

UNIVERSIDADE AUTÔNOMA DE LISBOA
DOUTORAMENTO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

CRIMINOLOGIA, GENOMA E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

EDUARDO DE OLIVEIRA CERDEIRA
PROFESSORA DOUTORA STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS

LISBOA
2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1. CRIMINOLOGIA	5
1.1. Conceito.....	5
1.2. Método da criminologia.....	7
1.3. Objeto e função.....	9
1.4. Tendências causais de destaque na criminologia.....	12
1.4.1. Rousseau.....	13
1.4.2. Lombroso.....	14
2. O PATRIMÔNIO GENÉTICO	17
2.1. Conceito	17
2.2. Genoma, Legislação e identidade genética	20
3. A CRIMINOLOGIA, O GENOMA E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA..	
.....	26
CONCLUSÕES.....	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	37

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo um breve estudo sobre a criminologia, o genoma e a identidade genética.

No atual estágio da ciência torna-se necessário o estudo crítico dos limites éticos, morais, e legais que a evolução científica, no nosso entender, deve possuir mesmo diante dos benefícios que pode trazer.

Neste contexto procuraremos no presente trabalho abordar, justamente, esses limites, sua importância, e os riscos de não respeitá-los o que, no nosso entender, pode nos levar a viver uma nova era de seleção natural (onde só sobrevivem os portadores de características genéticas favoráveis) ou uma nova “eugenia”, concepção que fundamentou aberrações como o nazismo e o fascismo.

Por uma questão acadêmica, e considerando a dimensão do tema, vamos centrar nosso estudo nos impactos que as novas descobertas do genoma humano trazem na criminologia e sua relação com os limites da intimidade, ou da identidade genética do indivíduo.

Estudaremos, no primeiro capítulo, o conceito de criminologia, seus métodos, objeto e função para, posteriormente, estudarmos as duas tendências causais de destaque na criminologia (Lombroso e Rousseau).

Posteriormente, no segundo capítulo, trataremos do conceito de patrimônio genético discutindo o genoma humano, e expondo brevemente a legislação aplicável como forma de impor limites, ou não, à ciência. Discutiremos, também, alguns aspectos do direito à identidade genética.

Por fim, no terceiro capítulo, procuraremos fazer uma correlação entre criminologia, genoma, e o direito à identidade genética.

Não temos a pretensão de esgotar a matéria, mas sim a pretensão de analisar alguns aspectos relevantes e importantes para um futuro aprofundamento no estudo do tema, sendo que para isso contaremos com o auxílio da doutrina, e do direito comparado, com ênfase principalmente no Direito Português.

CRIMINOLOGIA

1.1. Conceito

Como nos ensina a renomada Professora Stela Barbas, “o crime é, foi, e será uma constante da história da humanidade, dado estar presente em todos os cantos do mundo, independentemente do tempo, espaço e grau civilizacional”¹.

Partindo de tal premissa, não temos dúvida de que o estudo do crime também sempre foi uma constante na história, sendo certo que a criminologia, a grosso modo, é justamente isso, o estudo do crime e da forma de controle social do mesmo.

Para os Professores Newton Fernandes e Valter Fernandes, a criminologia poderia ser simplesmente definida como o estudo do crime².

Para estudar o crime, entretanto, parece-nos ser indispensável que sejam estudados o infrator, e a vítima, sendo que, portanto, parece-nos que a criminologia também se atém a analisar tanto um (infrator) quanto o outro (vítima).

Alie-se a isso que analisando o crime, o infrator, a vítima, e a forma social de controle do delito será possível verificar as variáveis dos atos criminosos

¹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *O crime nas novas sociedades Pós Industriais, sep. – colectanea de estudos de homenagem ao Professor Doutor Francisco Lucas Pires, Universidade Autonoma de Lisboa*, Lisboa, Julho, 1999, págs. 257-264 “APUD” BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p. 627.

² FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, *Criminologia integrada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 24

possibilitando-se o estudo de suas características, nuances, e formas de prevenção e repressão.

Os criminalistas Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade acrescentam no conceito de criminologia, no nosso entender de forma correta, a noção de ciência empírica e interdisciplinar³.

De fato, e como veremos no tópico a seguir a criminologia é baseada também na observação de fatos e revestida de um caráter interdisciplinar, considerando a correlação que a todo tempo é estabelecida com a sociologia, psicologia, biologia e outras áreas.

É exatamente neste sentido que os Professores Luis Flávio Gomes e Antonio García Pablos Molina⁴ definem a criminologia:

Ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social - assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta do delito.

Diante da breve exposição acima podemos conceituar a criminologia como ciência empírica e interdisciplinar que analisa o crime, a vítima, o infrator, possibilitando o levantamento de informações sobre suas nuances e visando sua prevenção e repressão.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2ª ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1.997, p. 117.

⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

1.2. Método da Criminologia

Como mencionado acima e analisando o próprio conceito da criminologia verificamos que o método utilizado por tal ciência é empírico, ou seja, utiliza-se da análise de fatos, fenômenos sociais, questões cotidianas e reais.

Os já referidos Professores Luis Flávio Gomes e Antonio García Pablos⁵ muito definem esse método empírico da criminologia bem como seu relacionamento com a ciência do Direito:

Método da análise, da observação e da indução dos fenômenos sociais - pois seu objeto corresponde a uma "parte do mundo 'real', como fatos e fenômenos incontestáveis, mensuráveis e quantificáveis", que servem de informação para transformar em conhecimento. No que tange ao seu relacionamento com a ciência do Direito, enquanto a criminologia se pauta nas questões da realidade (do "ser") para explicá-la, o Direito (ciência do "dever ser") se utiliza de critérios axiológicos para ordená-la e orientá-la.

Ato contínuo, podemos extrair também do conceito de criminologia que essa ciência também se utiliza do método interdisciplinar, ou seja, correlaciona os fatos com outras disciplinas tais como a sociologia, a psicologia, a medicina, a biologia, a geografia, a estatística, a matemática, a genética, e etc.

E a correlação é integral sem exclusões, ou seja, há um esforço para que *“cada especialidade se una em prol de uma criminologia uniforme”*⁶.

Pensando em exemplos já relacionados ao tema do nosso trabalho, verificamos que a criminologia poderá investigar se determinada característica física

⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44.

⁶ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, *Criminologia integrada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 602

pode estar associada a prática de crimes; se determinada forma de educação/criação, pode estar associada a prática de crimes; se determinado clima pode estar associado a prática de crimes; dentre outras centenas de situações que devem ser investigadas concomitantemente.

Ou seja, a partir da prática de um delito passa-se a investigar sua habitualidade através de reflexões que vão muito além do próprio delito correlacionando as condutas com questões sociais, morais, econômicas, genéticas dentre outras.

