



Universidades Lusíada

Igreja, Maria do Rosário Barros

A rotinização do ADN e os seus inevitáveis impactos : como acautelar e primar para um uso adequado das provas genéticas?

<http://hdl.handle.net/11067/5832>

Metadados

Data de Publicação	2021
Resumo	<p>Somos descendentes de um fanatismo genético, onde, cada vez mais é necessário acautelar e primar para um uso adequado das provas genéticas. Metamorfoseados por toda a evolução societária, tecnológica e criminal urge a necessidade de, através de um panorama amplo, percebermos o passado, o presente e futuro que é perspetivado para as provas genéticas. Desprendidos de utopias, vamos fazer uma análise que se inicia com a estandardização da sociedade do medo e a aceitação cada vez maior da vigilância...</p> <p>We are the descendants of a genetic fanaticism, where, more and more, it is necessary to be cautious and primary for a proper use of genetic evidence. Metamorphosed by all societal, technological and criminal evolution urges the need, through a broad panorama, to understand the past, the present and the future that is envisioned for genetic evidence. Detached from utopias, we will do a analysis that begins with the standardization of the fear society and the increasing acceptance of surveillance...</p>
Palavras Chave	Criminologia, Prova Criminal, DNA, Investigação Criminal, Impressão digital do ADN, Direito e legislação, União Europeia
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-04-11T17:29:09Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO NORTE -PORTO

**A ROTINIZAÇÃO DO ADN E OS SEUS INEVITÁVEIS
IMPACTOS: *COMO ACAUTELAR E PRIMAR PARA UM USO
ADEQUADO DAS PROVAS GENÉTICAS?***

Maria do Rosário Barros Igreja

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Criminologia

Porto, 2020



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A ROTINIZAÇÃO DO ADN E OS SEUS INEVITÁVEIS
IMPACTOS: *COMO ACAUTELAR E PRIMAR PARA UM USO
ADEQUADO DAS PROVAS GENÉTICAS?***

Maria do Rosário Barros Igreja

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Criminologia

Sob orientação do Senhor Professor Doutor Cândido da Agra

Porto, 2020

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,

Muda-se o ser, muda-se a confiança:

Todo o mundo é composto de mudança,

Tomando sempre novas qualidades.”

Luís Vaz de Camões

Para os meus pais que são e serão sempre AMOR, a minha Primavera permanente. Tudo é por vocês e com vocês.

Agradecimentos

Aos meus **pais**, aos meus **amigos** e a todos aqueles que viram tanto em mim mesmo antes de eu mesma-a todos aqueles que sempre acreditaram-, aos meus **professores**.

Em especial, ao meu orientador Professor Doutor **Cândido da Agra** por ser –mas sobretudo por saber ser– uma pessoa pluralista, dotado de uma sabedoria e dedicação incansável. Esta caminhada permitiu-nos uma amizade que nunca vou esquecer, louvarei a pessoa que é a vida inteira. Ao Mestre, Professor e Amigo **Augusto Meireis** que me desafiou com este tema e acreditou que eu tivesse *todas as cordas suficientes para tocar esta guitarra*. À Professora Doutora **Ana Raquel** por nunca ter permitido que as circunstâncias atropelassem o nosso tempo e me saudou sempre com força e esperança. Ao Professor Doutor **Cléssio Souza** pela capacidade singular de conseguir elucidar, tranquilizar e ajudar, sem limitações. À Professora Doutora **Leonor Esteves** por toda a sua simpatia e preciosa ajuda na edificação deste trabalho.

Por último mas não menos importante, aproveito para agradecer à extraordinária equipa – **BAAC Advogados** – em especial, ao meu patrono **Dr. Germano Amorim**. Obrigada por toda a paciência, compreensão, dedicação e esforço. Aprendo todos os dias com vocês a não desistir e a encarar cada adversidade que a vida nos apresenta. Obrigada por toda a singularidade que tem, não só como excelentes profissionais mas como seres humanos, que no fundo, é sempre aquilo que nos compõe e distingue.

A todos vocês, isto é igualmente vosso. OBRIGADA.

Índice

Resumo.....	viii
Abstract.....	ix
Palavras chave.....	x
Lista de Abreviaturas.....	xi
Introdução.....	12
A standardização da sociedade do medo até aos dias de hoje e contributo, conseqüente, na mutabilidade da nossa justiça.....	16
Hereditariedade do crime: anacronismo ou metamorfose?.....	22
A identificação como meio de distinção.....	40
Difícil conciliação das bases de dados na União Europeia: reflexão sobre as diferenças existentes em cada ordenamento jurídico.....	45
Aspetos positivos e negativos das provas genéticas: reflexão sobre perspectivas futuras de forma a acautelar e primar por um uso adequado destas.....	60
Conclusão.....	65
Referências bibliográficas.....	69

Resumo

Somos descendentes de um fanatismo genético, onde, cada vez mais é necessário acautelar e primar para um uso adequado das provas genéticas. Metamorfoseados por toda a evolução societária, tecnológica e criminal urge a necessidade de, através de um panorama amplo, percebermos o passado, o presente e futuro que é perspetivado para as provas genéticas. Desprendidos de utopias, vamos fazer uma análise que se inicia com a estandardização da sociedade do medo e a aceitação cada vez maior da vigilância, passando por uma avaliação sobre o impacto que a hereditariedade do crime tem nos dias de hoje, fazendo uma necessária diferenciação entre identificação versus suposição e, ainda, elucidar para a difícil conciliação das bases de dados na União Europeia, finalizando com os aspetos positivos e negativos das provas genéticas e uma mera reflexão de como podemos primar e acautelar para um uso adequado destas.

Abstract

We are the descendants of a genetic fanaticism, where, more and more, it is necessary to be cautious and primary for a proper use of genetic evidence. Metamorphosed by all societal, technological and criminal evolution urges the need, through a broad panorama, to understand the past, the present and the future that is envisioned for genetic evidence. Detached from utopias, we will do a analysis that begins with the standardization of the fear society and the increasing acceptance of surveillance, passing through an evaluation on the impact that heredity crime has nowadays, making a necessary differentiation between identification versus assumption and, still, elucidating for the difficult reconciliation of the databases in the European Union, ending with the positive and negative aspects of the genetic tests and a mere reflection of how we can excel and take care to use them properly.

Palavras-chave

Prova genética; base de dados; fiabilidade e infalibilidade; sociedade vigilante; identificação e suposição.

Lista de abreviaturas

ADN/DNA: Ácido desoxirribonucleico

Cfr: Confrontar

CRP: Constituição da República Portuguesa

CSI: Crime Scene Investigation

EUA: Estados Unidos da América

GNR: Guarda Nacional Republicana

OPC: Órgãos de Polícia Criminal

PJ: Polícia Judiciária

PSP: Polícia de Segurança Pública

UE: União Europeia

Vd: Vide

Vs: Versus

Introdução

A metamorfose a que se vem assistindo tanto em relação à punição bem como em relação à vigilância é alvo de uma camuflagem indiscutível. Apesar de todos os avanços tecnológicos bem como da complexidade dos crimes, somos testemunhos de uma mudança significativa quer em relação à vigilância quer em relação à punição, ao passo que caminhamos de uma vigilância encoberta e de uma punibilidade mais vistosa¹ para uma vigilância aceite de forma tão natural quanto intrínseca, apesar dessa punição ser cada vez mais disfarçada². Esta sociedade vigilante deve-se à multiplicidade de formas e meios, cada vez mais ampliada e assente na crescente relação bilateral justiça-ciência. Sendo a realização da justiça a pedra angular que possibilita a vida em sociedade urge a necessidade de se perspetivar uma avaliação sobre esta, fruto de toda a mutabilidade que nos acompanha até aos dias de hoje.

O papel que as provas genéticas atualmente compõe é de uma relevância extrema e inegável, funcionando não só como um meio célere de identificação mas também como um meio de vigilância cada vez mais preterido, resultante da posterior criação de bases de dados onde os perfis passam a constar. Ora, é neste seio delicado que se elevam as nossas inquietações e a materialização deste trabalho. Conscientes de que nem sempre a realidade acompanha a teoria e que cada sociedade (neste caso, cada Estado) tem o seu próprio tempo singular na preparação, ponderação e valoração de todas as pluralidades que ser e estar vivo acarretam, consideramos, mais do que nunca, pertinente avaliar este meio quer num contexto nacional quer num contexto europeu, tentando perceber o que nos coloca neste impasse de ser tão desfasada e inconciliável a utilização destas técnicas, a fim de assegurar a cooperação internacional e assim, prevenir e combater o crime.

¹ Sobretudo em regimes ditatoriais, cuja oposição a este era vista de forma intolerável onde se pretendia “um castigo público” que abalasse tal tendência.

² A este propósito, Carla Cardoso e Samuel Pereira autores do capítulo “*O crescimento da segurança privada: explicações e implicações*” in Agra & Gomes, M.A (org.) *Criminologia Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de Língua Portuguesa*, pág. 223 “(...) a partir da segunda metade do século XX, observam-se transformações ao nível da governança da segurança, nomeadamente a multiplicação e diversificação de atores (públicos e privados) e contextos (local, nacional e transnacional), assim como de políticas e interações. A partir dessa época assistiu-se a um crescimento acentuado e consistente da segurança privada na generalidade dos países democráticos desenvolvidos. Gradualmente, o setor da segurança privada passou a fornecer uma vasta panóplia de serviços e equipamentos, assumindo crescentes funções e responsabilidades no domínio da segurança e do controlo social.”

A crescente conexão dos fenômenos globais tais como a “*massificação das tecnologias de comunicação e informação, as migrações e a desterritorialização do crime*” (J. Leal, 2018, pág. 73), vem espoletando inúmeras questões dentro dos diversos ordenamentos jurídicos e por isso, cada vez mais difíceis de serem harmonizadas face à individualidade de cada um. Deste modo, a preocupação que se gera não se limita apenas à globalização do crime mas sim na descoberta de uma consonância que permita efetivar os objetivos intensivamente sublinhados e perspetivados, não só como necessidades mas também como prioridades.

A gênese de cada sociedade habita numa bolha de individualidade e singularidade. Apesar da tendência significativa de comportamentos estandardizados, fruto da aldeia global onde nos encontramos, ainda subsistem temas que espoletam diversos desassossegos, associados a questões sensíveis, sobretudo quando interferem com o senso humano de cada um. As provas genéticas constituem essa exceção dos entendimentos homogêneos.

Não obstante a evolução do humano como ser individual mas também como ser coletivo e social, assistimos ainda, a verdadeiros desequilíbrios e contrastes que caracterizam os dias de hoje. A discriminação e a estigmatização (ainda) existem. Ora, credibilizar e fomentar meios de vigilância, conscientes das assimetrias existentes dentro de cada ordenamento jurídico, pode prejudicar, de forma perigosamente fácil, toda a investigação criminal e posterior realização ou não de justiça, com efeitos irrevogáveis. Aliada a esta penumbra, existem outras tantas fragilidades que podem comprometer os resultados das provas genéticas, nomeadamente, a pouca abertura e informação sobre esta área em relação ao povo no geral, uma vez que se limita, na maior parte das vezes, aos cientista e aos juristas e por isso, também, o choque abrupto entre estas duas áreas; a complexidade da recolha dos vestígios, bem como do posterior armazenamento, relacionado com a falta de aposta na formação por quem os faz e ainda, a influência que os *mídia* tem na categorização e qualificação destas técnicas. Existe uma tendência ocorrente de se construir uma idealização da ciência forense através das tecnologias de identificação de ADN, baseadas numa semelhança do caso concreto mas que acaba por ignorar a verdadeira realidade do dia-a-dia, gerando, por isso, uma imagem desfasada que cria o efeito CSI (S. C. e H. Machado, 2012). A criação e consequente divulgação destas figurações utópicas em relação às provas genéticas, fomentam na opinião pública um desagrado e uma descredibilidade em relação aos próprios órgãos de polícia criminal, ao passo que se fragiliza a segurança que sente, na materialização da justiça por estes (S. C. e H. Machado, 2012).

O caminho conturbado por onde peregrinam as provas genéticas, a fim alcançarem a descoberta da verdade material, pode ser facilmente enviesado, daí a pertinência de refletirmos e acautelarmos para um uso adequado destas técnicas, desprendidos de influências que as possam desfigurar.

A ocorrência de fenómenos terroristas e da criminalidade cada vez mais altamente organizada e especializada, ampliam e sustentam uma sociedade do medo que conduz e defende, cada vez mais, um “*pensamento “securitário” quase automático*” (G. Silva, 2018) que acaba por colocar em causa, muitas das vezes, os direitos fundamentais dos indivíduos. É então na vontade insaciável de combater o crime, bem como primar para uma cooperação na luta contra este, que as tecnologias de ADN tem alcançado bastante relevo, tendo como fio condutor, frequentemente, a influência dos *mídia*. A forma como se aborda e crê nas provas genéticas, bem como nas bases de dados onde estas mesmas constam, tem de ser interpretada de forma prudente, acautelando possíveis revigorações concetuais anacrónicas sobre a trilogia: indivíduo-crime-sociedade. A finalidade da cooperação internacional na luta contra o crime, apesar de necessária e urgente, não pode ser atingida de forma desajustada, é indispensável uma ponderação serena tendo em conta os objetivos e os fins preteridos.

Independentemente da relação entre o Direito e a Ciência não ser recente, o facto é que ainda não é (e dificilmente será) algo harmonioso “*colocando o jurista perante o desafio de enfrentar e harmonizar conflitos ou perplexidades decorrentes do avanço biotecnológico, de modo a impor limites entre o que é cientificamente possível fazer e o que é moralmente desejável realizar*” (Botelho, 2013, pág.88). Assim, é nesta tensão e em posições divergentes que a prova genética subsiste, alvo de diferentes interpretações e aceitações, sendo mediada, cada vez mais, pela maior aceitação pública, fruto de uma necessidade preocupante da luta contra o crime e reposição do sentimento de segurança, quer a nível individual quer na própria sociedade. Esta urgência apela a um “*desejável casamento entre ciência e justiça*” (H. Machado, 2011, pág. 163) com intuito de se estabelecer uma forte aliança que consiga efetivar uma prevenção bem como uma agilização na investigação criminal. Uma vez que este elo implica uma difícil conciliação de interesses – “*celebrização da ciência, a promoção da credibilidade da justiça e a defesa do interesse público*” (H. Machado, 2011) - torna-se fundamental um debate instruído e exercido de forma detalhada, permitindo uma consciencialização sobre o momento em que a prova genética, tal como as bases de dados, se introduziram nos nossos dias, perspetivando ainda, um entendimento futurista destas.

O argumento que acolhe a subsistência destas técnicas, relaciona-se pois, com a procura de uma neutralidade e universalidade, a fim de alcançar a tão desejável verdade material do nosso sistema de justiça. O contributo revolucionário desta técnica foi abraçado tanto pela comunidade científica como pela comunidade jurídica. No entanto, ainda persistem algumas dificuldades na efetivação desta união, onde se levantam sérias questões éticas e por isso mesmo, será pertinente não falar de uma bilateralidade do poder mas sim de uma trilogia composta por: Ciência-Ética-Justiça, onde, a ausência da Ética, poderá suscitar uma “cientifização acrítica do direito” (H. Machado, 2005, pág.10).

É o medo que sustenta a subordinação.

É, igualmente, o **conhecimento que origina a inquietação.**

O objetivo deste trabalho é dualista, tendo como principais pontos de partida os seguintes: perceber o que motivou e alastrou a insegurança aos nossos dias ao ponto de sermos subordinados por um medo indiscutível assente numa sociedade vigilante; e ainda, desmistificar de que forma se permitiu a utilização de determinadas técnicas, nomeadamente, as provas genéticas, a fim de controlar o crime e por isso, os indivíduos.

Temos de aceitar a mutabilidade da vida, inclusive, da sociedade.

É importante desassossegarmo-nos com a contestação de tudo aquilo que nos é imposto ou suposto. É importante termos uma perspetiva individual e não acolher, indubitavelmente, aquilo que nos é dito, pois a comodidade depende daquilo que, sobretudo, não conhecemos.

A metamorfose societária criou e standardizou um povo dominado pelo medo e pela insegurança, aceitando sem questionamento este tipo de controlo contínuo em que, inevitavelmente, todos somos reféns. Emergem assim as seguintes questões:

- a **Até que ponto o medo e a insegurança vão fazer de nós submissos? Será isso eticamente válido para transformar a nossa sociedade e a (nossa) justiça?**
- b **De que forma podemos acautelar e primar para um adequado uso das provas genéticas?**

Já nos aclarava José Régio “*Não sei para onde vou/Sei que não vou por aí!*”

1 A ESTANDARDIZAÇÃO DA SOCIEDADE DO MEDO ATÉ AOS DIAS DE HOJE E CONTRIBUTO, CONSEQUENTE, NA MUTABILIDADE DA NOSSA JUSTIÇA

*“Presos na turbulência deste tempo de guerra, **tendenciosamente informados**, sem distância das grandes mudanças que já ocorreram ou começam a ocorrer e sem um vislumbre do futuro que agora ganha forma, **nós próprios erramos na atribuição de um sentido às impressões que se nos impõe e de um valor aos juízos que formulamos**. Somos levados a crer que nunca nenhum acontecimento destruiu tanto do património comum da humanidade, obscureceu tantas das inteligências mais claras, rebaixou tanto o que temos de mais elevado. A própria ciência perdeu a sua imparcialidade desapaixorada; os seus servidores, profundamente amargurados, procuram nela as armas que contribuam para combater o inimigo. O antropólogo tem de declarar a inferioridade e degeneração do inimigo, o psiquiatra tem de tornar público o diagnóstico dos seus distúrbios mentais ou espirituais. É no entanto provável que sintamos com uma acuidade desproporcionada os males do nosso tempo e que não tenhamos o direito de o comparar com outros que não vivemos.”*³ (Freud, 2008).

Desde os nossos passados mais longínquos que existe a crença em algo superior que observa os nossos comportamentos, de forma a tentar manter algum equilíbrio societário, quase como se materializasse numa forma de persuasão para afastar os possíveis comportamentos delituosos. Esta vigilância parece andar de mãos dadas com o crime, onde a primeira surge na decorrência massiva da outra, no entanto, cabe avaliar até que ponto é que isto conseguiu satisfazer as necessidades iniciais de combate ao crime.

Não nos parece arriscado dizer que o aumento da criminalidade leva ao aumento do sentimento de insegurança que, por sua vez, leva à maior aceitação e crença nos sistemas de vigilância como um meio seguro e fiável que permite a identificação e, posteriormente, a diminuição ou erradicação do crime. Neste sentido também se preserva e eleva a importância das políticas criminais, cada vez mais implícitas nos nossos dias, acolhendo-nos e estimulando

³ FREUD, Sigmund – *o Mal-Estar na Civilização*, pág. 113. Este excerto foi escrito num contexto de guerra/pós guerra (1940-1952) e através da sua leitura, parece algo intemporal e por isso, com semelhanças aos dias de hoje, onde apesar de *“tendenciosamente informados (...) erramos na atribuição de um sentido às impressões que se nos impõe e de um valor aos juízos que formulamos”* e é sobretudo esta parte que se pretende destacar. Partimos deste excerto conscientes de que nem sempre a informação que nos chega é ausente de imparcialidade e por isso, vamos desprender-nos de tudo o que nos parece suposto e perceber a cronologia que nos trouxe até aqui [negrito nosso].

em nós um sentimento de segurança, através de determinadas práticas como por exemplo, a existência de luz pública à noite, onde, a ausência de escuridão permite uma maior leveza e tranquilidade para encararmos o fim dos nossos dias⁴.

A forma através da qual os meios de vigilância ficaram credibilizados nos dias de hoje não se justifica apenas pelo reconhecimento da ajuda destes no combate à criminalidade ou ainda, na ajuda de reposição do sentimento de segurança, mas sobretudo na mutabilidade como perspetivamos o crime, o criminoso e a forma como esse é “tratado”. Passamos de uma punibilidade mais vistosa e uma vigilância mais secreta para uma punibilidade menos vistosa e uma vigilância cada vez mais e melhor aceite, através da normalização destes mecanismos que raramente é suscitada nos dias que correm.

Michel Foucault perspetivou a punição como algo plural, com uma “*função social complexa*” (Foucault, 1999, pág.27). Segundo este filósofo, devemos “*analisar os métodos punitivos não como simples consequências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais; mas como técnicas que tem a sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder*” (Foucault, 1999).

