XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

MARCELO ANTONIO THEODORO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior, Marcelo Antonio Theodoro, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-181-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direitos e Garantias Fundamentais III", durante o XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Brasília- DF em julho de 2016.

O Grupo foi Coordenado pelos Professores Doutores, Eloy Pereira Lemos Junior da Universidade de Itaúna-MG, Narciso Leandro Xavier Baez da Universidade do Oeste de Santa Catarina e Marcelo Antonio Theodoro da Universidade Federal de Mato Grosso.

No Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais pudemos identificar, a partir da apresentação dos artigos que a seguir foram selecionados, vários enfoques atualíssimos sobre a temática.

Para melhor situar e favorecer os debates, identificamos um primeiro grupo que tratou sobre temas afetos aos direitos afetos às vulnerabilidades, reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas e tradicionais. Neste sentido identificamos os trabalhos de Aldrin Bentes Pontes e Joyce Karoline Pinto Oliveira Pontes "O direito e reconhecimento de comunidade quirombola em Manaus"; Joyce Pacheco Santana que apresentou o artigo realizado em coautoria com Izaura Rodrigues Nascimento, "Exploração sexual infantil: um estudo de caso acerca da coragem das meninas indígenas de São Gabriel da Cachoeira para enfrentar esse mal"; Thandra Pessoa de Sena, com o artigo em coautoria com Joedson de Souza Delgado sobre a "Adoção de Crianças e Adolescentes nas Comunidades Indígenas: A colocação de uma criança indígena em uma família substituta", além de Alyne Marie Molina Moreira e Jeanne Marguerite Molina Moreira que apresentaram o artigo "O reconhecimento da personalidade psíquica da criança transexual como forma de garantir a dignidade humana prevista na constituição federal brasileira/1988 – uma análise à luz do direito e da psicanálise".

Noutra ponta, vários artigos enriqueceram o debate acerca da judicialização dos direitos fundamentais, do chamado 'ativismo judicial' e a concretização dos direitos fundamentais tendo como horizonte hermenêutico o princípio da dignidade da pessoa humana. Para ilustrar temos os artigos de Danielle Sales Echaiz Espinoza: "Do mínimo ao máximo social: divergências na doutrina brasileira acerca do mínimo existencial social"; Clarisse Souza Prados, "O direito fundamental a autonomia da vontade como conteúdo essencial à dignidade

da pessoa humana – o caso do arremesso de anões; Flávia Brettas Brondani e "O mandado de injunção e o ativismo no Supremo Tribunal Federal" e Fernanda Sartor Meineiro e Fábio Beltrami: "O princípio da dignidade humano como conceito interpretativo".

Um terceiro grupo de artigos versou sobre a liberdade de expressão, sobre o direito fundamental à verdade e também sobre o direito fundamental à cultura. Neste sentido, os artigos de Isabelle Maria Campos Vasconcelos Chehab em coautoria com Ana Maria D' Ávila Lopes: "Notas sobre a efetividade do direito fundamental à verdade no nordeste brasileiro: a experiência da comissão estadual da memória e verdade Dom Helder Câmara (Pernambuco); Catia Rejane Liczbinski Sarreta e "O direito à cultura como fundamental: Considerações em relação à aplicabilidade da Lei Rouanet"; Sabrina Fávero trouxe o artigo produzido em coautoria com Wilson Antonio Steinmetz "A liberdade de expressão e direitos de personalidade: colisões e complementariedades"; no mesmo sentido Caroline Benetti: "A liberdade de expressão como instrumento para concretização do regime democrático e sua convivência com os direitos da personalidade".

Não se olvidou sobre a discussão do direito fundamental à igualdade, com vários enfoques: a começar por Lucas Baffi Ferreira Pinto que apresentou o artigo em realizado em coautoria com Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira: "Igualdade religiosa na era secular um diálogo entre Charles Taylor e Danièlle Hervieu-Léger"; Alisson Magela Moreira Damasceno e Ana Maria de Andrade: "Analise do sistema de cotas raciais no Brasil como ações afirmativas aliadas ao direito geral de igualdade"; Matheus Ferreira Bezerra: "O direito fundamental de combate à desigualdade social"; Tássia Aparecida Gervasoni e Iuri Bolesina: "O direito fundamental à igualdade e o princípio da solidariedade como fundamento constitucional para as ações afirmativas"

Outro ponto de contato dos direitos fundamentais com as garantias processuais a eles inerentes apareceu nos artigos de Fernanda Sell de Souto Goulart e Denise S.S. Garcia "Normas fundamentais do processo civil: a sintonia da constituição federal e o novo código de processo civil na garantia e defesa dos direitos fundamentais"; João Francisco da Mota Junior: "O conceito de cidadão e a ação popular – uma perspectiva diante da constituição cidadã"; Juliane Dziubate Krefta em coautoria com Aline Fátima Morelatto: "A gratuidade de Justiça e a interpretação da litigância de má-fé em relação aos beneficiários, como meio processual adequado à efetivação dos direitos fundamentais"; Oksandro Gonçalves trouxe a discussão o artigo produzido em conjunto com Helena de Toledo Coelho sobre "O foro privilegiado das autoridades públicas e o princípio da ampla defesa – análise do

entendimento do STF de Collor à Dilma; e ainda Rogério Piccino Braga e Francislaine de Almeida Coimbra Strasser: “A inimputabilidade como direito fundamental do ser humano em desenvolvimento e a redução da maioridade penal”.

Dois artigos pontuaram questões de bioética, quais sejam, Aline Marques Marino em coautoria com Jaime Meira do Nascimento Junior, que versou sobre “Apontamentos sobre os riscos da Ortotanásia a partir de Gattaca, experiência genética” e Kelly Rodrigues Veras, juntamente com Carlos Eduardo Martins Lima: “A utilização de bancos de perfis genéticos frente aos direitos e garantias constitucionais do estado democrático de direito”

Por derradeiro, dois artigos que versaram sobre o direito fundamental ao trabalho, sendo eles o de Paulo Henrique Molina Alves em coautoria com Luiz Eduardo Gunther, “O programa de proteção ao emprego instituído pela Lei 13.189/2015 em contraponto ao princípio constitucional do pleno emprego”, além de Simone Kersouani e Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis com o artigo “O paradoxo do teletrabalho sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais”.