Neste sentido, interessante colacionarmos trecho da obra da festejada Professora Stela Barbas⁷ em que a mesma alerta que uma abordagem isolada do ser humano pode levar a equívocos, expondo que atualmente, com as novas descobertas do genoma, diversas polêmicas têm surgido:

II. É costume o crime envolver uma série de reflexões e comentários que ultrapassam em muito o delito em si mesmo, são questões que resvalam na Ética, na Moral, na Sociologia e na Psicologia, simultaneamente. Há sempre alguém a associar ao criminoso traços e características psicopatológicas ou sociológicas: porque é que aquele indivíduo cometeu esse crime? Estaria perturbado psiquicamente? Estaria, digamos, assim, *encurralado* socialmente? Seria essa sua única alternativa? Ou, pura e simplesmente, seria ele uma pessoa perversa? Apesar de a ciência não ter, ainda, um consenso definitivo sobre a questão, sabe-se, pelo menos, que qualquer abordagem isolada do ser humano corre o sério risco de estar errada. Assim sendo, são cada vez mais utilizados os modelos biológicos, psíquicos e sociais, na tentativa de compreender as pessoas e os factores que influenciam e condicionam os seus comportamentos. Sem dúvidas que entre esses três modelos, a abordagem biológica é a que mais polémica tem suscitado actualmente, em virtude dos progressos na área do genoma humano.

⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p. 628.

São exatamente essas polêmicas que, sucintamente, buscaremos discutir neste trabalho.

Diante do discutido acima, concluímos que o método da criminologia é o empírico, que se dá através da análise de fatos, fenômenos sociais e do “mundo real”; bem como o interdisciplinar, que correlaciona os fatos com outras disciplinas tais como a psicologia, a medicina a biologia, a geografia, a matemática, entre outras e sempre de uma forma integral e sem exclusões de uma ou de outras.

1.3. Objeto e função

O objeto da criminologia é o delinquente, o delito, a vítima e seu controle social.

Anteriormente, como brilhantemente nos ensina o Professor Luis Flavio Gomes⁸ a ciência se concentrava no estudo do delinquente e no delito:

Cabe falar, desde logo, de uma ampliação do seu objeto porque as investigações criminológicas tradicionais versavam quase que exclusivamente sobre a pessoa do delinquente e sobre o delito. Em consequência, o atual redescobrimto da vítima e os estudos sobre o controle social do crime representam uma positiva extensão da análise científica para âmbitos outrora desconhecidos. E essa ampliação tem, sobretudo, uma leitura "qualitativa": exprime um significativo deslocamento dos centros de interesses criminológicos (da pessoa do delinquente e do delito à vítima e à prevenção e controle social) e, inclusive, uma nova autocompreensão da Criminologia, que assume um enfoque mais dinâmico, pluridimensional e interacionista. A problematização do objeto da Criminologia – e do próprio "saber" criminológico – reflete

⁸ GOMES, Luiz Flávio, *Objeto da criminologia: delito, delinquente, vítima e controle social – parte 1*, Universidade Federal de Santa Catarina – acesso em 27.04.2015, no site: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13515-13516-1-pb.pdf>

uma profunda mudança ou uma crise do modelo de ciência (paradigma) e dos postulados até então vigentes sobre o fenômeno criminal. A Criminologia tradicional tinha por base um sólido e pacífico consenso: o conceito legal de delito, não questionado; as teorias etiológicas da criminalidade, que tomavam daquele seu autêntico suporte ontológico; o princípio da diversidade patológica) do homem delinqüente (e da disfuncionalidade do comportamento criminal); e os fins conferidos à pena, como resposta justa e útil ao delito. Estes constituíam seus quatro pilares mais destacados. A moderna Criminologia, por seu turno, vem questionando os fundamentos epistemológicos e ideológicos da Criminologia tradicional, de sorte que a própria definição de delito e seu castigo – a pena – são concebidos radicalmente como problemáticos, conflitivos, inseguros. A problematização do saber criminológico, assim entendida, tem maior transcendência que uma mera sublinhação da historicidade ou circunstancialidade das definições legais de delito, necessariamente transitórias. Significa uma reconsideração da "questão criminal", desmitificadora, realista, que põe em dúvida os dogmas da Criminologia clássica à luz dos conhecimentos científicos interdisciplinares do nosso tempo. (...)"

Parece-nos que realmente estudar somente as características do delinquente e do delito não são suficientes para se atingir o objetivo da criminologia que é justamente propor soluções para evitar os fenômenos criminosos.

Poderíamos aqui discutir longamente inúmeros aspectos relacionados ao delinquente (conforme os jusnaturalistas, positivistas, correicionalistas, ou marxistas); à vítima (e suas formas de vitimização, primária – secundária e terciária); ao delito (no sentido formal, no sentido moral, no sentido material, entre outros); e ao controle social do delito (penas); contudo, por não serem temas específicos de nosso trabalho não adentraremos nos seus pormenores.

Para os fins desse trabalho é importante levarmos em conta que a criminologia estuda o delinquente (agente criminoso), a vítima (do delito), o próprio delito (modalidade de crime), sua forma de controle social (penas).

Ainda, é importante levarmos em conta que a função da criminologia é avaliar/estudar o fenômeno criminoso e propor soluções. Nesta esteira, a criminologia é uma ciência que deve ser utilizada também para a implementação de políticas públicas para combater a criminalidade.

O Promotor de Justiça Dr. Lélío Braga Calhau⁹ muito bem escreve sobre a função da criminologia mencionando grandes nomes do direito criminal:

No estudo do sistema criminal, onde se denota que existe muito amadorismo e suposições, pouca pesquisa científica e muita atuação simbólica por parte do Estado, a Criminologia tem um papel central de apresentar a realidade criminal como ela é, sem as costumeiras distorções e subjetivismos, próprios da análise de cada agência estatal de combate à criminalidade (saber comum). Na visão de Javier Alejandro Bujan a função essencial da Criminologia atual consiste em analisar o fenômeno do crime em interação social, inclinando-se a ser uma ferramenta para a preservação dos direitos humanos e das garantias fundamentais dos cidadãos. Para García-Pablos de Molina a função básica da Criminologia consiste em informar a sociedade e os poderes públicos sobre o delito, o delinqüente, a vítima e o controle social, reunindo um núcleo de conhecimentos – o mais seguro e contrastado – que permita compreender cientificamente o problema criminal, preveni-lo e intervir com eficácia e de modo positivo no homem delinqüente. A investigação criminológica, enquanto atividade científica, reduz ao máximo a intuição e o subjetivismo, submetendo o problema criminal a uma análise rigorosa, com técnicas empíricas.

Neste sentido a criminologia pode auxiliar a polícia, o Ministério Público, o próprio Poder Judiciário e, enfim, a própria sociedade na busca de soluções para a contenção de crimes.

⁹ CALHAU, Lélío Braga, *Breves considerações sobre a importância do saber criminológico pelos Membros do Ministério Público*. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - acesso em 30.04.2015, no site: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/486-breves-consideracoes-sobre-a-importancia-do-saber-criminologico-pelos-membros-do-ministerio-publico.html>

Diante do discutido acima, podemos concluir, em breves linhas, que o objeto de estudo da criminologia é o delinquente, a vítima, o delito e seu controle social; e que sua função é avaliar o fenômeno criminoso para propor soluções.

