



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

JÚLIA MARA RODRIGUES PIMENTEL

**O CADASTRO GENÉTICO DE CONDENADOS EM CRIMES GRAVES: uma análise
da identificação e da investigação criminal genética da Lei 12.654/12 à luz dos direitos
fundamentais**

JUIZ DE FORA-MG

2016

JÚLIA MARA RODRIGUES PIMENTEL

O CADASTRO GENÉTICO DE CONDENADOS EM CRIMES GRAVES: uma análise da identificação e da investigação criminal genética da Lei 12.654/12 à luz dos direitos fundamentais

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito
Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

JUIZ DE FORA-MG

2016

Júlia Mara Rodrigues Pimentel

O CADASTRO GENÉTICO DE CONDENADOS EM CRIMES GRAVES: uma análise da identificação e da investigação criminal genética da Lei 12.654/12 à luz dos direitos fundamentais

Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 16/04/2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Dr. Fernando Ramalho Ney Montenegro Bentes
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

À minha família, sem ela não conseguiria dar os passos que dei na vida, incluindo este.

Agradecimentos

Agradeço a Deus.

Grata aos professores por terem ajudado na construção dessa dissertação.

Agradeço ao Professor Orientador Professor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, por sua competência, pela paciente e dedicada orientação.

Ao Professor Fernando Bentes pelas importantes observações apresentadas, que foram essenciais ao trabalho.

Agradeço ao Professor Sebastião Trogo que, com seu indiscutível saber, compartilhou seu conhecimento fazendo com que as manhãs de sábado se tornassem mais leves e agradáveis...

Ao Professor Cleyson de Moraes Mello por poder compor a banca examinadora, o que é uma honra.

Por fim, obrigada ao meu amado Rodrigo e à minha amiga Fernanda Franklin por sempre estar presente e a todos que de algum modo ajudaram na edificação desse trabalho. Agradeço assim genericamente, pois não caberiam em poucas linhas os nomes daqueles que foram importantes e, ainda, poderia ser injusta esquecendo-me de outros que foram igualmente essenciais nesse caminho, pois a gratidão é presa fácil do tempo.

“O homem nunca é tão dono de si mesmo quanto no silêncio: fora dele, parece derramar-se, por assim dizer, para fora de si e dissipar-se pelo discurso; de modo que ele pertence menos a si mesmo do que aos outros”.

Joseph Antoine Toussaint Dinouart
em “A arte de calar”.

Resumo

A Lei nº 12.654/12 instituiu alterações nos procedimentos de identificação e da investigação criminal, determinando a criação de um banco de dados genéticos de condenados por crimes hediondos e de violência grave a pessoa. A referida lei tem constitucionalidade questionável, uma vez que levanta indagações acerca de sua amplitude e as implicações da obrigatoriedade para o acusado de fornecimento de material genético. É cediço que a persecução penal deve ser buscada pelo Estado como forma de garantir a efetivação do próprio Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo em que busca a penalização de uma conduta criminalmente tipificada, busca-se a satisfação de um ideal de justiça para a população. Todavia, esse mesmo Estado Democrático de Direito é regido por uma Constituição que tem uma série de direitos e garantias que visam salvaguardar a existência desse mesmo Estado. No Brasil, o direito processual penal é regido por uma série de garantias e princípios que visam a manutenção da dignidade do cidadão que está sendo investigado ou que já tenha sido condenado. Levando em consideração toda a herança histórica de desrespeito aos direitos dos indivíduos, a Constituição, por meio de seu sistema de princípios protetivos, acastela a pessoa da prepotência do Estado garantindo-o contra qualquer ameaça a seus direitos fundamentais. Para tanto, o presente estudo analisou o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual garante que ninguém é obrigado a se autoincriminar, razão pela qual parece equivocado admitir que o Estado determine que o indivíduo indiciado/acusado tenha que se submeter a uma produção de provas contra si. Foram examinados os princípios da presunção de inocência, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Estudou-se, ainda, alguns direitos da personalidade que não devem ser olvidados na persecução penal, quais sejam, o direito a integridade física, a intimidade, a autodeterminação informativa. Assim, mister ponderar os pressupostos de validade das intervenções corporais, em que momentos estas podem ser permitidas e valoradas no processo penal pátrio.

Palavras-chave: Banco de Dados Genéticos. Direitos Fundamentais. Persecução Penal.

Abstract

Law 12.654/12 instituted changes in identification procedures and criminal investigation, determining the creation of a genetic database convicted of heinous crimes and serious violence to a person. Such legal device has questionable constitutionality since it raises questions about its scope and implications of the requirement for the accused supply of genetic material. It's musty that the prosecution should be pursued by the State in order to guarantee the effectiveness of their own democratic State. While seeking a penalty of a criminal offense conduct, seeks the satisfaction of an ideal of justice for the people. However, the same law of a democratic state is governed by a Constitution that has a number of rights and guarantees designed to safeguard the existence of that State. In Brazil, criminal procedural law is governed by a set of principles aimed at maintaining the dignity of the citizen who is being investigated and that has already been convicted. Taking into account all the historical legacy of disrespect for the rights of individuals, the Constitution, through its system of protective principles, safeguards one of the State's arrogance ensuring against any threat to their fundamental rights. Analyzed the privilege against self-incrimination, which ensures that no one is forced to self-incrimination, which is why it seems wrong to admit that the state determines that individual indicted/accused has to undergo a presentation of evidence against him. Principles of presumption of innocence, of proportionality and human dignity were examined. Were studied also some personality rights that should not be forgotten in the prosecution, namely, the right to physical integrity, privacy, informational self-determination. Due to this fact, necessary to consider the conditions of validity of bodily interventions, at what times they can be allowed and valued in parental criminal proceedings.

Keywords: Bank of Genetic Data. Fundamental Rights. Criminal Prosecution.

Lista de abreviaturas e siglas

ADN – Ácido desoxirribonucleico

Art. – Artigo

CFRB/1988 – Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1998

CPB – Código Penal Brasileiro

CPC – Código de Processo Civil

CPPM – Código de Processo Penal Militar

CPP – Código de Processo Penal

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

DNA – Ácido desoxirribonucleico

MP – Ministério Público

RCN – Registro Civil Nacional

RIC – Registro de Identidade Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCF – Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

Sumário

1	Introdução	12
2	A identificação criminal e a produção probatória	14
2.1	Identificação e identidade	14
2.1.1	A evolução histórica dos métodos de identificação criminal	16
2.2	A utilização do DNA no âmbito das ciências criminais	25
2.3	Produção probatória no direito processual penal.....	30
2.3.1	As garantias constitucionais na identificação criminal	37
2.3.2	Provas invasivas e não invasivas	40
3	Direitos fundamentais	44
3.1	Da distinção entre regras e princípios	45
3.1.1	A distinção entre regras e princípios em Ronald Dworkin.....	46
3.1.2	A distinção entre regras e princípios em Robert Alexy.....	49
3.1.3	A colisão entre princípios e o sopesamento de valores	50
3.2	O pós-positivismo e a teoria dos direitos fundamentais	53
3.3	O conteúdo ético dos direitos fundamentais.....	57
3.4	O conteúdo normativo dos direitos fundamentais	60
3.5	Um conceito de direitos fundamentais	60
3.5.1	Direitos fundamentais como direitos positivados	63
3.6	Direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais	66
4	Das garantias e direitos fundamentais do indivíduo na persecução penal	70
4.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	71
4.2	Princípio da não autoincriminação	76
4.2.1	Historicidade	78
4.2.2	O direito a não autoincriminação perante a ordem constitucional brasileira	80
4.3	Princípio da presunção de inocência.....	86

4.4	Princípio da proporcionalidade.....	89
4.5	Direito à integridade física	92
4.6	Direito à privacidade e o direito à intimidade.....	95
4.7	Direito à autodeterminação informativa	99
4.8	Princípio da verdade real.....	101
4.8.1	A busca da verdade real no processo penal: utopia.....	104
5	Conflito de interesses entre a persecução penal e as garantias e direitos inerentes a pessoa humana	107
5.1	A persecução penal como efetivadora do princípio da segurança pública.....	108
5.2	O garantismo na esfera penal e o STF	112
5.3	A lei 12.654/12: uma análise da nova modalidade de identificação criminal e da manutenção do perfil genético do condenado	119
5.4	O banco de dados genéticos do condenado: a obrigatoriedade de fornecimento do material genético ante as garantias constitucionais e processuais penais	126
5.4.1	Os direitos fundamentais do acusado x investigação criminal genética: a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal.....	138
	Considerações finais	153
	Referências	157

1 Introdução

A presente dissertação fará uma análise acerca do cadastro genético de condenados, tratando da identificação e da investigação criminal genética instituídas pela Lei 12.654/12 à luz dos principais direitos fundamentais que norteiam a persecução penal no sistema jurídico pátrio.

Tal análise versará sobre o conflito existente entre o princípio do *nemo tenetur se detegere* e a produção probatória, especialmente após a criação do banco de dados genéticos para os acusados e para os que estão em fase de cumprimento da pena. Indaga se a Lei 12.654/12, que obriga o fornecimento de material biológico para a produção de exame com material genético, fere princípios e garantias constitucionalmente asseguradas, notadamente a dignidade da pessoa humana, o direito a integridade física, a intimidade e autodeterminação informativa.

Daí surge o seguinte questionamento: A Lei 12.654/12, que prevê a coleta do material genético como forma de identificação genética criminal, está em conformidade com a teoria garantista adotada pelo STF? Não obstante sua breve vigência, faz-se mister que se descortine as nuances e particularidades dessa lei, com a precípua finalidade de se determinar suas consequências para o indivíduo que está sendo indiciado ou processado, como também para o condenado.

A persecução penal é norteada por vários princípios, sendo o direito a não autoincriminação e a dignidade da pessoa humana contrapontos que limitam a atuação da busca da verdade real do Estado. Desse modo, a temática amolda-se perfeitamente a linha de pesquisa “Pessoa, Direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo”.

A partir de uma pesquisa bibliográfica buscou-se discutir a temática que aborda discussões envolvendo o direito constitucional, o direito processual penal, a filosofia bem como a correspondência com outras áreas da ciência, tais como a medicina legal e a antropologia forense.

Como marco teórico da dissertação têm-se as ideias sustentadas por Maria Elizabeth Queijo, em sua obra “O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal”, cuja tese central aponta a necessidade da prevalência deste princípio como forma de defesa ante as arbitrariedades do Estado na persecução penal, bem como o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira acerca do tema, para o qual o cadastro nacional de crimes graves constituiria uma “transcendência

exponencial da Segurança Pública”, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas.

No capítulo inicial, a fim de situar o tema, tornou-se indispensável uma abordagem quanto à conceituação de identificação criminal e seus objetivos, bem como da evolução do tema no decorrer da história e a sua incidência no ordenamento jurídico pátrio. Aborda-se, ainda, a questão da produção probatória, dando especial relevo à utilização dos exames periciais no âmbito da ciência forense.

No terceiro capítulo, faz-se uma breve abordagem dos fundamentais, a fim de ressaltar a importância dos mesmos no Estado Democrático de Direito, passando pela análise dos princípios e sua importância no sistema jurídico contemporâneo, notadamente no pós guerra. Já no quarto capítulo, a pesquisa traça os contornos dos principais direitos e garantias asseguradas aos cidadãos na persecução penal, bem como são tecidas críticas acerca da pretensa busca da verdade real no processo penal.

E, por fim, no quinto capítulo, contextualiza-se a discussão envolvendo o conflito de interesses entre a persecução penal e as garantias e direitos inerentes a pessoa humana. No último capítulo adentra-se à questão, atentado-se para a teoria garantista e sua correspondência na Constituição Federal e no Supremo Tribunal Federal, fazendo uma análise da Lei 12.654/12 e buscando na doutrina e jurisprudência substratos a fim de responder a questão norteadora da pesquisa.

2 A identificação criminal e a produção probatória

A produção probatória pode ser conceituada como todos os meios utilizados para a confecção de provas que serão utilizadas no curso da investigação criminal e também durante o processo judicial. Através dela se reconstrói a dinâmica dos fatos, com a intenção de se buscar a verdade real, conceito este que será abordado oportunamente neste estudo.

A identificação criminal está intimamente ligada à produção probatória, pois pode se dizer que aquela é espécie do gênero desta. Cabe salientar que sem a exata autoria do crime a denúncia, ou a queixa-crime, não deve prosperar, visto que para o Estado punir é imprescindível que, além da materialidade do delito, se tenha confirmada a autoria.

2.1.1 Identificação e identidade

Como anteriormente afirmado, apenas com a exata identificação¹ do envolvido no fato delituoso é que se pode confirmá-lo como o autor, caso haja dúvidas sobre a autoria, corre-se o risco de cometer a injustiça, condenando uma pessoa inocente.

Insta ressaltar que os termos identidade e identificação não possuem o mesmo significado. Segundo Rogério Greco, a identidade consiste em características pessoais, como marcas e sinais que tem a propriedade de diferenciar uma pessoa da outra (GRECO *et al.*, 2010, p. 40). Por intermédio dos caracteres que definem a identidade é que se faz a identificação.

Já a identificação pode ser conceituada como sendo o “conjunto de técnicas, métodos e sistemas usados para determinar a identidade de alguém” (GRECO *et al.*, 2010, p. 39). Tourinho Filho (2009, p. 264) resume bem a questão esclarecendo que a identificação é o processo utilizado para se estabelecer a identidade que, por sua vez, constitui o conjunto de dados e sinais que caracterizam o ser humano.

Tendo em vista que o Estado é o titular do direito de punir, procurou-se criar mecanismos capazes de inibirem as condutas delituosas bem como que tornasse possível a correta identificação do acusado. Em relação ao tema, vale constar a lição de José Frederico Marques:

Problema de grande interesse apresenta a questão da identidade do acusado. Tratando-se de qualidade personalíssima, não pode ser atribuída, como ensina

¹ No que concerne a identificação civil - certidão de nascimento e carteira de identidade - Garrido e Giovanelli (2012, p. 148) destacam que elas são obrigatórias no Brasil.

MIGUEL FENECH, a não ser àquele que genuinamente a deva assumir. Tem de cuidar-se, no tocante ao assunto, de estabelecer exata correspondência entre as pessoas, como individualidade física, e as circunstâncias externas que servem para identificá-la. (MARQUES, 2003, p. 61)

Confirmando a doutrina de Frederico Marques quanto à necessidade de uma identificação precisa do acusado, destacam-se os ensinamentos de Edgard Magalhães Noronha:

É o Estado o titular do direito de punir. O crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais também, pois perturba as condições da harmonia e estabilidade, sem as quais não é possível a vida comunitária. Mas incumbe ao Estado - que é um meio e não um fim - a consecução do bem comum, que não conseguiria alcançar se não estivesse investido do *jus puniendi*, do direito de punir o crime, que é o fato mais grave que o impece na consecução daquela finalidade. Esse direito estatal não é, entretanto, ilimitado. Nas sociedades civilizadas vige, em regra, o princípio da reserva legal - *Nullum crimen, nulla poena sine lege* - que limita o direito de punir. O conjunto das normas incriminadoras constitui, então o direito objetivo, que circunscreve ou delimita o *jus puniendi*. Com efeito, ao mesmo tempo em que o Estado incrimina um fato, declara que não poderá punir quem não o pratica. (NORONHA, 1998, p. 3).

Para que o Estado exerça o seu *jus puniendi* e para que o procedimento de identificação seja eficaz, faz-se imperioso que exista um método que possibilite estabelecer uma relação inequívoca entre as variáveis questionadas, isto é, deve-se criar um conjunto de caracteres próprios que sejam aptos a diferenciar os indivíduos entre si, uma vez que a finalidade do processo de identificação é individualizar a pessoa, estabelecendo a sua identidade (ARAÚJO, 2004; JOBIM *et al.*, 2005).

Atualmente, a polícia judiciária tem utilizado os métodos da antropometria, da papiloscopia, da biometria e de dados genéticos a fim de individualizar a pessoa e, assim, identificar com certeza o transgressor da norma penal.²

Historicamente, vários foram os métodos utilizados pelo Estado na busca de identificação do indivíduo. Os primeiros, notadamente, não possuíam base científica aceitável e atentavam contra a dignidade humana, podem ser citadas como exemplo as técnicas arcaicas do período medieval, em que o “assinalamento dos malfeitores, sobretudo reincidentes, como símbolos, letras, flor-de-lis, marcas na fronte ou em outras áreas por ferro incandescente, mutilações das orelhas e nariz, ablação da língua, avulsão de dentes etc.” eram métodos comumente aceitos e largamente utilizados (CROCE; CROCE JUNIOR, 1998, p. 77-78).

² A identificação policial ou judiciária utiliza dados da antropometria e da datiloscopia para identificar o indivíduo, sendo que muitas vezes não há necessidade, *a priori*, que seja feita por médico perito/legista (GRECO *et al.*, 2010, p. 40).

No fim do século XIX, com os estudos de Bertillon, em 1882, houve novos rumos ao processo de identificação, utilizando de métodos da antropometria, do retrato falado, da fotografia sinalética e das impressões digitais.

A seguir será realizada uma breve análise do progresso dos métodos de identificação criminal, visto que permitirá uma maior compreensão do tema.

2.1.1 A evolução histórica dos métodos de identificação criminal

Da mutilação ao perfil genético, assim pode ser sintetizada a evolução dos procedimentos de identificação criminal do indivíduo.

Desde os tempos mais remotos, buscou-se incessantemente individualizar as pessoas integrantes dos diversos grupos sociais. No início, a identificação tinha um caráter eminentemente patrimonial, visto que, os indivíduos escravizados se tornavam bens patrimoniais, os quais eram identificados mediante a utilização de adornos, tatuagens ou marcas, para que fossem prontamente reconhecidos³.

Com o surgimento da figura do Estado, e este como titular do *jus puniendi*, buscou-se criar mecanismos aptos a inibirem as ações criminosas e que, ao mesmo tempo, fosse possível a correta identificação do suspeito/incriminado. Devido ao caráter personalíssimo da pena, surgiram os primeiros métodos de identificações criminais, entre estes a mutilação, o ferrete e a tatuagem, que eram aplicados conforme o tipo de injusto cometido.

Dentre os processos de identificação o mais remoto dos métodos é o “nome”. Empregado pelo indivíduo para reconhecer seus semelhantes e os objetos que o circundam, era objeto de preocupação no passado, por ser visto como um presságio, como mostra a máxima de Plauto: *Nomen, omen*: “Nome, augúrio” (Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda, 1999). Data de 2.850 A.C. o primeiro uso de nomes compostos. Tal fato ocorreu quando o então Imperador Chinês Fushi decretou o uso de nomes de famílias ou sobrenomes (MIRANDA, 2008, p. 2).⁴

³ “Historicamente (Instituto Nacional de Identificação/Departamento de Polícia Federal, 1987, 8-14) vários foram os métodos utilizados nesta tentativa de promover a identificação. Visando a determinação de propriedades sobre animais, escravos e objetos pessoais, os primeiros processos preocupavam-se muito mais com a identificação civil do que com a criminal e só posteriormente é que o homem sentiu necessidade de identificar pessoas nocivas à sociedade”. Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2015.

⁴ Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/ma.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2015.

O processo “ferrete” veio após e baseava-se no uso de um instrumento de ferro aquecido para se marcar os criminosos, escravos e animais. Na Índia, as Leis de Manu preconizavam o talião simbólico, marcando com ferro em brasa o rosto do acoimado, com símbolos indicativos do seu delito.

Na França, por exemplo, os condenados à galé levavam, gravadas com ferro em brasa, as letras GAL; outros criminosos levavam, gravada com ferro em brasa, uma flor-de-lis. O Foral de Lourinhã, confirmado por D. Afonso II, em 1218, dizia: O que furtar na casa, no campo, ou na eira, seja logo pela primeira vez marcado na testa com ferro quente; pela segunda ponham-lhe um sinal; pela terceira, enforquem-no. Mesmo no Brasil, no segundo quartel do século XVIII, havia disposição no sentido de que a todos os negros que forem achados em quilombos, estando neles voluntariamente, se lhes ponha uma marca em uma espádua com a letra F, que, para este efeito, haverá nas Câmaras e se, quando se for a executar esta pena, for achado já com a mesma marca, ser lhe cortará uma orelha, tudo por simples mandado do Juiz [...]. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 264)

Contemporânea ao ferrete, a “mutilação”, também denominada de penalidade poética ou expressiva, consistia na amputação de algum membro ou parte do corpo do acusado. A mutilação incidia na extirpação do órgão relacionado com a prática do injusto, por exemplo, da língua, nos crimes contra a honra, ou dos órgãos genitais, nos crimes sexuais (ARAÚJO; PASQUALI, 2006). A mutilação “dependia do crime cometido e das leis do país que o adotava. Em Cuba, Espanha e Estados Unidos, onde esse procedimento foi utilizado de 1607 a 1763, as orelhas é que eram amputadas, na Rússia e França, as narinas”⁵.

Conhecida como Sistema Cromodérmico, a tatuagem, foi oficialmente proposta como meio identificativo em 1832, por Jeremy Bentham, filósofo inglês criador da doutrina do Utilitarismo que tinha como lema “a maior felicidade possível para o maior número possível de pessoas”⁶. Inicialmente, a proposta era a de tatuar na parte interna do antebraço direito letras para identificar civilmente um indivíduo e números para a identificação penal (ARAÚJO; PASQUALI, 2006).

Contudo, esses processos foram, paulatinamente, deixados de serem utilizados, tanto pela violência empregada, como pelo seu aspecto desumano, que se redarguiam aos movimentos sociais emergentes, visto que a intervenção estatal não mais poderia ser vista como um espetáculo a ser observado.

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturam-

⁵ Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2015.

