conforme as projeções do autor, embora a indústria empregasse cerca de vinte e sete milhões de trabalhadores em 1968, esse número aumentaria para trinta e um milhões em 1980. No entanto, sua participação percentual no mercado de trabalho cairia de 36% para menos de 32% no mesmo intervalo (BELL, 1974, p. 151).

Esse recuo relativo do setor industrial corresponde, por outro lado, a uma expansão contínua do setor terciário. Os dados projetados por Bell indicam que o contingente de trabalhadores alocados em escritórios, que em 1968 correspondia a trinta e cinco milhões e seiscentos mil indivíduos (46,7%), atingiria o patamar de quarenta e oito milhões e trezentos mil (50,8%) em 1980.

Já os prestadores de serviços aumentariam de nove milhões e quatrocentos mil (12%)

para treze milhões e cem mil (13,1%) no mesmo período. Combinadas, essas categorias somariam um total de sessenta e um milhões e quatrocentos mil pessoas (64,6%) em 1980, frente aos quarenta e cinco milhões (59,1%) registrados em 1968, revelando um incremento percentual de 5,5% no setor (BELL, 1974, p. 157).

Simultaneamente, o setor rural sofreria um declínio proporcional ainda mais acentuado, passando de três milhões e quinhentos mil trabalhadores (4,6%) em 1968 para dois milhões e seiscentos mil (2,7%) em 1980. Em termos conceituais, portanto, a sociedade pós-industrial se diferencia fundamentalmente das anteriores por deslocar a base do poder e da produção para o domínio da informação. Neste novo paradigma, o conhecimento técnico-científico passa a ser o principal recurso estratégico de desenvolvimento, fenômeno que Bell associa diretamente ao declínio das atividades industriais e à ascensão do setor de serviços como epicentro da economia contemporânea (BELL, 1974, p. 148).

Em um contexto de transformação social e tecnológica, como o vivido pela sociedade brasileira, que se insere nos marcos de uma era pós-industrial, é imperativo analisar, sob a ótica da evolução das normas jurídicas, a aplicabilidade de conceitos como o de "velocidades do Direito Penal"⁵⁸, proposto por Jesús Maria Silva Sánchez (2013). Esse conceito, que aborda a dissonância entre a celeridade das respostas punitivas e a necessidade de um processo penal meticulosamente fundamentado, exige uma reflexão profunda sobre a adequação de instrumentos e dispositivos normativos existentes no Brasil, particularmente no que tange ao uso de bancos de dados de perfis genéticos. Torna-se, portanto, crucial questionar se, e em que medida, a utilização dessas tecnologias se harmoniza com os direitos fundamentais previamente discutidos, como o direito à não autoincriminação e à privacidade genômica, especialmente considerando a figura do indivíduo como titular da persecução penal. Diante desse cenário, é necessário questionar se o sistema normativo atual é capaz de resolver tais dilemas de forma satisfatória ou, ao contrário, demanda aprimoramentos legislativos e jurisprudenciais para garantir a plena proteção desses direitos, sem sacrificar a efetividade da justiça penal.

Em face das mudanças estruturais ocorridas no contexto pós-industrial, observa-se que “a classe de operários manuais e não qualificados está-se reduzindo [...] enquanto [...] a classe dos trabalhadores qualificados vai se tornando predominante” (BELL, 1974, p. 380). Esta transformação, além de alterar a configuração das produções e ocupações, refletiu-se em uma

⁵⁸ O termo velocidade, à luz da teoria proposta por Jesús María Silva Sánchez, deve ser compreendido como eficiência e efetividade (QUINTIERE, 2022, p. 27)..

reorganização social, marcada pela transição da classe operária para o trabalho assalariado. Tal fenômeno, de índole econômica e social, inevitavelmente repercutiu nas abordagens criminológicas, impondo uma reconsideração sobre os crimes, sua definição e, conseqüentemente, a figura do criminoso.

Em relação ao papel do trabalho nas sociedades pós-industriais, Bell argumenta que “a questão do trabalho” perdeu sua centralidade, deixando de ter o impacto suficiente para polarizar as demais questões sociais que a rodeiam (BELL, 1974, p. 189). Para o autor, o trabalho já não se configura como a categoria determinante da vida social, e a luta de classes adquire um caráter relativo e secundário no contexto contemporâneo. Contudo, ao se afastar da premissa de Bell, pode-se afirmar que os conflitos de classe continuam a existir, embora se manifestem de maneira diferente, agora marcados por disputas de poder e novas formas de dominação social e econômica.

Neste cenário, a inovação surge como um fenômeno viável, mas condicionado pelo conhecimento teórico que a fundamenta. Em decorrência dessa transformação, figuras que antes detinham protagonismo, como empresários, homens de negócios e executivos industriais, cedem, muitas vezes sem alternativa, o centro das atenções para cientistas, economistas, engenheiros e matemáticos, que, conforme Bell, se configuram como os novos protagonistas da tecnologia industrial (BELL, 1974, p. 380).

Realizando um breve paralelo, a "coisificação" do ser humano, fenômeno criticado inicialmente pelo marxismo no sistema capitalista, que reduz os indivíduos a meros produtores de trabalho, deve ser novamente analisada. Na era moderna, esse fenômeno se expandiu para outros aspectos da vida, resultando na perda da liberdade individual, alienação e massificação. No entanto, no contexto atual, no campo da bioética, a "coisificação" assume um caráter ainda mais radical, especialmente com práticas biotecnológicas que tratam os seres humanos como objetos manipuláveis.

A manipulação genética, por exemplo, gera uma demanda por seres humanos concebidos segundo padrões de perfeição, promovendo discriminação e suprimindo vidas que não atendem a esse ideal. As técnicas biomédicas, ao adotar uma linguagem própria de objetos, acabam por tratar os seres humanos em formação como meros artefatos manipuláveis.

Embora a sociedade pós-moderna ainda se encontre aprisionada aos cânones que desenvolveu ao longo do tempo, é imprescindível avançar com a devida atenção aos valores

humanos fundamentais, a fim de mitigar os efeitos negativos do progresso sobre a pessoa humana (FRAGA, 2010, p. 690-691).

Sem dúvida, a Constituição Federal de 1988 consagrou um conjunto de direitos fundamentais e princípios que visavam resgatar valores sociais da era pós-guerra, com especial ênfase, no contexto brasileiro, aos direitos humanos. Esses direitos, por sua vez, tinham como elemento central a redemocratização do país, que se efetivava após um longo período de autoritarismo marcado pela ditadura militar. O restabelecimento de um Estado democrático de direito e a implementação de políticas voltadas à dignidade humana foram pilares essenciais para o marco constitucional de 1988.

Houve, pelo menos em termos teóricos, uma aproximação entre a proposta brasileira de Estado Democrático de Direito e o modelo do denominado Welfare State, o qual busca garantir a todos os cidadãos o efetivo acesso ao Estado de bem-estar social.

Essa convergência, embora limitada em sua implementação prática, reflete uma tentativa de institucionalizar direitos sociais e garantir condições mínimas de dignidade para a população, em consonância com os princípios de justiça social e igualdade⁵⁹.

Em síntese, o Estado de bem-estar social pode ser compreendido como uma estrutura política, sociocultural e econômica que atribui ao Estado a responsabilidade primária pela promoção do bem-estar social e pela regulação da economia.

No contexto das sociedades contemporâneas, o papel do Estado na garantia de direitos sociais fundamentais é essencial para mitigar desigualdades e assegurar condições mínimas de dignidade aos seus cidadãos. Esse modelo de intervenção estatal, conhecido como Welfare State, foi adotado por diversas nações, incluindo países europeus e a América do Norte, como forma de garantir o bem-estar social.

A concepção alemã sobre o papel do Estado foi fundamental para a configuração do Welfare State e foi rapidamente adotada por várias nações europeias. Na Inglaterra, por

⁵⁹ De acordo com parte da doutrina, o Brasil, em termos concretos, não vivenciou o modelo de welfarismo, fenômeno comum em diversas nações da América Latina. Ademais, em função de características específicas que serão abordadas adiante, o combate à corrupção no Brasil ocorre por meio de processos e efeitos distintos. Em termos gerais, o Brasil, ao invés de experimentar um verdadeiro estado de bem-estar social, experimentou um modelo de desenvolvimentismo que, contudo, não foi acompanhado por políticas públicas de inclusão, assistência ou redução das desigualdades sociais, ou seja, de prestações positivas. A esse respeito, VIANNA e SILVA (1989) ressaltam que a produção de estudos voltados à construção de um modelo teórico capaz de identificar e avaliar as particularidades do padrão brasileiro de proteção social é ainda escassa.

exemplo, sob o governo de Herbert Henry Asquith, ocorreram reformas sociais significativas entre 1914 e 1918, incluindo a implementação de seguros de saúde nacional, seguro-desemprego nacional e pensões para aposentados. De forma semelhante, a Suécia, sob a liderança de Per Albin Hansson, consolidou políticas de bem-estar social e proteção aos cidadãos a partir de 1932. Nos Estados Unidos, o New Deal, implementado por Franklin Delano Roosevelt entre 1933 e 1937, constituiu uma série de programas que não apenas buscavam reformar a economia, mas também recuperar o país da "Grande Depressão". Esses programas englobaram reformas econômicas, medidas emergenciais, transformações culturais e uma nova pactuação política entre o Estado e os fatores sociais (FRASER, 1989).

No Brasil, a era Vargas (1930-1951) é vista como um marco para a implementação de direitos trabalhistas, com a criação do salário-mínimo, a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a fundação do Partido Trabalhista Brasileiro. Após o período Vargas, a promulgação de quatro constituições federais em menos de um século culminou na "Constituição Cidadã" de 1988, que visava garantir maiores liberdades e direitos aos cidadãos, consolidando o Estado como uma república presidencialista. Sob a influência dos movimentos europeus pós-Segunda Guerra Mundial, a Constituição de 1988 positivou uma série de direitos fundamentais e princípios, com o propósito de edificar o Estado Democrático de Direito, garantindo a liberdade e a dignidade dos indivíduos, além da justiça social e o respeito às liberdades fundamentais.

No entanto, 36 anos após a promulgação da Constituição de 1988, ainda persiste uma incerteza quanto à efetivação dos direitos fundamentais nela previstos. A análise desse fenômeno pode ser compreendida à luz do conceito de "Modernidade Tardia", um termo que, embora complexo, é útil para descrever um conjunto de utopias, contradições e distopias no mundo contemporâneo (BOBBIO, 1986). A modernidade tardia pode ser vista como uma fase de afirmação e negação, de retomada e interrogações, refletindo as contradições da era digital, das novas formas de governança e das dinâmicas sociais e políticas em constante transformação (MARTINEZ, 2012).

A modernidade econômica, por exemplo, é caracterizada pela mobilidade dos fatores de produção, pelo trabalho assalariado e pela contínua incorporação de ciência e tecnologia ao processo produtivo. Já a modernidade política envolve a centralização do poder no Estado, a criação de um exército permanente e o monopólio da violência. Por fim, a modernidade cultural é marcada pela secularização das visões de mundo tradicionais e pela diferenciação das esferas

de valor, como ciência, moral, direito e arte (ROUANET, 2002).

Essas características da modernidade tardia, aliadas ao impacto das novas tecnologias, como o uso de bancos de dados de perfis genéticos, revelam as complexas questões sociais e éticas que o Estado democrático de direito precisa enfrentar para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que busca lidar com os desafios impostos pelas inovações tecnológicas e suas implicações no campo do direito penal.

No cerne da modernidade cultural, os bens culturais, como observa Martinez (2012), podem se movimentar com maior independência, devido à laicização e secularização do espaço público. A partir dessas características das modernidades econômica, política e cultural, pode-se concluir preliminarmente que a modernidade tardia afetaria o sistema quando algum desses pilares estiver ausente.

No campo hermenêutico, a modernidade tardia implica uma mudança de paradigma nas lutas sociais, em que a luta por conservação cedeu lugar à luta pelo reconhecimento (HONNETH, 2003).

Assim, a modernidade tardia pode ser entendida como uma entressafra, onde se espera, calcula-se (estratégia), mas a ação (da tática à prática) fica em suspenso, ou ainda, é um “quefazer”.

No contexto brasileiro, Lênio Streck (2005) interpreta a modernidade como tardia e arcaica, caracterizada por promessas não cumpridas. Por mais paradoxal que possa parecer, o Estado, diante do não cumprimento dessas promessas, tenta retomar uma agenda (neo)liberal.

O autor destaca que no Brasil existe um imenso déficit social. Para Streck (2005), em países como o Brasil, onde o Estado Social não se concretizou, o principal agente de política social deve ser o Estado.

No entanto, há um dilema: "quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria crescente, mais o Estado, único agente capaz de erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!"

No tocante ao estudo do Direito, em especial no que diz respeito à análise da chamada crise epistemológica do Direito Penal, o intérprete, ao operar juridicamente sobre casos concretos, ainda parte de um paradigma liberal-individualista-normativista que, nas palavras de

Streck (2005), limita-se a seguir um modelo que prioriza a aplicação rígida e formal das normas, sem uma reflexão mais profunda sobre as implicações sociais e políticas que envolvem a interpretação e a aplicação do direito.

Esse modelo epistemológico, segundo o autor, não permite uma compreensão completa dos fenômenos jurídicos, pois ignora os aspectos contextuais e as transformações sociais que ocorrem nas sociedades contemporâneas.

A crise epistemológica do Direito Penal, nesse sentido, não se resume apenas à desconstrução de paradigmas normativistas, mas também à necessidade de repensar os fundamentos do próprio Direito Penal em face das mudanças sociais, culturais e tecnológicas que moldam a realidade do século XXI.

A modernidade tardia, que gera um conflito entre promessas não cumpridas e a realidade do Estado, exige que o Direito seja interpretado de forma mais dinâmica e contextualizada, incorporando as múltiplas dimensões que envolvem o fenômeno da criminalidade, as desigualdades sociais e as transformações tecnológicas.

Portanto, para que o Direito Penal seja eficaz em seu papel de justiça e prevenção, é necessário superar esse paradigma estreito e normativo, adotando uma abordagem mais crítica e reflexiva que considere os contextos históricos, sociais e tecnológicos na análise dos casos concretos.

A crise epistemológica do Direito Penal, assim, não é apenas um problema teórico, mas também uma questão prática, que demanda uma reconfiguração da forma como o Direito é ensinado, interpretado e aplicado na sociedade contemporânea. Sobre o tema, importante citar alguns exemplos trazidos por Streck (2005)⁶⁰ :

- a) o crime de adulteração de chassi de automóvel possui pena mínima maior (3 a 6 anos de reclusão e multa) do que o crime de lesão corporal grave (1 a 5 anos de reclusão) e de infanticídio (2 a 6 anos de detenção);
- b) o crime de roubo que resulta em lesão corporal grave culposa e o crime de extorsão mediante sequestro possuem pena mínima maior (7 a 15 anos de reclusão e 8 a 15 anos

⁶⁰ Os parâmetros mínimos e máximos vigentes na época da referida reflexão foram devidamente observados.

de reclusão, respectivamente, convertida esta para 12 a 20 anos se o sequestro dura mais que 24 horas) do que o crime de homicídio doloso (6 a 20 anos de reclusão);

Além dos possíveis paradoxos existentes no Direito Penal brasileiro, um fenômeno relevante para concluir a análise do tópico refere-se à chamada onda punitiva.

Para uma compreensão mais aprofundada desse fenômeno, é necessário, primeiramente, destacar os paradoxos que envolvem a cientificação da justiça, conforme analisado por Machado (2005, p. 64-75).

O autor argumenta que, em Portugal, a cientificação do processo judicial, que se traduz na crescente utilização de métodos e tecnologias para apoiar as decisões jurídicas, trouxe consigo uma série de paradoxos. Ao mesmo tempo em que o uso da ciência e da tecnologia oferece maior precisão e eficiência, ele também implica em riscos relacionados à desumanização do processo, uma vez que a complexidade dos fatores sociais e contextuais pode ser simplificada de maneira excessiva, reduzindo a pluralidade de aspectos que devem ser levados em consideração na tomada de decisão judicial.

Esse fenômeno, conforme Machado, também está ligado à crescente confiança nas ferramentas tecnológicas, o que pode resultar na delegação de decisões cruciais para sistemas automatizados ou em que a lógica computacional predomina, com potencial para desconsiderar elementos subjetivos e individuais dos casos. Tal movimento, ainda que baseado na busca por maior efetividade e rapidez, pode acentuar a mecânica punitiva, transformando o Direito Penal em um campo cada vez mais impessoal e formal, que ignora as complexas dimensões humanas e sociais do processo judicial.

Portanto, antes de abordar de maneira mais direta a onda punitiva no contexto brasileiro, é fundamental compreender que, em sociedades que optam por "cientificar" a justiça, como se observa em Portugal, os paradoxos relativos à técnica e à humanização da justiça devem ser cuidadosamente analisados. Esse modelo de cientificação, embora buscando uma maior racionalidade no julgamento, pode, em última instância, exacerbar as desigualdades e distorcer a aplicação da justiça, sobretudo em um campo tão sensível como o Direito Penal.

De acordo com a autora, é possível visualizar a aceitação elevada da prova produzida pela biologia forense pelos operadores jurídicos em Portugal, especialmente na investigação de paternidade de menores.

Isso demonstra uma convergência entre os resultados da análise dos perfis genéticos e as decisões judiciais. No entanto, ainda persistem resquícios de um elevado isomorfismo entre o direito em ação e os valores tradicionais, especialmente em relação aos padrões de conduta sexual e procriativa das mulheres (MACHADO, 2005, p. 64-75).

A análise das práticas judiciais revela uma constelação complexa e heterogênea de práticas e representações, condicionadas por pressupostos dos juízes e magistrados sobre o comportamento sexual feminino. Isso resulta em interpretações da prova pericial à luz de considerações sobre o que é considerado comportamento "normal" ou "transgressivo" por parte das mulheres, evidenciando um viés sexista associado aos usos da ciência nos tribunais (MACHADO, 2005, p. 64-75).

Além disso, os tribunais funcionam como mediadores entre a ciência e os cidadãos, expondo estes últimos à autoridade e poder da ciência, especialmente no contexto da investigação de paternidade. Isso pode levar a uma "cientifização acrítica do direito", onde a rotinização dos usos da ciência forense, como os perfis de ADN, pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente aqueles sem capacidade para mobilizar uma defesa adequada.

Esses efeitos podem ser ocultados pelas instituições públicas interessadas em promover a ciência como solução para problemas jurídicos, mas é importante estar ciente dos perigos potenciais, como a redução da incerteza e da subjetividade, que podem colocar em risco os direitos dos cidadãos em um contexto judicial hostil a práticas de discussão da prova pericial e ao recurso a contra perícias (MACHADO, 2005, p. 64-75).

Retomando a análise sobre a onda punitiva e as tendências criminais, Alessandro De Giorgi (2019) observa que esses fenômenos aumentaram consideravelmente ao longo das últimas três décadas, embora de forma desconectada. A despeito da redução das taxas de criminalidade durante os anos 1990, De Giorgi destaca um fenômeno paradoxal: o número de pessoas presas, condenadas e encarceradas continuou a crescer de forma substancial. Nesse contexto, é possível perceber a intensificação da "retórica da severidade penal", um discurso que, segundo o autor, não se correlaciona diretamente com o aumento da criminalidade.

De Giorgi argumenta que, em vez de tratar das causas profundas dos problemas sociais e buscar soluções baseadas em políticas públicas de inclusão e justiça social, os discursos públicos passaram a ser moldados pela lógica punitiva. A criminalidade, assim, foi enquadrada não mais como um sintoma de questões sociais complexas, mas como um problema autônomo,

cujas soluções seria a punição. Essa mudança na forma de abordar o crime e a punição reflete um movimento mais amplo dentro das sociedades contemporâneas, no qual se prioriza a penalização em detrimento de uma abordagem mais abrangente e integrada, que considerasse as condições sociais, econômicas e culturais das populações marginalizadas.

Nesse sentido, a reflexão de Stuart Hall e seus colaboradores, em sua análise sobre como as elites norte-americanas buscaram "policiar a crise" (HALL et al., 1978), serve como uma base importante para entender o fenômeno. Hall propôs que, ao invés de enfrentar as crises sociais de maneira estrutural, as elites se voltaram para a gestão punitiva, especialmente no que diz respeito à "pobreza racializada" – uma forma de marginalização social que se tornou uma característica marcante das sociedades neoliberais.

Esse novo paradigma de gestão punitiva, especialmente voltado para a criminalização das classes sociais mais baixas, tem como um dos seus pilares a utilização da punição como uma resposta rápida e visível aos problemas sociais. Ao se concentrar na penalização das populações mais vulneráveis, ele perpetua e até intensifica as desigualdades sociais e raciais, ao mesmo tempo em que desvia a atenção de soluções mais profundas, como a educação, a habitação e a redução das desigualdades econômicas.

Portanto, a onda punitiva não apenas reflete uma mudança nas políticas de segurança pública, mas também revela uma transformação na maneira como as sociedades neoliberais lidam com as questões sociais, focando cada vez mais no controle e na punição, em vez de buscar soluções estruturais para as causas da criminalidade e da marginalização social.

A partir de estudos interdisciplinares conduzidos por acadêmicos como Jordan T. Camp (2016), Jodi Melamed (2011), Nikihil Pal Singh (2017) e Sarah Haley (2016), observa-se uma transformação significativa na compreensão e abordagem da relação entre punição e capitalismo. Tradicionalmente, a análise sobre a economia política da pena se centrava nos poderes estatais envolvidos na imposição de punições, concentrando-se predominantemente na função punitiva como uma ferramenta de controle social.

No entanto, essa perspectiva evoluiu para uma concepção mais complexa da função da punição nas sociedades neoliberais, conforme destacado por De Giorgi (2019). A crescente dependência do Estado capitalista neoliberal na regulação social por meio da punição insere-se em um processo mais amplo de reconfiguração das estruturas sociais, que está intimamente ligado à dinâmica do capitalismo tardio. Nessa ótica, a punição não é mais vista apenas como

um mecanismo direto de controle social, mas como uma estratégia funcional dentro da lógica econômica neoliberal, marcada pela busca incessante por novas formas de acumulação e exploração.

Essa transformação é caracterizada por uma relação mais íntima entre as políticas de punição e as novas formas de acumulação capitalista, que ganham força à medida que o Estado, em sua função neoliberal, se distancia de ações sociais diretas de bem-estar e começa a privilegiar formas de controle punitivo, especialmente em relação aos grupos marginalizados.

Essa tendência se reflete em um aumento da vigilância, encarceramento e penalização, como formas de manter a ordem social e as relações de poder estabelecidas, ao mesmo tempo em que se minimizam os investimentos em políticas públicas de inclusão, educação e saúde.

Esses estudiosos propõem que a penalização e o encarceramento se tornam ferramentas fundamentais para a manutenção da ordem social e para o controle das classes mais desfavorecidas dentro da lógica do capitalismo tardio, evidenciando a relação cada vez mais estreita entre punição e a regulação da sociedade capitalista neoliberal.

Assim, a análise da punição se desloca de uma visão centrada exclusivamente na autoridade estatal para um olhar mais amplo sobre as interações entre capitalismo, punição e controle social⁶¹.

A reflexão proposta por Loïc Wacquant (2009b) e De Giorgi (2019) sobre a relação entre o aumento da punição e a dissociação do trabalho assalariado, particularmente nas classes sociais mais baixas, lança luz sobre a utilização das tecnologias penais, como os bancos de dados de perfis genéticos, dentro das sociedades pós-industriais. O exemplo de Wacquant revela um fenômeno de criminalização e encarceramento que se intensifica à medida que as oportunidades legais de inserção no mercado de trabalho diminuem, forçando muitos jovens de classes mais baixas a buscar alternativas no mercado informal e, frequentemente, no setor ilegal da economia urbana.

De Giorgi (2019) complementa essa visão, apontando que a crítica materialista da punição deve ir além da análise das práticas penais em si, considerando seus efeitos mais amplos dentro de um conjunto de ferramentas de regulação social. Ele argumenta que é necessário

⁶¹ Sobre o tema, vide McDonough; Reich; Kotz, 2010; Michalowski; Carlson, 1999.

analisar os resultados instrumentais dessas práticas, particularmente no que se refere à utilização das tecnologias penais — como os bancos de dados genéticos — em conjunto com outras políticas sociais e de controle, como as de imigração e as políticas de bem-estar.

Dentro desse contexto, os bancos de dados de perfis genéticos representam uma nova fronteira para o controle penal, interligando-se diretamente com as ferramentas de regulação social mencionadas. Esses bancos de dados, que visam identificar indivíduos através de características genéticas, podem ser utilizados para monitorar, vigiar e, potencialmente, controlar um segmento cada vez maior da população. Isso se insere em um cenário mais amplo de expansão penal, onde as políticas de controle social se tornam mais sofisticadas e interligadas, incluindo novas tecnologias de monitoramento, como a biometria e o rastreamento genético.

O fenômeno do expansionismo penal, conforme discutido por Sánchez, está diretamente relacionado às chamadas "velocidades do Direito Penal", que se referem às diversas formas e intensidades com que o Direito Penal é aplicado na sociedade. Essas "velocidades" variam conforme as dinâmicas sociais, políticas e econômicas, refletindo a maneira como o Estado utiliza a punição e a regulação para administrar a população. As velocidades do Direito Penal não se limitam ao grau de severidade das penas, mas também à rapidez com que as tecnologias penais são implementadas e incorporadas às práticas de controle social.

Em sociedades pós-industriais, como a brasileira, o fenômeno da modernidade tardia configura um ambiente favorável à rápida adaptação das ferramentas de controle penal, com um foco crescente em tecnologias de monitoramento e regulação. A análise dessas dinâmicas é fundamental para compreender não apenas como o Direito Penal se adapta e acelera na modernidade tardia, mas também como tais mudanças afetam os direitos fundamentais e as liberdades individuais, particularmente no que concerne à privacidade e à segurança genética dos cidadãos.

4.3 Direito Penal: Punitivismo Seletivo e Neolombrosianismo

A ideia de um sistema penal que se baseie em um referencial funcional passa pela advertência de Schünemann (2010, p. 17) de que qualquer sistema penal que queira evitar condutas que não se revistam de intensa nocividade social, quer dizer, que não sejam

antijurídicas em sentido penal⁶², será um sistema disfuncional, ou seja, é essencial que haja um desvalor social qualificado.

A crítica à desigualdade de armas vigentes no sistema (processual) penal atual, com destaque para o modelo anglo-saxão, faz com que Schünemann (2010, p. 43-44) aponte para a existência de confusão entre Direito material e o enfoque processual, com inversão da carga probatória, que acarreta enorme desigualdade em condições sociais reais e ocasiona uma enorme injustiça, quando a maioria dos acusados não tem chances de igualdade, nem intelectual nem econômica, diante do órgão acusador (Fiscalía). E como última consequência, se arruína o fim de proteger os bens jurídicos que quer alcançar o Direito penal por meio da prevenção geral.

Com essa perspectiva do cenário jurídico-processual penal, Schünemann (2010, p. 44-45) certifica-se que, por sua vez, a forma de conclusão do “*plea bargaining*”⁶³, o acordo que domina nos Estados Unidos aproximadamente 95% dos casos, siga triunfalmente em todo o mundo⁶⁴, fazendo com que as consequências sejam ainda piores, já que, por meio dele, desaparecem também as últimas cautelas processuais, considerando que o instituto do “*plea bargaining*” não surgiu de maneira independente do sistema de Direito Penal, mas sim como uma consequência direta da confusão entre uma perspectiva material e processual, é dizer, entre norma de conduta e norma de sanção. Dessa maneira, se encobre a necessidade jurídica absoluta de que o Estado primeiro deve constatar uma conduta antijurídica, para depois poder pensar na sanção. Finalmente, o Direito penal se catapulta, com a ajuda da verdade formal e com a possibilidade de alcançar um acordo sobre a culpabilidade, na esfera da autonomia privada e, assim, do Direito civil, onde nunca se teve lugar e de modo algum.

A necessidade de compreensão da extensão do cenário que gira em torno do sistema penal contemporâneo protegido sob o manto das democracias e contra métodos bárbaros e contrários ao Estado de Direito liberal é delineado por Schünemann (2010, p. 46) tornando necessária a transcrição, *in verbis*, do contexto que tem vivido o sistema penal contemporâneo:

Desde una óptica jurídico-teórica, la globalización que se desarrolla actualmente conduce, en ámbito amplio, hacia la anarquía, ya que los consorcios multinacionales son capaces, como global player, de sustraerse del control estatal, mientras que, por su lado, el global governance descrito por los apologistas de la globalización es absolutamente ineficaz. La amenaza de anarquía también existe en la zona de protección de bienes jurídicos del Derecho penal, por lo que no se necesitaría ya de

⁶² Referência contida no original à obra de Günther, *Strafrechtausschluss*, Heymann, Köln (entre outras), 1983, *passim*.

⁶³ Referência a WHITEBREAD/SLOBOGIN. *Criminal Procedure*. 3. ed. 1993, p. 625.

⁶⁴ Referência literal “a algunas pruebas de Schünemann, *Wetterzeichen vom Untergang der Deutschen Rechtskultur*, 2005, p. 7 y s.; además también en Francia por médo de la ley del 9/2/2004 (“Perben II”).”

ningún sistema. Esto se evidencia al observar el desarrollo en las grandes ciudades de Latinoamérica, donde la parte de la población que se lo puede permitir privatiza la tarea de protección propia del Derecho Penal y de la policía. La práctica de Guantánamo que no ha sido legitimada, pero sí minimizada por Jakobs en su acuñado concepto del Derecho penal del enemigo, muestra también a nivel del Derecho penal estatal (que aún permanece) se cierne una amenaza de anarquía en la forma de una vuelta a métodos de lucha bárbaros y contrarios al Estado de Derecho. Aferrarse al sistema continental europeo en su versión científica más elaborada, que es la que ha encontrado diálogo en alemán-español, constituye la defensa necesaria de un Estado de Derecho liberal contra su socavación, sea por parte de las dictaduras, sea por medio de la decadencia de las democracias. Su continuo perfeccionamiento no constituye, entonces, un juego de abalorios sin importancia práctica que sólo tiene lugar dentro de círculos científicos.⁶⁵

Na defesa do respeito à dogmática penal, que ao fim e ao cabo representa a ideia humanista e proporcional do sistema penal, quando se refere à culpabilidade e a necessidade de clareza das normas de proibição, preocupado com os novos rumos retóricos do sistema penal, em razão das consequências gravosas do Direito penal, que podem abranger até a destruição da existência social do indivíduo, um Direito penal humano não pode se conformar com esses requisitos lógicos mínimos. Sob a consideração do princípio da proporcionalidade, se vai exigir uma reprovabilidade qualificada, no sentido de que se evitar a lesão da norma pelo indivíduo, não seja apenas possível, mas, também, exigível (SCHÜNEMANN, 2010, p. 50).

No campo da função da delimitação do injusto e da culpabilidade na discussão de elementos para construção de um sistema jurídico-penal comum europeu, também idealizado por Claus Roxin, o descobrimento do injusto e da culpabilidade como elementos diferenciados do sistema jurídico penal constitui, em palavras de Hans Welzel, o avanço dogmático mais importante das últimas duas ou três gerações; como disse Wilfried Küper, forma parte das grandes contribuições da dogmática jurídico-penal das quais já não cabe mais prescindir, somando-se à perspectiva espanhola, na formulação de Santiago Mir Puig, configura os dois pilares básicos do conceito de delito⁶⁶. Não se descurando da exigência formulada por Claus

⁶⁵ Em tradução livre do autor da tese: A partir de uma ótica jurídico-teórica, a globalização que se desenvolve atualmente se dirige, em amplo escopo, em direção à anarquia, uma vez que os consórcios multinacionais são capazes, como “global player”, de retirar-se do controle estatal, enquanto, do seu lado, o “*global governance*” descrito pelos apologistas da globalização é absolutamente ineficaz. A ameaça de anarquia também existe na zona de proteção de bens jurídicos do Direito penal, então nenhum sistema seria mais necessário. Isso é evidenciado ao se observar o desenvolvimento nas grandes cidades da América Latina, onde a população que pode pagar privatiza a tarefa de proteção própria do Direito Penal e da Polícia. A prática de Guantánamo que não foi legitimada, mas sim minimizada por Jakobs em seu cunhado conceito do Direito penal do Inimigo, mostra também ao nível do Direito penal estatal (que ainda permanece) se paira uma ameaça de anarquia na forma de um retorno a métodos de luta bárbaros e contrários ao Estado de Direito. Aferrar-se ao sistema continental europeu em sua versão científica mais elaborada, que é o que encontrou diálogo em alemão-espanhol, constitui a defesa necessária de um Estado de Direito liberal contra sua destruição, seja por parte das ditaduras, seja por meio da decadência das democracias. Seu contínuo aperfeiçoamento não constitui, então, um jogo de faz-de-contas sem importância prática que somente tem lugar dentro de círculos científicos

⁶⁶ Do original: Cfr., Welzel, JuS, 1966, p. 421; Küper, JZ, 1983, p. 88,89 y 95; Mir Puig, *Derecho penal*, PG, 3ª ed., Barcelona, 1990, p. 121; cfr., también, en relación con Finlandia, Lappi Seppälä, em Lahti/Nuotio,

Roxin⁶⁷, de que as distintas categorias do delito, *ab initio*, devem desenvolver-se e sistematizar-se sob o ponto de vista de sua função político-criminal, o que não pode se afastar do pensamento sistemático científico-jurídico geral (SCHÜNEMANN, 2010, p. 50).

Em epílogo parcial, Schünemann (2010, p. 133-134) afirma que Jakobs, em começo da introdução ao seu “Tratado de Direito penal”, assinalou que a dogmática do Direito penal de corte ontologicista de Welzel abalou mais profundamente do que jamais teria sido feito de modo consciente e Schünemann já havia ressaltado, por ocasião das conferências em homenagem ao quinquagésimo aniversário de Roxin, que a busca de um Direito penal funcional, fruto do impulso inicial de Roxin, constituiu uma nova época da dogmática jurídico-penal que superou o finalismo de uma maneira semelhante a que o neokantismo superou o naturalismo jurídico penal⁶⁸, propugnando pela perenidade do Direito penal funcional.

O Direito penal estatal se originou na Europa em começos da Idade moderna como um recurso defensivo das sociedades em processo de modernização contra aqueles setores da população que a ela se opusessem. Ou seja, como um meio de repelir os grupos “marginais” da sociedade. Na época da Ilustração surgiu o fundamento de Filosofia do Direito e de Teoria do Estado na forma de duas teorias que se desenvolveram de maneira independente. Em primeiro lugar, partindo do conceito básico de contrato social como legitimação de todo poder estatal. Isso foi reformulado no século XIX por Birnbaum no sentido de que somente se pode criar um tipo penal se este é necessário para proteger um bem jurídico individual ou social. Independentemente desta teoria da utilidade social da pena, se foi desenvolvendo um princípio de culpabilidade como legitimação irrenunciável diante daqueles que se impõe o mal da pena. O princípio da culpabilidade foi desenvolvido originariamente na teoria retributiva da pena estatal, quer dizer, na denominada teoria absoluta da pena (SCHÜNEMANN, 2010, p. 137-138).⁶⁹

Strafrechtstheorie im Umbruch, Helsinki, 1992, p. 214, 219 y s. En contra la distinción, si bien sin una fundamentación aceptable, von der Lide, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?*, 1988. Por el contrario, Lippold, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin*, 1989, p. 210, parte de que “se puede llevar a cabo una distinción de los presupuestos de imputación en el injusto y en la culpabilidad” (*¡sic!*), cuyas fronteras se delimitarían, en el sistema bien “objetivo” o “subjetivo” del Derecho penal por el reconstruido, a través de un procedimiento circular, en parte de una manera arbitraria y en parte por medio de la determinación previa de la culpabilidad como “una actitud interna antijurídica relativa a un hecho individual”.

⁶⁷ Em *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 1970; 2. ed. 1973, p. 15.

⁶⁸ Cfr. n. rodapé original: Así Schünemann (ed.), *Grundfragen* (supra, nota 10), prólogo, p. VII.

⁶⁹ Em sequência, Schünemann discorre sobre o marco da teoria da pena fundada na proteção de bens jurídicos, balizada com fins preventivos, sem descurar da teoria utilitarista da prevenção e o dano que provoca a pena imposta a um delinquent (privação de liberdade), muitas vezes maior do que o ilícito do ato praticado (violação

O sistema de justiça penal estatal recebeu novos impulsos fundamentais no século XX, com a descoberta da criminalidade de colarinho branco⁷⁰. Com o estabelecimento de uma equiparação jurídica na sociedade contemporânea, o meio de confrontação social passou a ser a violação da norma, inclusive, nas classes alta e média-alta, inicialmente sob a forma da criminalidade econômica e posteriormente a criminalidade ambiental. Nesse ponto se destaca que o Direito penal já não combatia apenas a criminalidade da classe baixa originada da pobreza, senão também a criminalidade de colarinho branco, mantendo-se ainda por muito tempo não modificadas a teoria da proteção dos bens jurídicos e o princípio da culpabilidade. Nesse ponto, tem-se que há mais ou menos 30 anos se iniciou um debate sobre o Direito penal na desenvolvida sociedade industrial e se ele não estaria construído sobre um novo paradigma⁷¹(SCHÜNEMANN, 2010, p. 139-141).

Na abordagem do Direito penal do Inimigo, Schünemann (2010, p. 142) começa com sua análise do terrorismo⁷² que se apresenta como grande desafio ao Direito penal clássico, na

da propriedade)”. Trata ainda da ponte de união entre a teoria utilitarista da prevenção e o princípio da culpabilidade realizado pela teoria da prevenção geral de Feuerbach.

⁷⁰ Segundo Schünemann, na sociedade feudal, a ordem patrimonial que garantia uma distribuição do domínio não equitativa e rígida, garantia que as classes dominantes não tivessem sequer necessidade de comportar-se de modo criminoso (independentemente dos casos “marginais” de criminalidade aventureira, como o sequestro da amada que se negava a contrair matrimônio).

⁷¹ Segundo Schünemann, em lugar do princípio de proteção do bem jurídico entraria em consideração um controle do comportamento a ter lugar em um estágio prévio, em que o Direito penal seria utilizado como meio normal de regulação política.

⁷² Afigura-se relevante o intróito de Schünemann (2010, p. 142-144) em sentido contrário a uma compreensão histórica demasiado restrita no que diz respeito às atividades de grupos terroristas. O terrorismo é concebido por ele como fenômeno especial somente quando se encontra fortemente pronunciada a soberania no interior do Estado. Isso começa na Europa com o domínio absolutista dos reis, onde o terrorismo individual na Alemanha foi concebido por um professor ainda não catedrático de ciências jurídicas, Karl Follen, para preparar uma revolução parecida com a grande Revolução Francesa de 1789. Depois, todo o século XIX está cheio de atentados contra representantes do sistema monárquico. Isso continua no século XX, sob a forma de atentados contra representantes de diversas ditaduras, como por exemplo, numerosos atentados contra Hitler e mais tarde especialmente contra as ditaduras da América Latina. Quando a Fração Armada Vermelha (RAF) na Alemanha redescobriu o meio político de combate do terrorismo individual no fim da década dos anos 60 do século anterior e proclamou a “luta armada na Europa ocidental”, na Alemanha insistiram o Governo, o Parlamento e as ciências jurídicas na perspectiva de que se trataria de criminalidade normal, a ser combatida com os métodos normais do Direito Penal, sendo apenas necessária uma extensão dos tipos penais e dos meios processuais de intervenção. Ao contrário, na América do Sul se seguiu em geral outra via, que Schünemann denomina de “guerra civil seletiva”. A justiça penal foi aqui excluída em sua maior parte da confrontação com o conflito político, e o Governo, em seu lugar, se esforçou por eliminar os terroristas potenciais através das forças paramilitares, quer dizer, se ocupou de assassinar e sequestrar todas as pessoas sobre as quais recaísse a suspeita de estar envolvida de alguma maneira com atividades terroristas. Também os Estados Unidos da América deram esse passo, depois de haver utilizado sempre apenas o Direito penal e a justiça penal diante de anteriores atividades terroristas. Contudo, com a finalidade de combater as atividades terroristas arraigadas no fundamentalismo islâmico, empreendeu primeiro à via da guerra externa com o ataque militar contra o Talibã, obteve como consequência desta decisão liberar-se das cadeias do Direito mediante a internação a longo prazo em Guantánamo de supostos partidários do Talibã, sendo isso não ajustado ao Direito penal nem ao Direito de guerra.

medida em que ameaça destruir um dos fundamentos mais importantes do Estado de Direito na Alemanha, na Europa e em todo o mundo, que se trata da divisão entre Direito penal, Direito de polícia e Direito de guerra, que se custou muito alcançar depois de séculos de esforço. Ou seja, desde o ponto de vista dos instrumentos organizados de poder, a divisão entre justiça penal, polícia e poder militar.

Já anteriormente ao estabelecimento do campo de concentração em Guantánamo, Günther Jakobs apresentou a teoria para essa prática, quer dizer, a teoria do denominado Direito Penal do Inimigo⁷³. Neste marco, foram postos em relevo três características dominantes do Direito penal do inimigo, cada uma por si mesma rompe até a raiz o Direito Penal de um Estado de Direito e, em seu efeito geral, poderia voltar a converter o Direito penal efetivamente na utilização juridicamente ilimitada do poder armado (SCHÜNEMANN, 2010, p. 145).

O primeiro traço característico do Direito Penal do Inimigo é a anulação da posição de sujeito de Direito de todos aqueles cidadãos que tenham sido caracterizados como “inimigos” por algum representante do poder estatal. Os Estados Unidos da América praticaram em Guantánamo e Israel pratica na Palestina ainda mais radicalmente através de uma guerra seletiva, não dissimulada, com assassinatos de supostos terroristas e daqueles que se encontram em sua proximidade. Nas palavras de Jakobs: “Inimigos são não-pessoas atuais, serão tratados não de outro modo que os animais selvagens”. Na realidade, neste domínio da força do Estado, quem cai ao nível de um animal selvagem não é o suposto terrorista, senão o Estado mesmo. A legitimação do monopólio da força estatal, que somente pode ser estabelecido pelo Direito, se perde. E os assassinatos dos esquadrões da morte na América Latina ou do poder militar israelense na Faixa de Gaza não são outra coisa que atos de violência sem direito. O Direito penal deve e pode afirmar-se frente a isso, quando justamente persegue essas ações mortais (SCHÜNEMANN, 2010, p. 145-147).

Assim, por exemplo, se o procurador geral dos Estados Unidos da América vier a formular acusação contra o secretário de Defesa por privações de liberdade e lesões corporais em Guantánamo⁷⁴. Ou o procurador geral israelense contra o Comando Superior da Armada

⁷³ Nota de rodapé da obra de Schünemann: Jakobs, en Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 1999, p. 41 y ss.; idem, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 40 y ss.

⁷⁴ Nota de rodapé da obra de Schünemann: *Staatliche Strafe* (supra, nota 12), pp 40 y 44. En este sentido no se debe, por supuesto, pasar por alto que el concepto formulado por Jakobs de “no-persona” – como contrapuesto al de “persona” – que en su Filosofía del Derecho viene definido por el esquema del deber y el espacio de libertad (véase Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, p. 29 y ss., 125), en ningún caso contiene una cruda deshumanización como en los sistemas opresores racistas o religiosos, en los cuales quienes sean de otra raza o de otra creencia no tienen derecho a la vida. Sin embargo, con independencia del desafortunado riesgo a

pelos assassinatos a supostos dirigentes palestinos. Somente dessa maneira e não através da inominável teoria do Direito Penal do Inimigo, o Direito se pode afirmar frente à violência também nos tempos atuais. E ainda outro erro de pensamento se cometeu na concepção de Jakobs. O inimigo não se combate com ameaças de pena formuladas previamente e intensas medidas processuais penais por ser inimigo, senão porque o perigo específico, que é o do crime organizado, se fazem necessárias ações com essas características. Por conseguinte, não se trata de modo algum da classe especial de indivíduos, senão do perigo específico do delito organizado como causa de uma reação específica do Estado, necessária, que, por sua vez, deve naturalmente ser controlada pelo Estado de Direito (SCHÜNEMANN, 2010, p. 145-147).

O segundo traço característico do Direito Penal do Inimigo consiste na extensão dos meios estatais de poder no procedimento penal. Naturalmente, a justiça penal deve ser posta em condições de manter a vigência do Direito e a proteção dos bens jurídicos também frente à ameaça do terrorismo moderno. Em consequência, se trata de um problema de modernização da justiça penal como resposta a uma modernização do delito. Nesse sentido, o moderno terrorismo não oferece problemas distintos daqueles que apresenta a criminalidade moderna organizada. Se trata do fenômeno de que não apenas se luta contra um indivíduo, senão contra uma organização criminoso. Em consequência, o Estado deve encontrar formas de organização também para a justiça penal que possibilitem conseguir esse duplo fim, sem ter que abandonar as conquistas de Estado de Direito do Direito penal. Por mais que se possa ampliar os meios de coerção tradicional do procedimento penal, não se pode chegar a uma anulação da posição de sujeito do afetado, daí porque a atual tendência nos Estados Unidos da América e em Israel se mostram como a direção absolutamente incorreta, do mesmo modo que a intenção de Jakobs de aplicar sua teoria para esses casos (SCHÜNEMANN, 2010, p. 147-149).

Nas palavras do próprio Jakobs (2003, p. 142-143) o Direito Penal do Inimigo equivale ao oposto do Direito penal de cidadãos, representa o primeiro um Direito em que o Estado não se atenha aos limites e impedimentos trazidos com pelo Direito penal de cidadãos que somente seriam constitutivos de um Estado de liberdades. Ou seja, quem supostamente os viola abandona tal modelo de Estado. Defendendo que o Direito Penal do Inimigo só pode ser legitimado como um Direito penal de emergência que vige excepcionalmente e os seus preceitos penais correspondentes devem ser estritamente separados do Direito penal de

malentendidos, en el sistema jurídico-filosófico de Jakobs el reconocimiento como persona sólo protege frente a la posibilidad de ser tratado como “una pieza de ganado” y “dejar de tener derechos” – en el sentido fichteano -, lo cual se encuentra vinculado con la pérdida de personalidad (Jakobs, *Norm*, p. 100 y s.) y sólo deja de producirse cuando el delincuente sigue siendo persona (ibidem, p. 102).

cidadãos de tal forma e de modo tão claro que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer outra forma no Direito penal dos cidadãos.

Diante de tudo aquilo que já foi dito até aqui, é possível visualizar que o próprio Jakobs salienta que se trata de um modelo, ainda que merecedor de todas as críticas, de emergência e não permanente, daí a necessidade de destacar o atributo da perenidade de estruturas jurídicas em vias de consolidação, com destaque para a coleta de dados genéticos, especialmente quando obrigatórios, mais grave ainda quando invasivos, violando todas as formas de direitos fundamentais que estabelecem um modelo de Direito Penal do Inimigo de natureza permanente.

Para a investigação da delinquência organizada, na medida em que se utiliza de métodos típicos dos serviços secretos, o que elimina estruturalmente a forma clássica de defesa, deve haver a criação de uma compensação em forma de uma pré-defesa fiduciária. Para a qual se propõe a formação de uma Instituição financiada pelo Estado, porém, controlada pelos colégios de advogados, em que os representantes desta instituição devem ter direitos de informação, de ser ouvida e de recorrer e que exerçam de forma fiduciária os interesses dos imputados, ou seja, um controle crítico das medidas de investigação. O diretor desta instituição poderia se chamar “encarregado da proteção da defesa” (SCHÜNEMANN, 2010, p. 150-151).

No que diz respeito ao terceiro traço característico do Direito Penal do Inimigo, trata-se da criminalização em estado prévio, no campo do Direito penal material. Neste ponto, Schünemann (2010, p. 152-153) defende que o Direito penal ao invés de se concentrar individualmente na conduta e no estigma do inimigo, deve penalizar de modo autônomo a participação em uma organização terrorista, com severas exigências a serem impostas ao Estado de Direito acerca da prova do dolo na referida participação, de modo que não se criminalize o apoio político para fins em si permitidos, o que pertence à liberdade civil, sempre devendo prevalecer no Direito penal do século XXI o impedimento da transformação da luta contra o delito em uma guerra civil seletiva e sem base jurídica, sempre na perspectiva do predomínio do Estado de Direito.

Em síntese conclusiva específica, Schünemann (2010, p. 165-166) afirma que se deve rechaçar a categoria própria do Direito Penal do Inimigo. O que não exclui, em geral, que se possa graduar as reações do Estado já na fase do procedimento penal, de forma proporcional na relação com o perigo mais temido, praticamente segundo o peso da suspeita do fato. Por isso, a suspeita de um delito mais grave justifica medidas mais intensas de investigação, do mesmo

modo que sua prova legitima uma pena mais grave. Ainda assim, também diante de um delito grave resta o culpado sempre dotado de direitos e recursos jurídicos próprios, pois ele segue como cidadão, mesmo quando recaia sobre ele a suspeita de que tenha se comportado de modo inimigo. Em um Estado de Direito não pode existir um inimigo como não-pessoa.⁷⁵

Portanto, os exemplos de Guantánamo, assim como também a história da guerra civil colombiana apresentada minuciosamente por Alejandro Aponte⁷⁶, somente no marco de um raciocínio naturalista gravemente equivocado podem ser oferecidos como prova da necessidade e, de algum modo, da legitimação de um Direito Penal do Inimigo. Na realidade constituem um presságio fatídico que nos exorta a defender o Direito penal humano, que reconhece também ao delinquente como nosso próximo e não faz algo assim como misturá-los com os objetos do Direito das coisas, em sentido contrário ao que o protege a sua personalidade inata (Immanuel Kant) (SCHÜNEMANN, 2010, p. 166).

Como já se destacou no curso do presente trabalho, a teoria lombrosiana é criticada tanto pela antropologia criminal, podendo ser citados como exemplos, os estudos de Baer e Garing, como pela sociologia criminal, com destaque para Lacassagne, Tarde e Durkheim, pois, até o momento, a ciência não corroborou a existência de concreto de uma espécie de ser humano com características advindas do próprio determinismo lombrosiano, conforme bem destacado por Barbas (2007, p. 630).

A tese de doutoramento e obra da professora doutora Stela Barbas (2007) serve como marco teórico na parte do presente estudo que aborda o genoma humano, com mais rigor em parte específica, cuja profundidade do trabalho de pesquisa daquela autora torna desnecessário, nos limites do presente arrazoado acadêmico, qualquer outro estudo em matéria de detalhamento técnico sobre a substância do tema estrutural do genoma humano.

Como se pode notar, as dúvidas e angústias advindas dos estudos do genoma humano em muito se equivalem com os dilemas apresentados após os avanços da neurociência. Em

⁷⁵ Nota de rodapé traduzida do texto: Os exemplos de Guantánamo, assim como também a história da guerra civil colombiana apresentada minuciosamente por Alejandro Aponte (APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht*, 2004, p. 38 e ss.), somente no marco de um raciocínio naturalista gravemente equivocado podem ser oferecidos como prova da necessidade e, de algum modo, da legitimação de um Direito penal do inimigo. Na realidade constituem um presságio fatídico que nos exorta a defender o Direito penal humano, que reconhece também ao delinquente como nosso próximo e não faz algo assim como misturá-los com os objetos do Direito das coisas.

⁷⁶ Nota de rodapé contida no texto: APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht*, 2004, p. 38 y ss.

ambas as circunstâncias se tenta pôr em xeque a ideia de livre-arbítrio e as consequências (responsabilidade) da conduta humana considerada como crime.