Os trabalhos foram apresentados e debatidos com discussões enriquecedoras, que instigam à leitura detalhada de cada um dos artigos, pela valorosa contribuição que certamente darão às discussões contemporâneas sobre Direitos Fundamentais e suas garantias. Parabenizam os coordenadores à todos os autores e aos que participaram do debate e recomendam com entusiasmo a leitura da presente obra.

COORDENADORES:

Professor Doutor ELOY PEREIRA LEMES JUNIOR da Universidade de Itaúna-MG (UIT-MG)

Professor Doutor NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

Professor Doutor MARCELO ANTONIO THEODORO da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT)

A UTILIZAÇÃO DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS FRENTE AOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE USE OF GENETIC PROFILES BANKS FACE THE CONSTITUTIONAL RIGHTS AND GUARANTEES OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Carlos Eduardo Martins Lima [1]
Kelly Rodrigues Véras

Resumo

O presente artigo versa sobre a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil, analisando os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal e a possível afetação dos princípios basilares no processo penal constitucional. Diante disso, será analisada uma possível colisão do princípio da coletividade em relação à individualidade, buscando dessa forma uma possível aplicação do princípio da ponderação e proporcionalidade, diante dos prováveis benefícios que a tecnologia do DNA humano possa trazer em termos de avanços na Biotecnologia e no campo do Direito, como ciência social e jurídica.

Palavras-chave: Bancos de perfis genéticos, Direitos e garantias fundamentais, Princípios

Abstract/Resumen/Résumé

This article focuses on the use of banks of genetic profiles for criminal prosecution purposes in Brazil , analyzing the rights and guarantees listed in the Federal Constitution and the possible allocation of basic principles on constitutional criminal procedure. Therefore, a possible collision of the principle of collectivity in relation to individuality will be analyzed , thus seeking a possible application of the principle of balance and proportionality , given the likely benefits that the technology of human DNA can bring in terms of advances in biotechnology and the field of law , such as social and legal science .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Banks genetic profiles, Fundamental rights and guarantees, Principles

[1] MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNISINOS/RS

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil, buscando analisar os principais direitos e garantias individuais elencados na Constituição Federal que possam ser afetados com o uso dessa ferramenta criminalística. Diante disso, será feita uma análise de princípios como a não autoincriminação no processo penal constitucional e a proporcionalidade, buscando entender se há possibilidade de se atingir uma persecução criminal eficiente, preservando o garantismo penal.

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

Nesse sentido, a bioética é chamada a contribuir em situações que envolvam interesses coletivos e individuais, e a possibilidade de desrespeito à dignidade humana de indivíduos em situação de vulnerabilidade. Segundo Garrafa (2006, p.56-57), a bioética é caracterizada por derivar da análise processual dos conflitos baseada em uma ética minimalista, almejando a mediação e a solução pacífica dos conflitos envolvidos.

Visto que, para ninguém é conveniente tentar impedir o avanço da ciência e da tecnologia, é justo que o mesmo seja pautado pela responsabilidade pública e individual e pelo respeito à cidadania, com intuito de se maximizar os benefícios e minimizar os malefícios (KOTTOW, 2002).

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

criminalidade, a efetiva concretização dos direitos fundamentais, ainda que regulamentados, resta profundamente prejudicada.

A humanidade atravessa uma era de grandes conquistas em diferentes territórios da ciência. Pela primeira vez em sua história, o ser humano tem a possibilidade concreta de manipular seu material genético utilizando, para isso, tecnologia aplicada ao uso do ácido desoxirribonucleico (DNA). Isso a coloca em um lugar privilegiado de suas conquistas, mas, ao mesmo tempo, acentua uma enorme esfera de responsabilidades e compromissos para com as gerações futuras (CASABONA 2003).

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

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

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

A bioética, atualmente, vem estendendo sua discussão sobre políticas públicas, econômicas e sociais, com a finalidade de intervir nas questões de abuso e injustiças. Portanto, vislumbra-se a necessidade de se refletir e discutir, sob seu amparo, um equilíbrio entre a criação de políticas de segurança públicas (como a implantação do banco de dados) cada vez

melhores para a sociedade e a intervenção de mecanismos legitimadores no sentido de preservar a dignidade da pessoa humana, de acordo com os referenciais da bioética. Essa discussão traz à tona uma série de questionamentos acerca da eticidade da implantação dessa nova ferramenta da criminalística.

É sobre esse assunto que se tem por objetivo abordar no decorrer desse artigo, relacionando os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal com a genética forense.

2 O direito fundamental à não autoincriminação: a utilização do DNA frente aos postulados constitucionais do Estado Democrático de Direito

A construção de bancos de dados de perfis genéticos para fins de investigação criminal, realizada através da coleta de material genético, deve ser balizada por 'parâmetro de garantias aos direitos fundamentais da pessoa humana', caso contrário, passa a representar um 'grave risco para os direitos humanos e para as garantias penais e processuais do cidadão' e, também pode desvirtuar 'o papel do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito', visto que gera uma relação contrária entre essas garantias e a permanente procura por mais segurança', isto é, julga-se necessário e aceitável sacrificar ou pelo menos 'mitigar as garantias fundamentais', em prol 'de uma eficácia repressiva' (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 65).

Nesse sentido Callegari, Wermuth e Engelmann(2012, p.65) asseveram:

> [...] isso contraria o princípio segundo o qual as normas penais devem estar construídas sob forte base de garantias, ou seja, devem respeitar os direitos e garantias fundamentais preconizados pela Constituição Federal.

Dentro desse contexto é importante que se destaque, de modo especial, o direito fundamental à não autoincriminação. No que tange ao princípio, (da não autoincriminação), o qual se caracteriza por um forte conteúdo de garantia, nenhuma pessoa é obrigada a produzir prova contra si mesma '(nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.)'. Logo, ninguém pode ser obrigado, tanto por qualquer autoridade, como por um particular, a fornecer de forma involuntária qualquer tipo de informação, dado, objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente. De acordo com Callegari, Wermuth e Engelmann(2012, p.66) é ressaltado o seguinte:

> Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (ativamente) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. A garantia de não declarar contra si mesmo encontra-se, dentre outros documentos internacionais, no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Já no âmbito interno, esse direito encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, inc. LXIII).