⁶ Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2015.

se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. [...] A punição vai-se tornando, pois, a parte mais velada do processo penal, provocando várias conseqüências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. (FOUCAULT, 2004, p. 12).

Desse modo, com o crescente desenvolvimento dos movimentos filosófico e jurídico que propugnavam pela limitação e controle dos abusos de poder e das atrocidades cometidas pelo próprio Estado⁷ tais procedimentos foram sendo abandonados.

Assim, a conjugação destes pensamentos associados à limitação do poder do Estado, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais, insculpidos nos movimentos constitucionalistas dos Estados Unidos, de 1787 e de 1791, na França, consagraram os princípios basilares da igualdade, liberdade e da necessidade de um tratamento digno à pessoa humana. Em decorrência destes princípios, procedimentos considerados degradantes ou abusivos não mais poderiam conviver com a nova ordem social. Desta forma, a não utilização dos métodos de identificações criminais baseados na mutilação, ferrete, ou do emprego de tatuagens acabou por gerar uma lacuna procedimental de difícil elucidação, pois não havia, à época, método de identificação criminal que fosse de fácil percepção e capaz de determinar se o identificando era reincidente ou não na prática delituosa. (NORONHA FILHO, 2013, p. 2)⁸.

Com o surgimento de novas tecnologias e a necessidade de adequação a nova realidade social, surgiu a fotografia como procedimento de identificação criminal. Com a invenção da fotografia no século XIX, materializou-se um antigo sonho humano, que era o de procurar meios de reproduzir fidedignamente a realidade ao seu redor e registrar de forma verossímil os fatos históricos. Desde então, este procedimento passou a ser utilizado na identificação dos indivíduos, além de seu uso no campo da documentação ou como forma de expressão artística.

⁷ Cesaria de Beccaria, o Marques de Bonessana, em sua obra “Dos delitos e das penas” já em 1764 trazia a preocupação com atrocidades perpetradas pelo Estado à época e preconizava a necessidade da proporcionalidade das penas aos delitos e resume sua obra aconselhando o legislador: “De tudo o que acaba de ser exposto pode-se deduzir um teorema geral de muita utilidade, porém pouco conforme ao uso, que é o legislador comum dos países: É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei” (2003, p. 107).

⁸ Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01-2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>>. Acesso em 7 ago. 2015.

Mesmo não havendo ainda uma forma objetiva de classificar a fisionomia humana que possibilitasse sua busca independentemente de qualquer outro dado, a fotografia é usada até hoje de maneira auxiliar em vários procedimentos identificativos, pois ela sempre acompanha a informação sobre qualquer delito, seja ilustrando o criminoso ou as cenas de crimes. (ARAÚJO; PASQUALI, 2004)⁹

O maior problema do método fotográfico, todavia, estava na existência de sósias e no alto número de álbuns fotográficos, assim como na inexistência de um sistema prático e seguro que tornasse possível o arquivamento e a pesquisa das fotografias. Destarte, o registro fotográfico, como método de identificação criminal, foi utilizado somente de forma subsidiária, isto é, como instrumento de complementação (SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

Quanto ao processo fotográfico, Araújo e Pasquali (2006, p. 06) lecionam:

[...] esse processo foi adotado em São Francisco, nos Estados Unidos, de 1854 a 1859, onde as fotografias eram colecionadas junto a um índice no qual constava um resumo histórico do criminoso. O mesmo procedimento ocorreu em Londres (1885), Paris (1888), São Petersburgo (1889), Berlim e Viena (1890) e em Calcutá (1892).

Devido à ineficácia do processo fotográfico e a impossibilidade da utilização de métodos de identificação considerados humilhantes ou cruéis, como a mutilação e o ferrete, a polícia não tinha como estabelecer e provar com segurança a identidade de um delinquente, haja vista que os policiais teriam que recorrer aos registros dos assentamentos prisionais arquivados, geralmente, de modo aleatório e desorganizado, ou ficariam restritos a lembranças da ocasião da identificação criminal do acusado. Assim, a individualização do identificado tornava-se delongada, ou mesmo impossível de ser concretizada.

Posteriormente ao processo fotográfico, outros métodos foram desenvolvidos. Tais foram criados com a finalidade de preencher as lacunas decorrentes da não aplicação dos métodos anteriores, assim, Alphonse Bertillon criou a Antropometria, que consiste numa técnica que possibilita mensurar o corpo humano e suas partes (NORONHA FILHO, 2013, p. 03).¹⁰

Foi nesse momento que surgiram os sistemas de identificação baseados nas partes do corpo. Dentre tais métodos, podem ser citados “otômetro”, que fazia a aferição das medidas do canal auditivo; o “craniógrafo”, que analisava os perfis de crânio; o “taquiantropômetro”, aparelho pelo qual se pretendia tomar todas as medidas da pessoa, inclusive os ângulos formados pelo dedo indicador e o dedo médio da mão direita; o “oftalmostatômetro”, que unia

⁹ Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2015.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01-2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>>. Acesso em 8 ago. 2015.

informações sobre as medidas dos olhos, tais como a curvatura da córnea, distância interpapilar, inter-orbitária, e a cor da íris.¹¹

As pesquisas empreendidas por Bertillon, Henry Faulds, Francis Galton e Vucetich, entre outros, no campo da identificação do indivíduo, tornaram possível o surgimento da Papiloscopia como ciência e esta, de forma indissociável, criou os mecanismos necessários para que a identificação criminal se tornasse uma realidade¹² e um instrumento imprescindível na resolução dos delitos (NORONHA FILHO, 2013, p. 03).¹³

Na tentativa de estabelecer leis válidas para todos os casos de uma mesma espécie e de minimizar os erros e deduções advindas destas análises, surge a Papiloscopia, ciência que tem por objetivo estabelecer a identificação humana por meio das papilas dérmicas.¹⁴

O sistema antropométrico de Bertillon foi superado pelo processo papiloscópico em virtude de alguns erros na verificação de determinados indivíduos, visto que possuíam medidas idênticas a de outros. Os enganos foram descobertos quando, por intermédio da coleta das digitais, descobriu-se que o acusado tinha digitais diferentes daquelas que foram colhidas no local do crime, apesar de possuir características físicas semelhantes a do verdadeiro criminoso.

A Papiloscopia permitiu o desenvolvimento da Dermatoglia, da Quiroscopia, da Podoscopia, todos sistemas desenvolvidos através do estudos das cristas papilares encontradas nos dedos, nas palmas das mãos e nas plantas dos pés. A partir dos estudos da papiloscopia, tornou-se possível o desenvolvimento da “Datiloscopia”.

A Datiloscopia, “ciência que se propõe à identificação da pessoa fisicamente, considerada por meio das impressões físicas dos desenhos formados pelas cristas papilares nas polpas dos dedos das mãos” é utilizada mundialmente até os dias de hoje¹⁵.

¹¹ Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2015.

¹² “Pode-se dizer que o Sistema Antropométrico de Bertillon foi o primeiro processo científico de identificação. Foi adotado em vários países por mais de três décadas até que o Processo Papiloscópico fosse comprovadamente estabelecido como um método científico de identificação, ao se mostrar mais eficaz, entre outros motivos, por respeitar os princípios do conhecimento científico, e conseguir individualizar as pessoas tanto civil quanto criminalmente”. http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf

¹³ Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01-2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>>. Acesso em 8 ago. 2015.

¹⁴ Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2015.

¹⁵ Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2015.

Fernando da Costa Tourinho Filho, dissertando acerca das pesquisas de Henry Faulds¹⁶, ressalta uma importante passagem da obra do médico, a qual poderá ser tida como o primeiro relato registrado do emprego da identificação criminal como ferramenta para a resolução de delitos:

Certa feita, avisaram ao médico escocês que um ladrão saltara um muro pintado de branco e nele deixara inúmeras impressões de dedos. Por coincidência lhe avisaram, também, que o ladrão havia sido preso. Após examinar as marcas digitais existentes no muro, dirigiu-se Faulds à Polícia e pediu para tirar as impressões dos dedos do capturado. Após compará-las, afirmou categoricamente que o preso não havia sido o autor do furto. Dias mais tarde, prendeu-se o verdadeiro ladrão, e suas marcas digitais correspondiam às do muro. Tal descoberta foi enviada à revista inglesa *Nature*, e, com base nessas informações, Francis Galton, na Inglaterra, passou a estudar o fenômeno, mas, sem embargo de muitos anos de trabalho, não conseguiu elaborar logo uma classificação das digitais. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 266).

Araújo e Pasquali (2006) dissertam que os estudos realizados por outro grande papiloscopista, Francis Galton, desenvolveram a análise da concordância de padrões de cristas papilares entre parentes, ao comparar impressões digitais de irmãos gêmeos e de indivíduos geneticamente sem relação. A partir dessa pesquisa, Galton criou a sua teoria acerca da classificação e subclassificação das impressões digitais.

Contemporâneo as pesquisas Galton, Edward Richard Henry empreendeu-se na criação um sistema de classificação das impressões digitais que possibilitou à polícia o arquivamento e a posterior comparação das impressões, 11 digitais do identificado com as existentes nos arquivos criminais. Desse modo, o comissário de polícia conseguiu preencher as lacunas herdadas do sistema antropométrico de Bertillon, que consistiam exatamente na impossibilidade da existência de um arquivo que propiciasse, de modo célere e preciso, a consulta aos dados arquivados. Destarte, Henry instituiu um mecanismo que propiciava definir se o indivíduo era reincidente ou não¹⁷.

¹⁶ Noronha Filho (2013) destaca que Henry Faulds foi um médico escocês que fundou o Hospital Tsukiji em Tóquio, Japão, em 1875. Em 1870, ao estudar cerâmica antiga Faulds se deparou com impressões digitais. Motivado por essa descoberta, aprofundou seus estudos neste novo campo, a ponto de constatar que mesmo removendo suas impressões com produtos químicos, as mesmas renovavam-se com os padrões anteriores. A partir daí começa a colecioná-las, coletando as impressões de seus vizinhos e de estudantes, arquivando-as de modo sistemático e dividindo-as em 26 tipos. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01-2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>>. Acesso em 9 ago. 2015.

¹⁷ Araújo e Pasquali (2006) acerca das análises de Henry narram que no dia 27 de março de 1905, um casal foi assassinado em sua loja e no lugar de crime foi localizado um fragmento de impressão digital sobre a bandeja do caixa. Melville Macnaghten, comissário assistente da Scotland Yard, encaminha o material a Henry e este constatou que o fragmento de impressão digital pertencia a Alfred Stratton, um dos dois irmãos que foram presos como suspeitos pelo crime. Os referidos autores descrevem que esta foi a primeira notícia que se tem de uma impressão digital ser admitida como prova num caso de homicídio, em um Tribunal Inglês. Tal fato tornou possível a Henry e a Scotland Yard lançarem os alicerces de uma nova ciência forense. O comissário

Nascido na Croácia, Juan Vucetich Kovacevich, foi outro grande nome da papiloscopia. Designado para montar um escritório de identificação antropométrica, o policial iniciou sua trajetória científica na Argentina. Seus estudos, aprofundando as pesquisas de Galton, o levaram a um novo método de classificação datiloscópica mais prática, além de encontrar novas formas de colher as digitais (Araújo; Pasquali, 2006). O sistema alfanumérico de Vucetich, mais econômico e prático, foi difundido mundialmente e continua sendo usado até os dias de hoje.

Assim, dentre os métodos antropométricos de Bertillon, o mais difundido é o estudo das impressões digitais, a datiloscopia. As impressões digitais comparadas com os outros métodos têm aplicabilidade e confiabilidade maiores, pois possuem os requisitos necessários (unicidade, imutabilidade, variedade e praticabilidade) que lhe confere um maior valor.

Nesse sentido, Maranhão leciona que:

Os desenhos se formam na vida intra-uterina (6º mês) e permanecem invariáveis até a destruição cadavérica. [...] Apresentam configuração unitária em cada pessoa (até os gêmeos univitelinos os têm diferentes) e seu estudo, por decalque no papel, é simples, rápido e prático hoje já existe recurso até para não se manchar as mãos com tinta (semelhante à xerografia, por sensibilização eletrônica de papel especial). Indiscutivelmente é um processo ímpar e insubstituível. (MARANHÃO, 2000, p. 59).

Por causa dessas características, a datiloscopia é atualmente a técnica mais empregada como método de identificação. Não obstante a confiabilidade do exame das digitais, na tarefa de identificar os indivíduos, novas técnicas foram criadas, tais como a identificação pela íris¹⁸, voz e pelo exame de DNA. Tais procedimentos complementam os processos já existentes e, num futuro próximo, poderão vir a substituí-los.

desenvolveu um sistema de classificação primária fundado na variabilidade de incidência de determinados desenhos digitais.

¹⁸ A identificação pela íris é uma técnica moderna que utiliza a imagem da íris que é a parte colorida do olho humano, que tem como características principais a imutabilidade e a unicidade, a probabilidade de ter dois indivíduos com a mesma íris é de 10^{78} , o que garante altos níveis de confiabilidade a técnica. Esse sistema “de identificação de íris funciona por meio de um software que contém algoritmos e transforma a íris em um código. Quando o usuário se aproxima, câmeras de autenticação avançadas capturam a imagem de sua íris – sem lasers ou luzes fortes – e a comparam ao código correspondente. A margem de erro para esta tecnologia é mínima: o reconhecimento de voz pode falhar 1 vez a cada 3 mil identificações. A leitura da mão fica com margem de 1 para cada 1 mil. Para a impressão digital, a proporção cai de 1 para cada 10 mil e a leitura da íris tem uma relação de 1 erro para cada 1,2 milhões de tentativas.” Disponível em: <http://portaldaoftalmologia.com.br/site/site2010/index.php?option=com_content&view=article&id=1684:identificacao-pela-iris-e-mais-real-do-que-se-pensa&catid=41:noticias&Itemid=77>. Acesso em: 5 set. 2015. Além disso, pode-se também citar o uso dessa técnica pelo governo da Índia que tem a meta ambiciosa de criar um banco de dados de todos os seus habitantes (estimados em mais de 1,2 bilhão), que terão as suas impressões digitais e íris colhidas e receberão um RG com 12 dígitos numéricos. A intenção além de identificar os cidadãos, é diminuir a corrupção que assola o país pelo excesso de burocratização, que impede que o governo distribua a renda de maneira eficaz. “Com o novo sistema, chamado Aadhaar (‘Fundação’), qualquer indiano poderá ter sua

A adoção de tais técnicas garante uma menor probabilidade de erro na identificação, pois conforme estudos¹⁹, a identificação pela digital tem margem de erro de um para cada dez mil testes, enquanto a identificação pela íris tem uma pequena margem de erro de um para cada 1,2 milhão de testes. Consoante Mário Sérgio Sobrinho

[...] a nova tecnologia empregada pela biometria permite o reconhecimento do indivíduo mediante a análise das características físicas, tais como a impressão digital, a geometria ou as características da face, da mão, da íris ou da retina e a análise do DNA ou características comportamentais únicas, como a dinâmica da assinatura ou da digitação, o reconhecimento pela voz ou pelos movimentos. (2003, p. 34)

Ainda segundo o autor:

[...] entre os métodos de identificação que permitem o emprego das novas técnicas usadas pela biometria, um dos mais precisos é aquele que utiliza a íris. A íris, que é a parte colorida do olho situada em torno da pupila, tem uma imagem muito complexa e única em cada pessoa, tal qual são as impressões digitais, podendo, portanto, ser usada para fins de identificação humana mediante o emprego de uma câmara de vídeo e de um programa de computador. (SOBRINHO, 2003, p. 34)

Os métodos de identificações criminais associados a inovações tecnológicas tornaram possível o surgimento da biometria, e esta garantiu a celeridade nos procedimentos e a confiabilidade necessária para o arquivamento das informações. Consoante Elaine Martins (2009), o termo “biometria” está associado à ideia de medição biológica, tanto nos aspectos físicos quanto nos comportamentais, cuja metodologia se baseia no fato de que o indivíduo é dono de caracteres únicos que podem ser usados para a sua identificação, como, por exemplo, as veias das mãos, as impressões digitais, palmares e plantares, o reconhecimento facial, a íris, retina e a geometria das mãos. Além destas características, os traços biológicos obtidos a

identidade verificada em oito segundos em qualquer lugar do país, com o auxílio de equipamentos portáteis e baratos, ligados à rede de telefonia celular. Ele ajudará também na construção de uma verdadeira cidadania, numa sociedade onde a identidade é quase sempre mediada por um grupo - casta, parentesco ou religião. O Aadhaar deve, pela primeira vez, identificar cada indiano como um indivíduo”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/ny1909201101.htm>>. Acesso em 19 set. 2015. Como todo modelo de identificação existe a dúvida se esse sistema não estaria ingerindo na esfera privada do indivíduo, nesse ponto o governo indiano adotou a precaução, assim “não surpreende, portanto, que algumas pessoas vejam a ideia de centralizar a identificação dos cidadãos como um pesadelo distópico. Defensores da privacidade receiam que o governo use o programa para rastrear os cidadãos. A Índia não tem leis robustas para a proteção da privacidade. Por isso, o banco de dados foi concebido para conter o mínimo de informações -apenas nome, data de nascimento, sexo e endereço. Quando alguém for confirmar a identidade de uma pessoa usando o RG, o banco de dados fornecerá apenas uma resposta do tipo sim ou não”.

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/ny1909201101.htm>>. Acesso em 19 set. 2015.
19 Disponível em: <http://portaldaoftalmologia.com.br/site/site2010/index.php?option=com_content&view=article&id=1684:identificacao-pela-iris-e-mais-real-do-que-se-pensa&catid=41:noticias&Itemid=77>. Acesso em 5 set. 2015.

partir do mapeamento genético têm sido empregados como procedimentos de identificação criminal²⁰.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) erigiu a identificação criminal ao patamar de direito e garantia individual, em que o civilmente identificado não poderá ser submetido ao procedimento criminal de identificação, salvo nas hipóteses previstas em lei.

A fim de regulamentar a matéria constitucional, primeiramente, veio a Lei nº 10.054, de 07 de dezembro de 2000, qual previu que a identificação criminal seria realizada através do processo datiloscópico e fotográfico, trazendo no art. 3º as hipóteses de incidência²¹.

Com a finalidade de dar novo direcionamento à matéria, a Lei nº 12.037/2009, revogou expressamente a Lei nº 10.054/2000, vindo a regulamentar a matéria constitucional²². E como se verá a seguir, no ano de 2012, a Lei nº 12.654, veio a alterar dispositivos da Lei nº 12.037/2009, com a previsão da coleta de perfil genético como modo de identificação criminal, cujo teor da norma infraconstitucional foi regulamentado através do Decreto nº

²⁰ Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/o-que-e/3121-o-que-e-biometria-htm>>. Acesso em: 4 set. 2015.

²¹ O Art. 3º assim dispunha: “O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando:

I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;

II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;

III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;

IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

V – houver registro de extravio do documento de identidade;

VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.”

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L10054.htm>. Acesso em: 4 set. 2015.

²² Em sua redação original a Lei nº 12.037/2009 estabeleceu que a identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: carteira de identidade; carteira de trabalho; carteira profissional; passaporte; carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação do indiciado. Estabeleceu ainda para as finalidades desta da referida lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares. Quanto a necessidade da identificação criminal o Art. 3º dispõe que “Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.”

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 4 set. 2015.

7.950/2013, que instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos²³ e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que associado ao Sistema Automatizado de Identificação de Impressões Digitais (AFIS) possibilitarão o armazenamento de informações biométricas de indiciados/acusados submetidos à identificação criminal, ou levantadas em locais de crime.

A seguir será realizada uma análise acerca do uso do ácido desoxirribonucleico (ADN ou DNA sigla em inglês mais usualmente utilizada) na ciência penal.

2.2 A utilização do DNA no âmbito das ciências criminais

No decorrer da história, por muitos anos, a humanidade não teve condições de identificar de maneira efetiva os indivíduos. Desse modo, não raras vezes, ocorria no transcurso do processo e inquérito policial erros referentes à identificação do indiciado/acusado, causados facilmente por uma série de fatores (v.g., sinonímia de prenome, erros na identificação pela testemunha, coleta de provas deficientes/inexistentes) o que inegavelmente trazia consequências nefastas ao processo penal e a própria noção de justiça.

O ser humano com sua busca incessante em descobrir o desconhecido, fez com que a ciência prosperasse, ainda que, às vezes, em passos lentos e errôneos. Nesse sentido, várias áreas perderam o seu “achismo” e seu dogmatismo religioso e passaram a se voltar para a ciência.

Inclusive o Direito, que pautado nos dogmas religiosos, buscou mais a cientificidade. Nesse ponto, o direito penal e processual penal tiveram ganhos enormes por aliam a ciência como modo de buscar uma sentença justa que chegue o mais perto possível da verdade real.²⁴

²³ A fim de uma análise pormenorizada acerca dos da evolução dos métodos de identificação criminal, conferir o “Histórico dos processos de identificação”, tal pesquisa foi realizada pelo Instituto Nacional de Identificação e está disponível em http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf.