O tema do genoma humano e a eventual determinante correlação entre a constituição genômica e a prática do crime, traz consigo uma densa exposição acadêmica, tratando, inclusive do Neolombrosianismo que surge no centro deste debate, e nos possibilita extrair os seguintes referenciais teóricos de auxílio às conclusões finais deste trabalho acadêmico, com amparo em Stela Barbas (2007):

- I) Que embora o crime pela sua permanência ao longo das épocas possa ser considerado uma categoria eterna, há que se tentar compreender a moderna criminalidade, mais organizada e hostil, em toda a sua complexidade e extensão.
- II) Que, ademais, os desequilíbrios, a crise de determinados conceitos, hábitos e valores, as pressões, a instabilidade das estruturas, o esforço necessário para a adaptação a uma vida social e científica em constante mutação, as céleres e inúmeras modificações políticas, econômicas e sociais, o desajuste entre diversas culturas e subculturas, as maiores e justas exigências nos domínios da saúde, do bem-estar material, da assistência, da cultura, da dignidade humana, das liberdades em geral etc, podem conduzir a manifestações, cada vez mais generalizadas e significativas, de inadaptação social.
- III) A realidade produzida em torno do eixo produção/consumo tem norteado as concepções e estilos de vida, afetando mesmo a própria personalidade do indivíduo.
- IV) A multiplicidade de fatores e áreas do conhecimento humano envolvidas com o estudo do crime, atualmente conta com franca expansão dos modelos biológicos, psíquicos e sociais, na tentativa de compreender as pessoas e os fatores que influenciam e condicionam os seus comportamentos. E é precisamente a abordagem biológica que tem suscitado mais polêmica, na atualidade, tendo em vista os progressos nos estudos do genoma humano.
- V) Os limites da influência do Programa do genoma humano, que traz de volta uma discussão do século XIX, sobre a correlação entre a constituição genômica do indivíduo e a prática do crime.
- VI) Que, se se admite que a prática de um crime pode ser explicada por meio da análise do genoma, se faz necessário rever toda a problemática da culpa para efeitos de

responsabilidade penal. Ser julgado ou simplesmente tratado, nos casos diagnosticados de influência genômica na prática criminosa?

VII) Nesse sentido, tem-se ideias deterministas que chegam ao extremo de sustentar que a atividade humana não dependeria de sua livre vontade, mas seria o resultado de linhas de atuação previamente estipuladas que escapam ao controle do indivíduo, sendo aqui o livre-arbítrio uma mera ilusão, podendo mesmo se falar em um “essencialismo genético”.

VIII) Surgem como perguntas essenciais da autora: O delinquente goza de livre-arbítrio ou é prisioneiro do seu genoma? Estaria prestes a surgir um novo Direito Penal? O Direito Penal protetor dos delinquentes? Estaríamos caminhando a passos largos para um Neolombrosianismo?

IX) Em sede de posição por si adotada, a autora afirma ser indispensável se afastar a tentação de outro determinismo. Afirma que, ainda que não seja possível ressuscitar, na sua íntegra, as teorias lombrosianas do criminoso nato, subsiste o risco de, num futuro que poderá ser próximo, se verificar a substituição das noções de delito e delinquente por sociopatia e sociopata com a consequente alteração da pena por tratamento terapêutico.

A autora finaliza o trecho específico de sua obra afirmando que a existência da legalidade genômica ainda não foi confirmada cientificamente e que tal componente (genômico) do crime não pode ser subestimado nem supervalorizado, na medida em que o criminoso é produto de vários fatores (biológicos, psicológicos, econômicos e sociais) em completa interação e se assim não fosse, o caráter genômico, por si só, seria causa de desresponsabilização do delinquente.

O uso de dados genéticos no sistema penal brasileiro também levanta preocupações sobre o punitivismo seletivo, uma vez que a coleta de perfis genéticos tende a se concentrar em determinadas populações, reforçando desigualdades existentes.

A experiência brasileira reflete um padrão de seletividade penal, onde a aplicação da lei é mais rigorosa em relação a certos grupos sociais, o que leva a questionamentos sobre discriminação e desigualdade no acesso à justiça. Este cenário demanda uma reflexão sobre a maneira como as políticas de coleta de dados genéticos podem estar em desacordo com os princípios de igualdade e dignidade humana.

4.4 Bancos de Dados de Perfis Genéticos: Cenário Brasileiro e Internacional

A Lei nº 12.654 (BRASIL, 2012) alterou as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009 (BRASIL, 2009), e 7.210, de 11 de julho de 1984, popularmente conhecida como Lei de Execução Penal - LEP (BRASIL, 1984), para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal.

No âmbito das alterações ocorridas na Lei nº 12.037 (BRASIL, 2009), a lei ora analisada passou a dispor que a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do indivíduo.

Além disso, conforme nova redação do art. 5-A, da Lei nº 12.037 (BRASIL, 2009), 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.

Nesse sentido, 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.

Assim, os registros 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.

Por seu turno, as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Já o art. 7-A, da referida lei dispõe que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Por sua vez, o art. 7-B disciplina que a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Antes de analisar a Lei de Execução Penal, oportuno trazer à lume as etapas e pressupostos para recolhimento de DNA apontados pela doutrina, tomando por base o que dispõe o “*Act on use and protection of DNA identification information*”, da Coreia (2010).

Ali são vislumbradas as etapas de recolhimento das amostras de DNA por autoridade competente (Ministério Público ou oficial da Polícia Judiciária), em que cabe a eles o

recolhimento das amostras do indivíduo que praticou o crime. Além disso, cabe ao Ministério Público ou oficial da Polícia Judiciária, ainda, recolher as amostras em locais especificados.

Tem-se, também, que as autoridades competentes apenas poderão recolher as amostras caso tenham mandado emitido pelo juiz competente ou caso não haja mandado, o indivíduo deverá ser avisado previamente, com vistas a proteção de seus direitos fundamentais.

Ademais, o recolhimento das amostras de DNA deve seguir os métodos que visem minimizar ao máximo os danos corporais gerados com tal procedimento. Há ainda o caso, conforme mencionado pelo artigo, referente ao resultado gerado, pois quando gerado o resultado bem como os dados de identificação, ressalta-se que as amostras de DNA devem ser recolhidas imediatamente.

É possível concluir que há necessidade de um procedimento para fins de recolhimento das amostras de DNA e de métodos alinhados à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, e diante de fraudes, meios impróprios, fornecimento de informações a terceiros fora do procedimento, a tais atos serão impostas as respectivas punições.

Em relação à Lei de Execução Penal brasileira, ela passou a vigorar acrescida do art. 9º-A, o qual dispõe que 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.

Além disso, a identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

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.

Analisando-se não apenas a referida lei, como os Decretos que regulamentaram a questão no âmbito brasileiro (Decretos nºs 7.950, de 12/3/2013 e 9.817 de 03/06/2019), é possível constatar que há um caminho longo a percorrer quando o assunto é garantir o núcleo dos direitos fundamentais à não autoincriminação e privacidade genética.

Em relação ao Decreto nº 7.950, de 12/03/2013, há apenas uma singela menção aos atos praticados pelo Poder Judiciário, mais especificamente no art. 7º, o qual dispõe que o perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo

estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial, sem que, contudo, sejam detalhados parâmetros mínimos de fundamentação para o aludido ato.

Sobre o tema, compreendo que deve ser utilizado, como mecanismo de integração, o disposto no art. 315, §2º, do CPP (BRASIL, 1941), pois, a decisão judicial, para que seja considerada fundamentada, não pode:

- a) limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- e) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Vale destacar que no Brasil, o paradigma da engenharia genética no contexto penal enfrenta sérios desafios legais e éticos, particularmente em relação ao direito à não autoincriminação e à privacidade. A Lei nº 12.654, ao prever a coleta compulsória de DNA de condenados, entra em potencial conflito com o princípio de que ninguém deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Esse debate é central na jurisprudência do STF, que tem procurado equilibrar a necessidade de ferramentas eficazes de investigação com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, particularmente, na compreensão central da dignidade humana.

Diante do frágil cenário legislativo existente no Brasil, é essencial que o Supremo Tribunal Federal brasileiro se posicione, com efeito vinculante em todo o território nacional, a respeito da constitucionalidade e dos limites da inclusão de dados das pessoas investigadas e/ou condenadas nos Bancos de Perfis Genéticos, tema que será abordado no próximo capítulo.

4.4.1 *Portugal*

Dado o tema e sua relevância, é oportuno apresentar algumas reflexões sobre a base de dados de perfis de DNA, também conhecida como ADN em Portugal

Diana Miranda apresenta uma análise abrangente da evolução dos métodos de identificação criminal em Portugal, desde o século XIX até o século XXI, explorando a transição das técnicas tradicionais para as mais modernas, com um foco particular na antropometria, datiloscopia e, mais recentemente, nos perfis de ADN (MIRANDA, 2014, p. 307-328).

A autora inicia sua abordagem com uma discussão sobre os primeiros esforços do Estado para controlar e vigiar as "populações perigosas" através do desenvolvimento de métodos de identificação criminal. Esses métodos passaram de descrições físicas simples para técnicas mais sofisticadas como a antropometria e a datiloscopia. O foco inicial era a medição das características físicas dos presos e o registro de sinais particulares, como cicatrizes e tatuagens (MIRANDA, 2014, p. 307-308).

No final do século XIX, o método antropométrico de Alphonse Bertillon foi introduzido em Portugal, inicialmente nas cadeias de Lisboa e Porto. Esse sistema foi complementado pela fotografia judiciária, que também começou a ser usada para registrar a imagem dos presos. A antropometria buscava medir o corpo do indivíduo de maneira precisa para evitar que reincidentes ocultassem suas identidades (MIRANDA, 2014, p. 309-310).

Com o advento do século XX, a datiloscopia (identificação por impressões digitais) começou a substituir a antropometria como o principal método de identificação criminal em Portugal. A datiloscopia foi considerada um avanço significativo por sua precisão e foi rapidamente adotada em diversos serviços policiais e penais, detalhando-se como as impressões digitais começaram a ser incorporadas nos boletins de identificação junto com as fotografias e medidas antropométricas (MIRANDA, 2014, p. 311-312).

A autora explora o desenvolvimento e a centralização dos serviços de identificação em Portugal, destacando a criação de instituições como o Instituto de Criminologia de Lisboa e a Repartição de Antropologia Criminal do Porto. Esses centros foram responsáveis por manter registros detalhados e centralizados de impressões digitais, fotografias e outras informações relevantes para a identificação criminal (MIRANDA, 2014, p. 313-314).

A partir do final do século XX e início do século XXI, houve uma mudança significativa com a introdução da genética nas práticas de identificação criminal, discutindo-se a implementação da base de dados de perfis de ADN em 2008, enfatizando-se como essa nova tecnologia foi vista como um avanço revolucionário, com destaque para os desafios éticos e legais que surgiram com o uso de perfis genéticos para identificação criminal (MIRANDA, 2014, p. 316-320).

A autora conclui sua análise traçando um paralelo entre o uso histórico dos métodos de identificação e a busca constante do Estado por meios eficazes de controle e vigilância, argumentando que, embora os métodos tenham evoluído ao longo do tempo, a essência da identificação criminal como um mecanismo de controle social permanece inalterada. A evolução tecnológica, especialmente com a introdução do ADN, representa um avanço significativo, mas também levanta novas questões sobre privacidade e direitos individuais, concluindo o panorama traçado pela autora de compreensão das práticas de identificação criminal em Portugal, mostrando como o Estado adaptou e aprimorou suas técnicas ao longo do tempo para melhor controlar e monitorar a população. A análise detalhada das transições entre diferentes métodos oferece uma visão profunda da interseção entre ciência, tecnologia e governabilidade no contexto da justiça criminal (MIRANDA, 2014, p. 307-328).

O trabalho de Helena Machado e Susana Silva, logo no início do surgimento da lei portuguesa, destacando vários pontos controversos ao longo do texto (MACHADO; SILVA, 2008, p. 151-74).

Destaca-se aqui, o ponto em que se critica a forma como a lei naturaliza os riscos inerentes ao uso de informação genética, apresentando a tecnologia como infalível. Isso é feito através da retórica da neutralidade e da objetividade, que busca consolidar a aceitação pública do uso de perfis de ADN sem uma discussão adequada sobre os potenciais perigos éticos e sociais. A crítica também aborda a falta de salvaguardas para avanços científicos futuros que poderiam associar os marcadores genéticos utilizados a doenças ou traços comportamentais, algo que a lei ignora, contrariando recomendações do Conselho Nacional de Ética (MACHADO; SILVA, 2008, p. 151-159).

As autoras também utilizam o conceito de "pragmatismo biométrico" para criticar a divisão arbitrária entre partes do corpo "estritamente pessoais" e "não estritamente pessoais", que a lei utiliza para justificar a coleta de material biológico de forma "não invasiva", apontando-se, ainda, a omissão da lei quanto às situações de recusa de consentimento e a falta

de proteção especial para menores e incapazes, criticando-se a superficialidade com que a lei aborda a integridade física e moral dos indivíduos (MACHADO; SILVA, 2008, p. 157-159).

A crítica aborda também, a forma como a lei e o discurso público ao redor dela promovem uma visão idealizada da ciência forense, conhecida como "efeito CSI". Este fenômeno cria expectativas irrealistas sobre a capacidade da tecnologia de ADN de resolver crimes de forma rápida e infalível, ignorando os possíveis erros e limitações da tecnologia. A "superciência" projetada pela lei sugere que a justiça pode ser cientificamente infalível, o que não corresponde à realidade (MACHADO; SILVA, 2008, p. 157-159).

O trabalho das autoras critica a ausência de mecanismos para participação e avaliação cívica no processo de gestão e manutenção da base de dados de perfis de ADN. A lei não prevê uma forma efetiva de participação pública, limitando-se a um Conselho de Fiscalização com atribuições restritas e que responde apenas à Assembleia da República. Isso é visto como uma limitação significativa, especialmente em um contexto em que a confiança nas instituições públicas é baixa (MACHADO; SILVA, 2008, p. 162-163).

Por fim, quanto à qualidade do material colhido e a cadeia de custódia, o artigo questiona a confiança excessiva na qualidade dos procedimentos laboratoriais e na manutenção da cadeia de custódia das amostras. Critica a falta de atenção da lei para possíveis erros durante a coleta, armazenamento e transporte de material biológico, que poderiam comprometer a validade dos perfis de ADN. A ausência de diretrizes claras sobre como assegurar a qualidade desses procedimentos é apontada como uma falha significativa (MACHADO; SILVA, 2008, p. 162-163).

Essas críticas formam uma análise detalhada dos potenciais problemas éticos, sociais e técnicos relacionados à implementação da base de dados de perfis de ADN em Portugal, como previsto na Lei nº 5/2008.

Em trabalho posterior, Helena Machado, prossegue com suas críticas mantendo algumas e acrescentando outras (MACHADO, 2011, p. 153-166).

Mantém sua crítica quanto ao “pragmatismo biométrico”; quanto à crença de que o perfil de ADN é um método infalível de identificação, pois este "dispositivo da universalidade" ignoraria as desigualdades e limitações dos recursos dos agentes envolvidos, como a polícia, em comparação com peritos científicos e jurídicos e quanto aos riscos de compressão dos direitos individuais, diante da ausência de discussão sobre as modalidades de consentimento e

certificação dos direitos dos participantes, o que levantaria questões éticas significativas (MACHADO, 2011, p. 156-162).

E agrega a crítica ao poder concentrado nas mãos dos juízes, destacando que a lei concede poder exclusivo aos juízes para ordenar a coleta de amostras biológicas e determinar a inserção ou remoção de perfis na base de dados. Esse caráter restritivo contrastaria com outros países, onde a polícia tem maior poder de decisão. Essa centralização de poder nos juízes é vista como uma forma de controle que pode não garantir totalmente os direitos individuais (MACHADO, 2011, p. 159).

Um parêntese para tecer crítica ao entendimento da autora, quanto a um possível maior poder de decisão da polícia. O que aliás, no Brasil, seria algo desastroso. Mais prudente e passível de controle é que haja a reserva de jurisdição, pois a concentração da responsabilidade nas mãos de um magistrado se afira mais racional.

A autora mantém sua crítica aos mecanismos de participação cívica, salientando que a única forma de participação cívica prevista na lei seria a atuação do Conselho de Fiscalização, composto por três cidadãos de "reconhecida idoneidade". Contudo, a lei não esclareceria como essa idoneidade é determinada, e o conselho depende dos recursos da entidade que ele deve fiscalizar, o que limita sua eficácia (MACHADO, 2011, p. 163).

Por fim, mantém, também, sua crítica quanto à qualidade dos procedimentos de recolha de amostras, pois a lei menciona a necessidade de manter a cadeia de custódia das amostras, mas não oferece diretrizes claras sobre como garantir a qualidade dos procedimentos policiais de coleta, armazenamento e transporte de amostras. Isso pode comprometer a integridade das provas e a confiabilidade dos resultados (MACHADO, 2011, p. 163).

Analisando-se o contexto existente em Portugal, observa-se 3 (três) tipos de argumentações que são utilizadas. Ou seja, é um projeto técnico-genérico e biopolítico gradualmente global e sobreposto em imaginários coletivos marcados pelo medo do crime e do criminoso (MACHADO, 2011, p.153).

Nesse sentido, o debate sobre a gestão social da informação genética está em destaque, envolvendo políticos, juristas, cientistas e cidadãos. As novas tecnologias de identificação por ADN e os projetos de pesquisa genômica global intensificaram a discussão sobre seus impactos sociais, econômicos, éticos e políticos. Ademais, é destacado que a genômica possui grande potencial na investigação criminal, na prevenção e dissuasão do crime. Outrossim, a prometida utilidade da tecnologia de perfis de DNA e a esperada aceitação de seus benefícios por

diferentes grupos sociais são razões para a expansão global das bases de dados genéticos, incluindo a aprovação de legislação em Portugal, em 2008 (MACHADO, 2011, p. 154).

A apresentação do projeto do genoma humano em 2000 pelo presidente dos EUA, Bill Clinton, e a proposta de uma base de dados de perfis de DNA em Portugal, em 2007 pelo ministro da Justiça, Alberto Costa, destacam a crença compartilhada de que os genes revelam aspectos essenciais da humanidade. Isso reflete a influência da genômica na política e no controle social, formando uma cidadania genética baseada no conhecimento científico e tecnológico dos genes (MACHADO, 2011, p. 154-155).

Assim sendo, é analisado no texto algumas perspectivas acerca da criação de uma base de dados de perfis de ADN em Portugal. Logo, a biossegurança é vista como uma maneira de vigilância e controle social tendo como base, conhecimento científico e tecnológico da individualidade biológica do corpo humano. Tendo como fundamento o imaginário social, o medo do crime e do criminoso, é abrigado sob a busca pelo bem coletivo, pela promessa de segurança e tranquilidade e pela obtenção da “verdade” que facilitará a identificação dos criminosos e a absolvição dos inocentes (MACHADO, 2011, p. 154-155).

Nesse contexto, essa ideia é amparada mais nas promessas de utilidade imaginada e de eficácia na identificação de criminosos do que na argumentação dos riscos e das incertezas, gerando efeitos sociais, culturais e éticos, fazendo da legitimação democrática, um elemento ideológico essencial para o êxito dos projetos (MACHADO, 2011, p. 155).

Concomitante a isso, na perspectiva de políticos e peritos, é analisada as principais razões do projeto de construção de uma base de dados de perfis de ADN. Uma das admissões teóricas que guiam essa reflexão, se baseiam na ideia da interseção entre a justiça e a ciência, que possuem dois elementos principais, que formam os chamados “dispositivos da universalidade”, o primeiro refere-se à afirmação da autonomia e da neutralidade, no sistema científico e jurídico. Já o segundo, se refere à afirmação do distanciamento do conhecimento e ação dos peritos. Desse modo, o dispositivo da universalidade alimenta-se tanto da verdade científica, que pode revelar à justiça, aquilo que ficaria oculto, como das funções esperadas da justiça, pelo cumprimento e aplicação da lei (igual para todos), estando amplamente irradiada pelo senso comum (MACHADO, 2011, p. 156).

Nesse viés, se a descrição e justificativa dos projetos em questão coincidirem com as narrativas fixadas numa sociedade, reforçam-se as categorias de pertença e de coletividade. A relevância política da proteção contra o crime, o reforço da segurança e a melhoria da justiça

baseada na ciência, juntamente com a pressão de alinhar globalmente as técnicas forenses, destacam-se como aspectos sociais e coletivos na atualidade. Posto isso, a retórica enfatiza a necessidade de uma luta coletiva, com a criação de uma base de dados de perfis de ADN defendida como um consenso social, conforme expresso pelo ministro da Justiça português (MACHADO, 2011, p. 156).

Assim, a justificativa para a base de dados de perfis de ADN como ferramenta essencial na identificação de criminosos e prevenção de crimes ecoa argumentos globais, gerando debates éticos. Ademais, a retórica política destaca a universalidade da verdade científica, enfatizando a singularidade do perfil de ADN, buscando, o ministro da justiça, uma “racionalidade cognitiva e instrumental” (MACHADO, 2011, p. 156-157).

Dessarte, diferente da base de dados de perfis de ADN em outros países, onde a inclusão é ampla, Portugal adotou uma abordagem restritiva, inserindo apenas perfis de indivíduos condenados por crime doloso, com pena igual ou superior a três anos, sendo os perfis removidos quando as decisões no registro criminal são canceladas. Com isso, os peritos entrevistados concordam que essa é uma estratégia adequada, inicialmente, por ser um país de baixa criminalidade, entretanto, é unânime a opinião que futuramente, será necessário seguir o padrão adotado pelos outros países. Ademais, o conceito de universalidade é interpretado de maneira diversa por políticos, juristas e cientistas, apoiando diferentes interesses na implementação da lei de perfis de ADN (MACHADO, 2011, p. 157-158).

Por conseguinte, acerca da competência dos peritos e policiais, é salientado que a medicina forense e o direito atuam como mediadores no modelo ideológico das políticas de ordem social. Fazendo, os cientistas e os juristas, parte de um projeto técnico-genético, vinculado ao pacto social entre Estado e cidadãos. A justificação da base de dados de perfis de ADN destaca o primado científico para aproximar o direito da objetividade. Na investigação criminal, atores com diferentes capacidades sociais confrontam-se, destacando distintas habilidades para interpretar a informação genética e aplicar a lei (MACHADO, 2011, p. 158-159).

Os Peritos enfatizam a importância da lei ao estabelecer limites, fortalecendo a autoridade do Instituto Nacional de Medicina Legal (INML) na gestão da base de dados de perfis de ADN. A Lei nº 5/2008 confere aos juízes o poder para ordenar a recolha de amostras e determinar a inclusão ou remoção de perfis, sublinhando a natureza restritiva em Portugal. Os

entrevistados apoiam esse regime, confiando mais nos juízes para garantir os direitos individuais (MACHADO, 2011, p. 159).

A hierarquização de autoridade, entre magistratura e polícia é destacada, enfatizando a autonomia do juiz em relação ao contato direto com criminosos. A visão idealizada do juiz contrasta com uma visão menos favorável à polícia. A criação da base de dados de perfis de ADN é percebida como regulamentação de algo já existente, usado secretamente pela polícia. A lei atribui ao juiz papel central na decisão sobre inclusão na base de dados, evidenciando uma disputa desigual pela verdade social (MACHADO, 2011, p. 160).

A questão da legitimidade da violência simbólica levanta preocupações éticas e jurídicas sobre consentimento, privacidade e integridade dos cidadãos. A promoção política do uso da tecnologia para a prevenção e investigação criminal baseia-se em argumentos como o consentimento informado, responsabilidade individual e confiança. Assim, o ministro da Justiça enfatiza o fato da importância de respeitar exigências constitucionais e impedir a violação dos direitos dos cidadãos (MACHADO, 2011, p. 160).

Nesse sentido, a lei de base de dados de perfis de ADN destaca a recolha “não invasiva” da amostra com consentimento, mas omite situações de recusa e salvaguardas para menores e incapazes. Com isso, dois entrevistados, um cientista e um jurista, sugerem que a recusa pode indicar ignorância ou real culpa, permitindo coerção física pelo Estado em nome do bem coletivo ou ao presumir culpabilidade com base na recusa (MACHADO, 2011, p. 161).

Assim sendo, a lei de base de dados de perfis de ADN suaviza os riscos de compressão dos direitos individuais, ao permitir a construção com voluntários que doem sua “impressão digital genética”, levantando preocupações sobre o debate adequado do consentimento e certificação dos direitos dos participantes (MACHADO, 2011, p. 162-163).

Logo, o cientismo e progressismo tecnológico são evidentes na promoção política da base de dados de perfis de ADN e nos discursos dos peritos, que atribuem resistências à ignorância ou oposição ao progresso científico. Nesse viés, os peritos reivindicam a sua supremacia cognitiva, considerando argumentos não científicos com intromissões ilegítimas em um domínio reservado aos especialistas (MACHADO, 2011, p. 162-163).

Posto isso, sobre a composição do Conselho de Fiscalização, são unânicos em afirmar que não deve incluir leigos, defendendo a participação exclusiva de especialistas. Dessarte, a autoridade dos peritos, cientistas e juristas, na criação e monitorização de uma base de dados de perfis de ADN se baseia no distanciamento dos leigos e na hierarquização no campo da

investigação criminal, refletindo uma divisão social do trabalho que delimita competências (MACHADO, 2011, p. 162-163).

Em suma, o “portfólio de riscos” da base de dados de perfis de ADN em Portugal segue uma agenda política e cultural, revelando uma apropriação privada do serviço público pelos peritos. Apesar da retórica de autonomia e neutralidade na ciência e justiça, os processos de seleção baseiam-se em avaliações morais e normas culturais. Dessa forma, a legitimação deste projeto genético e biopolítico busca conciliar interesses conflituais, como a celebração da ciência, a credibilidade da justiça e a defesa do interesse público. A associação à ideologia desenvolvimentista e mimética face aos países do centro desenvolvido exemplifica a violência simbólica legítima de Bourdieu, monopolizando a interpretação da lei (MACHADO, 2011, p. 163).

Por fim, a reivindicação de legitimidade fundamenta-se no recrutamento dos mais qualificados, dominado pelo saber especializado e exigindo obediência em nome do processo e da segurança pública. Deste modo, a mobilização política dos peritos, a autoconfiança da autonomia e o apelo aos leigos para a luta contra o crime compõem uma estratégia que transcende interesses individuais em prol da confiança no Estado, respaldada na ideologia da neutralidade e verdade da ciência, e na busca pela igualdade e justiça. Portanto, a ausência de mecanismos de participação cívica na consolidação da biossegurança destaca o Estado como único garantidor do interesse público, marginalizando epistemologias cívicas possíveis (MACHADO, 2011, p. 164).

É importante que se deixe destacado que em Portugal, nos moldes do artigo 10º da Lei nº 5/2008, “a recolha de amostras em pessoas é realizada através de método não invasivo, que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente, no estrito cumprimento dos princípios e regime do Código de Processo Penal”, com o dever de informação e a recolha de amostras no âmbito de um processo-crime é realizada a pedido do próprio ou ordenada por despacho do juiz, a partir da constituição do arguido. Quando tal não se tenha verificado em fase anterior do processo, a recolha é ordenada mediante despacho do juiz de julgamento e, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, em pessoa condenada por crime doloso com pena concreta de prisão ou superior a 3 anos, ainda que substituída (ÁGUAS, 2012, p. 122-123).

A implementação da Lei nº 5/2008 e a construção da base de dados têm vindo a consolidar processos de uniformização, clarificação e sistematização de alguns procedimentos

transversais ao sistema de justiça criminal, designadamente no que concerne à identificação de indivíduos, recolha de vestígios, amostras e documentação da respectiva cadeia de custódia, o que poderá revelar-se de grande utilidade para a diversidade de atores e agentes de investigação criminal no terreno. A legislação que regulamenta a base de dados é considerada cautelosa por uns e mesmo excessivamente restritiva por outros. O relativamente baixo número de perfis inseridos nos dois anos de funcionamento é assumido como resultado das características restritivas da legislação. Contudo, seria importante averiguar as alegações relativamente ao desconhecimento da base de dados de DNA por parte dos magistrados, cuja função é determinante para a operacionalização da base de dados, quer em termos de inserção de perfis, quer para a sua consulta (SANTOS; COSTA; MACHADO, 2012, p. 64).

Saliente-se, por fim, a necessidade imperiosa de discutir o papel dos órgãos de polícia criminal na consulta e na inserção de perfis na base de dados que, em última análise, poderia ter efeitos de incremento quanto ao número de perfis inseridos e, consequentemente, na utilidade e eficácia para os propalados fins de investigação criminal que, em conjunto com os fins de identificação civil, sustentaram a criação da base de dados de perfis de DNA em Portugal (SANTOS; COSTA; MACHADO, 2012, p. 65).

A Lei nº 5/2008 regula todos os aspectos da base de dados, desde a coleta de amostras de ADN até o tratamento e armazenamento das informações. A lei atribui o controle das operações à Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) e ao Conselho de Fiscalização, entidades responsáveis por garantir a conformidade com os princípios de proteção de dados e privacidade, estabelecendo medidas rigorosas para impedir o acesso não autorizado, modificação, ou destruição dos dados armazenados. Também é garantido o direito ao sigilo profissional para todos os envolvidos na manipulação dos perfis de ADN, com penalidades previstas para violações, sendo que a base de dados está preparada para ser integrada com outras bases europeias, conforme estabelecido pela Decisão 2008/615/JAI do Conselho da União Europeia. No entanto, há desafios interpretativos e de implementação relacionados à cooperação internacional, especialmente no que diz respeito ao compartilhamento de material biológico com outros países (SANTOS, 2012, p. 69-78).

A análise da legislação portuguesa é analisada sob a perspectiva da proteção dos direitos fundamentais, como a dignidade humana e a reserva da vida privada, na construção de uma base de dados de perfis genéticos. Destacando-se que qualquer recolha de material biológico para obtenção de perfis de ADN exige o consentimento do titular, considerando as implicações sobre os direitos de autodeterminação informativa e integridade física, sendo que a Lei nº

5/2008 estabelece que a colheita de material biológico e a obtenção de perfis de ADN para fins criminais devem ser feitas em conformidade com os direitos do arguido, incluindo o direito à não-incriminação (MONIZ, 2014, p. 47-66).

No caso das condições em que a colheita de material biológico é permitida, especialmente no caso de condenados e suspeitos, embora a lei permita a inserção de perfis de ADN em certos casos, existem limitações significativas, como a necessidade de autorização judicial e a proteção contra a violação do direito à integridade pessoal, destacando-se as dificuldades encontradas na operacionalização da lei e as questões que permanecem sem solução clara, como a conservação das amostras biológicas e o uso de perfis em múltiplos processos criminais e a necessidade de uma legislação mais clara e detalhada que possa resolver as ambiguidades atuais, garantindo ao mesmo tempo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos e a eficiência das investigações criminais (MONIZ, 2014, p. 47-66).

Na contextualização com estudos de casos ocorridos em Portugal, Filipe Santos apresenta uma análise detalhada de como as tecnologias de DNA têm sido aplicadas na investigação criminal em Portugal. Precisamente, por meio do estudo de cinco casos específicos, oportunidade em que o autor explora as diferentes funções desempenhadas pelo DNA ao longo do processo investigativo (SANTOS, 2014, p. 197-228).

O autor introduz o conceito de DNA como o "padrão-ouro" na identificação individual dentro do sistema de justiça criminal, destacando seu crescimento em importância devido ao avanço nas técnicas de coleta e análise de vestígios biológicos em cenas de crime, passando a analisar cinco casos de grande notoriedade em Portugal, ocorridos entre 1997 e 2007, quais sejam: (I) Meia Culpa (1997): Envolveu o uso de DNA para identificar os autores de um incêndio criminoso em uma boate, com a recuperação de gorros abandonados que continham cabelos; (II) Tó Jó (1999): Caso em que o DNA foi utilizado para confirmar a autoria de homicídios confessados por António Jorge, com a coleta de vestígios hemáticos; (III) Joana (2004): O desaparecimento de Joana Cipriano, onde o DNA foi crucial para corroborar a presença de vestígios biológicos relevantes; (IV) Serial Killer de Santa Comba Dão (2006): Neste caso, o DNA ajudou a estabelecer associações entre o suspeito e as vítimas, sendo uma peça chave na resolução do caso e (V) Madeleine McCann (2007): Caso internacionalmente conhecido em que se deu a coleta de amostras de vários indivíduos e vestígios no apartamento onde Madeleine desapareceu (SANTOS, 2014, p. 197-228).

Por fim, o autor apresenta as Funções do DNA na investigação criminal, categorizando as funções do DNA em quatro tipos principais, a função exploratória em que o uso do DNA ocorre para investigar se vestígios biológicos estão presentes e se podem constituir indícios de um crime; a função assertiva, em que o DNA é usado para confirmar elementos já estabelecidos na investigação, fornecendo suporte científico à narrativa criminal; a função incriminatória, em que o emprego do DNA se dá para associar um suspeito à cena do crime ou à vítima, muitas vezes levando a confissões e por fim, a função exculpatória em que a utilização do DNA ocorre para excluir suspeitos, demonstrando que os vestígios não pertencem ao indivíduo sob investigação (SANTOS, 2014, p. 197-228).

O autor conclui que, embora o DNA tenha um potencial significativo na resolução de crimes, sua aplicação prática está longe de ser a solução "mágica" frequentemente retratada. A investigação criminal é um processo exigente que depende de uma combinação de saberes formais e informais, com o DNA desempenhando um papel importante, mas não exclusivo (SANTOS, 2014, p. 228).

A análise empreendida por Susana Costa, dos desafios enfrentados pela investigação criminal em Portugal e como tais desafios afetariam a eficácia da base de dados de perfis de ADN introduzida pela Lei nº 5/2008 começa por discutir a importância das tecnologias de identificação por perfis de ADN, frequentemente vistas como uma ferramenta infalível na busca pela verdade em processos criminais. No entanto, essa percepção de infalibilidade é questionada, especialmente quando confrontada com os constrangimentos práticos e operacionais encontrados no contexto português (COSTA, 2014, p. 229-230).

É digno de destaque a abordagem pela autora das diversas limitações enfrentadas pelas forças policiais portuguesas, como a falta de formação específica para o cenário de crime, a escassez de recursos humanos e tecnológicos, e as diferenças nos saberes e práticas entre os diferentes órgãos de polícia criminal (OPC) que podem comprometer a eficácia da investigação. As polícias de proximidade (PSP e GNR), embora sejam as primeiras a intervir em cenas de crime, frequentemente carecem de treinamento adequado, o que pode prejudicar a preservação da cena do crime e, conseqüentemente, a investigação subsequente (COSTA, 2014, p. 229-270).

A eficácia da base de dados é questionada, com a autora apontando que, apesar do potencial teórico dessa ferramenta, a realidade prática mostra uma base de dados subutilizada e com poucos perfis inseridos, devido, em parte, à legislação restritiva e ao medo de violar os

direitos dos cidadãos. Esse "excesso de garantismo" é visto como um dos principais fatores que limitam a aplicabilidade da base de dados no contexto da investigação criminal (COSTA, 2014, p. 229-270).

A legislação atual, ao restringir o tempo de permanência dos perfis na base de dados e ao exigir consentimento para a coleta de amostras de ADN, contribui para a baixa eficácia da base de dados. Além disso, a distinção entre suspeitos e condenados, onde apenas os condenados com pena superior a três anos podem ter seus perfis inseridos, seria outro fator limitante (COSTA, 2014, p. 229-270).

Desse modo, na compreensão da autora, para que a base de dados de perfis de ADN atinja seu potencial máximo, é necessário não apenas um ajuste legislativo, mas também um fortalecimento das práticas policiais, com melhor formação e recursos adequados. A expansão da base de dados só será eficaz se acompanhada por uma melhoria nas condições operacionais e na cientifização do trabalho policial (COSTA, 2014, p. 270).

As contribuições de Helena Costa e Luís Miranda, ampliam a compreensão da discussão, quando exploram o desenvolvimento e as aplicações de novas tecnologias de análise de ADN na previsão de características físicas, discutindo suas potencialidades e limitações no contexto da investigação criminal (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 271-306).

Os autores começam explicando o processo de análise de ADN em amostras de crime, especialmente quando a amostra problema não tem correspondência com amostras referência ou perfis em bases de dados. Nesse contexto, a previsão de características físicas (como cor dos olhos, do cabelo, e da pele) pode ser um recurso valioso para auxiliar na identificação do dador da amostra (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 271-273).

Tratando dos denominados Métodos de Previsão Direta e Indireta, os autores definem a previsão direta, como aquela que se refere à análise de marcadores genéticos diretamente relacionados com características fenotípicas, explicando que, embora seja possível prever com precisão o sexo, a cor dos olhos e do cabelo, outras características como altura e traços faciais ainda apresentam limitações devido à complexidade genética envolvida (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 275-280).

Já a previsão indireta baseia-se na ancestralidade biogeográfica, usando marcadores que mostram variações entre populações diferentes. Este método foi utilizado pela primeira vez em um caso de crimes em série nos Estados Unidos, onde a previsão de uma ancestralidade africana

do suspeito alterou completamente o rumo da investigação (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 275-280).

Quanto às vantagens e limitações dos referidos métodos, afirmam os autores que os métodos de previsão de características físicas podem ajudar a restringir o número de suspeitos em investigações criminais. No entanto, são apontadas várias limitações, incluindo a influência de fatores ambientais, a complexidade dos traços fenotípicos e a imprecisão na previsão de características como altura e traços faciais (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 282-286).

A variação genética e epigenética também apresenta desafios, já que muitas das variações não são capturadas pelos sistemas de previsão atuais. Além disso, há uma margem de erro significativa associada a esses métodos, o que limita sua aplicação para fins de identificação positiva de suspeitos (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 282-286).

A aplicação dessas tecnologias levanta várias questões éticas e legais. Um dos debates centrais é sobre a potencial violação do direito à privacidade, especialmente em relação à ancestralidade biogeográfica, que nem sempre é evidente para o próprio indivíduo (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 287-292).

Outro aspecto é a possibilidade de discriminação racial e étnica, onde perfis genéticos podem ser usados para identificar indivíduos de minorias como suspeitos apenas com base em suas características genéticas. Os autores discutem a importância de uma análise cuidadosa e a necessidade de políticas que evitem preconceitos na aplicação dessas tecnologias (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 292-296).

Os autores reforçam que as evidências baseadas em ADN devem ser sempre consideradas no contexto de outras provas. A previsão de características físicas pode ajudar a direcionar investigações, mas não pode substituir outros métodos de identificação e deve ser usada com cautela (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 293-300).

O desenvolvimento dessas tecnologias traz a responsabilidade de evitar o uso indevido e de proteger os direitos dos indivíduos, especialmente em relação à privacidade e à não discriminação. A sociedade e os profissionais envolvidos precisam estar conscientes das implicações dessas novas ferramentas (COSTA; MIRANDA, 2014, p. 301-306).

Em matéria operacional, a Procuradoria-Geral da República de Portugal editou a Instrução nº 2/2020, de 2 de junho de 2020, que revogou a Instrução nº 1/2015, diante de alterações na atuação funcional do Ministério Público português, considerando as alterações da Lei nº 5/2008, realizadas pela Lei nº 90/2017, de 22 de agosto, assim como o advento do

Regulamento nº 827/2019, de 23 de outubro, que disciplinou o funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN, no qual se estabelece, que, nos casos em que a lei determine a existência de despacho do magistrado responsável pelo processo que ordene a recolha de amostra, este é comunicado a uma das entidades autorizadas para a análise laboratorial, com a indicação do objetivo pretendido (artigo 7º do Regulamento), devendo a inserção ser sempre acompanhada de comunicação à Autoridade Judiciária competente no prazo máximo de 72 horas e ainda que, na ausência de resposta por parte da autoridade competente, a inserção será considerada validada tacitamente (nº 3 do artigo 9.º do Regulamento).

A Instrução assevera que a decisão de inserção de perfis de ADN na respetiva base de dados já não constitui uma atribuição exclusiva “do magistrado competente no respetivo processo”, estando dela agora dispensado, mas antes uma competência oficiosa do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária (LPC/PJ) e Laboratórios do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses I.P. (INMLCF) – cf. nº 4 do artigo 18º.

Desse modo, preconiza a referida Instrução que, ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, exige-se, contudo, a prolação de decisão fundamentada de realização de perícia para a obtenção do respetivo perfil de ADN, ao abrigo das disposições conjugadas do nº 5 do artigo 8º e do nº 3 do artigo 18º, mantendo-se válidas as considerações anteriormente tecidas, no sentido de se reconhecer e afirmar que, no âmbito da investigação criminal, pretende o legislador que sejam inseridos na base de dados os perfis de ADN de amostras biológicas recolhidas no local do crime (denominadas “amostras problema”, cf. nº 5 do artigo 8º e alínea c) do artigo 2º), com a finalidade de os comparar com os perfis de arguidos ou condenados recolhidos ou a recolher, nos termos dos números 1 a 3 do artigo 8º.

A Instrução Ministerial consigna ainda, que nos casos em que não existe um suspeito identificado (nos denominados inquéritos contra “desconhecidos”) a base de dados continua a ser, muitas vezes, a única forma de o identificar e prosseguir a investigação criminal.

Assevera que a opção de emissão de uma nova Instrução, mediante a revogação da anteriormente vigente, tem um duplo propósito, por um lado: o de assinalar e adequar as alterações legais introduzidas e, por outro, o de concitar os magistrados do Ministério Público ao efetivo e rigoroso cumprimento dos deveres legais que decorrem deste regime legal.

E assim, conclui determinando que (i) os magistrados do Ministério Público devem verificar em todos os inquéritos criminais, mesmo nos que não tenham suspeito identificado, se foi recolhido algum vestígio biológico não identificado (“amostra problema”) com relevância

para a investigação e exercício da ação penal; (ii) caso tenha sido recolhido vestígio biológico relevante e não existindo suspeito identificado para efeitos de comparação direta, os magistrados do Ministério Público devem determinar a realização de perícia com vista à obtenção do respetivo perfil de ADN, a qual deverá ser comunicada a uma das entidades autorizadas para a análise laboratorial, com a indicação do objetivo pretendido; (iii) Os magistrados do Ministério Público devem validar, no prazo de 72 horas após a respetiva comunicação, a inserção efetuada oficiosamente pelo LPC/PJ e pelos Laboratórios do INMLCF do perfil de ADN na base de dados (cf. n.ºs 3 e 6 do artigo 18.º, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro e n.º 3 do artigo 9.º, do Regulamento n.º 827/2019, de 23 de outubro); (iv) sempre que o INMLCF ou o LPC/PJ comunique a existência de uma “amostra problema” face à qual não foi determinada a extração de perfil de ADN, o magistrado titular do inquérito ou, no caso de processo nas fases de instrução ou de julgamento, o magistrado que representa o Ministério Público nessa fase, decide ou promove no sentido da relevância ou irrelevância da respetiva extração; (v) caso entenda que a identificação da “amostra problema” é relevante para as finalidades de investigação e exercício da ação penal, determina ou promove a respetiva obtenção, sem prejuízo do disposto nos n.ºs 3 e 5 do artigo 18.º, da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro e caso entenda que a identificação da “amostra problema” não é relevante para as finalidades da investigação e ação penal, comunica ou promove essa comunicação ao INMLCF ou ao LPC/PJ.

Outro dado importante com relação a Portugal diz respeito ao Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, regulado pela Lei n.º 40/2013. Referido Conselho tem como características relevantes ser uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, respondendo apenas perante a Assembleia da República, apresentando-lhe relatórios periódicos.

Ao Conselho compete a fiscalização e controle da base de dados de perfis de ADN, sem prejuízo dos poderes de fiscalização da Assembleia da República, nos termos constitucionais.

É composto por três cidadãos de reconhecida idoneidade, designados pela Assembleia da República, segundo o método da média mais alta de Hondt, com mandato de quatro anos, que não pode ser renovado, sendo que referidos membros detêm a garantia da inamovibilidade, detendo ainda as imunidades que lhes protege de qualquer responsabilização civil, criminal ou disciplinar pelos votos ou opiniões que emitirem no exercício das suas funções, sem prejuízo do cumprimento das obrigações que lhes são aplicáveis nos termos da lei de regência, não

podendo ser presos ou detidos preventivamente sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime punível com pena de prisão superior a três anos e em flagrante delito.

Caso um dos membros responda a procedimento criminal, sendo acusado definitivamente, a Assembleia da República decide se o mesmo deve ou não ser suspenso, para efeito de seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime punível com pena de prisão superior a três anos.

Por fim, ponto relevante que a Lei n° 40/2013 estabeleceu, foi a previsão do tipo penal de “Criação de base de dados de perfis de ADN não autorizada”, que consiste em “Quem criar uma base de dados de perfis de ADN fora dos casos autorizados pela Lei n° 5/2008, de 12 de fevereiro, é punido com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias”, sendo a tentativa punível.

O Regulamento n° 827/2019 trata do funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN em Portugal. É digno de destaque, a previsão do consentimento livre e informado e autorização expressa, com a recolha de amostras, através da colheita de células da mucosa bucal ou de outro método não invasivo que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual.

Há ainda, a previsão da adoção de parâmetros técnicos dos resultados a inserir e prevenção de contaminações, além da preocupação com a garantia da cadeia de custódia e a previsão de destruição das amostras

Os desafios e debates seguem na ordem do dia, mas, ao que se constata, quanto à base de dados de perfis de ADN-DNA em Portugal é que os indivíduos têm o direito de saber que seus dados estão armazenados, como serão utilizados, além da possibilidade de eliminação de seus perfis, nos moldes legais. O destaque importante é que a finalidade da base de dados é exclusiva para as investigações criminais e identificação de pessoas desaparecidas, sem que se possa utilizar os materiais recolhidos para fins de qualquer natureza de discriminação ou outra forma não autorizada, de modo proporcional e necessário para a investigação de crimes graves.

O acesso aos dados recolhidos é tratado de modo reducionista quanto aos indivíduos e entidades autorizadas a acessarem a base de dados, de modo sujeito a controle, com a possibilidade de compartilhamento de perfis de DNA com outros países, de acordo com as normas internacionais de regência, sempre garantindo a proteção dos dados individuais, com a supervisão de órgão independente, garantindo a transparência da utilização do banco ou base de dados.

O consentimento informado antes da coleta pessoal é de relevo para a proteção de direitos fundamentais, sem prejuízo da preocupação permanente quanto a qualquer utilização que possa resultar em discriminação racial ou étnica, para que se possa equilibrar a gestão dessas bases de dados com o respeito aos direitos fundamentais.

Oportuno destacar que, em 11 de maio de 2023, o Tribunal Constitucional Português se debruçou sobre a discussão acerca da recolha de amostras biológicas para inserção na base de perfis de ADN, nos termos dos art.ºs 8º, nº 2 e 18º, nº 3 da Lei nº 5/2018, de 12.02, na redação dada pela Lei nº 90/2017, de 22.08, concluindo pela não inconstitucionalidade da norma que determina que a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com finalidades de investigação criminal e inserção na base de dados respectiva, entendendo como não violado o princípio da proporcionalidade.⁷⁷

4.4.2 *Europa*

Após a análise da situação no Brasil e dos argumentos dos principais atores envolvidos, passa-se à revisão das leis e decisões vigentes na Europa.^{lv}

Na Europa, na sequência da Resolução do Conselho de 9 de junho de 1997 relativa ao intercâmbio de resultados de análises de DNA (97/C 193/02), a maioria dos Estados-Membros já implementou nos seus normativos nacionais os regimes jurídicos pelos quais se regem a constituição e a manutenção de bases nacionais de dados de perfis de DNA. Nesse contexto, a diversidade dos enquadramentos legais ao nível dos diversos Estados condicionou o surgimento de bases de dados genéticos com finalidades, dimensões, critérios e estruturas díspares, colocando desafios ao intercâmbio de informação e à cooperação entre as autoridades, um dos desideratos esperados no âmbito da cooperação internacional. (ÁGUAS, 2012, p. 120).

Não se pode perder de vista a importante Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, que trouxe diretrizes detalhadas sobre o tema.

⁷⁷ Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230240.html>. Acesso em 24 ago. 2024.

Um fator de segurança diante da criação de referenciais comuns no âmbito europeu diz respeito à Resolução do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN, iniciando com algumas definições referenciais.⁷⁸

Na Resolução do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, solicita-se aos Estados-Membros que, ao procederem ao intercâmbio de resultados de análises de ADN, limitem os referidos resultados às zonas do cromossoma sem expressão genética, ou seja, aos segmentos que, ao que se sabe, não contêm informação sobre características hereditárias específicas. Aconselhando aos Estados-Membros que, caso a ciência evolua de modo a permitir determinar que algum dos marcadores de ADN recomendados na presente resolução contém informação sobre características hereditárias específicas, deixarem de utilizar esse marcador.

Por fim, referida Resolução aconselha igualmente os Estados-Membros a prepararem-se para destruir quaisquer resultados de análise de ADN que tiverem recebido, se se verificar que os referidos resultados das análises de ADN contêm informações sobre características hereditárias específicas.

Já o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em Estrasburgo, decidiu no caso *Marper vs. United Kingdom*, em 2008, que manter registros de DNA de pessoas inocentes em um registro criminal violava o artigo oito da Convenção de Direitos Humanos, cobrindo o direito ao respeito pela vida privada e familiar (CONSELHO DA EUROPA, 2008).

O documento guia sobre o artigo 8, atualizado pela última vez em 2020, estabelece referencial do tratamento de DNA e a necessidade de proteção de dados pessoais, bem como apresenta diversas outras decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o tema (CONSELHO DA EUROPA, 2020)

Além dessa perspectiva macro da União Europeia, diversos países membros possuem legislações próprias com diretrizes diferentes sobre os bancos de dados de perfis genéticos, regulando sobre a forma e o tempo de coleta, bem como de eliminação das amostras. Essas

⁷⁸ “**Marcador de ADN**”: *locus* numa molécula de ADN que, tipicamente, contém informações diferentes para indivíduos diferentes. “**Resultado de análise de ADN**”: código alfanumérico obtido com base na análise de um ou vários loci no ADN e utilizado para fins de informação. Por exemplo, o resultado da análise do ADN «D3S1358 14-15, D21S11 28-30» significa que o indivíduo em causa é do tipo 14-15 no que se refere ao marcador de ADN D3S1358 e do tipo 28-30 no que se refere ao marcador de ADN D21S11. “**Série normalizada europeia (ESS) (European Standard Set)**”: série de marcadores de ADN apresentada no Anexo 1 (D3S1358, VWA, D8S1179, D21S11, D18S51, HUMTH01, FGA, D1S1656, D2S441, D10S1248, D12S391e D22S1045). “**Marcador ESS**”: marcador de ADN contido na série normalizada europeia (ESS) e “**Resultado de análise ESS**”: resultado de uma análise de ADN obtido através da utilização dos marcadores de ADN acima referidos, que fazem parte da ESS.

diferenças são mostradas por Gonçalves (2016) em seu trabalho de tese, cujo foco é a situação de Portugal em relação ao uso de perfis genéticos, mas na qual a autora também apresenta uma perspectiva comparada entre os países dividindo-os entre expansionistas e restritivos em relação aos critérios de inserção e de remoção das amostras de DNA nesses bancos.