Nesse mesmo sentido, é conveniente 'que se lancem outros pressupostos à utilização do banco de perfis genéticos': no caso em que se implementada, efetivamente, 'essa modalidade probatória, será vedada a sua aplicação exclusiva a algumas pessoas, que poderiam ser catalogadas como 'as verdadeiras 'não pessoas' do Direto Penal moderno', ou seja, os absolutamente excluídos' (SANCHEZ, 2013). Não se poderá exacerbar-se 'nas modalidades de pesquisa probatória para algumas' 'pessoas de segunda classe' sobre as quais o Estado se volverá com um rigor maior '- os não humanos – que merecerão um tratamento com provas de conteúdo essencial'. Existe, sobre algumas pessoas ou categorias delas, uma tendência de considerá-las como 'fontes de perigo'. Este aspecto não poderá inspirar as discussões sobre a 'adoção ou não do banco de perfis genéticos'. Ligados a todos 'esses detalhes, a utilização dos dados genéticos poderá significar 'a negação da relevância do dado biológico 'ser humano'' (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 66).

Outro importante aspecto a ser considerado dentro deste contexto refere-se a 'limites e possibilidades de utilização de bancos de dados genéticos para fins de investigação criminal no Brasil'. E nesse sentido citam Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p.71-72):

> [...] o princípio da proporcionalidade, a regra de ponderação de interesses como fundamento legitimador da decisão de sacrificar direitos fundamentais no lugar de objetivos sociais, é uma regra fundamental, e que deve ser utilizada como 'norte' no tratamento da matéria. Notadamente no caso da criação do banco de perfis genéticos, ao lado do princípio da proporcionalidade (que será examinada a seguir), se deverá levar em consideração que esse conteúdo integra 'os direitos de personalidade' e, assim, não se poderá 'patrimonializar' um conteúdo que é indisponível, pois está em jogo a intimidade da pessoa.

Face ao exposto, é uma premissa do Direito que, de modo geral, os dados de caráter pessoal de um indivíduo, requerem uma proteção específica, tanto quando confiados a profissionais, quanto ao ocasionarem a composição de um arquivo informatizado, independentemente de qual for seu objetivo. Seja ele, policial, médico ou financeiro (DELMAS-MART, 2004, p. 31-33).

Desse modo, estruturação da proporcionalidade precisará levar em conta os contornos bastante específicos 'que a matéria carrega na sua essência constitutiva' (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 73).

3 O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento para a Mensuração da Possibilidade de Utilização de Bancos de Dados de Perfis Genéticos na investigação Criminal no Brasil.

No âmbito penal o princípio da proporcionalidade presume o desenvolvimento dos subprincípios de adequação '(ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade estrita da intervenção' (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 73).

No que tange à avaliação da conformação ou idoneidade da tutela jurídico-penal, deve-se averiguar se ela não é ilegítima, quanto à constitucionalidade, o que leva a uma investigação de fatores tais como: 'os bens ou interesses aos quais se busca proteção não devem estar constitucionalmente proscritos nem devem ser irrelevantes do ponto de vista social' (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 74). Dentro deste contexto, Callegari, Wermuth e Engelmann citam que:

> Além disso, a idoneidade pressupõe a avaliação da aptidão do meio (no caso, o Direito Penal) para consecução da finalidade proposta (a proteção do bem jurídico), de forma que somente na medida em que é possível alcançar o objetivo da incriminação é que se justifica o recurso ao Direito Punitivo, considerando-se que 'a possibilidade da obtenção da tutela é a única forma de legitimação das 'lesões a direitos' ínsitas ao meio pena (GOMES, 2003, p.127).

Quanto a análise da necessidade, deve-se investigar 'se a medida penal representa o meio menos agravoso dentre os eficazes e disponíveis à obtenção do fim almejado', isto é, 'a intervenção penal (medida) não poderia ser conquistada *com a mesma eficácia* recorrendo-se a uma medida alternativa menos restritiva (sanção civil ou administrativa)' (FELDENS, 2005, p. 163).

Assim sendo, o subprincípio da necessidade consiste na 'exigência constitucional de que o interesse que se busca proteger por meio da norma penal' de forma relevante que justifique uma demarcação do âmbito de liberdade dos cidadãos. Tal princípio requer do legislador infraconstitucional a atenção, em primeiro lugar, no tocante à identificação de 'quais são os bens jurídicos que podem ser elevados à categoria de bem jurídico-penal, ou seja, quais bens necessitam de uma tutela por parte do direito penal, para que sejam suficientemente protegidos' e, em continuidade, à análise da 'medida em que determinado bem, já definido como merecedor de proteção penal, pode ser tutelado criminalmente, de maneira que sejam aferidas as

modalidades de ataque em relação às quais é indispensável o recurso ao direito penal'(GOMES, 2003, p.127).

No tocante à criação de bancos de perfis genéticos, Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p. 75-76) fazem a seguinte citação:

> Sobre o exame da necessidade em relação aos bancos de perfis genéticos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu, em 4 de dezembro de 2008, no caso S. e Marper c. Reino Unido, que a conservação sistemática e indiscriminada por parte de autoridades públicas de mostras celulares e perfis de DNA de pessoas não condenadas vulnera o art. 8º do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, por tratar-se de uma ingerência que não cumpre com o requisito de necessidade em uma sociedade democrática.

Finalmente, no que concerne ao exame da proporcionalidade restrita da intervenção, há que se investigar se medida não está sendo desproporcional em seu sentido exato (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 75-76).

Desse modo, deve ser levado em consideração o fato de que toda e qualquer 'regulamentação' ligada à 'utilização de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil' deve ter como ponto de partida o 'consentimento do titular do referidos dados', a fim de 'preservar os direitos e garantias fundamentais inscritos em nossa Constituição', especialmente o direito à não autoincriminação, referido anteriormente, ao qual se refere o art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna. Este consentimento constitui a base essencial sobre a qual de se assentar toda a produção normativa ligada ao tema, 'a exemplo da regulamentação do tema na Carta Magna dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000', já referida anteriormente, em cujo artigo 8, prevê, de modo expresso, 'que o consentimento da pessoa afetada – ou outro fundamento legítimo previsto na lei – é fundamental para o tratamento dos dados de caráter pessoal. Logo, no Brasil, o princípio da proporcionalidade impõe, no tocante 'ao tema da regulamentação da utilização de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal', primeiramente, que a utilização desses dados, leve em conta os critérios de adequação, bem como, de necessidade e de proporcionalidade exata da 'medida probatória e, em segundo lugar, que o consentimento do afetado' seja entendido 'como integrante do conteúdo essencial do direito fundamental à proteção de dados pessoais', a fim de que 'seja reconhecido o direito da pessoa de ser informada sobre quem possui seus dados e com qual finalidade'. Porquanto, o direito de informação, aqui, apresenta-se como um requisito indispensável para que o consentimento seja concedido de maneira válida pelo interessado (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 82).