²⁴ Acerca dos sistemas de apreciação das provas, pode-se dividir em primitivo e moderno, todos porém com influência do empirismo e da religiosidade. A apreciação das provas sofreu profundas alterações com a evolução da justiça penal. Segundo Pagliuca (2011, p. 86-87) no sistema primitivo “utilizavam-se os sistemas religioso e étnico-pagão. O sistema religioso invocava a divindade para apreciar as provas, qualquer que fosse o julgamento (ordálias e juízos de Deus). No sistema étnico-pagão, a apreciação das provas era feita de forma empírica, sem qualquer regra.” Fiori (2008, p. 13) adverte que na monarquia antiga “o Estado aproxima-se da Igreja para se fortalecer e, em troca, proporciona a utilização dos quadros burocráticos e administrativos por parte do clero”. Na verdade, o que consolidou-se foi um modelo jurídico-político da intolerância, como advertiu Salo de Carvalho (2003a, p. 14) um modelo de submissão do “Outro” ao “Um”. O sistema inquisitivo, portanto, influenciado pelo Direito Canônico aperfeiçoou-se no seio das jurisdições eclesiásticas, que eram exercidas a fim de reprimir a heresia e as condutas e as condutas irregulares do clero, o que se conciliava com os propósitos dos monarcas (GOMES FILHO, 1997, p. 21). O sistema inquisitivo era secreto e adotava a tortura como forma de se obter o esclarecimento dos fatos, mas vale ressaltar a lição de Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 33) para a qual a finalidade do processo penal à época não parecia ser o esclarecimento dos fatos, todavia o reconhecimento da responsabilidade do acusado. Julio Maier (1999, p. 261) descreve bem esse momento “su nacimiento, desarrollo y recepción fueron el resultado de la necesidad política concreta de apoyar un poder político central y vigoroso,

A identificação do indiciado/acusado é de suma importância para o processo penal. Consoante anteriormente aludido, a identificação do acusado com a aplicação de técnicas científicas e, notadamente, com o avanço da medicina legal se tornou um procedimento menos falacioso.

Assim, hodiernamente, tem-se que realização de perícias é de vital importância para o esclarecimento do delito. Nesse ponto, com o uso de técnicas científicas, descortina-se para a autoridade policial a materialidade e, principalmente, a autoria, que embasarão o inquérito a ser remetido ao órgão da justiça competente.

Após o uso de vários métodos de identificação, alguns bons, outros nem tanto assim, uns seguros, outros duvidosos, o ser humano, devido a essa inesgotável busca de conhecimento, quiçá tenha descoberto uma das melhores formas de individualizar o ser humano, o ácido desoxirribonucleico.

A descoberta do ácido desoxirribonucleico trouxe grandes avanços para a humanidade, representando uma verdadeira revolução (WILLIANS, 2008, p. 1). Segundo Rogério Greco:

[...] o DNA ou ácido desoxirribonucleico é a assinatura genética dos seres vivos. Dentro de cada célula há material nuclear que pode ser do tipo DNA ou RNA (seres vivos mais rudimentares, como vírus ou bactérias) e cada ser vivo possui uma sequência de genes que compõem o seu DNA diferenciado e específico para os organismos mais complexos, como o homem. Só há uma única possibilidade de o DNA ser igual em duas pessoas, qual seja quando estas são irmãs gêmeas do mesmo ovo ou zigoto (gêmeos univitelinos) (GRECO *et al.*, 2010, p. 21).

Os exames de sangue no processo penal são utilizados a fim de identificar a autoria delitiva ou mesmo, excluir pessoas suspeitas. A medicina legal aponta a importância do estudo das manchas de sangue encontradas no local do crime, destacando-se os casos relativos a homicídios, infanticídios, lesões corporais, aborto e crimes contra liberdade sexual (EXTEBERRÍA GURIDI, 2000, p. 9).

cuya autoridad y fundamento no podía discutirse. Para ello resulto necesario postergar los intereses individuales y elevar a principio el aforismo *salus publica suprema lex est.*” Já o sistema moderno é dividido em três, quais sejam: sistema da prova legal (ou da certeza moral do legislador); sistema da íntima convicção (ou da certeza moral do juiz) e o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz. No primeiro, a lei estabelece o valor e a hierarquia para cada prova. As expressões “a confissão é a rainha das provas” e a “testemunha é a prostituta das provas” são típicas desse sistema. No segundo sistema, o juiz tem ampla liberdade para a avaliação das provas segundo o seu íntimo convencimento sem que seja necessária a fundamentação da decisão. “Entre nós, é o que ocorre com o sistema do Tribunal do Júri quanto aos jurados” (PAGLIUCA, 2011, p. 87). Já o terceiro sistema, também conhecido como sistema da verdade real, está previsto no Art. 93, IX e X, da CRFB/1988 e constitui regra para todo ordenamento. “Aqui o julgador tem liberdade para decidir, mas fundamentando sua decisão entre as provas existentes nos autos [...] desde que tais provas tenham sido produzidas em contraditório judicial, vedada a fundamentação apenas em elementos contidos no inquérito, com ressalvas de provas cautelares não repetíveis e antecipadas e algumas perícias” (PAGLIUCA, 2011, p. 87).

Maria Elizabeth Queijo em sua “O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal” aponta que (2012, p. 291):

Antes do surgimento do DNA, eram utilizados os exames de sangue, com base no sistema ABO, MN e Rh. Referidos exames, no processo penal, eram realizados fundamentalmente para excluir a autoria e não para confirmá-la.

Predominava, assim, o entendimento de que os exames de sangue com base no sistema ABO, MN e Rh eram insuficientes para a identificação do acusado. Para que o resultado e tais exames pudesse dar suporte à decisão, outros elementos probatórios deveriam corroborá-los.

Bem por isso, Almeida Júnior e Costa Júnior, em obra dedicada à medicina legal, afirmaram que se o sangue do suspeito e o sangue da mancha localizada tivessem idêntica classificação, o problema seria, na época, insolúvel.

Na década de 80, com o desenvolvimento dos exames de DNA, pelo alto grau de probabilidade que apresentam, verificou-se uma verdadeira revolução científica e jurídica, no que concerne a produção probatória (MARTELETO FILHO, 2012, p. 151). A possibilidade de acaroar o código genético do material orgânico localizado no lugar do crime com aquele de um ou mais pessoas suspeitas modificou radicalmente o desenvolvimento do processo.

Em 1986, na Inglaterra, pela primeira vez, a prova a partir do exame de DNA foi usada no processo penal. Na ocasião, a polícia inglesa realizava operação para identificar o violentador e homicida de duas adolescentes de 15 anos de idade em Leicestershire. Um suspeito confessou e outros três mil e quinhentos homens, de três vilas, submeteram-se voluntariamente ao exame de DNA. O homicida convenceu um amigo a apresentar-se em seu nome, mas a substituição foi a descoberta e o autor do crime foi identificado (LEE; TIRNADY, 2003, p. 1)²⁵.

²⁵ Segundo Wagner Marteleto Filho (2012, p. 149-150) “A primeira utilização do teste de DNA em uma investigação criminal foi 1986, a requerimento da *Scotland Yard* Londrina. Tratava-se da investigação de dois delitos de estupro seguidos de homicídio, praticados em um intervalo de dois anos e meio, tendo como vítimas duas adolescentes de 15 anos de idade, ocorridos nas adjacências de Londres. Os crimes geraram uma grande revolta na população, raramente vista no local. Em agosto de 1986, um jovem de 17 anos, de nome Richard Buckland, confessou o segundo delito, fornecendo detalhes a princípio desconhecidos da população. À guisa de confirmar a autoria, e principalmente ligar o suspeito ao primeiro homicídio, amostras de sêmen preservadas nos dois casos foram enviadas ao dr. Alec Jeffreys, da Universidade de Leicester, que havia acabado de desenvolver o processo denominado ‘*DNA fingerprint*’ (impressão de DNA). Após a análise das amostras, o perito espantou a todos ao concluir que Buckland não era o autor dos crimes. Asseverou, ainda, que as duas vítimas realmente haviam sido mortas pelo mesmo indivíduo. A polícia, então, frustrada com o andamento da investigação, iniciou uma campanha na comunidade, solicitando que homens entre 13 e 34 anos cedesse sangue para o exame, realizando um verdadeiro ‘arrastão genético’. Um morador de nome Colin Pitchfork, relatou à esposa que tinha receio de fornecer a amostra, porque já teria sido detido. Devido a isso, pediu que um amigo fornecesse em seu lugar a amostra. Todavia, a trama acabou sendo descoberta pela polícia e Colin Pitchfork foi detido, vindo a confessar os dois homicídios. As amostras foram comparadas através do teste de DNA desenvolvido por Alec Jeffreys e a identidade do autor dos delitos foi confirmada. A idéia central do teste criado por Jeffreys é de que uma pessoa pode ser distinguida de outras através do exame das sequência repetitivas de DNA. Basicamente, a perícia consiste na análise do ácido desoxirribonucléico, encontrado no núcleo das células, e que contém

O exame de DNA tem ampla aplicabilidade no Direito Civil²⁶, principalmente, nos testes para averiguação da filiação (QUEIJO, 2012, p. 291). A recusa ao teste de DNA no Direito Civil para a definição da paternidade gera a presunção de veracidade pela parte investigada. Diferentemente do que ocorre na seara processual penal, no qual não existe tal presunção, uma vez que o processo criminal tem como princípio a negativa de presunções, que, caso sejam aceitas, trazem prejuízos para o imputado.

Já nas ciências criminais, inicialmente, a utilização do exame de DNA se deu a fim de identificar o autor do crime, devido ao alto grau de certeza científica, e posteriormente, fez-se o uso a fim de inocentar pessoas ou mesmo excluí-las de investigações²⁷.

Na investigação criminalística, pelo exame de DNA, consegue-se por meio de vestígios que contenham amostras biológicas, tais como, fios de cabelo, “bituca” de cigarro, células da pele, extrair material suficiente para a realização e eventual confronto com outra amostra, podendo ligar a outro indivíduo ou algum objeto, além, claro, de excluir determinada pessoa do local dos fatos. Pode-se mencionar a sua aplicabilidade para diversos delitos e também na busca de desaparecidos e na identificação de vítimas de catástrofes que, muitas vezes, só são identificadas utilizando dessa técnica.

Apesar das inúmeras aplicações que o exame de DNA tem para a sociedade, faz-se mister informar que

[...] por ser sobejamente empregado nas ações de investigação de paternidade, a divulgação maciça da eficácia deste exame pelos meios de comunicação acabou por lhe dar uma aura de infalibilidade, colocando em descrédito os métodos analíticos mais antigos. Enfocada pela mídia como técnica suprema, foram omitidas do grande

informação genética necessária para construir um ser humano dos pés à cabeça. Isso se dá porque, desde o momento da concepção, os 46 cromossomos originais são fielmente reproduzidos em cada divisão celular, seja para o crescimento, seja para a reposição de tecidos. Sendo assim, todos são geneticamente idênticos dos pés à cabeça, pois a molécula de DNA é idêntica em cada célula, e cada célula contém uma cópia da impressão genética do corpo todo”.

²⁶ Acerca do tema o Código Civil Brasileiro assim dispõe: Art. 231. “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”. E o Art. 232. “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 ago. 2015. Quanto às ações de averiguação de filiação, a Lei nº 12.004/2009 regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Em seu Art. 1º “[...] estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112004.htm>. Acesso em 22 set. 2015. Anteriormente à citada Lei, a Súmula 301 do STJ já previa que “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2015.

²⁷ Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 292) noticia que “[...] nos EUA, até junho de 1999, 62 pessoas inocentes condenadas por crimes que não cometeram foram libertadas, utilizando a prova de DNA. Por outro lado, no Estado de São Paulo, até junho de 1999, foram identificados os autores de 340 crimes de estupro e homicídio com base nos exames de DNA realizados nos Centros de Investigação de Crimes Sexuais”.

público as limitações existentes quando aplicada à Criminalística e à Medicina Forense, bem como os custos e a complexidade dos processos técnicos exigidos para que sejam auferidos resultados confiáveis. (BONACCORSO, 2005, p. 13)²⁸.

É importante para a obtenção de resultados confiáveis que as amostras biológicas sejam obtidas e preservadas de forma adequada com a intenção de evitar qualquer falha que possa ocasionar resultados inconclusivos ou errôneos. Nesse sentido,

[...] se o vestígio não for apropriadamente documentado, coletado, embalado e preservado, ele poderá não cumprir os requisitos científicos e legais para ser admitido como prova perante a justiça. Se o vestígio que deu origem ao exame de DNA não for apropriadamente documentado antes da coleta, sua origem pode ser questionada. Se não for bem coletado, sua atividade biológica pode ser perdida, se for inapropriadamente embalado, pode ocorrer decomposição e degradação. Qualquer destes efeitos poderá afetar seriamente a tipagem do DNA. (BONACCORSO, 2005, p. 45)²⁹.

Deve-se, portanto, entender que, apesar do grau de certeza que o teste de DNA pode proporcionar, existe a necessidade de tomar todas as devidas precauções tanto no momento da coleta do material a ser examinado, quanto no armazenamento e nos procedimentos e técnicas de manuseio, a fim de evitar qualquer tipo de falha que, conseqüentemente, poderá acarretar uma decisão errada do Poder Judiciário (LEE; TIRNADY, 2003, p. 6).

Não obstante sua eficiência para a elucidação da autoria (GÖSSEL, 1996, p. 141), a prova pericial de DNA suscita vários problemas, seja no que concerne à profundidade ou extensão do exame, seja no tocante aos direitos fundamentais restringidos (intimidade, autodeterminação informativa etc.), seja no que concerne à eficácia do método para a identificação individual, que é menos exata do que se pode supor à primeira vista (MARTELETO FILHO, 2012, p. 150).

É nesse sentido as palavras de Corazza e Carvalho (2014, p. 417). Para as autoras a identificação papilar é mais segura que a identificação realizada pelas exames de DNA. Elas acreditam que é muito mais fácil forjar os vestígios biológicos que as impressões deixadas pelas mãos em uma cena de delito:

Todos esses métodos têm uma utilidade, mas a que é considerada 100% segura é a identificação por meio das impressões papilares, pois forjar uma impressão papilar em um local de crime é praticamente impossível. O mesmo não se pode dizer em relação a uma prova de DNA. Estudos israelenses recentes comprovaram que é

²⁸ Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/pt-br.php>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

²⁹ Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/pt-br.php>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

relativamente fácil plantar em um local de crime um vestígio que leve ao DNA de quem se pretende acusar.³⁰

Em estudo acerca da Lei 12.654/12, que institui a identificação genética como forma de identificação criminal, intitulado “A identificação genética dos civilmente identificáveis como meio de prova de autoria”, as autoras fazem uma apurada análise se a referida lei serve, realmente, para constatar a identidade do acusado ou se tem a finalidade meramente probatória (2014, p. 413)³¹. Como conclusão de seus estudos, as mesmas constatam que a finalidade oculta da Lei 12.654/12 é de servir de meio de prova da autoria delitiva.

2.3 Produção probatória no direito processual penal

A produção probatória é indispensável para a reconstrução dos fatos no processo criminal. A utopia do processo penal é “fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado” (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 387-388).

Por mais complicado que seja, e muitas vezes improvável, é necessário se fazer a reconstrução da realidade histórica dos fatos narrados na denúncia/queixa-crime para o início da marcha processual, que é tarefa incumbida exclusivamente ao Estado. Francesco Carnelutti (2009, p. 61), em sua obra “As Misérias do Processo Penal”, demonstra a dificuldade de determinar se tal fato realmente ocorreu, segundo o autor,

[...] o delito é um pedaço do caminho, do qual quem o percorreu trata de destruir as pegadas. Sucede o contrário do que ocorre, normalmente, quanto ao contrato: quando um compra, e ainda mais se a coisa tem valor importante, conserva, em geral mediante um documento, a prova de ter comprado; quando rouba, destrói, o melhor que pode, as provas de ter roubado. (CARNELUTTI, 2009, p. 62-63).

Importante frisar que o termo “prova” recebe vários significados, podendo ser tanto o ato, meio e/ou resultado. Para melhor conceituação dos significados do termo prova, reproduz-se a lição de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 388, grifo do autor), que para ele há

[...] três sentidos para o termo *prova*: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase

³⁰ Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621/2429>>. Acesso em: 20 set. 2015.

³¹ Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621/2429>>. Acesso em: 20 set. 2015.

probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

No ordenamento jurídico pátrio, há princípios norteadores da produção probatória, com a solar intenção de proteger o indivíduo das arbitrariedades cometidas em busca da verdade real, tema este que será abordado em momento posterior neste trabalho.

Além disto, pelo princípio da economia processual³², existem alguns fatos que serão excluídos do processo probatório, visto que inúteis para a solução da lide. Há ainda fatos que não precisam e, muitas vezes, não podem ser provados. A doutrina enumera os seguintes (BONFIM, 2015, p. 409-411):

- a) fatos notórios;
- b) as presunções absolutas (*iuris et de iure*);
- c) as máximas de experiência;
- d) os fatos intuitivos ou evidentes;
- e) os fatos inúteis ou irrelevantes;
- f) os fatos incontroversos³³.

As provas no processo penal devem seguir certos princípios e regras com o intuito de salvaguardar tanto a pessoa como também a persecução penal. Eis alguns dos principais princípios na produção probatória a serem observados (OLIVEIRA, 2015; TÁVORA; ALENCAR, 2013; BONFIM, 2015; AVENA, 2012):

- a) Contraditório e ampla defesa;
- b) Princípio da identidade física do juiz;

³² Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 362) afirma que a “economia no âmbito processual significa o bom uso dos instrumentos formais, colocados a disposição das partes e do juiz, para que haja o mais adequado funcionamento e andamento dos atos processuais, culminando com um resultado eficiente e útil. Deve-se evitar o desperdício, em particular do tempo de trabalho de todos os envolvidos no feito, abrangendo não somente as partes, mas também as pessoas que gravitam, eventualmente, em certos processos (peritos, testemunhas, vítimas etc.)”. A economia processual deve estar atrelada ao respeito as garantias constitucionais e processuais penais a fim de proteger o indivíduo de qualquer arbitrariedade que venha a prejudicar o seu direito de defesa, isto é de vital importância, visto que a persecução penal limita um dos direitos mais importantes do ser humano que é a liberdade. A economia processual está intimamente ligada a duração razoável do processo que garante tanto para o indivíduo uma celeridade na marcha processual quanto também para o Estado na satisfação da persecução penal. Nesse sentido afirma novamente Nucci (2012, p. 363) que “o custo da celeridade, para assegurar a razoável duração do processo, não pode ultrapassar as barreiras dos direitos e das garantias fundamentais, lesando-as ou eliminando-as. Os interesses devem visar à harmonização, sem confronto ou extirpação. Por isso, acelerar o curso da instrução não pode redundar em cerceamento de defesa ou de abrandamento inoportuno do contraditório. E, ao mesmo tempo, a simples existência do contraditório não pode gerar uma infinita fase de oitiva sucessiva das partes, em relação a qualquer tema”.

³³ Mougout Bonfim (2015, p. 411) adverte que, diferentemente do que ocorre no processo civil, os fatos incontroversos – “aqueles alegados por uma das partes e não contestados pela outra – devem ser comprovados” em razão da busca verdade real.

- c) Princípio da autorresponsabilidade das partes;
- d) Princípio da audiência contraditória;
- e) Princípio da aquisição ou comunhão;
- f) Princípio da oralidade;
- g) Princípio da publicidade;
- h) Princípio do livre convencimento motivado;
- i) Princípio da concentração;
- j) Princípio da proporcionalidade;
- l) Princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

O respeito a tais princípios é caro ao Direito, a fim de não macular a produção probatória e, conseqüentemente, não trazer prejuízos as partes no processo. No que concerne a função das partes na produção probatória, mister frisar que, conforme preleciona Mougnot Bonfim (2015), é a partir das partes é que ocorre a definição dos fatos que serão provados na produção probatória, cabendo ao juiz somente complementar por intermédio de seu poder instrutório, a fim de que se busque a verdade real dos fatos.

Concerne à relação das provas e o convencimento do julgador, Távora e Alencar (2013, p. 388) afirmam que

O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. Esta é a fase da instrução processual, onde se utilizam os elementos disponíveis para descortinar a “verdade” do que se alega, na busca de um provimento judicial favorável. A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

Não existe no ordenamento jurídico pátrio um rol taxativo das provas que são admitidas e nem quais são obrigatórias³⁴ numa investigação criminal, o que há são normas jurídicas que devem conduzir e disciplinar o procedimento probatório³⁵.

³⁴ Exceção à regra são os exames de corpo de delito, os quais serão realizados obrigatoriamente, sob pena de nulidade, se a infração deixar vestígios, não podendo supri-los a confissão do acusado (Art. 158, CPP). Não deixando vestígios, excepcionalmente, na falta de do corpo de delito, por desaparecimento de vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a falta.

³⁵ Fiori (2008, p. 72) acerca do sistema probatório previsto na legislação pátria diz ser o mesmo “exemplificativo, permitindo a existência de provas inominadas, desde que não violem o Direito vigente. Estas dependerão, assim como as provas nominadas, de um juízo de admissibilidade, de uma avaliação preventiva e cautelar”.

É possível elencar algumas normas sobre o processo probatório, por exemplo, a Constituição Federal que determina em seu art. 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”³⁶, o art. 157 do Código de Processo Penal (CPP), que prevê que serão inadmissíveis as provas ilícitas devendo ser desentranhadas do processo todas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais; de aplicação supletiva ao processo penal há também a norma do Art. 369 do Código de Processo Civil (CPC) que determina que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”³⁷.

Devido ao fato de não haver um rol taxativo dos tipos de prova, deve se valer da lição descrita por Mougenot Bonfim (2015, p. 417) para a definição do que é lícito e ilícito na área probatória:

Disso decorre que tampouco haverá na lei um rol de provas consideradas ilícitas *a priori*. Será necessário, em cada caso, verificar se o meio de prova usado, ou cuja utilização se pretenda, não fere o ordenamento jurídico ou a esfera do moralmente aceitável – do que se pode depreender a dificuldade em qualificar certos meios de prova como lícitos ou ilícitos.

Quando se fala em provas ilícitas quase automaticamente, vem à mente a teoria da árvore dos frutos envenenados, teoria criada pela Suprema Corte norte-americana³⁸

[...] as provas obtidas lícitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. (BONFIM, 2015, p. 419).