Um outro ponto que merece destaque nesse tema de banco de dados de DNA é o intercâmbio de provas genéticas entre alguns estados-membros da União Europeia signatários do Tratado de Prüm, assinado em 2005, convênio relativo ao aprofundamento transfronteiriço, em particular, em matéria de luta contra o terrorismo, a delinquência transfronteiriça e a migração ilegal.

A diretriz do referido Tratado demonstra o interesse da União Europeia por impulsionar instrumentos de cooperação na transmissão de resultados de perfis genéticos entre seus Estados membros e por regulamentar o rol que deveria jogar em um futuro a Europol. O processo de intercâmbio de dados deve efetuar-se pelos Estados com respeito aos direitos fundamentais de seus titulares e mediante procedimentos técnicos uniformes (JIMINIÁN, 2019, p. 49).

Selecionou-se quatro desses países com entendimentos diversos sobre o tema do uso de perfis genéticos: Portugal, Espanha, Inglaterra e Áustria. Nos dois primeiros o uso é de natureza penal e cível, enquanto nos dois últimos apenas penal. Já quanto ao critério de inserção e remoção de perfis, Portugal e Espanha são reducionistas, por guardarem perfis de condenados por crimes dolosos e graves, respectivamente e Inglaterra e Áustria expansionistas, por inserirem perfis em seus bancos de detidos por qualquer crime e suspeitos de crimes graves além de todos os condenados também, respectivamente (GONÇALVES, 2016, p.108-110).

Além dos pontos até aqui destacados, Gonçalves (2016) apresenta também uma comparação sobre os atores responsáveis pela tomada de decisões dentro dos bancos de dados de cada país em relação a cada uma das atividades, os juízes ou a polícia, como se demonstra no quadro abaixo (Quadro 1).

Quadro 1 -Tomada de decisões dos bancos de dados de perfis genéticos na Europa

	Polícia	Magistrados
Decisão sobre recolha de amostras	Austria, Dinamarca, Escócia, Eslováquia, Estónia, Finlândia, França, Holanda, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Reino Unido	Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suécia
Decisão sobre o uso de coerção na recolha de amostras	Austria, Dinamarca, Escócia, Estónia, Finlândia, Irlanda, Lituânia, Reino Unido	Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Letónia, Luxemburgo, Portugal
Responsabilidade pela decisão de inserção e remoção de perfis	Austria, Escócia, Eslováquia, Espanha, Irlanda, Lituânia, Reino Unido	Bélgica, Espanha, França, Holanda, Irlanda, Portugal
Acesso integral à base de dados	Alemanha, Austria, Escócia, Dinamarca, Hungria, Lituânia, Reino Unido	Austria, Dinamarca, Hungria, Lituânia
Acesso limitado à base de dados	Eslováquia, Espanha, Estónia, França, Finlândia, Holanda, Itália, Letónia, Lituânia, Portugal, Suécia	Bélgica, Eslováquia, Espanha, França, Holanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Portugal

Fonte: (GONÇALVES, 2016, p.114)

A Inglaterra foi pioneira no tema e em 1995 criou-se a Base de Dados Nacional de DNA do Reino Unido (NDNAD), anteriormente já havia uso de DNA para investigações, sobretudo, por não haver muitas restrições legislativas e regulações no tema até 1984. Como se nota na Inglaterra a polícia é responsável por todas as decisões. A inserção é também bastante ampla e já há desde 2003 o objetivo de se utilizar dados genéticos para detecção de crimes futuros (GONÇALVES, 2016, p.107).

Sobre o tema, no artigo “*Forensic DNA databases-Ethical and legal standards: A global review*”, é apresentada uma visão panorâmica do estado atual das bases de dados de DNA forense em todo o mundo, destacando as questões éticas e jurídicas que envolvem o seu desenvolvimento e utilização (H.M. WALLACE, 2014, p.7).

Nesse sentido, os autores acima recolheram dados sobre o estado do processamento de DNA forense e o desenvolvimento de bases de dados de DNA para fins policiais em mais de 100 países. Constataram, com isso, que, embora exista um consenso global crescente sobre a necessidade de disposições legislativas para a destruição de amostras biológicas e a eliminação de perfis de DNA de pessoas inocentes, ainda estão a surgir as melhores práticas em matéria de normas científicas e de utilização do DNA em tribunal, que são necessárias para evitar erros judiciais, fazendo, assim, com que o uso de tal método seja revisto. Outrossim, observa-se, também, que há ainda uma falta de normas globais e que, torna-se, necessário, assim, um maior empenho e debate social sobre estas questões.

O trabalho em destaque ressalta a experiência do Reino Unido com as bases de dados de DNA, onde a respectiva expansão para incluir um grande número de pessoas inocentes não ajudou a resolver mais crimes do que antes da alteração da lei. Sob esse ponto de vista, os autores criticam a proposta de criação de uma base de dados de DNA universal, que, segundo eles, seria uma má utilização dos recursos e poderia conduzir a uma utilização incorreta por parte da polícia e do Estado (H.M. WALLACE, p.4-5). Reiteram ainda que a provável perda de confiança do público e a necessidade de criminalizar todos os membros da população e visitantes que se recusassem a fornecer voluntariamente o seu DNA eram consequências potenciais de uma tal base de dados.

Sob esse ponto de vista, em resposta ao acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no processo Marper, foi introduzida na Inglaterra e no País de Gales, a Lei de Proteção das Liberdades de 2012, que resultou, por consequência, na remoção de mais de 1,7 milhões de perfis de DNA retirados de pessoas inocentes e na destruição de 7.753.000 amostras de DNA. A lei coloca, assim, Inglaterra e o País de Gales em alinhamento com a lei escocesa e com a legislação semelhante adotada na Irlanda do Norte.

Em conclusão, o artigo abordou, também, questões importantes para as bases de dados de DNA em todo o mundo, incluindo, quando deve ser recolhido, de quem deve ser armazenado, como deve ser restringido o acesso e a utilização e que, para além disso, são necessárias para proteger os direitos humanos e evitar erros judiciais. Os autores, por fim, apontam a necessidade de um maior debate público e político sobre estas questões, para garantir que as bases de dados de DNA sejam desenvolvidas e utilizadas de forma responsável e ética (H.M. WALLACE, 2014, p.7).

Fazendo um breve paralelo entre o Reino Unido e a África do Sul, na obra “*Criminal Law (Forensic Procedures)*”, é possível visualizar que, no país africano, o fornecimento de amostras de DNA se dará durante a investigação criminal, seja a título de comprovação de culpa ou inocência, ou ainda, para identificar de pessoas desaparecida e restos humanos, bem como a proteção dos direitos fundamentais das pessoas (GONÇALVES, 2016, p.98).

Nesse contexto, para fins investigativos em relação ao banco de dados de DNA, teve-se a alteração da Lei de Processo Penal 51, de 1977, de modo a prever a tomada de amostras corporais específicas de certas categorias de pessoas para fins de análise forense de DNA, onde agora tem-se que não será apenas “pessoa autorizada” para a prática do procedimento, mas sim,

“o policial que comanda a Divisão responsável pelos serviços forense da África do Sul” (GONÇALVES, 2016, p.98).

A Áustria foi um dos primeiros países a adotar a base de dados, em 1997. De acordo com os dados apresentados no Quadro 3 é a polícia quem recolhe, decide sobre o uso e tem responsabilidade pelas decisões, os juízes, porém, também têm acesso integral à base de dados (GONÇALVES, 2016, p.98).

Já na Espanha e em Portugal o acesso à base de dados é limitado por ambos os atores. Contudo, há diferenças já que na Espanha quem decide sobre o uso dos dados são os magistrados, enquanto a responsabilidade pela inserção e remoção é compartilhada e em Portugal são os juízes os responsáveis tanto pela coleta, quanto pelo uso, pela inserção e remoção dos respectivos dados. Dos 4 (quatro) países aqui destacados, Portugal foi o último a utilizar o banco de perfis genéticos. A criação da base de dados de perfis de DNA se deu diante da Lei nº 5, de 12 de fevereiro de 2008 (CNECV, 2012).

Na Espanha uma base de dados para identificação cadavérica foi criada em 1999 com o programa Fênix. O uso para investigação criminal foi introduzido no país pela Lei nº 10, de 8 de outubro de 2007 (GONÇALVES, 2016, p. 99). Ademais, “*los perfiles genéticos introducidos en la Base de Datos española son enviados a un sistema de cotejo de perfiles internacional, formado por los Estados firmantes del Tratado de Prüm. Este intercambio entre países permite eliminar las fronteras en la persecución de los delitos*” (HOMBREIRO, 2014, p.7).

No contexto do enquadramento legal Europeu das Bases de Dados Genéticos, acompanhado da descrição resumida de como se procede em cada um dos países europeus em seguida citados, assim como o cenário do Reino Unido, Suíça, Conselho da Europa e EUA, o que é apresentado de modo claro e didático por Cíntia Águas, vejamos:

Alemanha

- <http://www.gesetze-im-internet.de>
- http://byds.juris.de/byds/026_3.6_DNA-IfG_Anlage.html
- <http://dejure.org/gesetze/BKAG>
- <http://dejure.org/gesetze/StPO>

Legislação / Documentos

- Bundesdatenschutzgesetz-BDSG*) 2001 Lei federal de Proteção de dados de 20 de Dezembro de 1990 (BGBl.I 1990 S.2954), alterada em 14 de Setembro de 1994 (BGBl. I S. 2325), 16 de Dezembro de 1997 (BGBl. I S. 2325) 17 de Dezembro de 1997 (BGBl. I S. 2325) e 23 de Maio de 2001

•Exame de amostras de DNA: §§ 81a, 81e, 81f and 81g *Strafprozessordnung*; § 3 *DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*

•Base de dados: § 3 *Identitätsfeststellungsgesetz* e §§ 2, 7 and 8 *Bundeskriminalamtgesetz*

Descrição

É requerido consentimento para recolha de informação pessoal.

Dispõe de base de dados para fins de investigação criminal.

Inserção de perfis: suspeitos de ofensa grave; condenados por ofensa grave e, de acordo com ordem do tribunal, perfis de condenados por crimes específicos com base numa avaliação da probabilidade de reincidência. Amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: suspeitos e condenados: remoção quando já não necessários; amostras de locais de crime: em regra, removidos 30 anos após inserção.

Amostras biológicas: removidas quando já não necessárias à investigação.(ÁGUAS, 2012, p. 128)

Áustria

•<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005792>

Legislação / Documentos

•*Sicherheitspolizeigesetz BGBl nr. 566/1991 e BGBl nr. 151/2004*

Descrição

Uso forense, investigação criminal e segurança pública: A investigação é permitida em casos determinados (restritiva) e ordenados por magistrado.

Inserção de perfis: suspeitos de ofensa grave; condenados. Amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: condenados: retenção indefinida. Suspeitos: remoção quando da inocentação, por requerimento do titular; amostras de locais de crime: retenção até resolução do caso.

Amostras biológicas: Condenados: destruídas aos 80 anos de idade do indivíduo; suspeitos: removidas por requerimento do titular.

Bélgica

•<http://www.droitbelge.be/recherche.asp>

Legislação / Documentos

•*Loi Relative à la Procédure d'Identification par Analyse ADN en Matière Pénale* - Lei de 22 de Março de 1999 (análise de ADN para fins de investigação forense)

Descrição

Prevê a criação de duas bases de dados para fins de *investigação forense*:

A base de dados *Criminalistiek* ("criminalística") contém perfis de DNA derivados de material biológico encontrados em locais de crimes. A recolha deve assegurar suficiente material biológico para contra-análises.

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 na lei). Amostras colhidas em local de crime: necessária ordem judicial.

Remoção de perfis: condenados dez anos após a morte. Amostras de locais de crime: retenção até resolução do caso. Quando não identificadas: remoção ao fim de 30 anos.

Amostras biológicas: de condenados: destruídas aos 80 anos de idade do indivíduo; de suspeitos: removidas se recusado o pedido ou realização de contra-análise. (ÁGUAS, 2012, p. 129)

Dinamarca

- http://www.datatilsynet.dk/include/show.article.asp?art_id=443&sub_url=/eng/indh old.asp&nodate=1
- <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=836>
- Parecer Conselho de Ética: <http://www.etiskraad.dk/sw314.asp>

Legislação / Documentos

• *Lov om oprettelse af et centralt dna-profilregister* - Lei nº 434 de 31 de maio de 2000, com as alterações introduzidas pelo § 1 Lei nº 369, 24 de maio 2005, Lei nº 1559 de 20 dezembro 2006, § 3 Lei nº 347 de 14 maio 2008, e § 1 Lei nº 479 de 17 junho 2008.

Descrição

Inserção de perfis: suspeitos de ofensa cuja pena efetiva seja igual ou superior a 18 meses; condenados. Amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: condenados e suspeitos: remoção dois anos após a morte ou aos 80 anos de idade dos titulares. Amostras de locais de crime: retenção pelo tempo legal prescrito para o caso concreto.

Amostras biológicas: no silêncio da lei, as amostras biológicas seguem os mesmos prazos dos perfis.

Espanha

- <http://www.congreso.es>
- http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_010_2007.pdf

Legislação / Documentos

- *Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal*
- *Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.*

Descrição

Ley Orgánica 15/2003 aos artigos 326 e 363 da Ley de Enjuiciamiento – obtenção, armazenamento e conservação de ADN, 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.(ÁGUAS, 2012, p. 130)

Estónia

•http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?tyyp=SITE_ALL&ptyyp=I&m=000&query=genetic

Legislação / Documentos

•Reg. nº 259 de 14 de dezembro 2006 – estabelecimento de um Registo Nacional de DNA; Estatutos de manutenção do Registo e Decreto do Comissário Nacional de Polícia nº 51 de 10 de fevereiro de 2004; Código do Procedimento Criminal.

Descrição

Laboratório associado ao Departamento de investigação criminal.

Inserção de perfis: suspeitos, condenados e amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: condenados e suspeitos: remoção dez anos após a morte. Amostras de locais de crime: 75 anos após inserção.

Amostras biológicas: no silêncio da lei, as amostras biológicas não são destruídas.

Finlândia

- <http://www.tietosuoja.fi/uploads/hopxtvf.HTM>
- www.finlex.fi
- <http://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/1987/19870450>
- <http://www.poliisi>

Legislação / Documentos

- Lei sobre informação pessoal – nº 523/1999
- Leis sobre investigação criminal – nº 761/2003, 646/2003 e 449/1987
- Pakkokeinolaki* – Lei sobre meios de coação nº 450/1987 com as alterações introduzidas pelas Leis nº 646 de 27 maio 2003 e nº 1098 de 8 dezembro 2006, cap. 6, artigo 5º

Descrição

As autoridades policiais podem armazenar dados com vista à investigação de crimes e identificação de cadáveres e indivíduos desaparecidos.

Podem ser retiradas amostras de DNA durante uma revista sem o consentimento do indivíduo se o crime em investigação é passível de pena superior a seis meses.

Podem também ser colhidas amostras de condenados em penas superiores a três anos.

Inserção de perfis: suspeitos, condenados e, no silêncio da lei, amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: condenados: dez anos após a morte; suspeitos: remoção um ano após despacho de arquivamento ou inocentação, ou dez anos após morte do suspeito. (ÁGUAS, 2012, p. 131)

França

- FNAEG

- <http://www.legifrance.gouv.fr>

- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&page=1&idSarde=SARDOBJT000007117134&ordre=null&nature=null&g=ls>

- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000006577698&dateTexte=&categorieLien=cid>

- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000006517575&dateTexte=&categorieLien=cid>

- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000006514955&dateTexte=&categorieLien=cid>

- marcadores DNA: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000006514628&dateTexte=&categorieLien=cid>

Legislação / Documentos

- 1998 – Repressão de ofensas sexuais

- Lei FNAEG – Alteração *Code de la Procédure Pénale* – arts. 706-54 a 706-56

- Lei 2001-1062 – 15 Nov. 2001

- Lei 2003-239 - 18 Março 2003

- Code de la Santé Publique*

- Anexo ao Decreto n. 2003-462 de 21 de Maio de 2003 sobre a regulamentação das partes I, II e III do Código

- Loi sur la bioéthique* – Lei 2004-800 sobre Bioética, de Julho de 1994, revista em 6 de Agosto de 2004 pela Lei 2004-800, e decretos regulamentares

- Legislação sobre segurança interna, de 18 de Março de 2003

- Decretos – 2000-413 de 18.05.2000 e 2004-470 e 2004-71 de 25.05.2004 2009-785 de 23.06.2009

- Deliberação 2008-113 14.05. 2008

- Circular do Min Justiça, 27 Julho 2004

Descrição

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 des empreintes génétiques*, FNAEG).

As infrações que podem determinar a recolha incluem atos terroristas e as ofensas aos "interesses fundamentais da nação".(ÁGUAS, 2012, p. 132)

Grécia

Legislação / Documentos

- Lei de protecção de dados pessoais – Act 2472/1997, arts. 7º e 10º
- [Kpoi.D.] Código do Procedimento Criminal

Descrição

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.

Sem biobanco forense organizado. O CPP prevê que a análise de DNA pode ser ordenada perante indícios sérios de crime violento, crimes contra a liberdade sexual ou atos de participação em criminalidade organizada. O suspeito pode igualmente solicitar a análise para efeitos de ilibação.

Holanda

- http://dnadatabank.forensischinstituut.nl/wet_en_regelgeving/huidige_wet_en_regelgeving/

Legislação / Documentos

- Código do Processo Penal e regulamentação conexa

Descrição

Existe uma base de dados forense – os perfis apenas são adicionados se as provas de ADN foram determinantes para a condenação.

Inserção de perfis: suspeitos e condenados em processo-crime. Amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: condenados 100 anos a contar da data de nascimento dos titulares. Suspeitos: quando da inocentação. Amostras de locais de crime: quando já não sejam úteis à investigação.

Amostras biológicas: Condenados: retenção indefinida. Suspeitos: destruição quando da inocentação.(ÁGUAS, 2012, p. 133)

Irlanda

- <http://www.privireal.org/content/dp/ireland.php>
- <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?DocID=13886>
- <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?fn=/documents/bills28/bills/2010/0210/B0210D.pdf>

Legislação / Documentos

- Data Protection Act*, de 13 de Julho de 1998 – Proteção de dados pessoais

•*Criminal Justice (Forensic Evidence and DNA Database System) Bill, 2010 - An Bille um Cheartas Coiriúil (Fianaise Dlí-Eolaíochta agus Córas Bunachair Sonraí DNA) 2010*

Descrição

É tutelada a confidencialidade e consentimento dos dados identificáveis, garantido o acesso para consulta, retificação e remoção dos dados.

Base de dados nacional para finalidades de investigação criminal em implementação.

Islândia

•<http://www.stjornartidindi.is/DocumentActions.aspx?ActionType=Open&documentID=ee994850-b97c-496f-bde6-eea2eb2b946e>

•<http://stjornartidindi.is/DocumentActions.aspx?ActionType=Open&documentID=248ed1b2-45a8-48e1-8a35-1f004daf4d32>

Legislação / Documentos

•Lög um erf_aefnisskrá lögreglu [Lei sobre o Ficheiro de DNA da Polícia], Lei nº 88 de 31 maio 2001

•Regluger_ um erf_aefnisskrá lögreglu [Regulamentação do Ficheiro de DNA da Polícia], nº 748/2008

Descrição

Primeiro país a implementar legislação específica sobre biobancos.

Bases de dados distintas para identificação e investigação criminal.

Inserção de perfis: suspeitos, condenados e amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: Condenados: remoção dois anos após a morte dos titulares.

Suspeitos: remoção aquando da inocentação ou extinção do procedimento criminal.

Amostras biológicas: de indivíduos identificados: removidas logo que obtido o perfil; amostras não identificadas: mantidas enquanto necessárias à investigação.(ÁGUAS, 2012, p. 134)

Itália

•<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090851.htm#18.1>

•Gazzetta Ufficiale nº 160 del 13 luglio 2009 - Supplemento ordinario n.108

Legislação / Documentos

•*Legge 30 giugno 2009, n° 85 - "Adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prum). Istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio*

centrale per la banca dati nazionale del DNA. Delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria.

Modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale"

Descrição

Inserção de perfis: Condenados nos termos do artigo 9º. Detidos em flagrante delito e suspeitos: por despacho judicial. Amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: Suspeitos: remoção quando da inocentação ou extinção do procedimento criminal. Em qualquer caso: remoção quarenta anos após inserção.

Amostras biológicas: Suspeitos: destruição aquando da inocentação ou extinção do procedimento criminal. Em qualquer caso: destruição vinte anos após recolha.

Letónia

•<http://www.likumi.lv/doc.php?id=90819>

Legislação / Documentos

•*DNS nacionālās datu bāzes izveidošanas un izmantošanas likums* – Lei sobre o estabelecimento e manutenção da Base Nacional de Dados de DNA (adotada em 7 de julho de 2004, em vigor desde 1 de janeiro de 2005), com as alterações introduzidas em 9 de março de 2006.

Descrição

Inserção de perfis: Suspeitos ou condenados em processo-crime. Amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: Condenados: retenção dos perfis. Suspeitos: retenção dos perfis, possibilidade de remoção por requerimento do titular.

Amostras biológicas: destruição setenta e cinco anos após recolha.(ÁGUAS, 2012, p. 135)

Lituânia

•<http://www.ada.lt/images/cms/File/pers.data.prot.law.doc>Legislação/Documentos

•Código de Processo Penal da República da Lituânia Lei n.º IX-785 de 14 de março de 2002, Art. 156 – base legal para a realização de perfis de DNA em indivíduos.

•*Lithuanian Police Activity Law* – fundamenta a inserção de dados e a manutenção das bases de dados forenses

Descrição

Inserção de perfis: Todos os suspeitos, condenados e amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: Condenados e suspeitos: perfis retidos por 100 anos após inserção ou até 10 anos após a morte dos titulares. Amostras colhidas em locais de crime: retidas indefinidamente.

Amostras biológicas: destruídas após obtenção do perfil.

Luxemburgo

- <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2006/0163/a163.pdf>

Legislação / Documentos

- Loi du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle*

Descrição

Inserção de perfis: Suspeitos e condenados por delito previsto na lei, por despacho judicial. Amostras colhidas em locais de crime: por despacho judicial ou por polícia por ordem do magistrado.

Remoção de perfis: Condenados: perfis eliminados dez anos após a morte dos titulares. Suspeitos: perfis removidos após inocentação ou dez anos após a morte do titular. Amostras colhidas em locais de crime: eliminadas trinta anos após inserção.

Amostras biológicas: Condenados: destruídas dez anos após a morte do titular. Suspeitos: destruídas aquando da inocentação, dez anos após a morte do titular ou por prescrição do processo.(ÁGUAS, 2012, p. 136)

Noruega

- <http://www.regjeringen.no/en.html?id=4>
- <http://www.lovdato.no/all/nl-19810522-025.html>
- <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19810522-025-eng.pdf>
- <http://www.lovdato.no/for/sf/jd/xd-19850628-1679.html>

Legislação / Documentos

- Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m. m*
- Straffeprosessloven* – Lei do Procedimento Criminal, 12:158, 12:160,12:160^a
- Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)* ([*Norsk Lovtidend*] 1985:1679) – Regime jurídico da autoridade de acusação – Ministério Público (capítulo 11: repositório central de perfis de ADN)
- Aditamentos: Regulamentos nº 961, de 5 de setembro 1997, nº 1261, de 24 outubro 2003, e nº 53 de 30 de junho de 2006.

Descrição

A base de dados para fins de investigação criminal integra, 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.

Inserção de perfis: Condenados em pena de prisão efetiva por sentença transitada em julgado. Amostras colhidas em locais de crime. Registo de técnicos e funcionários para efeitos de contra-análise, mediante consentimento escrito.

Remoção de perfis: Condenados: perfis eliminados cinco anos após a morte dos titulares. Registo de técnicos e funcionários eliminados quando cumprida a investigação ou revogado o consentimento.

Amostras biológicas: removidas quando atingido o propósito da investigação ou quando o perfil é obtido. As amostras ligadas a crimes por resolver são mantidas.(ÁGUAS, 2012, p. 137)

Portugal

- <http://dre.pt/pdf1sdip/2008/02/03000/0096200968.pdf>
- <http://www.dre.pt/pdf2sdip/2008/12/234000000/4888148886.pdf>
- <http://dre.pt/pdf1sdip/2008/08/16500/0603806042.pdf>
- <http://dre.pt/pdf1sdip/2009/03/05300/0170401704.pdf>
- <http://dre.pt/pdf1sdip/2009/03/05100/0167801678.pdf>

Legislação / Documentos

- Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro - Aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal
- Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto (Assembleia da República) – Aprova a Lei de Organização da Investigação Criminal
- Deliberação n.º 3191/2008, de 3 de Dezembro (Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P.) - Regulamento de funcionamento da base de dados de perfis de DNA
- Portaria n.º 270/2009, de 17 de Março (Ministérios da Justiça e da Saúde) - Fixa os marcadores a integrar no ficheiro de perfis constante da base de dados de perfis de DNA para fins de identificação civil e criminal
- Resolução n.º 14/2009 (Assembleia da República) - Eleição dos membros do conselho de fiscalização da base de dados de perfis de DNA

Descrição

Base de dados: informação com vista a identificação civil e a investigação criminal. O arguido pode requerer no âmbito do processo a recolha da sua amostra.

Seis ficheiros com perfis relativos a;

- Amostras não identificadas recolhidas em locais de crime;
- Amostras recolhidas em cadáver ou partes de cadáver;
- Amostras de indivíduos condenados em pena de prisão efetiva não inferior a três anos com sentença transitada em julgado;
- Amostras de pessoas desaparecidas;
- Amostras de voluntários;
- Amostras de técnicos / profissionais.

Remoção de perfis: Voluntários: mantidas enquanto não for revogado o consentimento do titular; Perfis de cadáver ou pessoas desaparecidas: removidos logo que feita a identificação. Condenados: Eliminados na data do cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal. Profissionais: eliminados 20 anos após a cessação de funções.

Amostras biológicas: Voluntários e profissionais: destruída logo que obtido o perfil. Restantes amostras: acompanham os prazos dos perfis.(ÁGUAS, 2012, p. 138)

Reino Unido

- "UK NDNAD"

- <http://www.ukbiobank.ac.uk/about/what.php>

- PACE e emendas –

<http://www.legislation.gov.uk/all?title=Police%20and%20Criminal%20Evidence%20Act>

- CJPOA e emendas - <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33>

- <http://services.parliament.uk/bills/2010-11/protectionoffreedoms.html>

- http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2010-2012/0121/lbill_2010-20120121_en_2.htm#pt1-ch1-pb1-11g1

- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/28/contents>

Legislação / Documentos

- *UK Biobank* – 2000 (Inglaterra e país de Gales)

- *Data Protection Act* – 1998 – protecção da confidencialidade dos dados

- *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)* com as alterações introduzidas pela *Criminal Justice Act de 1994*.

- *Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA) de 1994*

- *Counter-Terrorism Act*

- *Protection of Freedoms Bill 2010-11*

Descrição

A Criminal Justice and Public Order Act de 1994 estabeleceu as condições pelas quais a polícia pode obter, reter e usar amostras de DNA.

NDNAD – Base de dados para fins de investigação criminal estabelecida em Abril de 1995 pelo Forensic Science Service (FSS). Detém aproximadamente 3.5 milhões de perfis.

Registo informático da informação genética e armazenamento de amostras recolhidas de locais de crime e de sujeitos detidos, absolvidos ou condenados por ilícito criminal, mesmo de menores. Podem ser recolhidas amostras de sujeitos envolvidos em praticamente todos os tipos de crime não triviais.

Permitiu que amostras não íntimas fossem recolhidas de reclusos condenados antes de 1995 por crimes sexuais, violência ou roubo.

Permite a recolha de amostras a sujeitos detidos e levados à esquadra de polícia por qualquer crime passível de figurar em registo criminal, retendo as amostras biológicas indefinidamente.

Escócia – amostras de condenados retidas por tempo indefinido; amostras de suspeitos retidas apenas até arquivamento ou absolvição. (ÁGUAS, 2012, p. 139)

República Checa

- <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/1961-141>
- <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/2008-273>
- <http://www.pecina.cz/files/pokyn11.pdf>

Legislação / Documentos

- Trestní _ád _*. 141/1961 Sb., § 114 - Código do Processo Penal
- Zákona o Policii _*. 283/1991 Sb., § 42e - Lei sobre as Polícias
- Závazném pokynu policejního prezidenta _*. 88/2002 - Diretiva n.º 88/2002 do Departamento de Polícia

Descrição

Inserção de perfis: Todos os condenados; Amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: Condenados: oito anos após inserção. Amostras colhidas em locais de crime: mantidas até identificação.

Amostras biológicas: seguem o destino dos perfis.

Suécia

- <http://legislationline.org/topics/country/1/topic/12>
- <http://www.regeringen.se/content/1/c4/15/40/472970fc.pdf>

Legislação / Documentos

- Código do Processo Penal – Cap.28, artigos 12.º-13.º
- Lei dos dados Policiais (1998:622), Arts 21.º a 28.º.

Descrição

Base de dados para fins de investigação criminal e identificação de suspeitos.

Inserção de perfis: Suspeitos de crime punível com pena de prisão igual ou superior a quatro anos, mediante despacho judicial; condenados a pena de prisão igual ou superior a quatro anos; amostras colhidas em locais de crime.

Remoção de perfis: Condenados à pena de prisão até seis anos: perfis eliminados 20 anos após inserção. Condenados à pena de prisão superior a seis anos: perfis eliminados 30 anos após inserção. Suspeitos: perfis removidos após inocentação. Amostras colhidas em locais de crime: eliminadas 12, 20 ou 80 anos após inserção, dependendo da gravidade do crime.

Amostras biológicas: Condenados: acompanham os prazos dos perfis, ou no máximo 20 anos após a morte do titular. Suspeitos: destruídas com os perfis.(ÁGUAS, 2012, p. 140)

Suíça

- <http://www.admin.ch/ch/d/sr/c363.html>
- <http://www.admin.ch/ch/f/rs/3/363.fr.pdf>

- http://www.admin.ch/ch/d/sr/c363_1.html
- http://www.admin.ch/ch/d/sr/c363_11.html

Legislação / Documentos

- Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekannten oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz)*, SR 363 – Regime Jurídico dos Perfis de DNA.
- Verordnung vom 3. Dezember 2004 über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekannten oder vermissten Personen (DNA-Profil-Verordnung)*, SR 363.1 – Regulamentação conexa
- Verordnung des EJPD vom 29. Juni 2005 über die Leistungs – und Qualitätsanforderungen für forensische DNA-Analyselabors (DNA Analyselabor-Verordnung EJPD)*, SR 363.11 – Regulamentação dos laboratórios de análise

Descrição

Base de dados para fins de investigação criminal e identificação de suspeitos, tanto a nível nacional como internacional.

Inserção de perfis: Suspeitos, condenados nos termos do artigo 5.º do Regime Jurídico dos Perfis de DNA, pessoas desaparecidas, pessoas falecidas, amostras colhidas em locais de crime.

Amostras biológicas: destruídas nos termos do artigo 9.º do Regime Jurídico dos Perfis de DNA.

Conselho da Europa

Legislação / Documentos

- Recomendação R(92) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 10/02/1992
- Resolução 97/C 193/02 do Conselho, de 9 de Junho de 1997
- Resolução 2001/C 187/01 do Conselho, de 25 de Junho de 2001 (ÁGUAS, 2012, p. 141)

E.U.A. - "CODIS"

- <http://www.fbi.gov/about-us/lab/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>
- arquivos FBI - <http://www.fbi.gov/about-us/lab/codis>
- http://www.fbi.gov/about-us/lab/codis/codis_expungement – em casos limitados, um perfil pode ser expurgado ou eliminado do NDIS

Legislação / Documentos

NOTA – Os 50 Estados fazem a recolha e cruzamento de dados de DNA; legislação federal e legislação própria de cada Estado.

Atualmente, a recolha e processamento de amostras decorre a nível federal, estatal e local. Cada Estado tem os seus critérios de recolha, manutenção e eliminação de perfis.

- Vide *Expungement Act of DNA Records in Accordance with 42 U.S.C.* 14132 (d) (1) (A)
- The DNA Identification Act, 1994
- Justice for All Act, 2004
- DNA Fingerprint Act 2005
- DNA Analysis Backlog Elimination Act 2000 (aditado pelo Patriot Act)
- US Patriot Act 2001

Descrição

The DNA Identification Act, 1994, Recolha de condenados, locais de crime, cadáveres, amostras recolhidas de voluntários – familiares de pessoas desaparecidas

Justice for All Act, 2004 – National DNA Index System (NDIS) – manutenção de amostras de suspeitos, mesmo perante arquivamento dos autos. Já não limitado a crimes contra a determinação sexual ou outros crimes violentos, mas alargados a qualquer ofensa criminal.

Os perfis poderão não ser carregados no NDIS se a pessoa detida não for acusada.

Violence against women Act de 2005, que permite no caso de ofensas sexuais o upload do perfil na base de dados ocorre aquando da detenção e antes da acusação, invertendo o ónus sobre a retirada do perfil – tem de ser o detido a demonstrar que todas as acusações, ou não foram feitas, ou foram retiradas.(ÁGUAS, 2012, p. 142)

Nos parece relevante destacar as preocupações de Laura Neiva em qualquer dos contextos de utilização dos bancos ou bases de dados de perfis genéticos, seja em Portugal, na Europa ou no Brasil (NEIVA, 2020).

Na realidade o fenómeno da Big Data, no contexto da investigação criminal, é conceituado como conjuntos de dados que são recolhidos, analisados, convertidos em algoritmos⁷⁹, categorizados numericamente e identificados por via de um índice para, posteriormente, extrair informação que informe e oriente as políticas criminais (NEIVA, 2020, p. 23).

A autora se preocupa em destacar a relevância dos bancos de dados de perfis genéticos no contexto das investigações criminais e a relação com tecnologias emergentes como o *Big Data*.

No particular, discute-se a necessidade de os bancos de dados de DNA se adaptarem às novas tecnologias associadas ao *Big Data*, próxima geração de sequenciamento, assegurando um maior desenvolvimento dos bancos de dados, do nível de processamento e dos servidores,

⁷⁹ Construção matemática com uma estrutura finita, abstrata e eficaz, que cumpre uma determinada finalidade, finalidade, sob certas disposições (MITTELSTADT, ALLO, TADDEO, WACHTER & FLORIDI, 2016). N.R. Op. cit.

para serem capazes de processar essa grande quantidade de dados diferentes [*Big Data*] (NEIVA, 2020, p. 94-95).

Ademais, a autora menciona os riscos associados à manipulação de grandes quantidades de dados, como aqueles contidos nos bancos de dados de DNA, e a importância de se regular o acesso a essas informações, com destacada preocupação com a troca de perfis de DNA (NEIVA, 2020, p. 101-107).

Não menos importante de se assinalar e deixar consignado para a compreensão do tema, é a abordagem de Filipa Queirós quanto às fronteiras científicas, éticas e legais no contexto da Europa, em relação ao uso do DNA, que estariam tipicamente desatualizadas, sendo que, muitos Estados-membros da União Europeia não acompanharam os avanços tecnológicos desde a criação das primeiras regulações legais na década de 90. Isso levaria a inconsistências e desafios na aplicação de tecnologias como a inferência fenotípica, o que impediria seu uso em alguns contextos forenses (QUEIRÓS, 2021, p. 70-72).

Segundo a autora, tratando da fluidez e esvaziamento das fronteiras, o conceito de "depleção das fronteiras" é central na sua abordagem, referindo-se à fluidez e constante mutação dos sentidos atribuídos às fronteiras científicas e legais em face das inovações tecnológicas. A autora discute como a tecnologia de inferência fenotípica provoca um esvaziamento das fronteiras tradicionais, expondo as múltiplas interpretações e práticas que emergem em diferentes contextos nacionais, como Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Polónia e Alemanha (QUEIRÓS, 2021, p. 72-73).

Outro ponto de relevante destaque, diz respeito à distinção entre zonas codificantes e não codificantes do DNA, regulada por legislações em vários países da União Europeia. Essa distinção, que originalmente serviu para proteger a privacidade dos dados genéticos, é agora problematizada devido às ambiguidades geradas pelas novas tecnologias, que mostram que mesmo as zonas não codificantes podem fornecer informações fenotípicas sensíveis (QUEIRÓS, 2021, p. 77-79).

Daí porque, a autora preconiza que o impacto das inovações tecnológicas nas fronteiras legais, como a inferência fenotípica, tem o potencial de transformar profundamente as fronteiras legais e éticas, levando a uma necessidade urgente de revisão e atualização das regulamentações vigentes. O debate se estende também às percepções públicas sobre a privacidade dos dados genéticos e o papel das fronteiras na proteção desses direitos (QUEIRÓS, 2021, p. 89).

A crítica de Helena Machado e Rafaela Granja merece destaque quanto à utilização das tecnologias de DNA na investigação criminal e nos tribunais, quando abordam o papel central do DNA na produção de provas, desde a coleta na cena do crime até sua apresentação nos tribunais e exploram o impacto das tecnologias de DNA na transformação das culturas e práticas profissionais no sistema de justiça criminal, abordando o denominam de "efeito CSI", que gera expectativas irrealistas sobre a infalibilidade da ciência forense e os riscos associados a essa percepção inflada (MACHADO; GRANJA, 2020, p. 55-62).

As autoras tratam dos Bancos de Dados de DNA e Big Data abordando a coleta e uso de dados genéticos em larga escala, especialmente no contexto da sociedade da informação. Discutem as questões éticas relacionadas ao uso de bancos de dados de DNA, incluindo a privacidade e os direitos civis. Além disso, analisam como o fenômeno do Big Data está sendo integrado às investigações criminais, ampliando o alcance e a capacidade das forças de segurança de prever e prevenir crimes (MACHADO; GRANJA, 2020, p. 67-77).

Quando tratam da questão da Genética Forense e a Governança da Criminalidade Transnacional examinam o sistema Prüm, uma rede pan-europeia para a troca de dados genéticos entre os países da União Europeia, analisando como o sistema foi projetado para combater o terrorismo e a criminalidade transfronteiriça, destacando as implicações geopolíticas e éticas desse compartilhamento de dados. A interoperabilidade dos bancos de dados forenses é vista como uma ferramenta para reforçar o controle social e a vigilância de populações específicas (MACHADO; GRANJA, 2020, p. 81-90).

Por fim, tratam de tema que preocupa a todos aqueles que trabalham com os bancos de dados de perfis genéticos, em perspectiva de proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, que é exatamente, em que medida as tecnologias emergentes de DNA, como a fenotipagem forense, que permite a inferência de características físicas a partir de amostras genéticas, podem levar à estigmatização de grupos específicos, deslocando o foco da identificação individual para a coletivização da suspeição, incluindo o risco de reforçar preconceitos raciais e sociais (MACHADO; GRANJA, 2020, p. 95-109).

Nina Amelung, Rafaela Granja e Helena Machado introduzem e exploram o conceito de "*biobordering*" dentro do contexto da União Europeia, especialmente relacionado ao controle do crime e à troca transnacional de dados biométricos. Elas definem "*biobordering*" como um conceito útil para entender como as fundações territoriais da autonomia do Estado-nação são simultaneamente reivindicadas (*rebordering*) e suspensas (*debordering*) no contexto

do controle do crime. A discussão destaca a maneira como esse conceito captura a interligação entre infraestruturas de banco de dados de TI em larga escala e práticas de fronteira, especialmente na troca de dados biométricos como parte do controle do crime na União Europeia (AMELUNG; GRANJA; MACHADO, 2021, p. 36-38).

Segundo as autoras, as dinâmicas de *debordering* e *rebordering*, que tornam as *bioborders* mais ou menos permeáveis para a troca expansiva de dados biométricos, no contexto da integração tecnológica através das fronteiras dos Estados-Membros da UE é moldada por ambições políticas e regulamentares, que se traduzem em práticas de *debordering* das *bioborders*. Essas práticas são vistas como tentativas de harmonizar os sistemas de controle de crime transnacional, ao mesmo tempo em que contestam e reforçam as fronteiras tradicionais dos Estados-nação (AMELUNG; GRANJA; MACHADO, 2021, p. 40-41).

As autoras analisam como as tecnologias biométricas moldam as fronteiras na sociedade, destacando o conceito de "*bordering in society*", onde novas tecnologias de controle e vigilância contribuem para a construção de fronteiras sociais, culturais e políticas entre grupos sociais. A "objetivação" através de técnicas biométricas transforma indivíduos em objetos calculáveis, rotulando certos grupos como "populações suspeitas" ou "grupos de risco", o que gera uma análise crítica sobre as implicações éticas e sociais da aplicação dessas tecnologias no controle do crime e o questionamento quanto ao impacto dessas práticas sobre a soberania nacional, privacidade e os direitos dos cidadãos, sugerindo que, embora as *bioborders* sejam desenhadas para facilitar a troca de dados biométricos, elas também introduzem novos desafios éticos e políticos que precisam ser abordados (AMELUNG; GRANJA; MACHADO, 2021, p. 38-42).

4.4.3 *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos*

Em 16 de outubro de 2003, durante a 32ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, foi aprovada por unanimidade e aclamação a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, um documento que visa aprimorar e atualizar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997. O objetivo central da Declaração é “garantir o respeito à dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no que tange à coleta, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade”.

A Declaração surge em um contexto de grande interesse público, impulsionado pela repercussão da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, que despertou a atenção global, sendo amplamente apoiada pela comunidade internacional e influenciando as legislações e regulamentações adotadas por diversos Estados Membros. Esses países se inspiraram nos princípios da Declaração Universal para desenvolver legislações, normas, regulamentos e códigos de conduta ética, incorporando os direitos humanos e as liberdades fundamentais, especialmente em relação à proteção da dignidade humana nas atividades de coleta, tratamento e uso de dados genéticos, médicos e pessoais.

A Declaração reconhece a especificidade dos dados genéticos humanos devido à sua natureza sensível, uma vez que podem indicar predisposições genéticas dos indivíduos. A abrangência dessas informações pode se estender além do que é visível no momento da coleta, com implicações que podem afetar a família e até mesmo toda uma geração. Em certos casos, tais dados podem ter relevância cultural para determinados indivíduos ou grupos. A importância da confidencialidade no tratamento desses dados é destacada, considerando, além disso, o crescente valor econômico e comercial dos dados genéticos humanos, especialmente nos países em desenvolvimento.

Outro ponto relevante é que o volume crescente de dados pessoais dificultaria a dissociação irreversível desses dados em relação à pessoa a que pertencem. A coleta, o tratamento e a utilização de dados genéticos podem representar riscos significativos para os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana. A Declaração também enfatiza que os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre os direitos e interesses da sociedade ou da pesquisa, reafirmando os princípios consagrados pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Entre os princípios destacados estão a igualdade, justiça, solidariedade, responsabilidade, a liberdade de pensamento e expressão, incluindo a liberdade de investigação, e a proteção da vida privada e da segurança pessoal, que devem ser as bases para a coleta, o tratamento, a utilização e a conservação dos dados genéticos humanos.

Dessa forma, é necessário compreender as definições que orientam o tratamento adequado desses dados, tendo em vista os direitos e a dignidade das pessoas envolvidas, para assegurar a conformidade com os princípios estabelecidos no âmbito internacional⁸⁰

A Declaração possui clara relevância como parâmetro orientador para os ordenamentos jurídicos dos diversos países sobre temas relativos ao genoma humano, com destaque ainda para o caráter sensível dos dados genéticos humanos, a lhes garantir um nível de proteção adequado a esses dados e às amostras biológicas; a compatibilidade do recolhimento, tratamento, utilização e conservação desses dados ou qualquer outro fim, com as diretivas da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos e com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

A Declaração preconiza, também, que é imperativo, do ponto de vista ético, que os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos sejam recolhidos, tratados, utilizados e conservados com base em procedimentos transparentes e eticamente aceitáveis.

⁸⁰(i) **Dados genéticos humanos:** informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas por meio da análise de ácidos nucleicos ou por outras metodologias científicas. (ii) **Dados proteômicos humanos:** informações relativas às proteínas de um indivíduo, englobando aspectos como expressão, modificação e interação das mesmas. (iii) **Consentimento:** acordo específico, expresso e informado dado de forma livre por um indivíduo, autorizando a coleta, o tratamento, a utilização e a conservação de seus dados genéticos. (iv) **Amostra biológica:** qualquer amostra de material biológico (como células de sangue, pele, ossos ou plasma sanguíneo) que contenha ácidos nucleicos e que represente a constituição genética característica de um indivíduo. (v) **Estudo de genética de populações:** estudo com o objetivo de determinar a natureza e a extensão das variações genéticas em uma população ou entre indivíduos de diferentes grupos. (vi) **Estudo de genética do comportamento:** estudo voltado para determinar possíveis relações entre características genéticas e comportamentos observáveis. (vii) **Método invasivo:** obtenção de amostra biológica por meio de um método que implique intrusão no corpo humano, como a coleta de sangue por agulha e seringa. (viii) **Método não invasivo:** obtenção de amostra biológica sem causar intrusão no corpo humano, como no caso da coleta de material por zaragatoa bucal. (ix) **Dados associados a uma pessoa identificável:** dados que contêm informações, como nome, data de nascimento e endereço, que permitem a identificação da pessoa a quem pertencem os dados. (x) **Dados dissociados de uma pessoa identificável:** dados que não são mais associados a uma pessoa identificável, tendo sido modificados ou dissociados por meio do uso de um código que elimina informações identificadoras. (xi) **Dados irreversivelmente dissociados de uma pessoa identificável:** dados que não podem mais ser vinculados a uma pessoa identificável, em razão da destruição de qualquer informação que possibilitasse a identificação do indivíduo que forneceu a amostra. (xii) **Teste genético:** método utilizado para detectar a presença, ausência ou modificação de genes ou cromossomos específicos, incluindo testes indiretos para produtos genéticos ou outros metabolitos indicativos de modificações genéticas. (xiii) **Rastreamento genético:** realização de testes genéticos em larga escala, propostos em programas, destinados a uma população ou a uma fração desta, com a finalidade de detectar características genéticas em indivíduos assintomáticos. (xiv) **Aconselhamento genético:** processo explicativo sobre as possíveis consequências dos resultados de testes ou rastreios genéticos, abordando suas vantagens, riscos e, quando pertinente, oferecendo apoio ao indivíduo quanto às consequências a longo prazo. Este aconselhamento ocorre antes e após a realização dos testes ou rastreios genéticos. (xv) **Cruzamento de dados:** processo de estabelecer relações entre informações sobre um indivíduo contidas em diferentes arquivos, criados para finalidades distintas.

Com esse desiderato, os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de promover a participação da sociedade no seu conjunto no processo de tomada de decisão sobre as políticas gerais de recolha, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos e dos dados proteómicos humanos e na avaliação da respectiva gestão, nomeadamente nos casos de estudos de genética das populações. Este processo de tomada de decisões, que pode tirar partido da experiência internacional, deverá garantir a livre expressão de diferentes pontos de vista.

Há uma previsão explícita que demonstra a preocupação fundamental com a não discriminação e a não estigmatização no uso dos dados genéticos, destacando a importância do consentimento prévio, livre, informado e expresso. Nesse contexto, ressalta-se que as restrições ao princípio do consentimento devem ser impostas apenas por razões imperativas do direito interno, sempre em conformidade com os preceitos do direito internacional dos direitos humanos.

O panorama português, europeu e internacional no que diz respeito ao uso de bancos de dados de perfis genéticos proporciona uma base técnica valiosa para a análise do cenário brasileiro. Embora esses contextos possam levantar novas e antigas questões, parece-nos evidente que o sistema criminal brasileiro difere substancialmente, especialmente pela presença de uma seletividade penal que se configura como um elemento distintivo, além das questões de proteção dos direitos fundamentais.

No próximo capítulo, a discussão será voltada para a constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfis genéticos de condenados em bancos de dados estatais, questão ainda não enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A análise abordará as implicações dessas práticas, principalmente no que tange à dignidade humana e à justiça penal no Brasil.

4.4.4 Estados Unidos e a atual genealogia genérica investigativa e a privacidade das informações genéticas armazenadas em bancos de dados massivos de empresas baseadas na Internet no contexto do sistema criminal norte-americano

O presente tópico se baseia no artigo de Matt Clarke intitulado *Forensic Genetic Genealogy: Law Enforcement's Rapid Adoption Outpacing Adoption of Laws and Ethical Guidelines Regulating Its Use*, em tradução livre, “Genealogia genética forense: a rápida adoção da aplicação da lei superando a adoção de leis e diretrizes éticas que regulam seu uso” (CLARKE, 2024).

Segundo o autor, milhões de pessoas enviaram amostras de *swab* oral (bucal) para empresas como 23andMe e *Ancestry* na esperança de usar seu DNA para rastrear seus ancestrais e localizar parentes em um processo conhecido como genealogia genética. Ao comparar seu DNA com o de outros clientes, as empresas podem determinar se, e em que grau, dois clientes estão relacionados. Ao comparar o DNA com o de figuras históricas conhecidas e seus descendentes, as empresas podem determinar se um cliente tem um ancestral famoso. Também é possível determinar de quais regiões geográficas vieram os ancestrais dos clientes e a suscetibilidade a algumas doenças (CLARKE, 2024).

Mais recentemente, a aplicação da lei tem usado as informações nos bancos de dados das mesmas empresas de genealogia genética para estabelecer a identidade de restos humanos não identificados ("UHR") e identificar suspeitos usando DNA coletado na cena do crime. Esse uso "*off-label*", ou fora das regras, da genealogia genética, conhecido como genealogia genética forense ("FGG")⁸¹ ou genealogia genérica investigativa⁸², tem sido usado para resolver casos arquivados de décadas. A FGG também levantou uma bandeira vermelha sobre a privacidade das informações armazenadas em bancos de dados massivos por empresas baseadas na Internet (CLARKE, 2024).

Clarke (2024) destaca que demorou 10 anos e US\$ 3,2 bilhões para se mapear o genoma humano, um esforço que foi concluído em 2003. Em cinco anos, chips de genotipagem baratos capazes de determinar centenas de milhares de polimorfismos de nucleotídeo único ("SNPs", pronuncia-se "*snips*")⁸³ apareceram no mercado. O número de SNPs que as empresas de genealogia genética identificam em seus testes de propriedade é limitado a um milhão devido a considerações de custo. A maioria identifica cerca de 650.000 SNPs, menos de 1% dos SNPs humanos validados. Eles se concentram nas regiões codificadoras de proteínas dos cromossomos, partes responsáveis pelos atributos que tornam um ser humano diferente de outro, como cor do cabelo, cor dos olhos, tom de pele e muitas outras diferenças que podem não ser facilmente visíveis.

Segundo Clarke, olhar para os SNPs é simplesmente uma maneira de focar nos lugares onde o DNA tende a ser diferente entre pessoas diferentes. Uma vez que qualquer um dos quatro nucleotídeos pode aparecer nesses pontos únicos ao longo da fita, ele pode assumir muitos

⁸¹ *forensic genetic genealogy*.

⁸² *investigative generic genealogy*.

⁸³ *Single Nucleotide Polymorphism*.

morfismos polimórficos de diferentes aparências. Isso faz com que esses locais, que podem, por exemplo, determinar a forma de um olho ou uma linha do cabelo ou como o sistema imunológico reconhece algo como pertencente ao corpo, sejam únicos entre pessoas que não são gêmeos idênticos.

Como nosso DNA é uma mistura bastante aleatória do DNA pertencente a nossos pais, compartilhamos muitos SNPs semelhantes com eles e com qualquer outra pessoa com quem estejamos intimamente relacionados. Quanto mais distante o relacionamento, menos SNPs temos em comum.