Nesse sentido, Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p.82-83) asseveram que:

> Assim, o exercício do princípio da proporcionalidade, combinado com as disposições contidas no ordenamento jurídico, deverá ser perpassado pelos aspectos bioéticos examinados, com o acréscimo do seguinte elemento: 'ao Biodireito [...] cabe a função social de renovar os compromissos éticos, incluindo [...] as prerrogativas atropeladas pelo advento da pós-modernidade como o direito ao sigilo de dados genéticos' (AUGUSTIN; ALMEIDA, 2009, p. 559).

Certamente, que 'a sofisticação das práticas criminais', bem como 'a técnica legislativa das normas penais em branco', que já não são tão precisas para definir 'o tipo penal e os avanços tecnológicos', ocasionando uma 'intromissão' em dados inteiramente privados, representam os principais desafios pelos quais se defronta o processo penal desde o início do século XXI (CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 82).

Complementando o conteúdo anteriormente referido, Callegari, Wermuth e Engelmann (2012, p.87) afirmam:

> Mais do que em nenhum momento da história da humanidade, é preciso olhar para a essência do ser do ente homem e, a partir daí, por meio do princípio da proporcionalidade, deliberar sobre os casos em que efetivamente vale a pena a utilização de um código exclusivo para formatar um código (seja penal ou processual penal) contingente e humanamente definido.

Um importante aspecto citado por Sauthier (2015, p.127): 'a colisão entre os direitos fundamentais deve buscar uma solução no critério oferecido pela *Teoria dos princípios* de Alexy: O *teste da proporcionalidade*', sobre o qual afirma Sauthier:

> Embora consagrado em documentos importantes tais como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 52,1), ela independe de previsão constitucional ou legal expressa, pois, conforme bem destaca o entendimento Tribunal alemão, o princípio da proporcionalidade 'deriva do próprio Estado de Direito e resulta da essência dos direitos fundamentais'.

Segundo Sauthier (2015), Trois Neto(2011) define proporcionalidade como sendo, 'o conjunto de regras utilizadas para a verificação da constitucionalidade de restrições estabelecidas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental ou de um bem coletivo, sempre que se tratar de colisão princípios constitucionais'.

O binômio garantismo/eficientismo traduz a colisão dos direitos fundamentais, cujo princípio é assim explicado por Mora Sánchez (2001, p.154): 'é aplicado de duas formas: Ora como *proibição de excesso*, ora como *proibição da insuficiência*'. Este último – *proibição de excesso* - tem como objetivo 'dar eficácia aos direitos de defesa do imputado'. Tendo em vista

que o Estado ‘esbarra’ nesses direitos, quando da sua ação persecutória e que, por esse motivo clamam por aplicação. Desse modo, ante a colisão entre a persecução penal eficiente e os direitos de defesa, o procede-se sua solução, que inicialmente, perpassa algumas etapas até chegar àquela que trata da aplicação da proporcionalidade. ‘Cuja última fase é a *ponderação* dos direitos em conflito’. Porém, como assevera Trois Neto(2011):

> [...] que a proporcionalidade não pode ser reduzida a um discurso retórico, sendo que o seu emprego correto exige a observância estrita de suas regras e também da ordem de aplicação delas, que é determinada por relações de subsidiariedade. Tais regras são os subpreceitos da adequação, *necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.*

Importante destacar que ‘uma medida estatal é adequada se leva ao fim legítimo buscado pelo Estado, ou, ao menos, conduz a seu favorecimento’. E que *fim legítimo* é aquele cuja obtenção ‘está ordenada ou ao menos permitida constitucionalmente’. Este é ‘um *critério de caráter empírico* na causalidade da medida com seus fins, para que as ingerências adotadas facilitem o êxito perseguido’ (SAUTHIER, 2015, p.128).

A etapa seguinte é a ‘*necessidade* (ou intervenção mínima)’, a qual, de igual modo, necessita de uma ‘*análise empírica*’ a fim de determinar se a medida escolhida, dentre outras medidas apropriadas e disponíveis é aquela que ocasiona ‘a menor restrição ao direito fundamental’. Uma medida não é *necessária* sempre que for possível ser obtida através de outro meio cuja eficácia seja a mesma, ‘e que restrinja o direito de maneira menos intensa’ (SAUTHIER, 2015, p.128).

A última etapa é a ‘*proporcionalidade em sentido estrito*’. Nesse caso, diferentemente, a avaliação reside ‘no *campo das possibilidades jurídicas* e irá verificar se a restrição ao direito, necessária e adequada, é também justificável, considerando sua importância concretamente aferida’. Conforme afirma Sauthier (2015, p. 129) ‘se trata de realizar uma *ponderação* de bens, uma avaliação entre a *gravidade da intensidade da intervenção no direito fundamental* (de um lado), e (de outro lado) *o peso das razões que a justificam*’. Nesse sentido, Sauthier (2015, p.129) cita que:

> Conforme Alexy (1999, p. 161), este subpreceito pode ser chamando de **lei da ponderação**, assim formulada: ‘Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro princípio’. ‘Quanto mais intensiva é uma intervenção eum um direito fundamental, tantos mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam’.

Segundo Sauthier (2015, p.129), ‘na Europa a ponderação das garantias processuais já vem sendo reconhecidas há anos’.

Ao passo que no Brasil, o STF repudia a aplicação da proporcionalidade para ‘colisões entre a ‘funcionalidade da justiça penal’ (*direito à persecução penal eficiente*) e a proteção da personalidade do imputado (*direitos de defesa*)’ (SAUTHIER, 2015, p.129).

4 Os Direitos Fundamentais Conexos à Identificação e à Investigação Criminal Genética

Quando ‘a tensão entre o eficientismo e o garantismo envolve interesses tensionados’, ‘os direitos fundamentais que entram em colisão na identificação e na investigação criminal genética’ são, de um lado, ‘o *direito a uma persecução penal eficiente*’, como exposto anteriormente. Por outro lado, segundo assevera Sauthier(2015),

> [...] como direitos de defesa, Lorente Acosta(2002, p.12.), acompanhado de Cuesta Pastor(2002, p.80), aponta os seguintes direitos fundamentais conexos: O (i) direito à privacidade física, (ii) o direito à privacidade informacional, (iii) direito à intimidade, o (iv) direito a não autoincriminação, o (v) direito à liberdade de locomoção, o (vi) direito à integridade físico-corporal e o (vi) direito à proteção dos dados pessoais.