Foucault pretendeu indagar, neste sentido, a mutabilidade dos métodos punitivos através de uma articulação onde seria possível “*ler uma história comum das relações de poder e das relações de objeto*” (Foucault, 1999). Através deste *biopoder* deu-se a materialização das sociedades disciplinares, pois é esta disciplina que permite o controlo. A estratégia desdobrou-se de forma anatomopolítica e biopolítica (C. Agra, 1988, pág. 22). Tal como nos elucida Cândido da Agra, a primeira – anatomopolítica- prende-se com uma função individualizante através da disciplina; ao passo que a segunda se relaciona, especificamente, com o controlo regulador da população (C. Agra, 1988). A disciplina enquanto nova estratégia de poder desvenda, por isso, quatro linhas essenciais de produção da individualidade, nomeadamente: “**a linha do espaço**, segundo a qual o indivíduo é criado pelo lugar que ocupa em determinado espaço racionalizado por enquadramento topológico e funcional; **a linha do acto**, segunda a qual o indivíduo é criado pelas direcções que tomam os seus actos, sob a forma de comportamento, nos espaços que o enquadram; **a linha da génese e da evolução**, segundo a qual o indivíduo é criado por uma série de actos agora situados a diferentes níveis no eixo de tempo; **a linha da relação organizativa**, segundo a qual o indivíduo é criado na

⁴ Comunicação verbal do Professor Cléssio Souza no decurso da aula “Segurança e Políticas Criminais” integrada no Mestrado de Criminologia, Universidade Lusíada do Porto, 2.º ano.

sua relação aos outros iguais e diferentes de si” (C. Agra, 1988, pág. 24). Através desta pluralidade percebemos que a disciplina não abarca apenas o indivíduo em si mas sim todas as componentes que o caracterizam, nomeadamente, *“as suas performances, as suas aptidões, o seu comportamento na sua relação a um espaço, a um tempo e a uma organização particulares e específicas”* (C. Agra, 1988).

David Garland, enraizado pelos estudos de Foucault, admitiu a consciencialização da passagem de um sistema penal do tipo inquisitório para algo denominado, segundo este, como “cultura de controlo” que se formou através de três elementos centrais: *“(1) um welfarismo penal modificado; (2) uma criminologia do controlo; e uma forma económica de raciocínio”*⁵ (Garland, 2005, pág. 286). Assistimos a uma metamorfose onde o *“delinquente se converte em algo cada vez mais abstrato, cada vez mais estereotipado, cada vez mais uma imagem projetada, invés de uma pessoa individualizada”*⁶ (Garland, 2005, pág. 293). Esta cultura do controlo, baseada numa vigilância contínua, suscita uma inovação na forma como este é efetivado, através da figuração de um *«castigo à distância»*⁷ (Garland, 2005, pág. 293) pois são os atores políticos que, de forma “exterior” às circunstâncias do caso concreto, estabelecem as medidas das penalizações, configurando assim um espírito reprovador e de condenação distanciada. A mutação que se deu no modo como encaramos o crime e a segurança veio contribuir, de forma inabalável, para uma camuflagem cada vez mais presente no nosso dia-a-dia, através de meios de vigilância, consistindo as bases de dados numa dessas tantas modalidades. Além disso, o indivíduo passa a assumir um papel diferente na sociedade, nunca perspectivado anteriormente. Através desta conjugação pensante emerge o propósito de controlar, cada vez mais, usando métodos progressivamente mais sofisticados que auxiliam este controlo de forma singular.

Segundo Helena Machado⁸, a adoção das bases de dados não se relaciona inocuamente com a taxa de criminalidade de cada país, sendo, igualmente relevante, todo o passado histórico que acarreta cada nação, sobretudo, as ideologias políticas que estiveram no cerne da criação, bem como, a mutabilidade ou não que se deu até aos dias de hoje, de cada um. Todos esses fatores contribuem e moldam a forma como interpretamos e implementamos estas práticas.

⁵Tradução nossa.

⁶Tradução e sublinhado nosso.

⁷Tradução e negrito nosso.

⁸Considerações feitas durante conferência via ZOOM, dia 26 de Maio de 2020, intitulada como “*Genética Forense em sociedades pós socialistas*”.

Dentro desta ambiguidade, que reflete a particularidade de cada ordenamento jurídico, verificamos uma tendência homogênea na convicção de utilização destas técnicas, no entanto, quando avaliadas individualmente, percebemos o seu desfasamento, comprometendo assim, a conciliação. O que leva a este impasse? O caráter sensível onde estas se desenvolvem? A luta contínua na harmonização da ciência e da justiça? Os divergentes entendimentos? A nosso ver, a perigosidade que mais se destaca, continua a ser a mutabilidade dualista a que assistimos, quer em relação à sociedade e ao indivíduo, quer em relação à própria justiça que a compõe. Se a evolução da ciência ultrapassa o próprio sentido humano, ao passo que também realça as suas desigualdades, de que nos servem estes meios se invés de prosseguirem um sentido de efetivação da justiça a acabam por corromper? A consciência de que o estigma e a discriminação continuam bem assentes na sociedade leva a alguma fragilidade e incerteza quando conjugamos a utilização destas técnicas. Apesar desde muito cedo ecoarem vozes no sentido de quebrar a aliança epistemológica com o Lombrosismo em Portugal (C. Agra, 2018b, pág. 103), a verdade é que, ainda existe algum enraizamento destas teorias, abalando o propósito inerente à parte positiva da utilização das provas genéticas. Ao existir uma filtração social que se materializa numa distinção baseada em anacronismos, estamos a permitir uma interpretação, igualmente antiquada, de que uns são mais propensos do que outros. A ciência nunca pode ultrapassar, nem tão pouco se sobrepôr, ao discernimento da sociedade. Além disto, urge a necessidade de se acompanhar a própria evolução da Criminologia e transporta-la para o nosso dia-a-dia. O indivíduo é descendente de uma pluralidade de fatores que o acompanham, e não apenas e isoladamente, dos seus genes.

A genética preditiva ao consubstanciar um outro meio de controlo que atua numa fase anterior ao próprio nascimento, levanta variadíssimas questões éticas onde as posições não são harmoniosas. Por um lado, é reconhecido o interesse na área da saúde que nos permite elucidar sobre a *“a predisposição ou a suscetibilidade genética que um indivíduo (assintomático) tem de vir a desenvolver no futuro determinada doença, fruto do seu património genético (ou herança genética)”* (A. Costa, 2017, pág. 36). Por outro, podem ressuscitar questões que se prendem com preocupações outrora vividas, nomeadamente, questões de eugenia. O puro conhecimento, à priori, daquilo que podemos vir a desenvolver, é muito diferente da interpretação e condicionamento que se poderá suscitar, decorrente desse mesmo conhecimento. O diferente tipo de tratamento em relação à inovação da genética preditiva pode colocar, muito facilmente, determinados direitos e determinadas questões éticas em causa, uma vez que tudo depende da forma como reagimos quando adquirimos essa

informação. Destarte, é necessário um acautelamento na interpretação e utilização destas técnicas. A filtração social, através da vigilância, bem como da “perspetivação” e consequente “tratamento”, pode originar uma neogenia (Siqueira & Curti, 2018). Este conceito remete-nos, quase que, automaticamente, a um passado não muito distante, onde se acreditava e aclamava à supremacia de determinadas características e raças⁹ em detrimento de outras. Neste sentido, Madalena Botelho expressa essa mesma preocupação ao admitir que a investigação sobre o genoma humano “*trouxe para a ordem do dia a questão do ressurgimento das teorias eugenistas*” (Botelho, 2013, pág.77), onde, o recurso à eugenia, parece ganhar cada vez mais lugar, não só pela promessa de melhoria da espécie humana do ponto de vista biológico, mas também quanto ao “*apuramento de causas genéticas para determinado tipo de comportamentos, entre eles o comportamento crimínogeno*” (Botelho, 2013, pág. 77).

O termo eugenia foi reconhecido no ano de 1883 por Francis Galton e significa “bem-nascido”. A eugenia desdobra-se, de forma bipolar, em positiva e negativa. A primeira é caracterizada pelo intuito de se preservar determinadas características genéticas, ao passo que a vertente negativa visa colmatar características – consideradas – negativas. Por sua vez, a neogenia consiste na identificação de problemas nos genes, a fim de erradicá-los, onde apenas devem permanecer os “saudáveis”. Neste sentido, a neogenia visa “*eliminar o risco de desenvolvimento de doenças congênicas, as quais são adquiridas antes do nascimento ou até mesmo no primeiro mês de vida*” (Siqueira & Curti, 2018, pág.256). Assim e tendo em conta o referido anteriormente, é necessária uma ponderação a fim de evitar marcos históricos que ficaram conhecidos por motivos completamente nocivos e anacrónicos. A história permite a consciencialização do passado de forma a acautelarmos o futuro. Seria erróneo o nosso desinteresse e indiferença sobre algo que, outrora, não conseguimos evitar. No entanto, hoje, com todo o conhecimento arrecadado que temos do passado, é imperioso sermos suficientemente ponderados em valorizações que damos, pois tudo isso terá um forte impacto num futuro próximo.

A vigilância sempre existiu como forma de identificar o crime e o criminoso, bem como fomentar um sentimento de segurança, a fim de apaziguar a população. Além disto, funciona também como uma forma de intimidar e reduzir a prática de crimes. Não obstante os avanços científicos que se tem verificado, receia-se que se caminhe para uma filtração desta vigilância. Nos dias de hoje, parece que convertemos a preocupação de transmissão de

⁹ Supremacia da Raça Ariana século XIX-XX na Alemanha Nazi.

um sentimento de segurança para dar lugar a uma procura incessante pelo criminoso, onde deixa de ser algo geral para ser algo condicionado a “identificar falhas”. Além de não falarmos apenas de um fenómeno de controlo que se prioriza com a segurança da sociedade e com a diminuição do crime de forma geral, verificamos que todas as demais conceções avançadas nas mais diferentes áreas contribuem para um controlo ainda mais pormenorizado, podendo até atuar antes do nascimento, possibilitado pela genética preditiva como destacado anteriormente.

Idealizar estes avanços há uns longos anos atrás parecia-nos, provavelmente, uma utopia, algo completamente impensável. Ora, pensar nesta evolução nos dias de hoje já não averba tanto uma fantasia, até porque existem demasiados métodos operacionais que nos afastam dessa ideia de quimerismo. Em conformidade com Delmas Marty, também Cândido da Agra acredita numa sociedade, não muito longínqua dos tempos que vivemos, encarada como “*pós genómica*” onde se torna cada vez mais urgente pensar e edificar um princípio de antecipação e não apenas de precaução¹⁰.

A conceção atual do Homem tem tentado acompanhar a volubilidade da ciência e da tecnologia, no entanto, esta evolução conexas transmuda a própria conceção que adquirimos ao longo dos anos, passando para algo que, se não for devidamente acautelado, empobrece a própria imagem singular do indivíduo. Nas palavras de Leonor Esteves¹¹ “*o transhumanismo condena as gerações futuras - a quem sonega o direito de continuar a ser humanas - à desumanização*” (M. Esteves, 2018, pág.662). Esta perigosidade da nova conceção do Homem, aliada a sistemas de vigilância cada vez mais sofisticados, levam a uma visão reducionista do próprio indivíduo e de toda a singularidade e liberdade que o abarca. A forma radicalizada e intrinsecamente acarretada de normalidade na aceitação de determinados mecanismos que aglutinam a imagem do indivíduo, origina desassossegos, sobretudo, na conceção deste como um meio e um fim, desumanamente desvinculado da dignidade que lhe pertence, onde se vulgariza inconstitucionalmente os seus direitos. A ânsia na descoberta da nossa “composição”, em muito facilitada pela genética preditiva, pode levar a uma desconsideração, isenta de senso humano se não for devidamente auxiliada por garantias éticas. Seguindo o raciocínio de Leonor Esteves, estas revoluções fomentadas pela ciência

¹⁰ Comunicação verbal Cândido da Agra.

¹¹ Autora do capítulo “*A Utopia transhumanista fundada nas ilimitadas possibilidades das tecnociências- uma ameaça à dimensão axiológica do humano, constitucionalmente acolhida e merecedora de tutela penal*” in Agra & Gomes, M.A (org.) - *Criminologia Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de Língua Portuguesa*.

são uma “*ameaça à humanidade do homem*” (M. Esteves, 2018, pág. 671-672). Assim, se esta mutabilidade corrompe o próprio sentido humano, deixa de existir, conseqüentemente, humanidade e todas as áreas que a permitem e sustentam, nomeadamente a Ética e o Direito (M. Esteves, 2018). Que será de nós sem estes pilares?

Para onde caminha a (des)humanidade?

2 HEREDITARIEDADE DO CRIME: ANACRONISMO OU METAMORFOSE?

A procura incessante de se tentar explicar o crime bem como a tendência para este, o tão indecifrável- comportamento desviante-, fruto de diferentes perspectivas e estudos, ao longo dos tempos, nunca foi concretamente descodificado nem tão pouco tolerável. Posto isto, com o objetivo e necessidade cada vez maior de o travar, ou pelo menos, de diminuir as suas conseqüências a nível individual e societário, começam a manifestar-se teorias no sentido de o explicar bem como, conseqüentemente, o paralisar.

A Criminologia foi (assim como continua a ser) a ciência empírica que melhor se dedica a este tipo de estudos e interpretações, baseando-se em diferentes vetores. Surge aqui destaque, essencialmente, para as teorias bioantropológicas que sempre se mostraram aliciantes pelo deslumbramento de se explicar o crime com base nos nossos genes. Estas teorias distinguem-se “*por procurarem a explicação do crime naquilo que no homem delinquente surge, de forma mais radical, como um dado, isto é a sua estrutura orgânica*” (Dias & Andrade, 1992, pág. 169). É nesta interpretação auxiliada de que há uma correspondência de predeterminação entre a composição do homem e o seu comportamento que surge a imagem revolucionária que justifica o crime através da hereditariedade (Dias & Andrade, 1992).

Muito antes da obra *A origem das espécies* de Darwin, publicada em 1859, surgem teorias baseadas na fisionomia do ser humano, com especial destaque para determinadas feições da cara, nomeadamente, o tamanho do cérebro.

“*Is there any occasion to prove that the power of thinking resides neither in the foot, in the hand, nor in the back; but in the head, and its internal parts?*” (Rafter, 2009, pág. 10)

Enraizados neste tipo de teorias começam a surgir estudos tais como *On physiognomy* (Rafter, 2009, pág.10) de Johann Kaspar Lavater em 1789, acreditando que era possível analisar a tendência para o crime através de aspetos fisionómicos.

Neste sentido, ocorre uma corrida galopante de estudos baseados na frenologia -área fundada por Franz Josef Gall e popularizada pelo seu aluno Johann Gaspar Spurzheim-, onde acaba por nascer a obra *On justice* (1834) (Rafter, 2009, pág.20) que pretendia explicar as causas do comportamento humano, tendo por base a influência biológica. Spurzheim explica o porquê de os homens falharem com a justiça, referindo que o sentido desta é parte integrante da consciência que, por sua vez, está localizada no topo do cérebro, onde vários indivíduos mostram grandes dificuldades em controlar os comportamentos. Ainda no mesmo ano -1834- Gall e Spurzheim visitam um estabelecimento prisional e acabam por comprovar a teoria anterior (Rafter, 2009, pág. 24).

Destarte, é então que estas e outras teorias se perpetuam desde o século XVII e XVIII até aos dias de hoje. A inconveniência que lhes estava perspetivada em determinada altura, vem, de forma contraditória, ganhar alguma credibilidade na nossa sociedade, apesar dos avanços que a Criminologia já teve posteriormente. Poderíamos apontar a procura incessante da resposta ao crime como crença base, todo o facilitismo e agilidade que tal ideia nos remete -“a exteriorização do criminoso”- parece, à primeira vista, algo esperançoso e aliciante, sobretudo, tendo em conta os inúmeros estudos que foram feitos e refeitos com base nessas conceções. No entanto, é inegável o caráter desproporcional e injusto que o mesmo abarca -“a exteriorização do próprio julgamento”- assim como são inegáveis os efeitos históricos a que tal levou: estigmatização descontrolada resultando numa inevitável eugenia onde, a verdadeira sociedade deixa de existir para dar lugar a uma (sociedade) artificialmente selecionada. Neste sentido, Maria Machado e Volnei Garrafa tentam precaver-nos sobre o seguinte: “*O estigma e a discriminação são a negação da tolerância, no sentido de respeito pela diferença*” (Godoi & Garrafa, 2014, pág. 161). São inegáveis os desafios que o conceito de “justiça personalizada” coloca, pois são “*intrigantes, complexos, desafiantes e estão ainda por explorar*”(H. M. e C. S. e F. Santos, 2017, pág. 17). Ao longo do tempo, passamos de uma “exclusão individual” para uma “exclusão (mais) ampla”, na medida em que somos confrontados com teorias que, além de fazerem referência às características antropológicas do indivíduo, aludem ainda, à possibilidade de hereditariedade das mesmas.

Lombroso começa a ser considerado o pai destas teorias em 1876, apesar de anteriormente existirem outros autores que convergiam na mesma crença de explicar o crime através dos nossos genes. Este ano serve de ponto de viragem em relação à conceção do homem e do crime, onde rapidamente se populariza e acaba por reproduzir noutros autores teorias semelhantes como, por exemplo, a teoria da *inferioridade antropológica* de Ernest

Hooton, que acreditava que o delinquente é exteriormente identificável, atribuindo à hereditariedade um papel irrevogável no sentido em que a considera “*a causa fundamental da inferioridade que está na base do crime*”(Dias & Andrade, 1992, pág. 173).

Segundo J. Bruce Thomson, num estudo realizado em 1870 *The psychology of criminals* (Rafter, 2009, pág.98), o criminoso é facilmente identificável através do seu exterior, salientando que existem, efetivamente, casos onde se nasce no seio do crime e cuja vocação é, por isso mesmo, o crime. Acreditava-se que existia uma inevitabilidade para a propensão física e psíquica, à qual não conseguem resistir. A condição física reflete uma organização desfasada onde as causas não são apenas os vícios, nem tão pouco, o contexto prisional mas sobretudo a condição hereditária (Rafter, 2009, pág. 98). Neste sentido, acaba por defender um condicionamento da procriação a fim de a evitar, apelando para a conveniência de um encarceramento por um maior período de tempo.

“What is the cure? Improvement or abolition of the parent stock”

(Rafter, 2009, pág.98).

Esta convicção tem por base a teoria da seleção natural de Darwin, onde Thomson acaba por alertar para a ideia de procriação perigosa ao afirmar que estamos a criar “*não apenas uma classe de criminosos mas uma comunidade de homens e mulheres com baixa inteligência, sendo mentalmente fracos, refletindo-se num grande número de insanos*”¹² (Rafter, 2009, pág. 100).

Neste sentido, as teorias bioantropológicas caracterizam-se por considerarem que o crime resulta de uma ausência de controlo por parte do delinquente (Dias & Andrade, 1992) o que, por sua vez, permite individualizar este como alguém “*à partida diferente, contra o qual ou sobre o qual devem exclusivamente incidir as medidas de política criminal*” (Dias & Andrade, 1992, pág. 171).

Na mesma perspetiva de Thomson, Hoobs argumenta de forma radical que o crime só acaba quando esse “tipo de pessoas” forem erradicadas. Nas palavras deste “*os criminosos são seres fisicamente inferiores. O crime é a resultante do impacto do ambiente sobre os organismos humanos inferiores. Donde se conclui que a erradicação do crime só é possível com a eliminação dos indivíduos física, moral e mentalmente inferiores. Ou, pelo menos, através da segregação completa num ambiente socialmente asséptico*” (Dias & Andrade,

¹² Tradução nossa.

1992, pág. 173). Neste sentido, temos ainda a teoria *biotipológica* de Sheldon, defendendo que as causas do crime estão localizadas nos genes, daí a interferência direta, não se conseguindo controlar (Dias & Andrade, 1992).