Clarke relembra ainda que em 1984, o cientista Alec Jeffreys desenvolveu métodos de uso de enzimas para cortar o DNA em fragmentos e eletroporse em gel para separar os fragmentos de acordo com o peso e a carga elétrica, produzindo um padrão de DNA único semelhante a um código de barras. Muitas vezes, e de forma um tanto enganosa, foi rotulado como uma "impressão digital de DNA". Esse método inicial, o polimorfismo de comprimento de fragmento de restrição ("RFLPJ"), exigia grandes tamanhos de amostra e amostras relativamente não contaminadas, limitando sua utilidade para a aplicação da lei, que geralmente lida com amostras pequenas e contaminadas coletadas de uma cena de crime. Às vezes, pode ser usado para encontrar o agressor entre um grupo de suspeitos, mas não pode identificar alguém que ainda não esteja no grupo de suspeitos.

Apesar de suas limitações, o método de impressão digital de DNA logo foi usado pela polícia no Reino Unido para identificar o autor de dois assassinatos por estupro. No entanto, exigia que a polícia solicitasse que a população masculina entre 17 e 34 anos de idade em Narborough se submetesse à coleta "voluntária" de impressões digitais de DNA, para que pudessem identificar o agressor ou concentrar sua atenção naqueles que se recusaram a ser testados. A pressão social levou mais de 4.500 homens a cooperar (CLARKE, 2024).

O agressor convenceu um colega de trabalho a fornecer uma amostra de sangue em seu lugar. A polícia soube do engano e sua investigação levou à sua prisão e condenação. O teste também inocentou o então principal suspeito que a polícia havia atormentado para dar uma confissão falsa apaixonada (CLARKE, 2024).

É duvidoso que tal "rede de arrasto de DNA" possa ser aprovada constitucionalmente nos EUA. No entanto, a impressão digital de DNA usando o método RFLP foi usada para identificar suspeitos e obter condenações em muitos tribunais dos EUA, tornando-se o "padrão ouro" para evidências forenses por uma década (CLARKE, 2024).

Em 1987, Jeffreys desenvolveu um perfil de DNA que poderia ser derivado de amostras menores do que o necessário para uma impressão digital de DNA e poderia ser codificado como uma série de números, possibilitando a criação de bancos de dados de perfis de DNA.

Com o tempo, os cientistas desenvolveram métodos para amplificar pequenas amostras, a reação em cadeia da polimerase ("PCR") e limpar amostras contaminadas e misturadas até certo ponto, aumentando a utilidade do DNA para a aplicação da lei. No entanto, vários laboratórios comerciais de DNA diferentes tinham sistemas concorrentes baseados em PCR que analisavam diferentes partes do genoma humano que não eram necessariamente compatíveis entre si.

Para aumentar a utilidade da identificação de DNA, foi necessário padronizar quais partes da fita de DNA estavam sendo examinadas para que os resultados de um laboratório pudessem ser comparados aos de outro. Idealmente para tais fins (mas certamente não por considerações de privacidade e direitos civis), o governo coletaria os perfis de DNA de todos no país e os colocaria em um banco de dados que poderia ser usado para compará-los com o DNA de cenas de crime e corpos não identificados. É improvável que isso aconteça nos EUA devido a questões de privacidade salvaguardas constitucionais, mas a padronização dos perfis de DNA é claramente possível e requer apenas que uma organização nacional assuma a liderança e defina os padrões (CLARKE, 2024).

Em 1990, o FBI iniciou um programa piloto de software que, em 1994, o Congresso autorizou sua implementação como o Sistema de Índice de DNA Combinado ("CODIS"), um banco de dados nacional de perfis de DNA padronizados de pessoas que foram presas ou condenadas por crimes criados pela unificação do banco de dados federal com os dos estados. 42 U.S.C. § 14132(a) (1994) (posteriormente transferido para 34 U.S.C. § 12592). Atualmente, o CODIS contém os perfis de 14,7 milhões de pessoas condenadas, 4,4 milhões de presos e 1,1 milhão de sujeitos forenses. No entanto, apesar de sua coleção de milhões de perfis, o CODIS não consegue identificar uma pessoa cujo perfil não esteja em seu banco de dados de bem menos de 10% da população adulta dos EUA (CLARKE, 2024).

O método de teste de DNA usado para perfis CODIS foi a análise Short Tandem Repeat ("STR") amplificada por PCR. Um perfil CODIS foi criado usando PCR e eletroforese em gel para examinar 20 localizações STR altamente variáveis ("*loci*") em seções não codificadoras de proteínas do DNA, produzindo 40 pontos de dados.

A eficácia do CODIS foi limitada pela pequena porcentagem da população no banco de dados. Além disso, os perfis CODIS não podiam ser usados para identificar pessoas geneticamente relacionadas ao doador da amostra de DNA desconhecida de uma cena de crime ou UHR⁸⁴, a menos que o relacionamento fosse tão próximo quanto pai e filho. Além disso, os autores do tipo de crime com maior probabilidade de deixar amostras de DNA para trás - crimes sexuais e assassinatos - também estavam entre os menos propensos a ter sido condenados anteriormente por um crime e, portanto, estar no banco de dados CODIS. O que era necessário era um banco de dados maior e testes que pudessem identificar pessoas geneticamente relacionadas ao doador da amostra desconhecida. Surpreendentemente, o setor privado logo forneceria exatamente isso (CLARKE, 2024).

Apesar de suas limitações, a primeira pesquisa forense de DNA familiar foi acidentalmente conduzida pela polícia britânica em um banco de dados STR⁸⁵ quando uma amostra enviada de um caso arquivado de décadas correspondia parcialmente a um perfil STR em 2002. O perfil no banco de dados acabou sendo o do filho do autor de vários estupros (CLARKE, 2024).

As pesquisas familiares requerem um software diferente das pesquisas padrão de correspondência CODIS. Em 2008, a Califórnia se tornou o primeiro estado a implementar a pesquisa de DNA familiar em seus bancos de dados de DNA STR. Em 2010, Lonnie Franklin Jr. foi identificado por meio de uma pesquisa de DNA familiar em um banco de dados do governo da Califórnia como o "*Grim Sleeper*", responsável por pelo menos 10 assassinatos de mulheres jovens em Los Angeles. O DNA do filho de Franklin havia sido adicionado recentemente ao banco de dados por causa de uma acusação de armas. A proximidade de seu DNA com o do *Grim Sleeper* levou a polícia a iniciar a vigilância de seu pai. Um pedaço de pizza descartado forneceu a amostra necessária para provar que ele era o assassino e estuprador que escapou da aplicação da lei por décadas (CLARKE, 2024).

Com o advento do perfil genético barato, várias empresas surgiram com o objetivo de rastrear a ancestralidade (e possível risco de doença genética) por meio de perfis de DNA diretos ao consumidor ("DTC")⁸⁶, nos quais um cliente envia um *swab* oral para perfis de DNA SNPs e colocação do perfil de DNA no banco de dados da empresa. A 23andMe e a *Ancestry*

⁸⁴ *unidentified human remains*.

⁸⁵ *PCR-amplified (Short Tandem Repeat)*.

⁸⁶ *direct-to-consumer*.

são as empresas de genealogia genética mais conhecidas. Ambos mantêm bases de dados "fechadas", permitindo apenas perfis desenvolvidos pela empresa em suas respectivas bases de dados. Embora ambos também tenham declarado que nunca compartilhariam as informações obtidas das amostras de seus clientes com terceiros, outras empresas não fizeram tal promessa. Além disso, eventos recentes mostraram que ambas as empresas são vulneráveis a hackers e manipulação de seus sistemas para obter acesso ou a capacidade de inferir perfis de clientes SNPs (CLARKE, 2024).

A GEDmatch é um tipo de empresa de genealogia genética não DTC com um banco de dados "aberto". Seus clientes obtêm um perfil de DNA de uma empresa DTC e o carregam no banco de dados GEDmatch gratuitamente. Os algoritmos GEDmatch permitem comparações de perfis desenvolvidos por diferentes empresas, tornando mais provável que informações úteis sejam descobertas (CLARKE, 2024).

A FamilyTreeDNA é outra empresa que é DTC e possui um banco de dados aberto. Os clientes podem enviar *swabs* bucais de DNA para a FamilyTreeDNA e fazer com que eles desenvolvam um perfil ou carreguem um perfil desenvolvido por outra empresa.

Enquanto a genética é uma ciência relativamente nova, com a capacidade de traçar o perfil do DNA ainda mais recente, a genealogia em si é um estudo centenário que evoluiu de "uma disciplina sonolenta e primitiva de origens aristocráticas" para um campo praticado principalmente por amadores autodidatas que estão interessados em rastrear seus próprios ancestrais construindo uma árvore genealógica. Talvez a falta de genealogista profissional possa ser explicada pela exigência da genealogia tradicional (CLARKE, 2024).

Os genealogistas passam muitas horas examinando registros que podem mencionar ancestrais da pessoa-alvo. Isso tradicionalmente inclui registros do governo, como certidões de nascimento e óbito, certidões de casamento, artigos de jornais e obituários e registros escolares e da igreja. O advento da Internet e dos mecanismos de busca acelerou o processamento desses registros, adicionando fontes adicionais de informação, como contas de mídia social. Só podemos especular como o surgimento da inteligência artificial afetará o futuro da genealogia. No entanto, a intensidade de trabalho da genealogia como está atualmente a torna um empreendimento caro e torna atraente fazê-lo sozinho. Daí a inclinação para genealogistas amadores (CLARKE, 2024).

Em abril de 2018, a polícia da Califórnia enviou uma amostra de DNA coletada da vítima de um estupro/assassinato arquivado para o GEDmatch e usou os resultados para

identificar o *Golden State Killer*, um serial killer que cometeu 13 assassinatos, pelo menos 50 estupros e mais de 100 roubos na Califórnia entre 1974 e 1986. O assassino foi identificado como o policial aposentado Joseph James DeAngelo Jr., que se declarou culpado dos assassinatos em troca de uma sentença de prisão perpétua (CLARKE, 2024).

Os policiais não identificaram o perfil de DNA enviado como proveniente de um caso de assassinato ou de alguma forma relacionado à resolução de crimes. Eles não se identificaram como policiais do GEDmatch. Esse uso "*off-label*" da FGG chocou as empresas da FGG, que garantiram repetidamente aos usuários que sua privacidade seria respeitada. A intensa atenção da mídia sobre o caso do *Golden State Killer* colocou essa afirmação em dúvida. Mais importante, nenhuma das empresas FGG tinha uma política sobre o uso de seus bancos de dados pela aplicação da lei. No entanto, a resposta do público ao encontrar um *serial killer* usando FGG foi extremamente positiva. Novas entradas no banco de dados GEDmatch surgiram (CLARKE, 2024).

Em maio de 2019, o GEDmatch modificou suas políticas para permitir que as autoridades usassem seu banco de dados para identificar autores de agressões sexuais e assassinatos. Menos de um ano depois, violou essa política ao permitir que a polícia usasse seu banco de dados em um caso que não era agressão sexual nem assassinato. Isso levou a empresa a modificar novamente sua política para permitir que a aplicação da lei use seu banco de dados para resolver outros crimes violentos, como roubo e agressão agravada, desde que se enquadrassem na definição de "crime violento" do FBI. Também permite que organizações autorizadas usem seu banco de dados para identificar restos humanos. Isso tornou o GEDmatch o banco de dados FGG preferido para a aplicação da lei (CLARKE, 2024).

Em maio de 2019, o GEDmatch instituiu uma opção para seus usuários para permitir que a aplicação da lei usasse seu perfil de DNA. A empresa definiu o padrão como "*opt-out*" para todos os usuários atuais e novos, mas entre 75% e 80% dos novos usuários optaram por participar (em comparação com menos de 25% dos usuários anteriores). Além disso, depois de toda a publicidade que o GEDmatch recebeu como resultado do caso *Golden State Killer*, o número de novos usuários que carregam um perfil de DNA diariamente cresceu de 1.500 para 5.000 (CLARKE, 2024).

Em 2018, a FamilyTreeDNA adotou uma política que permite que a polícia use seu banco de dados para identificar criminosos violentos e restos humanos. É a única grande empresa DTC a fazê-lo. Embora tenha uma opção de desativação, o FamilyTreeDNA definiu

todas as configurações do usuário e configurações padrão para aceitar, permitindo que a aplicação da lei tenha acesso irrestrito a praticamente todo o seu banco de dados (CLARKE, 2024).

Genealogistas amadores ou "cientistas-cidadãos" têm sido componentes cruciais e necessários para muitos casos usando FGG, mas o caminho para limpar um caso nem sempre foi fácil. Em um dos primeiros casos, em 2011, a física e ex-contratada da NASA Colleen Fitzpatrick trabalhou com detetives no estado de Washington para ajudar a identificar o assassino de uma garota do ensino médio usando o Y-DNA. Ela concluiu que o assassino era descendente de Robert Fuller. Essa dica levou a polícia a suspeitar de um vizinho e amigo da família que acabou sendo provado inocente (CLARKE, 2024).

Em 2018, os detetives de Idaho Falls conseguiram um mandado obrigando a *Ancestry* a permitir o acesso ao seu banco de dados na tentativa de identificar a pessoa que estuprou e assassinou Angie Dodge, de 18 anos. Eles queriam saber o nome de um homem que havia enviado seu perfil de Y-DNA porque mostrava uma estreita relação genética com o DNA recuperado da cena do crime. A divulgação os levou a Michael Usry, que posteriormente foi provado inocente usando perfis de DNA STR (CLARKE, 2024).

A *Ancestry* fechou seu banco de dados aberto por causa do incidente de Usry e adotou um modelo de banco de dados fechado. Mesmo o muito celebrado caso do *Golden State Killer* não foi isento de soluços. De acordo com Barbara Rae-Venter, ela estava buscando genealogia genética como um hobby pós-aposentadoria em março de 2015, quando o deputado Peter Headley a contatou. Ele queria que ela ajudasse na identificação de Lisa Jensen, uma mulher que havia sido sequestrada quando criança e cuja identidade era desconhecida. Resolver o caso Jensen levou Headley e Rae-Venter a descobrir que quem quer que tenha sequestrado Jensen era um prolífico *serial killer* (CLARKE, 2024).

O sucesso no caso Jensen levou Paul Holes, o principal investigador criminal do caso Golden State Killer, a pedir a Rae-Venter que trabalhasse no caso. As únicas qualificações de Rae-Venter eram que, desde que se aposentou como advogada de patentes, ela estava ajudando um primo recém-descoberto com genealogia. Ela também se voluntariou como "anjo de busca" que usa correspondências de DNA para ajudar a construir árvores genealógicas e resolver problemas de genealogia (CLARKE, 2024).

Cynthia "CeCe" Moore é talvez a genealogista FGG mais famosa. Moore começou sua carreira ajudando as pessoas a usarem bancos de dados genéticos DTC para resolver confusões

na maternidade, ajudar adotados e enjeitados a encontrar pais biológicos e identificar pais desconhecidos. Ela é conhecida por seu pensamento "fora da caixa" ao rastrear ancestrais genéticos, o que lhe valeu o apelido de "*Miss Marple of Genealogy*"(CLARKE, 2024).

Em 2013, Moore fundou o DNA Detectives, um grupo projetado para reunir candidatos a paternidade e aqueles que poderiam resolver seus casos ou treiná-los para resolvê-los sozinhos. Tem mais de 170.000 membros no Facebook (CLARKE, 2024).

Durante anos, Moore foi cautelosa em aplicar suas técnicas a casos criminais. Em seguida, o FGG foi usado para resolver o caso do *Golden State Killer*. A ampla exposição da história e a recepção extremamente positiva acalmaram seus escrúpulos sobre o consentimento dos usuários do banco de dados e, em poucos dias, ela estava trabalhando em seu primeiro caso de assassinato. Moore é conhecida pela primeira exoneração baseada em FGG de um homem inocente e pela primeira condenação do júri resultante de FGG. Ela foi destaque no 60 Minutes em outubro de 2018. O segmento se concentrou em avanços em casos arquivados. Isso resultou em um dilúvio de pedidos de assistência (CLARKE, 2024).

Moore também co-fundou o Conselho de Credenciamento de Genealogia Genética Investigativa em uma tentativa de desenvolver padrões e trazer alguma ordem ao campo desorganizado e sub-regulamentado da FGG, que foi descrito como "o oeste selvagem" por especialistas em FGG. Moore está pessoalmente envolvida no fechamento de mais de 200 casos de FGG e atualmente é a genealogista-chefe da *Parabon Labs*, um novo tipo de empresa de FGG especializada em ajudar a polícia a identificar suspeitos e UHRs usando FGG (CLARKE, 2024).

O problema com o acesso irrestrito aos bancos de dados de genealogia genética é que eles contêm uma riqueza de informações sobre os indivíduos perfilados, muito além de apenas seus parentes. As empresas afirmam que podem determinar a propensão para certas condições médicas, traços de personalidade, preferências alimentares, habilidades atléticas e outras características pessoais a partir de seus perfis SNPs. Uma empresa afirma que pode determinar a aparência facial de uma pessoa, incluindo "cor da pele, cor dos olhos, cor do cabelo, sardas, ancestralidade [geográfica] e formato do rosto" (CLARKE, 2024).

Para realizar uma busca FGG, a aplicação da lei deve necessariamente pesquisar os registros de muitos indivíduos que não estão envolvidos no crime. Eles também podem ser levados à pessoa errada, como foi o caso de Michael Usry. Mesmo no caso seminal do Golden State Killer, dois outros homens foram solicitados pela polícia a enviar amostras de DNA antes

que o verdadeiro perpetrador fosse identificado. Se eles foram considerados suspeitos pela polícia ou apenas usados para tentar eliminar ramos da árvore genealógica é contestado, mas é provável que eles, como Usry, tenham ficado bastante nervosos depois de terem sido abordados pela polícia e solicitados por uma amostra de DNA em conexão com um assassinato. Deve ter sido um alívio profundo quando, semanas depois, os resultados do teste os eliminaram como suspeitos (CLARKE 2024).

Nesse sentido, as buscas da FGG chegam muito perto dos mandados de busca gerais proibidos pela Quarta Emenda da Constituição dos EUA. A Suprema Corte dos EUA ainda não se pronunciou sobre questões de privacidade relacionadas às buscas da FGG. O caso mais próximo até o momento foi a aprovação da coleta de amostras de DNA de *swab* bucal de pessoas presas ou condenadas por um crime com o objetivo de inserir um perfil no CODIS. *Maryland v. King*, 569 U.S. 435 (2013) (CLARKE, 2024).

King antecedeu a FGG em vários anos e diferia por envolver perfis CODIS, que contêm apenas uma pequena fração das informações contidas nos perfis SNPs, e pessoas presas pela polícia, não pessoas comuns que participam da genealogia genética. Mesmo assim, em uma opinião divergente, o juiz Scalia questionou de forma bastante presciente a prática de coletar DNA de presos para outros fins que não a identificação no crime de que foram acusados e criar um banco de dados dos perfis de DNA derivados deles (CLARKE, 2024).

"Talvez a construção de tal panóptico genético seja sábia. Mas duvido que os homens orgulhosos que escreveram a carta de nossas liberdades estivessem tão ansiosos para abrir a boca para a inspeção real ", escreveu Scalia, referindo-se ao projeto do século 19 do utilitarista John Stewart Mill para uma prisão na qual os guardas pudessem ver as celas dos prisioneiros isolados o tempo todo que tiveram que ser abandonados porque deixava os prisioneiros "muito loucos". A professora da Faculdade de Direito Carey da Universidade de Maryland, Natalie Ram, especialista em privacidade genética, chama a FGG de "uma expedição de pesca gigante que falha no requisito de particularidade da Quarta Emenda: que as buscas policiais sejam direcionadas e baseadas em suspeitas individualizadas razoáveis". De acordo com Ram, a FGG "é fundamentalmente uma busca de todos nós toda vez que eles fazem isso". O panóptico é atualmente sinônimo tanto de uma ideia que parece ótima, mas falha em sua execução, quanto de uma total falta de privacidade (CLARKE, 2024).

As maiores empresas DTC, 23andMe e Ancestry – que juntas têm 32 milhões de perfis em seus bancos de dados – têm políticas que proíbem o uso de seus bancos de dados pela

aplicação da lei sem uma ordem judicial. O problema com isso é que pode não haver uma maneira de saber que uma amostra foi enviada pela aplicação da lei, já que ambas as empresas permitem que os clientes usem pseudônimos. Foi exatamente isso que aconteceu em junho de 2021, quando a equipe de homicídios de Riverside identificou a vítima de um homicídio em 1996 usando o MyHeritage sem ordem judicial – uma violação explícita da política da empresa que exige uma ordem judicial para qualquer uso de seu banco de dados pela aplicação da lei (CLARKE, 2024).

"O caso apresenta um exemplo de 'viés de causa nobre', no qual os investigadores parecem sentir que seu objetivo é tão digno que podem quebrar as regras em vigor para proteger os outros", escreveu a genealogista genética veterana e defensora da privacidade Leah Larkin (CLARKE, 2024).

A 23andMe tem sido repetidamente alvo de hackers de computador bem-sucedidos que expuseram informações de clientes. Além disso, a 23andMe recentemente sofreu pressão econômica à medida que o mercado de adoção inicial da genealogia genética DTC secou e, apesar das declarações corporativas alegando que nunca disponibilizaria os perfis de DNA dos clientes a terceiros, listou a possibilidade de vender os perfis entre seus ativos. Isso enfatiza o fato de que a política corporativa é um substituto pobre para a proteção constitucional quando se trata de privacidade. As políticas corporativas estão sujeitas a alterações a qualquer momento devido a pressões econômicas, mudanças na liderança corporativa ou aquisição por outra empresa. Foi exatamente isso que aconteceu quando, em janeiro de 2021, o GEDmatch mudou sua política para optar por todos os seus perfis para pesquisas de identificação UHR sem notificação ou entrada de seus clientes (CLARKE, 2024).

Todas as empresas que mantêm bancos de dados afirmam que os dados genéticos dos clientes não correm risco de exposição porque não fornecem dados brutos de perfil de SNPs para a aplicação da lei ou qualquer outra pessoa. No entanto, foi revelado recentemente que havia ferramentas nos bancos de dados que permitiam aos usuários inferirem o perfil SNPs da correspondência que estava sendo examinada e uma "brecha" no software GEDmatch que permitia que as autoridades acessassem e usassem os perfis de usuários que haviam optado por não participar (CLARKE, 2024).

A brecha veio à tona quando Cairenn Binder, um genealogista que chefia o programa de certificação do Centro de Genealogia Genética Investigativa, esteve envolvido em depoimentos simulados em um julgamento para uma apresentação da advogada e especialista

em DNA Tiffany Roy chamada "*In The Hot Seat*". A ideia era acostumar os genealogistas a dar testemunhos no julgamento, e a única instrução que Roy deu foi "não minta" (CLARKE, 2024).

Roy, desempenhando o papel de advogado de defesa durante o interrogatório, perguntou a Binder se ela estava ciente de uma brecha no software GEDmatch que permitia o acesso a perfis cancelados. Binder não apenas "testemunhou" que estava ciente da brecha, mas admitiu tê-la usado cerca de uma dúzia de vezes. O DNA Doe Project e até mesmo luminares da FGG como Moore também admitiram ter usado a brecha. Alguns até admitiram encobrir o uso da brecha (CLARKE, 2024).

"Se não podemos confiar nesses profissionais, certamente não podemos confiar na aplicação da lei. Essas investigações têm sérias consequências; eles envolvem pessoas que nunca foram suspeitas de um crime", disse Roy, que acredita que um mandado de busca deve ser necessário para uma busca FGG. "Qualquer coisa menos é uma séria violação de privacidade" (CLARKE, 2024).

Carregar seu perfil SNPs em um banco de dados de genealogia genética também carrega 50% do perfil de DNA de seus pais, irmãos e filhos e uma porcentagem menor para parentes mais distantes. Se apenas alguns parentes próximos enviarem seus perfis, todo o seu perfil estará no banco de dados, embora distribuído entre os perfis dos parentes. Isso levanta a questão de saber se você tem algum direito ou interesse de privacidade quando um parente, especialmente um parente próximo, carrega seu perfil de DNA (CLARKE, 2024).

Moore se deparou com essa questão pela primeira vez quando participou de uma conferência de genética em 2012 e perguntou a duas mulheres nativas americanas que estavam em um painel se elas haviam feito um teste DTC. "As mulheres explicaram que não fariam um teste sem consultar todos os outros da tribo, porque estariam tomando a decisão por todos", disse Moore (CLARKE, 2024).

Foi um momento revelador para Moore, que anteriormente não havia considerado o fato de que as pessoas que estavam enviando seus perfis para os bancos de dados do SNP estavam efetivamente tomando a decisão de que outras pessoas tivessem seus perfis no banco de dados. Isso agora se aplica a todo o país, observou Moore (CLARKE, 2024).

"Tudo aconteceu sob o radar, e realmente não importa se você se opõe: é uma decisão coletiva que já foi tomada. Concordo com muito do que os defensores da privacidade disseram. Mas 30 milhões de pessoas fizeram essa escolha por todos os outros" (CLARKE, 2024).

Esse contexto representa o que os antropólogos de tecnologia denominam de "privacidade em rede", o que significa falta de privacidade, pois o termo descreve como você é exposto e suas escolhas diminuídas ou desfeitas quando outras pessoas compartilham coisas sobre você que você não queria tornar públicas. Assim, o problema da privacidade, ou a falta dela, nas buscas FGG tornou-se tanto uma questão de filosofia quanto de direito (CLARKE, 2024).

Conforme observado acima, em um caso bem-sucedido envolvendo uma busca FGG por um perpetrador, a última etapa é normalmente a polícia obter um item descartado contendo DNA que eles usam para confirmar a identidade do perpetrador usando um perfil CODIS. Está bem estabelecido que a polícia pode recuperar itens descartados e testá-los sem um mandado, *Califórnia v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988), e a admissibilidade dos perfis CODIS está bem estabelecida, *Maryland v. King*, 569 U.S. 435 (2013). Portanto, esses aspectos da identificação raramente são contestados (CLARKE, 2024).

O problema é que a polícia geralmente inicia suas narrativas e os documentos que os promotores entregam à defesa, com a busca bem-sucedida do CODIS, omitindo completamente o uso do FGG. Assim, a FGG não tem sido objeto de muitos desafios judiciais, e pouco se sabe sobre como as investigações realmente prosseguem (CLARKE, 2024).

"Na verdade, não sabemos quantas pessoas que colocaram seus dados nesses bancos de dados online estão sujeitas a usos forenses", disse Stephanie Malia Fullerton, do Departamento de Bioética da Escola de Medicina da Universidade de Washington. "Também não sabemos como essas correspondências genéticas parciais são usadas e podemos especular sobre os possíveis danos, mas não sabemos exatamente o que está envolvido ou quem é contatado" (CLARKE, 2024).

Em alguns casos, incluindo o célebre caso do *Golden State Killer*, sabe-se que a polícia ou a empresa FGG ou genealogistas que trabalham com eles abordaram pessoas geneticamente relacionadas ao suspeito e pediram que enviassem uma amostra de DNA ou, em alguns casos, até enviaram um kit de amostragem de DNA SNPs sob o falso pretexto de ser um presente de um parente. A polícia afirma que isso faz parte do estreitamento da pesquisa genealógica, eliminando ramos de uma árvore genealógica. No entanto, devido ao sigilo acima mencionado, nenhum desses métodos foi submetido ao escrutínio judicial (CLARKE, 2024).

Uma decisão judicial recente reforçou o sigilo em torno do uso da FGG pela aplicação da lei. Em *Buzzfeed, Inc. v. Departamento de Justiça dos Estados Unidos*, 2023 U.S. Dist.

LEXIS 185893 (U.S.D.C. 2023), o tribunal decidiu que o Departamento de Justiça dos EUA poderia isentar muitas das informações solicitadas pelo BuzzFeed relacionadas às suas comunicações e contratos com empresas envolvidas na FGG. O tribunal concluiu que os documentos estavam isentos da divulgação da FOIA porque as informações eram "confidenciais" e sua divulgação poderia causar danos à empresa e poderia ser usada em futuros processos criminais (CLARKE, 2024).

Em um dos raros casos publicados envolvendo um réu contestando o uso de uma busca FGG com base na privacidade, o Tribunal de Apelações de Washington manteve a negação do tribunal de primeira instância da moção de um réu criminal para suprimir os resultados da pesquisa FGG porque o réu, que foi condenado por homicídio doloso em conexão com o estupro e assassinato de uma menina de 12 anos em 1993, não tinha "nenhum interesse de privacidade no DNA comum que um parente carregou voluntariamente em um banco de dados público que permitia abertamente o acesso da aplicação da lei". Estado v. Hartman, 534 P.3d 423 (WASH. APP. 2023). O tribunal também decidiu que o réu não tinha interesse de privacidade no DNA abandonado na cena do crime (CLARKE, 2024).

Em State v. Boretree, 2021 Ohio App. LEXIS 2828, o tribunal manteve a negação do tribunal de primeira instância de uma contestação geral à admissibilidade de uma busca FGG realizada pela AdvanceDNA sob contrato com a polícia que foi usada para identificá-lo como o autor de uma tentativa de homicídio em 1993 em conexão com sequestro e estupro. No entanto, a condenação foi posteriormente revertida pela Suprema Corte de Ohio por motivos de prescrição. Estado v. Bortree, 212 N.E.3d 874 (Ohio 2022) (CLARKE, 2024).

Em um caso civil interessante e relacionado, Leslie v. Cidade de Nova York, 2023 U.S. Dist. LEXIS 49775 (S.D.N.Y. 2023), os residentes da cidade de Nova York estão desafiando, com base na Quarta Emenda, a prática sem mandado do NYPD de coletar secretamente DNA do lixo descartado de uma pessoa, usá-lo para obter um perfil CODIS ou FGG e, em seguida, manter esse perfil no banco de dados da cidade por anos, independentemente de uma pessoa ser acusada (ou mesmo suspeita de) cometer um crime. A pessoa visada pode, por exemplo, ser apenas suspeita de ser membro de uma gangue ou associada a uma gangue. Se for bem-sucedido, este processo pode traçar um caminho para contestar a coleta de DNA semelhante em casos criminais (CLARKE, 2024).

Os casos iniciais fazem parecer improvável que os tribunais exijam mandados para buscas de FGG. Mas os tribunais superiores ainda não se pronunciaram sobre o assunto.

Uma questão importante em futuras decisões judiciais sobre privacidade e pesquisas FGG será qual é o padrão apropriado. Os tribunais provavelmente usarão um dos dois padrões existentes na análise dos interesses de privacidade da FGG. O primeiro é o padrão de "expectativa razoável de privacidade" de *Katz v. Estados Unidos*, 389 U.S. 347 (1967). Ao decidir se uma cabine telefônica poderia ser grampeada sem um mandado de busca, o Tribunal *Katz* determinou que, para ter uma reivindicação legítima da Quarta Emenda, uma pessoa deve ter "uma expectativa real (subjéctiva) de privacidade" que "a sociedade está preparada para reconhecer como razoável [objectivo]", como se tem ao usar uma cabine telefônica. Este teste de "expectativa razoável de privacidade" foi pensado para substituir o teste anterior baseado em se a intrusão foi uma "invasão" de direito comum e se tornou o padrão para análise de questões da Quarta Emenda pelos próximos 34 anos (CLARKE, 2024).

A tecnologia forçou o Tribunal a reexaminar a declaração de *Katz* de que a Quarta Emenda protegia as pessoas, não os lugares, quando confrontada com a polícia usando imagens térmicas para detectar quantidades relativas de calor dentro de uma casa. O Tribunal em *Kylo v. Estados Unidos*, 533 U.S. 27 (2001), considerou que a imagem constituía uma intrusão em um espaço protegido constitucionalmente, a casa (CLARKE, 2024).

Então, em um caso que pegou muitos especialistas jurídicos de surpresa, em *Estados Unidos v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012), o Tribunal esclareceu que "o teste de expectativa razoável de privacidade de *Katz* foi adicionado, não substituído, ao teste de invasão de direito comum" quando considerou que colocar um dispositivo de aderência GPS em um carro era uma busca, pois era uma invasão da propriedade de *Jones*. Assim, a conduta policial contestada deve passar nos testes de *Katz* e *Jones* para ser constitucional (CLARKE, 2024).

Desde *Jones*, o teste de *Katz* foi aplicado a uma coleção de informações de localização de celulares e locais de celulares. Ver *Carpenter v. Estados Unidos*, 585 U.S. 296 (2018). Parece provável que, uma vez que não há intrusão física em locais constitucionalmente protegidos envolvidos em uma busca FGG, o teste *Katz* será aplicado a um desafio baseado em privacidade às buscas FGG. Isso parece ser o que o Tribunal *Hartman* fez sem declará-lo especificamente. No entanto, o perfil do SNP de *Hartman* revelou que ele era careca e provavelmente tinha transtorno bipolar ou de abuso de substâncias, o que constitui informações médicas confidenciais para as quais se pode argumentar que se tem uma expectativa razoável de privacidade. Só o tempo dirá se essa abordagem será bem-sucedida (CLARKE, 2024).

Além das questões de privacidade acima mencionadas, os advogados de defesa podem contestar as pesquisas da FGG em várias questões. Uma delas é a falta de certificação dos genealogistas e a falta de validação de seus métodos e dos métodos científicos usados na MGF. Portanto, um advogado de defesa que contempla uma contestação de como a FGG foi usada em um caso específico deve usar as ferramentas de descoberta para determinar quem desempenhou qual papel na investigação da FGG e quais métodos foram usados, bem como quaisquer estudos de validação que tenham sido realizados para determinar a precisão e as limitações desses métodos (CLARKE, 2024).

Também é importante determinar se as amostras usadas foram degradadas ou misturas, o que pode aumentar a probabilidade de erros de laboratório. Além disso, as misturas podem implicar outro suspeito. Assim, é importante determinar quantos perfis foram gerados pela amostra (CLARKE, 2024).

A semelhança de dois perfis de SNPs é medida em centiMorgans ("cMs"), uma medida da probabilidade de um segmento de DNA mais longo ser transmitido a um descendente intacto. Quanto mais próximo o relacionamento, mais longos segmentos são compartilhados. Pais, filhos e irmãos normalmente compartilham de 2.000 a 3.600 cMs de seu DNA. Os primos de primeiro grau compartilham apenas 425 a 1.100, mas isso também está na faixa compartilhada por avós / filhos, bisavós / filhos, meio-irmãos e tios-avós / tias. Portanto, é essencial que os advogados de defesa descubram os cMs de cada perfil usado para rastrear a suposta árvore genealógica de um perfil suspeito e a lógica usada para atribuir uma identidade ao perfil com base nos cMs (CLARKE, 2024).

A própria sensibilidade da coleta de DNA ainda pode ser seu pior inimigo. Como mostrado no caso Amanda Knox, pequenas quantidades de DNA podem ser facilmente transferidas para outra pessoa (transferência de pincel) e dessa pessoa para um objeto nunca tocado pelo doador de DNA (transferência secundária), levando a uma condenação injusta. Algo semelhante aconteceu na Alemanha, quando um cotonete contaminado fez com que a polícia procurasse erroneamente por um assassino na comunidade Romaní (cigana) por dois anos (CLARKE, 2024).

Cientistas que buscavam melhores maneiras de rastrear tartarugas marinhas descobriram DNA humano em todos os tipos de lugares inesperados - água de riacho, neve, mel e até flutuando no ar em níveis "surpreendentes". O DNA era de qualidade alta o suficiente para derivar perfis CODIS ou SNPs. Além disso, o teste de DNA já foi usado para monitorar

os níveis de doenças nas águas residuais, e o DNA identificável de 40 humanos diferentes foi encontrado no pelo da cabeça de um cão. Assim, existem muitas fontes potenciais de contaminação de DNA no ambiente diário de todos (CLARKE, 2024).

Os cientistas que têm procurado explorar ainda mais a origem e o conteúdo do DNA humano no meio ambiente ("eDNA") se depararam com o obstáculo dos painéis de ética que rejeitam propostas de pesquisa baseadas na ética médica e científica. Ironicamente, a aplicação da lei não opera sob tais restrições (CLARKE, 2024).

"Há um desequilíbrio em quase todos os sistemas do mundo entre o que a aplicação da lei pode fazer, versus pesquisa financiada com dinheiro público, versus empresas privadas", disse a professora da Universidade de Viena Barbara Prainsack, que estuda a regulamentação da tecnologia de DNA na medicina e na ciência forense (CLARKE, 2024).

"É um oeste selvagem total, livre para todos", disse a professora da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York, Erin Murphy, especializada no uso de novas tecnologias no sistema jurídico criminal. "O entendimento é que a polícia pode fazer o que quiser, a menos que seja explicitamente proibido" (CLARKE, 2024).

A polícia estima que existam mais de 200.000 casos criminais graves não resolvidos envolvendo evidências de DNA nos EUA. O enorme poder da FGG para resolver casos de décadas torna improvável que os tribunais a sujeitem a quaisquer restrições significativas. É possível que seja necessário um mandado de busca, mas é improvável que tal exigência venha dos tribunais. Em vez disso, é mais provável que os órgãos legislativos promulguem regulamentos relativos às buscas de FGG. Dois já o fizeram (CLARKE, 2024).

Montana exige que um mandado de busca seja emitido antes de realizar qualquer tipo de pesquisa no banco de dados de DNA. Mont. Código 44-6-104 (2021). Os regulamentos de Maryland são mais abrangentes, exigindo autorização judicial para buscas de FGG e para coleta secreta de DNA, limitando os tipos de crimes que as buscas de FGG podem ser usadas para investigar e exigindo que as autoridades policiais primeiro busquem todas as pistas razoáveis e usem bancos de dados de DNA do governo antes de buscar autorização de FGG. Md. Código Crim, Proc. § 17-101 (2022) (CLARKE, 2024).

O Departamento de Justiça dos EUA também emitiu regras provisórias limitando as buscas de FGG a crimes violentos e proibindo que os resultados da FGG sejam a única base para uma prisão. No entanto, as regras não foram finalizadas ou formalizadas e se aplicam

apenas a agências federais e outras agências que recebem financiamento federal. Além disso, o FBI já ignorou as regras provisórias do DOJ em pelo menos um caso (CLARKE, 2024).

As pesquisas da FGG também podem ser afetadas por perguntas sobre o "consentimento informado" dado pelos clientes para usar seus perfis SNPs para fins de aplicação da lei. Os bioeticistas notaram que poucas pessoas realmente alteram as configurações padrão ou leem os termos de serviço, embora eles se tornem vinculativos sob os chamados "contratos de embrulho" das empresas DTC (basicamente, se você usar o serviço, estará aceitando os termos de serviço) (CLARKE, 2024).

Há apoio para a afirmação dos bioeticistas. Quando o GEDmatch alterou as configurações de todos os usuários para desativar o uso da aplicação da lei, mas permitiu que eles alterassem a configuração para aceitar, menos de um em cada cinco o fez. No entanto, três em cada quatro novos usuários do GEDmatch, cuja configuração padrão é *opt-in*, mantêm a configuração em *opt-in*. Talvez seja por isso que o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE exigiu que o FamilyTreeDNA mudasse seu padrão para optar por não participar de seus usuários europeus. O padrão para usuários dos EUA continua sendo *opt-in* (CLARKE, 2024).

As legislaturas estaduais serão a fonte mais provável de proteção da privacidade em relação às buscas da FGG no futuro. Esperançosamente, o estatuto claramente escrito e abrangente de Maryland servirá de modelo para estatutos semelhantes em outros estados. O Congresso poderia promulgar legislação semelhante. É improvável que isso aconteça em um futuro próximo, dada sua quase incapacidade de aprovar uma legislação significativa devido à forte divisão partidária no Congresso (CLARKE, 2024).

O poder do FGG é difícil de exagerar, dado o número surpreendente e crescente de casos resolvidos usando o método. Alguns casos notáveis incluem o uso de FGG para combinar o DNA encontrado no botão de uma bainha de faca na cena de um assassinato quádruplo com o pai da pessoa acusada dos assassinatos. As vítimas, todas estudantes da Universidade de Idaho, foram assassinadas durante a noite em uma casa fora do campus no final de 2022. A polícia não tinha suspeitos até que a FGG identificou o DNA da bainha da faca. Eles secretamente pegaram itens do lixo do pai de Bryan Kohlberger e confirmaram os resultados do FGG usando testes no estilo CODIS (CLARKE, 2024).

Os críticos dizem que a polícia tinha evidências suficientes de outras fontes para prender Kohlberger sem usar o FGG. Kohlberger é um dos poucos réus criminais a descobrir sobre o

uso policial de FGG antes do julgamento. Ele está contestando seu uso no que pode ser um caso precedente (CLARKE, 2024).

No que pode ter sido o primeiro uso de FGG para identificar UHRs, em 10 de abril de 2018, cerca de duas semanas antes do anúncio de que o *Golden State Killer* havia sido identificado, o GEDmatch foi usado para identificar o corpo de uma jovem que havia sido encontrada estrangulada e espancada ao longo de uma estrada em Miami, Ohio, em 28 de abril, 1981. Ela era conhecida anteriormente apenas como "*Buckskin Girl*" por causa de um poncho de pele de gamo que estava usando (CLARKE, 2024).

Em 2022, o FGG foi usado para resolver as agressões sexuais de duas meninas de Rhode Island, de 11 e 13 anos, em 1987. A investigação da FGG começou em 2019, após a publicidade do caso *Golden State Killer*. Isso levou à prisão de Frank Thies, 66, de Terre Haute, Indiana. Ele foi acusado de uma acusação de agressão sexual em primeiro grau e duas acusações de abuso sexual infantil em primeiro grau (CLARKE, 2024).

Em outubro de 2021, a FGG realizou a identificação do corpo de uma mulher encontrada estuprada e estrangulada perto de um cemitério de Woodlawn, Maryland, em 1976. Anteriormente conhecida como "Woodlawn Jane", ela agora é conhecida como Margaret Fetterolf, que tinha 16 anos e era uma fugitiva em série quando foi assassinada. A identificação tornou-se possível depois que a prima de Fetterolf, Shannon McAdoo, uma genealogista amadora, carregou seu perfil SNPs em um banco de dados aberto de genealogia genética (CLARKE, 2024).

Em uma reviravolta incomum, a vítima de um estupro em 1987 em Dallas leu sobre FGG em 2021 e contatou detetives e promotores de casos arquivados em Dallas, instando-os a usá-lo para resolver seu caso. Uma pesquisa anterior no CODIS não identificou o agressor, mas mostrou que o mesmo homem havia cometido três outros estupros em Dallas e dois em Shreveport. A pesquisa FGG de 2021 revelaria mais (CLARKE, 2024).

"Recebi um e-mail de uma mulher me contando sobre este caso incrível sobre um estuprador em série não resolvido em Dallas", disse o promotor do condado de Dallas, Leighton D'Antoni, que levou o caso ao FBI para executar um perfil da FGG. "Identificamos nosso suspeito em 24 horas." Um perfil STR do lixo descartado confirmou que David Thomas Hawkins cometeu os estupros (CLARKE, 2024).

New Hampshire iniciou uma investigação da FGG sobre o assassinato de Laura Kempton, 23, em 1981. Eles logo identificaram publicamente o agressor como Ronnie James Lee, que morreu de intoxicação aguda por cocaína aos 45 anos em 2005 (CLARKE, 2024).

A polícia de Ozark, Alabama, trabalhou com a Parabon Nanolabs para identificar o homem que matou duas meninas de 17 anos em 1999. Em 2019, eles prenderam Coley McCraney, um pregador motorista de caminhões que vivia uma vida livre de crimes desde então (CLARKE, 2024).

O Departamento do Xerife do Condado de Douglas, Colorado, conseguiu esclarecer o sequestro, estupro e assassinato de Helene Pruszyński, de 21 anos, em 1980, usando FGG. A ruptura veio quando uma prima distante do suspeito James Clayton colocou seu perfil 23andMe no GEDmatch depois de ler sobre o caso *Golden State Killer* (CLARKE, 2024).

Uma pesquisa superficial nas notícias jurídicas da LEXIS rendeu alguns casos recentes de FGG, de acordo com o Palm Coast Observer de 5 de outubro de 2023, FGG foi usado para identificar Roberta "Bobbie" Lynn Weber como o corpo de uma mulher encontrada assassinada em Daytona Beach, Flórida, em 1990 (CLARKE, 2024).

Em 6 de outubro de 2023, o Cincinnati Enquirer relatou que o FGG foi usado para identificar Robert Stewart, que foi então indiciado pelo assassinato de Herman Brown, 46, em fevereiro de 2003 (CLARKE, 2024).

De acordo com um episódio de 48 Hours exibido na CBS, em 18 de novembro de 2023, FGG foi usado para identificar Patrick Nicholas como o assassino de Sarah Yarborough, 16, em King County, Washington, em 13 de dezembro de 1991 (CLARKE, 2024).

Em 7 de dezembro de 2023, o Orlando Sentinel informou que o corpo de Eileen Trooper, que tinha 41 anos quando foi assassinada no sul da Flórida em 1998, foi identificado usando FGG. Também mostrou que ela foi vítima do serial killer da Flórida Lucious Boyd, que atualmente reside no corredor da morte do estado (CLARKE, 2024).

O Miami Herald em 8 de janeiro de 2024, informou que a FGG mostrou que William Taylor, que morreu em 19 de maio de 2022, foi o autor do assassinato a facadas de Kevin McBride, 47 anos, em 15 de maio de 1982 (CLARKE, 2024).

O Galaxy Gazette de 15 de janeiro de 2024 informou que a Othram, Inc. usou FGG para identificar os restos mortais encontrados em setembro de 2022 como um menino de cinco anos que estava desaparecido desde 2003 chamado Logan Bowman (CLARKE, 2024).

UPI.com informou em 24 de janeiro de 2024 que os últimos restos mortais não identificados do "Assassino de Green River", Gary Ridgeway, foram identificados pela Orthram, Inc. usando FGG. Tammie Liles era uma prostituta de Seattle de 16 anos quando se tornou uma das 49 vítimas conhecidas de Ridgeway (CLARKE, 2024).

Em 31 de janeiro de 2024, o *Noticais Finaciers* informou que a FGG resultou na identificação de Kevin Konther, que tinha 58 anos quando foi condenado em fevereiro de 2023. Konther foi preso em 2019 junto com seu irmão gêmeo, a quem foi julgado pelo estupro de uma menina de 9 anos em 1995 e de uma mulher de 32 anos em 1998 (CLARKE, 2024).

O *Lansing State Journal* de 2 de fevereiro de 2024 relatou que o FGG foi usado para identificar Douglas Laming, 70, como a pessoa que estuprou e assassinou Karen Umphrey em 1980. Ele relatou que a Othram, Inc. e seu banco de dados DNA Solves – que foram iniciados pela equipe de marido e mulher de David e Kristen Mittelman em 2018 com o objetivo explícito de ajudar a aplicação da lei – foram usados para encerrar o caso (CLARKE, 2024).

Em 21 de fevereiro de 2024, o Madison Courier em Indiana informou que o corpo de uma mulher grávida descoberto em maio de 1992 em um porão inundado de Fort Wayne havia sido identificado como Tabetha Ann Muslin usando FGG. A identificação foi simplificada pela presença dos perfis de seu pai, falecida mãe e duas tias no banco de dados (CLARKE, 2024).

Esses exemplos, retirados de alguns meses de reportagens da mídia, mostram a velocidade com que o FGG está sendo usado para fechar casos arquivados e dar um nome aos UHRs. Em 2022, a polícia sueca usou o FGG para identificar o autor de um duplo homicídio, o primeiro uso desse tipo na UE. A polícia das Filipinas está usando a MGF para identificar os pais de bebês de profissionais do sexo menores de idade, mostrando a disseminação da MGF em todo o mundo. Pode-se esperar que essa propagação continue (CLARKE, 2024).

Também pode se expandir drasticamente nos EUA se outras universidades seguirem o exemplo do Centro de Laboratório de Identificação Humana do Centro de Ciências da Saúde da Universidade do Norte do Texas. Em breve, o laboratório será totalmente credenciado para realizar genealogia forense, e as agências de aplicação da lei poderão usar esse recurso sem custo. Isso elimina efetivamente a maior restrição ao uso de FGG pela aplicação da lei - seu alto custo (CLARKE, 2024).

Mesmo sem as universidades que oferecem FGG gratuito, podemos esperar que o uso do método aumente à medida que as agências de aplicação da lei se acostumam com ele. Também podemos esperar que a polícia favoreça usá-lo em mais e diferentes tipos de casos, a

menos que seja impedido de fazê-lo por leis ou decisões judiciais. Afinal, é muito mais fácil entregar o trabalho investigativo aos cientistas, técnicos e genealogistas do que fazê-lo sozinho (CLARKE, 2024).

O presente tópico enriquece o debate e abre uma janela de múltiplas possibilidades para futuras investigações, com especial foco tema dos bancos de perfis genéticos privados e sua utilização pelas agências do sistema de justiça criminal e sua conformidade com os direitos fundamentais.

Embora o contexto norte-americano ofereça um exemplo de como os dados genéticos podem ser utilizados para fins investigativos em larga escala, o Brasil enfrenta desafios semelhantes em termos de privacidade e segurança de informações genéticas. O Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) tem suscitado preocupações sobre o armazenamento seguro e o uso potencialmente indevido de dados sensíveis, exigindo regulamentação rigorosa para garantir que a dignidade humana e a privacidade sejam protegidas.

CAPÍTULO 5: BANCOS DE PERFIL GENÉTICO

5.1 O Contexto Brasileiro

O contexto da presente investigação não trata, intencionalmente, da coleta de material genético para fins de localização de pessoas desaparecidas, circunstância que, em princípio, não apresenta qualquer potencial de violação de direitos e garantias fundamentais. Não trata, também, de material genético encontrado na cena de um crime, ainda que neste último caso se deva considerar todos os cuidados relativos à cadeia de custódia dos elementos eventualmente colhidos.

Antes de analisarmos a problemática envolvendo a manutenção (ou não) de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal, é essencial abordar a questão da impunidade como um fator central no aumento da criminalidade no Brasil.

A dificuldade nos processos investigativos em identificar os autores de delitos é destacada como um fator crítico, exacerbada pela falta de transparência nos dados de segurança pública e pela alta subnotificação, tornando desafiadora a avaliação das políticas de segurança em vigor (LOURDES, 2020, p. 499-520).

No percurso da discussão, o texto ofereceu uma retrospectiva sobre a evolução dos métodos de identificação, desde práticas antigas como o "Ferrete" até a consolidação do uso do DNA como ferramenta central de identificação criminal. A regulamentação no Brasil pela Lei nº 9.454, de 1997, para o número único de Registro de Identidade Civil, é citada como um marco legal nesse contexto histórico (LOURDES, 2020, p. 499-520).

Nesse sentido, a implementação e evolução dos bancos de dados de perfis genéticos no Brasil ocupam uma posição central no referido trabalho. Destaca-se o papel crucial do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), instituído em 2012, que utiliza o software CODIS para a comparação de perfis de DNA. A discussão ressalta a importância desses bancos na investigação policial, capazes de armazenar informações genéticas para a identificação em investigações criminais, podendo tanto indicar autoria como inocentar suspeitos.

Ao abordar a situação da criminalidade no Brasil, o artigo apresentou uma análise dos alarmantes índices de homicídios e violência sexual, destacando a baixa elucidação de crimes como uma raiz da impunidade. A análise de DNA é apontada como uma ferramenta crucial no

combate à criminalidade, embora o Brasil ainda não tenha atingido os níveis de eficiência de países como EUA e Reino Unido nesse aspecto (LOURDES, 2020, p. 499-520).