4.1 O direito à privacidade e à intimidade

Embora existam autores que considerarem os termos *intimidade* e *vida privada* como sendo idênticos, ‘a maioria das doutrinas diferencia os conceitos’. Logo, considerando como antônimos os termos *vida pública* e *vida privada*: ‘A (i) *vida pública* representaria a vida social do indivíduo, enquanto a (ii) *vida privada* estaria reservada para os fatos estritamente relacionados com a vida familiar, pessoal, ou seja, um âmbito mais restrito’. Mas, tendo em vista que a distinção é bastante simplista, dão origem a alguns questionamentos tais como: ‘A vida profissional se desenvolve no âmbito público ou privado’? ‘E os momentos de lazer’? Nesse sentido, cita Sauthier(2015):

> Mori (2010. p.31) adverte dizendo que não existe um critério válido de diferenciação, eis que uma e outra estão tão ligadas que é difícil dissociá-las. Tal distinção depende essencialmente de questões de tempo e lugar, ou seja, questões culturais e até mesmo econômicas. Contudo, apesar de ser difícil diferenciá-las, a sua existência é

> inconteste, pois o ser humano, apesar de ser eminentemente social, também necessita de momentos de solidão e afastamento.

Importante destacar que, para os alemães, segundo afirma Sauthier(2015, p.132):

> A *vida privada* compreende tudo aquilo que o indivíduo não quer que se torne público. É a esfera mais ampla, dentro da qual se encontram outras três esferas de 'progressão' menor (*intimidade, reserva e segredo*, respectivamente), na medida em que a intimidade for se restringindo. Na (i) *esfera da intimidade*, além de existir apenas aquilo que o indivíduo não quer que se torne público, participariam apenas aquelas pessoas que gozam da confiança do indivíduo, e com as quais ele mantém uma relação de intimidade. Na (ii) *esfera da reserva*, estariam todos os assuntos confidenciais que necessitam de proteção especial. Por fim, na (iii) *esfera do segredo*, estariam incluídos apenas poucos amigos, ficando de fora inclusive algumas pessoas de sua intimidade.

Finalmente, segundo Sauthier(2015, p.133), 'no âmbito externo às esferas da privacidade estaria o domínio da vida pública. E, desse modo, a diferenciação entre vida privada e vida pública é facilitada pela diferenciação da vida privada em esferas'.

Cabe destacar 'que os direitos à intimidade e à privacidade se apresentam como direitos à liberdade, empregado em seu duplo sentido: (a) Não intromissão e (b) autonomia (direito de escolha), concernentes à vida privada' (SAMPAIO, 1998, p.351).

Outro aspecto importante refere-se à informação pessoal, a qual pode ser chamada de dado pessoal. Cujo conceito é: 'dado relacionado a um indivíduo identificado ou identificável, independentemente do suporte em que se encontre registrado (escrita, imagem, som ou vídeo)' [1]. Ou seja, 'um indivíduo *identificado* é aquele que já é conhecido'. E, '*identificável* é aquela pessoa que pode ser conhecida diretamente através de recursos a meios à disposição de terceiros'. Um exemplo de dado pessoal é 'o IP atribuído a um determinado computador' quando conectado à internet. Embora essa informação não conduza 'à identificação direta do internauta, ela também poderá ser conhecida a partir da interconexão do IP com outros dados armazenados no provedor de acesso à Internet' (VIEIRA, 2007, p.252). Com relação aos dados pessoais, Sauthier(2015) cita:

> Segundo Eichterhoff(2010, p.56), os dados pessoais podem ser classificados em dados *não nominativos* e *dados nominativos*. Os (i) *dados não nominativos* não estão relacionados a nenhuma pessoa determinada, podendo, nas palavras de Reinaldo Filho(2002), 'ser objeto de apropriação sem qualquer tipo de restrição, salvo algumas limitações decorrentes de regimes legais específicos – como as normas protetivas da propriedade intelectual'.

Dentre estes, estariam incluídos ‘os dados estatísticos, bibliográficos, econômicos sociais, políticos e eleitorais, não relacionados com alguma pessoa’. Sem que as pessoas sejam identificadas, como se fossem dados anônimos relativos a uma coletividade. O uso de tais dados, ‘em regra, não atinge os direitos da personalidade, pois não se referem a dados pessoais, ainda que possam resultar em danos materiais, tais como decorrentes de violação de segredo industrial’ (SAUTHIER , 2015, p.133).

A legislação lança mão de uma técnica chamada ‘*anonimação*’ para minimizar os riscos contidos no tratamento da informação. E ‘é exatamente o que acontece com os bancos de perfis genéticos para fins criminais’(SAUTHIER , 2015, p.133).

Já os (ii) *dados nominativos*, são aqueles que dizem respeito a determinada pessoa. E são classificados como *sensíveis* e *não sensíveis*[2]. Estes (a) são considerados de domínio público, portanto, não reservados ao titular. Geralmente estão ligados ‘à qualificação da pessoa, tais como o seu nome, estado civil, domicílio, profissão, ocupação, dentre outros’. Os quais ‘podem ser livremente armazenados e utilizados’, visto que não causam ‘danos ou riscos à privacidade ou à intimidade da pessoa’ [3]. E, sobre essa asserção, Sauthier (2015, p.134) cita:

> Vieira (2007, p.253), contudo, apesar de concordar que eles podem ser ‘coletados e armazenados sem prévio e expresso consentimento de seu titular’, afirma que eles pertencem ao primeiro círculo da teoria alemã das esferas, correspondendo à esfera da privacidade. De qualquer forma o seu titular, porém, não perde o *direito ao controle de sua existência, veracidade e retificação*, decorrentes do *direito à proteção dos dados pessoais*, evitando erros que venham a trazer prejuízos.

No tocante aos dados (b) sensíveis, estes, encontram-se ligados diretamente à esfera da privacidade e intimidade. Tais dados informam, conforme citação de Sauthier(2015, p.134):

> [...] ‘as preferências sexuais da pessoa, as condições da sua saúde e características genéticas, sua adesão a ideias políticas, ideológicas, crenças religiosas, bem como suas manias, traços do seu caráter e personalidade’[4]. Sua utilização pode acarretar danos ao seu titular ou a terceiros (no caso dos dados genéticos, a sua utilização indevida poderia afetar inclusive familiares consanguíneos). Assim eles gozam de maior proteção jurídica, sendo que o titular pode não apenas ter o direito ao controle do armazenamento, uso e veracidade dos dados, mas também impedir totalmente a sua utilização.