1.4.1. Tendências causais de destaque na criminologia

Diversas são as escolas que se utilizam da criminologia para tratar da questão criminal, tais como a escola clássica do Direito Penal (Beccaria, século XVIII), a escola positivista (Lombroso, século XIX), a escola sociológica (final do século XIX), dentre outras como a escola de Chicago, a escola marxista, a escola correccionalista, a escola crítica radical, e etc..

Da mesma forma, diversas são as teorias associadas a criminologia, tais como as teorias estrutural – funcionalistas, teoria ecológica (escola de Chicago), teoria da anomia, teoria da subcultura delinquential dentre outras.

Poderíamos tratar de cada uma das escolas ou de cada uma das teorias relacionadas a criminologia em artigos próprios, contudo, para os fins deste trabalho trataremos somente das duas grandes tendências causais da criminologia quais sejam, as de Jean-Jacques Rousseau e a de Lombroso.

Ao tratar de tais tendências, e com o brilhantismo de sempre, a mestre e doutora Stela Barbas¹⁰ assim se pronunciou:

A Criminologia, inicialmente, tentava explicar a origem da delinquência utilizando o método das ciências, o esquema

¹⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p. 626.

causal e explicativo, isto é, buscava a causa do efeito produzido. Pensou-se que erradicando a causa se eliminaria o efeito. Destacam-se duas tendências causais na criminologia: a de Jean Jacques Rousseau e a de Lombroso. No entendimento de Rousseau, a Criminologia procurava encontrar a causa do delito na sociedade; ao passo que segundo Lombroso, para erradicar o crime era necessário encontrar essa eventual causa no próprio delinquente, e não no meio. Investigava-se o criminoso nato (um delinquente com traços morfológicos).

Ou seja, de forma geral, e pensando na finalidade deste trabalho e no próprio esquema causal das ciências, destacam-se duas tendências na criminologia: uma que, em resumo, culpa o delinquente pela prática dos crimes (Lombroso) e outra que, também de forma geral, culpa o meio social pela prática dos delitos.

A seguir estudaremos cada uma delas.

1.4.1. Rousseau

Jean-Jacques Rousseau, como sabemos, foi um importante filósofo, teórico político e escritor suíço, tendo sido considerado um dos principais filósofos do Iluminismo, tendo suas idéias influenciado fortemente a Revolução Francesa (1.789).

Escreveu diversas obras, dentre as quais destacamos nesse trabalho a obra intitulada de “Do Contrato Social”. Em tal obra, o pensador expõe que o homem nasce bom, contudo a sociedade o torna mal retirando-o de seu estado natural e o levando a ter cobiça, possessividade, ciúmes e etc.

Segundo Rousseau, o meio torna o homem mal e o leva a prática de atrocidades, sendo necessário que para viver em sociedade faça um contrato social com o Estado para ter proteção e organização.

Ainda conforme Rousseau deve se buscar na própria sociedade a origem do delito, ponto em que contrasta frontalmente com Lombroso que defende que a origem do delito está no indivíduo e não no meio social.

Rousseau tem um pensamento de cunho sociológico, entendendo que é a sociedade que leva o indivíduo, que é bom por natureza, a praticar crimes.

Para ela, é o meio social ou fatores sociológicos, como convívio com criminosos, famílias desestruturadas, traumas, miséria, e outros, que levam o indivíduo a praticar crimes. Em um Estado bem organizado existirão poucos delinquentes, logo, poucos crimes.

Entendemos, contudo, que o meio influi sim na formação do indivíduo, e eventualmente na prática de crimes, mas que somente tal aspecto de cunho sociológico, analisado isoladamente, é insuficiente para explicar a prática de crimes.

Diante do que foi sinteticamente exposto acima concluímos que Jean-Jacques Rousseau encontra na sociedade/no meio a razão da prática dos delitos, entendimento este importantíssimo para a criminologia mas que analisado isoladamente não é suficiente para explicar a prática de crimes.

1.4.2. Lombroso

Cesare Lombroso, foi um médico Italiano, conhecido por ser o fundador da antropologia criminal (escola positivista de direito penal).

Lombroso entendia que o criminoso possuía estigmas físicos e psíquicos que determinavam ser ele um criminoso nato (que seria uma *species homini* específica).

Fatores como dimensão do crânio e da face, detalhes do maxilar inferior, lábios e sobrancelhas grossas, molares saltados, orelhas com deformações e grandes, mãos grandes, estrabismo, envergaduras dos braços, poderiam ser suficientes para caracterizar o indivíduo como criminoso existindo inclusive aqueles que cuja recuperação seria impossível sendo que nesses casos a alternativa seria a prisão perpétua ou a pena de morte.

Como se vê, Lombroso culpa o delinquente pela prática de crimes, no que colide frontalmente com Rousseau, que como vimos anteriormente culpa o meio social pela prática de crimes.

Para Lombroso o livre arbítrio é fictício, ou seja, o homem não é livre para escolher se pratica ou não crimes. São fatores físicos e psicológicos que o levarão a praticá-los.

Sua obra, *L'uomo delinquente*, de 1.876, é vista como o marco do nascimento da criminologia, sendo inegável sua imensa contribuição para os estudos científicos sobre o crime decorrentes das experiências realizadas e da fundação da denominada Escola Positivista de Direito Penal que possui uma visão biológica do crime, determinista.

Com os avanços atuais da medicina e da genética, não podemos desconsiderar totalmente que algumas características dos indivíduos constantes, por exemplo, em seu patrimônio genético podem mostrar uma predisposição a prática de determinados atos, contudo, no nosso entender, jamais de forma isolada.

Ou seja, não nos parece que um indivíduo possa nascer sendo um criminoso nato e que nada possa impedir que ele vá cometer crimes. Parece-nos, sim, que os aspectos biológicos devem ser analisados em conjunto com aspectos sociais e outros, que é justamente o que a criminologia moderna preconiza.

Diante do acima exposto podemos inferir que Cesare Lombroso encontra no próprio indivíduo e suas características físicas o fundamento para a prática de crimes, entendimento este, tal como o de Rousseau, muito importante para a criminologia mas que analisado isoladamente também não é suficiente para explicar a prática de crimes, embora, frise-se, possa contribuir.

O PATRIMÔNIO GENÉTICO

2.1. Conceito

De forma geral, e com fundamento nos conceitos dos ambientalistas, podemos dizer que patrimônio genético são informações de origem genética oriundas dos seres vivos de todas as espécies, seja vegetal, microbiano, animal e etc. Neste sentido escreve o doutrinador brasileiro, Luís Paulo Sirvinskas¹¹ escreve:

O patrimônio genético é formado pelos seres vivos que habitam o planeta terra, o que inclui a fauna, a flora, os microorganismos e os seres humanos. A respeito do tema, o inciso I do art.7º da Medida Provisória nº 2.186-16/01 define patrimônio genético como informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições in situ, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções ex situ, desde que coletados em condições in situ no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

Como referenciado acima, a legislação brasileira inclusive conceitua o patrimônio genético, contudo não nos parece tão simples tal definição.