Insta salientar que tal teoria, nos últimos tempos, é relativizada, visando à proteção do acusado³⁹ quando existir uma prova obtida de maneira ilícita que infringiu os seus direitos

³⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2015.

³⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 set. 2015.

³⁸ Essa teoria tem “origem no acórdão prolatado em 1920 no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, no qual, no curso da investigação de um delito federal atribuído aos responsáveis pela empresa madeireira *Silverthorne Lumber & Company*, alguns agentes federais sem mandado judicial de busca e apreensão obtiveram documentos incriminatórios pertencentes à empresa investigada. Durante o processo, atendendo à petição defensiva, o Juiz determinou a devolução dos documentos, baseando-se na garantia de propriedade inserida na Quarta Emenda, e no precedente estabelecido no caso *Weeks v., United States*. A partir daí, começou-se a elaborar a doutrina”. (BONFIM, 2015, p. 419).

³⁹ “A prova ilícita produzida pelo réu para demonstrar a sua inocência, como por exemplo, a interceptação telefônica ilegal e a violação de domicílio de outrem para a obtenção de documentos, deve ser admitida como lícita no processo, pelo fato de traduzir também hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude da conduta”. (SANTOS; TRIGUEIROS NETO, 2012, p. 102).

e garantias constitucionais ou de terceiro, poderá ser utilizada com a finalidade de sua absolvição (BONFIM, 2015, p. 426; AVENA, 2012, p. 469).

Há uma eterna dicotomia entre os direitos do Estado e os direitos do indivíduo, cada hora a balança pendendo para um dos lados em detrimento do outro, encontrar o ponto de equilíbrio dessa balança é uma tarefa que a jurisprudência e a doutrina vem buscando paulatinamente⁴⁰.

Nesse sentido, afirma Fernandes (2012, p. 89) que se deve buscar um ponto de equilíbrio entre o poder do Estado de buscar a satisfação penal e as garantias do indivíduo. O mencionado autor alude:

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos. (FERNANDES, 2012, p. 89).

Esse tema sobre provas ilícitas é de tal complexidade que a doutrina tem se dividido em quatro principais correntes sobre a sua admissibilidade, conforme trazido a baila por Fernandes (2012, p. 90):

- 1.^a) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (CORDEIRO, TORNAGHI, MENDONÇA LIMA);
- 2.^a) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (NUVOLONE, FREDERICO MARQUES, FRAGOSO, PESTANA DE AGUIAR);
- 3.^a) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (CAPPELLETTI, VIGORITI, COMOGLIO);
- 4.^a) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (BAUR, BARBOSA MOREIRA, RENATO MACIEL, HERMANO DUVAL, CAMARGO ARANHA, MONIZ ARAGÃO).

⁴⁰ A jurisprudência vem admitindo a utilização da prova ilícita para condenação do réu quando essa for a única forma encontrada para tornar possível a condenação de delitos considerados mais graves. A esse respeito são elucidativas as palavras de Santos e Trigueiros Neto (2012, p. 102): “Indagação relevante é aquela concernente à excepcional admissão de uma prova ilícita no processo penal. A vedação constitucional, e agora legal, das provas ilícitas, que devem ser desentranhadas do processo, entretanto é mitigada pelo *princípio da proporcionalidade*, também acolhido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decorrente da *teoria do sacrifício*, que determina a realização de um juízo de ponderação pelo magistrado, diante do caso concreto, sobre qual a garantia fundamental em conflito com outra que deverá prevalecer (de um lado o direito constitucional de defesa do réu, e do outro a paz social). Assim, se diante de um caso concreto a interceptação telefônica ilegal tiver sido o único meio encontrado para tornar possível a apreensão das substâncias entorpecentes e a prisão dos criminosos, a referida prova pode ser admitida, viabilizando, dessa forma, a repressão do crime”.

Além das garantias trazidas no texto constitucional, o Brasil também ratificou alguns tratados que versam sobre as garantias no processo penal, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos do qual se extrai algumas importantes normas que devem ser observadas na produção probatória, tais como:

Art. 14

[...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe a de acusação;⁴¹

A prova testemunhal é talvez a mais antiga das provas em matéria criminal. Devido a tal fato, durante muito tempo foi tratada como a rainha das provas (LOPES JUNIOR, 2013, p. 248). É indubitável a importância da prova testemunhal para o processo penal, pois a partir dela é que, muitas vezes, consegue-se a solução da autoria e verificação de um delito (FERNANDES, 2012, p. 83).

Importante frisar que “a presença do acusado no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa” (FERNANDES, 2012, p. 83). Cabe ressaltar que o juiz deve ficar adstrito ao sistema de provas, já que o Ministério Público (MP) é o titular da ação penal. Nesse sentido, afirma Lopes Junior (2013, p. 224, grifo do autor):

Para tanto recordemos que não apenas o Ministério Público é o agente exclusivo da acusação garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal, mas, principalmente, que **a carga probatória é inteiramente do acusador e que o juiz não deve ter qualquer tipo de ativismo probatório.**

Apesar de que seja necessário que haja esse distanciamento do julgador da produção da prova, não se vislumbra esse precioso preceito em algumas normas produzidas pelos legisladores pátrios. Pode-se inferir tal afirmação diante do art. 156, I, do CPP, cuja redação foi dada pela Lei 11.690/08, que define que o magistrado de ofício poderá “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e

⁴¹ Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 20 set. 2015.

relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”⁴². Salienta Pacelli quanto ao precitado dispositivo (2015, p. 336), “o retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade é patente”.

Também adverte o citado autor que “o juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. [...] No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos” (OLIVEIRA, 2015, p. 336).

A Lei 12.654/12 traz em seu corpo um dispositivo que permite ao juiz atuar de ofício, fazendo com que o indiciado/acusado seja impelido a colaborar com a produção probatória. Fica evidente que a imparcialidade do julgador acaba sendo prejudicada.

Sendo que o sistema em voga no país é o acusatório, em que há evidente separação das figuras do processo (acusador, juiz, e defensor), e que o ente julgador se mantém distante da produção probatória, é de se questionar a atuação de ofício do magistrado nos casos elencados na referida lei.

Conforme a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, estabelecendo que poderá ocorrer identificação criminal quando, “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, **segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício** ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”⁴³.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2012),

A possibilidade de o juiz, ainda que na fase de inquérito policial, poder agir de ofício será, obviamente, palco de críticas, mesmo porque, ao que tudo indica, a identificação genética servirá, quase sempre na apuração da autoria. A tendência do sistema acusatório é o magistrado ficar equidistante na fase extraprocessual, postura seguida pela Lei 12.403/11⁴⁴ que o proibiu de decretar preventiva na etapa da investigação.⁴⁵

⁴² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

⁴³ Art. 3º, inciso IV, grifo nosso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

⁴⁴ A Lei 12.403/11 alterou as normas do Código de processo Penal referentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória, as medidas cautelares, entre outras providências. Com a edição dessa nova lei o artigo 311 do CPP foi alterado, trazendo a seguinte redação: “Art. 311 - Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, **cabará a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal**, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 22 set. 2015, grifo nosso.

⁴⁵ Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em 30 set. 2015.

Denilson Feitoza Pacheco (2008, p. 58) assevera que pode se afirmar que “culturalmente o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil”⁴⁶, são vários atos em que o juiz pode atuar de ofício, a tal ponto que antes da CFRB/88, o juiz podia dar início ao processo penal de ofício. Com o advento da novel Carta Constitucional, foi outorgada a privatividade da ação penal pública ao MP.

Pacheco (2008, p. 58) afirma acerca dos resquícios do ultrapassado processo inquisitivo no ordenamento jurídico, que “uma cultura inquisitiva de mais de 700 anos não se diluiria tão facilmente no Brasil”. Sobre o tema Aury Lopes Junior (2013, p. 224, grifo do autor) traz importante lição:

Compreende-se assim que o modelo constitucional é acusatório, em contraste com o que o CPP, que é nitidamente inquisitório. O problema situa-se, agora, em verificar a falta de conformidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e aquela da Constituição, levando a que afirmemos, desde já, que **todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados.**

O autor supramencionado citando a obra de Eymerich, “*Directorium Inquisitorum*” escrito em 1376, menciona que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semi-prova e isso é suficiente para uma condenação” (EYMERICH *apud* LOPES JUNIOR, 2013, p. 225).

Consoante antes mencionado, o processo probatório passou por períodos onde prevalecia as verdades pré-concebidas pelo julgador. Hoje se busca essa suposta verdade por meio de um processo probatório pautado nas garantias constitucionais e processuais penais como forma de efetivação da Justiça.

2.3.1 As garantias constitucionais na identificação criminal

Em muitos casos, o processo de identificação criminal consiste num dos primeiros atos do inquérito policial, sendo, destarte, importantíssimo para a solução da autoria e da materialidade do delito. Acerca da identificação criminal Rogério Greco alude que a mesma “[...] é um ato complexo e, portanto, resultado de um conjunto de atos isolados, como o preenchimento de um boletim de vida pregressa, a identificação fotográfica de frente e de perfil e a identidade datiloscópica, para fins criminais” (GRECO *et al.*, 2010, p. 43).

⁴⁶ Para Malan (2003, p. 7) apesar de estar-se em pleno Estado Democrático de Direito, o Brasil possui uma legislação inspirada no totalitarismo.

Patente que a identificação criminal é necessária para o processo penal e, extensivamente, para a sociedade, todavia a mesma apresenta alguns males. Nesse sentido, afirma Greco citando Valdir Sznickque que o

[...] problema da identificação criminal não se encontra nela em si, sua finalidade é louvável; o problema está na forma como é conseguida. Segundo ele, o ritual utilizado na coleta das impressões digitais é desnecessário e vexatório, colocando o acusado em situação desconfortável o que torna o ato repugnante. (SZNICK *apud* GRECO *et al.*, 2010, p. 44).

No período anterior a CRFB/1998, nada havia que delimitasse o processo de identificação criminal, “considerava-se legítima a identificação criminal de toda pessoa, ainda que certa e portadora de cédula de identidade civil” (FERNANDES, 2012, p. 239). Tal era a situação de arbitrariedade que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula 568 que estipulava que a “identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”⁴⁷, hoje tal súmula encontra-se superada pela promulgação da CRFB/1988 e da Lei nº 12.037, a Lei da Identificação Criminal.

A fim de sanar as impropriedades da Constituição anterior, a Carta de 1988 determinou certas garantias à identificação da pessoa face às arbitrariedades dos órgãos policiais e judiciais. Ressalte-se que, após o fim do Regime Militar (1964-1985) e antes da edição da CRFB/1988, foram apurados vários crimes perpetrados no período do regime, afirma Nucci (2013, p. 410) que o motivo histórico da inclusão da identificação criminal na Constituição unicamente se deu devido ao

[...] particular caso, envolvendo um general de projeção nacional, que terminou indiciado pela polícia civil do Rio de Janeiro. Para acompanhar tal ato, vulgarmente conhecido por ‘tocar piano’ (os dedos, sujos de tinta, eram colocados um a um sobre uma planilha, semelhante ao teclado de um piano, para colher a impressão digital dos dez dedos das mãos), convidou-se a imprensa e houve filmagem e fotos suficientes para transformar algo natural (identificação criminal) em cena circense e teatral. [...] As cenas de indiciamentos públicos chegaram ao Congresso Nacional, que, então, cuidou de introduzir, dentre os direitos individuais, a proibição de identificação criminal para quem já fosse civilmente identificado.

A CRFB/1988, em seu artigo 5º, LVIII, determina que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal salvo nas hipóteses previstas em lei”⁴⁸. A Lei que a

⁴⁷

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=568.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

Carta Constitucional faz menção é a Lei 10.054/2000⁴⁹ que depois foi substituída pela Lei 12.037/09, que estabelece as hipóteses em que a pessoa irá se submeter a processo de identificação criminal, além de reproduzir também o artigo 5º, LVIII, da CFRB/88 em seu texto. Segundo o artigo 3º da Lei 12.037/09 são esses casos que podem ocorrer a identificação criminal, *in verbis*:

Art. 3º - Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.⁵⁰

No ano de 2012, foi promulgada a Lei 12.654/12 que alterou a Lei 12.037/09, acrescentando o parágrafo único⁵¹ ao artigo 5º, estipulando que, quando for essencial às investigações criminais (art. 3º, IV, da Lei 12.037/09), poderá a identificação criminal também ter a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético para determinar a autoria e a materialidade. Esse tema será aprofundado no decorrer deste trabalho, mas antes será necessário mencionar algumas informações acerca do sistema processual penal brasileiro.

Insta frisar que, durante muito tempo, o sistema de identificação civil não é unificado em apenas um banco de dados, o que proporcionava a possibilidade do cidadão de má-índole possuir uma identidade com numeração diferente e, talvez, também com dados falsos em cada um dos 27 Estados que compõem a Federação. Em 1997, foi editada a Lei 9.454/97 que

⁴⁹ Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 410) declara os males pela demora do legislador em editar essa Lei, já que o lapso temporal de 12 anos entre a CRFB/88 e a Lei 10.054/2000, visto que “várias autoridades policiais, temendo acusações de abuso de autoridade, passaram a aceitar o oferecimento do RG para identificar criminalmente os indiciados. Nem é preciso salientar o volume de erros judiciários daí advindos, pois os documentos de identidade civis eram falsificados e fartamente distribuídos ao mundo criminoso. Pessoas inocentes foram processadas em lugar de outras, além de muitas terem sido presas, simplesmente porque o verdadeiro criminoso utilizou o RG de outrem”.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 30 ago. de 2015.

⁵¹ O artigo 5º, parágrafo único da Lei 12.037 de 2009 passou a vigorar da seguinte maneira:

Art. 5º - A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

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

determina que haja um Registro de Identidade Civil (RIC), em que a União através dos estados e Distrito Federal implementarão um número único de registro de identificação civil.

Apenas no fim do ano de 2010, a nova identidade foi lançada oficialmente pelo Governo Federal, sendo estimada a substituição dos documentos antigos até 2019, porém como veiculado pela imprensa, até o ano de 2015, nenhum deles havia sido emitido. O RIC não foi bem sucedido e, antes mesmo de sua implementação, uma nova proposta de lei (PL 1775/2015)⁵² foi feita a fim de criar o Registro Civil Nacional (RCN) a fim de “desburocratizar” e “simplificar” a vida do cidadão. O RCN irá garantir a todo cidadão brasileiro um único número de identificação, ao qual estarão associados todos os outros documentos.⁵³

É evidente o descaso com o principal sistema de identificação realizado pelo Estado, a efetiva implementação do RCN, além de evitar possíveis crimes com o uso de documentos falsos, poderá trazer uma maior confiabilidade à identidade civil, bastando para que, em alguns casos, fosse apenas necessária a sua apresentação para o indiciamento, não havendo *a priori* a necessidade da coleta das digitais, já que o processo biométrico já haveria sido realizado.

2.3.2 Provas invasivas e não invasivas

Dos vários tipos de provas existentes no direito processual penal pátrio, há uma categoria em que para a sua produção é necessária a participação efetiva do indiciado/acusado, sem essa participação não há outros meios capazes de se obter a mesma.

Dentre as provas em que há a necessidade da efetiva participação do indivíduo, a mais importante para este estudo são as provas que impliquem intervenção corporal no acusado.

Pode-se definir a intervenção corporal como sendo “a realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado” (HERNANDEZ *apud* QUEIJO, 2012, p. 289-290)⁵⁴.

⁵²

Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1342951&filename=PL+1775/2015>. Acesso em: 25 ago. 2015.

⁵³ Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/05/governo-envia-ao-congresso-projeto-que-institui-o-registro-civil-nacional>>. Acesso em: 05 set. 2015.

⁵⁴ Segundo Pacheco (2008, p. 707) por “intervenções corporais, cabe entender, dentro do processo, as medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento e, se necessário, por meio da coação direta, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou o estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele”.

A doutrina classifica a intervenção corporal em provas invasivas e não invasivas, sendo que as intervenções corporais invasivas “pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não”. (QUEIJO, 2012, p. 290).

Como exemplo de provas invasivas, pode-se ser citadas diversas perícias, os exames de sangue em geral, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia, o exame do reto, sendo que “a busca pessoal, também denominada revista, pode ser realizada por meio de intervenções corporais invasivas ou não invasivas”. (QUEIJO, 2012, p. 290).

As provas não invasivas são aquelas que não há intervenção direta no corpo do acusado, *v. g.*, “os exames de matérias fecais; exames de DNA a partir de fios de cabelo e pelos; as identificações datiloscópicas, das impressões dos pés, unhas e palmar, bem como radiografias, utilizadas em buscas pessoais”. (QUEIJO, 2012, p. 296).

A saliva pode ser tanto considerada como prova invasiva quanto não invasiva. Se para a sua obtenção for necessário colher a amostra na cavidade bucal será invasiva, mas se for colhida sem a intervenção corporal, por meio de algum objeto jogado fora que contenha saliva suficiente para a realização do exame será considerada prova não invasiva. (QUEIJO, 2012, p. 294).

Do ponto de visto ético-legal, a melhor forma para a obtenção do material para a realização do exame de DNA é através das provas não invasivas, já que não agridem a incolumidade física.

A doutrina narra dois importantes casos sobre o uso do teste de DNA para a elucidação de crimes por intermédio de provas não invasivas, os casos da cantora Glória Trevi e de Roberta Jamilly que foram amplamente repercutidos pela mídia.

No primeiro caso, alegava-se que era necessário recolher amostra da placenta da extraditanda grávida para ser usada como prova em inquérito policial para confirmar se a mesma havia engravidado durante o período em que já estava detida. Glória afirmava que havia sofrido estupro na carceragem da Polícia Federal e se negava a fornecer o material genético para a elucidação dos fatos.

Diante do conflito de direitos fundamentais contrapostos “o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal, como instituição” (GRECO *et al.*, 2010, p. 31), o STF decidiu que em busca da verdade dos fatos era necessário colher uma amostra da placenta após o parto, sendo realizado dessa maneira não havia qualquer violação a integridade física da extraditanda e seu filho.

Após a realização do exame foi demonstrado que nenhum dos servidores da Polícia Federal havia cometido o estupro e que as alegações da extraditanda eram infundadas.

O outro caso de relevo é o de Roberta Jamilly, suposta filha de Vilma Martins, que estava sendo investigada por sequestro de crianças. Diante da recusa de Jamilly de fornecer material genético para comprovação de sua filiação, pois temia que a sua suposta mãe fosse indiciada pelo crime, o delegado de polícia “apreendeu pontas de cigarro (onde havia saliva de Roberta, que não autorizou submeter-se a exame), que ela fumara (durante o depoimento policial), e os enviou para exame de DNA” (GRECO *et al.*, 2010, p. 31), onde foi revelado que a mesma não era filha de Vilma.

Aponta Rogério Sanches Cunha sobre o uso de material biológico para o exame de DNA através de partes desintegradas do corpo humano que

[...] não há, nesse caso, nenhum obstáculo para sua apreensão e verificação (ou análise ou exame). São partes do corpo humano (vivo) que já não pertencem a ele. Logo, todas podem ser apreendidas e submetidas a exame normalmente, sem nenhum tipo de consentimento do agente ou da vítima. (CUNHA, 2012).⁵⁵

Nota-se nos dois casos que a intangibilidade corporal foi respeitada, pois foram usadas técnicas não invasivas, respeitando a integridade física dos examinados. Há o questionamento se tais provas são éticas, porém, como afirma Luiz Flávio Gomes (2003) não houve nenhum tipo de coação para que fosse produzida. Diz o autor que

No caso de Roberta, nem sequer do ponto de vista moral a prova pode ser contestada. Note-se que ela não foi arditosamente induzida a fumar. De uma conduta sua espontânea foi possível colher material para prova. Considere-se, ademais, que ela achava-se em local público (não em sua residência). Nada de censurável houve, portanto.⁵⁶

Diferentemente do que ocorre no ordenamento pátrio, nos Estados Unidos, por exemplo, os Tribunais têm aceitado provas que, aparentemente, para o Direito Brasileiro são pouco éticas⁵⁷. Nesse sentido é o caso relatado por Queijo:

⁵⁵ Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em 30 set. 2015.

⁵⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-fev-14/exame_dna_roberta_jamilly_valido_legalmente>. Acesso 28 ago. 2015.

⁵⁷ Marteleto Filho (2012, p. 165) acerca do tema adverte que “Realmente, não há grandes diferenças entre forçar ou pressionar o acusado a fazer o que não deseja, e lograr que faça algo na crença de que faz outra coisa; ainda que distintos, a coação e o engano possuem similitudes, sendo ambos aptos para a obtenção de provas contra a vontade do arguido.” A respeito da cooperação inconsciente e os meios enganosos conferir a obra “O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo” de Wagner Marteleto Filho.

Em fevereiro de 1999, a polícia de Nova York conduziu Ahron Kee para interrogatório, acusado de ter praticado roubo. O delegado ofereceu um café a Ahron e depois que ele deixou a delegacia, a xícara foi encaminhada para exame de saliva. O exame de DNA realizado permitiu identificá-lo como autor de três homicídios e do estupro de duas adolescentes. (QUEIJO, 2012, p. 294).

Do ponto de vista da proteção aos direitos e garantias fundamentais, as provas não invasivas devem ter prevalência, visto que afetam em menor grau os valores postulados na Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito à intimidade e o direito a não autoincriminação.

3 Direitos fundamentais

Após a derrota da Alemanha nazista, os juristas de todo o mundo sentiram a necessidade de desenvolver uma teoria jurídica mais comprometida com os valores humanitários como um modo de recuperar a legitimidade da ciência do Direito que havia sido, fortemente, abalada em razão da “banalização do mal” (ARENDR, 1999)⁵⁸ levada a cabo pelo regime de Hitler.