Como referido anteriormente, o estudo memorável de Lombroso em 1876 veio transformar toda a conceção que tínhamos sobre o individuo de uma forma inabalável - “*L'uomo delinquente / Criminal Man*” - baseado num atavismo¹³, existindo especial propensão para as mulheres e para as crianças. As primeiras, pela revolta morosa na luta pela independência; e as últimas, por não conseguirem controlar os seus instintos. Após este entendimento futurista sobre o crime, é fundada a escola positivista italiana (Rafter, 2009). Seis anos antes do estudo de Lombroso, mantém-se a justificação das causas do crime com a teoria *the hereditary nature of crime* (Rafter, 2009, pág. 163), onde Thomson considera que existe uma aliança entre o crime e a insanidade, emergente do facto dos criminosos terem uma mente inferior e assim, confirmando que estas características são hereditárias. Aliás, é cometido por pessoas hereditariamente dispostas, pois tudo isto sucede como uma espécie de prática em cadeia, em que a insanidade é a característica mais facilmente transmissível. Não obstante, só em 1876 com Lombroso é que estes estudos começam a ter uma maior relevância e se começam a valorizar e perspetivar as influências que as medidas e as formas dos crânios podem ter, considerando-se estas medições similares entre criminosos e insanos, onde se verifica uma anormalidade do crânio (Rafter, 2009). Posto isto, é neste seio que, em 1891, nasce a teoria de Bertillon¹⁴ sobre o sistema de identificação, onde se acreditava que através de determinadas medições, era possível identificar os criminosos e tal fazia-se perpetuar, ainda, em fotografias. Esta teoria revolucionária rapidamente se popularizou por toda a Europa devido ao pensamento que persistia em relação ao crime e ao indivíduo, cuja utilização destas técnicas abarcava uma esperança de identificação célere, consagrando assim, o seu rápido acolhimento e propagação através deste sistema de medição antropométrica (Rafter, 2009).

Este sistema chega a Portugal no início do século XX, onde é implementado e perdura como método oficial na identificação dos condenados até ao momento em que se acolhe a impressão digital. A datiloscopia teve um impacto ainda mais relevante do que o Sistema

¹³ Crença de que nascemos criminosos.

¹⁴ Alphonse Bertillon foi um criminólogo francês (1853-1914) que ficou conhecido pela sua forma revolucionária de identificar os criminosos -através de medições do corpo humano-, criando assim a antropometria mais conhecida como “sistema Bertillon” que rapidamente se popularizou por toda a Europa, inclusive, em Portugal.

Bertillon e rapidamente foi incorporada nas práticas policiais, perdurando até aos dias de hoje (H. Moniz, 2014). Gisela Ribeiro acrescenta ainda que antes da implementação do sistema Bertillon os criminosos eram alvo de *“praxis cuja finalidade era elaborar um cadastro onde constavam os seus sinais característicos, como a sua estatura, cabelo, cor da pele, íris, manchas da pele, tatuagens, cicatrizes, corpulência, eventualmente a sua fotografia e a sua identificação (nome, idade, estado civil, profissão, antecedentes criminais)”* (G. Ribeiro, 2020, pág. 24). Neste sentido, Cândido da Agra esclarece que tal *“praxis”* consistia numa prática policial -*“uma primeira psicologia criminal”*-, na viragem do século XVII, início do século XVIII, onde se analisava não apenas os traços e morfologia corporal mas também o *“habitus”* do comportamento do indivíduo. A evolução desta prática dá-se a meio do século XVIII, consolidando duas disciplinas independentes: a criminalística e a psicologia criminal.¹⁵

Após uma breve alusão a determinadas teorias baseadas, quer na exteriorização do criminoso bem como no *“contributo”* da hereditariedade e da família para a *“procriação do crime”*, é perceptível como estes métodos -apesar de os separar, desde o surgimento até aos dias de hoje, IV séculos (desde XVII-XXI)-, ainda acolhem importância, credibilidade e intemporalidade nas sociedades dos dias de hoje. No entanto e fazendo ainda referência ao papel da família enquanto *“pedra angular para explicar o comportamento criminal”* (Granja, 2017, pág. 35) importa sublinhar que esta convicção se sustenta na influência que existe por via hereditária, bem como na imagem da família enquanto papel fulcral na nossa adaptação ao mundo, desde o nascimento até à nossa evolução individual, acabando por se refletir no nosso dia-a-dia e por isso, acarreta consigo impactos sociais. Cada família e cada seio educacional é distinto, pelo que, é de admitir que pode existir casos em que não se consiga *“incutir deveres e responsabilidades que evidenciem conformidade às normas sociais dominantes”* (Granja, 2017, pág. 35).

No século XXI nasce a mais recente corrente de Criminologia – *Biosocial Criminology*- que pretende estudar a interação gene/meio. De forma sumária, esta nova corrente criminológica estabelece uma *“ponte”* entre fatores biológicos e ambientais, em relação ao comportamento criminoso, acreditando que existe uma interdependência direta. Assim, e não descurando completamente o seio onde nascemos, verificamos que a análise que esta criminologia pretende dar é plural, avaliando toda a diversidade que integra o indivíduo

¹⁵ Comunicação verbal Cândido da Agra.

e o compõe, desde a influência interna às vastíssimas influências externas nos mais diferentes panoramas. A criminologia biossocial integra assim quatro domínios principais, nomeadamente, “*criminologia evolutiva, criminologia biológica, neurocriminologia e genética do comportamento*”¹⁶ (Eichelberger, 2015). Cada vez mais, a Criminologia visa ser uma área *integrativa*¹⁷ sustentada pela sua multidisciplinaridade que avalia e soma toda a diversidade que acolhe o indivíduo, e por isso, a sociedade.

Tendo em conta a inovação que a aliança entre o ADN e a justiça teve na nossa sociedade, como forma de perspetivarmos o crime e o criminoso, torna-se pertinente fazer uma breve caracterização deste. O ADN encontra-se no núcleo das células onde, por sua vez, se encontram corpúsculos ricos em cromatina que se designam por cromossomas, sendo diferente em cada uma das espécies de células (Botelho, 2013). Por outras palavras e de forma mais simples, o ADN reflete-se no “*componente principal dos cromossomas*” (Botelho, 2013, pág. 61). A sua composição divide-se em codificante ou não codificante, conforme exista a transmissão ou não de informações que determinem traços do indivíduo, ou seja, elementos fenotípicos. As sequências codificantes são chamadas de exons, sendo intercaladas com regiões não codificantes chamadas de introns, abarcando a maior parte do genoma humano e que desconhecem esse tipo informação, onde apenas refletem uma sequência de bases aparentemente aleatória (A. Costa, 2017, pág. 26).

Neste sentido, o ADN codificante representa cerca de 3% do genoma e é responsável pelo armazenamento da informação genética sobre características fenóticas -ou seja, características externamente visíveis-, tais como cor da pele, olhos, cabelo; possíveis patologias e ainda, predisposição para determinados comportamentos (J. Leal, 2018, pág. 41). Contrariamente a este, o ADN não codificante representa o restante 97% do genoma humano e, além de estar presente em maior quantidade, é o único utilizado na recolha de amostras biológicas no âmbito da investigação pois, como referimos anteriormente, não nos permite conhecer aspetos exteriorizáveis, ou seja, características fenóticas. Assim, a sua identificação é possível pois as “*zonas intergénicas apresentam sequencias químicas que em cada pessoa têm uma localização específica, uma extensão constante e se repetem a um certo ritmo, o que permite identifica-las como características daquele individuo, distinguindo-o dos demais*” (Botelho, 2013, pág. 67). A primazia pelo uso exclusivo de ADN não codificante na genética

¹⁶Tradução nossa.

¹⁷ Cfr. título da obra *Criminologia Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de Língua Portuguesa*, 2018, organizada por Cândido da Agra e Marcus Alan Gomes.

forense, relaciona-se, sobretudo, com a necessidade de acautelar possíveis estigmatizações oriundas dos dados genéticos, assim como o seu consequente conhecimento e divulgação. No entanto, ninguém nos garante que num futuro próximo isto não poderá mudar, daí ser pertinente uma consciencialização renovável, tendo em conta os próprios avanços da ciência.

O “fetichismo” aliciado pelas tecnologias de ADN, reveste-se em muito pelos princípios caracterizadores destas, nomeadamente: **universalidade**, **diversidade** e **imutabilidade**.

A universalidade prende-se com a irrevogabilidade da presença de ADN, ou seja, todas e cada uma das células que compõe os tecidos e os órgãos contém o mesmo conjunto de informações genética, com exceção do espermatozoide e do óvulo (Botelho, 2013).

A diversidade relaciona-se com a pluralidade de códigos genéticos existentes na medida em que *“o código genético é idêntico em todas as células do mesmo indivíduo, mas é diferente em cada um dos indivíduos”* (Botelho, 2013, pág. 162) o que permite e facilita a discriminação dos indivíduos, à exceção dos gémeos monozigóticos ou univitelinos pois partilham grande parte do mesmo património genético.

A imutabilidade reflete-se na factualidade de o código genético não se alterar, e por isso, não se transforma, é sempre o mesmo, apresentando uma grande estabilidade, quer nos fluidos biológicos, quer nos diversos tecidos humanos desde a fase concecional. Esta invariabilidade mantém-se mesmo pós morte, o que acaba por dar um contributo inigualável na investigação criminal (Botelho, 2013).

A cumulação de princípios singulares e tão entusiastas, inerentes a esta prova genética, conduz rapidamente a um fascínio. Desta forma, torna-se necessário consciencializar que não é infalível e, exemplos disso mesmo são situações de quimerismo- duas populações de células geneticamente distintas- podendo este ser tetragamético (hereditário) ou artificial (adquirido). O primeiro surge quando dois zigotos¹⁸ se fundem numa só estrutura, invés de evoluírem no sentido “divergente” de originar gémeos, produzindo assim um indivíduo com material genético proveniente desses dois zigotos. Ou seja, no mesmo indivíduo há órgãos que apresentam códigos genéticos diferentes. Por sua vez, o quimerismo artificial resulta da transplantação de órgãos. No caso de transplantação de medula óssea, o sangue de um indivíduo transplantado, transporta não o seu material genético originário mas sim aquele que

¹⁸ O zigoto é a célula resultante da união entre espermatozoide e óvulo.

foi doado. Por outras palavras, o seu sangue transporta um material genético diferente do da sua saliva, o que acaba por ter um impacto irreversível, uma vez que este é frequentemente utilizado pela facilidade de colheita (zaragatoa bocal). Assim, de forma a contornar esta limitação, é necessário garantir que a confrontação material seja feita com vestígios iguais, ou seja: sangue com sangue; saliva com saliva; sémen com sémen. No entanto, nem assim o problema fica totalmente acautelado. Uma vez que há indivíduos que podem ter espermatozoides provenientes de duas linhas celulares diferentes, se o sémen utilizado para comparação tiver origem na outra linha celular que o indivíduo apresenta, “*a sua inocência assume-se como um golpe de sorte que a natureza lhe deu*” (E. Ribas, 2014). Um outro caso que corrompe a infalibilidade do ADN é o mosaicismo, consistindo num “fenómeno” que ocorre quando há algum tipo de erro no processo de cópia do material genético, reproduzindo-se ao longo de gerações celulares. Assim, surgem algumas dificuldades probatórias que condicionam a comparação entre o mesmo tipo de célula ou material biológico, entre as amostras-problema e as amostras-referência. Neste sentido, Celso Leal e Jorge Bravo alertam para a necessidade de uma análise articulada com o princípio de precaução pois a “*irrestrita expectativa de confiança*” nestes métodos pode desencadear perigosos erros (J. Leal, 2018, pág. 21). Ainda neste seio podem ocorrer erros na recolha e armazenamento -colocando em causa a cadeia de custódia das provas genéticas- e ainda, conseqüentemente, a contaminação destas. Como forma de acautelar tal situação, está previsto no artigo 11-A.º bem como no artigo 12.º do Regulamento 827/2019¹⁹ -referente ao funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN-, formas de evitar este desfasamento, onde só se admite a inserção de perfis na base de dados caso se “*verifique a manutenção da cadeia de custódia da amostra, nomeadamente, através do preenchimento e assinatura do auto de colheita e de identificação de acordo com os modelos*”²⁰.

Além destas exceções à infalibilidade, Ana Paula Guimarães faz referência à possibilidade de mutabilidade do ADN não codificante num futuro próximo, ou seja, a probabilidade de este revelar informações genéticas que até hoje não são possíveis nem permitidas de serem conhecidas, nem tão pouco divulgadas (artigo 11.º do regulamento 827/2019). Expõe ainda a possibilidade de se colocar, propositadamente, os vestígios de ADN no *locus delicti*, espoletando assim, suposições erróneas (Guimarães, 2017). Em unanimidade com o que foi alertado anteriormente, Madalena Botelho destaca três aspetos que devemos ter

¹⁹ Disponível em <<https://dre.pt/home/-/dre/125602876/details/maximized>>

²⁰ Número 1, parte final do artigo 12.º do referido regulamento.

em conta quando avaliamos as provas genéticas -e a fim de não se rotinizar a sua utilização-, nomeadamente, “a possibilidade de o mesmo indivíduo produzir representações gráficas com ligeiras diferenças; a possibilidade de haver erros na transcrição gráfica dos perfis e a possibilidade de uma coincidência casual de códigos genéticos, sobretudo no seio de populações com características semelhantes” (Botelho, 2013, pág.165).

É cada vez mais necessário alertar e consciencializar que o facto de o ADN ser fiável não implica que seja infalível, pois persistem bastantes circunstâncias que comprometem essa mesma fiabilidade. Tal como vimos, ainda permanecem algumas exceções que podem culminar numa errónea interpretação e valoração destas provas e, conseqüentemente, fomentar diversos casos de injustiça.

Tendo ainda em conta a caracterização e composição do ADN é importante aclarar em que se desdobra o cromossoma Y e X, sendo por isso imperioso distinguir ambos. O primeiro – cromossoma Y- determina a masculinidade onde se pode obter um padrão genético específico dos homens. Por outro lado, o cromossoma X é o pertencente à mãe. De forma a consagrar o que foi dito anteriormente, verificamos que cada ser humano possui um genoma diferente, e por isso, é possível distinguir no genoma de cada indivíduo uma componente nuclear e uma mitocondrial. A componente nuclear relaciona-se com o ADN que podemos encontrar no interior do núcleo de uma célula, isto é, nos 23 (vinte e três) pares de cromossomas presentes no ovo ou zigoto. Desses 23 (vinte e três) pares, 22 (vinte e dois) são cromossomas autossómicos, ao passo que o último par determina o sexo do indivíduo (A. Costa, 2017, pág. 25). Neste segmento, cabe ainda aludir ao ADNmt, reconhecido como aquele que produz energia e permite a determinação da linhagem materna e, por isso, transmitido pelo óvulo. Deste modo, todos os indivíduos da mesma linhagem materna tem o mesmo ADNmt (J. Leal, 2018, pág. 52). Apesar de ser constituído por uma pequena molécula circular e, por isso, conter menor informação genética, a contribuição deste continua a ser muito valiosa para a análise forense “devido ao número de cópias da molécula presente em cada mitocôndria” (A. Costa, 2017, pág. 25). Todas estas características levam a que a análise do ADNmt consista numa alternativa de recolha, quando o material biológico se encontre bastante degradado e não seja possível conservação para posterior análise.

A hereditariedade do crime é algo falacioso, que nos remete a tempos longínquos, como vimos anteriormente. Muitas opiniões repudiam estas teorias que se credibilizam na ideia de que o crime é hereditário, pelas inúmeras questões sensíveis que suscitam. Porém há

uma outra perspectiva que podemos retirar onde o *“determinismo biológico pode ser ilustrado pela premissa de que a liberdade individual e o livre arbítrio são afetados pelos genes e pela biologia do indivíduo”* (H. M. e C. S. e F. Santos, 2017, pág. 18). Através desta perspectiva, podemos considerar que o comportamento criminoso foge à própria esfera de controlo do indivíduo, pelo que, a responsabilidade não pode ser vista da mesma forma, caso este fosse dotado de uma possibilidade evitável.

Até que ponto podemos culpabilizar alguém por algo que não depende da sua livre vontade mas sim por algo que, ao invés, está condicionado pelos seus genes?

Abriríamos aqui espaço para uma justiça personalizada, onde, o facto de existir algo que condicionasse a nossa vontade e livre arbítrio, não poderia ser valorado da mesma forma de alguém que estivesse isento de tal.

Esta consciencialização é pertinente para agora aludirmos a um caso mediático sobre o gene MAOA. O gene MAOA localiza-se no cromossoma X e contém uma enzima que abrange importantes neurotransmissores no cérebro como por exemplo, a dopamina que permite um determinado equilíbrio do stress, funcionando como um protetor deste (H. M. e C. S. e F. Santos, 2017, pág. 16). Assim, quanto mais baixa for a atividade do gene MAOA no cérebro, maior é a probabilidade de um comportamento desviante. Ora, neste enredo, acabou por existir um caso²¹ em que o sujeito teve uma atenuação da pena quando se soube que, alegadamente, tinha sido vítima de violência. Este caso gerou polémica pelas considerações que foram tidas no momento de determinação da pena. Neste sentido, acabaram por existir duas opiniões divergentes e que se destacaram: por um lado, duvidava-se da ligação entre genética e predisposição para o crime, além de se considerar o campo científico ainda pouco fundamentado nesse sentido; por outro, tínhamos os adeptos nesta crença na suscetibilidade genética bem como o contributo das vivências nos tempos de criança que, efetivamente, tinham influência no desenvolvimento do comportamento criminal (H. M. e C. S. e F. Santos, 2017).

Em 2005 -um ano antes do caso mediático referido supra-, foi realizada uma análise de quatro gerações do gene MAOA, em que se verificou que todos aqueles que tinham

²¹Homicídio provocado por David Bradley Waldroup a 16 de Outubro de 2006 em relação à melhor amiga da sua mulher, onde se encontrou, no local do crime, uma bíblia completamente ensanguentada, despertando alguma curiosidade. Após algum ceticismo, procedeu-se à análise do gene MAOA, comprovando-se que este tinha níveis reduzidos de atividade (desse gene). Foi considerado por muitos, o primeiro caso de sucesso que atestou a “suscetibilidade do acusado para a violência e comportamento antissocial.” Vd. Machado, H(org.) – *Genética e Cidadania*, pág. 16.

comportamentos violentos não tinham atividade do gene MAOA e que por isso, existia uma interdependência que fugia ao controlo dos indivíduos (v.d H. M. e C. S. e F. Santos, 2017).

A este propósito realçamos um outro estudo que foi publicado²² em 2002, levado a cabo por Avshalom Caspi, onde se provou que os *“adultos com baixa expressão de MAOA que sofreram maus tratos na infância mostrariam maior predisposição para o desenvolvimento de comportamentos antissociais; enquanto indivíduos sujeitos ao mesmo impacto ambiental de maus-tratos, mas portadores da variante de elevada expressão de MAOA, seriam menos propensos a comportamentos delinquentes ou criminais”*(H. M. e C. S. e F. Santos, 2017, pág. 21). Estes estudos suscitam, em alguns autores, uma reflexão quanto à possibilidade da coerência de existência de uma justiça personalizada.

A técnica de utilização de pesquisa familiar foi suscitada e utilizada, primeiramente, no Reino Unido e por isso, aí igualmente inaugurada, cujo propósito é a recolha, armazenamento e uso de perfis de ADN que tenham interesse para a investigação criminal em causa. A amostra referência²³ é comparada com a amostra problema²⁴, a fim de se expandir o número de identificações, permitindo *“identificar indivíduos geneticamente associados aos perfis que constam nas bases de dados”*(Granja, 2017, pág. 42). Este mecanismo proporciona a contínua expansão de amostras que se irá refletir, igualmente, numa contínua expansão das bases de dados, uma vez que se aumenta o número de amostras, ou seja, de correspondências. Assim, a pesquisa familiar reflete-se numa alternativa eficaz através da qual *“um perfil de ADN que não corresponda a outro inserido numa base de dados é sujeito a uma nova análise para averiguar se existem correspondências próximas”* (Granja, 2017, pág. 42). Toda a exposição e intrusão daqui resultante poderá gerar uma série de interpretações, não só em relação ao indivíduo mas também em relação à sua família, bem como, à sua etnia e raça, onde a vigilância operará de forma centralizada e discriminada, podendo gerar suspeitos criminais através do mapeamento da herança genética.

Este novo tipo de abordagem tem permitido solucionar casos através da vasta correspondência constante nas bases de dados, todavia, levanta questões sensíveis no seio da família visada que poderá vir a comprometer alguns direitos (A. Costa, 2017). Estas situações podem desencadear outras inquietações, quer a nível científico, legal ou político, onde esta

²²Na revista Science cfr. MACHADO, Helena (org.) – *Genética e Cidadania*, pág. 21.

²³ Este conceito está previsto no artigo dois, alínea d) da Lei 5/2008, 12 de Fevereiro, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1506&tabela=leis>

²⁴ Este conceito está previsto no artigo dois, alínea c) da Lei 5/2008, 12 de Fevereiro, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1506&tabela=leis>

biologia da culpabilidade leva a uma vigilância indireta, assente em teorias (ainda) bastante enraizadas. Esta crença espoleta e fomenta a criação de métodos que são aplicados no nosso dia-a-dia, como por exemplo, neste caso, as pesquisas familiares que cada vez mais se tem expandido nos diversos ordenamentos jurídicos, como por exemplo, EUA, Nova Zelândia e Países Baixos (Granja, 2017), a fim de ampliar o número de correspondências.