¹¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 246.

Entendemos que devemos acrescentar na definição acima que o patrimônio genético relaciona-se, também, com questões culturais e psíquicas, além das físicas, e que, também, traz relação com nossos antepassados sofrendo, ainda, influencia de fatores exógenos.

Em sua obra *Direito ao patrimônio Genético* a Professora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas¹² traz o que entendemos ser a melhor definição para patrimônio genético explicando que não é fácil conceituá-lo:

1 – Não é fácil uma definição abrangente para patrimônio genético considerada a sua complexidade intrínseca. Talvez se possa adiantar patrimônio genético no sentido de universo de componentes físico, psíquicos e culturais que começam 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 inter-acção, passam a constituir nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir.

Na visão de referida Doutrinadora, o *“homem – singular é uma realidade que resulta do jogo genético dos progenitores e das circunstâncias, da fusão e inter-ligação de factores endógenos e exógenos.”*¹³, sendo que o patrimônio genético, portanto, seria o diferencial de cada um.

E quanto a isso não há mesmo dúvidas, sendo essa a análise que deveremos fazer para os fins deste trabalho, qual seja: de que cada homem

¹² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Patrimônio Genético*, Lisboa, Almedina, 2006, p. 17.

¹³ Idem, p.18.

possui um patrimônio genético diferente formado a partir de fatores endógenos e exógenos.

Tal patrimônio, embora seja um bem comum da humanidade desde a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem de Novembro de 1997¹⁴, é próprio de cada indivíduo e sem autorização ou uma motivação específica (que é justamente o que gera a polêmica quanto ao direito a “intimidade genética”), no nosso entender, não pode simplesmente ser objeto de estudo e muito menos de manipulação.

Portanto, podemos concluir expondo que entendemos que o melhor e mais completo conceito para patrimônio genético é o seguinte: *“universo de componentes físico, psíquicos e culturais que começam 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 inter-acção, passam a constituir nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir”*¹⁵, sendo certo que é próprio de cada indivíduo e que por isso, sem autorização ou uma motivação específica (que é justamente o que gera a polêmica quanto ao direito a “intimidade genética”), não poderá simplesmente ser objeto de estudo e muito menos de manipulação/violação..

¹⁴ Com seu brilhantismo de sempre, a Professora Stela Barbas ensina sobre o tema: *“a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de Novembro de 1997, proclamou o genoma humano e a informação nele contida a patrimônio comum da humanidade. Surgiu uma noção e um conceito inteiramente novos no âmbito do direito internacional, na medida em que a humanidade, presente e futura, a passa a ser sujeito de direitos. Com esta declaração, a figura jurídica da pessoa humana como sujeito de direitos, acrescenta-se uma nova figura: o genoma humano como objecto e sujeito de direitos. Cada país, segundo valores culturais, éticos, sociais, religiosos, económicos, etc., tutelarà o conjunto de genes de cada pessoa, não só no aspecto tangível (DNA e RNA) como, também, no aspecto intangível (a informação), desde o momento em que estas estruturas e esta informação estão operacionais, isto é, desde a formação do zigoto.”* (Ibidem, ps.21 e 22).

¹⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Patrimônio Genético*, Lisboa, Almedina, 2006, p. 17.

2.2. Genoma, Legislação e Identidade Genética

Ao tratarmos da legislação sobre a matéria, inicialmente devemos destacar a já referida Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 1997.

Tal diploma, também como mencionado transforma o genoma humano e a informação humana nele contida em patrimônio comum da humanidade, “e consagrando valores ligados à identidade têm o seu suporte natural na identidade da informação genética porque cada pessoa é única e irrepetível”¹⁶.

As novas descobertas sobre o genoma humano, que nada mais é do que o próprio conjunto de genes nucleares responsáveis pela transmissão dos caracteres hereditários e localizados nos cromossomos tem sido muito intensas e sem dúvida nenhuma é necessário cuidado e controle legislativo já que o desenvolvimento das pesquisas e estudos podem *alterar radicalmente o comportamento do ser humano*¹⁷.

Tais descobertas têm possibilitado que os indivíduos consigam, em tese, conhecer o amanhã, o seu destino e o dos outros, o que causa impactos em todos os aspectos da vida.

Relações entre trabalhadores e empresas; segurados e seguradoras; quaisquer relações interpessoais podem ser abaladas por conhecimentos advindos da análise do genoma humana.

Aliás, se não houver regulamentação jurídica sobre a matéria podemos passar a viver em uma denominada “*genomacracia*” com cidadãos “*etiquetados*”

¹⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Patrimônio Genético*, Lisboa, Almedina, 2006, p. 203.

¹⁷ Idem, p. 203.

conforme seus genes. Neste sentido, com a propriedade de sempre, nos ensina a sempre citada doutrinadora, Dra. Stela Barbas¹⁸ que ainda traz outros alertas e outras questões:

Da democracia pode passar-se a “genomacracia” com as companhias de seguros a procurarem saber o tempo de vida que resta aos seus clientes. (...) A análise do genoma permite não conhecer melhor os mecanismos das funções genéticas como também prevenir e tratar doenças. Contudo a hominicultura acarretar riscos extraordinariamente grandes. Quando orientada para finalidades diferentes pode levar a resultados bastante pejorativos ao possibilitar determinar de modo precoce as características da pessoa e os seus defeitos hereditários antes que se cheguem a revelar. Configura um instrumento de ilegítima discriminação social (ex. em questões de emprego, contratos de seguros, et) as pessoas a serem ‘etiquetadas’ pelos genes. O estudo do genoma facilita, ainda, o desencadear de novas formas de eugenismo e de racismo. O diagnóstico genotípico pré-sintomático que possibilita determinar numa criança se ela virá a ter aos 30, 45, ou 55 anos certa doença incurável coloca inúmeras questões designadamente as repercussões que terá o conhecimento desse facto na vida daquele ser em todas as suas vertentes. Por outro lado como tratará a sociedade as pessoas que por meio de análise genética revelem más tendências? Serão marginalizadas? E se apesar de possuírem essas características constantes do diagnóstico, estas, na prática, por razões exógenas como o ambiente familiar, educação, etc. nunca se chegarem a manifestar? Os políticos e outras figuras públicas terão que colocar à disposição da sociedade seu “currículum genético”? As companhias de seguros ou empregadores poderão ter acesso a diagnósticos relativos aos seus potenciais segurados ou empregados e ‘agrupar’ estes em classes biológicas em função dessa análise? Passará o ser humano a ser avaliado mais pelos genes que tem do que propriamente por aquilo que é que faz?

¹⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Patrimônio Genético*, Lisboa, Almedina, 2006, ps. 204 e 205.