Assim, não foi por acaso que a Declaração Universal de Direitos Humanos surgiu, exatamente, com o fim do nazismo, na Segunda Guerra⁵⁹. Foram, justamente, os nazistas que praticaram atrocidades indescritíveis contra seres humanos indefesos nos campos de concentração. Desse modo, os Direitos Humanos não são somente um marco na busca da paz, mas representam uma tentativa de banir práticas que rebaixam os homens a condições inferiores, aos animais.

Destarte, o presente estudo tentará encontrar uma definição de direitos fundamentais que leve em conta seu aspecto ético e jurídico. Para tanto, será feita uma diferenciação entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, no intuito de delimitar o objeto de estudo e de esclarecer algumas confusões terminológicas que geralmente surgem nesse seara.

Não bastassem as confusões terminológicas, percebe-se na atualidade certa banalização da expressão direitos fundamentais. Todos acreditam que “seu direito” é sempre fundamental. Logo se faz necessário saber o que são tais direitos. Mas essa tarefa não tem cunho teórico apenas, há uma relevância prática, uma vez que esses direitos possuem algumas características que facilitam a sua proteção e efetivação judicial.

No Brasil, os direitos fundamentais possuem aplicação imediata⁶⁰ e, conseqüentemente, não precisam de regulamentação para serem efetivados, visto que diretamente vinculantes e plenamente exigíveis (CUNHA JÚNIOR, 2007). São cláusulas pétreas⁶¹, e, por isso, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de Emenda

⁵⁸ Acerca da “banalidade do mal” conferir a obra de Hannah Arendt: “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal”. Tal expressão foi cunhada pela alemã de origem judaica. No livro, a filósofa política conta o desenrolar do julgamento de Adolf Eichmann, um nazista que obedecia às ordens do regime sem questionar se tais estavam corretas ou não.

⁵⁹ “[...] após o término da Segunda Grande Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu artigo 1º: ‘Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos’” (MORAES, 2003, p. 82).

⁶⁰ Pedro Lenza adverte que “nos termos do art. 5, § 1º, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Trata-se, portanto, de regra que naturalmente comporta exceções trazidas pelo constituinte originário” (LENZA, 2009, p. 673).

⁶¹ Por força do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988.

Constitucional e são possuidores de hierarquia constitucional, de modo que, se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade. Daí a importância de se conhecer o conteúdo e o conceito de direitos fundamentais, haja vista que as consequências daí decorrentes são extremamente relevantes.

Ressalte-se, ainda, que não desprezando toda a importância sobre como o princípio da dignidade humana se desenvolveu no decorrer dos tempos na humanidade, o presente trabalho ao tratar do referido princípio impõe como marco temporal o século XX, notadamente, o constitucionalismo do pós-guerra, período no qual se experimentou o mais sistemático e organizado esquema de violações do princípio da dignidade da pessoa humana.

É cediço que o Direito utiliza as leis na aplicação da justiça, todavia, é necessário o uso dos princípios como um norte, tanto nos provimentos jurisdicionais quanto na elaboração de normas pelo Estado. A importância dos princípios no ordenamento jurídico pátrio é inegável, sejam os princípios específicos de cada área do Direito, sejam os de aplicação geral.

Robert Alexy (2011, p. 85), em sua “Teoria dos direitos fundamentais”, assinala a importância da distinção entre princípios e regras, segundo o autor:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Tendo em vista que as normas de direitos fundamentais são muitas vezes expressas através de princípios⁶², é essencial ao presente estudo que se faça uma análise da distinção entre regras e princípios. Para tanto, traz-se a baila, especialmente, as distinções realizadas por Ronald Dworkin e por Robert Alexy.

3.1 Da distinção entre regras e princípios

Humberto Ávila (2008) em sua “Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos” faz uma grande abordagem acerca dos princípios, criticando inclusive a banalização das distinções entre estes e as regras realizadas pelos publicistas.

⁶² Insta salientar que “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios”. (VALE, 2009, p. 129).

Traçando um panorama da evolução da distinção entre princípios e regras, o professor declara que vários foram os autores que se propuseram a definir tais espécies normativas, alguns obtiveram êxito, outros nem tanto (ÁVILA, 2008, p. 35).

Humberto Ávila (2008, p. 35) cita que para o alemão Josef Esser os princípios e as regras possuíam uma distinção qualitativa, visto que aqueles seriam “normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado” e prossegue indicando que o critério distintivo dos princípios em relação às regras seria “a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”.

Na mesma linha de pensamento, Ávila (2008, p. 35-36) explica que Karl Larenz define os princípios como normas de grande importância para o ordenamento jurídico “na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”.

Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulamentação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter em forma de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma *hipótese de incidência* e uma *conseqüência jurídica*. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra (ÁVILA, 2008, p. 36, grifo do autor).

O autor prossegue sua explanação trazendo a distinção de Claus-Wilhelm Canaris. Ávila cita que, para o alemão, os princípios, visto seu conteúdo axiológico, necessitariam de regras para sua concretização. Aliado a tal fato, o modo de interação com as outras normas também se distingue das regras, os princípios “receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação” (ÁVILA, 2008, p. 36). Assim, novos elementos distintivos foram agregados as regras e princípios.

A distinção de princípios e regras recebeu decisiva contribuição com a tradição anglo-saxônica como se verá a seguir.

3.1.1 A distinção entre regras e princípios em Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, através de seu ataque ao positivismo jurídico, trouxe grandes contributos à ciência jurídica, notadamente, ao tema em comento. Em “Levando os Direitos a Sério”, o jusfilósofo estadunidense faz uma distinção entre regras e princípios:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação

jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis quanto à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Mais a frente, prossegue o Dworkin na referida distinção, acentuando a importância dos princípios:

Um princípio como “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, esta não é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentam em outra direção – por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estipulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio de nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra posição. (DWORKIN, 2002, p. 41-42).

Assim, para Dworkin, as regras são as normas do direito positivo, isto é, as normas jurídicas escritas que impõem direitos e obrigações, ou seja, aquelas que obrigam, proíbem facultam algo. A sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Ou a regra é válida ou não é. Ou se viola ou não uma regra.

Já os princípios, para Dworkin, são todos os demais padrões de moralidade transcendentais ao direito positivo, ou seja, são aqueles padrões morais e políticos que as decisões judiciais recorrem para resolver os casos que não são assaz solucionados pelas regras do direito positivado. Assim, os princípios são os demais padrões normativos que não constituem regras, que não estão no direito positivado. (DWORKIN, 2002, p. 36)

Os princípios se diferem das regras em muitos aspectos. Primeiro, os princípios não estabelecem as condições prévias de sua aplicação, tal como fazem as regras. E por isso os princípios não são questões de tudo ou nada. O seu cumprimento não é uma questão de correção, conquanto de adequação, de coerência. Os princípios não são inválidos ou válidos, todavia questões de peso, de importância, questões de fundamento, de justificação adequada – prevalecem ou não prevalecem (DWORKIN, 2002, p. 46-48):

Para Dworkin, os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação e argumentação jurídica para uma certa direção. Não são questões de certo e errado, validade ou invalidade. São convicções que justificam o encaminhamento da solução para uma direção e não outra. Os princípios são questões de peso na justificação de uma decisão jurídica, que se revelam na forma de razões que inclinam a decisão para uma ou outra decisão. Princípios não são regras contrafáticas, são pontos de vista para uma interpretação adequada dessas regras. Os princípios conferem uma posição especial que justifica a interpretação adequada do direito. (SIMIONI, 2014, p. 335).

Conclui-se daí que para Dworkin os princípios⁶³ são convicções que vão além das regras jurídicas. E devido a isso, os princípios terão importância na aplicação das regras, tanto as “abertas”, quanto as consideradas “fechadas”, visto que eles constituem os fundamentos para a justificação adequada de qualquer decisão judicial.

Na concepção dworkiana, os princípios abrangem tanto os princípios morais quanto os objetivos políticos do governo. Na prática jurídica das decisões judiciais, sobretudo nas decisões dos *hard cases*, o uso de argumentos baseados em princípios morais e o uso de argumentos baseados na conformidade da decisão com os objetivos das políticas públicas do governo são bastante recorrentes. (DWORKIN, 2002, p. 36).

Vale ressaltar a explicação de Dworkin acerca do assunto:

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36).

O autor, ao lado dos argumentos baseados nos objetivos das políticas públicas, ressalta também o uso de princípios morais, tais como as exigências de justiça e equidade.

Ávila (2008, p. 37) acerca da distinção dworkiana entre princípios e regras assevera que a mesma “não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos”. A distinção proposta por Dworkin, portanto, difere-se das antecedentes, visto que se baseia, mais veementemente, na forma de aplicação e no relacionamento normativo.

Robert Alexy, desenvolvendo a tese de Dworkin, proporcionou a ponderação e a introdução de regras de exceção como meios de resolver os conflitos entre regras e princípios.

⁶³ Para Rafael Lazzarotto Simioni (2014, p. 37): “Os princípios, contudo, não estão acima, mais além ou mais *a priori* do direito positivo. Mas nem estão abaixo, como se fossem apenas suplementos argumentativos utilizados pela decisão quando não há uma solução fácil para o caso. Não há nenhuma relação hierárquica entre princípios e regras. Os princípios estão em outro nível, outra dimensão, que é dimensão hermenêutica, a dimensão prática da interpretação. Os princípios estão nas convicções que guiam a interpretação das regras na direção do melhor direito possível para o caso”.

3.1.2 A distinção entre regras e princípios em Robert Alexy

Para Robert Alexy a distinção entre princípios e regras é essencial ao estudo dos direitos fundamentais. Eis as palavras do filósofo:

A distinção entre regras e princípios constitui [...] a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 85).

A distinção não é nova, todavia, segundo o Alexy, muitos a realizam sem clareza e de forma vacilante e aponta uma pluralidade de critérios distintivos:

Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo [...] Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou de uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento (ALEXY, 2011, p. 87-89).

Alexy, partindo das considerações de Ronald Dworkin, elaborou um o conceito mais preciso de princípios. Para o mesmo, os princípios consistem em espécie de normas jurídicas através da qual são instituídos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, consoante as possibilidades normativas e fáticas.

Tanto as regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. [...] Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2011, p. 87). [...] O ponto decisivo na distinção entre regras e *princípios* é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2011, p. 90, grifo do autor). [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2011, p. 91).

O jusfilósofo, baseado na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão de princípios. Caso em que a solução não se decide com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, todavia é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em circunstâncias concretas, recebe a prevalência (ALEXY, 2011, p. 90). Os princípios, por conseguinte, possuem somente uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de modo direto, diferentemente das regras.

3.1.3 A colisão entre princípios e o sopesamento de valores

Canotilho (2003, p. 1161) também aborda a distinção entre regras e princípios e propõe vários critérios utilizados para a realização da referida diferenciação. O mesmo assevera que os princípios, quanto ao grau de abstração, são normas com um grau de abstração mais elevado que as regras. De modo que, em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem, não obstante as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente. O autor ainda acentua que os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito; enquanto as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional.

O jurista português descreve que com relação ao cabimento dos princípios, este é conflitual, de maneira que eles convivem sem que um exclua o outro, já no tocante as regras, seu cabimento é antinômico, elas se excluem não admitindo brecha para qualquer outra solução. Ainda, segundo autor, caso haja conflito entre os princípios, estes serão objeto de ponderação e harmonização; no que diz respeito às regras, caso exista conflito entre elas, as mesmas não poderão atuar ao mesmo tempo (CANOTILHO, 2003, p. 1161). Para que se tenha uma solução serão utilizados os critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquico, especialidade e cronológico).

Segundo Robert Alexy, as colisões entre os princípios devem ser solucionadas de forma totalmente diversa:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposita. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos

casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência. (ALEXY, 2011, p. 93-94)

Alexy (2011, p. 94) prossegue e conclui seu entendimento estabelecendo que, o conflito entre regras “ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

Para Alexy, no caso de colisão entre princípios, deverá ser realizado o sopesamento entre os interesses conflitantes para resolver essa relação de tensão. Dessa forma, já que nenhum princípio goza de por si só de prioridade absoluta, quando da análise, dever-se-á estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Deste modo, “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2011, p. 95).

Assim, pode-se dizer que a ponderação é uma “técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas”, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. (BARCELLOS, 2006, p. 18).

Na realidade, a ponderação não passa de um dever de argumentar com transparência, forçando o julgador a expor, com ética e consistência, todas as razões relevantes que o levaram a julgar em favor de um ou outro princípio constitucional.

Na técnica da ponderação dever-se-á, primeiramente, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do princípio da concordância prática⁶⁴. Somente depois, se for possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita.

No caso de direitos fundamentais, o princípio da máxima efetividade exige que o intérprete sempre tente fazer que o direito fundamental alcance a sua realização plena. O ideal é que, ao realizar essa tarefa de concretização, nenhum outro direito fundamental seja afetado de forma negativa. Isto é, a situação perfeita é conseguir maximizar a efetividade de um direito fundamental sem prejudicar a situação jurídica de outros indivíduos.

Marmelstein (2009, p. 390), a esse respeito adverte que, muitas vezes, essa meta não poderá ser atingida, pois

⁶⁴ Segundo Peixinho (2015, p. 67) a função precípua do princípio da concordância prática é a preservação harmoniosa dos direitos fundamentais em razão do conflito com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos e o estabelecimento de limites entre os direitos de tal maneira que se equilibrem direitos e garantias.

Havendo colisão de direitos, certamente haverá pelo menos um deles que será atingido de forma negativa, ainda que parcialmente. Sendo assim, surge outra preocupação para o intérprete: tentar dar a máxima efetividade ao direito fundamental, restringido o mínimo possível o outro valor constitucional colidente.

Conforme ensina Alexy, “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto mais alto deve ser o cumprimento do outro” (ALEXY, 2007, p. 15). É aí que se apresenta o princípio da harmonização ou concordância prática, assim, estabelece que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, todavia todas elas, serão, o quanto possível, reciprocamente poupadas e compensadas. Trata-se, destarte, de uma tentativa de equilibrar os valores conflitantes, de forma que eles sejam preservados pelo menos em alguma medida na solução adotada⁶⁵.

Dentre os casos mais comuns de colisão de direitos fundamentais encontram-se os seguintes conflitos: a liberdade de comunicação invadindo a esfera de privacidade das pessoas; a liberdade jornalística em confronto com o direito de intimidade; a livre manifestação do pensamento violando a honra dos indivíduos; o direito de informação em choque com o direito de imagem, dentre tantos outros.

Segundo George Marmelstein (2009, p. 368), esses direitos são essencialmente conflitantes pois estabelecem diretrizes em direções opostas:

[...] os direitos de personalidade orientam-se no sentido da proteção da esfera privada, do sigilo, da tranquilidade, do segredo, da não divulgação de informação pessoal, da não exposição da imagem; já a liberdade de expressão segue rumo da transparência, da publicidade, da livre circulação de informação, ou seja, caminha em direção totalmente contrária.

⁶⁵ Para esclarecer como funciona, na prática, essa técnica de harmonização, vale citar um famoso caso ocorrido na Alemanha envolvendo a colisão de direitos fundamentais: o “caso Lebach”. “No referido caso, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha em 1973, estava em jogo a liberdade de expressão *versus* os direitos de personalidade. Os fatos que ensejaram a discussão foram os seguintes: em 1969, em Lebach, pequeno lugarejo localizado a oeste da Alemanha, houve o assassinato de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Foram roubadas do depósito armas e munições. No ano seguinte, os dois principais acusados foram condenados a prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa. Quatro anos após o ocorrido, a rede de televisão alemã ZDF, atenta ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre todo o ocorrido. No documentário, seriam divulgados o nome e a foto dos acusados. Além disso, haveria uma representação do crime por atores, com detalhes da relação dos condenados entre si. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do acusado, que já havia cumprido parte da sua pena. Esse terceiro acusado, que havia sido condenado a uma pena mais leve, buscou, em juízo, uma medida liminar para impedir a transmissão do programa, pois o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A medida liminar não deferida nas instâncias ordinárias. Em razão disso, ele apresentou uma reclamação constitucional para o TCF, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição alemã. No caso, o TCF, tentando harmonizar os direitos em conflito (direito à informação *x* direitos de personalidade), decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a imagem do reclamante fosse apresentada ou seu nome fosse mencionado” (MARMELSTEIN, 2009, p. 390-391). Robert Alexy (2011, p. 99-103) também ilustra a problemática com esse caso, trazendo os resultados de sopesamentos como normas de direito fundamental atribuídas.

Nos casos de conflitos tais como acima expostos tem-se de um lado os direitos da personalidade⁶⁶, que constituem valores básicos para a dignidade humana, e de outro a liberdade de expressão e informação, elemento imprescindível para o desenvolvimento das ideias e para a democracia. Para resolver tais conflitos faz-se mister utilizar-se da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade para facilitar sua solução.

Muitas vezes, essa solução a ser adotada no caso concreto irá resultar na restrição de um dos dois valores⁶⁷. Assim, escolhe-se prestigiar o dever de proteção aos direitos da personalidade, em detrimento do dever de respeitar a liberdade de imprensa, ou privilegiar o dever de respeito à liberdade de imprensa, em desfavor do dever de proteção aos direitos de personalidade.

Todas as situações que envolvem o fenômeno da colisão de direitos fundamentais são de abstrusa solução⁶⁸. Todas as argumentações e as informações apresentadas no caso concreto serão relevantes para o deslinde da questão.

3.2 O pós-positivismo e a teoria dos direitos fundamentais

A partir do século XX, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, que agrega os valores da liberdade e da igualdade não mais sob seu aspecto formal, mas também

⁶⁶ Ao tratar das pessoas físicas, no Título I, da Parte Geral, dedicou o Código Civil o Capítulo II (artigos 11 a 21), exclusivamente, aos direitos da personalidade que Maria Helena Diniz (2010, p. 156) conceitua como sendo os “[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social)”.

⁶⁷ É preciso reconhecer que há várias situações em que será impossível a conciliação dos interesses em jogo, pois a proteção de determinado direito fundamental fatalmente acarretará a violação de outro bem jurídico protegido pela Constituição. Como explica Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 44), “[...] é possível que em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado direito. Por mais que isso soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito de fundamental. Quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística, também sobra pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto. Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim – e talvez de forma ainda mais clara –, quando alguém tem um terreno que é desapropriado, o seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de um determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total”.

⁶⁸ George Marmelstein (2009, p. 396-397), a esse respeito adverte que é “[...] nessas situações em que a harmonização se mostra inviável que surge a necessidade de sopesamento ou ponderação propriamente dita. O sopesamento/ponderação é, portanto, uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que resida o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente o juiz decidirá qual a que ‘vale menos’ para ser sacrificada naquele caso concreto [...] Em muitas hipóteses, contudo, o sopesamento será uma atividade extremamente complexa, envolvendo critérios pouco objetivos de decisão, a depender bastante do perfil ideológico do sujeito que irá realizar a ponderação.”

sob o aspecto material, as ideias do positivismo já não mais satisfaziam o Direito, a separação do Direito e da Ética não correspondia aquilo que a humanidade necessitava⁶⁹.

Ressalte-se que com o fim da Segunda Guerra Mundial e a queda do Regime de Hitler, os juristas europeus, notadamente os alemães, passaram por uma intensa crise de identidade, algo comum numa fase de transição. O regime nazista foi como um banho de água fria para o positivismo kelseniano⁷⁰.

Kelsen era um democrata e não é correto afirmar que ele teve participação ou influência na elaboração das leis nazistas. Todavia, não há como negar que sua teoria pura proveu base jurídica para tentar justificar as barbaridades praticadas contra os judeus. Isso porque o formalismo dessa teoria não dá margem à discussão acerca do conteúdo da norma.

Para o jusfilósofo, não cabia ao jurista formular qualquer juízo de valor em torno do direito. Uma vez válida, a norma deveria ser aplicada sem questionamento. Inclusive esse foi o argumento dos advogados dos comandantes nazistas no julgamento de Nuremberg⁷¹. A

⁶⁹ Ronald Dworkin, ao discorrer acerca dessa fase, demonstra que o próprio nazismo, que causou um dos maiores horrores à humanidade, estava baseado no direito numa visão positivista, e, portanto, estava amparado pela legalidade à época. Nesse sentido, o mesmo autor explica a questão da legitimidade do direito nazista sob o vértice do positivismo: “Costuma-se dizer que os nazistas tinham um direito, ainda que tal direito fosse muito mal. Havia uma crença difundida de que esse fato relativo a nossa prática lingüística apoiava o positivismo, com seu axioma de que a existência do direito é independente do valor de tal direito, de preferência a qualquer teoria do ‘direito natural’ [...] as teorias semânticas como o positivismo limitam nossa linguagem ao nos negar a oportunidade de usarmos a palavra ‘direito’ desse modo flexível dependendo do contexto ou do sentido” (DWORKIN, 1999, p. 127).