Nesse ínterim, o levantamento de questões éticas decorrentes da recente legislação brasileira, especialmente relacionadas à doação compulsória de amostras pelos condenados, é algo de suma importância.

A discussão sobre violações de princípios legais, como privacidade e não autoincriminação, é aprofundada, refletindo uma preocupação com a possível utilização indevida das informações genéticas para fins além da persecução penal. Essas questões éticas estão atualmente em debate público, ressaltando a importância de uma abordagem ponderada na implementação de políticas relacionadas a perfis genéticos no Brasil (LOURDES, 2020, p. 499-520).

Seguindo este caminho, ganha relevância o papel dos laboratórios de genética forense, especialmente aqueles que compõem a Rede Nacional de Genética Forense (RIBPG) no Brasil. Esses laboratórios desempenham um papel crucial na resolução de casos complexos, como identificação de cadáveres, crimes sexuais, paternidade e análise de amostras de locais de crime.

Os perfis genéticos armazenados nos bancos de dados, como o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), são utilizados para relacionar suspeitos aos locais de crime e identificar pessoas desaparecidas.

A RIBPG, composta por 20 (vinte) laboratórios, busca manter, compartilhar e comparar perfis genéticos para auxiliar investigações criminais. No entanto, sete estados brasileiros não faziam parte da rede até 2020, o que chama atenção para a importância da adesão estadual para a eficácia da rede, bem como da implantação de políticas de segurança pública baseadas em tecnologia e inteligência (LOURDES, 2020, p. 499-520).

Além disso, o referido trabalho acadêmico aborda a legislação brasileira relacionada aos bancos de dados de perfis genéticos, destacando a Lei nº 12.654, de 2012, que estabelece a coleta compulsória de material biológico para identificação criminal de condenados por crimes graves.

Uma visão abrangente sobre a importância dos laboratórios de genética forense, destacando a evolução do BNPG e os desafios enfrentados no cenário brasileiro, além da legislação relacionada e da necessidade de políticas eficazes nesse âmbito, permite um dos caminhos para fins de aprimoramento do tema, em especial, levando-se às inúmeras

consequências jurídicas, sociais, políticas e econômicas relacionadas aos bancos de dados de perfis genéticos (LOURDES, 2020, p. 499-520).

Nota-se que o contexto de violência persistente no Brasil, com elevadas taxas de homicídio e baixos índices de elucidação de crimes graves, destaca a insuficiência das políticas de segurança pública adotadas nos últimos anos, gerando uma crescente sensação de insegurança na sociedade.

Com a clareza de horizontes quanto ao cenário português, retomando o raciocínio derredor do cenário brasileiro, nesse sentido, a Lei nº 12.654 de 2012 (BRASIL) introduziu uma abordagem inédita ao estabelecer o cadastro genético de condenados e vestígios em um banco de dados nacional, visando aprimorar o intercâmbio de informações policiais e fortalecer a persecução penal com base em evidências técnicas e científicas robustas.

Assim, novamente citando a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), implementada a partir de 2013, ela deve ser encarada como um importante instrumento jurídico para impulsionar a eficiência na resolução de crimes, colocando o Brasil em uma posição acorde com o cenário global no uso do DNA para fins forenses, que apesar de contestações acadêmicas na área de bioética, de um modo geral, pode-se afirmar que impacta positivamente na perspectiva de interesse coletivo, sobretudo no âmbito da segurança pública, desde que mantendo-se atenta para a responsabilidade de preservação e sigilo dos dados genéticos.

Encerrando-se a contextualização que se faz necessária acerca da realidade brasileira, nota-se que os registros estatísticos indicam um crescimento gradual na RIBPG, mas os números de perfis genéticos cadastrados no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) ainda estão aquém dos padrões de países desenvolvidos. O aumento significativo em 2019 na inclusão de perfis genéticos de condenados demonstra uma correlação positiva com o avanço nas investigações (LOURDES, 2020, p. 499-520).

Diante desse cenário no Brasil, torna-se imperativo o apoio governamental aos órgãos periciais, tanto em termos de recursos humanos quanto de infraestrutura e tecnologia, para impulsionar o cadastro de perfis genéticos, especialmente de vestígios de locais de crime e condenados.

A finalização de projetos de integração e geolocalização de dados no BNPG é crucial para a redução dos indicadores de violência. A expectativa é que todos os estados da Federação se integrem à RIBPG em breve, acompanhados pela implementação de uma política robusta para valorizar o BNPG no Brasil, nos próximos anos.

As técnicas aplicadas à utilização do ácido desoxirribonucleico (DNA) associadas ao desenvolvimento da bioinformática viabilizaram a criação de bancos de perfis genéticos destinados à apuração de delitos.

O uso deste aparato foi regulamentado no Brasil pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012 e pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Na referida lei se autorizou a coleta de perfil genético quando a identificação criminal for considerada pelo juiz como essencial às investigações policiais e previu a obrigatoriedade da extração de material biológico e do cadastro de perfil genético em bancos de dados para condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave, ou por qualquer crime hediondo.⁸⁷

O Decreto nº 7.950/2013, por sua vez, instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, no âmbito do Ministério da Justiça, com o objetivo de armazenar, compartilhar e comparar os dados cadastrados nos bancos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

O Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) divulgou o XX Relatório Semestral com os dados referentes ao período de novembro de 2023 a 28 de maio de 2024. Atualmente, a rede é formada por 23 (vinte e três) laboratórios de genética forense vinculados a unidades de perícia estaduais, distrital e federal.⁸⁸

Até julho de 2024, o banco havia cadastrado 223.146 perfis genéticos, um crescimento significativo em relação aos números anteriores. Desses perfis, 147.458 são de indivíduos envolvidos em crimes, 28.007 são vestígios coletados em cenas de crime, e 16.258 são referentes a pessoas desaparecidas.

Também foi registrado aumento no número de coincidências confirmadas: foram 6.807, o que corresponde a 13,6%. Coincidências confirmadas são aquelas em que os perfis genéticos armazenados nos bancos de dados são confrontados em busca de relações que permitam

⁸⁷ No Brasil, a Lei nº 8.072, de 25 de Julho de 1990, com mudanças posteriores, dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, sendo considerados hediondos: a tortura; o tráfico de drogas; o terrorismo; o homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente; o homicídio qualificado; o latrocínio; a extorsão qualificada pela morte; a extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; o estupro; o atentado violento ao pudor; a epidemia com resultado morte; o genocídio; a falsificação; a corrupção ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889/56, tentado ou consumado (Veja Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40).

⁸⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *XX Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (Maio 2024)*. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xx-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-maio-2024-1.pdf/view>. Acesso em 4 set. 2024.

associar suspeitos a locais de crime ou diferentes locais de crime entre si. Com esse aumento, a taxa de coincidência chega a 24,30%, o que significa que, para cada vestígio de crime analisado, há 24,30% de probabilidade de ser encontrada alguma coincidência nos bancos de dados genéticos.

Outro dado que superou o relatório anterior foi o de investigações auxiliadas, que chegaram a 5.055, crescendo 12%. Em maio, o Banco Nacional de Perfis Genéticos alcançou o número de 325 identificações de pessoas que estavam desaparecidas, quantidade que aumentou 15% desde o último balanço.⁸⁹

O Banco Nacional de Perfis Genéticos também concentra dados de indivíduos condenados nos presídios brasileiros. No último período avaliado, vários laboratórios mantiveram essas coletas, o que resultou no crescimento de 8,2% no número desses perfis genéticos. Além disso, foram realizados trabalhos em outras frentes, como o processamento de vestígios de crimes sexuais e a análise de restos mortais não identificados.⁹⁰

Tendo em vista que as informações genéticas demandam uma tutela jurídica reforçada, pois afetam o núcleo mais profundo da intimidade do ser humano, busca-se analisar as questões bioéticas e jurídicas suscitadas pela adoção deste instrumento de biopoder, bem como refletir sobre suas consequências sociais.

Importante lembrar que no Brasil as duas Leis que definem as situações de coleta de amostras de referência para fins criminais são, a Lei nº 7210/1984 (Execução Penal) determina que indivíduos condenados pelos crimes dispostos em seu artigo 9º-A devem, obrigatoriamente, ter o perfil genético coletado, ao passo que a Lei nº 12037/2009 (Identificação Criminal) possibilita a coleta de material biológico nos casos em que a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

O Projeto de Coleta de Amostra de Condenados, iniciado em 2018, possibilitou um salto significativo no número de perfis de referência criminal nos bancos que compõem a RIBPG. Para se ter uma ideia, o Banco Nacional de Perfis Genéticos contava com apenas 7.872 perfis

⁸⁹ AGÊNCIA GOV. Cresce número de perfis genéticos cadastrados e pessoas desaparecidas identificadas no Banco Nacional Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202307/cresce-numero-de-perfis-geneticos-castrados-e-pessoas-desaparecidas-identificadas-no-banco-nacional>. Acesso em 15 ago. 2024.

⁹⁰ Ibidem.

genéticos dessa categoria em maio de 2018 e, atualmente, já são mais de 163 mil perfis genéticos de condenados cadastrados.⁹¹

Taysa Schiocchet, faz uma análise detalhada sobre a criação e regulamentação dos bancos de perfis genéticos no Brasil, com foco nos desafios jurídicos, éticos e sociais que envolvem essa tecnologia no âmbito da investigação criminal (SCHIOCCHET, 2014, p. 67-102).

A autora inicia sua análise abordando o paradoxo da técnica moderna, onde o sucesso das biotecnologias pode, paradoxalmente, levar a desrespeitos aos direitos humanos. A autora destaca as esperanças e preocupações associadas às descobertas na genética humana, especialmente no contexto de sua aplicação forense. Essa dualidade entre a potencialidade preventiva e os riscos éticos constitui a base para o debate jurídico sobre os bancos de perfis genéticos (SCHIOCCHET, 2014, p. 67-68).

O Brasil ainda sofre de uma "incipiência jurídica" em relação a esses avanços, o que se reflete na lacuna normativa que precisa ser preenchida pela criação de uma regulamentação adequada, destacando-se que a criação de bancos de perfis genéticos no Brasil levanta questões sobre o acesso ao corpo humano como fonte biológica e os direitos fundamentais envolvidos, como a integridade corporal, intimidade e autodeterminação informacional. A autora questiona se a coleta de material genético deve ser compulsória ou voluntária, ponderando sobre o princípio da não autoincriminação consagrado pela Constituição brasileira (SCHIOCCHET, 2014, p. 75-80).

A autora apresenta uma análise crítica da Lei nº 12.654, de 2012, que regula a identificação criminal por meio de DNA no Brasil, argumentando que, apesar da criação dessa lei, o processo legislativo que levou à sua implementação foi marcado por uma falta de transparência e discussão pública insuficiente. A criação dos bancos de perfis genéticos foi vista como uma medida para fortalecer a segurança pública, restando o alerta para o risco de violação de direitos fundamentais (SCHIOCCHET, 2014, p. 81-83).

A autora questiona, ainda, a eficácia dos bancos de perfis genéticos como uma solução para o combate à criminalidade no Brasil, destacando que, em países como o Reino Unido, a expansão dos bancos de DNA não resultou em um aumento significativo na resolução de

⁹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *XX Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (Maio 2024)*. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xx-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-maio-2024-1.pdf/view>. Acesso em 4 set. 2024.

crimes, sugerindo que o mesmo poderia ocorrer no Brasil. A criminalidade no Brasil, com suas características específicas, não seria resolvida apenas com a ampliação dos bancos de perfis genéticos (SCHIOCCCHET, 2014, p. 88-90).

Schiocchet identifica quatro grandes desafios para a utilização dos bancos de perfis genéticos no Brasil: a capacitação dos profissionais envolvidos, a compreensão dos cálculos de probabilidade genética, a definição clara do conteúdo dos laudos periciais, e a necessidade de uma comissão interdisciplinar para discutir continuamente as questões emergentes relacionadas à tecnologia genética e embora a criação de um banco de perfis genéticos possa contribuir para a eficácia judicial, a redução da criminalidade é incerta e devem ser acompanhados de rigorosos controles legais e técnicos para garantir a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, evitando a estigmatização e outras violações (SCHIOCCCHET, 2014, p. 100-102).

Na abordagem do tema, Claudia Fonseca apresenta uma análise sobre a aprovação da Lei nº 12.654/12 no Brasil, que regulamenta a criação de um banco de perfis de DNA para crimes violentos, destacando o preenchimento por tal norma das lacunas na legislação brasileira sobre o assunto, sendo necessário um debate público sobre os efeitos práticos e éticos das novas tecnologias forenses (FONSECA, 2014, p. 167-196).

A autora analisa como as mediações jurídicas moldam os efeitos da tecnologia de DNA, mencionando exemplos como o "Projeto Inocência" nos Estados Unidos, que utiliza o DNA para reverter condenações errôneas. Muito embora esses usos possam ser positivos, o banco de dados de DNA também pode criar tipos de seres humanos ao categorizar indivíduos com base em características genéticas (FONSECA, 2014, p. 169-174).

Fonseca aprofunda a ideia de que a tecnologia de DNA não só identifica indivíduos, mas também ajuda a criar "tipos" de pessoas, influenciando suas identidades. Ela faz referência aos trabalhos de Ian Hacking e Nikolas Rose para argumentar que o uso do DNA em contextos criminais pode levar a uma "genetização" da sociedade, onde características genéticas se tornam centrais na definição de identidade e comportamento (FONSECA, 2014, p. 175-180).

Ela introduz o conceito de "figurações", que descreve como diferentes atores, incluindo a mídia, o direito, e categorias profissionais, que constroem e promovem certas imagens e narrativas sobre a tecnologia de DNA, criticando o "otimismo" promovido pela mídia e pelos defensores da tecnologia, que frequentemente omitem os riscos e as limitações associadas ao uso forense do DNA (FONSECA, 2014, p. 182-190).

A autora conclui seu trabalho discutindo as questões de governança associadas ao uso do DNA para fins criminais, argumentando que as tecnologias não são neutras e que o banco de dados de DNA faz parte de uma rede global de vigilância e controle, ressaltando a necessidade de um debate público mais aprofundado e de uma governança tecnológica que leve em consideração as implicações sociais e éticas dessas práticas (FONSECA, 2014, p. 190-196).

Na visão de Clara Borges e Deise Nascimento, a Lei nº 13.964/2019⁹² que alterou a normativa até então vigente segue merecendo as mesmas críticas, segundo as autoras, o uso de bancos de perfis genéticos pode perpetuar a violação de direitos fundamentais garantidos pela Constituição brasileira, especialmente no que diz respeito ao direito à privacidade e à presunção de inocência. A coleta e o armazenamento de dados genéticos, sem o devido cuidado com questões éticas e legais, podem levar a abusos por parte do Estado (BORGES; NASCIMENTO, 2021, p. 10-12).

As autoras destacam que o uso desses bancos tende a reforçar desigualdades sociais e raciais, uma vez que os dados genéticos coletados frequentemente pertencem a populações vulneráveis, como negros e pobres. Isso cria uma espécie de "vigilância genética" desproporcional sobre essas comunidades, ampliando a discriminação (BORGES; NASCIMENTO, 2021, p. 15-17).

A crítica central do trabalho das autoras é como a necropolítica se manifesta através do controle social exercido por meio de bancos genéticos. As autoras argumentam que esses bancos não são apenas uma ferramenta para a segurança pública, mas também um mecanismo

⁹² Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. [...]

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.” (NR)

“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: [...]

VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

de controle social que, em última análise, pode ser usado para justificar a marginalização e até a eliminação de certas populações. (BORGES; NASCIMENTO, 2021, p. 18-21)

Já na compreensão de Bruno Trindade e João Neto, quando abordam a constitucionalidade da legislação brasileira de regência do Banco Nacional de Perfis Genéticos, os autores tratam do que conceituam como “constitucionalidade chapada”, quando há anuência do indivíduo para a coleta do DNA, sendo a medida vista como constitucional sem maiores controvérsias (TRINDADE; NETO, 2018, p. 182-184).

Já o que denominam de “*hard case*”, ou seja, a coleta compulsória de DNA, argumentam que, apesar de ser uma medida coercitiva, ela seria proporcional e necessária para a proteção de direitos fundamentais como a vida e a segurança (TRINDADE; NETO, 2018, p. 184-193).

Os autores concluem que a Lei nº 12.654/2012 é constitucional, pois respeita os princípios da dignidade humana, proporcionalidade e necessidade. A obrigatoriedade de coleta de DNA, embora invasiva, seria justificada pelos benefícios para a segurança pública e a prevenção de crimes graves (TRINDADE; NETO, 2018, p. 193-195).

Destaque-se, por oportuno, como destacado na conclusão da presente tese, opinião da qual divergimos, diante da visível violação de direitos fundamentais, em especial o da sua integridade física e do direito de não fazer prova contra si.

5.2 Audiência Pública no Recurso Extraordinário (RE) nº 973.837

A fim de observar todos os atores envolvidos na discussão analisada, pretende-se observar os *amici curiae* envolvidos no RE (recurso extraordinário) que trata do tema no STF (Supremo Tribunal Federal brasileiro) e que rendeu ensejo à audiência pública “Manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal”. Quais são eles? Quais os interesses e a natureza das contribuições oferecidas para o processo? São os mesmos que participaram da audiência pública? São a favor ou contra este armazenamento?

Quais os discursos envolvidos na audiência? Almeja-se mapear as divergências e convergências e traçar perfis semelhantes dos discursos.

O STF, em 23 de junho de 2016, por unanimidade, entendeu pela existência de questão constitucional a ser debatida, portanto, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, com a designação de audiências públicas. As audiências públicas, no âmbito do Poder Judiciário, foram previstas, inicialmente, pelas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99,

que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante”, debatidas no Tribunal.

A audiência pública aqui analisada possui total pertinência com o tema desta investigação e de tese por tratar dos limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações, o que, inclusive, é objeto de discussão em diversos sistemas jurídicos.

No Brasil são passíveis de privacidade os dados e informações do DNA relativas aos traços somáticos ou comportamentais. Debate-se a possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III⁹³; art. 5º, X, LIV e LXIII, da Constituição Federal brasileira. Por meio desta audiência pública, além dos discursos orais, também se procedeu à análise documental dos arquivos que instruem o processo, a fim de realizar uma análise completa do caso.

A audiência pública aqui abordada foi convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, nos termos do art. 21, XVII, e do art. 154, III, do Regimento Interno do STF (RISTF), para colher-se o depoimento de pessoas conhecedoras de Genética e sua aplicação à investigação forense, além de estudiosos do tema e juristas. A audiência foi transmitida pela TV Justiça e Rádio Justiça (art. 154, parágrafo único, V, do RISTF), assim como pelas demais emissoras que assim

⁹³ Art. 1º 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.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

o requereram. Dessa forma, as gravações estão disponíveis publicamente em vídeo para acesso e análise e as degravações encontram-se como anexo da presente tese.⁹⁴

De todo modo, para que se possa contextualizar, inclusive, compreensões doutrinárias que se posicionam no sentido da (i) constitucionalidade da legislação brasileira, o foco na autodeterminação informativa como critério de constitucionalidade do uso do DNA para fins de persecução penal é defendido por Cunha e Schiocchet (2021, p. 540).

A decisão do Tribunal Constitucional Alemão destaca um ponto crucial no debate sobre o uso de perfis genéticos para fins de persecução penal: a proteção do direito fundamental à autodeterminação informativa. Segundo essa decisão, o uso de DNA para a coleta de perfis genéticos, desde que se limite a acessar apenas a parte não-codificante⁹⁵ descarte imediato da amostra, não infringe o núcleo essencial do direito à privacidade.

No entanto, o tribunal reconhece que o armazenamento e a utilização futura desse perfil genético implicam uma violação mais significativa do direito à autodeterminação informativa, garantido pela Constituição alemã (Art. 2, em conexão com o Art. 1, parágrafo 1, GG).

O direito à autodeterminação informativa, conforme a decisão, pode ser limitado, mas apenas em circunstâncias muito específicas. A limitação só seria justificável caso haja uma lei que autorize tal medida e se o interesse público prevalecer sobre a proteção dos direitos individuais. Além disso, essa limitação deve observar o princípio da proporcionalidade, ou seja, a medida adotada deve ser adequada, necessária e proporcional ao fim pretendido.

Essa decisão ilustra bem a tensão existente entre a segurança pública, por um lado, e os direitos fundamentais, como a privacidade e a autodeterminação informativa, por outro. O uso de tecnologias como a coleta e armazenamento de perfis genéticos na persecução penal exige um equilíbrio entre esses dois interesses, com uma forte ênfase na necessidade de salvaguardar

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Armazenamento de perfis genéticos de condenados por Crimes violentos ou hediondos - Recurso extraordinário 973.837*. Ministro-relator Gilmar Mendes Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf. Acesso em: 10. abr. 2024.

⁹⁵ A divisão entre região codificante e não-codificante do DNA está diretamente relacionada aos perfis genéticos, pois um dos principais argumentos da “inofensividade” do perfil genético é que ele é retirado da parte não-codificante do DNA, que não produz proteínas e, por isso, não teria função no organismo. Assim, a análise dessa parte do DNA não poderia revelar informações pessoais. Entretanto, atualmente já foram identificadas diversas funções para as áreas não-codificantes do DNA, razão pela qual essa divisão hoje já não basta para impedir a revelação de informações pessoais, tanto é que ela não é adotada pela legislação alemã.

os direitos dos indivíduos e garantir que qualquer limitação a esses direitos seja rigorosamente justificada e regulamentada.

No contexto brasileiro, essa decisão pode servir como um ponto de referência para o debate sobre a utilização de bancos de dados genéticos no sistema penal, especialmente no que se refere à proteção da privacidade genética e ao princípio da proporcionalidade na aplicação de tais tecnologias.

O argumento exposto reflete uma análise profunda sobre a coleta e armazenamento de perfis genéticos no Brasil, à luz de um modelo de proteção de dados e direitos fundamentais que ainda está em desenvolvimento no país, mas que já se beneficia de marcos importantes, como a Constituição Federal de 1988 e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A jurisprudência alemã, que enfatiza a necessidade de fundamentação na análise de proporcionalidade para a limitação do direito à autodeterminação informativa, serve como uma valiosa referência para o Brasil, especialmente no contexto da questão da coleta compulsória de perfis genéticos.

A discussão sobre a constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais, que prevê a inserção de perfis genéticos em banco de dados, traz à tona a necessidade de se refletir sobre os direitos individuais e a proteção da privacidade, temas que, como apontado, são frequentemente negligenciados no debate público brasileiro. O fato de a jurisprudência brasileira ainda não ter dado destaque ao direito à autodeterminação informativa não significa que esse direito não seja relevante ou que ele não deva ser integrado à análise jurídica das questões relativas ao uso de tecnologias penais, como os bancos de perfis genéticos. Ao contrário, a inserção desse direito no debate jurídico, com base no entendimento da jurisprudência internacional, pode trazer uma solução mais robusta e equilibrada para a questão, respeitando tanto os direitos fundamentais dos indivíduos quanto as necessidades de investigação criminal.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ao consagrar a autodeterminação informativa como um dos pilares para a proteção dos dados pessoais, também abre caminho para uma maior conscientização sobre a importância da proteção da privacidade, inclusive no contexto penal. No entanto, a própria exceção prevista na LGPD, que permite o tratamento de dados pessoais para fins de investigação e repressão penal, deve ser interpretada de forma restritiva, de modo a não comprometer a integridade dos direitos fundamentais. A lei, portanto,

exige que o tratamento de dados, incluindo os dados genéticos, seja sempre justificado, proporcional e respaldado por uma legislação específica que contemple a observância de princípios fundamentais, como a necessidade e a proporcionalidade da medida.

A análise de proporcionalidade proposta no texto enfatiza que a coleta de perfis genéticos deve ser fundamentada em evidências concretas de sua eficácia para a segurança pública e em uma avaliação detalhada dos riscos e benefícios dessa tecnologia. O uso de DNA como prova, por mais precisa que seja em relação a outras técnicas forenses, não está isento de falhas e riscos, como a possibilidade de erro técnico ou interpretação subjetiva. Além disso, o DNA pode revelar informações sensíveis que vão além da identidade genética de uma pessoa, o que reforça a necessidade de uma regulação clara e cuidadosa sobre a utilização dessa tecnologia.

Em última análise, a regulação dos bancos de perfis genéticos no Brasil deve buscar o equilíbrio entre a eficácia da investigação penal e a proteção dos direitos fundamentais, especialmente o direito à privacidade e à autodeterminação informativa. O Supremo Tribunal Federal tem um papel crucial nesse processo, pois suas decisões podem moldar a forma como a legislação brasileira vai lidar com essas questões no futuro, sempre com a necessária observância da proporcionalidade e dos princípios constitucionais.

O STF, em 23 de junho de 2016, por unanimidade, entendeu pela existência de questão constitucional a ser debatida, portanto, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, com a designação das audiências públicas por parte do Relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, o voto seguido à unanimidade da Corte, quanto ao reconhecimento da repercussão geral, restou assim resumido:

Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se debruçou sobre a questão em algumas oportunidades.

Em Van der Velden contra Holanda, 29514/05, decisão de 7.12.2006, o Tribunal considerou que o método de colheita do material – esfregação de cotonete na parte interna da bochecha – é invasivo à privacidade. Também avaliou como uma intromissão relevante na privacidade a manutenção do material celular e do perfil de DNA. Quanto a esse aspecto, remarcou-se não se tratar de métodos neutros de identificação, na medida em que podem revelar características pessoais do indivíduo. No entanto, a Corte avaliou que a adoção da medida em relação a condenados era uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes.

No caso S. e MARPER contra Reino Unido (decisão de 4.12.2008), o Tribunal afirmou que a manutenção, por prazo indeterminado, dos perfis genéticos de pessoas

não condenadas, viola o direito à privacidade, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por outro lado, no caso *Peruzzo e Martens contra Alemanha* (30562/04 e 30566/04, decisão de 4 de dezembro de 2008), considerou-se manifestamente infundada a alegação de que a manutenção, em bancos de dados estatais, de perfis genéticos de condenados por crimes graves violaria o direito à privacidade.

De tudo se extrai o reconhecimento de que as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada – privacidade genética.

No caso brasileiro, a Lei 12.654/12 introduziu a “coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”, em duas situações: na identificação criminal (art. 5º, LVIII, CF, regulamentado pela Lei 12.037/09) e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A).

Cada uma dessas hipóteses tem um regime diferente. Na identificação criminal, a investigação deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se a medida é “essencial às investigações” (art. 3º, IV, combinado com art. 5º, parágrafo único). Os dados poderão ser eliminados “no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.

Os dados dos condenados, por outro lado, serão coletados como consequência da condenação. Não há previsão de eliminação de perfis.

Em ambos os casos, os perfis genéticos são armazenados em banco de dados. Os dados podem ser usados para instruir investigações criminais (art. 9-A, §2º, da Lei 7.210/84) e para a identificação de pessoas desaparecidas (art. 8º do Decreto 7.950/13).

São instrumentos de proteção da privacidade o caráter sigiloso dos dados e a vedação da inclusão de informações relativas aos “traços somáticos ou comportamentais”, salvo quanto ao gênero – art. 5º-A, §1º.

A inclusão e manutenção de perfil genético de condenados em banco de dados estatal não é aceita, de forma unânime, como compatível com direitos personalidade e prerrogativas processuais, consagrados pelo art. 5º da CF. Há decisões de Tribunais de Justiça afastando a aplicação da lei.

O STF já acolheu reclamações do Ministério Público, fundadas na Súmula Vinculante 10, contra atos de Tribunal de Justiça mineiro que afirmavam a inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, sem observar a reserva de plenário – Reclamações 19.843, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 25.6.2015; 19.208, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 9.9.2015; 20.950, Cármen Lúcia; 23.163, Teori Zavascki.

Trata-se de questão constitucional que tem relevância jurídica e social.

No caso concreto, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar.

Ante o exposto, voto por reconhecer a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.

Em 31 de janeiro de 2018, a Procuradoria-Geral da República atuando diante do STF, juntou parecer nos autos sustentando a constitucionalidade da lei, entendendo se tratar de um direito do Estado a identificação criminal, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da legalidade e da proporcionalidade e de outros direitos constitucionais envolvidos, assim como orientação da UNESCO⁹⁶, entendendo que a coleta realizada por método indolor ou pouco

⁹⁶ “Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada, em 2005, pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO:[...] Art. 9º. A privacidade dos indivíduos envolvidos e a confidencialidade de suas

invasivo pode ser realizada independentemente da anuência do agente e por meio coercitivo, o que não afrontaria a “prerrogativa” contra a autoincriminação.

As audiências públicas ocorreram no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) 973.837⁹⁷, que possui o tema 905 da repercussão geral (Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal) e contou com a participação de 17 (dezessete) expertos de áreas diversas para tratar do tema do armazenamento de perfis genéticos de criminosos. Analisar-se-á os discursos de cada um deles a seguir, categorizando os argumentos apresentados e se são a favor ou contra o uso do DNA pelo Estado.

O primeiro dia da audiência contou com a fala de 5 (cinco) participantes. O primeiro deles, perito criminal Douglas Hares, do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), explicou na audiência brasileira como funciona o banco de dados com informações genéticas de condenados e detidos nos Estados Unidos. Segundo ele, nos anos 1980, o exame de DNA se tornou muito popular nos EUA e vários estados aprovaram leis para permitir a coleta de amostras do material genético de suspeitos de crimes. O FBI, então, reconheceu a importância do assunto e iniciou um projeto para que houvesse a troca dessas informações pelos estados. Em 1994 foi editada uma lei federal que permitiu estabelecer um banco nacional de dados⁹⁸. Ao longo do tempo foram sendo criadas medidas para garantir a privacidade das pessoas, como a obrigatoriedade de que apenas os investigadores possam compartilhar as informações. Ele afirmou que a Justiça dos EUA já considerou constitucional o banco de dados. O entendimento é de que o DNA é uma evidência física e que não se trata de autoincriminação.

A senhora Debbie Smith da *Hope Exists After Rape Trauma* (HEART), representando vítimas de crimes sexuais nos EUA. A Sra. Smith relatou um caso de abuso sexual sofrido por si mesma. O agressor foi preso por conta do DNA coletado no exame após o crime e do banco

informações devem ser respeitadas. Com esforço máximo possível de proteção, tais informações não devem ser usadas ou reveladas para outros propósitos que não aqueles para os quais foram coletadas ou consentidas, em consonância com o direito internacional, em particular com a legislação internacional sobre direitos humanos.”

⁹⁷ Recurso extraordinário em que se discute, à luz do princípio constitucional da não autoincriminação e do art. 5º, II, da Constituição Federal, a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei nº 7.210/1984, introduzido pela Lei nº 12.654/2012, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.

⁹⁸ Em 1994, a *DNA Identification Act*, contida na *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*, autorizou ao *Federal Bureau of Investigation* (FBI) a criar um banco de dados de perfis de DNA, no âmbito federal. A esse sistema informático se denominou *Combined DNA Index System* (CODIS), que iniciou suas operações em 1998. Na atualidade, os 50 (cinquenta) Estados da Federação norte-americana e mais Porto Rico, além das bases de dados militares estão conectados a esse sistema informático. (JIMINIÁN, 2019, p. 52)

de dados existente no país para identificar o autor 6 (seis) anos após, quando a lei federal acima citada pelo Sr. Hares permitiu o armazenamento dessa informação no país. O argumento principal da Sra. Smith é que o DNA não serve para incriminar, mas para ajudar a identificar o autor do crime.

Já o perito Ingo Bastisch, do Departamento Federal de Polícia Criminal da Alemanha, lembrou durante sua participação que o registro do DNA é bastante utilizado nos países europeus e bem aceito no processo criminal. Afirmou também, que o uso mais extensivo do DNA pode prevenir crimes. O banco é uma ferramenta de investigação criminal, cujas amostras não podem conter o nome da pessoa que teve o material coletado, apenas as iniciais. Bastisch afirmou que a análise de DNA já foi considerada constitucional pelo Judiciário alemão. Por fim, concluiu com a informação sobre o não uso dos genes para a identificação sobre os crimes, nos moldes abaixo:

Se você olhar para os genes, é muito difícil dizer, sob uma perspectiva biológica, quais os genes que realmente significariam. Um gene pode sempre significar uma característica física e psicológica, e você tem que olhar de forma mais cuidadosa sobre o que você pode ou não pode fazer. E o propósito da lei é a identificação. E, para a identificação, você não precisa entrar nos genes. E até mesmo não entrar nos genes, porque os genes mostram mais similaridades entre os indivíduos na parte não codificada. (p.55)

O representante da Academia Brasileira de Ciências Forenses, João Costa Ribeiro Neto, inicia sua fala com a síntese da questão central da audiência pública “o banco nacional de perfis genéticos é ou não constitucional? É constitucional a coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos? E de investigados?” (p. 56). Ele responde essas questões entendendo, como sendo constitucional, a seu modo de ver, por não violar o direito de não produzir provas contra si mesmo, a partir da extração do DNA pelo *swab* bucal, por não ser um método invasivo, nem exigir comportamento ativo por parte do acusado.

Ou seja, o referido perito, entende que obrigar o acusado a fazer essa coleta de forma não invasiva de material genético, se assemelharia a obrigá-lo a participar de um reconhecimento de pessoas, ou à sua condição coercitiva ao interrogatório⁹⁹. É então que ele defende a constitucionalidade, por não violar a dignidade humana. E que o DNA poderia ser colhido na busca e apreensão de materiais pessoais. O Sr. Ribeiro Neto também apresenta jurisprudência canadense que mostra não ser permitida a retenção do DNA de menor infrator, mas que isso não se aplicaria ao caso brasileiro, pelo princípio da proibição de proteção

⁹⁹ É digno de destaque que hoje no Brasil, a condução coercitiva do acusado é considerada ilegal, desde 2019, por decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF's) n°s 395/DF e 444/DF.

insuficiente. Conclui com exemplos brasileiros de casos solucionados anos depois da prática do crime pelo Banco Nacional de Perfis Genético e demonstra a importância de se ter um banco de âmbito nacional, pela comunicação entre os estados da federação.

Ou seja, a Lei nº 12.654 não seria apenas constitucional, como sustenta ele, é uma exigência da própria Constituição. Pois, o Estado teria “o dever de usar a tecnologia para punir criminosos e proteger inocentes injustamente acusados”. (p. 65) “[...] A Lei não viola o que se tem chamado no exterior de privacidade informativa, *informational privacy*, ou mesmo a autodeterminação informativa, a *informationelle Selbstbestimmung*, do Direito alemão” (p. 70).

Já o Perito Criminal, Guilherme Jaques, inicia sua fala respondendo ao questionamento: “Por que são armazenados dados não codificantes?” O Sr. Jaques explica que o material biológico é obtido a partir das células e que contém o DNA, ele contém características físicas ou de saúde, mas contém outras informações que são altamente variáveis. São essas informações que são utilizadas por permitirem uma identificação mais precisa das pessoas. Assim, “não é um banco de dados de DNA, nem um banco de dados de material biológico, é um banco de dados de perfis genéticos”. Ele utilizou como exemplo o próprio perfil genético para reforçar que não há exposição com esse dado. E comparou à exposição de uma impressão digital ou de uma fotografia. “O perfil genético é utilizado de forma comparativa e eliminatória com os vestígios deixados na cena do crime. Quando não há suspeitos o DNA pode auxiliar usando o banco de dados. É possível ainda comparar crimes diversos com semelhanças no *modus operandi* para buscar eventualmente o mesmo autor”. O Sr. Jaques apresenta ainda, o argumento do direito à vida como um dos que estão sendo tratados nessa discussão do uso de banco de dados.

Outro argumento utilizado é o de que a entrada tardia do Brasil, apenas em 2012, nesse campo de utilização da tecnologia do DNA, com a lei compatível, passaria a permitir que o país se utilize de experiências de toda a comunidade internacional e das convenções internacionais que regem o assunto e tratam da proteção de dados genéticos. O caso denominado midiaticamente como o “Maníaco de Contagem”¹⁰⁰ teve ampla repercussão no Congresso

¹⁰⁰ O denominado, Maníaco de Contagem, se chamava Marcos Antunes Trigueiro, nascido em 29 de maio de 1978, em Brasília de Minas, Minas Gerais. Ele foi condenado a 170 anos de prisão pelos seus crimes, o assassino possuía um histórico marcado pela negligência dos pais e uma vida adulta solitária. Mas o que realmente tornava Marcos um homem assustador era seu padrão de execução, que definiu a vida e morte de diversas mulheres em Minas Gerais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/conheca-o-caso-maniaco-de-contagem/>. Acesso em 28 jul. 2024.

Nacional brasileiro por haver causado diversas vítimas, pois se à época houvesse um banco para confrontar com o DNA da primeira vítima se poderia tentar evitar as demais.

O microssistema regulatório no tema foi criado com a lei (Lei nº 12.654/2012), a partir do regulamento por um decreto (Decreto nº 7.950/2003) que criou o Banco Nacional de Perfis Genéticos, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) e um comitê gestor. Já o Decreto nº 9817/2019, criou a Comissão de Qualidade do Comitê Gestor. O funcionamento do referido órgão se dá por meio de Resoluções e Portarias.

Esse microssistema, segundo Sr. Jaques possibilita a valorização da prova pericial e evita a condenação equivocada de pessoas inocentes pelo Estado, em um contexto de Estado Democrático de Direito. Além de apresentar um efeito inibitório da criminalidade em sua compreensão. Além disso, a técnica do DNA segundo o Sr. Jaques, que, como já se afirmou, é perito criminal, identifica vestígios biológicos do crime no passado, não haveria, portanto, uma estigmatização dos suspeitos. O referido profissional destaca a preocupação na associação desta tecnologia, com o positivismo criminológico, de Cesare Lombroso, que trata do criminoso nato e da higienização social, que segundo ele, não diz respeito ao avanço tecnológico aqui tratado.

No segundo dia dos debates, os trabalhos da audiência pública foram abertos com a fala de Meiga Meneses, Perita do Instituto Nacional de Criminalística. A Sra. Meneses reforçou o argumento de que o DNA é capaz de inocentar falsos acusados e identificar os autores verdadeiros do crime. Haveria, segundo ela, um comparativo, que precisa de suspeitos, o que segundo a profissional, derrubaria a ideia de estigmatização de suspeitos. Ela relembra que o microssistema legal pelo Sr. Jaques marcaria a entrada da legalização, em 2012, do exame de DNA na segurança pública, no entanto, a tecnologia teria surgido em meio científico/acadêmico em 1984, e, em 2003, havia alguns poucos laboratórios oficiais de genética forense. O embrião do que hoje é o banco de perfis genéticos teria se iniciado com “acordos de cooperação com os Estados, com universidades, para a capacitação dos peritos e para implantação dos laboratórios” (p. 98). O *software* utilizado hoje pelo Brasil é o CODIS. Esse uso se iniciou 2009, por meio de um acordo entre o FBI e a Polícia Federal brasileira. A Sra. Meneses tratou do microssistema regulatório e complementou que o Comitê da RIBPG publicou seis resoluções¹⁰¹, trazendo dados do uso da tecnologia no Brasil.

¹⁰¹ O Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) divulgou o XVIII Relatório Semestral com os dados referentes ao período entre novembro de 2022 a maio de 2023. Atualmente, a rede é formada por 22 laboratórios de genética forense vinculados a unidades de perícia estaduais, distrital e federal. Conforme o documento, o Banco Nacional de Perfis Genéticos teve um incremento de 16.220 perfis genéticos, o que equivale a um aumento de 9,2% no último semestre. O total de amostras do BNPG é de 191.723 (147.458

Também participe da audiência pública aqui tratada, o Subprocurador Geral da República Odim Brandão questionou a Sra. Meneses, se a coleta do material de DNA feita de forma imperita, imprudente ou negligente poderia gerar um resultado contrário ao esperado, prejudicial ao réu, a exemplo de misturar o DNA ou trocar perfis dos casos.

A Sra. Meneses afirmou que a mistura de DNA's é um tema debatido em todo o mundo, na comunidade de genética forense, mas afirmou que dada a sensibilidade, existiria todo um cuidado na manipulação desses materiais biológicos pelos investigadores, sendo que toda a coleta está prevista nos protocolos da RIBPG. O laboratório da Polícia Federal, inclusive, possui certificação ISO 17025. Além disso, “o DNA detalha bastante como que esse vestígio pode ser coletado, justamente para evitar ao máximo a contaminação ou a coleta equivocada” (p. 119).

O Defensor Público, Flávio Lellis, outro participante da audiência pública, insiste na pergunta do Sr. Brandão e questiona sobre eventuais erros, mas não no momento da manipulação do DNA no laboratório, e sim, antes, no momento da coleta.

A Sra. Meneses reafirmou que “há um grande esforço e cuidado para o treinamento dessas equipes de locais de crime, justamente para evitar essa coleta com contaminação, equivocada” (p. 120).

A coleta de materiais em pessoas presas foi outro tema abordado na discussão e se haveria esclarecimento ao acusado da finalidade desta coleta. A Sra. Meneses afirmou que a Vara de Execução Penal (VEP) é quem, geralmente, atua nessa coleta.

O Perito Criminal do Instituto Nacional de Criminalística, Mauro Mendonça Magliano, alertou que toda a estratégia de Inteligência de segurança pública é feita a partir de bancos de dados, que geram estatísticas úteis para os peritos e a investigação. Ele então apresentou parte

indivíduos cadastrados criminalmente, 28.007 vestígios e 16.258 referentes a pessoas desaparecidas). Também foi registrado aumento no número de coincidências confirmadas: foram 6.807, o que corresponde a 13,6%. Coincidências confirmadas são aquelas em que os perfis genéticos armazenados nos bancos de dados são confrontados em busca de relações que permitam associar suspeitos a locais de crime ou diferentes locais de crime entre si. Com esse aumento, a taxa de coincidência chega a 24,30%, o que significa que, para cada vestígio de crime analisado, há 24,30% de probabilidade de ser encontrada alguma coincidência nos bancos de dados genéticos. Outro dado que superou o relatório anterior foi o de investigações auxiliadas, que chegaram a 5.055, crescendo 12%. Em maio, o Banco Nacional de Perfis Genéticos alcançou o número de 325 identificações de pessoas que estavam desaparecidas, quantidade que aumentou 15% desde o último balanço. O Banco Nacional de Perfis Genéticos também concentra dados de indivíduos condenados nos presídios brasileiros. No último período avaliado, vários laboratórios mantiveram essas coletas, o que resultou no crescimento de 8,2% no número desses perfis genéticos. Além disso, foram realizados trabalhos em outras frentes, como o processamento de vestígios de crimes sexuais e a análise de restos mortais não identificados. Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202307/cresce-numero-de-perfis-geneticos-cadastrados-e-pessoas-desaparecidas-identificadas-no-banco-nacional#:~:text=O%20Comit%C3%AA%20Gestor%20da%20Rede,per%C3%ADcia%20estaduais%2C%20distrital%20e%20federal>. Acesso em 28 jul. 2024.

desses números do Sistema Nacional de Estatística e de Segurança Pública e Justiça Criminal (SINESPJC). O Sr. Magliano apresentou a questão da reincidência como um ponto importante para o uso dos bancos de dados, a fim de evitar a impunidade nesses casos, que segundo os dados por ele apresentados são a maioria. Ademais, ele tratou da questão da privacidade, alegando não haver relação com o perfil genético e que hoje vivemos um mundo totalmente vigiado e cuja privacidade é violada a todo instante em diversas situações.

O Defensor Público Flávio Elias questionou: “qual modelo seria o ideal para nós adotarmos aqui: o modelo alemão, onde há uma separação do policial para o cientista; ou o modelo americano, que é o próprio FBI que tem a investigação e a parte da perícia?”

O Sr. Magliano afirmou que a atuação conjunta do Brasil tem se mostrado eficaz por reduzir a burocracia dos trâmites de um órgão para outro, além do risco da transferência de material biológico em grande volume.

Ademais, o Defensor Público Flávio Elias questionou como é possível proporcionar que parte do DNA que contém informações físicas seja preservada, como os expositores anteriores demonstraram, e se a legislação brasileira tem elementos para essa garantia.

O Sr. Magliano então alertou que os laboratórios possuem os procedimentos operacionais padrão publicados e registrados, que determinam as técnicas de análise. Há também o “teste de proficiência, em que nós medimos a proficiência de cada laboratório, de cada perito, e verificamos se há uma necessidade de capacitação ou algum erro”. Os equipamentos então demonstram a compatibilidade buscada.

O Perito Criminal do Instituto Nacional de Criminalística, Ronaldo Carneiro da Silva Júnior, apresentou elementos técnicos sobre o DNA de forma mais detalhada do que os demais colegas peritos que expuseram antes, explicando o porquê se utiliza apenas a parte não codificante do DNA na investigação de crimes.¹⁰²

¹⁰² Sobre o DNA o referido Perito Criminal asseverou que: “O DNA é uma molécula que contém informações genéticas e está presente na maioria das células [...] à exceção de gêmeos idênticos, e cada pessoa recebe metade do seu material genético do seu pai e a outra metade da sua mãe [...] O conjunto de características de DNA que individualizam uma pessoa é chamado de perfil genético ou perfil de DNA. O processo em que se obtém esse perfil genético e a comparação é chamado de exame de DNA [...] Perfil genético é utilizado na investigação criminal para relacionar suspeitos a vestígios - é uma forma de identificação, como diversos já colocaram aqui. Podemos identificar alguém por antropologia, por biometria, por impressão digital e por perfil genético [...] O genoma humano é composto de 23 pares de cromossomos. Dentro de todo esse DNA, existe uma parte codificante e uma parte não codificante. O que isso significa? A parte codificante é aquela que está relacionada à produção de alguma característica, não necessariamente característica física, mas a composição do próprio corpo humano. Sabemos que um elevadíssimo percentual do DNA, mesmo o codificante, é comum a todos nós, porque nosso corpo funciona da mesma forma, nossos órgãos são os mesmos. A forma de funcionamento do corpo é igual. Um pequeno percentual é o que nos diferencia. Seria a cor dos olhos, a cor da

Ademais, o Sr. Ronaldo Caneiro demonstrou que todos os passos para tratamento desse material biológico possuem regras, descritas na Instrução Técnica nº 29¹⁰³, dentre elas a necessidade de a pessoa ser informada ou dos casos de recusa da coleta. “A coleta compulsória de material biológico para fins de identificação criminal, ela deve ser realizada mediante despacho da autoridade Judiciária, em conformidade com o disposto no inciso IV, do art. 3º da Lei nº 12.037/2009” (p. 152).

Nesse sentido, as etapas para obtenção do perfil genético, que alimentará o Banco Nacional de Dados, cuja constitucionalidade está sendo debatida na audiência pública, são: 1ª- coleta (pelo uso do *swab*); 2ª- extração (do DNA por meio de reações químicas); 3ª - amplificação (só faz cópias das regiões não codificantes); 4ª - guarda de contraprovas; 5ª - inserção do perfil genético no banco de dados; e 6ª - comparação pelo software CODIS do material com o banco de dados, inicialmente interno e depois para o Banco Nacional.

Por fim, tratou-se, também, da taxa de reincidência na prática de crimes e do Banco Nacional de Perfis Genéticos como inibidor do crescimento dessa taxa.

Após o questionamento do Sr. Flávio Lellis sobre o custo dos kits, o Sr. Ronaldo Carneiro respondeu que custam \$100 dólares e que esse custo poderia ser barateado pelo uso de novas tecnologias como um robô calibrado, que na Polícia Federal, desde 2015, faz toda essa parte de “pipetagem”, amostragem e criação das placas. O Sr. Carneiro demonstrou que o uso do robô diminui o potencial de erro humano dentro do laboratório.

Ademais, o Sr. Flávio Lellis questionou sobre como se daria a importância do banco de dados de perfis genético como mecanismo para evitar a reincidência. O Sr. Ronaldo respondeu que funcionaria como mecanismo de dissuasão, já que uma vez sabendo que seu perfil está no Banco de Dados, a chance de ser identificado e capturado seria maior.

pele, a altura, o formato do rosto. Mas o que nos interessa quando a gente fala de perfil genético não tem nada a ver com isso, porque o que nos interessa são as regiões não codificantes. Por quê? Uma região codificante tem que ser mais ou menos igual, senão nós seríamos muito diferentes em termos de sistema, em termos de funcionamento. A região não codificante que, na verdade, não influencia nas características físicas e comportamentais das pessoas, ela sim tem interesse científico, porque ela varia muito de pessoa para pessoa, sem, contudo, variar o funcionamento do nosso corpo. [...] Já quando a gente fala de DNA, no meio científico, a gente está falando de todo o genoma. São 3.2 bilhões de pares de base. Em resumo, quando faço uma perfilagem, eu analiso só 0,0007% do perfil genético dele em regiões que não dizem absolutamente nada sobre aquela pessoa. (p. 145-149)

¹⁰³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Manual de Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/manual/manual_ribpg_v5_res_17.pdf. Acesso em 29 jul. 2024.

A Engenheira Biomédica, Maria Christina Marina, perita criminal do Estado do Paraná, então deslocada para o Ministério da Justiça (MJ) como colaboradora para assuntos de DNA representou o MJ e por isso iniciou sua fala tratando do Plano Nacional de Segurança Pública, que estava dividido em capacitação, inteligência e atuação conjunta. A capacitação trata de estipular princípios para a formação policial e medir a eficácia de atuação. A inteligência é traduzida pelo compartilhamento de informações georeferenciadas de câmaras nos estados. A atuação conjunta é feita por meio de um pacto federativo entre os estados para combate a homicídios, a partir de diversas frentes, a exemplo da instalação de laboratórios centrais de perícia criminal para apoio dos estados.

De forma técnica, a Sra. Maria Christina tratou das provas não conclusivas e daquelas conclusivas. Os métodos e os processos de identificação seriam estes quatro: a antropometria - que comporta a antropologia e a biometria -, a papiloscopia, a odontologia legal e o DNA. Esta última possibilitaria a identificação do autor de um crime mesmo quando não há cristas papilares¹⁰⁴, por exemplo. É uma impressão digital que não se deteriora como o corpo. A Sra. Maria Christina reforçou um argumento utilizado pela Sra. Debbie de que “o meu perfil genético não me incrimina, ele me identifica”.

O Sr. Odim Brandão questionou o porquê de se armazenar milhões de DNAs, se há outros métodos distintos quanto ao armazenamento e à busca. A Sra. Maria Christina explicou que hoje o DNA é a forma de mais fácil armazenamento, classificabilidade, imutabilidade e perenidade possível. E a comparação entre os DNA's tendo um banco de dados é mais rápida, já que o *software* mostrará o *match*¹⁰⁵. Esse seria o método mais rápido e eficaz.

Sr. Flávio Lellis questionou sobre a técnica de pesquisas familiares. A Sra. Maria Christina explicou que a partir do DNA de um pai ou de uma mãe se chega ao de um filho, por exemplo.

Heloisa Helena Kuser, então representante do Departamento da Força Nacional do Ministério da Justiça, perita criminal do Rio Grande do Sul cedida para SENASP - Secretaria Nacional de Segurança Pública, explicou que a Força Nacional foi criada com o objetivo de aprimorar a capacidade de cooperação entre os entes federados com a União, inspirada nas

¹⁰⁴ São os relevos epidérmicos situados na palma das mãos e na planta dos pés. São glândulas de secreção de suor situadas na derme.