Quanto aos círculos da teoria das esferas, segundo Sauthier(2015), Vieira(2007) diverge de Eichterhoff(2010), asseverando que:

> [...] eles pertencem à esfera da intimidade. Ela ressalta que por se referirem a aspectos mais íntimos, eles necessitam de permissão especial para o seu tratamento. Ela define tratamento dos dados pessoais como a 'recepção, produção, reprodução, utilização acesso, transporte, transmissão, distribuição armazenamento e eliminação'. Vieira acrescenta aos dados nominativos uma terceira categoria: Os (iii) *dados de tratamento proibido*, que merecem total e absoluta proteção, pois, dentro da teoria das esferas, eles pertencem ao círculo do segredo. Assim, para eles deve existir vedação legal a qualquer espécie de tratamento. Por fim, Vieira destaca que independentemente da categoria em que os dados pessoais se encontrem, eles devem ser protegidos pelas *prerrogativas da integridade, autenticidade e sigilo.*

Referente aos dados genéticos afirma-se que eles estão incluídos na categoria dos dados nominativos sensíveis, porquanto, além de serem inerentes a 'pessoas determinadas', estes se encontram diretamente vinculados à esfera da privacidade e intimidade, isso porque, revelam informações pessoais (SAUTHIER, 2015, p.134).

Nesse sentido, Sauthier(2015, p.134) cita:

> É corrente a aceitação de que ingressam plenamente, no núcleo da intimidade, os dados referentes à saúde e à origem racial das pessoas, os quais, junto com outros, configuram os chamados dados sensíveis ou supersensíveis (assim como os relativos à origem étnica, opiniões políticas, adesões sindicais, convicções religiosas ou de outra ordem, vida sexual), cuja vinculação com as análises genéticas é evidente. Sua qualificação como dados supersensíveis acarreta o estabelecimento de garantias reforçadas de proteção, como é vedar o acesso à informação e seu tratamento em arquivos automatizados se não intervém o consentimento do interessado, ou limitar – geralmente com reserva de lei – tal acesso e sua utilização (CASABONA, 1999, p.64).

E, nas palavras de Sauthier(2015), Casabona(1999) acrescenta:

> Como se sabe, os dados relativos à saúde pública foram elevados à categoria de dados sensíveis, e inclusive hipersensíveis, devido à potencialidade de projeção da informação, especialmente íntima ou reservada do interessado, o que converte em vulnerável: pois bem essa 'sensibilidade' ou vulnerabilidade' aumentam, como foi assinalado, quando se refere, de forma específica, a dados genéticos e quando, ademais, foram processados automaticamente.

Sabe-se também que informação genética não apenas revela as informações sobre o seu portador, mas também 'tem potencialidade capaz de atingir a privacidade e a intimidade inclusive de seus familiares'. Desse modo, o titular da informação genética, do ponto de vista biológico, é toda a família biológica a que pertence, e não apenas o indivíduo, todavia 'não exista coincidência a partir de uma perspectiva jurídica'. A potencialidade de tais informações não se conhece em sua totalidade, 'pois o desenvolvimento científico sobre o genoma humano poderá levar os cientistas a aprofundar o seu conhecimento'(SAUTHIER, 2015, p.135).

Ainda, nas palavras de Sauthier (2015, p.135):

> '[...] Eichterhoff (2010) afirma que os dados genéticos podem estar dentro da esfera da *privacidade*, da *intimidade*, e até mesmo do *segredo*, a depender de vários fatores,

> inclusive o interesse de seu portador em revela-los a um determinado público ou até mesmo em mantê-los em segredo. Por exemplo: Caso a pessoa tenha interesse em revelar algumas informações a pessoas de seu convívio, tais dados estariam na esfera da vida privada. Diferentemente, se decidir revelar apenas a pessoas mais íntimas e de confiança, neste caso eles estariam na esfera da intimidade. Se decidir revelar apenas a pessoas muito chegadas estaria na esfera da reserva. E, por fim, se decidir não revelar a ninguém, faria parte da esfera do segredo'.

Conforme assevera Sauthier(2015), no entendimento de Vieira(2007) 'os dados nominativos sensíveis pertencem à esfera da intimidade'. E que, 'estando os dados genéticos nesta categoria de dados nominativos, estariam restritos a essa esfera da vida privada'.

4.2 O direito à liberdade de locomoção

Eis aqui, outro direito fundamental respaldado por pevisão legal na Constituição Federal de 1988 em dois locais: 'No caput do art. 5º, e, também, no seu inciso XV', com esta redação: 'É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens'. No caso deste último dispositivo são previstas duas situações: 'A (i) *liberdade de locomoção no território nacional* e a (ii) *liberdade da pessoa entrar no território nacional e nele permanecer ou sair com seus bens'*[5]. E neste contexto, Sauthier(2015) cita:

> A (i) liberdade de locomoção no território nacional contém o *direito de ir e vir* e o *direito de ficar e permanecer* sem necessidade de autorização. O inciso XV cita a expressão 'nós termos da lei'. Contudo, tal referência não se aplica à hipótese de restrição ao direito de locomoção em *tempo de paz*, que se existisse seria inconstitucional, e sim a eventual restrição em *tempo de guerra*, que é possível desde que não extinga a liberdade de locomoção como instituição. A (ii) *liberdade de entrar no território nacional em tempo de paz, nele permanecer e dele sair* é *o direito de ir e vir* através das fronteiras. Ele envolve assim, também, o *direito de migrar* (emigrar e imigrar). Neste caso a expressão 'nos termos da lei' se refere também à situações envolvendo estrangeiros. Mas relativamente a restrições em tempos de guerra, o inciso significa que a entrada, saída e permanência no território nacional estejam vedadas. Não estão. Contudo, não será um direito salvo se for brasileiro e esteja retornando à pátria. Se for brasileiro que queira sair, ou estrangeiro que queira entrar ou permanecer, as autoridades poderão concordar ou não, tanto tendo em vista os critérios de segurança nacional, como de segurança do próprio indivíduo. A essa liberdade foi dada uma garantia especial, surgida desde o século XVII: O *habeas corpus*, que na nossa Constituição Federal vem expressamente previsto no art. 5º, inciso LXVII.