No seio desta relação cada vez mais visível da genética e do social, nasce uma nova área denominada por epigenética, que pretende estudar a informação como os genes se expressam sem alterar a sequência do ADN. Pier Vincenzo Piazza aborda de forma singular esta área, fazendo uma analogia entre o indivíduo e o instrumento musical. Segundo este autor, tanto o indivíduo como o instrumento musical “ecoam” de forma diferente, dependendo do sítio onde se encontram, ou seja, a variabilidade do seio que os acolhe vai refletir-se na disposição e prestação de cada um. Piazza sublinha o contraste do nosso exterior e do nosso interior, no sentido em que, apesar das *“tantas configurações diferentes, e por vezes contraditórias”* (Piazza, 2020, pág. 46) que nos acolhem e que tantas vezes nos deixam na incerteza em saber quem realmente somos, existe algo em nós que não se altera. Essa imutabilidade reflete-se no nosso património genético que, apesar de singular de indivíduo para indivíduo, mantém-se inalterável ao longo da nossa vida. Assim *“a nossa biologia é então mais inalcançável do que a visão que temos da nossa essência imaterial”* (Piazza, 2020, pág. 47). Deste modo, ao passo que as nossas características exteriores nos diferenciam, o gene também o faz, de uma forma invariável, pois não se altera com o tempo. Esta constante deve-se ao princípio da imutabilidade característico do nosso ADN.

Segundo Rafaela Granja²⁵, a epigenética reflete-se numa nova área científica -pós genómica-, que estuda *“os mecanismos moleculares que regulam a função dos genes sem alterar a sequência do ADN”* (Granja, 2017, pág. 43). Esta recente área pretende estudar a relação dualista da herança genética e o exterior, ou seja, os fatores ambientais, tentando de alguma forma descodificar o processo que influencia e transforma as características do indivíduo. Segundo Francisco Ortega e Luna Silva, o estudo da epigenética reveste os *“meios e processos pelos quais a determinação biológica do organismo é atualizada e expressada ao longo de seu desenvolvimento”* (L. Ortega, 2014, pág. 768). Cândido da Agra acaba ainda por aclamar que *“nós somos uma formação emergente da interação entre a necessidade e o*

²⁵ Autora do capítulo *“Crime e família no entrecruzamento da genética e do controlo social: Velhas e novas racionalidades científicas”* in MACHADO, Helena (org.) – *Genética e cidadania*.

acaso; a ordem e a desordem; o determinismo e o indeterminismo. Somos jogados por forças contraditórias e por distonias tonantes.”²⁶

Richard E. Tremblay tem sido destacado pelos seus recentes estudos dentro desta nova área e preocupa-se, essencialmente, com o desenvolvimento do comportamento criminoso. Tremblay, juntamente com Moshe Szyf, tem estudado o desenvolvimento do comportamento agressivo crônico através da epigenética, onde destacam a influência do período pré natal e o início de vida. Este período é essencial e varia conforme o ambiente e os cuidados prestados às crianças pelas mães, durante esse tempo. Neste seio são destacados alguns fatores de risco, nomeadamente a *“idade precoce; historial de problemas comportamentais; reduzidos recursos educacionais; hábitos de consumo de tabaco, álcool e outras substâncias; problemas de saúde mental; relacionamentos íntimos conturbados; pobreza e parentalidade coerciva”* (Granja, 2017, pág. 44). O reconhecimento destas condicionantes auxilia-se, ainda, na influência que a família tem no nosso desenvolvimento enquanto seres individuais, sobretudo em dois momentos invariáveis, nomeadamente, pré natal e início de vida. Podemos assim distinguir dois momentos e duas influências singulares. Enquanto o papel da mulher/mãe é mais preponderante durante a infância, o do homem/pai reflete-se a longo prazo, numa idade mais adulta que coaduna com o desenvolvimento do indivíduo. Assim, são ambos considerados peças chaves no desenvolvimento dos filhos, não só a nível genético conforme abordamos anteriormente, mas já com uma influência externa, posterior ao nascimento completo e com vida.

A família é o seio que nos acolhe, por isso, a fim de existir um equilíbrio da possível moldagem que nos abarca, surge a necessidade de prevenirmos alguns fatores que possam colocar em risco essa “imagem”. É necessária uma interpretação equilibrada tendo por base todos os estudos realizados até agora e, ainda, um debate aberto e transparente de forma a se poder reconhecer todas as potencialidades, tanto no presente como no futuro. Revela-se uma área completamente inovadora com um interesse indubitável se utilizada de forma protecionista e nunca repressiva. Há uma importância extrema na forma como comunicamos a ciência e não apenas em relação àquilo que ela nos comunica.

A prevenção desenvolvimental assumiu uma enorme importância nos dias que correm, fruto dos conhecimentos que surgiram não só em relação ao indivíduo mas sim em relação a todas as componentes que o integram. De forma a acompanhar a perceção na íntegra do

²⁶ Comunicação verbal.

Homem, a prevenção desenvolvimental destacou três dimensões, nomeadamente, “i) o desenvolvimento do comportamento antissocial e delinquente, inscrevendo-o nos processos e fatores desenvolvimentais do indivíduo; ii) o estudo dos fatores de risco e proteção e a sua importância em diferentes faixas etárias e fases de desenvolvimento do indivíduo; e iii) os efeitos dos acontecimentos de vida ao longo do percurso desenvolvimental do indivíduo” (G. Santos et al., 2018, pág. 160-161). Por conseguinte, estas três dimensões, refletem-se de forma tripartida em dimensões de risco a nível individual, familiar e ambiental. A primeira – individual – relaciona-se com o “conjunto de diferentes características emocionais, cognitivas e sociais de um indivíduo” (G. Santos et al., 2018, pág. 164); quanto à segunda dimensão – familiar – reflete-se na existência de comportamentos antissociais e delinquentes no seio familiar; práticas educativas desajustadas; ambientes conflituosos. Estes fatores explicam-se através de uma multiplicidade de situações onde se pode destacar algumas, tais como por exemplo, a contínua exposição intergeracional aos mesmos fatores de risco; a fácil e permanente exposição a conflitos (G. Santos et al., 2018, pág. 169). Além destes destacamos ainda os fatores de risco ambientais que se relacionam com “os nossos pares, a escola e a comunidade”, e por isso, todo o núcleo que nos acolhe e é exterior ao seio familiar (G. Santos et al., 2018, pág. 171-172).

Estas teorias fortalecem a crença na influência que a família e a comunidade tem no desenvolvimento do indivíduo. Em relação à família, não só no momento da conceção - hereditariedade- mas também num momento posterior e externo que se relaciona com as vivências, por exemplo, de cada progenitor. Por outro lado, também a própria comunidade, os pares, pessoas com quem nos vamos cruzando pela vida, tem influência no nosso desenvolvimento. Cada vez mais, surgem estudos que tentam explicar o crime tendo em conta as mais diversas pluralidades que nos acolhem, tanto como seres individuais como seres sociais. No entanto, é importante salientar que não se deve olhar para estes estudos de forma inflexível e totalitária, uma vez que o ser humano é complexo e não cabe (nem nunca caberá) em previsões. Não somos peças que se encaixam. Somos seres distintos uns dos outros, dotados das mais variantes características e que, apesar de parecer *clichê*, é mesmo isso que nos torna únicos.

Apesar da genética preditiva refletir-se, em grosso modo, numa modalidade de prevenção desenvolvimental, verificamos que o momento e o modo de atuação é distinto, sendo por isso importante filtrar e adequar o uso de forma proporcional à finalidade, conforme a situação em causa. Não podemos permitir que a existência de “erros” -intrínsecos ao próprio

ser humano- abram portas a um anseio frenético pelo “melhoramento” da nossa natureza, pois isso entra em colisão com o “princípio da não-instrumentalização”- Este princípio defende a nossa existência como um fim em nós mesmos e nunca um meio para se atingir determinado objetivo (Nunes, 2013). Revela-se, por isso, extremamente importante fazer a devida distinção pois, em conformidade com o que alertamos anteriormente, *“se a sociedade permitir a engenharia genética de melhoramento, além de colocar em causa o princípio da igualdade de direitos entre as pessoas, não tem no futuro, argumentos que impeçam a prática de engenharia genética com uma finalidade eugénica”*(Nunes, 2013, pág. 158).

A fim de acautelar o uso das áreas mencionadas anteriormente, considera-se oportuno que estas sejam auxiliadas pela bioética, de forma a *“salvaguardar a integridade do ser humano prevalecendo sempre esta sobre qualquer conhecimento ou avanço científico no âmbito da genética”* (A. Costa, 2017, pág. 40). Segundo Cândido da Agra, a bioética é suscitada desde o século XX e veio dar visibilidade aos Conselhos Nacionais de Ética (C. Agra, 2012). Tendo em conta o limbo delicado em que a bioética se sustenta -pois *procura um compromisso e equilíbrio entre o progresso científico controlado e a vida humana e aspetos éticos e morais que com ela se relacionam* (A. Costa, 2017, pág. 40)-, Cândido da Agra, vem dar-nos a conhecer “dois possíveis itinerários”, que podem resultar na materialização e consonância das diversas áreas e objetivos, através de uma *ética da comunicação*. O primeiro itinerário passa pela ciência forense, criminologia e segurança onde *“a ciência do crime e ciência forense devem articular-se não apenas em termos de estratégia científica e epistemológica mas também porque um sério problema global que afeta a vida das sociedades atuais convoca a sua aliança: é o fenómeno da segurança e da paz social. Precisamos urgentemente de políticas e práticas de segurança iluminadas por um processo sistemático de evidenciação científica interdisciplinar (teórica e empírica) assim contrariando políticas definidas por corporações de interesses morais, políticos, ideológicos, financeiros”* (C. Agra, 2012). O segundo itinerário passa pelo “animal de cidade” e o seu comportamento, admitindo que aquilo que distingue o homem dos animais é a cidadania. Apesar do Homem tender, naturalmente, para a cidadania, as disposições naturais deste para a “amizade cívica” não são suficientes. A sua boa efetivação necessita por isso da força do Direito. Neste sentido, *“da primeira variável se incumbem, de modo especial, as Ciências; da segunda se encarregam o Direito e a Ética”* (C. Agra, 2018a). Estes itinerários pretendem assim fazer convergir estas áreas, ao passo de *“cessar o divórcio”* entre as Ciências e as

Humanidades, realçando que crê “*numa ciência do Homem a construir na e pela aliança entre a Ciência, o Direito e a Ética*” (C. Agra, 2012).

Uma das razões pela qual o uso das provas genéticas apenas abarca o ADN não codificante -aquele que não fornece características fenóticas do indivíduo, apesar de ser altamente individualizador-, é para, de alguma forma, acautelar possíveis futuros estigmas. Daí ser cada vez mais necessária e urgente esta aliança entre Justiça, Ciência e Ética, pois as duas primeiras -caracterizadas por divergentes abordagens- precisam de um fundamento garantístico que as harmonize e efetive uma solução proporcional e adequada.

Apesar do distanciamento temporal que defendia a hereditariedade do crime e, tendo em conta as novas teorias criminológicas que pretendem colmatar a visão reducionista do indivíduo, a verdade é que ainda persistem, nos dias de hoje, determinadas teorias anacrónicas que remontam ao século XVII e XVIII. Esta permanência, apesar de não se observar a nível científico, observa-se ao nível das representações sociais. Este anacronismo -derrubado em Portugal nas primeiras décadas do século XX por eminentes criminólogos tais como Ferraz de Macedo e Mendes Correia (C. Agra, 2018b)-, torna-se mais perigoso quando constatado no seio da própria investigação criminal. Segundo entrevistas realizadas por Diana Miranda²⁷, percebemos a insistência de determinados preconceitos que são tidos na hora, por determinados órgãos de polícia criminal, quando encaram determinado indivíduo. Neste sentido, alguns confessam “às vezes nós temos a mania de brincar, **mas olhamos para uma personalidade e parece que tem aqueles traços fisionómicos e que enquadra perfeitamente naquele tipo de crime (...) olha a posição dele, a forma de estar (...) até a maneira como ele fisicamente fala (...) a forma como se comporta, o rir**”²⁸ (Miranda, 2017, pág. 74-75). Além da perspectiva do lado do inspetor, é ainda considerada a visão do condenado quando, por exemplo, comentam o seguinte: “até houve lá um PJ que ficou admirado” – tendo confessado o PJ ao condenado – “**nunca nada me dizia que o senhor era capaz de fazer este tipo de assaltos, porque pelo seu comportamento, a sua postura ...nada nos leva a associar você ou a sua figura a um tipo de crime desta natureza**”²⁹ (Miranda, 2017, pág. 75). Neste seguimento, realçamos outra entrevista que passamos a citar: “*eu acho que é a ocasião que faz o ladrão e não tanto a pessoa que se transforma neste ou naquele tipo de criminoso (...) pese embora aí umas teorias no âmbito da criminologia que nos apontam para alguns aspetos*

²⁷ Autora do capítulo “*Ler a criminalidade pelo corpo: A natureza criminal e os suspeitos do costume*” in Machado, H(org.) – *Genética e Cidadania*.

²⁸ Negrito nosso.

²⁹ Negrito nosso.

biológicos e psicológicos poderem influenciar na prática do crime ou até de um certo tipo de crime”³⁰ (Miranda, 2017, pág. 75).

A ideia de que o criminoso é facilmente detetável pela sua exteriorização, pelo seu meio, por tudo aquilo que lhe é “acessório”, leva a uma suspeição -isenta, por isso, de imparcialidade- no momento em que estamos frente a frente com o indivíduo. Este preconceito, quando aliado às técnicas de identificação, através de provas genéticas, consubstancia numa perigosidade e num rompimento total da justiça, quer em relação ao indivíduo quer em relação ao seu meio.

Em sequência do que foi aludido anteriormente, no método de Bertillon, além das medições que eram feitas, a exteriorização era imortalizada em fotografias, de forma a ser mais facilmente identificável. O sentimento que decorre dos condenados, após ser tirada a fotografia, é algo curioso. Segundo estes, parece que há um género de desfiguração, uma tendência propositada para que, literalmente, conforme o ditado popular “fiquem mal na fotografia”. Estes chegam mesmo a considerar tal facticidade uma forma propositada de humilhação e sentem-no como um “«trauma» que revisitam cada vez que olham para os placards expostos nas paredes da prisão ou para a carta de identificação do recluso” (Miranda, 2017, pág. 73). Nas palavras de Diana Miranda “a fotografia participa na construção identitária do recluso e é através dela que os outros o apreendem. Assim, da mesma forma que tal retrato fotográfico tem impactos no modo como os reclusos se autopercecionam, também os atores que trabalham no sistema de justiça criminal atribuem significados ao criminoso com base nas características fisionómicas, podendo tal ter impactos na sua definição” (Miranda, 2017, pág. 73). Ainda na visão de um recluso -prevista nas entrevistas do estudo elencado anteriormente- a “pessoa tira a fotografia e eles desfocam de todas as formas, põe a cara aguçada que parece um monstro (...) **põe uma pessoa que parece um bicho, um monstro**”³¹ (Miranda, 2017, pág. 73).

Através destas constatações, parece existir um ciclo vicioso na forma como se tenta imortalizar as teorias que acreditam numa exteriorização do criminoso, numa imagem divergente à dos restantes indivíduos. Tudo isto carreado com a descoberta do perfil individualizador do ADN pode levar a efeitos irrevogáveis, no sentido em que se aceitarmos a sua recetividade em modelos de identificação “normais” como, por exemplo, cartão do

³⁰ Negrito nosso.

³¹ Negrito nosso.

cidadão, tornamos estes dados vulgarizados, e desajustadamente, normalizados. Destarte, Gisela Ribeiro faz uma alusão interessante quando, hipoteticamente, (não) admite a vigoração dos dados genéticos no cartão de cidadão por semelhança à impressão genética, referindo que *“os dados pessoais genéticos têm uma natureza especial e distinta dos dados que integram atualmente o cartão de cidadão, pelo que estes não devem ser nele inseridos para além de que existem outros métodos de identificação igualmente eficazes e menos lesivos do núcleo essencial do leque de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana”* (G. Ribeiro, 2020, pág. 36). O nosso entendimento converge neste sentido, sendo pertinentes questões hipotéticas como esta serem levantadas, de forma a suscitar um diálogo ponderado e aberto com vastíssimas hipóteses que nos permitam analisar, detalhadamente, o impacto que estas informações podem ter se usadas inadvertidamente.

As teorias bioantropológicas tiveram um grande contributo na perceção e interpretação do crime, nem que só fosse pelo facto de esmiuçar um outro entendimento, pelo que, nos dias de hoje, ainda vários autores defendem o regresso a este tipo de estudos *“«sem preconceitos»”* (H. Machado, 2017, pág. 54). Ou seja, através de uma metamorfose, dada em determinados aspetos, desvinculando o carácter repressivamente estigmatizante, tendo como objeto central de estudo a influência do gene na dita *“hereditariedade do crime”*. A fim de acautelar aquilo que não se conseguiu anteriormente, consideramos importante *“educar o público na desconstrução de imaginários populares em torno da genética (...) bem como clarificar junto dos tribunais quais são as próprias limitações da ciência e os riscos da utilização indevida de informação científica”* (H. Machado, 2017, pág. 58).

Não podemos permitir que as provas genéticas subsistam neste limbo delicado entre a imparcialidade da ciência e interpretações que as possam corromper.

De forma a efetivarmos a justiça, isenta de julgamentos exteriores, pretendemos sublinhar, nas palavras de Rui Nunes, que a *“pessoa humana não se reduz ao seu património genético. Qualquer forma de determinismo genético é, assim, inconsistente com uma visão personalista da vida e das relações humanas, sendo a pessoa humana mais do que a soma algébrica do genoma e do ambiente. Existe um efeito multiplicador nesta inter-relação dado que a pessoa humana é sempre uma realidade autónoma que se vai lentamente transformando nela própria de um modo verdadeiramente singular”*³² (Nunes, 2013, pág. 107).

³² Negrito nosso.

3 A IDENTIFICAÇÃO COMO MEIO DE DISTINÇÃO

Na sequência do que falamos anteriormente e após desmistificarmos o que é o ADN, é importante perceber as consequências que este tem na identificação e reconhecimento do indivíduo, sendo este o primeiro e verdadeiro impacto destas tecnologias.

O ADN carrega a nossa individualidade ancorado no princípio da diversidade e é este processo que permite a nossa distinção e cumulativa identificação. Assim, torna-se necessário ser fiel a essa mesma individualidade, repudiando tudo aquilo que possa contaminar a nossa discriminação.

A descoberta da verdade material é uma das finalidades da nossa justiça, onde é indubitável o arbítrio intrínseco na descoberta da mesma e por isso, convém clarificar o conceito de identificação que está intimamente relacionado com a recolha de ADN e, igualmente, com os Direitos inerentes à(s) própria(s) pessoa(s).

A identificação humana remonta-nos a tempos longínquos, cuja existência de inúmeros e variados métodos nos permitiram discriminar e por isso, saber, se estávamos perante A ou B. Com toda a mutabilidade científica, tecnológica e societária -definidora dos próprios direitos- os métodos são cada vez mais eficazes, embora mais invasivos. Através da consciencialização que existe envolta desta temática, urge a reflexão sobre uma ponderação adequada onde, a identificação nunca poderá colocar os direitos fundamentais em causa.

Todos os comportamentos são sucessivos reconhecimentos e identificações, sendo nessa especificidade intrínseca a cada um, que se permite uma individualização e é nessa individualização, que constatamos a identificação (Braz, 2015, pág. 69).

O crime é um fenómeno social complexo, em permanente mutação e, por isso, identificar os variadíssimos comportamentos é algo cada vez mais complicado, sobretudo, pela complexidade com que o mesmo é realizado. Tendo em conta todo o medo e insegurança caracterizadora das sociedades modernas, aclama-se, cada vez mais, à imperiosa necessidade de reconhecer e identificar o outro. De forma desambiguada, a identificação humana relaciona-se com o princípio da individualidade biológica pois *“explica a infinita variabilidade entre elementos da mesma espécie, demonstrando que não existem pessoas iguais entre si”* (Braz, 2015, pág.71).

O conceito de identidade relaciona-se então com a individualidade de cada um, prendendo-se com um processo metodológico e não com um resultado.