⁷⁰ Para Hans Kelsen (Praga, 11 de outubro de 1881 - Berkeley, 19 de abril de 1973), autor da teoria pura do direito, se a norma jurídica fosse válida, deveria ser cumprida, independentemente de ser justa ou injusta. Curiosamente, o próprio Kelsen foi perseguido pelo regime nazista, exilando-se nos Estados Unidos. Com a sua “Teoria Pura do Direito”, Kelsen foi, indubitavelmente, um dos maiores autores do positivismo jurídico. Segundo ele, o sistema jurídico deveria ser interpretado pelo cientista do direito sem que houvesse juízo de valor, sem interlocução com a moral ou com a ética. Isso caracteriza a pureza do Direito, quando visto como ciência. Com a Teoria Pura, Kelsen (1998, p. 1) “[...] propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”. O autor foi o grande precursor da hierarquia entre as normas, preconizando que a norma fundamental está no ápice de uma pirâmide, sendo fonte de validade para todas as outras normas: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior” (KELSEN, 1998, p. 216). Destarte, todas as normas devem obedecer ao seu processo de formação, previsto na norma fundamental. De outro lado, sustenta que o fundamento de validade da norma fundamental não está em outra norma jurídica, senão numa norma ainda mais elevada. Por conseguinte, conclui que o fundamento de validade da norma fundamental tem de ser pressuposto, não estando no plano jurídico, senão no plano lógico-transcendental. A norma fundamental, então, no plano jurídico, é fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 1998, p. 217). Tais estudos foram extremamente importantes para os primórdios do constitucionalismo, por estabelecer a Constituição no ápice do sistema jurídico. No entanto, para Kelsen, a validade das normas somente era aferida do ponto de vista procedimental, vale dizer, analisava-se apenas se o processo de elaboração de determinada norma obedecia àquele preestabelecido pela norma fundamental.

⁷¹ A escolha da cidade de Nuremberg para sediar o Tribunal que iria julgar os crimes cometidos contra humanidade não foi por acaso. Nesse local foram aprovadas as leis nazistas – “Leis de Nuremberg” – aprovadas em 1935, no auge do Regime, que oficializaram o anti-semitismo, proibindo, por exemplo, as relações sexuais entre alemães e judeus, além de estabelecer uma divisão social que relegava os judeus a cidadãos de segunda categoria (MARMELESTEIN, 2009, p. 06).

defesa se baseava no fato de que os comandados de Hitler estavam apenas cumprindo ordem e, por consequência, não deveriam ser responsabilizados pelos eventuais crimes ocorridos no Holocausto.

Ante ao desencantamento daquela teoria, os juristas desenvolveram uma nova corrente filosófica denominada pós-positivismo, ou positivismo ético, isto porque um de seus objetivos é inserir no Direito os valores éticos imprescindíveis na proteção da dignidade humana. “Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito poderia servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei” (MARMELSTEIN, 2009, p. 13).

Poder-se-ia pensar que se o positivismo jurídico não foi suficiente para garantir o justo e evitar a legalização do mal, o direito natural seria a solução. Assim, era possível se pensar que o desprestígio do normativismo de Kelsen faria renascer as doutrinas fundadas no direito natural. Todavia o retorno ao jusnaturalismo⁷² já não era almejado por aqueles que operavam o direito. E o que houve foi uma reformulação do direito positivo clássico e em vez de se pensar um direito acima do estatal, trouxeram-se os valores para dentro do direito positivo, notadamente o da dignidade da pessoa humana.

No positivismo de Kelsen, “tudo girava em torno da lei, qualquer fosse seu conteúdo, era tudo” (MARMELSTEIN, 2009, p. 13), já com o pós-positivismo, a lei concedeu espaço os valores e aos princípios que, como adverte Paulo Bonavides, se converteram “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2015, p. 269), tornando “a teoria dos princípios hoje o coração das Constituições” (BONAVIDES, 2015, p. 287).

O pós-positivismo⁷³ se caracteriza, exatamente, por acolher a ideia de que os princípios constitucionais devem ser tratados como normas jurídicas, por mais abstratos que

⁷² “O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independentem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influencia marcante, o positivismo jurídico” (BARROSO, 2001, p. 13).

⁷³ Luís Roberto Barroso (2005, p. 123) acerca do tema sintetiza a contribuição do neoconstitucionalismo para o Direito Constitucional contemporâneo: “[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.

sejam os seus textos, bem como por estabelecer que a norma jurídica, para se legitimar deve tratar todos os indivíduos com a mesma consideração, respeito e dignidade.

Nesse sentido, Alexy diz que o direito necessariamente deve ter uma “pretensão de correção”, no sentido de se aproximar da ideia de justiça (2006, p. 20). E essa “pretensão de correção” se manifesta, exatamente, através dos direitos fundamentais: nenhum ato será em conformidade com o direito se for incompatível com os direitos fundamentais.

Essa nova concepção, ao contrário do que possa parecer, não abre mão do normativismo. A norma continua sendo o principal objeto de estudo do jurista, conforme defendia o próprio Kelsen. No entanto a norma, para o operador do direito, deixa de ser “neutra”, passando a conter uma forte ideologia, de modo que princípios como a dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da democracia, seriam tão vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica (MARMELSTEIN, 2009, p. 14).

Assim, a observância desses princípios não seria facultativa, todavia tão obrigatória quanto à observância das regras. E essas regras apenas são válidas se estiverem em conformidade com as diretrizes traçadas nos princípios, alentado uma ideia, presentemente, aceita de que os princípios possuem uma função de fundamentação e de legitimação do ordenamento jurídico⁷⁴.

Esta constatação de que os princípios constituem normas jurídicas causou uma reviravolta na ciência jurídica, notadamente, no que concerne ao direito constitucional. Isso porque é na Constituição que estão albergados quase todos os princípios⁷⁵.

Saliente-se que antes, quando não se reconhecia força jurídica aos princípios, as normas constitucionais, já que formuladas em sua maioria como princípios, de pouco valiam. Dizia-se que essas normas, conquanto estarem na Constituição, não passavam de conselhos morais, de declarações de boas intenções. Dessa forma, seu descumprimento não gerava consequências jurídicas graves.

Ana Paula de Barcellos em sua obra “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais” retrata a importância destes – os princípios – para a hermenêutica jurídica e ressalta a dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo geral:

⁷⁴ “Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo uma leitura moral do Direito” (BARROSO, 2011, p. 226-227).

⁷⁵ “Além de organizar o exercício do poder político, todas as Constituições modernas definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal” (BARROSO, 1998, p. 95).

A conclusão é que os princípios constitucionais deverão de funcionar como balizas, tendo em conta a modalidade interpretativa da eficácia jurídica que lhes atribui. Como se sabe, os princípios constitucionais – especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana – manifestam as decisões fundamentais do constituinte, que deverão vincular o intérprete em geral e o Poder Público em particular. Assim, os elementos aleatórios acima referidos – diferentes concepções da ordem jurídica, preconceitos etc. – devem ser substituídos pelos princípios constitucionais na definição das escolhas com as quais o intérprete inevitavelmente se depara. Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar o seu ofício (BARCELLOS, 2002, p. 146).

Reconhecida a força jurídica dos princípios, a Constituição vem a ocupar um papel especial nos ordenamentos jurídicos⁷⁶. Suas disposições passam a ser consideradas como verdadeiras normas jurídicas e ocupam uma posição de privilégio. Assim, o próprio Kelsen exerceu muita influência para o reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais.⁷⁷

E, nesse sentido vale menção às palavras de Marmelstein (2009, p. 14):

A partir daí, a ordem jurídico-constitucional de diversos países tornou-se centrada na dignidade da pessoa humana, fazendo surgir, dentro da comunidade jurídica, uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, cujas premissas são em síntese, as seguintes: (a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; (b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; (c) crença na força normativa da Constituição, inclusive nos princípios, ainda que potencialmente contraditórios; (d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade da pessoa humana.

Como decorrência disso, resta clara a importância que hermenêutica dos direitos fundamentais exerce dentro da interpretação da norma jurídica.

3.3 O conteúdo ético dos direitos fundamentais

Conforme já foi dito, a ideia humanista e dos direitos fundamentais⁷⁸ se desenvolveu durante todo o sec. XX, sendo que somente depois da Segunda Guerra Mundial e das mazelas

⁷⁶ Graças em grande parte aos estudos de Robert Alexy em sua “Teoria dos direitos fundamentais” e de Dworkin, sucessor e crítico de Hart, a dissociação entre normas princípios e regras foi superada. Com efeito, a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema. (BARROSO, 1998, p. 141).

⁷⁷ Aqui vale mencionar o pensamento de Hans Kelsen “a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito.” (2003, p. 125).

⁷⁸ Os direitos fundamentais foram reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948, sob a perspectiva de direitos humanos, sendo resultantes de um movimento de constitucionalização que deu início no princípio do século XVIII.

que dela sobraram, surgiu a necessidade de se dotar a comunidade internacional de instrumentos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados, que passaram a se preocupar em prescrever em suas Constituições princípios ligados à tutela da pessoa humana (GRASSELLI, 2011, p. 33).

Em 1945, na Conferência de São Francisco⁷⁹, os Estados aprovaram a resolução de “reafirmar os direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres e das nações grandes e pequenas”. No entanto, antes de incorporar tal princípio – dignidade humana – às Constituições, foi necessário que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma dignidade própria (MANTOVANI JUNIOR, 2010, p. 30).

Os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético e constituem valores básicos para uma vida digna em sociedade. Desse modo, estão ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder. Nesse sentido, Paulo Bonavides assevera que:

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas a uma inclinável concepção de Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo inteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, trazida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição (BONAVIDES, 2015, p. 612).

Costuma-se dizer que o homem, pelo simples fato de sua condição humana, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Essa é a ideia básica de dignidade da pessoa humana, que, na verdade, diz pouca coisa, uma vez que é redundante⁸⁰.

⁷⁹ Os representantes dos Governos das Nações Unidas assinaram a Carta das Nações Unidas, feita na cidade de São Francisco, no dia 26 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

⁸⁰ Já Grécia Antiga vislumbram-se indícios da existência de reflexão filosófica sobre o homem e sua dignidade. Fábio Konder Comparato em sua obra “A afirmação histórica dos direitos humanos” traça a evolução dos direitos humanos e a situação do homem no mundo. Para o autor foi na Grécia que se originou a convicção de que todos os indivíduos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de que a humanidade nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, uma regra igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem em uma sociedade organizada. Historicamente, os autores apontam que a garantia da dignidade da pessoa humana está ligada ao Cristianismo e se fundamenta na ideia de que o indivíduo foi criado à imagem e semelhança de Deus, fato que, por si só, lhe confere valor intrínseco. No final do século XVIII, com Kant inicia-se a construção do conceito de dignidade como um atributo da pessoa, concepção que vai predominar até os dias atuais influenciando o pensamento filosófico-constitucional no Ocidente. O homem é concebido como sujeito do conhecimento e, por isso, é capaz de ser responsável por seus próprios atos e de ter consciência de seus deveres. (COMPARATO, 2003, p. 1-31)

Uma fórmula um pouco mais objetiva, desenvolvida Günther Dürig⁸¹, na Alemanha, defende, com inspiração em Kant⁸², que a dignidade humana é violada sempre que o ser humano é rebaixado a mero objeto, a simples instrumento⁸³, tratado como uma coisa, noutras palavras, sempre que o indivíduo venha a ser descaracterizado e desconsiderado como sujeito de direitos (SARLET, 2002, p. 59).

Essa ideia ainda é muito aberta e insuficiente, visto que não traduz todos os aspectos da dignidade da pessoa humana (MARMELSTEIN, 2009, p. 18). Um bom conceito é o desenvolvido por Ingo Sarlet (2002, p. 62), para o autor dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Desse modo, onde não existir respeito pela vida e pela integridade física ou moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não existir uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade em direitos e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana (MARMELSTEIN, 2009, p. 19).

Das ideias de Sarlet, é possível identificar alguns atributos da dignidade humana, tais como: o respeito à autonomia da vontade; o respeito à integridade física e moral; a não coisificação do indivíduo e a garantia do mínimo existencial. Tais atributos “estão ligados de alguma forma pela noção básica de **respeito ao outro**, que sintetiza com perfeição todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana” (MARMELSTEIN, 2009, p. 19, grifo

⁸¹ Segundo Ingo Sarlet, à teoria kantiana se junta outra, contemporânea, mas que comunga do mesmo sentido daquela, a teoria da fórmula-objeto, de Günther Dürig, citada com frequência pelo professor Peter Häberle, segundo a qual: “[...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda” (2005, p. 21).

⁸² “O imperativo prático será pois o seguinte: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer, outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio*” (KANT, 2007, p. 69, grifo do autor).

⁸³ “De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar fins particulares ou egoístas. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade suprema, a realização do valor intrínseco da dignidade humana” (MORAES, 2003, p. 81).

do autor). Insta frisar que esse respeito ao outro independe de quem é o outro, pode ser qualquer indivíduo.

Em suma, a dignidade não é privilégio de somente algumas pessoas escolhidas por razões étnicas, econômicas ou culturais, todavia um atributo de todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de ser humano.

3.4 O conteúdo normativo dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, além do conteúdo ético, possuem conteúdo normativo (aspecto formal). Do ponto de vista legal, não é qualquer valor que pode ser enquadrado nessa categoria. Juridicamente, apenas são direitos fundamentais aqueles valores que o povo⁸⁴ formalmente reconheceu como dignos de uma proteção normativa especial, mesmo que, implicitamente (MARMELSTEIN, 2009, p. 19).

Esse reconhecimento formal acontece por meio da positivação desses valores através de normas jurídicas. Mais precisamente, pode-se dizer que, sob o aspecto jurídico-normativo, apenas podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país.

Assim, nessa concepção, pode-se falar que não existem direitos fundamentais decorrentes da lei. A fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição. “A lei, quando muito, irá densificar, ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, nunca criá-lo diretamente” (MARMELSTEIN, 2009, p. 20).

Agora, tentar-se-á apresentar um conceito de direitos fundamentais.

3.5 Um conceito de direitos fundamentais

Com o decorrer da História, inúmeras expressões foram utilizadas para designar os direitos fundamentais do homem. José Afonso da Silva (2008, p. 175) ressalta que a ampliação e transformação dos direitos fundamentais dificultam uma definição de um conceito sintético e preciso de tais direitos.

Com inspiração em Pérez Luño, o autor traz uma definição da expressão direitos fundamentais do homem:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no*

⁸⁴ Leia-se: o poder constituinte.

nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (SILVA, 2008, p. 178, grifo do autor).

Silva prossegue sua explanação acentuando a necessidade da participação popular na busca pelos mesmos e disserta:

A expressão *direitos fundamentais do homem* [...] não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, *mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*. Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico. A Constituição, ao adotá-lo na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: *Estado Democrático de Direito*. O fato do direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão e amplitude popular em um dado ordenamento [...] não lhes retira aquela perspectiva, porquanto [...] na expressão também se contêm princípios que resumem uma concepção do mundo que se orienta e informa a luta para a conquista definitiva da efetividade desses direitos (SILVA, 2008, p. 178-179, grifo do autor).

Diante do que foi exposto, é possível dizer que os direitos fundamentais são normas jurídicas, “[...] intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELESTEIN, 2009, p. 20).

É possível dizer que existem cinco elementos básicos nesse conceito, quais sejam, norma jurídica; dignidade da pessoa humana; limitação de poder; Constituição e democracia. A conjugação dos elementos fornece o conceito de direitos fundamentais. Destarte, dizer que os direitos fundamentais constituem normas constitucionais significa aceitar sua supremacia material e formal, o que lhes proporciona força normativa. Tal fato é essencial para se permitir a máxima efetivação desses direitos⁸⁵.

Assim, reconhecer que os direitos fundamentais são detentores de relevância axiológica capaz de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico faz com que se reconheça que esses direitos representam um sistema de valores com força suficiente para

⁸⁵ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr. (2008, p. 109) resumem o termo direitos fundamentais para os quais: “[...] afigura-se como o único apto a exprimir a realidade jurídica precipitada, pois que, cogitando-se de direitos, alude-se a posições subjetivas do indivíduo, reconhecidas em determinado sistema jurídico. O adjetivo ‘fundamentais’ traduz, por outro lado, a inerência desses direitos à condição humana, exteriorizando-se, por conseguinte, o acúmulo dos níveis de alforria do ser humano”.

afetar a interpretação de qualquer norma jurídica (dimensão objetiva e princípio da interpretação conforme os direitos fundamentais).⁸⁶

Todavia vinculá-los à ideia de Estado Democrático⁸⁷ de direito leva a pensar que os valores neles contidos são potencialmente conflitantes, posto que refletem todo pluralismo dessa sociedade democrática. Assim, as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito⁸⁸. Não é de se surpreender, desse modo, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão⁸⁹.

Considerar os direitos fundamentais como princípios significa, por conseguinte, aceitar que não há direitos com caráter absoluto⁹⁰, uma vez que eles são passíveis de restrições recíprocas (MARMELSTEIN, 2009, p. 370).

Insta ressaltar que asseverar que não há direitos absolutos e que toda norma de direito fundamental é relativa, passível de limitação é extremamente perigoso, pois “pode levar a uma ideia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ceder sempre que assim ditar ‘o interesse público’, expressão vaga que, no final das contas, pode justificar quase tudo”, como adverte George Marmelstein (2009, p. 371).

A regra é a observância dos direitos fundamentais e não sua restrição. Todavia se não houvesse limites para o exercício de tais direitos, seria uma verdadeira desordem.

⁸⁶ “O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem ser resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 265).

⁸⁷ Esse vínculo entre direitos fundamentais e democracia é ressaltado por Canotilho (2003, p. 290-291, grifo do autor): “Tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os **direitos fundamentais** são um elemento básico para a realização do princípio democrático. [...] Os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia”.

⁸⁸ Bidart Campos (1991, p. 392) a esse respeito diz que todas as Constituições possuem valores e princípios, uma filosofia, uma ideologia, nenhuma Constituição é neutra, seja ela escrita ou não.

⁸⁹ Para Alexy, no caso de colisão entre princípios, deverá ser realizado o sopesamento entre os interesses conflitantes para resolver essa relação de tensão. Dessa forma, já que nenhum princípio goza de por si só de prioridade absoluta, quando da análise, dever-se-á estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Deste modo, “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2011, p. 95).

⁹⁰ O Supremo Tribunal Federal, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, já decidiu que não há, no sistema constitucional pátrio, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, “mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos os termos estabelecidos pela Constituição” (STF, MS 23.452-RJ, rel. Min. Celso de Mello).

Registre-se, entretanto, que qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser considerada suspeita e, por isso mesmo, deve passar por um exame constitucional mais severo⁹¹, competindo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais relevante.

E, finalmente, analisando a dignidade da pessoa humana como elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais, tem-se que o mesmo não pode ser usado justificar a violação da dignidade de outros indivíduos, logo “qualquer comportamento que vá em direção oposta, ou seja, que contribua para a destruição dessa dignidade, não merecerá ser considerado como direito fundamental” (MARMELSTEIN, 2009, p. 21). Assim, é necessário reconhecer que a razão da proteção desses direitos é a dignidade humana.

3.5.1 Direitos fundamentais como direitos positivados

José Cretella Neto acerca de uma conceituação sobre os direitos fundamentais dispõe que a doutrina alemã afirma que “os Direitos Fundamentais, em seu aspecto formal, nada mais são do que os Direitos Humanos positivados pela Constituição” (STERN *apud* CRETELLA NETO, 2012, p. 659).

Tal conceito é por demais restritivo⁹², na medida em que apenas considera como fundamentais aqueles que possuem hierarquia constitucional e que são ligados a limitação do poder⁹³ e a dignidade humana. E a intenção é exatamente fazer com que se evite a utilização inflacionada da expressão “direitos fundamentais”, fazendo com que somente aqueles tidos por fundamentais sejam tratados de modo especial, impedindo assim, a desvalorização do conceito como um todo.

Marmelstein critica esse conceito, visto que representa uma construção teórica do deveria ser um direito fundamental, e, por isso, universal, no sentido de apetercer uma validade para todos os lugares do mundo. Porém, tal conceito não se encaixa em todas as situações,

⁹¹ Sobre o tema vale menção a doutrina de Jane Reis Gonçalves Pereira. Segundo a autora “Quanto mais intensa a intervenção legislativa nos direitos fundamentais, maior será o ônus de argumentação imposto ao legislador para justificar a constitucionalidade da lei. É que quanto mais intensa a restrição ao direito, mais fortes hão de ser as razões em favor dos bens e direitos que amparam a restrição (princípio da proporcionalidade). Assim, nos casos de intervenções severas em que não seja possível identificar com segurança motivos que as justifiquem, há de prevalecer o direito” (PEREIRA, 2006, p. 182).

⁹² Paulo Bonavides, tratando do assunto, traz a concepção do alemão Konrad Hesse, o qual entende que os direitos fundamentais têm a finalidade de manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana. Todavia, o conceito não é indissociável da acepção positivista de direitos fundamentais, aos quais seriam aqueles que o direito vigente qualifica como tais (BONAVIDES, 2015, p. 574).

⁹³ Para Alexandre de Moraes (2006, p. 25), a finalidade dos direitos fundamentais está na criação de limitações e garantias, impostas pelo próprio povo, titular do poder constituinte originário, nas relações entre indivíduos e o Estado e entre os próprios indivíduos.

tendo em vista que o direito positivo nem sempre reflete com precisão aquilo que deveria ser. O autor destaca os direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio:

Aqui mesmo no Brasil, o referido conceito vale para a grande maioria dos casos, mas não para todos. O constituinte brasileiro não foi tão criterioso ao eleger os valores que mereciam ser chamados de direitos fundamentais, optando por enumerar um rol abrangente que às vezes gera uma sensação de exagero. Para compreender isso, é preciso ter em mente que o Título II da Constituição de 88 (arts. 5º a 17), que é intitulado precisamente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, foi o local escolhido pelo constituinte para acolher esses direitos. Em princípio, portanto, tudo que está no Título II pode ser considerado direito fundamental. Nesse extenso rol, há direitos que não possuem uma ligação tão forte com a dignidade humana nem com a limitação do poder. Pode-se mencionar, por exemplo, o direito a marca, o direito ao lazer (art. 6º) ou mesmo o direito dos trabalhadores à participação nos lucros das empresas, entre outros semelhantes (MARMELSTEIN, 2009, p. 23).