Embora já possamos encontrar uma considerável legislação tentando regulamentar a matéria genoma humano e identidade genética, os questionamentos morais, éticos, e jurídicos são infundáveis.

Destacamos, para os fins deste trabalho, e conforme bem aponta a constantemente festejada Professora Stela Barbas¹⁹, alguns diplomas que tratam da matéria como por exemplo: i) a resolução sobre os problemas ético e jurídicos da manipulação genética do Parlamento Europeu proclamado em 16 de março de 1989 que reclama a proibição de modo juridicamente compulsivo da seleção de trabalhadores com base em critérios genéticos (nº 14) e, solicita que os exames genéticos de trabalhadores não sejam permitidos antes de sua contratação bem como que só devem ser efetuados com caráter voluntário; e que as violações sejam punidas penalmente (nº 16); ii) a convenção europeia do Homem e da Biomedicina (novembro de 1996) que proíbe toda e qualquer forma de discriminação da pessoa em razão do seu patrimônio genético (art.11) e determina que os testes genéticos de predição só podem ser feitos por motivos de saúde (art. 12); iii) a própria Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os direitos do Homem (novembro de 1997) que consagra que o indivíduo tem direito ao respeito da sua dignidade e dos seus direitos quaisquer que sejam as suas características genéticas (art.2º).

E as questões de elevada indagação com relação a matéria não terminam no que poderíamos denominar de direito a “intimidade” genética, identidade genética ou direito de não possibilitar o conhecimento do genoma, já que se discute, inclusive, a possibilidade de alterar o genoma como forma de melhoria da espécie, enfim, um verdadeiro apoio ao eugenismo e ao racismo que, no nosso entender, deve ser veementemente impedido.

Neste sentido, importante destacarmos que os referidos diplomas, dentre outros, tentam regulamentar o direito a própria “identidade genética” impedindo

¹⁹ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Patrimônio Genético*, Lisboa, Almedina, 2006, ps. 204 e 205.

acessos indevidos a banco de dados, e, dentre outras “invasões ao próprio genoma”, regulamentando a intervenção que tenha por objeto modifica-lo.

Também nesta esteira é importante salientar que a convenção sobre os direitos do homem e da biomedicina prescreve no seu art. 13º que qualquer alteração no genoma humana só pode ser feita por razões preventivas, diagnósticas ou terapêuticas e desde que não introduza nenhuma modificação no genoma da descendência); também trazendo resolução sobre inúmeras discussões éticas e jurídicas sobre a questão (arts.22, 23, 25, 26, 28, 29, 30 dentre outros), que com relação a identidade genética não faltam.

Por outro lado, é importante lembramos que a possibilidade, por exemplo, de conhecermos o genoma humano seja o de terceiros seja o nosso próprio pode trazer benefícios. Imaginemos, por exemplo, ser possível evitar que uma pessoa pré-disposta a ter problemas cardíacos possa pilotar um avião com centenas de pessoas dentro? Da mesma forma imaginemos ser possível impedir que um estuprador volte às ruas se constatarmos que ele praticará o crime novamente (o que será melhor discutido no capítulo seguinte); ou prevenir doenças que sabemos que aparecerão com o tempo? Esses, dentre outros milhares de questionamentos, é que tornam a matéria intrigante e exigem que o direito saiba balancear a possibilidade dos avanços tecnológicos e seus benefícios, com o direito a identidade genética e a própria dignidade da pessoa humana.

E dos exemplos acima surgem outros diversos questionamentos, como por exemplo: não tenho eu direito a ser informado/conhecer meu genoma? Não tenho eu direito a querer alterá-lo em prol da sociedade? Ou ainda, não tenho eu direito a não querer conhecer meu genoma ou de não querer que ninguém o conheça? Podem meus familiares, no caso de um coma, acessar meu genoma?

Indagações como essas muitas vezes são respondidas pela legislação (no caso acima a Declaração Universal sobre o Genoma humano e os Direitos do Homem prescreve que é direito de cada pessoa ser informada ou não dos resultados dos testes genéticos e das consequências – o denominado princípio

da auto determinação individual), mas mesmo assim nos levam a refletir sobre os benefícios e malefícios do avanço da ciência e da própria informação.

Aliás, as discussões sobre o tema esbarram sempre em questões éticas, morais, e relacionadas às normas constitucionais devendo sempre nesses casos, o intérprete usar do bom senso e lidar com a aparentemente colisão de normas utilizando o método denominado por Canotilho de “*Balancing*” ou método de ponderação (*abwagung*) de interesses que deve ser aplicado ao caso concreto²⁰.

Na matéria em discussão não será incomum encontramos um aparente conflito entre o próprio interesse público e o direito à privacidade do cidadão, ou um conflito entre o direito a pesquisa e o direito a intimidade genética; parecendo-nos, claro que os interesses devem ser ponderados e sopesado.

Mas, ainda com relação a legislação existente sobre a matéria destacamos que direta ou indiretamente a maioria das Constituições Federais, bem como resoluções e diplomas legais de médicos, fisioterapeutas, psicólogos, e outros profissionais da saúde do mundo todo trazem a discussão, às vezes de forma não específica, mas possibilitando que essas questões relacionadas ao patrimônio genético, a identidade genética e os riscos que a evolução científica sem limites acarreta para a toda a humanidade, sejam levantados.

E, também, para fins de apontamento e discussões mais aprofundadas sobre a matéria entendemos importante também destacar: a) as leis 22/98 (lei de proteção de dados pessoais) 45/2004, 12/2005 (informação genética pessoal e

²⁰ Com relação a técnica da ponderação é sempre interessante colacionarmos o conhecido exemplo utilizado por Canotilho“(…) *do pintor que coloca seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, prima facie, o direito de criação artística, mas, a posteriori, a ponderação de outros bens, a começar pela vida e integridade física do próprio pintor e acabar noutros direitos com o exercício da atividade profissional de outros cidadãos, do abastecimento de bens necessários à ‘existência’ dos indivíduos, levará a impedir que aquele direito se transforme, naquelas circunstâncias, num direito definitivo*”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1109.

informação de saúde), 32/2006 de Portugal bem como os artigos 26, I e II e o artigo 42 da Constituição Federal Portuguesa que trazem um possível conflito na medida em que os primeiros dispositivos consagram o direito a identidade pessoal e genética e o segundo o direito a pesquisa e estudo; b) a lei 11.105 (lei da biossegurança no Brasil) bem como o artigo 5º “*caput*” e inciso X, dentre outros da Constituição Federal Brasileira; c) a resolução 9/97 do Conselho da União Européia e; d) diversos dispositivos dos códigos civis (que tratam sobre a intimidade e a vida privada) e penais (que tratam da proteção de bens imateriais) Português e Brasileiro dentre outros.

Diante do exposto, concluímos que a evolução científica advinda do estudo do genoma humana deve ser observada e tratada pelos homens e pelas leis com muito cuidado sob risco da própria sociedade ser a maior vítima de uma nova era de seleção natural e de novas formas de racismo ou de eugênia, sendo a célebre frase dita em 1.494 por Rabelais François (“*Ciência sem consciência não passa de ruína da alma*”) mais atual do que nunca.