4.3 O direito à integridade físico-corporal

Qualquer que seja o tipo de agressão ao corpo humano, também é uma maneira de agredir a vida, tendo em vista que ela se sucede nele. Desse modo, a Constituição Federal de 1988, ao proteger a vida, 'está também protegendo a integridade físico-corporal', razão pela

qual ‘este bem jurídico está protegido de forma implícita’. Quanto ‘à integridade físico-corporal dos presos, a Constituição foi além e assegurou um dispositivo específico’. De acordo com ‘o art. 5º, XLIX, nestes termos’: ‘ É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’. Sauthier complementa asseverando que:

> As constituições anteriores que previam a agressão física (açoites, marca a ferro e outras formas de tortura) para a obtenção de confissões viram essas práticas abolidas com a Constituição de 1824. Contudo não bastava apenas abolir, era necessário vedar expressamente como faz a nossa Constituição cidadã. E ainda previu a proibição da prática da tortura no at. 5º, III, nos seguintes termos: ‘Ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano e degradante’. A Magna Carta previu muitas outras garantias, além dessas, relativas à prisão (SAUTHIER, 2015, p.147).
>
> .

4.4 O direito à proteção dos dados pessoais

Sobre a garantia dos direitos da personalidade, da vida privada e da sua honra, Sauthier(2015, p.147) assegura que:

> [...] possuem uma dimensão positiva que vai além da proteção da intimidade, alcançando também a *proteção dos dados pessoais*. Esta proteção se traduz num direito autônomo em relação à privacidade, à intimidade e aos demais direitos da personalidade: É também chamado de *direito à proteção dos dados pessoais*. Segundo Cuesta Pastor(2002, p.228), ele é também um direito fundamental que concede ao seu titular o *poder de disposição* e *controle* sobre suas informações pessoais. Ele inclui o seu uso e destino, e protege toda e qualquer informação pessoal, seja íntima ou não e cujo conhecimento e emprego pessoal possam afetar os seus direitos, sejam ou não fundamentais, pois sua proteção abrange não apenas a proteção da intimidade.

Sendo assim, esse direito compreenderia também os dados pessoais públicos, que apesar de ser do conhecimento de qualquer um, ‘não escapa do poder de disposição do seu titular’ (SAUTHIER, 2015, p.147).

Neste sentido, Sauthier(2015, p.247) destaca que:

> Cuesta Pastor(2002, p.228) reafirma a autonomia desse direito, pois ele á mais amplo que os direitos à privacidade e à intimidade, abrangendo outros direitos da personalidade, incluindo o direito à honra, à liberdade de pensamento, à liberdade de culto, dentre outros. Além disso, haveria uma nítida diferença entre os direitos à privacidade e à intimidade em relação ao direito à proteção de dados: Este último atribui ao seu titular outros poderes adicionais que os primeiros não conferem, impondo a terceiros certos deveres jurídicos no sentido de garantir o controle sobre os dados pessoais. Portanto, a proteção dos dados implica numa série de outros direitos[6]. O (a) *direito ao prévio consentimento* para a *coleta* e *utilização* (tratamento) dos dados pessoais, o (b) *direito de saber* cobre o seu *destino* e *utilização*, o (c) *direito de acesso*

> a eles e o *direito de retificação*, caso haja erros. Por fim, Cuesta Pastor[7] ainda reafirma a chamada 'liberdade informática' como um direito de controlar o uso dos dados pessoais inseridos dentro de um suporte informático.

Importante destacar que 'o nosso ordenamento jurídico previu diversas leis', o que possibilita afirmar que há regulamentação suficiente 'na questão da *disponibilidade* dos dados pessoais'. Todavia, no que se refere 'à *integridade, autenticidade* e o *sigilo* das informações durante o seu tratamento, há uma carência de atos normativos no nosso país'. Nesse contexto Sauthier (2015, p.148) cita que:

> Por isso ela afirma a necessidade de uma regulamentação específica em lei própria para a proteção dos dados pessoais. Tais princípios e direitos surgidos a partir da experiência internacional não foram previstos de forma sistemática e explícita em nosso ordenamento. Porém, nada impede que a jurisprudência os adote, 'considerando que estruturam, em plenitude, o arcabouço axiológico do sistema de proteção de dados pessoais, sendo essencial seu reconhecimento para a efetividade do direito à privacidade informacional diante dos avanços da tecnologia da informação'.

Nesse sentido, cabe referir os onze princípios citados por Vieira(2007, p. 273-281), 'a partir dos quais emanam diversos direitos no tratamento de dados pessoais':

> (a) *Princípio da lealdade* (ou boa-fé), que determina que os dados devam ser recolhidos com o consentimento do seu titular; (b) *princípio da publicidade*, obrigando os responsáveis pelos bancos informatizados a informar o público sobre a existência dessas bases de dados e os procedimentos utilizados no tratamento de dados de caráter pessoal; (c) *princípio da transparência*, que determina que o titular dos dados seja informado, no momento da coleta, dos aspectos do tratamento das informações, incluindo-se identificação do responsável pelo tratamento, período de conservação dos dados, caráter obrigatório ou facultativo do fornecimento, além de outras informações relevantes. Decorre deste princípio o *direito à informação*, que trata da faculdade do titular dos dados de exigir a prestação de informações sobre o tratamento de seus dados pessoais; (d) *princípio da proporcionalidade*, que impõe a realização de um 'juízo de idoneidade' do dado em pauta, para o fim almejado da coleta, excluindo-se o tratamento de informações não pertinentes. Deste princípio decorre o *direito de oposição*, que consiste na faculdade do indivíduo de se opor ao tratamento de seus dados pessoais com base em razões preponderantes e legítimas a serem verificadas no caso concreto;

E, Vieira(2007, p. 273-281) acrescenta:

> [...] (e) *princípio da veracidade*, que dispõe que os dados armazenados sejam verdadeiros. Dele decorre o *direito de acesso*, que possibilita ao seu titular o devido acesso aos seus dados para conhecê-los e, desta forma, modificar ou atualizar as informações armazenadas. No Brasil, ele vem regulado no art. 7º da Lei 11.111/05 (Lei do Habeas Data); (f) *princípio da caducidade*, que estabelece que os dados devam ser apagados assim que se atingirem os objetivos para os quais colhidos. Dele decorre o direito ao esquecimento, que faculta ao indivíduo exigir que seus dados sejam apagados após o período necessário ao cumprimento das finalidades determinantes da coleta. No Brasil, este direito está previsto no art. 748, CPP, e no parágrafo 1º do art.43 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); (g) *princípio da segurança no tratamento*, que determina que o responsável por bancos de dados nos quais são

> armazenados dados pessoais adote medidas técnicas e administrativas que garantam a segurança de tais informações; (h) *princípio da confidencialidade*, que impõe o *dever de sigilo* no tratamento dos dados pessoais. No Brasil, esse dever vem previsto no art. 23, parágrafo 4º da Lei 8.159/91, regulamentado pelo Decreto 4.553/02 (art. 2º) [...].