Para o Marmelstein, tais direitos são importantes, todavia talvez não tão essenciais, podendo estar, perfeitamente, fora do Título II ou até mesmo fora da Lei Maior. Conquanto, ainda assim, o autor ressalta que por uma questão de segurança jurídica é melhor considerar que todos os direitos que estão no referido Título sejam considerados fundamentais. Ainda que a ligação seja, num primeiro momento, imperceptível há uma presunção de que as normas ali previstas possuem alguma ligação com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder⁹⁴.

Assim, o caráter fundamental de um direito não está no fato dele estar presente na Lei Máxima de um Estado, mas sim em sua importância para a pessoa, individual ou coletivamente. Dessa forma, trazem-se a baila os dizeres de Tavares (2008, p. 122):

[...] é preciso também afastar a possibilidade de que “preceito fundamental” seja toda e qualquer norma contida na Lei Fundamental. Se, teoricamente, essa construção é admissível, o mesmo não ocorre quanto ao vigente sistema constitucional. [...] É preciso garantir “a relevância de cada palavra constitucionalmente empregada”, não se podendo pretender simplesmente ignorar a letra da Constituição para poder construir um significado arbitrariamente. Portanto, quando a Constituição fala de “preceito fundamental” não está a se referir à Constituição como um todo.

Ressalte-se, ainda, que não bastasse esse rol tão extenso, o constituinte pátrio adotou um rol não exaustivo⁹⁵, isto é, aberto⁹⁶, de direitos fundamentais de forma que “os direitos

⁹⁴ “A vantagem prática de se adotar esse entendimento é impedir que os argumentos ideológicos sejam utilizados para, eventualmente, aniquilar direitos que o constituinte originário, por expressa vontade, incluiu no rol de direitos fundamentais” (MARMELSTEIN, 2009, p. 23).

⁹⁵ “Os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADIn n.º 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea e, conseqüentemente, imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que, ao

fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão”, como adverte David Pardo (2005, p. 12).

A positivação⁹⁷ constitucional da dignidade da pessoa humana, aliada à previsão da cláusula de abertura, representa um grande avanço na proteção institucional dos direitos fundamentais. Todavia, por outro lado dificulta a tarefa de se definir com precisão o que é um direito que não é fundamental. O importante para isso é analisar que a Constituição conferiu, ainda que implicitamente, alguma proteção a esse direito.

Aqui vale ressaltar as palavras de Sarlet (2012, p. 91), que define os direitos fundamentais como

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material da Constituição).

Assim, Sarlet não se exclui a possibilidade de haver direitos fundamentais fora do texto da Lei Maior, desde que, a força da própria Constituição lhes conceda juridicidade potencializada⁹⁸. “O importante é que, a partir da Constituição (formal ou material), seja possível identificar a fundamentalidade de um dado direito, ainda que forma implícita” (MARMELSTEIN, 2009, p. 24).

Aqui cabe colacionar o que Bonavides (2015, p. 576) leciona: “A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal de pessoa humana”.⁹⁹

visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal [...]” (MORAES, 2007, p. 312-313).

⁹⁶ Por força do art. 1º, inc. III, somado ao art. 5º, § 2º, da Constituição de 88, podem-se encontrar direitos fundamentais fora do Título II e até mesmo fora da Constituição.

⁹⁷ Não se deve confundir norma positiva com norma escrita, já que existem diversos direitos fundamentais positivados de forma implícita (não escrita).

⁹⁸ Registre-se aqui, todavia, que a concepção aberta de direitos materialmente fundamentais recebe tratamento restritivo da posição predominante na doutrina e na jurisprudência, de forma a admitir como dotados de fundamentalidade somente outros direitos expressamente previstos na Constituição.

⁹⁹ Joaquim Carlos Salgado (2003, p. 196) compartilha tal visão, para ele “Os direitos fundamentais são essa forma indispensável e universal, de todos, de realização da liberdade”. Para o mesmo, a hermenêutica jurídica para realizar a uma Constituição democrática deve-se orientar para a concretização dos direitos considerados fundamentais.

Desse modo, é importante destacar que os direitos fundamentais possuem inegável conteúdo ético (aspecto material). Eles são os valores basais para uma vida digna em comunidade.

Assim, antes que findar o presente estudo, necessária se faz uma distinção entre as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, visto que imprescindível para compreender o real significado e alcance dessas prerrogativas do sujeito.

3.6 Direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais

Ingo Sarlet e Paulo Bonavides, entre outros tantos juristas brasileiros, realizam a distinção das expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Bonavides (2015, p. 576) assevera que atualmente tem se visto “um uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica”, as expressões vêm sendo utilizadas indiferentemente. Inclusive Pérez Luño (1999, p. 22) problematiza a questão em torno da definição do que realmente seriam os direitos humanos¹⁰⁰:

Você pode pensar que este significado escuro e contraditório dos direitos humanos, causado pela hipertrofia de seu emprego era privação vulgar da linguagem e, especialmente, a práxis política; mas em comparação com ela, há uma caracterização clara, inequívoca e precisa doutrinária do termo. Deve se dissipar tão logo esta hipótese, uma vez que lhes a linguagem da teoria política, a ética ou a expressão

¹⁰⁰ Norberto Bobbio (2004, p. 38) dissertando acerca de um fundamento absoluto para os direitos humanos, considera que tal é inconcebível, visto que tais direitos são historicamente relativos: “[...] os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar [...]”. Outra discussão relevante diz respeito ao surgimento dos direitos humanos, ao início definido na história, sobre a questão vale trazer as constatações de Heiner Bielefeldt (2000, p. 102): “É inútil procurar por uma *certidão histórica do surgimento* da Constituição jurídica, segundo Kant [...] Isso vale também para a história dos direitos humanos e seus documentos de fundação, desde o *Vigina Bill of Rights*, de 1776, até a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, das Nações Unidas, de 1948. Esses e outros documentos mantêm sua importância como pontos de referência histórica dentro de um discurso sobre direitos humanos que, sem esses momentos, ficaria solto e sem sentido. Como ao pensamento sobre os direitos humanos é inerente uma tendência de inclusão de pretensões jurídicas concretas dentro de constituições e acordos internacionais, o debate não pode nunca distanciar-se dos textos e das instituições jurídicas. Mesmo assim, aos documentos de fundação dos direitos humanos somente pode ser atribuído respeito crítico que, tendo em vista o universalismo desses direitos, chama a atenção para as injustiças que, em importantes declarações de direitos, são omitidas ou até justificadas. A história da concretização dos direitos humanos é, portanto, desde o início, não apenas um processo de sucessivas tentativas de legalização de reivindicações por liberdade, igualdade e participação, mas sempre também, uma história (*sic*) de *protesto* contra a unilateralidade na positivação de normas referentes aos direitos humanos que, através de novas normas jurídicas, criaram novas injustiças ou fixaram antigas”.

legal << direitos humanos >> também tem sido utilizado com diferentes significados (ambiguidade) e com a indeterminação e imprecisão notável (imprecisão).¹⁰¹

Desse modo, é relevante distinguir os direitos do homem, direitos humanos¹⁰² e direitos fundamentais¹⁰³, tendo em vista que a doutrina refere-se a eles, muitas vezes, como sinônimos. Insta salientar que o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem ocorre entre os autores anglo-americanos e latinos, em coerência, inclusive, com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ter ficado circunscrita à preferência dos publicistas alemães (BONAVIDES, 2015, p. 574).

Para o propósito de distinguir os conceitos, convém transcrever a lição de Canotilho (2003, p. 369), assim escrita:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurisnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Segundo Sandoval Silva (2010, p. 28), os direitos humanos constituem direitos “universais, independentemente de sua inserção em constituições, leis e tratados, uma vez que se configuram como exigências de respeito à dignidade humana, oponíveis aos poderes estabelecidos, oficiais ou não. Já os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas”. Vale ressaltar ainda que, segundo o autor, a expressão direitos humanos, está atrelada à ideia de direito universal, direito natural, cuja aplicação se estende a todo ser humano sem qualquer distinção. Já os direitos fundamentais, são direitos positivados na Carta Constitucional de cada Estado (SILVA, 2010, p. 27).

Já para Sarlet, os direitos humanos são direitos internacionalmente conhecidos, e que reconhecem o ser humano como tal independente de seu vínculo com determinado Estado, são direitos externos aos Estados. Ao passo que os direitos fundamentais são os direitos

¹⁰¹ Tradução livre.

¹⁰² Para Alexy (2014, p. 110-111), os direitos humanos são definidos por cinco características, às quais juntas os distinguem de todos os outros direitos. Para o autor os direitos humanos são direitos (1) universais, (2) fundamentais, (3) abstratos, (4) morais e (5) prioritários.

¹⁰³ Para Antonio Perez Luño (1995, p. 294), numa concepção positivista “los derechos fundamentales aparecen como categorías técnico-jurídicas dirigidas a reformular en normas positivas las exigencias mantenidas por la teoría de los derechos naturales de afirmar determinadas libertades del individuo frente al poder estatal”.

“reconhecidos e positivados” na Constituição de um determinado Estado, pode-se dizer que são direitos internos (SARLET, 2012, p. 29). No mesmo sentido, Paulo Bonavides traz a acepção mais restrita, para quem os direitos fundamentais “são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (HESSE *apud* BONAVIDES, 2015, p. 575). De maneira que os direitos fundamentais objetivam assegurar “uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana” (2015, p. 576).

Marmelstein também realiza a distinção¹⁰⁴. Para o autor, os direitos do homem seriam valores, assim como os direitos fundamentais, ligados “à dignidade humana e à limitação do poder”, todavia que por algum fato não foram positivados, em suma, “seriam valores éticos-políticos ainda não positivados. Eles estariam em um estágio pré-positivo, correspondendo ‘a instâncias ou valores éticos anteriores ao direito positivo’” (MARMELSTEIN, 2009, p. 25). Para o autor, eles estão até mesmo acima do direito positivo, consoante ficou decidido pelo Tribunal de Nuremberg.

Para Marmelstein (2009, p. 26), os direitos do homem possuem conteúdo muito semelhante ao direito natural. “Não seriam propriamente **direitos**, mas algo que surge antes deles e como fundamento dele. Eles (os direitos do homem) são a matéria prima dos direitos fundamentais, ou melhor, os direitos fundamentais são direitos do homem positivados”. Já os direitos humanos seriam a “expressão utilizada para se referir aos valores que foram positivados na esfera do direito internacional”, desse modo:

Quando se estiver diante de um tratado ou pacto internacional, deve-se preferir a utilização da expressão *direitos humanos* ao invés de *direitos fundamentais*. Falar em tratado internacional de direitos fundamentais não soa bem aos ouvidos. Do mesmo modo, à luz dessa classificação, não é tecnicamente correto falar em direitos humanos positivados na Constituição. Vale ressaltar que essa distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais é plenamente compatível com o texto constitucional. Toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em “direitos humanos”. E, quando ela tratou dos direitos que ela própria reconhece, chamou de “direitos fundamentais [...]” (MARMELSTEIN, 2009, p. 26, grifo do autor)

¹⁰⁴ José Cretella Neto (2012, p. 658, grifo do autor) também realiza a distinção, para o autor: “A universalidade dos direitos humanos decorre da *universalidade da dignidade da pessoa humana*, que independe de leis nacionais, pois que inerente à condição humana. A maioria dos juristas adota precisamente essa posição, discorrendo apenas sobre as diferenças que existiriam entre direitos do Homem, direitos fundamentais e direitos humanos. Para Mourgeon, *direitos humanos* (ou da *pessoa humana*) são aqueles inerentes tão somente à condição humana, isto é, aqueles que o ser humano tem simplesmente por existir, por estar no Mundo como pessoa física e ter dignidade. Já os *direitos do Homem* são ‘prerrogativas, governadas por regras, que a pessoa possui em suas relações com os particulares e com o Poder’. Diferem ambos dos *Direitos Fundamentais*, que são ‘os Direitos Humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional: são os Direitos Humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais’”.

Em suma, pode-se dizer que para o autor os direitos do homem constituem valores ligados à dignidade da pessoa humana ainda não positivados, já os direitos humanos além de possuir a valores ligados à dignidade estão positivados no plano internacional através de tratados¹⁰⁵, e, por fim, os direitos fundamentais são os valores ligados à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder, positivados no direito interno, geralmente através de normas constitucionais.

¹⁰⁵ Vale transcrever os dizeres de Costas Douzinas: “Os direitos humanos são o fado da pós-modernidade, a energia das nossas sociedades, o cumprimento da promessa do Iluminismo de emancipação e autorrealização. [...] Os direitos humanos estavam ligados inicialmente a interesses de classe específicos e foram as armas ideológicas e político despótico e a organização social estática. Mas suas pressuposições ontológicas, os princípios de igualdade e liberdade, e seu corolário político, a pretensão de que o poder político de estar sujeito às exigências da razão e da lei, agora passaram a fazer parte da principal ideologia da maioria dos regimes contemporâneos e sua parcialidade foi transcendida. O colapso do comunismo e a eliminação do *apartheid* marcaram o fim dos dois últimos movimentos mundiais a desafiar a democracia liberal. Os direitos humanos venceram as batalhas ideológicas da modernidade. Sua aplicação universal e seu total triunfo parecem ser uma questão de tempo e de ajuste entre o espírito da época e uns poucos regimes recalcitrantes. Sua vitória não é outra que não o cumprimento da promessa iluminista de emancipação pela razão. Os direitos humanos são a ideologia depois do fim, a derrocada das ideologias ou, para usar uma expressão em voga, a ideologia “no fim da história” (DOUZINAS, 2009, p. 19-20).

4 Das garantias e direitos fundamentais do indivíduo na persecução penal

A Constituição, bem como a legislação infraconstitucional, estabelece uma série de direitos ao indivíduo que sofre uma acusação penal. Tais prerrogativas refletem na previsão constitucional da ampla defesa, e por essa razão, a sua violação, como regra, importará em nulidade absoluta, caso haja prejuízo ao acusado (AVENA, 2012, p. 113).

Dessa forma, é possível enumerar as seguintes garantias inerentes ao acusado no processo penal:

- a) Direito a ter respeitada sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CRFB/88);
- b) Direito de ser processado e sentenciado pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CRFB/88);
- c) Direito ao devido processo legal (art. 5ª, LIV, CRFB/88);
- d) Direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88);
- e) Direito à presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação (art. 5º, LVII, CRFB/88);
- f) Direito de não ser submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII, CRFB/88);
- g) Direito a processo e julgamento público, salvo quando necessário o sigilo para a preservação da intimidade ou dos interesses sociais (arts. 5º, LX, e 93, IX, CRFB/88);
- h) Direito de não ser preso, senão em flagrante ou mediante ordem escrita emanada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime militar, definidos em lei (art. 5º, LXI, CRFB/88 e art. 282 do CPP);
- i) Direito a ser informado de seus direitos quando preso, entre os quais de permanecer calado, bem como de assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII, CRFB/88 e art. 306, § 2º, do CPP);
- j) Direito de não ser preso nem mantido na prisão, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI, CRFB/88);
- k) Direito de ser cientificado quanto à identidade dos responsáveis pela sua prisão ou por seu interrogatório policial, quando preso (art. 5º, LXIV, CRFB/88 e arts. 288 e 291 do CPP);
- l) Direito de não serem admitidas em seu desfavor provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CRFB/88);

- m) Direito à assistência jurídica integral e gratuita, quando não dispuser de recursos suficientes para constituir advogado (art. 5º, LXXIV, CRFB/88 e Lei 1.060/1950);
- n) Direito à indenização por erro judiciário ou pelo tempo que permanecer preso, além do fixado na sentença (art. 5º, LXXV, CRFB/88);
- o) Direito a um processo com duração razoável e a meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88);
- p) Direito a entrevista prévia e reservada com seu advogado, constituído ou nomeado, antes de ser interrogado em juízo (art. 185, § 2º, CPP);
- q) Direito a que seu silêncio não seja interpretado como confissão ficta ou utilizado pelo juiz como elemento de convicção em seu desfavor (art. 186, parágrafo único, CPP);
- r) Direito a tradutor ou intérprete, quando desconhecer o idioma nacional ou não puder se comunicar por motivos relacionados a deficiência auditiva ou vocal (arts. 192 e 193, CPP);
- s) Direito à defesa técnica fundamentada, quando assistido por defensor dativo ou público (art. 261, parágrafo único, CPP).

Tais direitos existem a fim de que o indivíduo não tenha sua dignidade afrontada durante e após o processo penal ¹⁰⁶. A seguir serão abordados, mais detidamente, alguns direitos que são considerados imprescindíveis ao estudo do tema.

4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Dentre os vários princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem o Direito penal e processual penal um dos mais importantes é o princípio da dignidade da pessoa humana, senão o mais importante. Tamanha sua relevância para o ordenamento jurídico que o legislador constitucional de 1988 determinou que a dignidade humana constitui um valor a ser

¹⁰⁶ Aqui vale fazer menção as palavras de Beccaria (2003, p. 26-27) que já em meados do século XVIII, entende que o acusado de um crime pode ser inocentado a qualquer momento, ou até mesmo ser vítima de um erro judicial. Eis suas palavras “A prisão não deveria deixar qualquer pecha de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. Entre os romanos, quantos cidadãos não vemos, acusados anteriormente de crimes bárbaros, mas em seguida reconhecidos inocentes, receberem do amor do povo os primeiros cargos do Estado? Por que razão, em nossos dias, é tão diversa a sorte de um inocente preso? A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a idéia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram, na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão, entre nós, é antes de tudo um suplício e não um meio de deter um acusado; é que enfim as forças estão externamente em defesa do trono e os direitos da nação estão separadas daquelas que mantêm as leis n interior, quando deveriam estar intimamente ligadas”.

buscado pelo Estado Brasileiro¹⁰⁷, um fundamento desse Estado Democrático de Direito. Devido a sua importância para o ordenamento e para a sociedade, este valor topograficamente veio antes das normas constitucionais sobre a formação do Estado.

Desse modo a inserção, pelo poder constituinte originário, da dignidade da pessoa humana como um dos marcos da República, na condição de “fundamento”, é representativa dessa afirmação. A esse respeito José Afonso da Silva (2010, p. 40) leciona:

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, numa valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é um apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda vida nacional.

Tal preceito, conforme bem salienta Pontes de Miranda citado por Delmanto Júnior (2001, p. 55), “se operou por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade”, a fim de conquistar plenamente os ideais de democracia, liberdade e igualdade.

Sobre o início da formulação, Delmanto Junior citando Luis Recaséns Siches afirma que, “foi no Cristianismo, com base no Antigo Testamento, onde se lê que ‘o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus’, que a idéia da *dignidade da pessoa humana* adquiriu maior relevo, convertendo-se em ‘postulado básico da cultura ocidental’” (2001, p. 56).

Com o transcurso dos séculos, o pensamento humanista se desenvolveu, chegando ao período do iluminismo, em que a razão se sobressaiu sobre o pensamento retrógrado que imperava no velho mundo. Rogério Greco afirma que “os séculos XVII e XVIII foram de fundamental importância não somente ao efetivo reconhecimento como para a consolidação da dignidade da pessoa humana como um valor a ser respeitado por todos” (2010, p. 55).

Aponta Maria Berenice Dias (2011, p. 62) sobre o princípio da dignidade da pessoa humana que

[...] sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma

¹⁰⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: out. 2015.

compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

A doutrina busca um conceito que represente de maneira singular este princípio, que consiga trazer toda a sua relevância jurídico-social. Para Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 46) é “um princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial”. Por esse fato, pode se dizer que este princípio também está intimamente ligado ao respeito ao direito à vida e ao direito à liberdade. Devido a essa amplitude e relevância para o Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de parâmetro, um norteador na produção das leis constitucionais e infraconstitucionais.

Por ter essa particularidade, o princípio da dignidade da pessoa humana

[...] não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território (DIAS, 2011, p. 62).

Diante da sua abrangência e importância, muitas vezes a doutrina e o próprio operador do Direito, vê-se diante da dificuldade de encontrar critérios definidos que determinem se tal princípio não foi observado, ferindo assim a dignidade do ser humano (FAVORETTO, 2012, p. 38).

Conforme salienta Greco (2010, p. 56), o princípio da dignidade humana é mutável conforme o país analisado, afirma ele que:

Em muitas situações, somente a análise do caso concreto é que nos permitirá saber se houve ou não efetiva violação da dignidade da pessoa humana. Não se pode desprezar, ainda, para efeitos de reconhecimento desse conceito, a diversidade histórico-cultural que reina entre os povos. Assim, aquilo que numa determinada cultura pode ser concebido como uma gritante violação dos direitos à dignidade do ser humano, em outra pode ser reconhecido como uma conduta honrosa.

Nessa difícil tarefa de determinar o que seria a dignidade humana, pode se mencionar a opção do legislador constitucional de determinar no art. 3º da Lei Maior os objetivos que norteiam o Estado brasileiro, conforme *in verbis*:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁰⁸

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado com os preceitos estabelecidos no artigo 5º da CFRB/88, e segundo Delmanto Junior (2001, p. 28), em especial ao artigo 5º, III, CFRB/88¹⁰⁹ que traz a vedação ao tratamento desumano e degradante¹¹⁰.

Não se pode dizer que há dignidade da pessoa humana sem existir um mínimo essencial à vida, garantindo, assim, que o ser humano tenha meios suficientes para ter uma vida digna, tanto do ponto objetivo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social), como também do ponto subjetivo que cuida “do sentimento de respeitabilidade e autoestima inerentes ao ser humano, desde o nascimento [...] e merecendo consideração, mormente do Estado” (NUCCI, 2012, p. 46).