A CRIMINOLOGIA, O GENOMA E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Partindo do próprio conceito de criminologia (vide tópico 1.1), onde inferimos que há o estudo do criminoso e também de suas características, e considerando inclusive teorias como a de Césare Lombroso (também discutidas anteriormente) podemos logo concluir que o estudo do genoma humano (vide tópico 2.2) pode ser utilizado pela criminologia.

A importância do estudo é inegável, contudo, também como já enfatizado neste trabalho, qualquer entendimento absoluto pode nos levar a conclusões totalmente distorcidas daí porque julgar com base em informações isoladas extraídas do genoma humano pode gerar injustiças gritantes.

No atual dinamismo das sociedades e na busca por explicações e por uma justiça mais célere utilizar-se do genoma para “etiquetar” todos aqueles que possuem uma tendência explicada geneticamente a prática de crimes seria uma solução mais simples e rápida, contudo, no nosso entender sem dúvida nenhuma incorreta e injusta.

A análise do genoma pode sim auxiliar a criminologia sendo somente uma das dezenas, centenas de variáveis do crime, não podendo o patrimônio genético de um indivíduo ser considerada a causa principal do delito e muito menos sua prova, como algumas sociedades do passado, principalmente com fundamento nos estudos de Lombroso, e injustamente já fizeram no século XIX e inclusive no século XX²¹.

²¹ Dentre os diversos exemplos podemos destacar os próprios Tribunais Nazistas da segunda guerra mundial.

Entendemos, também, que da mesma forma que não se pode condenar com fundamento exclusivo em características físicas ou no genoma, também não se pode absolver, sob pena de também incidirmos em ilegalidade pela via contrária. Neste sentido da mesma forma que não podemos condenar um indivíduo puramente por ele ser portador da síndrome do duplo Y cromossômico (XYY) também entendemos que não podemos absolve-lo, atenuar sua pena em virtude ou trata-lo em virtude dessa variável genética.

Neste exato sentido, importante colacionarmos trechos das indagações muito bem colocadas por Stela Barbás²², que também muito bem escreve sobre a história da *componente biológica do crime no caminhar da história*:

173. Sanção Criminal ou tratamento médico?

I. Com efeito o Programa do genoma humano veio reacender a velha chama, comum no século XIX, de que existe uma correlação determinante entre a constituição genômica e a prática do crime. II. Se se admitir que a actuação das pessoas pode ser explicada e, mesmo, prevista da análise do genoma, é necessário rever toda a problemática da culpa para efeitos de responsabilidade penal. Nas situações em que a conduta delituosa possa estar relacionada com uma específica genômica, poder-se-à considerar o autor responsável pelos seus actos?! O indivíduo que padece dessa anomalia genética e que cometeu determinado acto reprovado deve ser julgado ou simplesmente tratado?!....(...) Todavia, a idéia de que o crime é resultado de factores genéticos é recorrente ao longo da história. A partir dos anos sessenta, assistiu-se a um ressurgimento das abordagens biológicas, não enquanto dado isolado mas integradas noutras perspectivas e principalmente em concatenação com o actual contexto científico. (...) ”

A referida doutrinadora²³, expõe em sua obra *Direito do Genoma Humano* diversas exemplos que colacionaremos abaixo e que demonstram ser inegável

²² BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p. 629 e 631.

²³ Idem, p. 631.

que fatores genéticos podem influenciar na agressividade dos indivíduos, mas que isoladamente, sem considerar outros fatores exógenos como o meio em que vivem, são completamente (no nosso entender) incapazes e insuficientes para por si só gerar punição aos indivíduos.

Voltando a questão da anomalia cromossômica caracterizada por um Y a mais (genótipo XYY em vez do XY normal denominada síndrome de Klinefelter) é importante mencionarmos que em 1.965 a revista Nature publicou um artigo em que foi constatado que os homens com tal anomalia possuíam propensão a violência e comportamento criminoso. De fato, investigações efetuadas em um estabelecimento prisional revelaram que a existência do duplo Y é de 3,5% na população carcerária enquanto na população em geral varia de 0,2 a 0,7%. Outros estudos demonstraram, todavia, que quem possui o duplo YY possui maior propensão a prática de crimes contra o patrimônio e não contra as pessoas, havendo também quem coloque que o simples fato dos portadores do duplo Y serem de maior estatura os favorece do ponto de vista psicológico a ser mais agressivos por se sentirem mais forte do que a população em geral.

Nos próprios animais podemos encontrar raças mais agressivas por si só (basta pensarmos em cães); sendo relevante também mencionarmos artigo publicado na revista Science de 2 de agosto de 2.002²⁴ que revelou que o gene que controla a quantidade de Serotonina pode ser a resposta para muitas condutas agressivas na medida em que o excesso de serotonina, sem dúvida, provoca agressividade.

Outros estudos também publicados por renomados autores²⁵ deixam claro que há o dobro de correlação para o comportamento criminoso entre gêmeos se

²⁴ A.Caspi/J.Mcclay/J.Mill/J.Martin/W.Craig/A.Taylor/R.Poulton, *Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children – Science - 297,2002*, págs.851-854, “apud” BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p.633.

²⁵ S.Mednick/E.Kandel, *Genetic and prinalat factors in violence, in Biological contributions to crime causation*, NatoASI Netherlands, 1988, págs. 121-131; S.Mednick/W.Gabriel/B.Hutchings, *Genetic factors in the etiology of criminal behavior, in The causes of crime, new biological approaches*, S.Mednick/T.Moffitt & S.Stack (Eds.), Cambriggde University Press, Cambridge, 1987, págs. 41-45, “apud” BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p.631.

comparados com irmãos não gêmeos. Essas mesmas investigações revelaram que os gêmeos monozigóticos possuem duas vezes mais correlação com a conduta delituosa se comparado aos dizigóticos, o que tornaria inquestionável a existência de relação entre fatores genéticos e a prática do crime.

Há ainda estudos que relacionam os efeitos do álcool (comprovadamente um componente que majora a prática de crimes) em organismos como forma de demonstrar o aumento da criminalidade. Ou seja, os genes determinariam os efeitos do álcool tornando o indivíduo mais agressivo (e mais propício a prática de crimes) ou não.

Enfim, é fato que fatores genéticos podem sim influenciar na agressividade/índice de criminalidade do indivíduo, contudo não nos parece ser suficiente para permitir sua prévia condenação, ou absolvição, e muito menos poderá justificar a afronta pura e simplesmente ao direito a identidade genética/intimidade.

Aliás, voltando a seara do direito a identidade genética, e reiterando todo o discutido no capítulo anterior, inúmeras indagações podem surgir considerando a inegável, mas não absoluta, relação entre patrimônio genético e criminalidade.