A identificação é pois um preliminar da individualização que não tem como propósito reconhecer mas sim distinguir -e por isso mesmo, individualizar-, onde essa “caracterização” não acaba em nós mesmos, pois a diferenciação que a permite depende de atos que temos ao nos relacionarmos com os outros. Seguindo este raciocínio, o processo de construção da identidade é revelador de uma *“uma construção social que depende de intersubjetividade, ou seja, ocorre nas relações que se estabelecem com o outro”* (Godoi & Garrafa, 2014, pág. 160). Só através deste caminho de individualização e de divergência em relação ao outro é que chegamos à identificação. Assim, é invariavelmente importante o cuidado que devemos ter ao utilizar métodos de identificação, sobretudo, na sua interpretação. Ao não ser algo verdadeiramente fidedigno torna-se mais ajustado falar de *“probabilidades e não de certezas”* (Machado et al., 2010, pág. 4).

Ao abordarmos não só a identidade mas sim a identidade genética estamos também a falar de *“afeções de manifestação tardia, bem como de características somáticas ou traços psicoafectivos”* (Nunes, 2013, pág. 75). Rui Nunes considera pertinente fazermos um balanço segundo a trilogia: identidade **pessoal**, identidade **genética** e identidade de **género**. A regulação da identidade genética e da identidade pessoal carece de alguns princípios de forma a permitir uma harmonização em relação à intervenção genética no homem. Assim, existe a necessidade de prevenirmos, através de um consentimento informado e assegurado pela garantia de determinados direitos, nomeadamente: direito à privacidade individual e direito à não comercialização do genoma humano (Nunes, 2013). A tarefa da sociedade é dupla, pois por um lado, estabelece mecanismos de controlo eficazes e por outro, deve ser consciente e responsável quanto às consequências que podem advir destas investigações científicas (Nunes, 2013).

Parece indissociável a identidade pessoal da identidade genética, uma vez que a primeira é composta pela segunda. No entanto e conforme o que foi referido anteriormente, a identidade genética nunca pode servir como uma exteriorização do nosso julgamento, daí a cautela que tem de existir na forma como obtemos as informações e as revelamos. Por outro lado, em relação à identidade de género, se não for interpretada de forma clara, também pode levar a utilizações erróneas. Assim sendo, é inegável todo o cuidado que devemos ter na hora

de elencarmos os diferentes tipos de identificações, onde se requer um acompanhamento urgente, aliado à valoração impreterível dos direitos fundamentais.

As amostras de ADN são caracterizadas pela sua universalidade, imutabilidade e individualidade, acarretando consigo um inegável facilitismo e rapidez que permitem colmatar grandes dificuldades até há muito tempo vividas. Apesar disso, com toda a mutação do crime, da sociedade e devidas interpretações, estas podem tornar-se falaciosamente perigosas ao ponto de não permitir uma verdadeira individualização. Esta bola de neve que se pode formar, corrompe o próprio objetivo e a própria crença nos métodos de identificação baseados na ciência, nomeadamente, nas tecnologias de ADN. Detentoras de uma verdadeira imparcialidade por serem o “*componente principal dos cromossomas*” (Botelho, 2013, pág. 61) visam a identificação justa, daí a sua relevância na descoberta da verdade material. No entanto, apesar da neutralidade característica destas técnicas, a aglutinação do direito à ciência forense vem desatar um choque de desiguais atores, com diferentes perceções e capacidades de utilização da informação genética na investigação criminal (Machado & Costa, 2012, pág. 18). O confronto destes diferentes atores desencadeia uma precariedade em relação à consonância de utilização destas técnicas, pois, assim como referimos anteriormente, estas duas áreas distintas -justiça e ciência- colidem sistematicamente, fruto dos diferentes entendimentos e consequentes praticabilidades. O uso desta técnica vem bastantes vezes aliado a uma variante de interpretações e suspeições que acaba por resultar num envenenamento, uma vez que, além de não ser isento de falhas, ainda é acompanhado por questões alheias de parcialidade, destacando aqui as entidades suspeitas que António Amorim aborda. Segundo este autor, tratam-se de “*identidades instáveis, imprevisíveis e sem posição social definida, quando comparadas com as identidades dos indivíduos classificados como “respeitáveis”, os cumpridores da lei*” (Machado et al., 2010, pág. 7). Dado o caráter instável destas identidades, é incerto definirmos a sua génese, uma vez que resultam “*tanto das práticas de investigação criminal como da perícia genética no âmbito do desenvolvimento e utilização de bases de dados de perfis de DNA para efeitos forenses*” (Machado & Costa, 2012, pág. 5).

A vulgarização de entidades suspeitas no contexto de investigação criminal revela-se perigosa uma vez que a identificação rotulada faz desaparecer a presunção de inocência em (des)virtude da suspeição ou ainda, da “presunção de criminalidade”. Tudo isto culmina num percurso fatal em que ao tentarmos procurar atingir a verdadeira identificação de alguém, estamos a adulterá-la através da suspeição. Esta desfiguração verifica-se quer pela crença nas

provas genéticas aplicadas na área da justiça -pois muito facilmente podem ocorrer enviesamentos e convicções erróneas na visualização e práticas destas-, quer na própria imagem que a sociedade vai concebendo em relação aos indivíduos, ao ponto de estes mesmos se sentirem pressionados e convictos de que são vistos como algo, que no fundo, sabem que não são. Neste sentido e servindo de exemplo o que referimos no capítulo anterior, constatamos que os órgãos de polícia criminal, ao pretenderem muitas das vezes, uma justiça eficaz e rápida, levam determinados pensamentos estereotipados para a investigação, o que acaba por moldar, inadvertidamente, a identificação. Esta utilização pode suscitar uma prática errónea através dos usos das tecnologias de identificação criminal e, em particular, do registo de armazenamento de informação (Miranda, 2017).

Filipa Queirós³³ considera que a estigmatização policial leva a uma estigmatização social pois aquilo que está dentro ou fora do alvo policial é o que, conseqüentemente, vai ser visto com estigma e por isso, de forma discriminada (Queirós, 2017). A nossa informação genética, não pode, nunca, exteriorizar e catalogar quem somos pois “*a convicção do que realmente somos pode não corresponder ao que consta nos registos*” (Miranda, 2017, pág. 80).

Os métodos de identificação que existiram até hoje em Portugal visaram sempre, de forma crescente, uma melhor e mais rápida identificação, desde as medições baseadas nas técnicas de Bertillon, feitas nas prisões do Porto e Lisboa, até à imortalização nas fotografias que constavam no “histórico” de cada um. Conforme refere Cândido da Agra, estes métodos de identificação foram iniciados no *posto antropométrico*, instalado na Cadeia da Relação do Porto em 1902, que só foi possível com a entrada em vigor da lei de 1899 que permitiu a criação do lugar de médicos antropologistas (C. Agra, 2018b). Aliado a este método, caminhou-se num sentido mais “categorizador e informatizado” para as impressões digitais, que começaram a ser, igualmente, utilizadas no posto antropométrico do Porto e que se passou a designar por Repartição de antropologia criminal, psicologia experimental e identificação (C. Agra, 2018b): Estas técnicas ganharam uma relevância intemporal, prolongando o seu uso até aos dias de hoje. Mais recentemente, com o contributo do ADN, inovamos para uma comparação realizada através da amostra referencia com a amostra problema. Tanto a normalização das impressões digitais no cartão de cidadão bem como as fotografias tiradas e que constam no histórico de cada um, levam-nos a pensar: até que ponto é que a identificação

³³ Autora do capítulo “*Trajétórias vigilantes: As tecnologias de ADN enquanto mecanismos de vigilância sobre os cidadãos*” in MACHADO, Helena (org.) – *Genética e Cidadania*.

deve ser exteriorizada e normalizada num documento, em algo invariavelmente intempestivo? Até que ponto é que isso nos vai comprometer futuramente?

Tudo o que é facilmente visível ou exteriorizável pode ser, precipitadamente, alvo de estigmatização como por exemplo, cor, raça, determinadas medições. Apesar destas características, há ainda outras componentes que estão associadas ao indivíduo, nomeadamente, as informações genéticas que, apesar de não serem óbvias de desmistificação e visualização a olho nu, contribuem, na mesma medida, para possíveis interpretações desfasadas, ou seja, por determinadas crenças que lhes pode estar associada. Posto isto e conscientes de que qualquer um destes meios de identificação pode ser alvo de contaminações, é urgente distinguir os diferentes componentes através dos quais esta resulta, uma vez que há mecanismos que envolvem um carácter mais sensível e lesivo do que outros. Assim, no nosso entendimento, as informações genéticas, contrariamente às impressões digitais, tem um carácter muito mais frágil e informador. Apesar de ambos pretenderem uma individualização, não podemos comparar estas últimas ao carácter impenetrável das informações genéticas. Emerge a necessidade de distinguirmos bem estes métodos assim como a sua aplicação de forma a não fazermos tábua rasa dos nossos direitos em prol da insaciável procura pela descoberta da verdade material, neste caso específico, através da identificação/individualização por meio das provas genéticas. A legislação que admite e regula a utilização das técnicas de ADN no nosso ordenamento jurídico, até hoje, elencou bem estas diferenças ao passo que não admite a análise de ADN que não seja não codificante pois *“no caso de algum dos marcadores de ADN revelar informação relativa à saúde ou a características hereditárias específicas, esse marcador é excluído dos perfis de ADN incluídos na Base de Dados e deixa de ser estudado nas amostras a analisar posteriormente”*³⁴. Apesar da nossa lei proteger devidamente este tipo de informação, nada nos garante que, num futuro próximo, decorrente da agravação do crime bem como da especificação deste, não se possa vedar os olhos a tal visão humanitária e, erroneamente, exceder a proporcionalidade da norma.

A suposição exercida diretamente pelos OPC'S e sentida pelos condenados pode originar uma fragilidade na sociedade sobretudo, quando estes últimos reconhecem este “rótulo” por parte dos primeiros, remetendo para uma descredibilidade e uma falta de esperança na ressocialização.

³⁴ Regulamento n.º 827/2019, artigo 11.º n.º 1.

O fascínio e aceitação crescente da implementação e consagração das tecnologias de ADN na sociedade, tem por base a indiscutível facilidade e fiabilidade destas na identificação. O contributo que a tecnologia teve neste sentido permitiu novas conceções de identidade ao passo que a *“informação recolhida no corpo humano converte-se em password usada na gestão e monitorização de múltiplas instâncias e controlos de acesso: identidade, movimento, cidadania”* (Matos, 2016, pág. 8).

A ciência, tal como a justiça, pretende-se que seja universal e por isso, isenta de condicionantes que enviesem a veracidade. Assistimos, cada vez mais, a fenómenos suportados pela discriminação e pela estigmatização. Ora, quando isto é verificado na própria conceção da procura pela verdade material, colocando em causa a própria imparcialidade e universalidade da ciência, origina uma crise dentro do próprio sistema de justiça que se serve destes meios para alcançar, eficazmente, a equidade. Não podemos enviesar a própria singularidade e neutralidade alcançadas pelas tecnologias do ADN, nem tão pouco, admitir uma suposição em detrimento da verdadeira identificação.

4 DIFÍCIL CONCILIAÇÃO DAS BASES DE DADOS NA UNIÃO EUROPEIA: REFLEXÃO SOBRE AS DIFERENÇAS EXISTENTES EM CADA ORDENAMENTO JURÍDICO

A aliança entre a ciência e a justiça, deve-se, essencialmente, ao facto de, apesar de serem áreas distintas, convergirem ao pretenderem a imparcialidade e a universalidade. É neste seio que nasce e se populariza a eficácia das provas genéticas. Através da recolha de ADN é-nos apresentada a individualidade de cada um, onde, ao ser utilizada de forma premente em cada ordenamento jurídico, fomenta a esperança numa consolidação de cooperação e luta contra o crime. É (já) em 1992 com a *RECOMMENDATION No. R (92)*³⁵ do Comité de Ministros dos Estados Membros que se reconhece e apela ao uso de técnicas de ADN: *“Convictos da necessidade de prosseguir uma política criminal comum que vise a proteção das pessoas e da sociedade em que vivem; tendo em conta que as técnicas de análise do ADN podem oferecer vantagens ao sistema de justiça penal, em particular na determinação da inocência ou culpa; A análise de ADN pode ser obtida junto de um laboratório ou instituição estabelecida noutro país, desde que o laboratório ou a instituição*

³⁵ Disponível em <<https://rm.coe.int/09000016804e54f7>>

*satisfaça todos os requisitos estabelecidos na presente recomendação. A comunicação transfronteiriça das conclusões da análise de ADN só deve ser efetuada entre Estados que cumpram o disposto na presente recomendação e, em especial, nos termos dos tratados internacionais pertinentes sobre o intercâmbio de informações em matéria penal e Artigo 120 da Convenção sobre a Proteção de Dados*³⁶.

No entanto, e apesar do cobijado mais tardiamente com o tratado de Prum, vimos que este pretendia com o seu artigo 1º (...) *intensificar a cooperação transfronteiras em matérias abrangidas pelo Título VI do Tratado, em especial o intercâmbio de informações entre autoridades responsáveis pela prevenção e pela investigação de infrações penais. Para esse efeito, a presente decisão contém regras nos seguintes domínios: a) Disposições relativas às condições e ao procedimento para a transferência automatizada de perfis de ADN, de dados dactiloscópicos e de certos dados nacionais do registo de matrícula de veículos*³⁷.

Apesar da ambição, verificamos que o caso concreto mostrou-se desfasado das suas pretensões iniciais. Se por um lado se ansiava a adoção da base de dados nos diferentes Estados Membros, a fim de contribuir para uma partilha de perfis com objetivo de colmatar o crime; por outro, veio-se a verificar a reticente aceitação, fruto de múltiplas divergências, quer no momento da sua aceitabilidade, quer no alcance da mesma devido aos “*critérios distintos de inserção, de cruzamento, de manutenção, de cancelamento e de administração dos perfis constantes dos ficheiros*” (J. Bravo, 2014, pág. 9) ao passo que podemos distinguir regimes expansivos de regimes restritos (cfr. Machado et al., 2011).

Esta discrepância justifica-se com a permanência de diferenças existentes nos distintos ordenamentos jurídicos, fruto das vastíssimas e divergentes interpretações que as provas genéticas ainda tem nos dias de hoje, fomentando a desarmonia que prevalece dentro da União Europeia e o fracasso na luta contra o crime. Neste segmento Jorge Bravo, mostra a sua inquietação ao não “*entender a razão pela qual, tratando-se de uma forma de identificação automática que interessa às autoridades estaduais da UE, não se optou pela sua completa integração, permitindo a inserção e manutenção de perfis de ADN, o acesso e a consulta diretos, a todas essas autoridades, de acordo com o estabelecimento de critérios e regras uniformes e comuns, a que não se oporiam os ordenamentos jurídico-constitucionais*

³⁶ Tradução e sublinhado nosso.

³⁷ Artigo 1.º da Decisão 2008/615/JAI do Conselho de 23 de Junho de 2008, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008D0615>>

dos Estados em que já se encontram implementadas”(J. Bravo, 2014, pág. 9). Todo este confronto de expectativa versus realidade leva a várias posições interpretativas díspares que fomentam, ainda mais, a persistência assimétrica a que se assiste nos dias de hoje e que dificulta a compatibilização de uma solução.

Por sua vez, Helena Machado³⁸ considera que a *“ciência pretende ser global mas as realidades das práticas são locais”* o que acaba por se refletir nesta contradição entre o preterido e o existente. A universalidade da ciência, desassociada de uma prática igualmente universal dentro dos diferentes ordenamentos jurídicos, leva a uma cooperação deficitária onde se torna urgente a *“coordenação e cooperação entre as autoridades nacionais”* (Enes, 2018, pág. 382). Neste sentido Graça Enes³⁹ reforça ainda que *“a política criminal permanece dentro das competências nacionais e a prevenção e o combate ao crime estão firmemente incorporados em estruturas territoriais estaduais. A cooperação em matéria penal interliga dois domínios distintos: segurança e assuntos internos e justiça. A sua articulação nem sempre é coerente, dado que esses domínios se encontram frequentemente sob a égide de diferentes pastas governamentais a nível nacional, cada uma com os seus próprios órgãos de administração”*⁴⁰(Enes, 2018, 380).

Apesar da adoção de bases de dados crescer a um ritmo gradualmente moroso, esta cresce, igualmente, numa necessidade unânime de luta contra o crime, através da cooperação entre os Estados, onde se caminha *“de uma matriz nacional de criminalidade para um paradigma de criminalidade post estadual”*(J. Leal, 2018, pág. 73).

A primeira base de dados tem lugar no ano de 1995 no Reino Unido, que, naquela altura, ainda faziam parte da União Europeia, daí a pertinência de (ainda) se aludir a tal. Seguidamente desta, surge na Escócia (1996), Holanda e Áustria (1997). É então neste ano, 1997, que a União Europeia começa a alertar para conveniência da adoção de base de dados nos estados membros e, apesar de alguns terem adotado em anos posteriores, nomeadamente: Alemanha e Eslovénia em 1998; Finlândia e Noruega em 1999; Dinamarca, Suíça, Suécia, Croácia e Bulgária em 2000; França e República Checa 2001; Bélgica, Estónia, Lituânia e Eslováquia 2002; Hungria e Letónia 2003, só em 2005 é que o Tratado de Prum é assinado

³⁸ Comunicação feita durante conferência via Zoom *Genética Forense em sociedades pós socialistas*, 26 de Maio de 2020.

³⁹ Autora do capítulo *“A política de cooperação criminal da União Europeia: diversidade, identidade, complexidade”* in AGRA, Cândido; GOMES, Marcus Alan – *Criminologia Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de Língua Portuguesa*.

⁴⁰ Negrito nosso.

entre 7 países, designadamente, Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Países Baixos e Áustria cujo objetivo era de *“melhorar a cooperação transfronteiras entre as autoridades policiais e judiciais dos países da UE com vista a combater o terrorismo e a criminalidade transfronteiras com maior eficácia. A decisão incide especialmente nos intercâmbios de informação automatizados. Incide também nos eventos importantes e no combate ao terrorismo”*⁴¹. No entanto, só três anos mais tarde, mais concretamente, a partir de 26 de agosto de 2008 é que a decisão começa a ser aplicada -sendo este o ano coincidente com a nossa adoção legislativa que aprovou a criação de base de dados para fins de investigação civil e criminal- com a lei 5/2008, 12 Fevereiro. Importa aqui destacar que a esta lei antecede-lhe um processo iniciado oito anos antes *“na sequência de uma proposta do Instituto Nacional de Medicina Legal e que só depois de múltiplos esforços e de um amplo debate público”* (Vieira, 2012, pág. 6). Fruto de algumas anemias que consubstanciavam, sobretudo, no reduzido número de marcadores de ADN, só a 19 de Julho de 2011 é que Portugal fica *“suficientemente autorizado”* a entrar no intercâmbio automatizado de dados de ADN a nível europeu (Vieira, 2012).

Esta consciencialização cronológica é importante para agora percebermos as principais diferenças existentes na base de dados de cada Estado Membro, onde podemos distinguir dois modelos predominantes: expansivo e restritivo. O primeiro alude aos poucos condicionalismos presentes na lei cujo objetivo é então de uma maior absorção de perfis. Por outro lado, o regime restritivo reflete um carácter mais conservador e acautelado em relação à utilização destas técnicas, ao passo que cada inserção é devidamente condicionada por uma série de fatores como por exemplo *“a imposição de limites de pena ou tipos de crime para a inserção de perfis”* (Machado et al., 2011, pág. 5).

Esta dissemelhança deriva da factualidade dos Estados Membros se encontrarem em níveis de desenvolvimento e eficiência assimétricos, em consequência dos *“diversos critérios de inserção, manutenção, cruzamento e eliminação dos perfis genéticos constantes dos ficheiros”* (G. Ribeiro, 2020, pág. 119). De forma a materializarmos esta compreensão das disparidades existentes, é importante aludirmos a um estudo realizado em 2011 (cfr. Machado et al., 2011) que apesar de o separar quase 10 anos, ainda é bastante pertinente e onde se discrimina:

- a Critérios de inserção/remoção de perfis;

⁴¹ Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0005>>

- b Eficiência das bases de dados;
- c Critérios de inserção/remoção de amostras;
- d Finalidades das bases de dados;
- e Condicionantes na hora da recolha da amostra;

Quanto ao primeiro ponto **-critérios de inserção/remoção de perfis-** relaciona-se com a pertinência ou não destas técnicas. Assim, nos países restritivos -Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Suécia- a inserção, regra geral, é feita através de uma filtração, de uma catalogação de crimes/condenados em penas de x anos, quase sempre maior que cinco anos. O que sofre maior variabilidade é a inserção caso seja suspeito/condenado, onde o primeiro abarca um leque muito maior que o segundo. Quanto à remoção, é perceptível que já varia mais, podendo depender de decisão judicial; prescrição do crime/registo criminal; término da sentença/idade; morte do indivíduo; ilibação e retenção indefinida. Por outro lado, temos os países com regime expansionista, ao qual fazem parte os seguintes Estados Membros: Áustria, Dinamarca, Escócia, Eslováquia, Estónia, Finlândia, Letónia, Lituânia e Reino Unido⁴² (Inglaterra, País de Gales). As diferenças são notórias quando aludimos aos países com sistema restritivo, uma vez que no critério de inserção dos países expansionistas, praticamente não se estabelece condicionalismos nem filtrações em relação ao crime praticado, englobando todo o tipo de crime desde que o indivíduo seja condenado. Em relação à remoção já há mais variabilidade, no entanto, salienta-se o carácter menos aberto em relação aos países com sistema expansivo, onde se verifica uma maior insistência na permanência dos perfis.