E, Vieira (2007, p. 273-281) finaliza, citando os demais princípios:

> [...] (i) *princípio do não tratamento de dados sensíveis*, pelo qual os dados sensíveis, em regra, só podem ser tratados com prévia permissão do seu titular ou, excepcionalmente, sem o consentimento do seu titular, caso haja disposição legal e para a preservação de outros interesses públicos; (j) *princípio da reciprocidade das vantagens*, que determina que os meios adotados para a coleta de dados pessoais sejam utilizados também para o exercício dos direitos conferidos aos titulares; e, por fim, o (k) *princípio da responsabilidade objetiva*, que determina que os indivíduos responsáveis pela gestão das bases de dados devam ser responsabilizados de forma objetiva por danos decorrentes do descumprimento dos princípios acima arrolados, implicando o dever de indenizar, eis que o tratamento dos dados é uma atividade de risco.

O conteúdo até aqui estudado, mostrou que 'a utilização da mescla-banco' conduz 'necessariamente ao tratamento dos dados genéticos', que por sua vez abrange como visto no conteúdo apresentado, a *produção, armazenamento, recepção, reprodução, acesso, transporte, transmissão, distribuição, eliminação e utilização* das informações pessoais. No tocante a essa relação de reciprocidade, 'é possível afirma que': 'A (i) *produção* das informações genéticas, é feita no momento em que se realiza o procedimento de tipagem genética'. Bem como o (ii) *armazenamento* destes dados pessoais relaciona-se com *a* alimentação do banco de perfis genéticos para fins criminais. Quanto às demais atividades de '(iii) *recepção, reprodução, acesso, transmissão distribuição, armazenamento* e *eliminação* dos dados genéticos, acontecem na atividade de gestão da base de dados'. Finalmente a (iv) que se refere à *utilização* destes dados pessoais, incidem por ocasião da *utilização* do banco de perfis genéticos (SAUTHIER, 2015, p.150).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a devida pretensão de esgotar a abordagem teórica e crítica sobre a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil, buscou-se analisar a evolução desse estudo na legislação atual, sem esquecer principalmente do documento supremo que é a Constituição da República Federativa do Brasil, com a devida tutela dos direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, reafirmando a importância de princípios basilares

como o devido processo legal, o direito a não auto incriminação e a proibição da obtenção da prova obtida por meio ilícito.

Além disso, é plenamente plausível pensar na ponderação de alguns princípios como o princípio da individualidade colidindo com a coletividade, o que torna ainda mais importante a análise de cada caso, sempre buscando o melhor para a sociedade como um todo, sem deixar de respeitar ou ao menos cuidar de princípios fundamentais como o respeito à autonomia da vontade e a privacidade e intimidade de cada indivíduo.

Dessa forma, estaremos preservando a Carta Magna e garantindo o mínimo possível de segurança jurídica no processo Penal, por meio da aplicação correta dos princípios e garantias penais constitucionais, sem esquecer da importância do estudo do DNA humano na empreitada de evolução do Direito não só como ciência jurídica, mas principalmente como ciência social e buscando sempre analisar caso a caso, resguardando dessa forma a dignidade da pessoa Humana, por meio do consentimento prévio, livre e esclarecido.

E posteriormente, com o devido amadurecimento do estudo sobre os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal, poder-se-ia pensar na criação e utilização de um banco de dados universal, o que de certa forma preservaria um princípio fundamental no Direito, ou seja, a isonomia legal, retirando dessa forma uma possível desigualdade quanto aos critérios de coleta e armazenamento de perfis genéticos.

Com isso, finaliza-se as considerações finais, porém, não com o intuito de esgotar o estudo sobre o DNA humano na persecução criminal no Brasil, mas com boas perspectivas de ampliar a pesquisa e buscar o aperfeiçoamento cada vez maior da temática, contribuindo dessa forma não só com a sociedade acadêmica, mas melhorando significativamente as reflexões e formas de atuação dos operadores do Direito na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, José Antônio Lorente. In ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed). **Bases de datos de perfiles de adn y criminalidade.** Bilbao-Granada: Comares, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

_____. **'A institucionalização da Razão'. Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AUGUSTIN, Sergio; ALMEIDA, Ângela. **O Biodireito e a Ética da Prospectiva e da Responsabilidade: a controvérsia sobre a clonagem humana**. *In* TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (Coord.) . A função Social do Direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 559.

CALLEGARI; L. André; WERMUTH; A.D. Maiquel; ENGELMANN, Wilson; **DNA e Investigação Criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria e Editora do Advogado, 2012. p. 66.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Do gene ao direito: sobre implicações, jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano.** São Paulo: IBCCRIM, 1999.

_____. **Genética y Derecho–Responsabilidad jurídica e mecanismos de control.** Ed. Astrea. Buenos Aires (Argentina). 2003.

DELMAS-MART, Mireille. **Os Grandes sistemas de Política Criminal**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 31-33.

ECHTERHOFF, 2010 apud SAUTHIER: Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais.** Curitiba – Brasil: Editora CRV, 2015.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 163.

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

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** São Paulo: RT, 2003. p. 127.

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

MORI, Michele Keiko**. Direito á intimidade versus informática**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

PASTOR, Pablo José Cuesta. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (ed.). **Bases de dados de perfiles de adn y criminalidad**. Bilbao-Granada: Comares, 2002.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A privacidade na 'sociedade de informação**'. In: ___ (Coord.). Direito da Informática Temas Polêmicos. São Paulo: Edipro, 2002.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação.** Porto Alegre: Sério A. Fabris Editor, 2007. p. 273-281.

MORA SÁNCHES, Juan Miguel. **Aspectos Substantivos Y Processales de La Tecnologia Del ADN.** Bilbao-Granada: Comares, 2001. p. 154.

SÁNCHEZ, S. Jesús-Maria; Tradução: 2ª ed. Espanhola: ROCHA, de O. Luiz Otavio; Revisão: GOMES, F. Luiz; OLIVEIRA, T. William. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. rev. atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

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