Coleta de DNA de indivíduos nas cenas dos crimes sem dúvida nenhuma permitem decifrar crimes, sendo que a partir daí, e ainda considerando a tendência explicada geneticamente de alguns indivíduos praticarem crimes, nos leva a questionar se não seria benéfica a criação de um banco de dados pela Polícia favorecendo que crimes sejam mais facilmente decifrados.

A utilização do DNA para o combate a criminalidade levou o FBI americano a criar bases de dados (sistema de indexação combinada – 1.998), sendo que diversos Estados possibilitam que presos por crimes de natureza sexual devem fornecer ao saírem da prisão uma amostra biológica de seu material genético. Tal situação, considerando o alto índice de reincidência na prática de crimes de ordem sexual (como estupros) nos levam a questionar os

benefícios da criação dos referidos bancos de dados se comparado ao direito individual, autonomia e privacidade da população em geral.

Contudo, parece-nos que puramente permitir a criação de banco de dados sem critérios objetivos previamente estudados sem dúvida alguma invade a privacidade do ser humano, e poderia gerar a já denominada “etiqueta” nos indivíduos ou rotulagem.

Há ainda que se discutir a utilização deste meio de prova em nossos tribunais, e a origem (procedência) dos exames sob pena de equívocos cuja gravidade pode gerar danos a direitos constitucionalmente protegidos como o direito a liberdade e o próprio direito a vida (se admitida a pena morte). Deve-se discutir, também, e previamente a forma de armazenamento das informações e a confidencialidade desses bancos de dados

De se destacar, também, que considerar puramente essa modalidade de prova (científica) na apuração de crimes pode ser temerário, já que há sempre o risco dessas provas serem forjadas, como alegava a defesa no conhecido caso do jogador de futebol americano O.J. Simpson (*People c. O.J. Simpson, Superior Court of the State of California for the county of Los Angeles, Case nº BA 097211*) acusado de matar sua ex-mulher bem como o companheiro desta. Na ocasião pela análise de manchas de sangue em uma luva no local do crime e outra na casa do acusado concluiu-se que o mesmo cometera o crime, também decifrado com fundamento em meias do acusado (encontradas em sua casa) que continham manchas de sangue das vítimas. A defesa do acusado, durante todo o julgamento alegou que se tratavam de provas forjadas e simuladas.

Discussões à parte não podemos negar que essa prova científica que consiste na análise do patrimônio genético do indivíduo talvez seja uma das mais precisas já criadas, notadamente para decifrar crimes de natureza sexual, onde também é fato que o índice de reincidência é elevadíssimo (o que torna ainda mais discutível a matéria “possibilidade de criação de banco de dados”).

Mas, voltando ao objeto deste trabalho, entender que o crime pode ser explicado através de uma análise puramente física ou genética do criminoso, sem critérios muito bem pré-determinados pode nos levar a cometer incontáveis injustiças e afrontar dispositivos constitucionais sobre o tema, como o próprio direito a intimidade ou identidade genética (outro tema que gera muita polêmica e que discutimos no capítulo anterior).

Sobre a matéria (inviolabilidade do patrimônio genético do indivíduo) não podemos deixar de, novamente, nos valer das lições da renomada jurista Doutora Stela Barbas²⁶, no nosso entender a maior autoridade mundial sobre a matéria:

V. A ciência avança a um ritmo tão alucinante que, por vezes, o Direito e às próprias Instituições têm dificuldade em acompanhá-la. É o que se passa com as técnicas de identificação através do DNA que, desde a sua introdução em meados da década de oitenta têm sofrido alterações radicais. VI. São vários os problemas que podem ser equacionados, entre os quais: é ou não admissível a sujeição compulsiva a teste genético para efeitos de investigação criminal? A investigação dever-se-à circunscrever ao DNA não codificante? E este DNA não merece ser objecto de tutela específica? O teste genético viola o direito à integridade física e à liberdade? VII. Em sede de investigação processual penal, o DNA vem permitir um melhor acesso à verdade ao possibilitar estabelecer a culpabilidade ou a inocência de uma pessoa. Porém, a execução deste processo tem que ter em conta princípios fundamentais como a dignidade do homem, o respeito ao corpo humano, os direitos de defesa, a autonomia, etc. Não há dúvida que a introdução da prova, através do método de DNA, constitui um importante desafio ao equilíbrio entre, por um lado, a proteção da sociedade e a boa administração da justiça, e por outro o respeito das liberdades individuais e dos direitos de defesa (...) XI. Poder-se-à sustentar que mesmo nas situações em que um indivíduo dê o seu consentimento se trata de um procedimento invasivo da sua liberdade e intimidade. Mas, toda esta polêmica em torno da inviolabilidade do arguido é, por vezes, um tanto ou quanto curiosa, em especial nos casos em que estamos perante um violador: inviolabilidade da pessoa do violador?!

²⁶ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p.643,644 e 650.

Como já mencionado, e bem ensinado pela referida Professora, é necessário que sejam estabelecidos limites para a coleta de dados, para a utilização desses dados, e principalmente para coagir um indivíduo a entregar seu material genético sob pena de infringência a inúmeros princípios constitucionais de caráter universal.

Acerca da legislação que trata da matéria, e como mencionado alhures, destacamos a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, (novembro de 1997); a resolução sobre os problemas ético e jurídicos da manipulação genética do Parlamento Europeu proclamado em 16 de março de 1989; a convenção europeia do Homem e da Biomedicina (novembro de 1996); as leis 22/98 (lei de proteção de dados pessoais), 45/2004, 12/2005 (informação genética pessoal e informação de saúde), 32/2006 de Portugal; os artigos 26, I e II e o artigo 42 da Constituição Federal Portuguesa; a lei 11.105 (lei da biossegurança no Brasil) bem como o artigo 5º “*caput*” e inciso X, dentre outros da Constituição Federal Brasileira; a resolução 9/97 do Conselho da União Europeia; diversos dispositivos dos códigos civis (que tratam sobre a intimidade e a vida privada) e penais (que tratam da proteção de bens imateriais) Português e Brasileiro dentre outros; e legislações específicas em todo o mundo que a todo tempo tem sofrido transformações em função desta evolução científica.

A legislação é considerável mas as questões éticas, morais, legais são infindáveis sendo mesmo cercada de dúvidas e riscos que não nos permite simplesmente concluir objetivamente sobre a possibilidade ou não de flexibilização do princípio da identidade genética, sendo que no nosso entendimento, caso a caso e respeitando critérios fixados na legislação e na ética moral e bons costumes deverão ser sopesados os valores em questão com muito cuidado e sob risco, como já citado “*da própria sociedade ser a maior vítima de uma nova era de seleção natural, de novas formas de racismo ou de eugênia, sendo a célebre frase dita em 1.494 por Rabelais François (“Ciência sem consciência não passa de ruína da alma”) mais atual do que nunca*”.