¹⁰⁵ Perfil de DNA idêntico de uma pessoa, de mais de uma pessoa e de uma marca de crime. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:187:0001:0004:EN:PDF>. Acesso em: 29 jul. 2024.

Forças de Paz da ONU. Ela apresentou o dado de que “uma vez deliberada a constitucionalidade da Lei nº 12.654, o Ministério da Justiça tem plenas condições de providenciar, pela Força Nacional, recursos humanos para viabilizar a inserção de material genético em bancos de perfis genéticos, em apoio aos Estados com essa demanda reprimida” (p. 206).

O Sr. Odim Brandão questionou sobre a existência de orçamento para tanto. A Sra. Kuser informou ser competência do Departamento de Projetos da Secretaria Nacional de Segurança e não da Força Nacional, mas afirmou que existem orçamentos semestrais com planejamento de recursos em relação a implemento do Banco de Perfis Genéticos nos estados.

O representante da Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícias Médicas, Josefran Freire, apresentou a posição da Medicina Legal diante da busca pela ciência, composta por doutrina e método. Segundo ele, a ciência terá a dúvida metódica: sempre há algo que possa ser questionado e aprimorado. Nesse sentido, já houve inúmeras comemorações dos avanços ao longo da história (sistema de Bertillon¹⁰⁶, sistema de Tamassia¹⁰⁷, datiloscopia, retrato falado,

¹⁰⁶ “[...] Bertillon inventou um método de identificação que, após vencer as resistências da França, teve vastas repercussões no mundo. Desde a década de 1870, os arquivos criminais haviam incorporado retratos fotográficos, tecnologia que permitiu sofisticar o conjunto dos dados de identificação até então limitados às “filiações”, ou seja, o registro escrito de idade, altura, cor de pele, cicatrizes, tatuagens e outras “marcas particulares”. A fotografia era um grande aliado nos processos de identificação, mas não oferecia nenhuma vantagem na classificação das fichas, que continuavam dependendo da ordem alfabética. Ciente desse problema, Bertillon começou a experimentar um novo método de classificação baseado nas medições corporais dos detidos. Sob a influência da antropologia física e da estatística social (em particular, da obra de Paul Broca e Adolphe Quételet), buscou uma forma de classificar as medidas do corpo humano. Conhecido como “sistema antropométrico”, ou “antropometria judiciária”, o método de Bertillon sustentava-se em duas premissas básicas: a fixidez quase absoluta da ossatura humana a partir do vigésimo ano de idade e a variabilidade extrema das dimensões entre os indivíduos diferentes. Para Bertillon, cada homem adulto levava com ele uma espécie de código de identificação, inscrito na sua própria corporeidade. Essa técnica para determinar a identidade de uma pessoa começava com a tomada de uma série de medições corporais com precisão milimétrica (estatura, envergadura, altura do busto, comprimento e largura da cabeça, comprimento e largura da orelha direita, comprimento do pé, dedo médio e antebraço esquerdo), cujos resultados eram divididos em três categorias (por exemplo, comprimento pequeno, médio e grande). Esses dados se anotavam em fichas que eram classificadas de acordo com categorias distintas, seguindo uma ordem que ia reduzindo a quantidade de fichas até chegar a uma caixa que continha apenas uma dúzia. O sistema completava-se com os dados da observação morfológica e fisionômica; a anotação das “marcas particulares” (tatuagens, cicatrizes); e, finalmente, a “fotografia métrica” de frente e perfil, outra das técnicas de Bertillon que tiveram uma longa vida no mundo policial. Desde que Bertillon conseguiu impor esse sistema na polícia parisiense na década de 1880 (ABOUT, 2004), cada vez que se desconhecia a identidade de um detido, este era levado ao Gabinete de Identificação, e os funcionários lhe tomavam as medidas. Para comprovar casos de reincidência, realizava-se a busca no arquivo e, então, procedia-se à comprovação direta da identidade” [...] (FERRARI; GALEANO, 2016, p. 171).

¹⁰⁷ Sistema criado pelo professor de medicina legal Arrigo Tamassia, em 1908. Baseado na disposição característica e própria das ramificações venosas do dorso da mão de cada indivíduo. Ele classificou os tipos das ramificações venosas e as dividiu em: a) arcos; b) configuração arboriforme; c) configuração arboriforme articulada; d) em forma de “V”; e) em forma de letras ou manipuladas e f) reunião indistinta de todos ou alguns tipos (MORENO G.; DOMINGUEZ, 2021).

a antropometria, a molécula do DNA, em 1950, de Watson e Crick¹⁰⁸.) e eles continuarão existindo.

O Sr. Freire afirmou que no momento da coleta do DNA a parte codificante também estará presente. “A escolha de amplificação é que cabe aos órgãos, com a credibilidade dada pelo Estado, da escolha do que se vai usar daquele material. E é obvio que pode ter mau uso”. (p. 224). Ademais, ele discordou dos demais expositores, ao afirmar que é um método invasivo, porque mexe com a identidade. “Agora, essa invasão por parte do Estado é algo ruim? É uma questão de juízo de valor” (p. 221). Os peritos querem apenas os métodos mais sofisticados para atingir os objetivos. O problema que surge da constitucionalidade invalida o método? Essa é a questão trazida.

A criação do Banco de Dados é entendida pelo Sr. Freire, como instrumento e necessária para o uso do DNA, já que o método é comparativo. E esse Banco deveria passar por controle externo da sociedade, como as Universidades. Ele afirma e demonstra ainda, que o que se tem hoje nos Bancos de Dados é bem pequeno comparado ao todo e por isso precisa-se avançar, mas questiona-se até que ponto. “Temos de saber como evoluir com isso, pois, nós que buscamos a ciência, sabemos que é uma área de limite entre aquilo que é o desenho legal, constitucional de uma sociedade” (p. 226).

Após o questionamento do Sr. Odin Brandão sobre a solução de uma mistura de DNAs com a repetição do exame para aferir e comparar as amostras de DNA, o Sr. Freire confirmou tal situação e apresentou a importância das contraprovas, até para a própria ciência e a experimentação.

Ademais, o Sr. Odin questionou sobre a possibilidade de uso desse banco para identificação de traços dos acusados. Se isso seria um trabalho grande para pouca informação.

¹⁰⁸ “Um dos pais da genética moderna, o neozelandês Maurice Wilkins, morreu no dia 5 de outubro, aos 88 anos. Foi ele quem mostrou a James Watson, em 1950, uma imagem de raio X em que se via a forma de dupla hélice do DNA. A imagem inspirou Francis Crick e Watson a montar o modelo definitivo do código da vida que, em fevereiro de 1953, estabeleceu as bases da biologia molecular. Os nomes de Crick e Watson ficaram vinculados à descoberta do DNA, mas a dupla dividiu com Wilkins o Nobel de Medicina de 1962. A imagem do DNA fora obtida por Wilkins e pela biofísica Rosalind Franklin, que morreu em 1958. Durante a Segunda Guerra Mundial, Wilkins participou do Projeto Manhattan, o programa norte-americano para a fabricação da bomba atômica. Depois tornou-se um crítico das armas nucleares. Trocou os Estados Unidos pela Universidade de Saint Andrews, na Escócia, e passou a ensinar na King’s College, onde trabalhou até sua morte”. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/o-homem-que-viu-a-dupla-helice/#:~:text=Foi%20ele%20quem%20mostrou%20a,as%20bases%20da%20biologia%20molecular>. Acesso em 28 jul. 2024.

O Sr. Freire respondeu com a discussão sobre o uso da parte não codificante do DNA e reforçando seu posicionamento, de quem defende o Banco de Dados, mas com controle externo.

O Sr. Odin apresentou outra questão sobre a possibilidade de se usar o DNA para clonar o material genético. A resposta do Sr. Freire pode ser assim sintetizada: “Se a gente entende que a noção de Estado é algo fundamental para a civilização, é esse Estado quem vai conferir a credibilidade suficiente para que o ato pericial permaneça dentro daquilo que são os limites da sua ação, especialmente dentro dos limites da eticidade” (p. 233). O uso de um banco de dados com o perfil completo de pessoas, não só a identificação, como prevê a Lei em discussão, seria inútil para o fim específico que se está buscando, que é a da identificação do agente criminal, seria um investimento sem sentido do Estado, mesmo que apenas da população carcerária e teria outras implicações éticas por trás.

O Sr. Flávio Lellis levantou ainda o tema da coleta forçada do DNA em presídios. O Sr. Freire explicou que há um entrave nessa questão, mesmo a Lei permitindo, a Resolução 1.931¹⁰⁹, do Conselho Federal de Medicina (CFM) o impede, por questões humanísticas.

No terceiro bloco de apresentações, na tarde do dia 26 de junho de 2017, a Sra. Denise Hammerschmidt, Juíza de Direito e Pesquisadora da Universidade de Barcelona se posicionou “pela plena constitucionalidade do referido dispositivo legal por sua compatibilidade com o sistema de garantias de direitos fundamentais da pessoa humana, sem olvidar a defesa social” (p. 248). Ela delimita o tema em debate com a discussão da constitucionalidade do art. 9º da Lei de Execução Penal (obrigação da extração do DNA de forma técnica e indolor dos crimes dolosos, que haja violência ou hediondos) e do uso do Banco Nacional de Perfis Genéticos.

Segundo a Sra. Denise, alega-se a “inconstitucionalidade do referido dispositivo por violação aos direitos da personalidade, pelo princípio da dignidade humana, pelo princípio da não incriminação, direito a não produzir prova contra si mesmo e presunção de inocência” (p.

¹⁰⁹ Referida Resolução aprovou o Código de Ética Médica. Todavia, foi revogado pela Resolução 2.217/2018 (publicado no Diário Oficial da União em 1 nov 2018 e posteriores Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 que veio aprovar o novo Código deontológico médico. No Código revogado, havia a seguinte disposição: Capítulo IV - DIREITOS HUMANOS - É vedado ao médico: [...] Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza. Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade. Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina. [...] O novo Código possui exatamente os mesmos dispositivos do Código revogado.

241). Ela ainda delimita qual a espécie do DNA utilizado para esse perfil, o chamado DNA lixo, ou não codificante.

O DNA codificante, por outro lado, que não é o perfil genético, possui informação genética do indivíduo e de sua família. São considerados dados sensíveis e estruturantes, pois revelam predisposições de doenças comportamentais do indivíduo e, também de sua família biológica. O perfil genético não transmite informação genética, a não ser o sexo (p. 241).

Sobre o tema “informação genética”, importante fazer um breve parêntesis a respeito da confiança, da voluntariedade e da supressão dos riscos, em especial, relacionados às expectativas, incertezas e governança das aplicações forenses de informações genéticas.

Sobre as preocupações éticas e normativas a respeito do uso e proteção dos dados genéticos, há uma discussão sobre a possibilidade de violações da privacidade e discriminação étnica decorrentes do uso de informações genéticas para identificação criminal. Além disso, questões relacionadas ao consentimento para coleta de amostras de ADN e a proteção dos direitos individuais, especialmente de menores e incapazes, são apontadas como lacunas na legislação (MACHADO; SILVA, 2008, p. 158 - 160).

A análise da lei¹¹⁰ que estabelece a base de dados de perfis de ADN revela uma abordagem pragmática, destacando a importância da identificação individual e minimizando os riscos associados à utilização de dados genéticos. No entanto, a ausência de protocolos específicos para situações como recusa de consentimento e coleta de amostras de grupos vulneráveis levanta preocupações sobre a proteção dos direitos individuais. Em suma, a implementação da base de dados de ADN ilustra não apenas a interseção entre ciência e direito, mas também as complexas questões éticas e normativas envolvidas no uso da genética forense para fins judiciais (MACHADO; SILVA, 2008, p. 160 - 161).

Não obstante, aborda-se a promoção da "biocidadania" como uma forma de vigilância e controle social baseada no conhecimento científico do corpo humano, especialmente com o advento das bases de dados de perfis de ADN. Essa promoção política enfatiza conceitos como consentimento informado dos cidadãos, responsabilidade individual para o bem comum e voluntariado na doação de amostras biológicas (MACHADO; SILVA, 2008, p. 161).

A legislação que regulamenta as bases de dados de ADN suaviza os riscos à privacidade e liberdade individual ao permitir a doação voluntária de amostras, sob o pretexto de

¹¹⁰ Os autores se referem a Portugal.

consentimento livre e informado. No entanto, a falta de discussão sobre alternativas ao consentimento e certificação dos direitos dos participantes levanta questões éticas.

A partir da leitura do texto é possível questionar se o conceito de voluntariado na doação de amostras de ADN representa uma nova moralidade, onde os cidadãos são "obrigados" a contribuir para o bem comum. A ausência de debate sobre recusas de colaboração na construção das bases de dados de ADN e a promoção de uma confiança cega no Estado também são destacadas como preocupações (MACHADO; SILVA, 2008, p. 162 - 163).

Além disso, a participação cívica na regulação das bases de dados de ADN é limitada, com poucos mecanismos de avaliação e prestação de contas à sociedade civil. O texto questiona a necessidade de uma governança que permita uma participação pública eficaz na gestão dessas tecnologias, considerando o baixo nível de confiança nas instituições públicas em Portugal (MACHADO; SILVA, 2008, p. 163 - 164).

Ademais, é abordada as “Ausências: qualidade, circulação e partilha de informação genética”, assim, o texto alude à Lei da Base de Dados de Perfis de ADN, destacando uma série de ausências e riscos associados à sua implementação. Primeiramente, discute-se a hierarquização dos riscos na legislação, influenciada por agendas políticas e sociais específicas, que favorecem a utilização da ciência para a prevenção e investigação criminal. Essa seleção de riscos é permeada por avaliações morais e culturais, privilegiando aqueles mais facilmente controláveis pelos atores sociais envolvidos (MACHADO; SILVA, 2008, p. 164 - 165).

A qualidade dos procedimentos laboratoriais é mencionada na lei, mas fica restrita à harmonização internacional, não considerando as contingências locais dos laboratórios. Não há menção à qualidade dos procedimentos de recolha de amostras em cenas de crime, deixando lacunas que podem comprometer a integridade da prova forense. Além disso, a legislação omite a possibilidade de erros de identificação e a supressão do risco associado à infalibilidade da identificação genética (MACHADO; SILVA, 2008, p. 165 - 166).

Quanto à cooperação internacional e à partilha de informação genética entre estados, há uma ênfase na crescente expansão do interesse em harmonizar as bases de dados de perfis de ADN, destacando o Tratado de Prüm como um instrumento para facilitar essa cooperação. No entanto, existem preocupações sobre a ausência de uma política de standardização e monitorização dos processos relacionados com essa cooperação, assim como sobre os potenciais problemas éticos e de privacidade decorrentes da circulação transnacional e partilha de informações genéticas (MACHADO; SILVA, 2008, p. 167).

O perfil de ADN é visto como um novo método de identificação que introduz uma linguagem binária de uns e zeros, eliminando as ambiguidades e incertezas associadas à comunicação verbal. Essa ilusão de eficiência e rapidez na identificação une-se à supressão das incertezas locais, permitindo construir certezas globais viáveis no âmbito da circulação transnacional e partilha de informação genética (MACHADO; SILVA, 2008, p. 168).

Por fim, entende-se que o texto analisa as premissas sociais por trás da criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins forenses. Posto isso, destaca como essa iniciativa mobiliza certos atores e define cursos de ações que visam tornar a ciência uma poderosa ferramenta de investigação criminal e garantir níveis adequados de segurança pública (MACHADO; SILVA, 2008, p. 168 - 169).

Logo, aponta-se que a objetividade do perfil de ADN é usada para legitimar a ação do Estado, da ciência e do direito, enfatizando a ideia de que cidadãos obedientes à lei não têm motivos para temer a utilização dessas bases de dados.

No entanto, ressalta-se que essa retórica minimiza os riscos dos usos indevidos da informação genética. A análise da legislação portuguesa sobre bases de dados de ADN revela uma ênfase na neutralização dos riscos e na maximização da criação de cidadãos voluntários, que consentem livremente em fornecer amostras de seu corpo. No entanto, a lei omite os erros e contingências associados aos procedimentos laboratoriais e policiais, deslocando essas responsabilidades para fora de sua esfera de competência (MACHADO; SILVA, 2008, p. 169 - 170).

Destaca-se também o papel dos juízes como mediadores entre os cidadãos, os cientistas forenses e as forças policiais, sendo essenciais para o escrutínio dos procedimentos técnicos em cada caso concreto. Para obter a confiança pública em relação ao uso dessas bases de dados, sugere-se a criação de espaços públicos de decisão, fiscalização e debate abertos e flexíveis, que envolvam uma variedade de atores e formas de conhecimento. Então, isso permitiria uma discussão mais ampla e inclusiva sobre as aplicações forenses da informação genética, envolvendo cidadãos, especialistas, legisladores e políticos (MACHADO; SILVA, 2008, p. 170 - 171).

Retomando-se o curso regular do raciocínio, no âmbito dos debates da audiência pública aqui em análise, segundo a Sra. Denise Hammerschmidt, sobre a legislação brasileira, não há o que se falar em violação de intimidade genética no perfil do Banco Nacional. A própria Lei de 2012, relembra a Sra. Denise, previu mecanismos de preservação da intimidade como a

proibição nos bancos de perfis genéticos, de que sejam revelados traços somáticos ou comportamentais das pessoas e de uso para fins diversos (p.241).

Tomando como base a doutrina espanhola e a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos traçou-se quatro requisitos: primeiro, que tenham uma finalidade constitucionalmente legítima; interesse próprio da investigação penal; que se trate de uma prática prevista em lei; que seja através de um ato judicial motivado; que respeite o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, em especial, nos três requisitos; idoneidade, que a medida seja idônea quando útil para consecução do objetivo que se pretende alcançar; necessidade, é necessário quando o objetivo não pode ser obtido por outro meio menos oneroso para o indivíduo; proporcionalidade em sentido estrito obriga a realizar uma ponderação entre os interesses em jogo (p.243).

Tomando-se como base esses requisitos, a jurisprudência da Suprema Corte espanhola considera “a obtenção de mostras biológicas para a realização de provas de DNA tem sido qualificada como intervenção corporal leve ou levíssima, não apresentando relevante afetação ao bem-estar do indivíduo nem tampouco à sua saúde” (p. 244). A Sra. Denise relembra a necessidade de uso do *swab* e não da coleta de sangue, conforme Resolução nº 3, de 25 de março de 2014, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Renato Brasileiro Lima, da Associação Brasileira de Ciências Forenses falou do avanço do processo penal brasileiro a partir dos instrumentos investigatórios, como a colaboração premiada, a ação controlada, infiltração policial.

O uso do perfil genético ocorre inevitavelmente como uso de prova, essa é a finalidade da coleta. A questão que se levanta é: Será que eu posso usar esse material para fins de prova no processo penal? (p. 251) O DNA como demonstrado constitui uma “identificação criminal que se revela com muita precisão” (p.252). Contudo, o ponto de controvérsia levantado deriva do princípio que veda a autoincriminação e do direito ao silêncio, e do princípio *nemo tenetur se detegere*.

O Sr. Lima usa o caso *Chimeper vs. Califórnia* da Suprema Corte norte-americana como exemplo desse princípio. O acusado precisa ser visto como sujeito de direitos. O uso do *swab* constitui uma intervenção corporal. “A coleta desse material biológico há de se revelar constitucional, desde que feita de maneira não invasiva” (p.257). “A Lei 12.654, é bom frisar, não é para condenar exclusivamente pessoas, mas também servirá, sem dúvida alguma, para inocentar” (p.259).

Taysa Schiochet, da Clínica de Direitos Humanos da UFPR – BIOTECJUS, critica o processo legislativo da Lei nº 12.654 como um projeto com discussão lacônica e sem participação efetiva da sociedade. Além disso, acredita que a discussão não gira em torno dos temas segurança pública *versus* não autoincriminação ou direito ao silêncio, mas sobre a punição de delitos. “Não há direitos absolutos, não há princípios absolutos, não há prerrogativas absolutas, mas existem critérios para que isso seja feito de maneira controlada, que, no nosso entendimento, a priori, a lei não atende” (p. 261).

Taysa Schiochet reforça o argumento do Sr. Renato Lima de que DNA é prova, apesar de ser também identificação do ponto de vista pericial. Tem dupla função: identificação e conteúdo probatório. Então existem preocupações de uso forense da bioinformação no processo que devem ser levados em conta nesse debate. Ela demonstra preocupação sobre a possibilidade de ter características fenotípicas no perfil genético e aponta que há estudos sobre, não obstante ser vedado por lei esse uso. O DNA é visto como dado pessoal sensível, seja codificante ou não. E o uso deste não é infalível, possui diversos erros.

Outro dado levantado é que, para os crimes sexuais, em que os bancos costumam ser mais eficazes, no Brasil, 70% tem os agressores como conhecidos da vítima, então não há relevância do DNA para identificação nesses casos.

Caberia ao STF, portanto, estabelecer o sentido e extensão do direito de não se autoincriminar. Além de analisar questões de integridade física e ampla defesa. Soluções possíveis estariam no campo da proteção de dados pessoais.

Carlos Afonso Pereira de Souza, do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro – ITS, com o objetivo de trazer o debate para dentro de um cenário de desenvolvimento tecnológico iniciou sua fala sobre a infalibilidade do DNA para fins de prova. “É importante compreender o contexto, entender como o DNA pode ser uma das provas mais importantes, mas ele precisa ser conjugado com todo um contexto probatório” (p.276).

A respeito da afirmada (in) falibilidade do DNA para fins de prova, a ciência forense, incluindo a análise de DNA, não é infalível, sendo importante reconhecer suas limitações. Provar é uma tentativa de se aproximar da verdade, reconhecendo que esta é multifacetada e contingente, dependente de diferentes referenciais. As provas são essenciais nesse processo, sendo consideradas o tema mais importante de toda a ciência processual. No entanto, seu papel não é criar certeza absoluta, mas sim fornecer convicção ao juiz, que decide com base na valoração das provas apresentadas pelas partes (CORAZZA; CARVALHO, 2020, p. 801 - 802).

Destaca-se a necessidade de cuidado diante de uma tendência de supervalorização dos resultados do exame de DNA, que pode levar a uma excessiva dependência do juiz em relação ao laudo pericial, desviando-o de seu papel de avaliador imparcial das provas. Em outras palavras, é importante uma avaliação criteriosa e contextualizada de todas as provas, garantindo assim uma decisão judicial justa e equilibrada (CORAZZA; CARVALHO, 2020, p. 801 - 802).

Importante ainda, ter-se em mente que o uso de perfis genéticos em investigações criminais, embora seja uma importante ferramenta para a exoneração de condenados erroneamente, apresenta limitações que requerem análise cuidadosa. Além dos erros potenciais relacionados à manipulação humana ou à própria natureza do DNA, é importante reconhecer a subjetividade inerente ao processo de análise de DNA, mesmo quando realizado em condições controladas e por profissionais treinados (CORAZZA; CARVALHO, 2020, p. 801 - 802).

Dessa forma, a análise de amostras de DNA não é totalmente objetiva, pois envolve certa discricionariedade por parte dos analistas forenses. Em condições ideais, essa discricionariedade é reduzida, mas nas situações reais de investigação forense, onde as amostras são coletadas em ambientes não controlados, diversos problemas podem surgir. Esses problemas incluem amostras de baixa qualidade devido à exposição a elementos degradantes, ausência de material genético suficiente, mistura de material genético de várias pessoas, entre outros. Essas dificuldades tornam a análise de DNA ainda mais subjetiva, exigindo interpretação e valoração dos dados por parte dos analistas forenses (CORAZZA; CARVALHO, 2020, p. 801 - 802).

Além disso, a análise de DNA pode apresentar falso positivo devido a erros laboratoriais e fraudes, o que levanta preocupações sobre a criação de bancos de dados de DNA de condenados. Estudos sugerem que a taxa de erro laboratorial pode ser significativa, variando de 1-em-1000 a 1-em-100. Esses erros podem ocorrer de diversas maneiras, como por coincidência ou por falhas no processo laboratorial. A taxa de erro laboratorial (LER) é crucial para determinar a confiabilidade do resultado, pois afeta o cálculo da probabilidade de um falso positivo. Além disso, há o risco de fraudes laboratoriais e de DNA ser implantado nas cenas de crime para confundir a investigação. Essas questões destacam a importância de considerar as limitações do exame de DNA para evitar injustiças (CORAZZA; CARVALHO, 2020, p. 812 - 814).

Nesse contexto, o estudo da engenharia genética, incluindo a clonagem humana, pode resultar em indivíduos com sequências genéticas idênticas, impossibilitando a distinção entre

eles. Isso também ocorre com os gêmeos monozigóticos, que derivam de um único zigoto e são geralmente indistinguíveis por testes genéticos padrão. Portanto, a análise de DNA pode não ser conclusiva na identificação de indivíduos em casos envolvendo gêmeos monozigóticos, o que representa um desafio para investigações criminais forenses. Um exemplo disso é um caso em Goiás, onde gêmeos idênticos foram condenados a pagar pensão à criança, pois ambos podiam ser os pais de acordo com os resultados do teste de DNA (CORAZZA; CARVALHO, 2020, p. 801 – 802 e 814 - 815).

Agora retornando à audiência pública, outro ponto abordado pelo Sr. Carlos Afonso é o da expansão dos bancos de dados de perfis genéticos que teriam sobretudo três fatores para ocorrer: “barateamento da tecnologia de identificação genética, interesses econômicos no desenvolvimento de laboratórios e, por fim, essa crença que estamos falando, na fase atual do combate da criminalidade, de que o DNA vai substituir qualquer subjetividade por uma pretensa objetividade” (p. 277).

A preocupação que existe é quanto ao “potencial mau uso dessas bases para vigilantismo e monitoramento por parte do governo, o risco de julgamentos equivocados”. (p. 278). Em muitos países, “a expansão de bases de dados de perfis genéticos está diretamente relacionada à questão da imigração, com a situação de refugiados e de tentativas de pessoas ingressarem ilegalmente naquele país” (p. 278).

A ausência, à época, de uma lei geral de proteção de dados brasileira, hoje a LGPD (Lei nº 13.709/2018), é outro ponto de preocupação demonstrado pelo Carlos Afonso, diante de vazamento de dados.

Ele acredita ainda, que a Lei nº 12.654 não trata da anonimização dos dados de forma mais segura para proteção dos dados dos titulares dos perfis genéticos tratados e apesar de o Decreto tratar do prazo para armazenamento não trata do descarte em si desse material.

Por fim, Carlos Afonso retomou a questão da retirada desse DNA de forma obrigatória. Em caso de reconhecimento de paternidade o STF afirmou a impossibilidade de se obrigar essa coleta. Seria relevante sopesar as questões ligadas à proteção e à privacidade e aos dados pessoais ao rever essa jurisprudência do STF, tendo em vista que no caso da Lei em discussão, a coleta do material é no corpo da pessoa.

Victor Simones, da Clínica de Direitos Humanos da UFPR – BIOTECJUS, cuja formação é de Cientista Social e Antropólogo, revelou que há diversas controvérsias sobre os critérios de inclusão e a expansão dos bancos de dados e sobre a eficiência dos bancos de dados

no combate ao crime, na redução das taxas, da detecção dos crimes. Um ponto que o Sr. Simones apresentou foi o da ligação direta do efeito do banco de dados no comportamento de um reincidente ou de evitar a reincidência. Assim, comprovados diversos estudos, chamou-se a atenção para controvérsias técnico-científicas existentes em torno do tema.

A Associação Nacional de Defensores Públicos, representada por Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, considerou a lei inadequada porque não haveria uma aplicação prática para essa coleta generalizada em quase todo o sistema penitenciário brasileiro, porque permite a extração coercitiva de padrão genético em crimes que não têm a natureza própria desses crimes que precisam da prova genética e por considerar desproporcional diante da lesividade à intimidade ser muito maior do que o resultado auferido.

Ele também considera inconstitucional pela ausência de parâmetros definidos para extração do material genético. “A lei não exige o trânsito em julgado. Portanto, um condenado sem trânsito em julgado terá o seu perfil genético extraído e mantido em banco de dados” (p. 298).

Discorda ainda da manutenção do perfil genético até o término do prazo prescricional, por violar direitos da personalidade. Sugeriu, por fim, que o Supremo Tribunal Federal agisse como a Corte Constitucional da Itália, que considerou inconstitucional o art. 224, § 2º, do Código de Processo Penal italiano, que permitia, de maneira genérica, as medidas que se fizessem necessárias para submeter o indiciado ou réu a um exame pericial, ou seja, diante da lacuna da legislação italiana, o Supremo declarou a inconstitucionalidade - Sentença nº 238, de 27 de julho de 1996. (p. 301)

O Ministro Gilmar Mendes, Relator do caso, concluiu a audiência pública com uma fala sobre o colapso do sistema penal brasileiro.

Como uma ferramenta de prevenção e investigação, a Lei brasileira passou a prever a identificação do perfil genético de condenados por crimes violentos e hediondos e seu armazenamento em bancos de dados. A compatibilidade desta Lei com os direitos fundamentais do condenado está em julgamento.

Além disso, o referido Juiz constitucional afirmou que houve bastante informações técnicas e implicações sociais das falas da audiência pública sobre a coleta do DNA e seu armazenamento, sua possibilidade de identificação de suspeitos e inocentes, bem como os impactos que essa informação pode ter em relação ao direito à não autoincriminação e ao direito à privacidade.

Saindo um pouco da discussão abordada pelos participantes das audiências públicas sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, André Nicollit aponta diversas irregularidades e inconstitucionalidades relacionadas à Lei nº 12.654/2012, as quais são analisadas da seguinte forma:

a) No Brasil, a promulgação da Lei nº 12.654/2012 ocorreu sem um debate ou discussão pública e democrática sobre o tema, o que contrasta com o que aconteceu na Europa, onde houve uma maior participação da sociedade e uma análise mais aprofundada sobre as implicações da utilização de dados genéticos no sistema penal.

b) A experiência do Reino Unido, com sua base de dados de perfis genéticos (UK NDNAD), revela uma probabilidade de 45% de um perfil obtido na cena de um crime ser confrontado com um já existente na base de dados. No entanto, em menos de 1% dos casos, há sucesso na resolução dos crimes. A grandeza do sistema inglês, embora impressionante, demonstra uma eficácia limitada. Isso levanta questões sobre a aplicabilidade e eficiência do sistema brasileiro, especialmente considerando os desafios e as especificidades do contexto local.

c) O sistema inglês é altamente seletivo, com uma predominância de registros de jovens negros, que representam três em cada quatro indivíduos com perfis genéticos nos bancos de dados, em comparação com a população branca. Esse fenômeno de sobre-representação de minorias étnicas levanta preocupações sobre como a seletividade penal pode se manifestar no Brasil, um país também caracterizado por profundas desigualdades raciais.

d) Uma das inconstitucionalidades apontadas por Nicollit refere-se à dinâmica entre os artigos 1º e 5º da Lei nº 12.037/2009, especialmente a autorização para que o juiz atue de ofício no interesse da investigação. Isso transformaria o juiz em um investigador, usurpando a função do delegado de polícia e violando os princípios do sistema acusatório, que estabelece a separação entre as funções de acusação e julgamento.

e) Há também uma advertência quanto ao fascínio pelas "modernas" tecnologias. Nicollit lembra que, historicamente, práticas como a tortura

também foram vistas como avanços tecnológicos, sendo consideradas por muitos como instrumentos de "garantia" de direitos. Esse alerta é fundamental para evitar que a utilização indiscriminada de tecnologias de controle, como a coleta de dados genéticos, seja justificada sem a devida reflexão sobre os direitos fundamentais e as implicações éticas envolvidas.

f) Para Nicollit, qualquer interpretação do art. 1º da Lei nº 12.654/2012 que permita a extração de amostras biológicas sem o consentimento do indiciado e contra a sua vontade seria inconstitucional, pois violaria os princípios da dignidade humana e da vedação à autoincriminação coercitiva. A única interpretação compatível com a Constituição seria aquela que exige, além da autorização judicial, o consentimento informado do indiciado para a coleta das amostras, considerando-se que a intervenção corporal deve ser sempre acompanhada da expressa concordância do indivíduo.

g) A obrigatoriedade de submeter-se à coleta de material biológico, mesmo que não invasiva, é considerada por Nicollit como uma forma de intervenção corporal. Essa imposição levanta questões constitucionais sobre a coerção em relação à liberdade do indivíduo, que não pode ser simplesmente sujeito a uma intervenção sem que haja uma justificativa clara e proporcional à violação de seus direitos fundamentais.

No contexto da Lei nº 12.654/2012, é importante destacar que a baixa taxa de resolução de crimes no Brasil, combinada com o risco de condenações equivocadas, justifica a busca por tecnologias mais modernas na persecução penal. Contudo, ao adotar um método baseado na proporcionalidade e na análise da dignidade humana, deve-se questionar a constitucionalidade da coleta coercitiva de amostras biológicas. A coleta forçada, sem o consentimento do indivíduo, não pode ser justificada de forma absoluta, especialmente considerando a necessidade de equilibrar os objetivos da investigação com os direitos individuais do acusado.

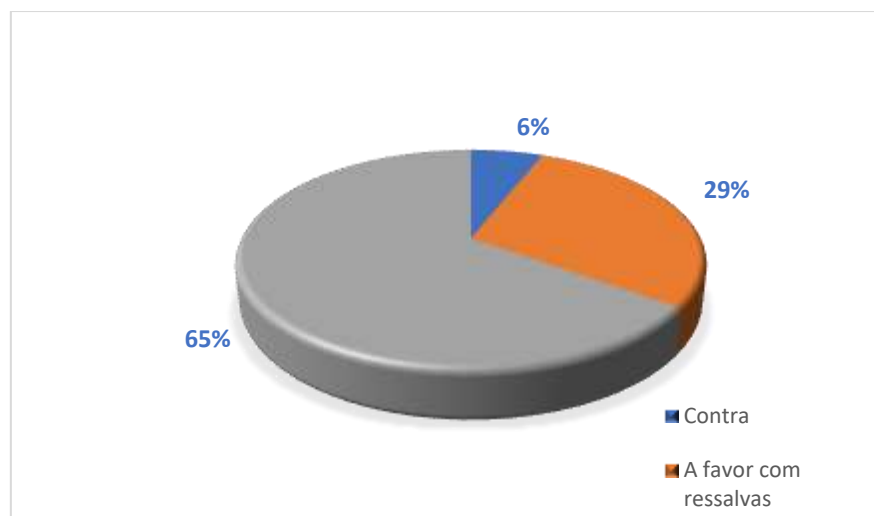
Esses esclarecimentos são essenciais para compreender as semelhanças e divergências entre os discursos que envolvem a aplicação da Lei nº 12.654/2012 e os desafios constitucionais e éticos relacionados à coleta e uso de dados genéticos no sistema penal brasileiro.

5.3 Semelhanças e Divergências dos Discursos

Os atores apresentaram um posicionamento contrário, completamente a favor ou a favor com ressalvas, quanto ao uso do DNA no Banco de Perfis Genéticos brasileiro. A favor foram considerados os discursos que apresentaram argumentos completamente favoráveis à constitucionalidade do uso de perfis genéticos. A favor com ressalva foram os atores que apesar de concordar com a importância do uso de perfis genéticos na investigação e na atribuição de culpabilidade, demonstraram a necessidade de se observar a privacidade dos indivíduos, manifestaram preocupações quanto ao fato de o método de coleta do DNA ser invasivo e apresentaram preocupação com o risco de julgamentos equivocados a partir do potencial mau uso dessas bases. E a minoria contrária, representada por apenas 1 (um) ator, foi o que utilizou argumentos que consideravam inconstitucional o uso dos perfis genéticos.

O Gráfico 1 a seguir apresenta a distribuição percentual dos posicionamentos dos 17 (dezessete) atores, representantes de 12 (doze) instituições participantes da Audiência Pública do STF previamente analisada

Gráfico 1 – Posicionamento uso de perfis genéticos (LEI nº 12.654/2012)



Fonte: Elaboração própria

A fim de compreender melhor os motivos utilizados pelos discursos para embasar esses posicionamentos separaram-se as falas em 12 (doze) argumentos apresentados no Quadro a seguir (Quadro 2):

Quadro 2 – Argumentos da Audiência Pública do STF Banco de Perfis Genéticos

Nº	ARGUMENTO
1	Importância do banco de dados para identificação dos autores dos crimes
2	O DNA é uma evidência física de identificação, não se trata de autoincriminação
3	Necessidade de mecanismos para garantir a privacidade
4	Contra a escola positivista e o lombrosianismo
5	A interpretação do tema deve partir da análise do Microsistema regulatório existente.
6	Controle externo para o banco de dados
7	A parte do DNA utilizada para a investigação criminal é não codificante e por isso não viola a intimidade
8	A lei é uma exigência constitucional de utilizar-se as tecnologias para punição de crimes
9	O banco de perfis genéticos pode ajudar a coibir a reincidência, além de auxiliar na punição de casos reincidentes
10	A capacitação dos recursos humanos que trabalham com os perfis genéticos em todas as etapas é essencial para maior confiabilidade da tecnologia.
11	O método de obtenção do DNA é invasivo
12	O uso do DNA tem dupla função: identificação e conteúdo probatório
13	Preocupação com o risco de julgamentos equivocados a partir do potencial mau uso dessas bases para vigilantismo e monitoramento por parte do governo
14	Não há ligação direta com o banco de perfis genéticos e a redução da reincidência

Fonte: elaboração própria

Os 12 (doze) argumentos acima elencados foram utilizados pelos atores representantes das 12 (doze) instituições participantes da Audiência Pública, demonstrados no gráfico abaixo, com as respectivas siglas.

Quadro 3 – Órgãos da Audiência Pública do STF sobre Banco de Perfis Genéticos

SIGLA	ÓRGÃO
FBI	Departamento Federal de Investigação dos Estados Unidos
HEART	Hope Exists After Rape Trauma
BKA	Agência Federal de Investigação dos Governos da Alemanha e da Áustria
INC	Instituto Nacional de Criminalística
MJ	Ministério da Justiça
UB	Universidade de Barcelona
ABMLPM	Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícias Médicas
ABCF	Associação Brasileira de Ciências Forenses
BIOTECJUS	Clínica de Direitos Humanos da UFPR
ITS	Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro
ANADEP	Associação Nacional de Defensores Públicos

Fonte: elaboração própria

Os Quadros elaborados anteriormente servem de legenda para o Dendrograma (Figura 1) que apresenta o posicionamento de cada um dos atores, com seu respectivo nome e a instituição por sigla (Quadro 3), bem como os argumentos (Quadro 2) utilizados por cada um deles para embasar a sua posição.

Figura 1 – Dendrograma Posicionamento e Argumentos por Atores



Fonte: Elaboração própria

A importância do banco de dados para identificação dos autores dos crimes, correspondente ao argumento nº 1 foi o argumento mais utilizado na audiência pública pelos atores que tinham um posicionamento a favor do uso de perfis genéticos. Um dos atores que apresentou ressalvas no seu posicionamento também se utilizou desse argumento, o Sr. Renato Brasileiro Lima, da Associação Brasileira de Ciências Forenses.

O segundo argumento mais utilizado foi o de nº 3 que demonstra a necessidade de mecanismos para garantir a privacidade na coleta, armazenamento e utilização desses dados genéticos no banco de DNA, para a finalidade proposta. A maioria dos atores que utilizaram esse argumento em seu discurso foram a favor com ressalvas, contudo, um fenômeno importante a se constatar foi que o Sr. Gustavo de Carvalho, da Associação Nacional de Defensores Públicos, que se apresentou contrário ao uso de perfis também se utilizou desse argumento. O argumento também fora utilizado por quem apresentou posição a favor, como Denise Hammerschmidt, da Universidade de Barcelona e o Sr. Douglas Hares, do FBI, o que pode aparentar ser uma contradição. Entretanto, os demais argumentos utilizados por esses atores, quais sejam: nº 1 da importância dos bancos para identificação dos autores dos crimes; nº 2 que mostra o DNA como uma evidência física de identificação e de autoincriminação; e nº 7 a parte do DNA utilizada para a investigação criminal é não codificante e por isso não viola

a intimidade, os levam a ter uma posição completamente favorável. Para esses atores então deve-se garantir a privacidade, mas pelo fato de ser utilizada a parte não codificante do DNA não há violação desse direito fundamental no uso de perfis genéticos. Constitui um falso *tradeoff* a falta de privacidade para se garantir a atuação estatal nos mecanismos de investigação e na atuação com transparência.

Um dos argumentos menos utilizado foi o de nº 6, que é a proposta do Sr. Jozefran Freire, da Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícias Médicas, de os bancos de dados possuírem um controle externo social como mecanismo de garantir *accountability* e legitimidade para o uso desses dados. As Universidades teriam um papel principal de realizar esse controle. O argumento não fora compartilhado por nenhum outro ator ao longo da audiência.

O outro argumento utilizado apenas uma vez foi o de nº 4 apresentado pelo Sr. Guilherme Jaques, Perito Criminal, que se relaciona em total conexão com o tema da presente tese, sobretudo em seus tópicos 3 e 4. O Sr. Jaques demonstrou oposição à escola positivista e ao lombrosianismo como teorias para uma possível culpabilidade. Essa teoria precisa ser analisada dentro do seu contexto histórico com um olhar crítico, que permite não se adentrar em um neolombrosionismo no uso de perfis genéticos para apuração de crimes, com julgamentos pré-determinados.

Nesse sentido, o argumento de nº 13 apresenta a preocupação de alguns atores com o risco de julgamentos equivocados a partir do potencial mau uso dessas bases para vigilantismo e monitoramento por parte do governo. O argumento é utilizado pelo Sr. Gustavo de Carvalho, que tem posição contrária ao uso de perfis genéticos, mas também pelo Sr. Carlos Afonso, do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, órgão que pesquisa justamente a implicação das novas tecnologias nas relações sociais e a vigilância é um tema de crescente interesse e delicadeza, por envolver a mudança da finalidade do uso de dados em bancos públicos, que foram coletados para um propósito e são utilizados e compartilhados com as demais estruturas governamentais, ou utilizados com finalidade diversa.

O argumento de nº 5 é utilizado duas vezes, por atores que são a favor do uso de perfis genéticos e tratam da necessidade de se interpretar a questão por meio do microsistema regulatório existente, que parte da Lei nº 12.654/2012, regulamentada pelo Decreto nº 7.950/2003. O argumento de nº 8 também é utilizado por quem é a favor e trata não apenas da

constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, mas da existência da lei como uma exigência constitucional, a de se utilizar das tecnologias para punição de crimes.

O argumento de nº 10 também é utilizado por quem se manifestou a favor e demonstra a necessidade da capacidade dos profissionais que trabalham com esses dados do banco de perfis genéticos, a fim de gerar mais credibilidade ao uso do DNA nas investigações, uma vez que recursos humanos capacitados e eticamente instruídos não cometeriam abusos e desvios de finalidade no uso desses dados.

Os argumentos de nº 11 e de nº 12 são utilizados por atores a favor com ressalvas e pelo ator contrário. O primeiro deles trata do método de obtenção do DNA pelo *swab* como sendo invasivo. Argumento esse refutado por quem foi completamente a favor. Já o segundo indica que o uso do DNA possui dupla função no âmbito da investigação, ou seja, ele não serve apenas para identificação do autor do crime, uma vez utilizado ele é também um conteúdo probatório no âmbito processual. O que do ponto de vista do processo penal possui maiores desdobramentos.

Por fim, os argumentos de nº 9 e de nº 14 são opostos e tratam da reincidência no crime. Foi um assunto secundário bastante presente na audiência pública, os que eram a favor apresentaram a ideia de que o banco de perfis genéticos pode ajudar a coibir a reincidência, além de auxiliar na punição de casos reincidentes. Esse argumento fora rebatido por Taysa Schiochet, da Clínica de Direitos Humanos da UFPR, que apresentou posição a favor com ressalvas e afirmou não haver ligação direta com o banco de perfis genéticos e a redução da reincidência. Ela acredita que a reincidência tem outras causas e o banco não agiria para coibir essas circunstâncias sociais.

Todos os 14 (catorze) argumentos analisados acima foram apresentados pelos experts admitidos para a audiência pública sobre o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos, que tinha como objetivo apreciar a constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012.

A Lei prevê então a obrigatoriedade da coleta para condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa. O Banco Nacional e a Rede Integrada de Bancos estaduais são de competência do Ministério da Justiça e Segurança Pública, mediante Comitê Gestor específico instituído pelo Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013 e atualizado pelo Decreto nº 9.817, de 3 de junho de 2019.

Em adendo final e ao presente tópico cumpre destacar que a mencionada Lei nº 12.654/2012 alterou as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfis genéticos como método de identificação criminal. Uma sequência simultânea de modificações nas leis penais e processuais do Brasil ocorrida em dezembro de 2019, por meio da Lei nº 13.964, conhecida como “pacote anticrime”, modificando a redação da Lei nº 12.037/2009, para revogar o artigo 7º-A, que previa que: “A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”, passando a estabelecer que: “A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: I - no caso de absolvição do acusado; ou II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena”.

No âmbito das audiências públicas no STF sobre o Recurso Extraordinário nº 973.837, diversos especialistas discutiram a constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfis genéticos de condenados em bancos de dados estatais. Os discursos apresentados enfatizaram o conflito entre segurança pública e direitos fundamentais, especialmente o direito à privacidade e à dignidade humana. Alguns argumentaram que a coleta compulsória de DNA poderia ser encarada como uma violação à dignidade humana, enquanto outros defenderam que, se bem regulamentada, essa prática poderia ser uma ferramenta legítima para a segurança pública, desde que se respeitasse os princípios de necessidade e proporcionalidade.

Por fim, cumpre ressaltar que até o depósito da presente tese, o STF, a Corte suprema brasileira, ainda não se posicionou com o julgamento de mérito da discussão constitucional que lhe foi submetida.

5.4 O limite da utilização dos dados de perfis genéticos

Por que o uso do genoma humano para a identificação da autoria dos crimes deve ser um ponto de preocupação?

O uso da parte codificante do genoma humano e também seu uso para além de uma simples verificação de autoria entre o material coletado na cena do crime e do banco de dados, o uso para traçar perfis dos possíveis acusados e/ou condenados, o uso preditivo para mapear a conduta dos criminosos e eventualmente buscar mecanismos de coibir isso por meio de características genéticas, o uso que possibilite vigilância dos cidadãos por parte do Estado, o uso que permita mitigar a presunção de inocência. Esse uso é o que preocupa alguns dos experts da audiência pública na Corte brasileira. O tema envolve questões bioéticas complexas diante

da possibilidade de se violar a privacidade, os dados genéticos e a autonomia dos indivíduos submetidos a esse escrutínio, cujos dados são incluídos nos bancos de dados de perfis genéticos, além das respectivas discriminação e estigmatização.

Neste trabalho buscou-se compreender as preocupações por trás do uso de perfis genéticos em bancos de dados públicos para investigação de crimes, afinal essa já é uma realidade com o uso de inteligência artificial e cidades inteligentes, com a utilização de base de dados de perfis genéticos para construção de modelos de previsão de crimes baseada em algoritmo de predição espaço-temporal de crime, dentre outras técnicas.

Na sequência nos resta, ao menos para encerrar com os questionamentos da presente tese de doutoramento, afinal, existiria correlação entre os bancos de perfis genéticos e a dignidade humana?

5.5 Os Bancos de Perfis Genéticos e a Dignidade Humana

O tratamento do tema ainda não foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro embora seja uma realidade no dia a dia forense do Brasil e de centenas de países do mundo.

Os discursos analisados que foram apresentados na audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal, permitem uma clara compreensão do cenário em âmbito brasileiro e internacional.

Mas é essencial que se tenha como norte que o debate sobre a manutenção de perfis genéticos de condenados no Brasil encontra-se intrinsecamente ligado à proteção da dignidade humana e mesmo sem haver decidido sobre a constitucionalidade da lei brasileira de regência do tema, o STF tem tratado a dignidade da pessoa humana como eixo central de qualquer política pública, não poderia se dar de modo diverso, quando se trata da coleta e armazenamento de dados sensíveis. Daí porque a manutenção de perfis genéticos colhidos e armazenados pelo aparato estatal deve ser criteriosamente examinado para se garantir que não haja violação dos direitos individuais e que as práticas sejam proporcionais e adequadas no equilíbrio entre os direitos fundamentais e a segurança pública.

Afinal, o utilização dos bancos públicos de perfis genéticos é um mal necessário?

A resposta é parcialmente afirmativa. A referida utilização hoje se apresenta como uma realidade inafastável que deverá seguir sob constante e cuidadosa vigilância da sociedade para

se evitar, inclusive, o que vem ocorrendo no contexto norte-americano¹¹¹, nos moldes apresentados na seção 4.4.4. da presente tese.

A grande questão, entretanto, consiste em como agregar-se essa nova técnica sem que se perca de vista o ser humano envolvido na condição de acusado/condenado.

É importante que os procedimentos contenham *standards* mínimos relativos à execução, bem como à coleta e armazenamento desses dados.

Ora, se Jakobs problematizou o Direito Penal do Inimigo, aqui o que se pretende é, mais do que nunca, e antes que seja tarde, estabelecer o Direito Penal Humano, sob pena de priorizarmos a ciência e tecnologia em prejuízo do indivíduo.

A tecnologia, como instrumento, deve ser utilizada nos estritos limites daquilo que seja necessário, sob pena de gerar prejuízos incalculáveis para a população como um todo. No Brasil, por exemplo, em que não é admitida a pena perpétua, o uso indiscriminado de bancos de perfis genéticos como forma de marginalização do indivíduo, irá gerar, no mínimo, efeitos perpétuos da pena até então aplicada.

Já no que diz respeito ao material genético de familiares de vítimas desaparecidas ou, das próprias, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) funciona como mecanismo fundamental para a resolução de crimes, bem como para identificação e busca do paradeiro de vítimas, auxiliando de forma eficiente o Estado Brasileiro na solução de crimes complexos.

Nota-se, portanto, que é possível a utilização do genoma humano na persecução penal, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana, mais especificamente, diante dos seguintes *standards*: a) previsão legal e o mais detalhada possível do procedimento; b) especificidade mínima do procedimento; c) caráter sigiloso; d) não publicização da identidade dos indivíduos que estejam com dados genéticos constantes nos Bancos de dados e, e) assim como preceitua Barbas, não colocação de todos e quaisquer genomas no referido Banco de Dados.

¹¹¹ A atual genealogia genérica investigativa e a privacidade das informações armazenadas em bancos de dados massivos de empresas baseadas na Internet no contexto do sistema criminal norte-americano.

CONCLUSÕES

1. Síntese das Principais Descobertas e Implicações para o Direito Penal e os Direitos Fundamentais

Somente com limites racionais claros impostos ao Estado em sua vertente punitiva expansionista é que se pode dar efetividade e proteção substancial e densa aos direitos fundamentais. Mesmo que para isso se tenha que assumir posição contramajoritária diante dos interesses punitivistas e efficientistas de ocasião, que tentam criar estratégias e discursos que buscam naturalizar os novos métodos punitivos, inclusive, alicerçados nos avanços da tecnologia e na falácia da infalibilidade da ciência.

O ser humano, que corporifica a essência da dignidade humana, tem que ser a referência diante de qualquer política criminal que possa atingir ou seu âmago, devendo ser sempre guiadas pelas ordens constitucionais formais e substanciais que servem de anteparo para as violações de direitos e garantias fundamentais.

Ao longo desta tese, foram discutidas as implicações do uso de bancos de dados de perfis genéticos no sistema penal brasileiro, sempre tendo como referencial a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

A integração entre teoria e prática revela que, enquanto o uso de tecnologias genéticas pode aumentar a eficiência na investigação criminal, há desafios significativos para garantir que essas práticas estejam em conformidade com os princípios constitucionais.