Quanto ao segundo ponto **-eficiência das bases de dados-** relaciona-se, sobretudo, com a crença na ajuda destas técnicas tanto na investigação como na prevenção do crime. Assim, nos países restritivos -Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Suécia- além da credibilidade neste tipo de técnicas, não há uma inclusão tão grande e aberta de perfis como nos países expansionistas -Áustria, Dinamarca, Escócia, Eslováquia, Estónia, Finlândia, Letónia, Lituânia, Reino Unido- uma vez que estes últimos, tendem a contrariar a tendência da remoção de perfis como foi aludido no ponto anterior, justificando isto pela preciosa ajuda que a permanência destes perfis podem

⁴² Apesar do Reino Unido já não pertencer à União Europeia, consideramos pertinente fazer alusão a este ordenamento jurídico, uma vez que foi o vanguardista na adoção deste tipo de técnicas e por isso, na contribuição da fomentação e valorização das mesmas.

ter futuramente e não só na investigação atual, perdurando assim como se fosse uma “reserva”.

Quanto ao terceiro ponto **-inserção/remoção de amostras-** prende-se com a “preservação” da privacidade genética. Nos países restritivos -Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Suécia-, os critérios de inserção das amostras não identificadas, bem como amostras de suspeitos e amostras de condenados, apresentam uma maior aceitabilidade em relação a amostras não identificadas, ao passo que as amostras de suspeitos e condenados já são alvo de alguma filtração e controlo, na medida em que terá de se equilibrar com a sua conseqüente destruição (como no caso dos perfis). Assim, se o perfil é eliminado da base de dados, o mesmo deverá suceder em relação à amostra (Helena, 2011). No caso dos países com modelo expansionistas -Áustria, Dinamarca, Escócia, Eslováquia, Estónia, Finlândia, Letónia, Lituânia, Reino Unido-, a maioria não mostra qualquer tipo de condicionante na inserção de amostras, consubstanciando numa clara abertura deste sistema, inserindo o maior número possível. Deste modo, a remoção também é pouco clara pois a abertura na sua inserção condiciona, ao mesmo tempo, a durabilidade indefinida deste tipo de amostras.

Quanto ao quarto ponto **-finalidades-**, reflete-se na distinção do uso para o qual utilizamos estas técnicas. Nos países restritivos -Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Hungria, Irlanda, Luxemburgo, Portugal e Suécia-, verificamos o predomínio do uso restrito à investigação criminal, excetuando o caso de Espanha, Irlanda, Itália e Portugal, onde, além do fim criminal, há a cumulação com a identificação civil. À semelhança dos países restritivos temos ainda os países expansionistas - Áustria, Dinamarca, Eslováquia, Escócia, Estónia, Finlândia, Letónia, Lituânia, Reino Unido- onde há igualmente a dualidade do fim civil e criminal, porém, mais uniformemente distribuída onde, apenas o Reino Unido, Finlândia, Escócia, Dinamarca e Áustria se restringem à finalidade criminal.

Quanto ao quinto ponto **-condicionantes na recolha-**, destacamos como ponto principal onde persiste uma maior variabilidade de interpretação em relação a este tipo de técnicas, até mesmo dentro de cada regime, ou seja, independentemente de ser restritivo ou expansionista. Contribui, igualmente, para as diversas disparidades que condicionam a partilha de dados entre os diversos ordenamentos jurídicos, dado que a realidade singular e única de cada um, muitas das vezes, torna a cooperação insustentável e inoperacional. Deste modo cabe distinguir que os países restritivos são Alemanha, Bélgica, Espanha, França,

Hungria, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Suécia; e os países expansionistas, Áustria, Dinamarca, Escócia, Eslováquia, Estónia, Finlândia, Letónia, Lituânia, Reino Unido.

De forma sintetizada apercebemo-nos que os países com um sistema restrito se localizam na Europa Ocidental, nomeadamente, Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Suécia, à exceção da Hungria que, sendo igualmente caracterizada com um regime restrito se situa no Leste da Europa. Ora, contrariamente a tal, temos os países com regime expansionista, sendo eles, Áustria, Dinamarca, Escócia, Eslováquia, Estónia, Finlândia, Letónia, Lituânia, Reino Unido que se complementam, com mais variabilidade, quer na Europa Ocidental quer na Europa de Leste. Tendo em conta esta discrepância parece que assistimos a uma *“rápida implementação e desenvolvimento no Norte e no Leste europeu que contrasta com o ritmo mais lento no Sul, particularmente em países como a Grécia, a Itália ou a Croácia”* (Matos, 2016, pág. 9).

É importante ressaltar que este estudo foi realizado em 2011, ou seja, num pós tratado de Prum (2005) separando-o, neste momento, quase dez anos e que, apesar das insistências na cooperação e necessidade de harmonização, pouco ou nada mudou. Fruto do carácter sensível que estas técnicas abarcam e da sua interpretação em relação aos diferentes níveis de sensibilidade e necessidade, parece existir a separação entre *“a harmonização técnico-científica – pela implementação obrigatória de bases de dados de DNA – e a esfera de regulação político-legal.”* (Matos, 2016, pág. 9).

Afinal, o que leva a este afinco inoperante? Possivelmente, a anémica sonância em que tentamos materializar as pretensões.

Já em 2011 se previa a *“necessidade de uma maior harmonização ao nível legislativo nos vários países da UE”* (Machado et al., 2011, pág. 36). Infortunadamente, poucos debates foram elencados neste sentido de dar voz a esta preocupação e as debilidades de ontem são as mesmas de hoje e, possivelmente, as mesmas de amanhã. A crença nestas técnicas não veio aliada de conhecimento suficiente que permitisse uma instrumentalização, nem tão pouco, de harmonia quando confrontada com o limbo tremido de segurança e defesa dos direitos fundamentais. Localizados, incisivamente, em pólos distintos de operação, estes vêm-se cumulativamente distantes na conciliação dos seus objetivos.

Perspetivando a base de dados portuguesa em relação ao resto da Europa, compreendemos rapidamente que, além de ter sido das de implementação mais morosa e deficitária, continua a ser conservadora ao ponto de inexistir, verdadeiramente, uma utilidade

prática. No estudo acima referido, Portugal encontra-se categorizado como um regime restritivo o que não é admirável, dado o carácter condicionante da lei que acarreta as provas genéticas. Parece-nos que o mais razoável é começar, primeiramente, com a lei 5/2008, 12 de Fevereiro⁴³, tendo sido esta que permitiu, expressamente, a utilização destas técnicas, onde, até hoje, apenas sofreu duas alterações legislativas, nomeadamente, em 25 de Junho de 2013 e mais recentemente em 22 de Agosto de 2017. Esta lei estabelece as diretivas de “*criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN, para fins de identificação civil e de investigação criminal*” (artigo 1.º n.º 1) e onde, igualmente, se proíbe a “*utilização, análise e tratamento de qualquer tipo de informação obtida a partir da análise das amostras para finalidades diferentes*” (artigo 1.º n.º 3). No artigo 2.º são feitas as devidas discriminações de cada conceito. O artigo 3.º consagra os princípios gerais que acarretam estas tecnologias, destacando-se assim que devem ser produzidas de forma “*transparente e no estreito respeito pela reserva da vida privada e autodeterminação informativa, bem como pelos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais*” (n.º 2). Regradas pelos princípios da legalidade, autenticidade, veracidade, univocidade, e segurança (n.º3) permitem a prossecução das finalidades de identificação civil e criminal (artigo n.º4). A recolha destes dois tipos de fins é feita segundo diretrizes próprias, daí a sua discriminação no artigo 7.º, quando falamos de recolha para finalidades de identificação civil e, por outro lado, de amostras para finalidades de investigação criminal (artigo 8.º). Cabe salientar neste último artigo o princípio de automaticidade elencado no seu número 2, referindo que “*a recolha de amostra em arguido condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, é sempre ordenada na sentença*”. No artigo 9.º está previsto o direito à informação, onde os sujeitos a este tipo de identificação tem de ser devidamente informados face a uma multiplicidade de contextos. O artigo 10.º prevê o modo através do qual deve ser efetuada a recolha, primando-se por um meio “*não invasivo, que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente*”. Este artigo deve ser aquele que, até hoje, trouxe um maior desassossego, pois relaciona-se com o método através do qual esta identificação é feita, e por isso, está conectado com as questões sensíveis, relacionadas com a dignidade da pessoa humana, onde, num âmbito penal, se questiona, por exemplo, se esse meio não é efetivamente lesivo, ou até, se o arguido se pode opor a essa colheita. O princípio

⁴³ Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1506&tabela=leis>

do contraditório é assegurado pelo artigo 11.º. Os resultados estão previstos no artigo 13.º, derivando da coincidência entre “*o perfil obtido a partir de uma amostra sob investigação e outro ou outros perfis de ADN já inscritos no ficheiro*”. A inserção de dados é feita mediante “*consentimento livre, informado e escrito do titular dos dados*”, conforme estabelece o artigo 18.º da referida lei. A comunicação dos dados está prevista no artigo 20.º e a interconexão e comunicação no âmbito internacional no artigo 21.º. O acesso a terceiros é vedado conforme dispõe o artigo 22.º com algumas exceções constantes no número 2 e 3 do mesmo artigo. A informação pode servir para fins estatísticos ou de investigação científica (artigo 23.º). No artigo 26.º temos estipulado a conservação de perfis de ADN e dados pessoais. No artigo 27.º e 28.º está prevista a segurança da informação bem como o dever de segredo. O artigo 31.º estipula a custódia das amostras que é irrevogavelmente importante pois estabelece a necessidade de serem “*conservadas em lugar seguro, sem possibilidade de identificação imediata da pessoa*”. A proteção das amostras estão previstas no artigo 33.º e a destruição no artigo 34.º. No caso de violação de segredo (artigo 35.º) bem como violação de normas relativas a dados pessoais (artigo 36.º) é definido um carácter sancionatório que visa impedir a exteriorização das informações sensíveis que estas provas acarretam.

Através de uma breve passagem pela lei que regula o funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN -Regulamento n.º 827/2019⁴⁴- é aclarada a limitação deste tipo de prova devendo ser “*ponderada em articulação com as outras existentes no processo*” (artigo 2.º) estando, ab initio, vinculada à força jurídica prevista no artigo 18.º da nossa CRP⁴⁵ que acolhe o princípio da necessidade, adequação e proporcionalidade. São ainda identificados outros pressupostos, nomeadamente o consentimento, devendo este ser “*livre e informado*” (artigo 4º/2) e ainda ser prestado por escrito. A recolha da amostra depende de um despacho por parte do magistrado (artigo 7º) onde a colheita será feita através de “*colheita de células da mucosa bucal ou de outro método não invasivo que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual*” (artigo 8º). A realização de análises restringe-se ao núcleo do Laboratório da Polícia Científica e Laboratório de Genética e Biologia Forense (artigo 9º); as amostras devem ser realizadas em duplicado (10º) e só deve abranger o ADN não codificante, a fim de “*não revelar informação relativa à saúde ou a características hereditárias possíveis*” uma vez que, caso contrário, deixa de ser estudado nas amostras a analisar posteriormente (artigo 11º).

⁴⁴ Disponível em <<https://dre.pt/home/-/dre/125602876/details/maximized>>

⁴⁵ Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis>

Os perfis inseridos devem conter “*necessariamente*” os marcadores de inserção obrigatória previstos no artigo 12.º n.º 2 da lei 5/2008, 12 Fevereiro (artigo 11.º -A, n.º 1). A preocupação com a cooperação na luta contra o crime reflete-se no n.º 2 do artigo 11.º-A onde “*sempre que possível devem ser inseridos os marcadores do European Standard Set e os marcadores de inserção complementar*”. No artigo 12.º está prevista a garantia da cadeira de custódia onde “*os perfis de ADN de amostras referência e os dados pessoais dos seus titulares, apenas podem ser inseridos na Base de Dados desde que se verifique a manutenção da cadeia de custódia da amostra*”, pelo que, só com o acautelamento desta é que podemos, efetivamente, proceder à inserção dos perfis. Neste sentido, é oportuno falar da destruição das amostras (artigo 13.º) implicando este processo a “*destruição do material biológico existente no suporte inicial bem como de todos os seus derivados*”. No artigo 18.º temos elencadas as entidades que estão autorizadas para proceder à inserção de perfis na Base de Dados de Perfis de ADN, estando assim limitadas aos “*três laboratórios do Serviço de Genética e Biologia Forense (SGBF) do INMLCF, I.P, e o LPC*”. Neste segmento, na Lei 40/2013, 25 de Junho⁴⁶ está previsto o conselho de fiscalização da base de dados de perfis de ADN, nomeadamente quanto à organização e funcionamento. O artigo 2.º consagra a natureza, atribuições e competências, sendo de ressaltar que este conselho de fiscalização é uma “*entidade administrativa, independente, com poderes de autoridade, respondendo apenas perante a Assembleia de República*”. No artigo 4.º está previsto o dever de colaboração em relação a estas técnicas. O conselho de fiscalização tem algumas imunidades (artigo 8.º) bem como alguns deveres (artigo 9.º), estando vinculados a sigilo profissional (artigo 25.º). Por fim, é importante, mencionar que a criação de base de dados de perfis de ADN não autorizada é punida com pena de “*prisão até dois anos ou multa até 240 dias*” conforme o previsto no artigo 26.º. Destarte, conforme aquilo que foi analisado até agora, em relação à nossa base de dados portuguesa, percebemos que o modelo em que esta é admitida é “*bastante cauteloso e garantístico, de modo a não permitir indevidos acessos, intromissões, contaminações e interferências*” (J. Leal, 2018, pág. 114). No entanto, esta caracterização parece um pouco incoerente quando confrontada com a punição do artigo 26.º da lei 40/2013, 25 de Junho, em que se prevê uma pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Tendo em conta o caráter sensível que abarca as provas genéticas, parece-nos que a tutela que as sustenta é alvo de uma grande fragilidade, pois apesar de transparecer um caráter cauteloso e protecionista, quando

⁴⁶Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1935A0012&nid=1935&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=>

confrontado com as garantias, reveste-se numa débil falácia. Mais do que nunca, além da desatualização e ineficiência que tanto caracteriza a utilização destas técnicas no nosso ordenamento jurídico, é igualmente importante certificar garantias a fim primar por um uso adequado e equilibrado, sendo clara a necessidade de uma análise cuidadosa, tendo em vista uma reformulação fundamental e indispensável da lei, pois o caráter que a mesma exterioriza reflete-se numa grande incoerência quer teórica quer prática.

É curioso saber que as tecnologias de ADN já tinham aplicabilidade em Portugal mesmo antes da criação da lei 5/2008, 12 Fevereiro. Como Celso Leal e Jorge Barros nos elucidam, a comparação de perfis ocorria no âmbito do processo, de acordo com os pressupostos do regime perícias médico-legais comuns no âmbito da genética forense (J. Leal, 2018). Desde muito cedo se constatou a revolução singular que estas técnicas permitiam no momento de identificação, sendo visionado um melhoramento com *“a possibilidade de recurso a base de dados de perfis de ADN e respetivos dados pessoais”* (J. Leal, 2018, pág. 112). Neste sentido, é aclarada a potencialidade destas, sobretudo, com a partilha e cruzamento de perfis de ADN, ao passo que ao estarem inseridos numa base de dados, facilitavam e agilizavam essa mesma comparação (J. Leal, 2018). Ao se confrontar a adoção destes mecanismos com a lei 5/2008, 12 Fevereiro, tornou-se especulativo de que forma se iria operacionalizar uma vez que, como foi referido anteriormente, a técnica de «comparação direta» já existia. De forma a sossegar interpretações erróneas, a lei 90/2017 veio admitir a possibilidade de plena coexistência de ambas, pois a existência de uma não implica a irreconciliabilidade da outra, conforme admite o artigo 1.º n.º 4 da lei 5/2008, 12 Fevereiro (J. Leal, 2018).

Após constatarmos a dicotomia existente no tratamento das bases de dados dentro da UE, apercebemo-nos de que há uma necessidade premente de se harmonizar, a fim de efetivar a sua aplicação e alcançar os objetivos. Assim, será pertinente que a lei faça uma concordância prática entre as exigências da cooperação internacional de combate ao crime, sem nunca descurar os direitos fundamentais. Segundo Rui Nunes, o desfasamento a que assistimos torna necessário *“definir um mínimo ético universal, que garanta, na ausência da imposição coerciva de qualquer ortodoxia de pensamento, a convivência pacífica entre os cidadãos”* (Nunes, 2013, pág. 21). Neste sentido, só através da tolerância na aceitação da diversidade de pensamento, tendo por base um padrão comum, é que atingimos a pacificidade internacional pois *“o consenso é fundamental para a proteção dos direitos das minorias”* (Nunes, 2013, pág. 21). Por sua vez, Gisela Ribeiro admite que a cooperação só será possível se *“entre os*

ordenamentos jurídicos nacionais existir uma certa coerência e harmonização, sendo que esta não significa necessariamente uniformização, mas apenas uma determinada flexibilidade que possibilite a entreaajuda e a comunicação entre os diversos sistemas jurídicos, assumindo extrema relevância neste contexto o princípio da confiança mútua”⁴⁷ (G. Ribeiro, 2020, pág. 118-119).

A heterogeneidade existente deve-se, em boa parte, ao núcleo singular de cada base de dados que obstina à adaptação e conciliação dos diversos modelos fruto da “*encruzilhada de culturas, religiões e crenças díspares e não relacionadas*” (Nunes, 2013, pág. 26). Desta forma, torna-se cada vez mais difícil de definir qual os valores que predominam a fim de efetivar uma cooperação isenta de entendimentos divergentes. Rui Nunes sublinha assim a importância de se criar “*uma matriz ideológica, com um rosto constitucional, dotado de eficácia jurídica e de legitimidade intercultural. Legitimidade que decorre do acordo mútuo das partes envolvidas*”(Nunes, 2013, pág. 23).

Celso Leal e Jorge Bravo consideram inevitável uma cooperação “*em que a integração será cada vez mais preponderante*” (J. Leal, 2018, pág. 79). Consciencializados das dificuldades que este desfasamento proporciona, acreditam que é urgente uma mudança de forma a facilitar a harmonia e apostar em algo que não se prenda com a individualidade de cada sistema, mas sim com uma possibilidade de integração, permitindo a plena coexistência de partilha dos perfis dos diferentes ordenamentos jurídicos. Gisela Ribeiro contrapõem-se a esta perspectiva, considerando “*reducionista*” proceder-se à uniformização das diferentes bases de dados, tendo em conta que contraem divergências significativas, ao passo que cada Estado tem a sua própria cultura e tal não pode ser “*menosprezado em prol da total uniformização dos sistemas jurídicos e completa integração das bases de dados europeias*” (G. Ribeiro, 2020, pág. 122-123). Neste sentido, defende que cada Estado deverá definir o valor que atribui a estas técnicas estabelecendo um “*quantum da pena aplicável numa decisão condenatória como pressuposto objetivo da inserção do perfil genético, até porque em certos países pode ser mais frequente a prática de um determinado tipo legal de crime do que noutros*”(G. Ribeiro, 2020, pág. 122-123).

Contrariamente à opinião de Celso Leal e Jorge Bravo, temos ainda Helena Machado, ao considerar que a divulgação num contexto tão expansionista e ilimitado origina “*imensas*

⁴⁷ Negrito nosso.

*correspondências positivas de ADN falsas*⁴⁸. Alerta assim para a perigosidade da vulgarização de acesso e divulgação destes dados em contexto europeu como forma de harmonizar as diferenças existentes. Uma vez que estamos perante interpretações distintas em relação ao mesmo método, o seu tratamento será, igualmente distinto, pelo que é injusto e desproporcional este “choque” sem nada a o suster. Destarte, é cada vez mais necessário o diálogo aberto e transparente entre os diferentes Estados Membros. A rapidez de uns e a lentidão de outros resulta em consciencializações distintas, quer em relação ao crime quer em relação à forma como este deve ser colmatado, uma vez que há múltiplas variantes que englobam o ADN -nomeadamente técnicas que agilizam este método de investigação- e por isso, presas a um carácter demasiado invasivo e sensível, onde é necessário uma especial ponderação, primeiramente, a nível individual e só depois num contexto internacional que permita uma consonância. Não podemos olhar para a prioridade da cooperação internacional desapegados da própria preparação individual de cada Estado Membro, pois efetivar um objetivo de uma dimensão internacional depende do seio evolutivo da realidade de cada ordenamento jurídico.