CONCLUSÕES

Diante de todo o discutido neste trabalho enumeramos, a seguir, as principais conclusões a que chegamos:

- a) Que a criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar que analisa o crime, a vítima, o infrator, possibilitando o levantamento de informações sobre suas nuances e visando sua prevenção e repressão.
- b) Que o método da criminologia é o empírico, que se dá através da análise de fatos, fenômenos sociais e do “mundo real”; bem como o interdisciplinar, que correlaciona os fatos com outras disciplinas tais como a psicologia, a medicina a biologia, a geografia, a matemática, entre outras e sempre de uma forma integral e sem exclusões de umas ou de outras.
- c) Que o objeto de estudo da criminologia é o delinquente, a vítima, o delito e seu controle social; e que sua função é avaliar o fenômeno criminoso para propor soluções.
- d) Que se destacam duas tendências causais na criminologia: uma que, em resumo, culpa o delinquente pela prática dos crimes e outra que, também de forma geral, culpa o meio social pela prática dos delitos.
- e) Que Jean-Jacques Rousseau encontra na sociedade/no meio a razão da prática dos delitos, entendimento este importantíssimo para a criminologia, mas que analisado isoladamente não é suficiente para explicar a prática de crimes.

- f) Que Cesare Lombroso encontra no próprio indivíduo e suas características físicas o fundamento para a prática de crimes, entendimento este, tal como o de Rousseau, muito importante para a criminologia mas que analisado isoladamente também não é suficiente para explicar a prática de crimes, embora possa contribuir.
- g) Que patrimônio genético é um *“universo de componentes físico, psíquicos e culturais que começam 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 inter-acção, passam a constituir nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir”*, sendo certo que é próprio de cada indivíduo e que por isso, sem autorização ou uma motivação específica (que é justamente o que gera a polêmica quanto ao direito a “intimidade genética”), não poderá simplesmente ser objeto de estudo e muito menos de manipulação/violação..
- h) Que ao tratarmos da legislação sobre o genoma devemos destacar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, de 1.997.
- i) Que se não houver regulamentação jurídica adequada sobre o acesso ao genoma humano poderemos passar a viver em uma denominada *“genomacracia”* com cidadãos *“etiquetados”* conforme seus genes.
- j) Que as discussões sobre o tema esbarram sempre em questões éticas, morais, e relacionadas às normas constitucionais devendo sempre nesses casos, o intérprete usar do bom senso e lidar com a aparentemente colisão de normas utilizando o método denominado por Canotilho de *“Balancing”* ou método de ponderação (*abwagung*) de interesses que deve ser aplicado ao caso concreto.

- k) Que a evolução científica advinda do estudo do genoma humana deve ser observada e tratada pelos homens e pelas leis com muito cuidado sob risco da própria sociedade ser a maior vítima de uma nova era de seleção natural, de novas formas de racismo ou de eugênia.
- l) Que partindo do próprio conceito de criminologia, onde inferimos que há o estudo do criminoso e também de suas características, e considerando inclusive teorias como a de Césare Lombroso, podemos logo concluir que o estudo do genoma humano pode ser utilizado pela criminologia.
- m) Que a importância do estudo do genoma é inegável, mas que qualquer entendimento absoluto pode nos levar a conclusões totalmente distorcidas daí porque julgar com base em informações isoladas extraídas do genoma humano pode gerar injustiças gritantes.
- n) Que no atual dinamismo das sociedades e na busca por explicações e por uma justiça mais célere utilizar-se do genoma para “etiquetar” todos aqueles que possuem uma tendência explicada geneticamente a prática de crimes seria uma solução mais simples e rápida, contudo, sem dúvida nenhuma, incorreta e injusta.
- o) Que a análise do genoma pode sim auxiliar a criminologia sendo somente uma das dezenas, centenas de variáveis do crime, não podendo o patrimônio genético de um indivíduo ser considerada a causa principal do delito e muito menos sua prova, como algumas sociedades do passado, principalmente com fundamento nos estudos de Lombroso, e injustamente já fizeram no século XIX e inclusive no século XX.
- p) Que é fato que fatores genéticos podem sim influenciar na agressividade/índice de criminalidade do indivíduo, contudo não suficiente para permitir sua prévia condenação, ou absolvição, e muito

menos para justificar a afronta pura e simplesmente ao direito a identidade genética/intimidade.

- q) Que puramente permitir a criação de banco de dados sem critérios objetivos previamente estudados invade a privacidade do ser humano, e pode gerar a já denominada “etiqueta” ou rotulagem nos indivíduos ou rotulagem.
- r) Que entender que o crime pode ser explicado através de uma análise puramente física ou genética do criminoso, sem critérios muito bem pré-determinados pode nos levar a cometer incontáveis injustiças e afrontar dispositivos constitucionais sobre o tema, como o próprio direito a intimidade ou identidade genética.
- s) Que as questões éticas, morais, e legais sobre a matéria são infundáveis havendo dúvidas e riscos que não nos permite simplesmente concluir objetivamente sobre a possibilidade ou não de flexibilização do princípio da identidade genética, devendo as questões serem avaliadas caso a caso e respeitando critérios fixados na legislação e na ética moral e bons costumes sob pena da própria sociedade ser a maior vítima de uma nova era de seleção natural e de novas formas de racismo ou de eugênia, *sendo a célebre frase dita em 1.494 por Rabelais François (“Ciência sem consciência não passa de ruína da alma”)* mais atual do que nunca.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007.

_____. *O crime nas novas sociedades Pós Industriais, sep. – colectanea de estudos de homenagem ao Professor Doutor Francisco Lucas Pires, Universidade Autonoma de Lisboa*, Lisboa, Julho, 1999, págs. 257-264 “APUD” BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007.

_____. *Direito ao Patrimônio Genético*, Lisboa, Almedina, 2006.

CALHAU, Lélío Braga, *Breves considerações sobre a importância do saber criminológico pelos Membros do Ministério Público*. CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - acesso em 30.04.2015, no site: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/486-breves-consideracoes-sobre-a-importancia-do-saber-criminologico-pelos-membros-do-ministerio-publico.html>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CASPI/MCCLAY/MILL/MARTIN/CRAIG/TAYLOR/POULTON, *Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children – Science* - 297,2002, págs.851-854, “apud” BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p.633.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2ª ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1.997.

DINIZ, Maria Helena; *Conflito de normas*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2.005.

_____ ; *Norma Constitucional e seus efeitos*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2.003.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, *Criminologia integrada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDNICK/KANDEL, *Genetic and prenatal factors in violence, in Biological contributions to crime causation*, NatoASI Netherlands, 1988, págs. 121-131; S.Mednick/W.Gabriel/B.Hutchings, *Genetic factors in the etiology of criminal behavior, in The causes of crime, new biological approaches*, S.Mednick/T.Moffitt & S.Stack (Eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 1987, págs. 41-45, “*apud*” BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Lisboa, Almedina, 2007, p.631.

MORAES, Alexandre de; *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2006.

PIOVEZAN, Flávia; *Proteção Judicial contra omissões legislativas*, São Paulo, RT, 1.995.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel; *Elementos de direito constitucional*, São Paulo, RT, 1.982.