O Brasil precisa de um debate contínuo e inclusivo para equilibrar a segurança pública e a proteção dos direitos individuais.

Como reafirmação da tese central, a presente tese procurou avaliar a compatibilidade entre a utilização de bancos de dados de perfis genéticos no sistema penal brasileiro e a preservação dos direitos fundamentais, especialmente o direito à dignidade humana e à privacidade genética.

A análise demonstrou que, enquanto a utilização desses bancos pode contribuir para a eficiência da persecução penal, ela também levanta sérias preocupações quanto à proporcionalidade, seletividade penal e proteção dos direitos fundamentais.

Os capítulos da tese integraram a teoria dos direitos fundamentais de autores como Robert Alexy e Jesús-Maria Silva-Sánchez com casos práticos no Brasil, com foco especial no

Recurso Extraordinário nº 973.837¹¹² e aplicação da Lei nº 12.654/2012. A discussão demonstrou que a expansão do direito penal no Brasil, conforme descrita pela teoria de Silva-Sánchez, nos permite classificar as tecnologias de DNA utilizadas nos bancos de dados de perfis genéticos, no âmbito do sistema de justiça criminal, representada como uma nova tecnologia de vigilância e que apresenta desafios significativos para a proteção dos direitos fundamentais, como um direito penal de “quinta velocidade”.

Na audiência pública realizada no STF para tratar da constitucionalidade da lei brasileira sobre o uso dos bancos de dados de perfis genéticos tratada no capítulo 5, que contou com 17 (dezessete) atores das 12 (doze) instituições participantes, referidos expertos apresentaram um posicionamento contrário, completamente a favor, ou a favor com ressalvas, quanto ao uso do DNA no Banco de Perfis Genéticos brasileiro. A favor foram considerados os discursos que apresentaram argumentos inteiramente favoráveis à constitucionalidade do uso de perfis genéticos. A favor com ressalva foram os atores que apesar de concordar com a importância do uso de perfis genéticos na investigação e na atribuição de culpabilidade, demonstraram a necessidade de se observar a privacidade dos indivíduos, manifestaram preocupações quanto ao método de coleta do DNA ser invasivo e apresentaram preocupação com o risco de julgamentos equivocados a partir do potencial mau uso dessas bases. E a minoria contrária, representada por apenas 1 (um) ator, foi o que utilizou argumentos que consideravam inconstitucional o uso dos perfis genéticos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira de 1988, foi analisado como um critério fundamental para avaliar a legitimidade das práticas de coleta e armazenamento de dados genéticos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como demonstrado em diversos casos, tem utilizado o princípio da dignidade humana para estabelecer limites à atuação estatal, enfatizando a necessidade de garantir que essas práticas respeitem os direitos à privacidade e à não autoincriminação.

A teoria da ponderação de Alexy foi fundamental para compreender como o STF equilibra os direitos fundamentais em jogo, especialmente no contexto da segurança pública e da privacidade genética. A análise das audiências públicas e decisões judiciais revelou que, embora a coleta de DNA possa ser uma ferramenta útil na investigação criminal, ela deve ser

¹¹² Embora ainda não julgado até a finalização desta tese, contém relevantes discursos de experts.

aplicada de forma proporcional e justificada, respeitando os limites impostos pelos direitos fundamentais e pela dignidade humana.

O conceito de expansionismo penal, conforme ensinamentos de Silva-Sánchez, reflete-se no Brasil pela adoção de políticas que utilizam dados genéticos como instrumento de controle social. No entanto, essas práticas também podem reforçar o punitivismo seletivo, afetando desproporcionalmente certos grupos sociais. Portanto, é necessário que políticas públicas sejam cuidadosamente formuladas para evitar discriminações e garantir que todos os indivíduos sejam tratados com respeito à sua dignidade.

Na impossibilidade de haver algo mais prudente e humano que o direito penal, como defende Silva-Sánchez, caracterizado pelo menor intervencionismo nos direitos individuais, o que aqui chamo de direito penal humano, diante das estruturas lógico-objetivas, contextualizando para o Brasil, defendo que a ideia de disponibilizar o material genético deveria servir, no máximo, como faculdade ou, quiçá, como premiação, jamais como pena disciplinar negativa, como aduz a Lei de Execuções Penais.

Fazendo-se uma analogia, a partir desse raciocínio, com a legislação brasileira, (com destaque para o art. 9º-A, da lei de execuções penais brasileira), é possível verificar que a submissão obrigatória do condenado à identificação do seu perfil genético, ainda que exclusivamente quando condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, o procedimento que ocorrerá mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional, viola a dignidade humana da pessoa do condenado, presumindo que ele, mesmo após o cumprimento de sua pena, continuará a delinquir ou, no mínimo, apresentaria periculosidade presumida.

Mais do que isso, o § 1º-A, do art. 9º-A, da Lei nº 7.210/1983, em que pese mencionar que deve “constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense”, não realizou algo basilar, qual seja: estabelecer os critérios para que se apure, no caso concreto, o que deve ser considerado “melhor prática da genética forense”, omissão essa que gera verdadeiro arbítrio por parte das autoridades locais responsáveis pela execução penal, em especial, quando se está diante de direito penitenciário, cuja competência para legislar, ao contrário daquela afeta ao direito penal (privativa da União), é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal.

Outro ponto problemático consiste na disposição do § 8º, do art. 9º-A, ao disciplinar que constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. No sistema penal brasileiro, assim como ocorre em outros países do mundo, o cometimento de falta grave gera uma série de prejuízos ao condenado, dentre os quais, pode ser citada a interrupção do prazo para progressão de regime, o qual deve ser novamente contabilizado a partir do cometimento da falta grave. Aqui, nos parece que a legislação criou uma hipótese de imposição de falta grave a partir da responsabilização objetiva, o que é vedado no direito penal do fato aplicável em um Estado Democrático de Direito.

O atual modelo de Estado que se dissemina e ganha força em quase todo o mundo ocidental, e aqui o destaque vai para o cenário jurídico, econômico e social brasileiro, tratado com minúcias na presente tese, reforça intencionalmente o “medo” e com isso facilita a “negação da subjetividade”, no qual os estudiosos deverão aceitar totalmente, aceitar parcialmente ou mesmo rejeitar por completo a utilização dos estudos do genoma humano (aqui com especial enfoque, o uso da colheita de dados para armazenamento nos bancos de perfis genéticos) como possíveis elementos a interferir na condenação ou não condenação penal, trazendo a necessária e porque não dizer essencial atenção diante do que se possa fazer a depender de características genômicas de agentes que cometem condutas consideradas criminosas, ou mesmo a forma como se submete o indivíduo às suas técnicas com eventual potencial de vulneração da essência do que se pode entender por dignidade humana. Com base nos achados desta pesquisa, recomenda-se que o Brasil adote uma abordagem mais restritiva e criteriosa na utilização de bancos de dados de perfis genéticos, garantindo que qualquer coleta de dados seja baseada em princípios de necessidade, proporcionalidade e respeito aos direitos fundamentais. Além disso, sugere-se que futuras pesquisas explorem os impactos específicos dessas práticas sobre diferentes grupos sociais no Brasil e investiguem alternativas que conciliem segurança pública com a proteção dos direitos individuais.

A advertência quanto à atual genealogia genérica investigativa e a privacidade das informações armazenadas em bancos de dados massivos de empresas baseadas na Internet, aqui brevemente tratada no contexto do sistema criminal norte-americano, serve como abertura de debate para aprofundamento de novos estudos, em especial, enfrentando a questão dos bancos de perfis genéticos privados e sua utilização pelas agências do sistema de justiça criminal e sua conformidade com os direitos fundamentais.

Afigura-se inafastável, a conclusão de inspiração kantiana, de que qualquer forma de coleta e utilização de perfis de DNA devem ser modulados com total respeito à dignidade das

pessoas envolvidas, considerando-as como fins em si mesmas e não apenas como meios para alcançar outros objetivos, como segurança ou controle.

Estas conclusões sintetizam os achados da pesquisa, evidenciando a complexidade das questões envolvidas e a necessidade de um olhar crítico e aprofundado sobre o papel do Direito Penal e das tecnologias de vigilância na sociedade contemporânea e no Sistema de Justiça Criminal.

2. Recomendações para Políticas Públicas

Diante do arcabouço jurídico, econômico e social trazido ao longo da pesquisa, em síntese e desdobramento de novas e reiteradas conclusões somadas a estas e aquelas trazidas no corpo da tese, apresentamos as seguintes balizas e sugestões para futuras políticas públicas em matéria penal e especificamente quanto à regulamentação dos Bancos de Perfis Genéticos no Brasil:

- I) A proteção do direitos fundamentais encontra-se como um dos fundamentos para o controle permanente das ações do Estado quanto à gestão do Sistema de Justiça Criminal, ações estas que sempre deverão se nortear por referenciais e critérios de racionalidade.
- II) Somente com limites racionais claros impostos ao Estado em sua vertente punitiva, que atualmente adota viés expansionista, em especial no Brasil, especialmente, diante de estratégias e discursos que buscam naturalizar os novos métodos punitivos, inclusive, alicerçados nos avanços da tecnologia e na suposta falácia da infalibilidade da ciência.
- III) O ser humano, que corporifica a essência da dignidade humana, tem que ser a referência diante de qualquer política criminal que possa atingir a sua essência. Qualquer avanço tecnológico a ser utilizado pelo Sistema de Justiça Criminal deve estar sempre referenciado em conformidade com as ordens constitucionais formais e substanciais que devem servir de anteparo contra as possíveis violações de direitos e garantias fundamentais.
- IV) Nesse contexto, algo mais prudente e humano que o direito penal, caracterizado pelo menor intervencionismo nos direitos individuais, o que aqui denomino de direito penal humano. Em outras palavras, diante das estruturas lógico-objetivas, contextualizando-se o cenário brasileiro, defendo que a ideia de se disponibilizar o material genético somente deve servir como faculdade ou, quiçá, como premiação,

jamais como pena disciplinar negativa, como aduz a Lei de Execuções Penais brasileira.

- V) Fazendo-se uma analogia, a partir desse raciocínio, com a legislação, (com destaque para o art. 9º-A, da lei de execuções penais brasileira), é possível verificar que a submissão obrigatória do condenado à identificação do seu perfil genético, ainda que exclusivamente quando condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, o procedimento que ocorrerá mediante extração obrigatória de DNA, ainda que feita por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional, viola a dignidade humana da pessoa do condenado, presumindo que ele, mesmo após o cumprimento de sua pena, continuará a delinquir ou, no mínimo, apresentaria periculosidade presumida, em reforço à ideia-chave do Direito Penal do Inimigo.
- VI) Mais do que isso, o § 1º-A, do art. 9º-A, da Lei nº 7.210/1983, recentemente modificada, em que pese mencionar que deve “constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense”, não realizou algo basilar, qual seja: estabelecer os critérios para que se apure, no caso concreto, o que deve ser considerado “melhor prática da genética forense”, omissão esta que gera verdadeiro arbítrio por parte das autoridades locais responsáveis pela execução penal, em especial, quando se está diante de direito penitenciário, cuja competência para legislar, no Brasil, ao contrário daquela afeta ao direito penal (privativa da União), é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal.
- VII) Outro ponto problemático consiste na disposição do § 8º, do art. 9º-A, ao disciplinar que constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. No sistema penal brasileiro, assim como ocorre em outros países do mundo, o cometimento de falta grave gera uma série de prejuízos ao condenado dentro do sistema penitenciário, dentre os quais, pode ser citada a interrupção do prazo para progressão de regime, o qual deve ser novamente contabilizado a partir do cometimento da falta grave. Aqui, nos parece que a legislação criou uma hipótese de imposição de falta grave a partir da responsabilização objetiva, o que é vedado no direito penal do fato, aplicável em um Estado Democrático de Direito.

VIII) Em nenhuma hipótese, sob pena de violação de direitos fundamentais, em especial, o direito à não autoincriminação, o sistema jurídico poderá tornar compulsória a recolha de material genético do investigado ou do preso.

IX) A utilização do genoma humano nos bancos de dados de perfis genéticos, no contexto brasileiro do sistema de justiça criminal, pode ser compatibilizada com a dignidade da pessoa humana desde que respeitados os *standards* do que aqui se convencionou chamar de Direito Penal Humano, quais sejam: **(a)** previsão legal e detalhada do procedimento; **(b)** vedação de qualquer mecanismo de discriminação ou estigmatização na utilização dos dados genéticos; **(c)** voluntariedade do interessado e consentimento prévio, livre, informado e expresso; **(d)** especificidade e intromissão mínimas do procedimento; **(e)** caráter sigiloso, com expressa proteção de dados; **(f)** não publicização da identidade dos indivíduos que estejam com dados genéticos constantes nos bancos de dados, com acesso controlado às autoridades competentes, cuja violação do sigilo deverá implicar em responsabilização penal, civil e administrativa, também, na esteira da proteção de dados; **(g)** não inserção de todos e quaisquer genomas no respectivo banco de dados, consignando-se expressamente, a proibição do uso das amostras de DNA e das informações de identificação por DNA para qualquer propósito que não seja o desempenho das funções oficiais explicitamente tratadas por lei, impondo-se fiscalização rigorosa sobre tais obrigações; **(h)** não imposição de sanções automáticas (como imputação de falta grave, o que infelizmente ocorre na lei de execução penal brasileira), em caso de negativa do condenado e **(i)** permanente fiscalização dos bancos de dados de perfis genéticos, a ser realizada por comitês colegiados representativos dos mais diversos setores da sociedade civil, dentre outros que aqui sugerimos, as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, em cada banco de dados de cada unidade federada do País e do seu Conselho Federal, no âmbito dos bancos nacionais, com representantes especializados no tema, no âmbito técnico-jurídico. Os Conselhos Regionais de Medicina e o Conselho Federal respectivo, nas mesmas condições e circunstâncias aplicáveis aos Conselhos dos Advogados; tudo isso, visando a fiscalização da qualidade do material genético colhido, para se evitar erros durante a coleta, armazenamento e transporte do material e o respeito irrestrito à cadeia de custódia das amostras; **(j)** Os bancos de dados de perfis genéticos deverão contar com uma estrutura de gestão, sempre supervisionada por representantes técnicos da

sociedade civil, norteadas pelos princípios de independência, multidisciplinaridade, pluralismo e transparência; **(k)** Os dados genéticos recolhidos com fins de natureza criminal, deverão ser destruídos logo após o cumprimento de sua função, constituindo-se em fórmula violadora de direitos fundamentais, a sua manutenção nos referidos bancos de dados de perfis genéticos.

3. Sugestões para Pesquisas Futuras

Na presente tese se apresentou o contexto norte-americano de utilização privada mesclada com a pública, em que dados genéticos podem ser utilizados para fins investigativos em larga escala. O Brasil enfrenta desafios semelhantes em termos de privacidade e segurança de informações genéticas. O Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) tem suscitado preocupações sobre o armazenamento seguro e o uso potencialmente indevido de dados sensíveis, exigindo regulamentação rigorosa para garantir que a dignidade humana e a privacidade sejam protegidas. Imagina-se que esse novo cenário deva ser reproduzido em futuro próximo, se já não existe, em todos os países.

A contextualização do cenário norte-americano sobre a genealogia genérica investigativa e a privacidade das informações genéticas armazenadas em bancos massivos de empresas baseadas na internet abre uma janela de múltiplas possibilidades de futuras investigações, com especial foco no tema dos bancos de perfis genéticos privados, sua utilização pelas agências do sistema de justiça criminal e a conformidade com os direitos fundamentais, em todo e qualquer país que adote o modelo dos bancos públicos de dados de perfis genéticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAS, Katja. "The body does not lie": identity, risk and trust in technoculture. *Crime. Media and Culture*, Londres, v. 2, n. 2, 2006.

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2011.

ACKERMAN, Ari. "Eliezer Schweid on the Religious Dimension of a Secular Jewish Renewal". *Modern Judaism*. 30 (2): 209–228, 2010. Disponível em: 10.1093/mj/kjq005. ISSN 0276-1114. JSTOR 40604707. S2CID 143106665.

ÁGUAS, Cíntia. Estudo comparado da legislação internacional. *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal. Conferências CNECV*, Coimbra, 2012. ISBN: 978-972-8368-33-3.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3. n. 04, 2005.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

_____. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.

_____. *Derechos individuales y bienes colectivos*, *In: El concepto y la validez dei derecho* (trad. J.M. Sena), Barcelona, 1994.

_____. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

_____. On the concept and nature of law. *Ratio Juris*, n. 3, sep. 2008.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (5), 1988.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. V., do mesmo autor, *Derecho y Razón Prática*. BEFDP, México, 2002.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Modelos de inimputabilidade da teoria à prática*. Coimbra: Almedina, 2004.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Vol I. Coimbra: Almedina, 2007.

ALVES JR., Manoel. Política Criminal Atuarial no Desvelar do Punitivismo Seletivo. Vol. 5, nº 1. Rio Grande do Sul: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal* - UFRGS, 2017.

AMANKWAA, A. O.; MCCARTNEY, C. The effectiveness of the UK National DNA database. *Forensic Science International: Synergy*, v. 1, p. 45-55, 2019.

AMANKWAA, Opoku. *Trends in forensic DNA database: transnational ex-chancellor of DNA data*, Reino Unido. Disponível em:
https://drive.google.com/file/d/1HPfm7zrGQJWs9OuqmWdlYcHg1Oy0NrZ/view?usp=drive_sdk. Acesso em: 4 fev. 2024.

AMELUNG, Nina; GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena. *Modes of Bio-Bordering: The Hidden (Dis)integration of Europe*. Singapore: Palgrave Pivot, 2021. DOI: 10.1007/978-981-15-8183-0. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-981-15-8183-0>. Acesso em: 18 ago. 2024.

ANDERSON, French. Human Gene Therapy: Scientific and ethical considerations. *Journal of Medicine and Philosophy*, 10, 1985.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, terceira edição, 1987.

AQUINO, Tomás de. *Suma de Teologia*. Tomo III, O. Valle Campo/L, Jiménez Patón (trs.). Madrid: BAC, 1990.

ARCHER, Luís. Ainda os Direitos do Homem. O consentimento informado, *Brotéria*, Vol. 148, nº 2, Lisboa, fevereiro de 1999.

_____. O Homem perante o Tecnocosmos emergente da biologia, *Brotéria*. Vol. 122, nº 1, Lisboa, Janeiro de 1986.

_____. Predizer o futuro, já hoje. *Brotéria*, Vol. 146, nº 3, Lisboa, Março de 1998.

_____. Procriação Artificial - Reflexão sobre pessoas e coisas, *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. nºs 13 e 14, A.A.F.D.K, Lisboa, 1990.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. São Paulo: Forense-Universitária, 2007.

ASPLEN, Chris. *Policy, Politics and the Phenomenon of Forensic DNA Technology*, 2004. Disponível em:

<https://www.nationalacademies.org/documents/embed/link/LF2255DA3DD1C41C0A42D3BEF0989ACAECE3053A6A9B/file/D6A9E69453DACBF3346CCCA0D6FA85222E86B0F5346F?noSaveAs=1>. Acesso em: 17 jun.2024.

ATIENZA, Manoel. *As razões do Direito*. São Paulo: Landy. 2006. ISBN: 97885877319992006.

- ATKINSON, Paul et al. *New genetics, new identities*. Londres: Routledge, 2007.
- AUFDERHEIDE, Patrícia. *Order and violence. Social deviance and social control in Brazil – 1780-1840*. Tese de Doutorado em História. Universidade de Minnesota, EUA, 1976.
- BAHNSEN, Greg. *A Reformed Confession Regarding Hermeneutics* (article 6) Archived 4 December 2014 at the Wayback Machine.
- BAIROS, Luiza. *O enfrentamento ao racismo foi inserido no planejamento governamental*. In: SANTOS, Katia R. da Costa; SOUZA, Edileuza P. SEPIR Promovendo a igualdade racial: para um Brasil sem racismo. SEPIR: Brasília, 2016.
- BALERA, José Eduardo Ribeiro; DINIZ, Nilza Maria. A eticidade de pesquisas bioantropológicas de delinquência no cenário científico contemporâneo. *Rev. bioét.* (Impr.). 2013; 21 (3).
- BALL, Bryan; JOHNSSON, William (ed.). *The Essential Jesus*. Pacific Press (2002). ISBN 0-8163-1929-4.
- BARATA-MOURA, José. *O outro Kant*. Lisboa, Portugal: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina. Setembro, 2006 (reimpressão da edição de 1998) da dissertação de mestrado de 1995.
- _____. *Direito do Genoma Humano*. reimpressão, abril de 2011. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____. Genética e Direito Penal, *Revista de Direito Penal*, Ano II, nº I, Lisboa, 2003.
- _____. O Crime nas Novas Sociedades Pós-Industriais, sep. *Coletânea de Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Francisco Luca Pires*, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, Julho de 1999.
- BARCELOS, Larissa; FREITAS, Ricardo. Direito Penal seletivo: Uma análise histórica e social do Direito Penal como instrumento de divisão social. *Monumenta - Revista de Estudos Interdisciplinares*, Joinville, v.1. n.1. jan./jun. 2020.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARRETT, David; KURIAN, Tom and others. (ed.). *World Christian Encyclopedia*. Oxford University Press, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARRY, John F. *One Faith, One Lord: A Study of Basic Catholic Belief*. William H. Sadlier (2001). ISBN 0-8215-2207.

BARTHOLOME, W.A. A new understanding of consent in pediatric practice: consent, parental permission and child assent, *Pediatric Ann*, 18 (4), 1995.

BASTOS, Thamiris. *A coleta de perfil genético para identificação criminal e o pacote anticrime: reflexão sobre a aplicação de falta grave ao apenado quando da recusa à extração de DNA*. Jusbrasil. Disponível em: <https://thamibastos.jusbrasil.com.br/artigos/856470170/a-coleta-do-perfil-genetico-para-identificaca...> Acesso em: 24.jan. 2024.

BATESON, W. *Materials for the study of variation*, Macmillan, London, 1894, p. 44-45 In: Mendel's principles of heredity, Cambridge University Press, Cambridge, 1909.

BAUMAN, Zygmunt. *Danos Colaterais*. Desigualdades sociais numa era global. Carlos Alberto Medeiros (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BEAUCHAMP, T.L ; CHILDRESS, J.F, *Principles of Biomedical ethics*. New York: Oxford, 1994.

BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2010.

BELL, Daniel. *O advento da sociedade pós-industrial, uma tentativa de previsão social*. São Paulo: Cultrix, 1974.

- BENNETT, Clinton. Interpreting the Qur'an: a guide for the uninitiated. *Continuum International Publishing Group*. 2010, p. 101. ISBN 978-0-8264-9944-8.
- BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1843, v. 4.
- BENTON, John. *Is Christianity True?* Darlington, Eng.: Evangelical Press, 1988. ISBN 0-85234-260-8;
- BERWICK, Robert C., CHOMSKY, Noam. *Why only us: language and evolution*. Cambridge: MIT Press, 2017.
- BETTENSON, Henry (ed.). *Documents of the Christian Church*. Oxford University Press, 1943.
- BEYER, Peter. *Religions in Global Society*. Londres: Routledge. 2006. ISBN: 0415393183.
- BINDING, Karl. *La culpabilidad en derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000. Descrição Física: 201 p. ISBN: 8481643971
- _____. *Teoria e interpretação de los derechos fundamentales*. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BOKENKOTTER, Thomas (2004). *A Concise History of the Catholic Church*. Nova Iorque: Doubleday. ISBN 978-0-385-50584-0.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica

brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/51342>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2009.

BROWING, Robert. *The Byzantine Empire*. Washington, DC: The Catholic University of America Press, 1992.

BURT, Andrew. *Privacy and cybersecurity Are Converging. Here's Why That Matters for People and for Companies*. Disponível em Harvard Business School: <https://hbr.org/2019/01/privacy-and-cybersecurity-are-converging-heres-why-that-matters-for-people-and-for-companies>. Acesso em: 26.out. 2023.

BUSSE, Heribert (1998). *Islam, Judaism, and Christianity: Theological and Historical Affiliations*. Princeton: Markus Wiener Publishers. p. 63–112. ISBN 978-1-55876-144-5.

CALLEGARI, André; WERMUTH, Maiquel; ENGELMANN, Wilson. A (im)possibilidade da criação de bancos de dados de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, [s. l.], v. 17, 2. ed., 2012.

CALLON, M. *Society in the making: the study of technology as a tool for sociological analysis*. In: BIJKER, W. E. et al. (orgs.) *The social construction of technological systems. New directions in the sociology and history of technology*. Cambridge MA: MIT Press, 1987.

CAMERON, Averil (2006). *The Byzantines*. Oxford: Blackwell. ISBN 978-1-4051-9833-2.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN: 12039398.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14 reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

CAPLAN, Jane; TORPEY, John (eds.). *Documenting individual identity: the development of state practices in the modern world*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

CARDARELLI/HICKS, Radicalism in Law and Criminology: a retrospective View of Critical Legal Studies and Radical Criminology. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 84, n. 3, 1993.

CARDOSO, Edson. *Depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados para apurar a violência contra jovens negros e pobres*. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Notas Taquigráficas: CPI da Violência contra jovens negros e pobres. Reunião Ordinária n. 0539/15, 12 maio 2015.

CARDOSO, Jorge Antônio de Jesus. *Agente encoberto – apoio à atividade de investigação criminal*. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/agente-encoberto-apoio-%C3%A0-atividade-de-investiga%C3%A7%C3%A3o-jesus-cardoso>. Acesso em: 06.jan. 2023.

CARNEIRO, Suely. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general de delito*. Trad. do italiano: Victor Conde. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952.

_____. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis. Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba. n. 09, julho/setembro 1998.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Condicionalidade sociocultural do direito penal: análise histórica*. Sentido e limites. Coimbra, 1985.

CARVALHO, André Ramos de. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. Saraiva. 2022. e-book. ISBN-10: 6553622442.

CASSETTI, Luisa. *Il diritto di “vivere con dignità” nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani*. Disponível em: <http://www.unipv-lawtech.eu/lang1/files/vivereCONDignita.pdf>.

CASTANÓN, José Manuel Paredes. *El riesgo permitido em derecho penal*, Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

CAVENDER, Gray; DEUTSCH, Sarah K. CSI and moral authority: the police and science. *Crime, Media, Culture*, Londres, v. 3, n. 1, 2007.

CELLARD, André. Análise Documental. In: POUPART, Jean et alli. *A pesquisa qualitativa, enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

CEREZO, José Antonio López; LÓPEZ, José Luis Luján. *Ciencia y política del riesgo*. Madrid: Alianza, 2000.

CERQUEIRA, Marina. *Neurociências e culpabilidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHAMBERS, Mortimer; Crew, Herlihy, Rabb, Woloch. *The Western Experience. Volume II: The Early Modern Period*. Alfred A. Knopf (1974). ISBN 0-394-31734-3.

CLARKE, Matt. *Forensic Genetic Genealogy: Law Enforcement's Rapid Adoption Outpacing Adoption of Laws and Ethical Guidelines Regulating Its Use*. Publicado em Junho de 2024. Disponível em: <https://www.criminallegalnews.org/news/2024/jun/15/forensic-genetic-genealogy-law-enforcements-rapid-adoption-outpacing-adoption-laws-and-ethical-guidelines-regulating-its-use/>. Acesso em: 24 ago. 2024.

COFFEY, John. *Persecution and Toleration in Protestant England 1558–1689*. Pearson Education, 2000; CROSS, F.L.; Livingstone, E.A. (ed.). *The Oxford Dictionary of the Christian Church*. Oxford University Press, 1997. ISBN 0-19-211655-X.

COLE, Simon. *Suspect identities: a history of fingerprinting and criminal identification*. Harvard: Harvard University Press, 2001.

COLE, Simon; LYNCH, Michael. The social and legal construction of suspects. *Annual Review of Law and Social Science*, Palo Alto, v. 2, 2006.

COMMITTEE ON ASSESSING GENETIC RISKS. Institute of Medicine, Assessing genetic risks. *Implications for health and social policy*, Washington, DC.: National Academy Press, 1994.

COMTE-SPONVILLE, André. *A Sabedoria dos Modernos*. São Paulo: Instituto Piaget, 1999.

CONDE, Francisco Muñoz. *Búsqueda de la verdad em el proceso penal*. Buenos Aires, Hamurabi, 2000.

CONTE, G.B.: *"Latin Literature: a history"*, 1987.

CORAZZA, Thaís; CARVALHO, Gisele. A falibilidade da prova genética como prova pericial e a necessária relativização de seu valor absoluto, *Revista Jurídica Cesumar*, v. 19, ed. 3, 2020.

CORTE-REAL, Francisco; VIEIRA, Duarte Nuno. *Princípios de Genética Forense*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. ISBN 978-989-26-0956-0.

COSTA, Helena; MIRANDA, Luís. *Novas ferramentas da investigação criminal — potencialidades e limites da previsão de características físicas através da análise de ADN*. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (orgs.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social*. Coimbra: Coimbra, 2014.

COSTA, Susana. *Os constrangimentos práticos da investigação criminal em Portugal e suas repercussões na aplicabilidade da Base de Dados de ADN*. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (orgs.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social*. Coimbra: Coimbra, 2014.

COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises. *The Costs of Connection: How Data Is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism*. Stanford University Press, 2019.

COULSON, Noel James. "*Sharīah*". *Encyclopaedia Britannica*. Retrieved 17 September 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito*. *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Nota Dez, n. 01, 2001.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*. *Nueva Doctrina Penal*, 2004/A.

CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. *O princípio nemo tenetur se detegere*. Análise na legislação brasileira e direito comparado. Curitiba: Appris, 2010.

CUNHA, Anita Spies da; SCHIOCCHET, Taysa. A constitucionalidade do DNA na persecução penal: o direito à autodeterminação informativa e o critério de proporcionalidade

no Brasil e na Alemanha. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 529-554, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.74420.

CUTTER, Susan L. *“Hazards Vulnerability and Environmental Justice”*. London: Routledge, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9781849771542>. Acesso em: 11 jun. 2024.

DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Trad. de Tamara D. Barile. Brasília: Fundação Tancredo Neves, 1987.

DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

DANISH COUNCIL OF ETHICS. *Ethics and Mapping of the Human Genome, Danish Council of Ethics*. Copenhagen, 1993.

DARWIN, Charles (1837). *Notebook B: (Transmutation of species)*. Darwin Online. CUL-DAR121. Archived from the original on 8 February 2009. Retrieved 20 December 2008.

DE GIORGI, Alessandro. Estruturas Sociais e Reformas Penais: Críticas Marxistas à Punição no Capitalismo Tardio. *RDU*, Porto Alegre, Volume 16, n. 89, 2019, set-out 2019.

DE MARCO, Cristhian Magnus. O direito fundamental à cidade sustentável e os desafios de sua eficácia. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

DENNO, Deborah W. Crime and Consciousness. *Science and Involuntary, Minnesota Law Review*, (87), 2002.

DENNY, Frederick. *Sunni Islam*: Oxford Bibliographies Online Research Guide. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DEPPERMAN, Klaus. *Melchior Hoffman*: Social Unrest and Apocalyptic Vision in the Age of Reformation. ISBN 0-567-08654-2.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 19, p. 179–204, jul./set., 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. Coimbra: Coleção Coimbra, 1976.

- DIÓGENES JUNIOR, Jorge Eliaci Nogueira. *Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?* Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750. Acesso em: 05 jan.2023.
- DULBECCO, R. The Italian genome Project. *Genomics*, 7, 1990.
- DURFY, S.J. Human Genome Project. *Canadian Journal of Public Health*, 8, 1990.
- EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese em ciências humanas*. 5. edição, Lisboa: Editorial Presença, 1991.
- EDWARDS A. W. F. (1986). "More on the too-good-to-be-true paradox and Gregor Mendel". *Journal of Heredity*. 77 (2): 138. Disponível em: [10.1093/oxfordjournals.jhered.a110192](https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.jhered.a110192).
- EIBACH, Ulrich; GMEINDL, Martin. *Heredity, gene therapy and religion*, In: The future of DNA. Kluwer Academic Publishers, Netherlands, London, 1996.
- EL- HIBRI, Tayeb; AL FARUQI, Maysam J. (2004). "*Sunni Islam*". In: MATTAR, Philip (ed.). The Encyclopedia of the Modern Middle East and North Africa (2nd ed.). MacMillan Reference.
- ENFSI. *DNA-database management review and recommendations*. European Network of Forensic Science Institutes, 2010. Disponível em: http://www.enfsi.eu/get_doc.php?uid=345. Acesso em: 25 abr. 2022.
- ERICSON, Richard; HAGGERTY, Kevin. The surveillant assemblage. *British Journal of Sociology*, London, v. 51, n. 4, dez. 2000.
- ESPOSITO, John L. (ed.). "Eschatology". *The Oxford Dictionary of Islam* – via Oxford Islamic Studies Online. 2004.
- ESTRELA, Edite; SOARES, Maria Almira; e LEITÃO, Maria José. *Saber escrever uma tese e outros textos*. Lisboa: Dom Quixote, 2006.

FAIRBANKS, D. J.; SCHAALJE, G. B. (2007). "The tetrad-pollen model fails to explain the bias in Mendel's pea (*Pisum sativum*) experiments". *Genetics*. 177 (4): 2531–34. Disponível em: 10.1534/genetics.107.079970. PMC 2219470. PMID 18073445.

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

FARIAS, Paulo. *Água: bem jurídico econômico ou ecológico?* Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e prática*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria geral do direito civil I*. 6. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2012. ISBN: 9789725403617.

FERNÁNDEZ, C. Bessa et ál. (eds.). *Contornos bélicos del Estado securitário*. Espanha: Anthopos, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto. Andrés Ibáñez et al. Madri: Trotta, 1995.

_____. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1989.

FERRARI, Mercedes García; GALEANO, Diego. *Polícia, antropometria e datiloscopia: história transnacional dos sistemas de identificação, do rio da Prata ao Brasil*. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.23, supl., dez. 2016.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de direito penal*. Parte Geral II. Penas e Medidas de Segurança. Lisboa: Editorial Verbo, 1989.

FERZIGER, Adam (2009). "From Demonic Deviant to Drowning Brother: Reform Judaism in the Eyes of American Orthodoxy". *Jewish Social Studies*. Indiana University Press. 15 (3): 56–88. Disponível em: 10.2979/jss.2009.15.3.56. JSTOR 10.2979/jss.2009.15.3.56. S2CID 152221663 – via JSTOR.

FIGUEIREDO, Nara Miranda de. *Sobre um suposto direito de mentir: um paralelo entre Kant, Schoonenhauer e Constant, e alguns conceitos schopenhauerianos*, 2009. Disponível em [HTTP://.urutagua.uem.br/007/07figueiredo.htm](http://urutagua.uem.br/007/07figueiredo.htm). Acesso em: 14.abr. 2022.

FISHER. R.A. "Has Mendel's work been rediscovered?" (PDF). *Annals of Science*. 1 (2), 1936. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/00033793600200111>.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FONSECA, Claudia. *Mediações, tipos e figurações: reflexões em torno do uso da tecnologia DNA para identificação criminal*. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (orgs.). *Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social*. Coimbra: Coimbra, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGA, Ivana. “*A coisificação do Humano nas práticas biotecnológicas como herança da modernidade*”. Direito Penal, XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.

FRASER, Steve; GERSTLE, Gary, eds. *The rise and fall of the New Deal order, 1930-1980*. Princeton: Princeton University Press, 1989.

FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, 2016.

FRIED, Yerachmiel (). *"What is Torah?"*. Disponível em: <https://aish.com/what-is-torah/>. Acesso em: 08.fev. 2023.

FROIS, Catarina (org.) *A sociedade vigilante: ensaios sobre privacidade, identificação e vigilância*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008. ISBN 978-972-671-228-2.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Nacional, 1987. Disponível em: <http://estudosdiplomaticos.blogspot.com/2009/08/economia-brasileira-no-seculo-xix-1.html>. Acesso em 11 fev. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023

GAMEIRO, Aires. *Psicopatologia e Saúde Mental*. Vol I e II. Telhal: Escola de Enfermagem da Casa de Saúde de Telhal, 1971.

GARAPON, Antoine. *Juez y democracia*. Barcelona: Flor de Viento, 1997.

GARLAND, David. *The culture of crime control*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GLOVER, Jonathan. *Mapping the human genome: some implications*. Mapping our genes contractor reports, Vol. 1, National Technical Information Services, Springfield, V. A., 1988.

GOLDMAN, Elizabeth. *Believers: Spiritual Leaders of the World*. Oxford: Oxford University Press. 1995. ISBN 978-0-19-508240-1.

GONÇALVES, José Luiz de Moraes. *Banco de Dados de Perfis Genéticos e o Direito Fundamental à Privacidade*. In: MARTINELLI, João Paulo Orsini; ALMEIDA, Eloísa Machado de (Org.). *Banco de Dados de Perfis Genéticos: Direitos Fundamentais e Processos Penais*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

GONZALEZ, Lélia. *Racismo e sexismo na cultura brasileira*. São Paulo, ANPOCS, Ciências Sociais Hoje, 2. ANPOCS, 1983.

GOYRI, Victor. *Genética Humana y Derecho a la Vida Privada*. In: *Genética Humana y Derecho a la Intimidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

GRANT, Michael. Cicero, *Selected Works*, 1971.

GRIFFIN, Miriam; BOARDMAN, John; GRIFFIN, Jasper; MURRAY, Oswyn. *The Oxford Illustrated History of the Roman World*. [S.l.]: Oxford University Press. 15 de janeiro de 2001. ISBN 978-0-19-285436-0.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Philosophisch-politische Profile*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

_____. *Direito e democracia I: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia II: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Técnica e ciência como 'ideologia'*. Lisboa: 70, 2006.

HALEEM, Muhammad Abdel. *Human Rights in Islam and the United Nations Instruments*, In: COTRAN, E. and SHERIF, A. (eds.), *Democracy the rule of law and Islam*, London: Kluwer Law International, 1999.

HARTL, Daniel L.; FAIRBANKS, Daniel J. "Mud sticks: On the alleged falsification of Mendel's Data". *Genetics*. 175 (3): 975–79, 2007. Disponível em: 10.1093/genetics/175.3.975. PMC 1840063. PMID 17384156.

HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente por meio do direito penal*. Conferência ministrada na Universidade Lusíada – Porto, no âmbito do I Congresso Internacional de direito do Ambiente, com tradução simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. In: Notícias do Direito Brasileiro. Nova Série. UNB, nº 4 – 2º Semestre de 1997. (Biblioteca IBCCRIM).

HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. *Revista para el Análisis del Derecho*. InDret 2/2011.

HAVERKATE, Görg. *Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhaeltnismaessigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1983.

HAVERKATE, Görg. *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München: C.H. Beck, 1992.

HENDERSO, Errol A; Maoz, Zeev. *Scriptures, Shrines, Scapegoats, and World Politics: Religious Sources of Conflict and Cooperation in the Modern Era*. Michigan: University of Michigan Press. 2020.

HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. *Relatório – regime jurídico da base de dados de perfis de ADN*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2007. Disponível em: <http://www.cneqv.gov.pt/cneqv/pt/Pareceres/>. Acesso em: 10 out. 2022.

HERZOG, Felix. *Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho Penal Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio del siglo* In: ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfrid, MARTÍN, Adan Nieto, (coord.). Colección estudios. Edición de la Universidad de Castilla- la Mancha, Cuenca, 2003. p. 249 a 259.

HESPANHA, António M., *Como preparar uma dissertação: um guia em cinco pontos*, Faculdade de Direito da UNL, Lisboa, 2009/2010. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/2705.pdf>.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio de Fabris, 1998.

HIKAL, Wael. *Criminología, Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo*. Mexico: booksmedicos.org, 2005.

HINDMARSH, R.; PRAINSACK, B. *Introducing genetic suspects*. In: HINDMARSH, R; PRAINSACK, B. (eds) *Genetic suspects: global governance of forensic DNA profiling and databasing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

HOMBREIRO, L. *La base de datos nacional de perfiles genéticos*. Regulación, funcionamiento y operatividad. Disponível em: https://agmf.es/az/LA_BASE_DE_DATOS_NACIONAL_DE_PERFILES_GENETICOS._HOMBREIRO_L.pdf. Acesso em 15 ago. 2024.

HOMEM, António Pedro Barbas. *O Espírito das Instituições*. Um Estudo de História do Estado. Coimbra: Almedina, 2006.

HONESKO, Raquel Schlommer. *Discussão histórico-jurídica sobre as gerações de direitos fundamentais: a paz como direito fundamental de quinta geração*. In FACHIN, Zulmar (coordenador). *Direitos Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003.

HOUGH, Roberts. *Sentencing Trends in Britain*. Public Knowledge and Public Opinion, in *Punishment & Society*, 1999, n. 1.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Oeiras: Livros do Brasil, 2007.

JACOBS, Louis. "Judaism". In BERENBAUM, Michael; SKOLNIK, Fred (eds.). *Encyclopaedia Judaica*. Vol. 11 (2nd ed.). Detroit: Macmillan Reference, 2007. ISBN 978-0-02-866097-4.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. Cancio Meliá), Madrid: Civitas, 1996.

JASANOFF, Sheila (org.). *States of knowledge. The co-Production of science and the social order*. Londres: Routledge, 2004.

JAYARAMAN, K. S. Indian takes French route to genome Project. *Nature*, 386, 1997.

JIMINIÁN, Miguel Ernesto Valerio. *Registros de ADN y prevención del delito*. Barcelona: Atelier, 2019.

JOHNSTON, Philip. *Innocent – but on a criminal database*. Home front. The Daily Telegraph, 28 maio 2007. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/opinion/main.jhtml?xml=/opinion/2007/05/28/do2802.xml>. Acesso em: 24 out. 2022.

KAMMER, Fred (1 May 2004). *Doing Faith Justice*. Paulist Press. p. 77. Retrieved 18 October 2007. ISBN 978-0-8091-4227-9.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* (1797). Trad. Edson Bini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Crítica da razão prática* (1788). Trad. Valério Rohden e Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785). Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1985.

KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ICC. Ano 1, volume 1, 1º semestre/1996.

KATAYAMA, Roberto Juan. *Introducción Ala Investigación Cualitativa: Fundamentos, métodos, estrategias y técnicas*. Lima: Inca Garcilaso de la Veja, 2014.

KAZEMIAN, Lila et al. DNA retention policies: the potential contribution of criminal career research. *European Journal of Criminology*, Thousand Oaks, v. 8, n. 1, 2010.

KNUDTSON, P. *Genética. Conflictos entre la Ingeniería Genética y los valores humanos*. trad. de J. Sanmarín/M. Vicedo, Tecnos, Madrid, 1991.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*. nº 68, São Paulo, 2006. ISSN 1807-0175. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300008. Acesso em: 11.fev. 2023.

KOHLER, Kaufmann; HARKAVY, Abraham (1901–1906). "Karaites and Karaism". In: SINGER, Isidore; et al. (eds.). *The Jewish Encyclopedia*. New York: Funk & Wagnalls.

KRAFFT-EBING, Richard Von. *Psychopathia Sexualis* (1886), Solar Books, 2011. ISBN 978-0-9820464-7-0.

KRUSE, Corinna. Producing absolute truth: CSI science as wishful thinking. *American Anthropologist*, v. 112, n. 1, 2010.

KUHLEN, Lothar. *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*. Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1994.

KUIPER, Matthew J. *Da'wa: A Global History of Islamic Missionary Thought and Practice*. Edinburgh University Press. 2021. ISBN 9781351510721.

L. ROBERTS. Japan boosts genome research. *Science*, 246, 1989.

LACHOFF, Irwin. "Reform in Mid Nineteenth-Century Jewish New Orleans: Achieving "the Spirit of Progress and Enlightenment" Through Acculturation, Residential Patterns, and Personality". *Louisiana History: The Journal of the Louisiana Historical Association*. 60 (2): 171–198, 2019. ISSN 0024-6816. JSTOR 2686469.

LAGUNAS, Eulalia Pascual. *Configuración jurídica de la dignidade humana en la jurisprudência del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch Editor, 2009. ISBN: 978-84-7698-889-3.

LAURENCE, Peter. "Orthodox Church split: Five reasons why it matters". BBC. Retrieved 17 October 2018.

LEARY D, and PEASE. DNA and the active criminal population. *Crime Prevention and Community Safety: An International Journal* 5: 7–12, 2003. Disponível em: file:///C:/Users/bruno/Downloads/2003_DNA_&_Active_Criminals.pdf. Acesso em: 12 jun. 2024.

LEGALE S., & VAL, E. M. A dignidade da pessoa humana e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 11(36), 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v11i36.117>

LE MOS, Bruno Espiñeira. *Direitos fundamentais: direito comparado e as Constituições brasileiras*. Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Fortium, 2007.

_____. *Discussões atuais de Direito Penal*. Relato de uma breve experiência na Alemanha. 3. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2016.

LE MOS, Bruno Espiñeira; QUINTIERE, Víctor Minervino. *Técnicas especiais de investigação no processo penal*. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

LEVITIN, C. Russia approves gene therapy research grants, *Nature*, 375, 1995.

LI, Y. K. China Launches genome Project. *Nature*. 365, 1993.

LINDSAY, D. *A Guide to Scientific Writing*. Melbourne, Australia: Addison Wesley Longman Australia, 2nd ed., 1997.

LIPKA, Michael; HACKETT, Conrad (6 April 2017). "Why Muslims are the world's fastest-growing religious group". *Pew Research Center*. Retrieved 21 November 2022.

LIPPMAN, Abby. Prenatal genetic testing and screening: constructing needs and reinforcing inequities. *American Journal of Law & Medicine*, Boston, v. 17, n. 1-2, 1991.

LOCK, M. Interrogating the Human Genome Diversity Project. *Science and Medicine*, 39, 1994.

LOMBROSO, Cesare. *Los Criminales*. Trad. Centro Editorial Presa. Barcelona: Centro Editorial Presa, 1971.

_____. *O homem delinquente*. 3ª reimp. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2016.

LOURDES, Adriana; DORNELAS, Higgory; CALIGIORNE, Sordaini; e MARINHO, Pablo. Bancos de Perfis Genéticos Criminais no Brasil: Histórico e Evolução. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, Belo Horizonte, 9(4).

LÜBBE, W. *Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion*, In: W. LÜBBE (Hrsg.). *Kausalität und Zurechnung*. 2008.

_____. *Moralismus oder fingierte Handlungssubjektivität in komplexen historischen Prozessen*. 2006.

LÜDERSEN, Neuere. *Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik*, em Esse/Cornils. (Hrsg.), *Neure Tendenzen der Kriminalpolitik*, Freiburg, 1987.

LUSTIG, B. Andrew. Recent trends in theological bioethics, In: *Bioethics Yearbook*. Theological Developments in Bioethics, 1992-1994, Vol. 5.

LYNCH, M.; MCNALLY, R. *Forensic DNA databases and biolegality: the coproduction of law, surveillance technology and suspect bodies*. In: ATKINSON, P. et al. (eds.) *New genetics, new identities*. Londres, Routledge, 2009.

LYNCH, Michael et al. *Truth machine. The contentious history of DNA fingerprinting*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

LYON, David. Editorial. Surveillance studies: understanding visibility, mobility and the phonetic fix. *Surveillance & Society*, Canadá, v. 1, n. 1, 2002.

_____. *Surveillance society: monitoring everyday life*. Buckingham: Open University Press, 2001.

MACHADO, Helena et al. Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal. *Análise Social*, Lisboa, v. 45, n. 196, 2009.

MACHADO, Helena. Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN. *Etnográfica*, Lisboa, v. 15, n. 1, fev. 2011.

_____. Dilemas e paradoxos da cientifização da justiça em Portugal — o caso dos perfis genéticos de ADN. *Revista Manifesto*, 7, jan de 2005.

_____. Prisoners' expectations of the national forensic DNA database: surveillance and reconfiguration of individual rights. *Forensic Science International*, Irlanda, v. 210, n. 1-3, 2011.

MACHADO, Helena; GRANJA, Rafaela. *Genética forense e governança da criminalidade*. Ribeirão: Edições Húmus, 2020. ISBN 978-989-755-560-2.

MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (orgs.). *Bases de dados genéticos forenses: tecnologias de controlo e ordem social*. Coimbra: Coimbra, 2014.

MACHADO, Helena; SILVA, Susana. *Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética*. In: [S. l.: s. n.], cap. 6, 2008.

_____. *Confiança, voluntariedade e supressão dos riscos: expectativas, incertezas e governação das aplicações forenses de informação genética*, In: FROIS, Catarina, org. — “A sociedade vigilante: ensaios sobre privacidade, identificação e vigilância”. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2008. ISBN 978-972-671-228-2.

MACHADO, Helena; SILVA, Susana; AMORIM, António. Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal. *Análise Social*, Lisboa, v. 45, n. 196, 2010.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. Prefácio José Eduardo Faria. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34).

MANTOVANI, F. Problemi penali delle manipolazioni genetiche. *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 1986. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27231.pdf>. Acesso em 19 jun. 2024.

MANZANO, Mercedes Pérez. Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. *Revista para el Análisis del Derecho InDret* 2/2011.

MARINS, Nivaldo Duarte de. *Psicopatologia forense e direito: teoria e aspectos práticos*. Curitiba: Juruá, 2013.

MARTÍN, Luís Gracia. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistência*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MARTINEZ, Vinício. Modernidade tardia e/ou tempos modernos. Direito ou negação, autonomia ou excipio? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2012, 3 jan. 2009. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12145>. Acesso em: 26 nov. 2023.

MARTINS, Fernanda. A sustentação de um discurso criminológico na Revista de Direito penal e criminologia (1973 – 1983). *Revista Direito e Práxis*, vol. 5, n. 9, 2014.

MCCARTNEY, Carole et al. *The future of forensic bioinformation*. Leeds: University of Leeds, 2010. Disponível em: <http://www.law.leeds.ac.uk/assets/files/research/ccjs/forensic-bioinformationreport.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

MCCARTNEY, Carole. *Forensic identification and criminal justice: forensic science, justice and risk*. Cullompton: Willan, 2006.

MEDNICK, S. / KANDEL, S. *Genetic and perinatal factors in violence*, In: Biological contributions to crime causation, S. Mednick / T. Moffi & S. Stack (Eds.), Nato ASI series, Netherlands, 1988.

MEIRIM, José Manuel. *Como pesquisar e referir em direito*. Coimbra: Coimbra, 2008.

MELIÁ, Manuel Cancio. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. *Revista Peruana de Ciencias Jurídicas*, nº 13, 2006.

MELIÁ, Manuel Cancio; RAMOS, Enrique Peñaranda; GONZÁLEZ, Adolfo Suárez. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, In: JAKOBS, Estudios, 1998.

MENDEL, Gregor Johann. *Versuche über Pflanzenhybriden*. 2 Abhandlungen 1865 und 1869. Herausgegeben von Erich von Tschermak-Seysenegg. Nachdruck in der Reihe Ostwald's Klassiker der exakten Wissenschaften. Verlag Harry Deutsch, Frankfurt am Main 2000. ISBN 3-8171-3121-6.

_____. *Versuche über Pflanzen-Hybriden*. In: Verhandlungen des naturforschenden Vereines in Brünn. Band IV (Abhandlungen 1865), Brünn 1866, S.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, José Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v.7, nº 3, 2017.

MILL, John Stuart. *The Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XXVIII - Public and Parliamentary Speeches Part I November 1850 - November 1868 [1850]. Disponível em: http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/262/0223.28_Bk.pdf. Acesso em 17 mar. 2018.