A técnica de inferência fenótipa surge, segundo o entendimento de alguns autores, como *“uma técnica forense que procura, a partir do material biológico, prever a aparência física daqueles a que este corresponde”* (Queirós, 2017, pág. 121). Este mecanismo que agiliza o método de identificação através da recolha de ADN surge no começo do ano 2000. Auxiliado na crença das técnicas de ADN, foca-se na exteriorização dos elementos que nos caracterizam, de forma a facilitar e tornar mais rápida e incontestável a identificação. Admitindo que o ADN não é infalível, será justo, ainda assim, credibilizarmos esta técnica fenótipa de forma a exteriorizar o “alvo suspeito”? Parece-nos que, apesar de restringir o número de suspeitos, ainda não está devidamente acautelado para uma utilização vantajosa, pois levanta mais desassossegos do que aqueles que diminui. Jorge Bravo, por sua vez, considera importante o recurso a estas técnicas em sede de investigação criminal, quando formula um leque de mudanças que devemos ter em conta aquando da reformulação e valorização das provas genéticas (Bravo, 2014, pág. 73). No entanto, a implementação desta técnica não é unânime no nosso ordenamento jurídico. Contrariamente à defesa de Jorge Bravo, Helena Machado repugna esse recurso pois acredita que apenas reforça o potencial

⁴⁸ Comunicação retirada de uma entrevista feita a Helena Machado e disponível em <<https://www.publico.pt/2019/05/06/politica/noticia/uso-adn-investigacao-criminal-retrato-heterogeneidade-europeia-1871570>>

discriminatório associado a determinadas características visuais que, inevitavelmente, contribui para uma estigmatização⁴⁹.

Como referimos anteriormente, este método de previsão de características físicas, apesar de filtrar as possibilidades no momento da identificação, ainda não tem aprovação no nosso ordenamento jurídico, uma vez que só permitimos o recurso às técnicas de identificação que não exteriorizam as características fenóticas. Como refere Filipa Queirós “*a vigilância a partir destas técnicas e tecnologias reveste-se de um conjunto de características específicas que **observam o corpo enquanto código**, isto é, como uma fonte de informação direta, estandardizada e objetiva. **Constituem, assim, não só uma forma diferenciada de olhar os corpos, mas também de os compreender e interpretar***”⁵⁰ (Queirós, 2017, pág. 112). Receosos da suspeição errónea que este mecanismo pode acarretar e da consequente estigmatização, entendemos que, em última *ratio* e só se afigurar extremamente necessário, proporcional e adequado -conforme o elencado no artigo 18.º da nossa CRP- poderá, eventualmente, vir a ser ponderada a sua adoção. No entanto, esta utilização deverá estar expressamente consagrada e prevista, não dispensando um regime que tutele os direitos inerentes ao indivíduo, não devendo existir *per si* mas sim, juntamente com outras áreas e técnicas.

Assim, instalados de forma leviana neste limbo instável e precário, pretendemos dar a nossa posição aclarando que a cooperação internacional no combate contra o crime é necessária e urgente, no entanto, nunca se pode subjugar tal à lealdade interpretativa de cada ordenamento jurídico. A necessidade de acompanhar os países vizinhos nesta era de “*governância genómica*” (H. C. F. Machado, 2008) é incontestável, no entanto, há muitas assimetrias a serem colmatadas para que seja possível sairmos vitoriosos desta luta. Devemos guiar-nos através de critérios de proporcionalidade, necessidade e adequação, aliados a uma consciencialização que não se pode prender com interpretações e especulações totalitárias mas sim com um critério harmonioso. Defendemos a abordagem direta com o(s) país(es) em questão, de forma transparente, chegando a um consenso do caso concreto, que deve ser atualizado e por isso, mutável, acompanhando a atualização de cada país. Só através desta condução premente é que podemos chegar a uma concordância equilibrada e nunca valorar de forma absolutória o julgamento de alguém. Cremos assim que o modelo autonomizado se deve manter, no entanto, com a possibilidade de uma abertura interpretativa, acompanhando

⁴⁹ Informação disponível em <<https://www.publico.pt/2019/05/06/politica/noticia/uso-adn-investigacao-criminal-retrato-heterogeneidade-europeia-1871570>>

⁵⁰ Negrito nosso.

a evolução de cada ordenamento jurídico face à interpretação destas técnicas de ADN. Como vimos até aqui, uma das particularidades que dificulta esta conciliação é o facto de os estudos serem bastante antigos e não se promover atualizações sobre estas técnicas. Apesar de parecer unânime a crença nas provas genéticas, parece que se preza por uma adoção camuflada. Isto é explicado pelo carácter sensível em que estas se desenrolam ou, ainda, pela falta de informação e consenso em relação à sua utilização? A fim de colmatar estas lacunas, é preciso chegar a um entendimento sobre a valoração que devemos dar a estas provas, não subestimando a perspectiva de cada Estado Membro mas sim criando um “padrão” mínimo e harmonizado por todos. Assim, para atingirmos este objetivo, é necessário apostar na formação e elucidação de cada país.

Há precisamente dez anos foi publicado pelo Secretariado Geral do Conselho Europeu um texto denominado por *Estratégias de segurança interna da União Europeia: Rumo a um modelo europeu de segurança*⁵¹ onde se abordaram determinados pontos que são importantes a ter em conta quer a nível da dimensão horizontal -segurança interna- quer a nível da dimensão vertical, primando pela segurança em vários sentidos, com especial enfoque na cooperação internacional, regional, nacional e local dos Estados Membros. Esta pluralidade justifica-se por não ser bastante a tomada de medidas gerais e nesse sentido, emerge a necessidade de se tomar medidas com enfoque ao caso concreto, uma vez que as realidades colidem numa inegável divergência. Através das pretensões do Conselho Europeu de 2010 verificamos que cada vez mais se espera e ambiciona uma utilização das técnicas de ADN, no entanto, a morosidade na efetividade desta pretensão é inegável, sustentada pelas diferenças que ainda prevalecem. Apesar de existirem opiniões que convergem na importância de criação de uma base de dados europeia, a fim de cessar com esta ineficácia, a verdade é que, como abordado anteriormente, esta criação pode levantar sérias inquietações, decorrentes das diferenças interpretativas, bem como das utilizações antagónicas que cada Estado Membro dá às provas genéticas. Ainda assim, o predomínio dessas divergências não pode elevar determinados regimes em detrimento de outros, pois isso colocaria em causa a própria liberdade de expressão e pensamento de cada Estado Membro. Não obstante todas as condicionantes que se arrastam aquando da fomentação destas técnicas, é linear a pretensão da União Europeia ao sublinhar a necessidade de “*desenvolver um modelo europeu de intercâmbio de informações seguro e estruturado*” (Conselho Europeu, 2010, pág. 31). O objetivo nesta adoção é de incluir “*todas as bases de dados da UE que sejam relevantes para*

⁵¹ Disponível em <<https://www.consilium.europa.eu/media/30754/qc3010313ptc.pdf>>

garantir a segurança da UE, permitindo a interação entre elas, na medida do necessário e permitido, a fim de proporcionar um intercâmbio eficaz de informações em toda a UE e maximizar as oportunidades oferecidas pelas tecnologias biométricas e outras tecnologias para melhorar a segurança dos nossos cidadãos num quadro claro que também proteja a sua privacidade” (Conselho Europeu, 2010, pág. 31). Estas medidas refletem a preocupação em garantir a segurança, não só num sentido individual mas também coletivo.

Cientes de toda a mutabilidade que acarreta o crime, a ciência, bem como as interpretações singulares que daí advém, defendemos a pertinência para uma abordagem ampla, flexível e realista em relação a cada ordenamento jurídico. Só através do conhecimento num patamar igualitário é que conseguimos ampliar uma perspetiva internacional e efetivar a tão desejada cooperação internacional no uso e partilha das provas genéticas.

5 ASPETOS POSITIVOS E NEGATIVOS DAS PROVAS GENÉTICAS: REFLEXÃO SOBRE PERSPETIVAS FUTURAS DE FORMA A ACAUTELAR E PRIMAR POR UM USO ADEQUADO DESTAS

A dicotomia existente entre a Ciência e a Justiça é colmatada pela necessidade urgente e prevalecente da conciliação entre estas duas áreas, que tem como objetivo o alcance da imparcialidade. De um lado temos o ADN, caracterizado pelos seus princípios da universalidade, diversidade e imutabilidade; do outro, temos a realização da justiça através da descoberta da verdade material. A concretização destas duas áreas tornou-se desfasado, não só pela difícil conciliação de ambas, mas sobretudo, pelo carácter sensível que essa inclusão ainda sofre nos dias de hoje. O facto de se pretender uma neutralidade no momento da identificação do indivíduo é frequentemente dificultado por dogmáticas, ainda existentes, quanto à “hereditariedade do crime”, adulterando os verdadeiros resultados. Apesar das recentes teorias que caminharam aliadas ao olhar evoluído da Criminologia, quanto à motivação do crime, entendemos, ainda assim, que persistem algumas que ficaram na perspetiva retrógrada de anos passados. A Criminologia biossocial veio desassossegar os crentes da visão reducionista que a hereditariedade do crime tinha em relação ao indivíduo. Hoje em dia, são cada vez mais completos os estudos que admitem uma visão pluralista, ao passo que somos compostos por genes sim, mas não são eles que exteriorizam o nosso julgamento, nem tão pouco que tornam absolutória a nossa identificação. Neste sentido, Rui Nunes refere que *“é uma simplificação perigosa alegar a existência de uma relação directa,*

causal, entre património genético e comportamento humano (...) porque a maioria dos comportamentos humanos podem ser interpretados como realidades culturais e não como factos científicos”(Nunes, 2013, pág. 82).

A pretensão da universalidade da ciência, aliada à individualidade prática de cada ordenamento jurídico, leva à inoperante conciliação das bases de dados dentro da União Europeia. Cada vez mais se torna necessário promover um diálogo, a fim de se estabelecer um entendimento mínimo que facilite a abordagem em relação às provas genéticas e, conseqüentemente, consiga efetivar a cooperação internacional.

O contributo que o ADN tem na justiça é inegável, apesar das limitações e condicionantes que muita das vezes o corrompem. Na nossa opinião, há determinadas constatações que devemos dar destaque a fim de servirem de guia no momento de apreciação e valoração destas técnicas. Assim, passamos a expor:

- i As tecnologias de ADN trouxeram uma maior simplicidade e eficácia no momento da identificação;
- ii Estas técnicas podem ainda ser auxiliadas por outros instrumentos⁵² que realçam altamente o seu potencial individualizador. No entanto, é precário abordar esta possibilidade uma vez que inexistente uma comunicabilidade ética, e por isso, uma tutela que consiga acautelar possíveis interpretações estigmatizantes e discriminatórias, baseadas nas características exteriores do indivíduo;
- iii A recolha dos vestígios é realizada de forma não dolorosa e segura, se devidamente cumpridas as técnicas de recolha, bem como de armazenamento, que consagram a garantia de custódia, sem descurar os direitos fundamentais, inerentes a cada indivíduo;
- iv Os vestígios recolhidos tem uma durabilidade incrivelmente inegável, fruto da sua técnica de colheita e conseqüente replicação;
- v A fiabilidade destas técnicas nunca se pode confundir com uma infalibilidade;
- vi É necessário um repúdio, e conseqüente desvinculo, por teorias anacrónicas que envenenam a própria imparcialidade das provas genéticas no momento da sua identificação;

⁵² Por exemplo mecanismos que permitam descodificar o fenótipo dos indivíduos, ou seja, toda a sua composição morfológica, fisiológica e comportamental.

- vii O auxílio, através da previsão de características fenóticas, abarca um carácter sensível e facilmente especulativo;
- viii Os dados genéticos integram uma natureza delicada e reservada, pelo que não podem ser normalizados nem tão pouco vulgarizados;
- ix Existe um forte contributo dos *mídia* para uma interpretação utópica daquilo que são as técnicas de ADN;
- x Inexistência de formação quanto à recolha e devido acondicionamento dos vestígios por parte dos OPC'S, o que acaba por criar alguma discrepância de tratamentos, bem como uma valoração distinta;
- xi A legislação não acompanha na íntegra a credibilidade com que se honra o ADN e mostra-se frágil quanto à sua tutela;
- xii Urgente desmistificação do ADN em contexto internacional, de forma a determinar um sentido mínimo que permita a harmonização dos Estados Membros e a sua cooperação;
- xiii Assegurar a imparcialidade no momento da recolha, bem como na posterior confrontação e inserção na base de dados;
- xiv Debate público a fim de instruir e familiarizar a população quanto às técnicas de ADN;
- xv Inevitável ampliação na utilização destas técnicas, daí a necessidade de aumentar, cumulativamente, a sua perceção e devida , a fim de se alcançar um uso adequado;

Sendo os *mídia* a principal fonte universal que nos dá a conhecer sem restrições as técnicas de ADN, é importante filtrar essa absorção e repugnar um provável efeito CSI. Há uma determinada tendência na propagação de uma ideia falaciosa daquilo que são as provas genéticas, onde, através de imagens que se visualizam facilmente em programas televisivos associados à investigação -por exemplo programa CSI-, se gera uma utopia na população que, quando confrontada com a realidade prática, é completamente disforme, acabando por suscitar a descredibilidade no sistema de justiça. Esta assimetria, oposta àquilo que se mostra que é -através dos *mídia*- e àquilo que efetivamente se passa na investigação “real”, origina múltiplos aspetos negativos, tanto em relação à forma como se olha para as técnicas, bem como, para quem as materializa. A imagem credível, estabelecida por este tipo de programas ficcionais, deturpa a verdadeira noção de realidade entre o que é possível e o que não é, onde

são criados mitos “*em torno do que a ciência deveria ser*” (Machado & Costa, 2012, pág 6). Conforme analisado anteriormente, constam diferenças significativas nos diversos ordenamentos jurídicos, prevalecendo contrastes no uso e valoração das provas genéticas. Este tipo de séries são baseadas em modelos com uma grande abertura -os designados regimes expansionistas-, pelo que, ab initio, é incoerente proceder a uma analogia quando a realidade, além de ser diferente da dos programas, é também diferente em relação ao próprio regime que sustenta as bases de dados. Tudo isto serve de alavanca para uma ideia descredibilizada quando confrontada com a nossa justiça, onde se gera uma “*mediatização*” (Santos, 2009, pág 12) através da construção social. Até que ponto isto é coerente e consciente? Até que ponto é que não confundimos e atribuímos aos *mídia* o “*lugar privilegiado para a representação simbólica da autoridade*” (Santos, 2009, pág 14).

É importante sabermos filtrar o medo ao qual somos “iludidos” e pressionados a sentir, pois isso pode formatar a nossa sociedade e, conseqüentemente, a nossa justiça. Esta intolerância estimula, facilmente, a criação de “*políticas penais e criminais que assentam na expressão pública de ansiedade e repulsa perante o crime*” (Santos, 2009, pág 15). Neste sentido, a dramatização da justiça é cada vez mais recorrente, levando a uma aceitação inconsciente de meios mais invasivos como forma de colmatar o crime e o criminoso, pois somos levamos numa intolerância cega que não olha a meios para atingir os fins.

A inexistência de formação dos OPC’S é algo que tem vindo a preocupar e comprometer a utilização das técnicas de ADN, uma vez que estes são os primeiros a ter contacto com o local do crime e por isso, frequentemente, são os primeiros a proceder à recolha e ao seu posterior armazenamento. Quando os OPC’S chegam ao local do crime recaí sobre eles um poder de decisão, que varia conforme a individualidade do caso concreto (S. Costa, 2017). Este primeiro contacto é o que vai ditar e condicionar a conseqüente valoração. Neste sentido, é evidente que a falta de formação nestas práticas comprometa toda a investigação, resultando numa insegurança gigante. A título de curiosidade, cabe-nos aludir a um estudo realizado por Susana Costa⁵³ e mediado através de entrevistas feitas aos diferentes OPC’S, nomeadamente, PSP e GNR, onde são manifestamente consideráveis as discrepâncias que existem neste âmbito.

⁵³ Autora do capítulo “*O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal*” in Machado, H (org.) – *Genética e Cidadania*, pág. 94 e ss.

Se por um lado se admite que a recolha de vestígios lofoscópicos é da competência da GNR e da PSP, por outro, a recolha de vestígios biológicos compete à PJ (S. Costa, 2017). No entanto, através das entrevistas do referido estudo, percebemos que há uma clara tendência desfasada aquando da prática, uma vez que tanto a GNR como a PSP acabam por recolher os vestígios biológicos em detrimento dos lofoscópicos, dando uma importância acrescida aos primeiros.

Apesar da existência de uma multiplicidade de objetos e informações que podemos alcançar, a fim de agilizar a investigação criminal, a verdade é que, as provas genéticas vieram sobrepor-se a todos os outros meios, sendo imensamente prezadas pela confiança que se tem numa consolidação de prova que nenhuma outra consegue alcançar (S. Costa, 2017).

Destarte, é inegável a crença que se tem aliada aos vestígios biológicos que materializam a prova através do ADN -sobretudo por parte da PJ, PSP e GNR-, no entanto, não podemos permitir que esse “fanatismo” seja reduzido à falta de competência na recolha e processamento. A frágil formação e preparação por parte da GNR e da PSP levanta problemas sensíveis que precisam de ser rapidamente solucionados. Por que não repensar numa forma de evitar esta desproporcionalidade de competências? Consideramos indispensável que exista uma aposta ajustada na formação destes órgãos, pois diversas vezes não conseguimos garantir os meios nem as circunstâncias adequadas na recolha destes vestígios, no local do crime. Desta forma, as entidades que têm o primeiro contacto, necessitam de estar devidamente preparadas para saber lidar com as possíveis adversidades, sob pena de comprometerem o meio probatório. Sendo a prova de ADN circunscrita a um tratamento tão peculiar e sensível, parece-nos desadequado que esta recolha seja válida, independentemente das desigualdades entendidas pelos diferentes órgãos. Alertamos para o carácter urgente na aposta de formação dos OPC'S, uma vez que são estes, regularmente, a chegar em primeiro momento ao local do crime, sentindo-se pressionados a tentar salvaguardar os vestígios existentes e de preservar as eventuais amostras.

Tudo isto para concluir que são irrevogáveis as vantagens da coligação das provas genéticas com a justiça. No entanto, e conforme reconhecido anteriormente, persiste uma graduada preocupação no uso destas. As inquietações, a nível nacional, surgem quando constatamos a permanência de teorias que comprometem a identificação; a fragilidade da tutela da nossa base de dados; a falta de formação pelos OPC'S e ainda, a influência dos *mídia*.

Conscientes e preocupados com o que o futuro nos reserva, aludimos à relevância intempestiva de refletir sobre a trilogia crime-sociedade-justiça, não descurando um do outro mas sim atribuir uma voz imponente, que os saiba relacionar eticamente, e nos elucide, não só a nível nacional mas também a nível internacional.

Somos reféns da categorização daquilo por que nos deixamos moldar. Todos.

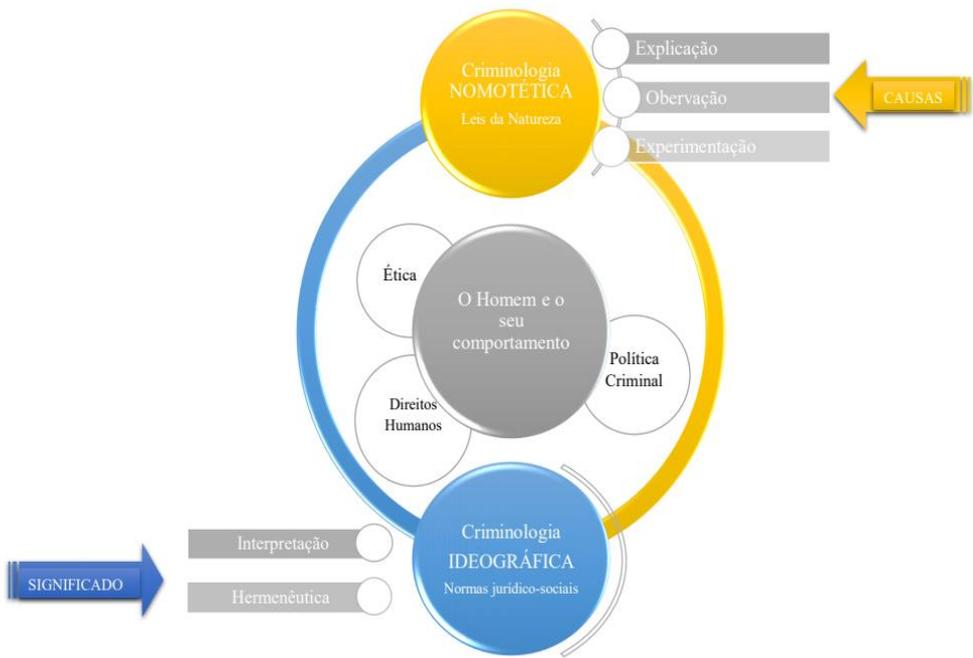
Conclusão

Chegados aqui, depois desta viagem introspectiva ao seio da criminalidade -mais concretamente, à sua génese-, é interessante perceber toda a mutação que se manifestou na sociedade e, inevitavelmente, na justiça (ou não justiça). A forma como interpretamos e consideramos o crime, a peculiaridade como normalizamos e relativizamos determinadas teorias, determinadas perceções. Nas palavras de Rui Nunes, *“a evolução científica mudou a relação do homem com a sociedade de um modo absolutamente radical”* (Nunes, 2013, pág. 20). Esta alteração vem converter a própria autonomia numa instrumentalização, ao passo que deixamos de ser um fim em nós mesmos para sermos um meio para obter determinado fim (Nunes, 2013). Neste sentido, é cada vez mais difícil encontrar um equilíbrio consensual que permita a aliança entre a justiça e a ciência, sem serem colocadas questões intrigantes. A débil coadunação que se tem verificado, devido ao carácter sensível que abarca as provas genéticas, reflete-se nas diferentes valorizações de que estas são alvo, ao passo que contribui para distintas utilizações. Torna-se cada vez mais necessária a soma de uma área que consiga mediar e efetivar esta compatibilização. Tanto a ética como a bioética tem-se pronunciado quanto à indispensabilidade de existir um limite que coloque a genética *“dentro de princípios socialmente aceites”* (Nunes, 2013, pág. 34) permitindo uma união harmoniosa entre o

“*mundo biológico e o ambiente que o rodeia*”(Nunes, 2013, pág. 34). Estas dificuldades persistem dentro do seio de cada ordenamento jurídico que, segundo uma perspectiva mais ampla, acabam por pesar num contexto internacional, dificultando um entendimento estável e comprometendo a cooperação entre os Estados Membros.

O contributo que a Criminologia dispõe serve de pedra angular para entendermos cada vez melhor a relação crime-indivíduo-sociedade, desde as teorias que sublinhavam a influência dos nossos genes para a atividade criminosa, até às mais recentes -Criminologia biossocial-, onde se pretende dar uma visão pluralista de tudo o que acolhe o indivíduo, e por isso, o condiciona.

Deste modo, partimos da consciencialização da existência de uma sociedade vigilante que, até aos dias de hoje, não tem pedido licença para se alojar, servindo o medo - cada vez mais hiperbolizado pelos *mídia*- como justificação central para esta mutabilidade. Apesar dos avanços que se deu na Criminologia, ainda persistem vozes com visões redutoras de discriminação e estigmatização pelo que, aquando da utilização das provas genéticas, estas perspectivas anacrónicas, podem consubstanciar numa perigosidade que tentamos alertar e colmatar através da realização deste trabalho. Torna-se desequilibradamente intolerável que a aliança com o crime e a justiça não caminhe isenta de conceções ultrapassadas. A ciência empírica tem um contributo indispensável na união serena e transparente entre as duas áreas -ciência e justiça-, uma vez que materializa a ponte na compreensão cada vez mais preterida do indivíduo-crime-sociedade. Neste sentido, Cândido da Agra tem concebido e desenvolvido a articulação de dois conceitos essenciais. Primeiramente -*Antropoiésis*-, colocando a Ética e os Direitos Humanos como fiel da balança, entre uma Criminologia baseada nas Ciências Naturais e uma Criminologia centrada na hermenêutica jurídica; por outro lado, faz referência ao conceito -*Unitas multiplex*-, através do qual propõe uma filosofia pragmática, capaz de fazer convergir a Ciência Forense e a Criminologia, para o esclarecimento científico de graves problemas atuais, como o terrorismo, ultrapassando os tradicionais dualismos entre ciências nomotéticas e ciências ideográficas (C. Agra, 2018a).



Através da figura 1., pretendemos concretizar a ideia central, de forma a solucionar a inquietação que originou este trabalho. Conscientes do limbo delicado, que decorre da assimetria comunicativa entre a Justiça e a Ciência, pretendemos estabelecer a ponte e tornar esta união possível, real e harmoniosa. Este contributo será balanceado pela Criminologia e tutelado pela Ética. De um lado, temos a Criminologia Nomotética que se prende com a explicação, a observação e a experimentação, sendo estes últimos (a observação e a experimentação) os dois momentos da razão que consistem em explorar, e por isso, perfazem as leis da natureza, estando relacionados com as “causas”; por outro lado, temos a Criminologia Ideográfica, situada na fronteira com o Direito e por isso, assente na interpretação e na hermenêutica, intimamente relacionada com as normas jurídico-sociais, assente na procura do sentido e do significado. Ora, a fusão entre ambas será prosseguida pelo Homem, daí a necessidade de uma tutela que não o comprometa nem o reduza, devendo de ser, por isso, mediada e suportada pela Ética, pelos Direitos Humanos e ainda, pela Política Criminal. Conforme exposto ao longo do trabalho, a Criminologia (biossocial) tem-se inspirado, cada vez mais, nos fatores externos e por isso, na interferência que o meio ambiente tem no Homem e no seu comportamento, destacando, cada vez mais, a relevância das Ciências Nomotéticas. Desta forma, pretendemos alertar para a necessidade de uma aliança harmonizada e tutelada, que só será possível através da interconexão destas três áreas. A urgência no rompimento de teorias que só visam diminuir, estigmatizar e discriminar o Homem, devem ser, cada vez mais, consciencializadas e salientadas. Somos mais do que a nossa herança genética e não podemos permitir que a desmedida valorização social e cultural do ADN -defraudada por ilusões utópicas que em muito são ampliadas pelos média-, permitam um esgotamento, afastamento e até, manipulação do Homem.

A visibilidade que o ADN tem em relação a cada ordenamento jurídico varia consoante o seu passado político e modelos impostos, bem como, a localização geográfica que se acaba por refletir nas influências que resgatamos dos países vizinhos. No nosso caso, apesar do recurso às provas genéticas ser admitido desde 2008 e da nossa base de dados parecer obstar a perigosidades advindas deste meio de identificação, percebemos que estes entendimentos ultrapassados ainda cá figuram, e que há uma tremenda incoerência quando confrontamos o carácter conservador da lei com a tutela frágil que a sustenta. Aliado a isto, persistem outras limitações tais como, a falta de formação na recolha e armazenamento de amostras; a contínua e anacrónica influência que a hereditariedade do crime tem nos dias de hoje, e ainda, a influência dos *mídia*.

As distinções que permanecem no contexto internacional dificultam a possibilidade de se estabelecer um equilíbrio em relação à partilha de informações, sendo por isso importante uma análise global de forma a conseguir efetivar a cooperação. Assistimos a um choque cultural quanto ao papel do Homem na sociedade, pois cada civilização é única, acompanhando de forma singular a metamorfose científica que interfere, diretamente, com as conceções sobre o indivíduo. Ao não existir um equilíbrio entre os vários Estados Membros, quanto à evolução da ciência, bem como do Homem que a tenta acompanhar, não se consegue atingir um consenso. De igual modo, a ausência de um acompanhamento que desmistifique as provas genéticas, cria assimetrias no contexto internacional, vertida numa bipolaridade de regimes, quer pelo receio na sua utilização, quer pela excessiva crença onde se repudiam mecanismos que a condicionem, impossibilitando a unanimidade na existência limiar de um mínimo que permita a cooperação. Assistimos cada vez mais a uma especialização científica em relação ao humano, como se fosse um produto pouco desejado. Geramos uma sociedade intolerante, em muito influenciada pela dramatização do indivíduo e da justiça. Esta inflexibilidade referente ao Homem resulta num desapego da verdadeira essência que o compõe -a sua singularidade-, ao passo que ambicionamos e acolhemos uma sociedade artificialmente estandardizada, que anseia a melhoria da espécie, em troca da perda da expressividade do sentir, que diferencia toda a nossa composição. É este caminhar que nos inquieta. Pretendemos assim, uma reformulação do pensamento e integração da ciência nos nossos dias. Esta união deve ser equilibrada, segundo o alicerce da Ética que vai permitir uma mediação harmoniosa. Após a consciencialização e adoção de um mínimo, consensualmente aceite por todos os Estados Membros, devemos reformular e efetivar a cooperação internacional. O contributo das provas genéticas é inegável, no entanto, é urgente uma

ponderação quanto ao seu impacto, pois, como vimos, ainda persistem algumas condicionantes que as corrompem, espoletando um uso desadequando destas.

De forma hipotética gostaríamos de promover a discussão sobre o seguinte: se no momento da recolha de um vestígio, e posterior identificação e inserção na base de dados, temos connosco convicções inamovíveis -quer pelo seu passado criminal, quer por determinadas crenças enraizadas quanto à hereditariedade do crime- que identificação, afinal é essa? Que individualização permitimos? A identificação não se pode subordinar à suposição, pois esta última não materializa a pretensão da descoberta da verdade material.

O objetivo é atingir uma boa utilização das provas genéticas, sem pressões da rapidez em prol da desumanidade.

Referências bibliográficas

- Agra, C. da. (1988). *Do sujeito ético*. Universidade do Porto
- Agra, C. da. (2012). *Ciências, Direito e Sistemas de Vida*. Oração de Sapiência. Faculdade de Ciências, Universidade do Porto.
- Agra, C. da. (2018a). «Criminology and forensic science as a Unitas multiplex: an epistemological approach». In *The Routledge International Handbook of forensic Intelligence and Criminology*. Edited by Queintin Rosssy, David Décary-Héту & al, Routledge, London and New York.
- Agra, C. da. (2018b). Esquema para uma arqueologia do saber criminológico: a experiência portuguesa do crime e da justiça. In *Criminologia Integrativa : contributos para uma comunidade criminológica de Língua portuguesa* (pp. 87–122 Agra & Gomes, M.A(org.). D'Plácido: Belo Horizonte.
- Botelho, M. M. M. M. (2013). *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN em Portugal*. Edições Almedina: Coimbra.
- Bravo, J. dos R. (2014). *I. O aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética; II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN*. Disponível em <https://www.cfbdadosadn.pt/Documents/FundoDocumental/TRABALHOCFBDDAD_NJORGE_RBRAVO.pdf>
- Braz, J. (2015). *Ciência, tecnologia e investigação criminal: interdependências e limites*

- num Estado de Direito Democrático*. Almedina: Coimbra.
- Conselho Europeu. (2010). *Estratégia de segurança interna da União Europeia*. Disponível em <<https://doi.org/10.2860/91465>>
- Costa, A. R. C. (2017). *A prova por meio de adn: procedimentos de recolha de material biológico em cenário de crime: da validade da obtenção da prova e a sua valoração* [Universidade de Lisboa]. Disponível em <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37277/1/ulfd136341_tese.pdf>
- Costa, S. (2017). «O aparato forense e os entendimentos socioculturais na investigação criminal em Portugal». In *Genética e Cidadania* (pp. 87–110) Machado,H(org.). Edições Afrontamento:Porto.
- Curti, D. P. S. e L. M. (2018). EUGENIA, NEOGENIA E BIOÉTICA: Aproximações e Distanciamentos sob uma Perspectiva Jurídica de Reconhecimento de Direitos. *Revista Direito Em Debate*, 27(49), 248. Disponível em <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2018.49.248-276>>
- Dias, J. de F., & Andrade, e M. da C. (1992). *Criminologia: Homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora: Coimbra.
- Eichelberger, J. C. B. e R. (2015, October). Biosocial criminology. *The Ashgate Research Companion to Biosocial Theories of Crime*. Disponível em <<https://doi.org/10.4324/9781315858449-43>>
- Enes, G. (2018). «A política de cooperação criminal da união europeia. Diversidade, identidade, complexidade». In *Criminologia Integrativa: contributos para uma comunidade criminológica de Língua portuguesa* (pp. 379–400) Agra & Gomes. D'Plácido: Belo Horizonte.
- Esteves, M. L. (2018). «A Utopia transhumanista fundada nas ilimitadas possibilidades das tecnociências - uma ameaça à dimensão axiológica do humano , constitucioalmente acolhida e merecedora de tutela penal». In *Criminologia Integrativa : contributos para uma comunidade criminológica de Língua portuguesa* (pp. 651–672) Agra & Gomes. D'Plácido: Belo Horizonte.
- Foucault, M. (1999). Vigiar e punir: nascimento da prisão. In *BMC Public Health* (20^a). Vozes. Disponível em <https://www.ufsj.edu.br/portal2repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf>
- Freud, S. (2008). *O mal-estar na civilização*. Relógio D'Água: Lisboa.
- Garland, D. (2005). *Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa:

- Barcelona. Disponível em <https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/garland-david-la-cultura-del-control-crimen-y-delito-2001.pdf>
- Godoi, V. G. e A. M. M. (2014). Leitura bioética do princípio de não discriminação e não estigmatização. *Summa Phytopathologica*, 40(1), 157–166. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0104-12902014000100012>
- Granja, R. (2017). «Crime e família no entrecruzamento da genética e do controlo social: Velhas e novas racionalidades científicas». In *Genética e Cidadania* (pp. 35–52) Machado,H(org.). Edições Afrontamento: Porto.
- Guimarães, A. P. (2017). *A BASE DE DADOS DE PERFIS DE ADN NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – UMA INEVITABILIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA ?* Disponível em <http://repositorio.uportu.pt/jspui/handle/11328/2210>
- Helena, H. M. e F. S. e H. M. e S. S. (2011). «Bases de dados genéticos com fins forenses: Análise comparativa de legislação europeia». In *Centre for Social Studies, University of Coimbra* (January). Disponível em https://www.researchgate.net/publication/276069555_Bases_de_dados_geneticos_co_m_fins_forenses_Analise_comparativa_de_legislacao_europeia
- Leal, J. dos R. B. e C. (2018). *Prova Genética: implicações em processo penal*. Universidade Católica Editora: Lisboa.
- Machado, H. (2005). Dilemas e paradoxos da cientifização da justiça em Portugal - o caso dos perfis genéticos de ADN. *Manifesto*. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/4495>
- Machado, H. (2011). Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN. *Etnográfica*, 15(1), 153–166. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0873-65612011000100008&lng=es&nrm=iso/
- Machado, H. (2017). «Genótipos de difícil civilização: Crime, genética, neurociências e ethos científico». In *Genética e Cidadania* (pp. 53–68) Machado,H(org.). Edições Afrontamento: Porto.
- Machado, H. C. F. (2008). *LIÇÃO SOBRE JUSTIÇA, CIÊNCIA E CRIMINALIDADE: RUMOS DA CIDADANIA E DEMOCRACIA NA ERA GENÓMICA*. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/61951/1/2008_HelenaMachado_agregacao.pdf
- Machado, H., Silva, S., & Amorim, A. (2010). Políticas de identidade: perfil de DNA e a

- identidade genético-criminal. *Análise Social*, XLV, 537–553. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732010000300006>
- Machado, S. C. e H. (2012). Biolegalidade, imaginário forense e investigação criminal. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 97, 61–84. Disponível em <<https://doi.org/10.4000/rccs.4927>>
- Matos, H. M. e F. S. e S. (2016). *Criminalidade e geopolítica da ciência na União Europeia*. February. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/331099491_Criminalidade_e_geopolitica_da_ciencia_na_Uniao_Europeia>
- Miranda, D. (2017). «Ler a criminalidade pelo corpo: A natureza criminal e os suspeitos do costume». In *Genética e Cidadania* (pp. 69–86) Machado,H(org.). Edições Afrontamento: Porto.
- Moniz, H. M. e H. (2014). *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de controlo e ordem social* (January). Coimbra Editora. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/285401152_Bases_de_dados_geneticos_forenses_Tecnologias_de_controlo_e_ordem_socia>
- Nunes, R. (2013). *Genética*. Edições Almedina:Coimbra.
- Ortega, L. R. S. e F. J. G. (2014). A epigenética como nova hipótese etiológica no campo psiquiátrico contemporâneo. *Revista de Saúde Colectiva*, 24. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373312014000300765&script=sci_abstract&tlng=pt>
- Piazza, P. V. (2020). *Homo Biologicus: Como a Biologia explica a natureza humana*. Bertrand Editora: Lisboa.
- Queirós, F. (2017). «Trajetórias vigilantes: As tecnologias de ADN enquanto mecanismos de vigilância sobre os cidadãos». In *Genética e Cidadania* (pp. 111–127) Machado,H(org.). Edições Afrontamento: Porto.
- Rafter, N. (2009). *The origins of criminology: a reader*. GlassHouse Book.
- Ribas, E. C. e M. F. e G. B. e C. (2014). Filhos de uma quimera. *Boletim Da Ordem Dos Advogados*.
- Ribeiro, G. S. (2020). *A Justiça em laboratório: reflexões em torno de uma base de dados de perfis de ADN*. Universidade do Minho.
- Santos, G., Agra, C. da, Castro, J., & Cardoso, C. (2018). «Prevenção Desenvolvimental de Comportamentos Antissociais e Delinquentes». In *Criminologia Integrativa :*

- contributos para uma comunidade criminológica de Língua portuguesa* (pp. 157–198) Agra & Gomes, M.A(org.). D'Plácido: Belo Horizonte.
- Santos, H. M. e C. S. e F. (2017). «Genes maus, genes bons: Rumos da justiça personalizada e desafios à cidadania». In *Genética e Cidadania* (pp. 15–34) Machado,H(org.). Edições Afrontamento: Porto.
- Santos, H. M. e F. (2009). Dramatização da justiça e mediatização da criminalidade: Que rumos para o exercício da cidadania? *Revista de Sociologia*.Disponível em <<https://doi.org/10.4000/con>>
- Silva, G. A. M. F. da. (2018). *(im)possibilidade de recolha de ADN ao arguido contra a vontade expressa do mesmo* [Universidade de Lisboa]. Disponível em <<https://repositorio.ul.pt/handle/10451/37535>>
- Vieira, M. F. C. (2012). *Bases de dados de perfis de adn: a situação em portugal*. Disponível em <[https://eg.uc.pt/bitstream/10316/80843/2/Maria Francisca Castro Vieira - tese de Mestrado final.pdf](https://eg.uc.pt/bitstream/10316/80843/2/Maria%20Francisca%20Castro%20Vieira%20-%20tese%20de%20Mestrado%20final.pdf)>

Legislação:

Decisão 2008/615/JAI DO CONSELHO, 23 de Junho de 2008. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008D0615>>

Decisão 2008/615/JAI. *Cooperação transfronteiras, em particular no domínio da luta contra o terrorismo e a criminalidade transfronteiras*. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0005>>

Lei n.º 40/2013, de 25 de Junho. *CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO DA BASE DE DADOS DE PERFIS DE ADN - ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO*. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1935A0012&nid=1935&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=>>

Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro. *BASE DE DADOS DE PERFIS DE ADN - IDENTIFICAÇÃO CIVIL E CRIMINAL*. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1506&tabela=leis>

Recommendation No. R(92) 1 Council of Europe Committee of Ministers. Disponível em <<https://rm.coe.int/090000016804e54f7>>

Regulamento n.º 827/2019. *Funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN*. Disponível em <<https://dre.pt/home/-/dre/125602876/details/maximized>>

Outras:

Conferência Zoom: *Genética Forense em sociedades pós-socialistas*, Helena Machado, 26 Maio de 2020, Faculdade de Ciências da Universidade do Porto, organização EXCHANGE- Geneticistas forenses e a partilha transnacional de informação genética na União Europeia: Relações entre ciência e controlo social, cidadania e democracia - projeto financiado pelo Conselho Europeu de Investigação (Consolidator Grant N° 648608). <<https://videoconf-colibri.zoom.us/j/91283701526>>

Notícia Jornal Público: *O ADN recolhido na investigação criminal também se partilha*. 6 de Maio de 2019. Disponível em <<https://www.publico.pt/2019/05/06/politica/noticia/uso-adn-vestigacao-criminal-retrato-heterogeneidade-europeia-1871570>>