MINDELL, David P (30 June 2009). *The Evolving World*. Harvard University Press Ciudad de Mexico: INACIPE – Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2021. ISBN 978-0-674-04108-0.

MIRANDA, Diana. *O trajeto histórico dos métodos de identificação criminal em Portugal*. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (orgs.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social*. Coimbra: Coimbra, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. IV, 1987.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. A. Ruiz Diaz (tr.) Medellin: Pi, 2006.

MONIZ, Helena. *Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro*. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (orgs.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social*. Coimbra: Coimbra, 2014.

MONSALVE, Viviana Bohórquez; e ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos. *SUR*, v. 6, n. 11, 2009.

MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos. *SUR*, v. 6, n. 11, p. 41-63, 2009.

MONTEIRO, Fernando Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil, sep. do Vol. XXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1985.

MOORE, Deborah Dash, *American Jewish Identity Politics*. University of Michigan Press, 2008, p. 303 In: Ewa Morawska, *Insecure Prosperity: Small-Town Jews in Industrial America, 1890–1940*, Princeton University Press, 1999.

MORENO G, L. Rafael; DOMÍNGUEZ, Norma María Nájera (org.). *Los últimos avances de la criminalística en la administración de justicia*.

MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. São Paulo: Cortez, 2000.

MORUS, Thomas. *Utopia*. Brasília: UNB, 2004.

MÜLLER, Hans Jakob. *The role of genetic disposition in human health and disease - bioethical aspects of DNA testing*, in < *The future of DNA* >, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, London, 1996.

MÜLLER, Jean-Marie. *O princípio da não violência: percurso filosófico*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. *A Ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. 2. ed. Goiás: Arraes, 2014. 151 p. ISBN: 9788582380574.

NEIVA, Laura. *Big Data na investigação criminal: desafios e expectativas na União Europeia*. Ribeirão: Edições Húmus, 2020.

NERI, Demetrio. *Problemas bioéticos da medicina baseada nos genes*, In: Genética humana. A hora do legislador, Coord. Jorge Moreira da Silva, Debates, Resposta Global, Cabografica, 2002.

NICGORSKI, Walter. Cicero and the Natural Law. *Natural Law, Natural Rights, and American Constitutionalism*. 2011. Disponível em: <https://www.nlnrac.org/classical/cicero>.

NIETZSCHE, Friedrich. *El estado griego*. F. Gonzales Vicen (tr.) en Ensayos sobre los griegos. Bs. Aires: Godot, 2013.

NISSANI, M. Psychological, Historical, and Ethical Reflections on the Mendelian Paradox. *Perspectives in Biology and Medicine*. 37 (2): 182–96, 1994. Disponível em: 10.1353/pbm.1994.0027. PMID 11644519. S2CID 33124822.

NOAH, Yuval. *Notas sobre a pandemia e breves lições para o mundo pós-coronavírus* (Artigos e entrevistas). São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Volume I: dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6157-3.

_____. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012. ISBN 978-972-32-2070-4.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra. 2004. ISBN 972-32-1254-4.

NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS. *The forensic use of bioinformation: ethical issues*, Cambridge, 2007. Disponível em: http://www.nuffieldbioethics.org/fileLibrary/pdf/The_forensic_use_of_bioinformation_-_ethical_issues.pdf. Acesso em: 5 mar. 2008.

NUNES, Rui. *O diagnóstico pré-natal da doença genética*, In: Genética e Reprodução Humana, Coletânea Bioética Hoje I. Coord. Rui Nunes e Helena Melo, Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de. Direito Biomédico e Investigação Clínica. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 130, nº 3881, 3882, Coimbra: Coimbra, 1997 e 1998.

_____. Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra: Coimbra, ISSN 0870-8487, 125/3815 (1993) p. 33-34; 125/3816 (1993) p. 72-73; 125/ 3819 (1993) p. 167-170.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito*: por um exercício de patriotismo constitucional no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado democrático de Direito de Jurgen Habermas. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) 15 anos de Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Tânia Maria S. de. *O discurso na construção da criminalização da política na legislação brasileira. Da ficha limpa à delação premiada*. São Paulo: Fontenele Publicações, 2018.

ORTEGA Y GASSET. *La rebelión de las masas, em Obras Completas*. Madrid, P. Garagorri, 1988.

OWEN, Tim. Culture of crime control: through a post-foucauldian lens. *Internet Journal of Criminology*, p. 1-13, 2007. Disponível em:
<http://www.internetjournalofcriminology.com/Owen%20-%20Culture%20of%20Crime%20Control.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2022.

PACHECO, Alison. Contribuições da filosofia moral kantiana na bioética. *Revista Filogênese*, UNESP, v. 8, 2015.

PALMA, Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PARDO, Michael S. e PATTERSON, Dennis. Philosophical Foundations of Law and Neuroscience, *University of Illinois Law Review*, 2010; U. of Alabama Public Law Research Paper No. 1338763. Tradução para o espanhol a cargo de Ivó Coca Vila y Marta García Bel, Universitat Pompeu Fabra. Indret 2/2011.

PASTOR, Daniel. La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: 2005/A.

PECHILIS, Karen; RAJ, Selva J. (2013). *South Asian Religions: Tradition and Today*. Routledge. ISBN 978-0-415-44851-2.

PEDRINA, Gustavo M. L. Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.265>. Acesso em: 20 jun 2024.

PEIXINHO, Manoel Messias. *Teoria democrática dos direitos fundamentais*. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PELIKAN, Jaroslav Jan. "*Christianity*". *Encyclopædia Britannica*. It has become the largest of the world's religions and, geographically, the most widely diffused of all faiths, 2022.

PEREIRA, Flavio Cardoso. Meios extraordinários de investigação criminal: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). *Revista do Ministério Público de Goiás*, n.16 (outubro/dezembro 2008). Goiânia: ESMP-GO,1996 - ISSN 1809-5917. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf#page=14. Acesso em: 06.jan.2022.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermanita Galvão G.Pereira. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

PFORDTEN, Dietmar Von der. *Dignidad humana*. Atelier libros jurídicos. 2020. ISBN-10: 8418244224.

PHILLIPS, E. M. and Pugh, D. S. "*How to get a Ph.D.: a handbook for students and their supervisors*", Buckingham, UK: Open University Press, 2nd ed., 1994.

PIEGORSCH, WW (1990). "Fisher's contributions to genetics and heredity, with special emphasis on the Gregor Mendel controversy". *Biometrics*. 46 (4): 915–24. doi:10.2307/2532437. JSTOR 2532437. PMID 2085640.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, M. Fátima. Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais. *Revista do Ministério Público*, Ano 19º, nº 74, Lisboa, Abril-Junho de 1998.

PINTO, Paulo Mota; CAMPOS, Diogo Leite de. *Direitos fundamentais “da terceira geração”*, in *Direito Contemporâneo Português e Brasileiro*, Coord. Ives Gandra da Silva Martins/ Diogo Leite de Campos. Almedina: Coimbra, 2003.

POLÓNIO, Pedro. *Psiquiatria forense*. Lisboa: Coimbra, 1975.

PONTE, Antonio Carlos da; AOKI, L. G. O. S. *O alcance e os bens jurídicos resguardados pelo Direito Eleitoral*. In: Luiz Fux; Walber de Moura Agra; Luiz Fernando Casagrande Pereira. (Org.). *Tratado de Direito Eleitoral*. Salvador: Fórum, 2018, v. 8.

POPITZ, Überdie Präventivwirkung des Nichtwissens. *Dunkelziffer, Norm und Strafe, Tübingen*, 1968 Prittwitz, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht. Und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt, 1993.

PORCIÚNCULA NETO, José Carlos Nobre. *Lo ‘objetivo’ y lo ‘subjetivo’ em el tipo penal: hacia la ‘exteriorización de lo interno’*. Barcelona: Atelier, 2014.

PORTEOUS, JW (2004). "We still fail to account for Mendel's observations". *Theoretical Biology & Medical Modelling*. 1: 4. doi:10.1186/1742-4682-1-4. PMC 516238. PMID 15312231.

PRADO, Geraldo. *Notas sobre proteção de dados, prova digital e o devido processo penal*. Parte I. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/geraldo-prado-protecao-dados-prova-digital-devido-processo-penal>. Acesso em: 27 ago. 2023.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRAINSACK, B.; HINDMARSH, R. *Beyond borders: trends and challenges in global forensic profiling and databasing*. In: HINDMARSH, R; PRAINSACK, B. (eds) *Genetic suspects: global governance of forensic DNA profiling and databasing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

PRAINSACK, Barbara; KITZBERGER, Martin. DNA behind bars: other ways of knowing forensic DNA technologies. *Social Studies of Science*, Thousand Oaks, v. 39, n. 1, 2009.

PRICE, Michael. "Sins against science: Data fabrication and other forms of scientific misconduct may be more prevalent than you think". *Monitor on Psychology*, 2010.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Apud MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas, 2001. (colección monografías Civitas).

PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2. ed. Argentina: Editorial B de F, 2007.

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.

QUEIRÓS, Filipa. *Crime, raça e suspeição: a tecnologia da inferência fenotípica na investigação criminal na Europa*. Porto: Edições Afrontamento, 2021. ISBN 978-972-36-1851-8.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, v.1. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2012.

QUINTIERE, Víctor Minervino. *O direito penal nas sociedades digitais: da expansão às perspectivas à luz do Criminal Dataveillance, da criminologia e do direito à não autoincriminação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

QUIROGA, Jacobo Lopez Barja de. El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos. *Revista del Poder Judicial*, [S. l.], n. 48, 1997.

RABINOW, P. Afterword: concept work. In: GIBBON, S; NOVAS, C. (eds.) *Biosocialities, genetics and the social sciences: making biologies and identities*. Londres: Routledge, 2008.

RAMOS, Vânia Costa; DIAS, Augusto Silva. *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

REEVES, J. C. *Bible and Qur'ān: Essays in scriptural intertextuality*. Leiden: Brill. 2004. ISBN 90-04-12726-7.

REIS, Vilma. Atucaiados pelo Estado. *As políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações 1991-2001*. (Mestrado Ciências Sociais) Dissertação de mestrado: UFBA, 2005.

- RICOEUR, Paul. *O justo*. Trad. Ivone Benedetti. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RIDLEY, Matt. *Genoma: autobiografia de uma espécie em 23 capítulos*. Lisboa: Gradiva, 2001.
- RIERA, J. Peris. La identificación genética y los derechos fundamentales (euforia criminalística y restricciones derivadas del principio de proporcionalidad de los sacrificios). *Arbor*, CXLIII, Diciembre de 1992.
- RIPOLLÉS, José Luís Díez. *Exigencias sociales y política criminal*, em Claves de Razón Práctica, 85, setembro de 1998.
- RODAS, João Grandino. *A Segunda Guerra Mundial transformou o Direito Internacional*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-27/olhar-economicosegunda-guerra-mundial-transformou-direito-internacional>. Acesso em: 11.fev.2024.
- ROSE, Nicolas. Government and control. *British Journal of Criminology*, Oxford, v. 40, n. 2, 2000.
- _____. *Politics of life itself. Biomedicine, power and subjectivity in the twentyfirst century*. Oxfordshire: Princeton University Press, 2007.
- _____. Problemas fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1998.
- ROSENFELD, R. MESSNER, S. F. *Markets, Morality and institutional-anomie theory of crime*. In: Nikos Passas e Robert Agnew (Orgs.). *The future of anomie theory*. Boston: Northeastern University Press, 1997
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Democracia mundial*. In: NOVAES, Adauto (org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., 1973.
- S. DICKMAN/P. Aldhous. Helping Europe compete in human genome research, *Nature*, 350, 1991, p. 261.
- SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta júris Permissione. Tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

- SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SALGADO, C. Carmona. *La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico*. In: MORILLAS CUEVA, L. (Coord.). *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*. Madrid: Dykinson, 2003.
- SALIBA, George. *A History of Arabic Astronomy: Planetary Theories During the Golden Age of Islam*. New York: New York University Press, 1994. ISBN 0-8147-8023-7.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Espanha: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- _____. *Revista para el Análisis del Derecho*. InDret 2/2011.
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do direito penal - aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992.
- SANTANA RODRIGUES. *O crime. A responsabilidade*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1928.
- SANTOS, Agostinho de. Os pilares da nova genética, Eficácia, prudência, razão. *Communio. Revista Internacional Católica*. Ano XIV, nº 5, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Outubro de 1997.
- SANTOS, Filipe. *As funções do DNA na investigação criminal — estudo de cinco casos em Portugal*. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (orgs.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 197-228.
- SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; MACHADO, Helena. *A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre a sua operacionalização*. In: *A ciência na luta contra o crime*:

potencialidade e limites. V. N. de Famalicão: Húmus, 2012. Disponível em:
<https://hdl.handle.net/10316/43996>. Acesso em: 17 ago. 2024.

SANTOS, Filipe; MACHADO, Helena; SILVA, Susana. Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance? *Life Sciences, Society and Policy*, [S.l.], v. 9, n. 12, p. 1-13, 2013. DOI: 10.1186/2195-7819-9-12. Disponível em:
<http://www.lssjournal.com/content/9/1/12>. Acesso em: 18 ago. 2024.

SANTOS, Robinson dos. *A Concepção de Justiça Penal na doutrina do Direito de Kant*. Florianópolis, v. 10, 3. ed. p. 103-114, Dez 2011. Disponível em:
<http://dx.doi.org/10.5007/1677-2954.2011v10n3p103>. Acesso em: 17. Jun. 2024.

SANTOS, Simas. *Mecanismos de verificação e fiscalização (na Base de Dados de Perfis de ADN)*. In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal. Conferências CNECV, Coimbra, 2012. ISBN: 978-972-8368-33-3.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:
<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic2.pdf?d=636675533238095643>. Acesso em: 17. Abr. 2023.

SARMENTO, Daniel. *Constituição e sociedade: as masmorras medievais e o Supremo*. Disponível em: <http://jota.info/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo>. MIOLO_RBDFJ_36.indd 194 12/06/2017

SARTORI. *La democracia después del comunismo*. Madrid: Alianza Editorial, 1993

SARTRE, J. P. O que é a subjetividade? *Nova Fronteira Participações S.A.* Tradução: Estela dos Santos. Rio de Janeiro, 2015.

SATINOVER, Jeffrey. *O cérebro quântico*. As novas descobertas da neurociência e a próxima geração de seres humanos. Trad.: Wiliam Lagos. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2008.

SCHEERER, Sébastien. *L'entrepreneur moral atypique. Déviance et société*, v. 9, n. 3, 1985. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ds_0378-7931_1985_num_9_3_1450. Acesso em: 07.jul.2023.

SCHILLER, Friedrich Von. *Sobre la gracia y la dignidad*, J. Probst/R. Litra (tr.), en *Sobre la gracia y la dignidad. Sobre poesía ingenua y poesía sentimental*. Barcelona: Icaria, 1985.

SCHIOCCET, Taysa. *Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil*. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (orgs.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social*. Coimbra: Coimbra, 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Los dos problemas fundamentales de la Ética*, P. López de S. Maria (tr.), 3ª ed. Madrid: Siglo XXI, 2007, p. 208 y 209. Texto entre corchetes según el original alemán (nota del traductor).

SCHÜNNEMANN, Bernd. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996-a. ISSN 0210-3001.

_____. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana* (trad. Cancio Meliá). Bogotá, 1996-b.

_____. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y limites*. Trad. José Milton Peralta e outros. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2010.

_____. *El Sistema Moderno em Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios em honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. Trad. Jesús Maria Silva Sánchez. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2012.

SCHWINN, Steven D. *"Fourth Amendment." Preview of United States Supreme Court Cases* (2013): 215. American Bar Association.

SEARA, Luis González. *Los sujetos del bienestar*, no diário ABC, segunda-feira, 29.12.1997.

SILLENCE, D. The human genome Project. *Medical Journal of Australia*, 152, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Kassiandra Carmem da. As consequências da falta grave para o preso. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 25, n. 6081, 24 fev. 2020. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79480>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SIMON, Henrique Smidt. *Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo*. Brasília: UnB, 2012.

SOARES MARTINEZ. *Filosofia do direito*. Coimbra: Almedina, 1995. 762 p. ISBN: 9724008185.

SOBRAL CID. *Psicopatologia criminal: casuística e doutrina*. Lisboa: Livraria Bertrand, 1935.

SOUSA e BRITO, Ana Bárbara. *A negligência inconsciente: entre a Dogmática Penal e a Neurociência*. Coimbra: Almedina, 2016.

SOUZA, B. T. D.; FIORENTIN, F.; ALEIXO, V.; SILVA, C. Criação de banco de dados genéticos prevista na Lei 12.654/12: uma revisão sobre o histórico e sua utilização. *Revista Brasileira de Criminalística*, [S. l.], v. 12, n. 4, p. 36–51, 2023. DOI: 10.15260/rbc.v12i4.532. Disponível em: <https://revista.rbc.org.br/index.php/rbc/article/view/532>. Acesso em: 15 ago. 2024.

STEINMETZ, Wilson; DE MARCO, Cristhian Magnus. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. *Revista da Ajuris*, v. 134, 2014.

STRAFRECHTSSCHULD UND WILLENSFREIHEIT. *Culpabilidad jurídico-penal y libre albedrío (manuscrito)*. Tradução de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid), 2013.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Indivíduo e pessoa: sobre a imputação jurídico-penal e os resultados da moderna investigação neurológica (manuscrito)*. Tradução de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid), 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SYDOW, Spencer Toth. *Curso de Direito Penal Informático - Partes Geral e Especial*. Salvador: Jus Podium, 2022.

TECHNICAL WORK GROUP FOR DANA. Analysis Methods - TWGDAM, *The Combined DNA Index System (CODIS): A theoretical model*, FBI laboratory. Quantico, Virginia, October 15, 1989.

TELES, Natália Oliva. Bioética em Genética. Historial, problemas e princípios éticos, in *Genética e reprodução humana*, 1996.

TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Reus, 1952.

TOFFLER. *Crisis de la democracia de masas em EEUU*. Diário El Mundo, de 12.12.2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *L'expansion de la juridiction internationale et la sauvegarde de la dignité humaine*. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Coord.). *Le respect de la dignité humaine: IV Cours Brésilien interdisciplinaire em Droits de l'homme*. Fortaleza: IBDH, 2015.

TRINDADE, Bruno Rodrigues; COSTA NETO, João. Banco Nacional de Perfis Genéticos: exame da constitucionalidade à luz da dignidade humana. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 9, n. 1, jan./jun. 2018. ISSN 2318-6917.

TROFIMOV, Yaroslav. *The Siege of Mecca: The 1979 Uprising at Islam's Holiest Shrine*. Knopf. New York. ISBN 978-0-307-47290-8, 2008.

TSELONI, Andromachi; PEASE, Ken. DNA retention after arrest: balancing privacy interests and public protection. *European Journal of Criminology*, Thousand Oaks, v. 8, n. 1, 2010.

UMIASTOWSKI, Jerzy, Expanded interception of human genome protection by article 13 of the European Convention on human rights and bioethics, in *Human Genome, Human Person and the Society of the Future*, Proceedings of Fourth Assembly of the Pontifical Academy for Life, February, 23-25, 1998, Juan de Dios Vial Correa and Elio Sgreccia (eds.), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1999.

US. CONGRESS. *Office of Technology Assessment, Mapping our genes - genome projects: how big, how fast?* Government Printing Office, Washington D.C., 1988.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org). *Os desafios do direito do Século XXI: genoma humano, europeísmo, poder e política, Constituição e Democracia*. Coimbra: Almedina, 2018.

_____. *Direito penal do inimigo e o terrorismo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

VALLE, Carlos Pérez Del. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. Madrid: Poder Judicial, 1996.

VAN CAMP, Nathan; DIERICKX, Kris. The retention of forensic DNA samples: a socio-ethical evaluation of current practices in the EU. *Journal of Medical Ethics*, Belgic, v. 34, n. 8, 2008.

VAN OMMEN, G.J, Advances in genome research and molecular diagnostics, *Keijo Journal of Medicine*, 43, 1994.

VAN SWAANINGEN/TAYLOR, Rethinking criticaí criminology. A panel discussion, em *Crime, Law & Social Change*, 21, 1994.

VELAZQUEZ, A. Impacto del proyecto genoma humano sobre la epidemiologia y la salud pública. *Gaceta Medica de Mexico*, 133, 1997.

VENTURA, Dora Fix. Um retrato da área de neurociência e comportamento no Brasil. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*. Vol. 26, n. especial, 2010.

VIEIRA, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004. 424 p. ISBN-10: 9724022315.

VILLAR PALASÍ. *Introducción Jurídica, in El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, Vol I, Fundación BBV, Madrid, 1994.

WALLACE, H.M, (et.al). *Forensic DNA databases–Ethical and legal standards: A global review*, UK, p.1-7, abril. 2014. Disponível em:
https://drive.google.com/file/d/1g2TqdFyx_PHXRRA7iulUC--4YbOt_dtD/view?usp=drivesdk. Acesso em: 4 fev. 2024.

WATT, William Montgomery (2003). *Islam and the Integration of Society*. Psychology Press. ISBN 978-0-415-17587-6.

WEBSTER, Merriam. Inc (janeiro de 1995). «Ciceronian period». *Merriam-Webster's Encyclopedia Of Literature*. [S.l.]: Merriam-Webster. ISBN 978-0-87779-042-6.

WEFFORT, Francisco. *O populismo na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

WERNECK, Jurema. A era da inocência já acabou, já foi tarde. In: Ashoka Empreendedores Sociais; Takano. (Org.). *Racismos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano, 2003.

WILLIAMS, R. DNA databases and the forensic imaginary. In: HINDMARSH, R.; PRAINSACK, B. (eds) *Genetic suspects: global governance of DNA profiling and databasing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

WILLIAMS, Robin; JOHNSON, Paul. “Wonderment and dread”: representations of DNA in ethical disputes about forensic DNA databases. *New Genetics and Society*, Londres, v. 23, n. 2, 2004.

WILLIAMS, Robin; JOHNSON, Paul. *Genetic policing: the use of DNA in criminal investigations*. Cullompton: Willan Publishing, 2008.

WINSTON, Patrick. *The Strong Story Hypothesis and the Directed Perception Hypothesis*. AAAI Fall Symposium Series, 2011. Artigo digital. Disponível em: <https://dspace.mit.edu/bitstream/handle/1721.1/67693/Submitted.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20 jun. 2024.

WINTOUR, Patrick. "Persecution of Christians coming close to genocide' in Middle East – report". *The Guardian*. 2 May 2019. Retrieved 7 October 2019.

WOOTTON, David (1 de janeiro de 1996). *Modern Political Thought: Readings from Machiavelli to Nietzsche*. [S.l.]: Hackett Publishing. ISBN 978-0-87220-341-9.

ZAFFARONI, Eugênio. *El derecho penal liberal y sus enemigos, manuscrito de su intervención con motivo de recibir el título de doctor honoris causae de la Universidad de Castilla-La Mancha*. Toledo, janeiro de 2004.

ZEIDAN, Adam. *Pillars of Islam | Islamic Beliefs & Practices | Britannica*, 2009. Disponível em: www.britannica.com. Acesso em: 06.fev.2023.

ZEITLIN, Irving M. *The Historical Muhammad*. Polity. 2007. ISBN 978-0-7456-3999-4.

ZIELINSKI, Thaddeus (1970) [1926]. *The Religion of Ancient Greece: an Outline* [from original in Polish: *Religya starożytnej Grecji*]. Translation by Noyes, George Rapall. Freeport, NY: Books for Libraries Press. ISBN 978-0-8369-5222-3. LCCN 76107838. OCLC 61443. OCLC-number for the translated edition: OCLC 753279017.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

ALEMANHA. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>. Acesso em: 22. mar. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12. abr.2022.

BRASIL. *Decreto nº 7.950/2013*. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm. Acesso em: 07.abr.2022.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 2002*. Dispõe sobre o Código Civil de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 13.fev.2023.

BRASIL. *Lei nº 12.037/2009*. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm. Acesso em: 12.abr.2022.

BRASIL. *Lei nº 12.654/2012*. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em: 08. abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.964/2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art12. Acesso em: 12.abr.2022.

BRASIL. *Lei nº 7.210/1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 07.abr.2022.

BRASIL. *Lei nº 8.072/1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 07.abr.2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Manual de Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/manual/manual_ribpg_v5_res_17.pdf. Acesso em 29 jul. 2024

BRASIL. *XV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg>. Acesso em: 12. abr. 2022.

CONVENÇÃO das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 20.fev.2023.

CONVENÇÃO sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, de 4 de abril de 1997. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protectao_dh_biomedicina.pdf. Acesso em: 21.fev.2023.

CORÉIA. *Act on use and protection of DNA identification information*. 2010. Disponível em: https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=52951&type=part&key=9. Acesso em: 16.fev.2024.

DECLARAÇÃO Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO, de 16 de outubro de 2003. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 21. fev. 2023.

PORTUGAL. *Decreto do Presidente da República nº 71/2011 e Resolução da Assembleia da República nº 128/2011*. Diário da República, 1.ª série — Nº 199 — 17 de Outubro de 2011, 4643.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 47.344*, de 1966. (Código Civil Português). Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 21.fev.2023.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 78/87*. Código de Processo Penal. Disponível em:
<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>. Acesso em: 22. mar.
2023.

PORTUGAL. *Lei n.º 40/2013*. Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artig. Acesso em: 24 ago.
2024.

PORTUGAL. *Lei n.º 5/2008*. Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artig. Acesso em: 20 maio
2023.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral da República. (2020). *Instrução n.º 2/2020*, de 2 de junho
de 2020. Disponível no Portal do Ministério Público e no Sistema de Informação do
Ministério Público (SIMP).

PORTUGAL. *Regulamento n.º 827/2019*. Diário da República, 2.ª série, Parte C, n.º 204, 23
de outubro de 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27
de abril de 2016. *Jornal Oficial da União Europeia*, 4 mai. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 2009, *Jornal Oficial da
União Europeia*, C 296/1, 5 dez. 2019.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. STF. *ADI 6585*, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6030727>. Acesso em 4 set. 2024.

BRASIL. STF. *ARE 959.620*, Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4956054>. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. STF. *HC 198.072*, Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6116040>. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. STF. *HC 85779*, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão:

CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00030 EMENT VOL-08882-05 PP-00979 LEXSTF v. 29, n. 344, 2007).

BRASIL. STF. Plenário. *ADIN 3.540-1/DF*, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em:

www.stf.jus.br. Acesso em: 13. abr. 2023.

BRASIL. STF. Plenário. *ARE 959620 RG*, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno,

julgado em 01/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 14-06-2018

PUBLIC 15-06-2018.

BRASIL. STF. Plenário. *Habeas Corpus nº 71.373-4/130 – RS*, Relator Ministro Francisco

Rezek, DJ 22.11.1996. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13. abr. 2023.

BRASIL. STF. Plenário. *HC 87.676/ES*, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, julgado em

06.05.2008. Disponível em: www.stf.jus.br . Acesso em: 12.abr.2023.

BRASIL. STF. Plenário. *NC 94163*, de 02.12.2008, relator Ministro Carlos A. Britto.

BRASIL. STF. Plenário. *RE nº 248.869-1 (07.08.2003)*, relator Ministro Maurício Corrêa.

Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13. abr. 2023.

BRASIL. STF. Plenário. *Recurso Extraordinário (RE) n. 973.837*, Relatoria Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4991018&numeroProcesso=973837&classeProcesso=RE&numeroTema=905>. Acesso em: 08.abr.2023.

BRASIL. STF. *RE 583523*, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 RTJ VOL-00229-01 PP-00669

BRASIL. STF. *RE 592.581*, Rel. Min. Cristiano Zanin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. STF. *RE 845.779*, Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>. Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. TRF da 3ª Região, ApC 2000.60.0000.25329, Rel. Des. Federal André Nabarrete, julgamento em 8-7-2008

BRASIL. TRF da 4ª Região. *ApC 200172010043080*, Rel. Des. Edgard Antônio Lippmann Júnior. DE de 24-11-2008.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 240/2023. Processo n.º 175/2022. 2.ª* Secção. Rel. Conselheira Mariana Canotilho. Julgado em 11-5-2023. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230240.html>. Acesso em: 24 ago. 2024.

ANEXOS

Anexo 1 – Discursos Audiência Pública - Supremo Tribunal Federal - Bancos genéticos

Devido à extensão do material referente aos discursos da Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre bancos genéticos, optou-se por disponibilizar o documento na íntegra por meio de um link para acesso online. Essa decisão se fundamenta na limitação de inclusão de anexos estabelecida para trabalhos acadêmicos e na necessidade de garantir a integralidade e a acessibilidade do conteúdo aos leitores interessados. O material completo pode ser acessado por meio do link abaixo:

https://drive.google.com/file/d/1IKrP_Kw871--17OZhkCjmuYmWiwLGXIS/view?usp=sharing

Anexo 2 – Lei nº 9.454, de 7 de abril de 1997.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.454, DE 7 DE ABRIL DE 1997.

Institui o número único de Registro de Identidade Civil e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

~~Art. 1º É instituído o número único de Registro de Identidade Civil, pelo qual cada cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, será identificado em todas as suas relações com a sociedade e com os organismos governamentais e privados.~~

Art. 1º É instituído o número único de Registro de Identidade Civil, pelo qual cada cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, será identificado em suas relações com a sociedade e com os organismos governamentais e privados. [\(Redação dada pela Lei nº 12.058, de 2009\)](#)

~~Parágrafo único (VETADO)~~

§ 1º. [\(VETADO\)](#) [\(Incluído pela Lei nº 14.534, de 2023\)](#)

I - [\(VETADO\)](#)

II - [\(VETADO\)](#)

III - [\(VETADO\)](#)

§ 2º Será adotado, nos documentos novos, para o número único de que trata este artigo, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). [\(Incluído pela Lei nº 14.534, de 2023\)](#)

§ 3º O número de inscrição no CPF é único e definitivo para cada pessoa física. [\(Incluído pela Lei nº 14.534, de 2023\)](#)

~~Art. 2º É instituído o Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil, destinado a conter o número único de Registro Civil acompanhado dos dados de identificação de cada cidadão.~~

Art. 2º É instituído o Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil, destinado a conter o número único de Registro de Identidade Civil, acompanhado dos dados de identificação de cada cidadão. [\(Redação dada pela Lei nº 12.058, de 2009\)](#)

Art. 3º O Poder Executivo definirá a entidade que centralizará as atividades de implementação, coordenação e controle do Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil, que se constituirá em órgão central do Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil.

~~§ 1º O órgão central do Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil será representado, na Capital de cada Unidade da Federação, por um órgão regional e, em cada Município, por um órgão local.~~

§ 1º Fica a União autorizada a firmar convênio com os Estados e o Distrito Federal para a implementação do número único de registro de identificação civil. [\(Redação dada pela Lei nº 12.058, de 2009\)](#)

§ 2º Os órgãos regionais exercerão a coordenação no âmbito de cada Unidade da Federação, repassando aos órgãos locais as instruções do órgão central e reportando a este as informações e dados daqueles.

§ 2º Os Estados e o Distrito Federal, signatários do convênio, participarão do Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil e ficarão responsáveis pela operacionalização e atualização, nos respectivos territórios, do Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil, em regime de compartilhamento com o órgão central, a quem caberá disciplinar a forma de compartilhamento a que se refere este parágrafo. [\(Redação dada pela Lei nº 12.058, de 2009\)](#)

~~§ 3º Os órgãos locais incumbir-se-ão de operacionalizar as normas definidas pelo órgão central repassadas pelo órgão regional.~~ [\(Revogado pela Lei nº 12.058, de 2009\)](#)

Art. 4º Será incluída, na proposta orçamentária do órgão central do sistema, a provisão de meios necessários, acompanhada do cronograma de implementação e manutenção do sistema.

Art. 5º O Poder Executivo providenciará, no prazo de cento e oitenta dias, a regulamentação desta Lei e, no prazo de trezentos e sessenta dias, o início de sua implementação.

~~Art. 6º No prazo máximo de cinco anos da promulgação desta Lei, perderão a validade todos os documentos de identificação que estiverem em desacordo com ela.~~ [\(Revogado pela Lei nº 12.058, de 2009\)](#)

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 7 de abril de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no DOU de 8.4.1997

Anexo 3 – Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.037, DE 1º DE OUTUBRO DE 2009.

Constituição Federal, art. 5º, inciso LVIII

Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

O VICE – PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de **PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

~~II – carteira de trabalho;~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 905, de 2019)

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Art. 4º Quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado.

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

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. [\(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012\)](#)

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. [\(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012\)](#)

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado. [\(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012\)](#)

Art. 6º É vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

~~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. [\(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012\)](#)~~

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá: [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - no caso de absolvição do acusado; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. [\(Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012\)](#)

Art. 7º-C. Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 1º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 2º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 3º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 4º Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 5º Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 6º No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 7º A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes de outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 8º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 9º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 10. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 11. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Revoga-se a [Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000.](#)

Brasília, 1º de outubro de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto

Este texto não substitui o publicado no DOU de 2.10.2009

Anexo 4 – Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012.

Vigência

Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 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 nº 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 nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

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

§ 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.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

Brasília, 28 de maio de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo
Luiz Inácio Lucena Adams

Este texto não substitui o publicado no DOU de 29.5.2012

Anexo 5 – Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Presidência da República
Secretaria-Geral
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

[Mensagem de veto](#)

[Vigência](#)

Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

[Promulgação das partes vetadas](#)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Art. 2º O [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 25.

[Parágrafo único.](#) Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.” (NR)

“[Art. 51.](#) Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

..... (NR)

“[Art. 75.](#) O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

[§ 1º](#) Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

..... (NR)

“Art. 83.

.....

[III](#) - comprovado:

- a) bom comportamento durante a execução da pena;
- b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;
- c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e

d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

..... (NR)

“[Art. 91-A](#). Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no **caput** deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.”

“Art. 116.

.....

[II](#) - enquanto o agente cumpre pena no exterior;

III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e

IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

.....” (NR)

“Art. 121.

.....

§ 2º.

.....

~~VIII - (VETADO):~~

[VIII](#) - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido: [\(Promulgação partes vetadas\)](#)

.....” (NR)

“Art. 141.

§ 1º

§ 2º (VETADO).” (NR)

§ 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena.” (NR)” [\(Promulgação partes vetadas\)](#)

“Art. 157.

.....

§ 2º.

.....

VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;

.....

§ 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo.

..... ”(NR)

“Art. 171.

.....

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

I - a Administração Pública, direta ou indireta;

II - criança ou adolescente;

III - pessoa com deficiência mental; ou

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.” (NR)

“Art. 316.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.” (NR)

Art. 3º O [Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941](#) (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: [\(Vide ADI 6.298\)](#) [\(Vide ADI 6.299\)](#) [\(Vide ADI 6.300\)](#) [\(Vide ADI 6.305\)](#)

“Juiz das Garantias

‘Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.’

‘Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal;

II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo.

~~§ 1º (VETADO).~~

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência. [\(Promulgação partes vetadas\)](#)

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.’

[‘Art. 3º-C.](#) A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.’

[‘Art. 3º-D.](#) O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.’

[‘Art. 3º-E.](#) O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.’

[‘Art. 3º-F.](#) O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.”

[“Art. 14-A.](#) Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no [art. 144 da Constituição Federal](#) figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no [art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no **caput** deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

~~§ 3º (VETADO).~~

~~§ 4º (VETADO).~~

~~§ 5º (VETADO).~~

§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado. ([Promulgação partes vetadas](#))

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração. ([Promulgação partes vetadas](#))

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados. ([Promulgação partes vetadas](#))

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no [art. 142 da Constituição Federal](#), desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.”

“Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.” (NR)

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

[“Art. 122.](#) Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do disposto no art. 133 deste Código.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

[“Art. 124-A.](#) Na hipótese de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver destinação dos bens a museus públicos.”

[“Art. 133.](#) Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado.

§ 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

§ 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, exceto se houver previsão diversa em lei especial.” (NR)

[“Art. 133-A.](#) O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no [art. 144 da Constituição Federal](#), do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.

§ 1º O órgão de segurança pública participante das ações de investigação ou repressão da infração penal que ensejou a constrição do bem terá prioridade na sua utilização.

§ 2º Fora das hipóteses anteriores, demonstrado o interesse público, o juiz poderá autorizar o uso do bem pelos demais órgãos públicos.

§ 3º Se o bem a que se refere o **caput** deste artigo for veículo, embarcação ou aeronave, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão público beneficiário, o qual estará isento do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à disponibilização do bem para a sua utilização, que deverão ser cobrados de seu responsável.

§ 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória com a decretação de perdimento dos bens, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público beneficiário ao qual foi custodiado o bem.”

“Art. 157.

.....

[§ 5º](#) O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (NR)

“CAPÍTULO II

DO EXAME DE CORPO DE DELITO, DA CADEIA DE

CUSTÓDIA E DAS PERÍCIAS EM GERAL’

.....

[‘Art. 158-A.](#) Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.'

'Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.'

'Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.'

‘Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.’

‘Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.’

‘Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.’

.....

“Art. 282.

.....

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.” (NR)

“[Art. 283](#). Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

.....”(NR)

“[Art. 287](#). Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.” (NR)

“[Art. 310](#). Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

.....

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos [incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.” (NR)

“[Art. 311](#). Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (NR)

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.” (NR)

“Art. 313.

[§ 1º](#)

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.” (NR)

[“Art. 315.](#) A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (NR)

[“Art. 316.](#) O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (NR)

“Art. 492.

I -

.....

[e\)](#) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

.....

[§ 3º](#) O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do **caput** deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.” (NR)

“Art. 564.

.....

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.

.....” (NR)

“Art. 581.

.....

XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei.” (NR)

“Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.” (NR)

Art. 4º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

~~“Art. 9º A. (VETADO).~~

‘Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Promulgação partes vetadas)

.....

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

.....

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

~~§ 5º (VETADO).~~

~~§ 6º (VETADO).~~

~~§ 7º (VETADO).~~

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar. [\(Promulgação partes vetadas\)](#)

§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do **caput** deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim. [\(Promulgação partes vetadas\)](#)

§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial. [\(Promulgação partes vetadas\)](#)

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.” (NR)

“Art. 50.

.....

VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

.....” (NR)

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

§ 2º (Revogado).

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso:

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade;

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

§ 6º A visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.

§ 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos.” (NR)

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

.....

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

~~§ 7º (VETADO).” (NR)~~

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.” (NR)” (Promulgação partes vetadas)

“Art. 122.

§ 1º

§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o **caput** deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.” (NR)

Art. 5º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII);

.....

II - roubo:

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);

c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);

III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);

.....
IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:

I - o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956;

II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.” (NR)

Art. 6º A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 17.

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

.....
§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

.....” (NR)

“Art. 17-A. (VETADO):

I - (VETADO);

II - (VETADO);

III - (VETADO).

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).”

Art. 7º A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 8º-A e 10-A:

“Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

~~§ 2º (VETADO).~~

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do **caput** do art. 5º da Constituição Federal. [\(Promulgação partes vetadas\)](#)

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

~~§ 4º (VETADO).~~

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação. [\(Promulgação partes vetadas\)](#)

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.”

“Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.”

Art. 8º O art. 1º da [Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998](#), passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

“Art. 1º

.....

§ 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.” (NR)

Art. 9º A [Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

.....

§ 1º

§ 2º Se as condutas descritas no **caput** e no § 1º deste artigo envolverem arma de fogo de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.” (NR)

“Art. 17.

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.” (NR)

“Art. 18.

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.” (NR)

“Art. 20. Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se:

I - forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei; ou

II - o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza.” (NR)

“Art. 34-A. Os dados relacionados à coleta de registros balísticos serão armazenados no Banco Nacional de Perfis Balísticos.

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Balísticos tem como objetivo cadastrar armas de fogo e armazenar características de classe e individualizadoras de projéteis e de estojos de munição deflagrados por arma de fogo.

§ 2º O Banco Nacional de Perfis Balísticos será constituído pelos registros de elementos de munição deflagrados por armas de fogo relacionados a crimes, para subsidiar ações destinadas às apurações criminais federais, estaduais e distritais.

§ 3º O Banco Nacional de Perfis Balísticos será gerido pela unidade oficial de perícia criminal.

§ 4º Os dados constantes do Banco Nacional de Perfis Balísticos terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

§ 5º É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional de Perfis Balísticos.

§ 6º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional de Perfis Balísticos serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.”

Art. 10. O § 1º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 33.

§ 1º

.....

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

.....” (NR)

Art. 11. A Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

Parágrafo único. O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal.” (NR)

“Art. 3º Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

§ 1º A inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características:

I - recolhimento em cela individual;

II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações;

III - banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e

IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita.

§ 2º Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário.

§ 3º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento.

§ 4º Os diretores dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou o Diretor do Sistema Penitenciário Federal poderão suspender e restringir o direito de visitas previsto no inciso II do § 1º deste artigo por meio de ato fundamentado.

§ 5º Configura o crime do art. 325 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a violação ao disposto no § 2º deste artigo.” (NR)

“Art. 10.

§ 1º O período de permanência será de até 3 (três) anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram.

.....” (NR)

“Art. 11-A. As decisões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções ao preso federal poderão ser tomadas por órgão colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos tribunais.”

[“Art. 11-B.](#) Os Estados e o Distrito Federal poderão construir estabelecimentos penais de segurança máxima, ou adaptar os já existentes, aos quais será aplicável, no que couber, o disposto nesta Lei.”

Art. 12. A [Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

[“Art. 7º-A.](#) A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá:

I - no caso de absolvição do acusado; ou

II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.” (NR)

[“Art. 7º-C.](#) Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 1º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.

§ 2º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.

§ 3º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal.

§ 4º Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal.

§ 5º Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil.

§ 6º No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular.

§ 7º A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes de outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora.

§ 8º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

§ 9º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado.

§ 10. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 11. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.”

Art. 13. A [Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012](#), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1º-A:

“Art. 1º-A. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento:

I - de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição;

II - do crime do art. 288-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e

III - das infrações penais conexas aos crimes a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo.

§ 1º As Varas Criminais Colegiadas terão competência para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado.

§ 2º Ao receber, segundo as regras normais de distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados no **caput** deste artigo, o juiz deverá declinar da competência e remeter os autos, em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária.

§ 3º Feita a remessa mencionada no § 2º deste artigo, a Vara Criminal Colegiada terá competência para todos os atos processuais posteriores, incluindo os da fase de execução.”

Art. 14. A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

.....

§ 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.” (NR)

“Seção I

Da Colaboração Premiada’

‘Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.’

‘Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado.

§ 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa.

§ 3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais

penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor.

§ 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público.

§ 5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos.

§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.’

‘[Art. 3º-C](#). A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

§ 2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público.

§ 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.

§ 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.’

‘Art. 4º

.....

[§ 4º](#) Nas mesmas hipóteses do **caput** deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

.....

[§ 4º-A](#). Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.

.....

[§ 7º](#) Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no **caput** e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do [art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na [Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 \(Lei de Execução Penal\)](#) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do **caput** deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#) e do [Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença.

§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

.....

§ 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.

.....

§ 13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.

.....

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

I - medidas cautelares reais ou pessoais;

II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;

III - sentença condenatória.

§ 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.

§ 18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.’ (NR)

‘Art. 5º’

.....

VI- cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.’ (NR)

‘Art. 7º’

.....

§ 3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.” (NR)”

“Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do **caput** do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se:

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão;

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

§ 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis.

§ 4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade.

§ 5º Findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverão ser registrados, gravados, armazenados e apresentados ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 6º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

§ 7º É nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo.”

“Art. 10-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo.

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações.”

“Art. 10-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.”

“Art. 10-D. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado.

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no **caput** deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos.”

“Art. 11.

Parágrafo único. Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet.” (NR)

Art. 15. A Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.”

“Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.

Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.”

“Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

§ 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.

§ 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.

§ 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.”

Art. 16. O art. 1º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 1º

.....

§ 3º Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos termos do art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).” (NR)

Art. 17. O art. 3º da Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

.....

V - os recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras;

VI - os recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal;

VII - as fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal;

VIII - os rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FNSP.

.....” (NR)

Art. 18. O Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 16-A:

“Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no **caput** deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

~~§ 3º (VETADO).~~

~~§ 4º (VETADO).~~

~~§ 5º (VETADO).~~

§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado. (Promulgação partes vetadas)

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração. (Promulgação partes vetadas)

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses do investigado nos procedimentos de que trata esse artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados. (Promulgação partes vetadas)

§ 6º As disposições constantes deste artigo aplicam-se aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.”

Art. 19. Fica revogado o § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Art. 20. Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 24 de dezembro de 2019; 198º da Independência e 131º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Sérgio Moro

José Vicente Santini

André Luiz de Almeida Mendonça

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.12.2019 - Edição extra

Presidência da República
Secretaria-Geral
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019

Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu promulgo, nos termos do parágrafo 5º do art. 66 da Constituição Federal, as seguintes partes vetadas da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019:

“Art. 2º

‘Art. 121.

.....

§ 2º

.....

VIII - com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido:

..... (NR)’

‘Art. 141.

§ 1º

§ 2º Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena.’ (NR)”

“Art. 3º

‘Juiz das Garantias’

‘Art.3º-B

.....

§ 1º O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.

.....”

‘Art.14-A

.....

§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

..... ”

“Art. 4º

‘Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

.....

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do **caput** deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.

.....’ (NR)

‘Art. 112.

.....

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.’ (NR)”

“Art. 7º

‘Art.8º-A

.....

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do **caput** do art. 5º da Constituição Federal.

.....

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

..... ”

“Art. 18.

‘Art. 16-A

.....

§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses do investigado nos procedimentos de que trata esse artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

..... ”

Brasília, 29 de abril de 2021; 200º da Independência e 133º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Este texto não substitui o publicado no DOU de 30.4.2021

Anexo 7 – Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 7.950, DE 12 DE MARÇO DE 2013

Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, **caput**, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012,

DECRETA:

Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

§ 2º A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos tem como objetivo permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

§ 3º A adesão dos Estados e do Distrito Federal à Rede Integrada ocorrerá por meio de acordo de cooperação técnica celebrado entre a unidade federativa e o Ministério da Justiça e Segurança Pública. [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 4º O Banco Nacional de Perfis Genéticos será instituído na unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça e Segurança Pública e será administrado por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública. [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 2º A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos contará com um Comitê Gestor, com a finalidade de promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que será composto por representantes titulares e suplentes, indicados da seguinte forma:

I - cinco representantes do Ministério da Justiça e Segurança Pública; [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

II - um representante do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; e

[\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

III - cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica.

§ 1º O Comitê Gestor será coordenado por membro indicado nos termos do inciso I do **caput**, que ocupará a função de administrador do Banco Nacional de Perfis Genéticos.

§ 2º Os representantes referidos nos incisos II e III do **caput** e seus suplentes serão indicados pelo dirigente máximo de seus respectivos órgãos.

§ 3º Serão indicados peritos oficiais de natureza criminal, administradores dos respectivos bancos de perfis genéticos, aprovados pelas unidades federativas das regiões signatárias do acordo de cooperação, para a representação a que se refere o inciso III do **caput** . [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 4º Na ausência de entendimento entre as unidades da região geográfica, será adotado o revezamento entre os Estados e o Distrito Federal, por ordem alfabética, na forma do regimento interno do Comitê Gestor.

§ 5º Serão convidados para participar das reuniões, sem direito a voto, um representante de cada um dos seguintes órgãos:

I - do Ministério Público;

II - da Defensoria Pública;

III - da Ordem dos Advogados do Brasil; e

IV - da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

§ 6º Compete ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública designar os membros do Comitê Gestor. [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 7º As deliberações do Comitê Gestor serão adotadas por maioria absoluta, admitido o voto do coordenador somente com a finalidade de desempate.

§ 8º O mandato dos membros do Comitê Gestor será de dois anos, permitida uma única recondução por igual período.

Art. 3º O Comitê Gestor poderá convidar especialistas e representantes de outros órgãos e entidades, públicas e privadas, para acompanhar as reuniões ou participar de suas atividades.

Art. 4º A participação no Comitê Gestor será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 5º Compete ao Comitê Gestor:

I - promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos;

II - definir medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados;

III - definir medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados;

IV - definir os requisitos técnicos para a realização das auditorias no Banco Nacional de Perfis Genéticos e na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos; e;

V - elaborar seu regimento interno, que será aprovado por maioria absoluta de seus membros. [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 6º Compete ao Ministério da Justiça e Segurança Pública adotar as providências necessárias: [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

I - à preservação do sigilo da identificação e dos dados de perfis genéticos administrados no seu âmbito; e

II - à inclusão, no convênio celebrado com as unidades federadas, de cláusulas que atendam ao disposto no inciso I do **caput**.

Art. 7º O perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial.

Art. 8º O Banco Nacional de Perfis Genéticos poderá ser utilizado para a identificação de pessoas desaparecidas.

Parágrafo único. A comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas serão utilizadas exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades.

Art. 9º Compete ao Ministério da Justiça e Segurança Pública auditar periodicamente o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos para averiguar se suas atividades estão em conformidade com este Decreto, nos termos do disposto no acordo de cooperação técnica de que trata o § 3º do art. 1º, observados os requisitos técnicos previstos no inciso IV do **caput** do art. 5º. [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Parágrafo único. Participarão da auditoria especialistas vinculados a instituições científicas ou de ensino superior sem fins lucrativos.

Art. 10. A Secretaria-Executiva do Comitê Gestor será exercida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. [\(Redação dada pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 10-A. O Comitê Gestor se reunirá, em caráter ordinário, bimestralmente e, em caráter extraordinário, quando convocado pelo coordenador ou por solicitação de, no mínimo, três membros. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 1º As reuniões ordinárias serão convocadas com a antecedência mínima de vinte e cinco dias e as extraordinárias com a antecedência mínima de sete dias. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 2º Os representantes que não puderem comparecer pessoalmente poderão participar por meio de videoconferência. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 3º A convocação das reuniões ordinárias e extraordinárias será encaminhada a cada um dos membros do colegiado, titular e suplente, e conterá dia, hora e local da reunião, pauta e documentação pertinente. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 4º O quórum de reunião e de deliberação será de maioria absoluta. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 10-B. O Comitê Gestor contará com duas comissões de caráter permanente, com a finalidade de subsidiá-lo em temas específicos: [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

I - Comissão de Interpretação e Estatística; e [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

II - Comissão de Qualidade. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 1º As comissões serão formadas por até sete membros, dentre os quais haverá um coordenador. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 2º O Coordenador do Comitê Gestor disporá sobre a composição e o funcionamento das Comissões, observado o regimento interno, e designará os coordenadores e os membros das Comissões. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

§ 3º Os membros das Comissões que não puderem comparecer pessoalmente poderão participar por meio de videoconferência. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 10-C. O Comitê Gestor poderá instituir grupos de trabalho com a finalidade de assessorá-lo em temas específicos. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 10-D. Os grupos de trabalho: [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

I - serão compostos na forma de ato do Comitê Gestor; [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

II - não poderão ter mais de seis membros; [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

III - terão caráter temporário e duração não superior a um ano; e [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

IV - estão limitados a três operando simultaneamente. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 10-E. O Comitê Gestor apresentará relatórios semestrais, os quais serão submetidos ao Ministério da Justiça e Segurança Pública para publicação em sítio eletrônico. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 10-F. A participação nas comissões e nos subcolegiados será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada. [\(Incluído pelo decreto nº 9.817, de 2019\)](#)

Art. 11. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 12 de março de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo
Patrícia Barcelos

Este texto não substitui o publicado no DOU de 13.3.2013