Nesse sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo citado por Favoretto (2012, p. 39) afirma que só há dignidade se houver o respeito e a promoção de outros direitos estabelecidos no texto constitucional, *in verbis*:

[...] para que a pessoa humana possa ter dignidade (CF, art. 1º, III), necessita que lhe sejam assegurados os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) como ‘piso mínimo normativo’, ou seja, como direitos básicos.

Desse modo, vale acrescentar as palavras de Anabelle Macedo Silva (2005, p. 200):

A concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe a todos os órgãos estatais e a toda a comunidade. Incluindo as atividades concretizadoras legislativas e administrativas, mas também a atividade

¹⁰⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: out. 2015.

¹⁰⁹ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo - se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: out. 2015.

¹¹⁰ Vale ressaltar que na Alemanha, a opção de proteção da dignidade da pessoa humana está descrita no art. 1, da Lei Fundamental:

Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Também está assegurada no art. 2, I do seguinte teor: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.” Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 17 out. 2015.

concretizadora jurisdicional, tanto no campo dos direitos, de defesa como dos prestacionais, necessários à existência minimamente digna. A violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde, portanto, à violação ao conteúdo em dignidade da pessoa, sujeita à reparação jurisdicional.

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é promovida principalmente através da satisfação de maneira efetiva das metas que o próprio legislador constitucional propôs como objetivos e garantias da República Federativa do Brasil (FAVORETTO, 2012, p. 39).

O fato desse princípio ter uma abrangência de elevada aplicação, torna a sua aplicação um pouco mais complexa, segundo Inocêncio Mártires Coelho (2009, p. 173),

[...] em suma, tanto numa hipótese quanto na outra, não se discute o valor da dignidade humana em si mesmo – até porque, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamentos –, mas tão-somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental [...].

O mesmo autor (2009, p. 176) afirma que há uma imensa dificuldade pelo fato deste princípio ter uma aplicação a todos os ramos do Direito, segundo ele,

[...] todos sabemos, são vários e “gananciosamente” expansivos os âmbitos de proteção da dignidade da pessoa humana, indo desde o respeito à pessoa como valor em si mesmo – o seu conceito metafísico como conquista do pensamento cristão –, até à satisfação das carências elementares dos indivíduos – *e.g.*, alimentação, trabalho, moradia, saúde, educação e cultura –, sem cujo atendimento resta esvaziada a visão antropológico-cultural desse princípio fundamental.

Como afirmado anteriormente, o princípio da dignidade da pessoa humana tem abrangência em todo ordenamento jurídico pátrio, assim, não poderia deixar de estar intimamente ligado ao direito penal e processual penal. Pelo fato do direito penal lidar com a liberdade, um dos bens mais preciosos para o ser humano, este princípio é de suma importância, mas mesmo assim não se pode dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio especificamente penal (FAVORETTO, 2012, p. 40)¹¹¹.

Em relação à dignidade da pessoa humana e o direito penal, salienta Nucci (2012, p. 46-47) que

[...] para que o ser humano tenha a sua dignidade preservada torna-se essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, esse princípio é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, não podendo ser contrariado, nem alijado de

¹¹¹ Afirma Nucci (2012, p. 40), que “a dignidade da pessoa humana é uma meta a ser atingida pelo Estado e pela sociedade brasileira, nada tendo a ver com um princípio penal específico. Quem pratica um homicídio, por exemplo, merecendo punição, ofendeu a dignidade da pessoa humana. Logo, todas as normas penais estão em conjunto, protegendo o respeito ao ser humano e seus valores fundamentais. Não se trata de um princípio penal, mas de um fundamento do Estado Democrático de Direito”.

qualquer cenário, em particular, do contexto penal e processual penal. Sem dúvida, a existência de tipos penais incriminadores, voltados à punição de quem violar os bens jurídicos por eles tutelados, consagra a ideia de que o delito, quando concretizado, ofende, de algum modo, a dignidade da pessoa humana.

Como os delitos ofendem os direitos e as garantias fundamentais, o Estado tem a função de julgar e punir, por intermédio de seus órgãos repressivos e punitivos a fim de restabelecer a ordem, visando, assim, os seus objetivos de promover uma sociedade justa e igualitária onde os direitos e garantias dos cidadãos são efetivados, com a intenção principal de buscar a felicidade¹¹² do ser humano e a paz pública.

4.2 Princípio da não autoincriminação

O direito de defesa e o direito ao contraditório surgiram da necessidade de impedir que sejam cometidas arbitrariedades pelo Estado para a satisfação persecutória.

O direito de defesa se subdivide em técnica e pessoal. A defesa técnica pode ser conceituada, de maneira simplista, como sendo a exercida por profissionais que tenham conhecimentos jurídicos e estejam habilitados para tal função. A justificativa para a sua necessidade advém da busca pelo equilíbrio entre acusação e defesa, e pelo fato de uma “acertada *presunção de hipossuficiência* do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 234, grifo do autor).

Sem a defesa exercida de maneira eficaz e técnica, não apenas a sorte do acusado estará em jogo, mas também o próprio sistema processual em si, nesse sentido afirma Lopes Junior citando Moreno Catena que “a defesa técnica atua também como um mecanismo de

¹¹² Pouco se fala na doutrina sobre a felicidade como direito inerente ao ser humano, Ricardo Azevedo Leitão afirma que “uma das finalidades da vida em sociedade é o alcance da felicidade por todos os seus membros. O direito à felicidade não é uma idéia nova”. O mesmo autor afirma que “a formação da idéia de Estado agrega a felicidade como um dos objetivos a serem alcançados, dentro da afirmação da dignidade eminente da pessoa humana e na liberdade consistente na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal” (LEITÃO, 2003, p. 177-179). O Supremo Tribunal Federal aduz que “o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. [...] o princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais – assiste, por isso mesmo, a todos sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (STF – AgRG – RE 477.554 – Rel. Min. Celso de Mello – Dje 26.08.2011). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

autoproteção do sistema processual penal, estabelecido para que sejam cumpridas as regras do jogo da dialética processual e da igualdade das partes” (2013, p. 235).

Desse modo, o processo penal não deve ser visto apenas com o intuito de condenar ou absolver, mas também de apurar um fato, de maneira que se observem as garantias e os direitos do acusado e, ao mesmo tempo, efetivar a persecução penal, para tanto a defesa técnica acaba se tornando indisponível. Limitá-la e/ou impedi-la seria como limitar ou impedir a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Salienta Lopes Junior que “assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, **porque a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas social**” (2013, p. 235, grifo do autor). Segundo o art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Maior o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”¹¹³.

Por intermédio da Defensoria Pública estabelecida no art. 134 da CRFB/88, o Estado não apenas efetiva as garantias e direitos dos cidadãos, mas também a própria existência do Estado de Direito. A defesa técnica é tão importante para o processo que o CPP estabeleceu, em seu art. 261, que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”¹¹⁴⁻¹¹⁵.

O direito de defesa exercido, principalmente, pela defesa técnica também comporta a defesa pessoal que pode ser definida como “atuações do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão estatal” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 237).

A defesa pessoal possui duas dimensões, uma positiva e outra negativa, sendo a primeira uma atuação do acusado/indiciado de forma ativa, defendendo-se das acusações e participando ativamente para a elucidação do fato e, conseqüentemente, buscando a sua absolvição, já a segunda é a negativa de colaborar com a investigação dos fatos.

Acerca da autodefesa positiva, Lopes Júnior (2013, p. 238) menciona que esta

[...] deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar

¹¹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

¹¹⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 5 nov. 2015.

¹¹⁵ A Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário determina em seu artigo 8.2, alínea “d”, que durante o processo todo acusado tem com o direito a se defender pessoalmente ou de ser assistido por defensor, e que possa se comunicar com o mesmo livremente e em particular. Além disso, é garantido o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 30 out. 2015.

de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade.

A autodefesa ou defesa pessoal é um direito disponível, sendo assim cabe ao imputado a discricionariedade do uso de tal instituto. Apesar de disponível para o imputado, esse direito torna obrigatório que o órgão jurisdicional permita que a mesma seja exercida, qualquer violação ou impedimento do imputado de se autodefender independentemente da forma escolhida, ativa ou omissa, viola os direitos da ampla defesa e do contraditório.

Dentre os tipos de defesa negativa, encontra-se um importante princípio do direito processual penal, que é o princípio da não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere*, que será abordado de forma mais ampla adiante.

4.2.1 Historicidade

A máxima latina *nemo tenetur se detegere*¹¹⁶ que pode ser conceituada como o direito de não autoincriminação, tem vital importância para no processo penal, fornecendo garantias ao acusado de não produzir provas contra si durante a fase do inquérito policial e processual.

Durante a Antiguidade, para vários povos não havia o direito do acusado a se calar durante o depoimento, o seu silêncio era tido como confissão de culpa. Para o direito hebreu a confissão “era considerada uma aberração da natureza humana ou manifestação de estado de loucura” (QUEIJO, 2012, p. 29).

Apontam Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009, p. 37-38) sobre a incompatibilidade entre a confissão e os sentimentos do acusado que

[...] o direito não pode ir de encontro à natureza do ser humano. A norma jurídica não pode impelir comportamentos contra a natureza humana; essa é a razão pela qual a fuga do preso não é prevista como crime, o instituto de busca pela liberdade e o de não se auto-incriminar são inatos.

Durante a Idade Média, o interrogatório era reconhecido como meio de prova, sendo empregadas as Ordálias¹¹⁷ na busca da verdade. O silêncio do acusado era proibido, sendo

¹¹⁶ Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 28) afirma que o *nemo tenetur se detegere* também é expresso por esses outros brocardos latinos: *Nemo tenetur edere contra se*, *Nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), *nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público), *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha) e *nemo testis contra se ipsum*. No direito anglo-americano o *nemo tenetur se detegere* é definido pelo *privilege against self-incrimination*.

¹¹⁷ As ordálias, também conhecida como juízos de Deus, consistiam em submeter a pessoa acusada um desafio para que ela, dessa forma, provasse sua inocência, porque acreditava-se na intervenção divina durante a provação

prática quase corriqueira o uso da força para a obtenção das respostas durante o interrogatório. É nesse sentido que Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 31) afirma:

A verdade, extorquida do acusado, era tida como decisiva para o resultado do processo penal. A confissão era a prova máxima. Na realidade, no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade, por meio da confissão. No interrogatório, o acusado tinha o dever de responder.

Após esse período de trevas para o acusado, eis que chega enfim o período Iluminista. Época em que se buscou os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, com o objetivo de criar uma sociedade mais justa e mais humana.

No período do Iluminismo, aflorou o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Buscava-se a construção e o reconhecimento das garantias penais e processuais penais que eram, naquele momento, algo distante e inconcebível. A atuação dos iluministas foi no sentido de combater o “[...] emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, observando que qualquer declaração autoincriminativa era antinatural. Além disso, consideravam imoral os meios utilizados para fazer com que ele falasse, ou seja, confessasse, autoincriminando-se” (QUEIJO, 2012, p. 32).

Nessa época os estudos de Cessare Beccaria¹¹⁸ foram importantes para o processo penal. O autor afirma sobre a tortura, prática que à época era moral e judicialmente aceita, que

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, porém dos quais poderia ser culpado, seja finalmente porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia. (BECCARIA, 2003, p. 37)

O milanês reconhece a falácia da tortura como forma de buscar a verdade do acusado. Afirma que os meios heterodoxos como o uso da água fervente e os julgamentos

proposta, assim, se o indivíduo fosse inocente, Deus intercederia como em um *milagre* e o indivíduo não sofreria as consequências do desafio imposto pela ordália. Elas variavam de acordo com a região, mas as mais conhecidas são as seguintes: provação pelo fogo; provação pela água quente; provação da cruz; provação pelo duelo e provação pela água gelada.

¹¹⁸ Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, é considerado o principal representante do Iluminismo Penal. Guiado pelos ideais e valores iluministas, tornou-se reconhecido por contestar a enternecedora condição em que se encontrava a esfera punitiva do Direito europeu dos déspotas sem, entretanto, contestar a ordem social vigente como um todo. Suas obras, notadamente, "Dos delitos e das penas", são consideradas as bases do direito penal moderno. As proposições contidas na obra projetaram arquiteturalmente a política e o direito modernos: igualdade perante a lei, abolição da pena de morte, erradicação da tortura como meio de obtenção de provas, instauração de julgamentos públicos e céleres, penas consistentes e proporcionais, dentre outras críticas e propostas que visaram a humanizar o direito. Destarte, o autor repensou a lei e as punições com base na análise filosófica, moral e econômica da natureza do ser humano e da ordem social.

pelo fogo, podiam ser mal interpretados, já que a dor provocada por esses suplícios podia chegar ao ponto, em que a mente do acusado desejaria única e exclusivamente a interrupção dos suplícios. Diante de tal provação, o imputado acusar-se-á de crimes dos quais é inocente. Desse modo, os próprios meios empregados para distinguir o inocente do culpado efetivamente destroem a diferença entre eles (BECCARIA, 2003, p. 37-40).

Conforme afirma Queijo, no período iluminista, a construção do princípio do *nemo tenetur se detegere* não foi uniforme. Para alguns doutrinadores, o acusado possuía o direito de permanecer calado, porém, o seu silêncio deveria ser considerado em seu prejuízo, pois havia a suposta ideia de ofensa à justiça (QUEIJO, 2012, p. 33-34).

Aos poucos, desenvolveu-se o princípio do *nemo tenetur se detegere* como se conhece hodiernamente, que garante ao imputado o direito ao silêncio, e exclui a presunção de culpabilidade pelo uso desse direito.

Avena (2012, p. 112) destaca que o privilégio assegurado ao acusado de não poder ser constrangido à produção de prova contra si, além do direito de não responder as perguntas que lhe forem feitas em seu interrogatório, atinge qualquer outro meio probatório que ainda que indiretamente, acarrete prejuízo à defesa.

4.2.2 O direito a não autoincriminação perante a ordem constitucional brasileira

O direito a não autoincriminação, também conhecido como direito ao silêncio¹¹⁹, é de tal importância que foi elevado a garantia constitucional do acusado, sendo positivado no artigo 5º, LXIII¹²⁰ da CFRB/88, sendo aplicado tanto para a fase do inquérito policial como também na fase processual. Acerca desse direito Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p. 41, grifo do autor) aduz:

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio, ou garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja *compelido* – compulsoriamente, portanto – a produzir ou contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse.

Nessa última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa.

¹¹⁹ Há doutrinadores que consideram que as expressões não são sinônimas, sendo o direito ao silêncio uma decorrência do *nemo tenetur se detegere* – um subprincípio. (FIORI, 2008, p. 50).

¹²⁰ LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30: out. 2015.

O direito a não autoincriminação, pela sua particularidade em proteger ao acusado do cometimento de abusos pelo ente Estatal na persecução penal, pode ser enquadrado como direito fundamental¹²¹, nesse sentido afirma Queijo (2012, p. 77) que o

[...] o princípio do *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

O CPP prevê no art. 186, a obrigatoriedade de informar ao acusado o seu direito de permanecer calado, *in verbis*:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.¹²²

Pode-se elencar também em vários diplomas internacionais o direito ao silêncio, tais como o Pacto de San José da Costa Rica que determina no artigo 8º, sobre as garantias judiciais do acusado que

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

[...]

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.¹²³

Essa norma tem aplicabilidade no território pátrio, pois conforme determina a Lei Fundamental no art. 5º, § 2º, CRFB/88, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

¹²¹ Em sentido contrário Marcelo Schirmer Albuquerque (2008, p. 35, grifo nosso) para quem o *nemo tenetur se detegere* possui “natureza de garantia – e não direito – fundamental”. Já para Wagner Marteleto Filho (2012, p. 02) o direito a não incriminação “apresenta-se como uma das notas principais do sistema acusatório e do processo penal democrático [...] possuindo natureza jurídica de um verdadeiro **direito/garantia fundamental** de primeira dimensão ou de defesa”. Já para Ariane Trevisan Fiori (2008, p. 48) o direito a não autoincriminação constitui direito fundamental bem como princípio constitucional.

¹²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 29 out. 2015.

¹²³ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José Da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 30 out. 2015.

internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹²⁴. Tendo o caráter de direito/garantia fundamental conferido pelo ordenamento jurídico pátrio, o *nemo tenetur se detegere* não pode ser suprimido nem através de Emenda à Constituição, por seu *status* de direito fundamental e sua relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana (QUEIJO, 2012, p. 102).

Além disso, encontram-se nos diplomas processuais pátrios outras normas específicas sobre a não autoincriminação, tais como o artigo 296, § 2º, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que ampliou a incidência do *nemo tenetur se detegere* para os familiares do acusado, determinando que “ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão”¹²⁵.

O direito ao silêncio não pode ser confundido como sendo a institucionalização da mentira, mas sim como uma forma de

[...] proteção contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado em atos de natureza *inquisitiva*. Primeiro, nas jurisdições eclesásticas; depois, no Estado Absolutista, e, mesmo na modernidade, pelas autoridades responsáveis pelas investigações criminais (OLIVEIRA, 2015, p. 384, grifo do autor).

O princípio *nemo tenetur se detegere* não se deve ser encarado como sinônimo de apenas direito ao silêncio, pelo fato de sua qualidade de direito fundamental, deve entender-se que o direito ao silêncio é apenas uma das facetas do direito a não autoincriminação (QUEIJO, 2012, p. 93).

Interessante indagação faz o autor Eugênio Pacelli (2015, p. 387), se o direito ao silêncio pode ser exercido parcialmente, isto é, se durante o interrogatório o réu que está participando ativamente, respondendo às perguntas, se tem o direito de se escusar de alguma indagação que possa lhe prejudicar. Afirma que diferentemente das legislações estrangeiras (Direito anglo-americano e alemão) que impedem que haja o direito ao silêncio parcial, o nosso ordenamento não resolve essa questão, deixando-a em aberto, pois a norma não faz menção se o direito de não responder as perguntas correspondem à totalidade ou individualidade delas¹²⁶.

¹²⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

¹²⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

¹²⁶ Mais adiante, Pacelli afirma que independente da forma adotada pelo réu, de usar o direito ao silêncio em todas ou em apenas algumas perguntas, esse silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa, além disso, pelo fato de não existir uma determinação legal que obrigue o magistrado à aceitar a veracidade do depoimento do acusado, pode simplesmente desconsiderar a “idoneidade probatória de uma versão defensiva que se mostre desconectada de sentido ou de lógica argumentativa, o que fatalmente ocorrerá quando o réu

Na jurisprudência pátria o *nemo tenetur se detegere*, inicialmente protegia o acusado, porém, alguns julgados¹²⁷ mesmo após a Constituição de 1988 atribuíam ao acusado que se calasse durante o interrogatório indícios desfavoráveis.

Isso acontecia, pois, o art. 186 em sua redação original, determinava que o silêncio do acusado devesse ser valorado podendo ser interpretado em seu prejuízo. O dispositivo legal possuía a seguinte redação: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”¹²⁸.

Apesar dessa redação alguns tribunais entendiam que a CRFB/88 não havia revogado¹²⁹ o art. 186 do CPP, enquanto outros tribunais entendiam que o acusado deveria ser cientificado sobre o silêncio e que não seria valorado em seu prejuízo¹³⁰.

Com o advento da Lei 10.792/2003, o artigo 186 teve a sua redação alterada passando a considerar essencial tanto a afirmação sobre o direito do réu de ficar calado durante o interrogatório como também a menção sobre a não valoração do silêncio em seu prejuízo.

Porém cabe ressaltar que apesar da atual redação do artigo 186 determinar que o acusado tem o direito de ficar calado e isso não importará em confissão e, que também não

passar a *escolher* as perguntas de sua preferência. [...] Nesse caso, não se cuidará de *valoração do silêncio*, mas de reconhecimento da inconsistência do *conjunto da autodefesa*.”(OLIVEIRA, 2015, p. 388, grifo do autor).

¹²⁷ Queijo cita os seguintes julgados: “Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo: Ap. 693.959, Rel. Juiz Almeida Braga, 6ª Câmara, j. 26-2-1992, v.u.: ‘A recusa em responder perguntas por ocasião de interrogatório policial não pode ser interpretada como presunção de inocência, vez que o inocente nunca fica calado diante de uma acusação injusta’; Ap. 812.271, Rel. Juiz Abreu Machado, 12ª Câmara, j. 2-8-1993, v.u.: ‘No flagrante, embora a recusa a responder as indagações da autoridade policial seja um direito constitucional do detido, configura-se como indício desfavorável, pois um inocente, tendo oportunidade, assim protesta.’” (QUEIJO, 2012, p. 155).

¹²⁸ Redação do Código de Processo Penal antes da Lei 10.792/2003.

¹²⁹ Nesse sentido é a seguinte decisão: “O réu teve assegurado seu direito ao silêncio, e se não o exerceu, foi porque não quis. Consequentemente, não havia qualquer irregularidade com o interrogatório, capaz de justificar a sua anulação. Ademais, a alegação de que a parte final do art. 186 do CPP, que determina que o réu será advertido das consequências de permanecer silente no interrogatório, não foi revogada pela Constituição de 1988. Isto porque o interrogatório do réu se constitui em meio de prova e, como tal, deve ser devidamente sopesado pelo Juiz. Assim como as respostas do réu, seu silêncio será igualmente objeto de avaliação” (TJSP, RT, v. 724, p. 608)” (QUEIJO, 2012, p. 156).

¹³⁰ Neste sentido são as seguintes decisões que resguardam o direito ao silêncio do acusado: “Ap. 1/091.633-7, Rel. Juíza Angélica de Almeida, j. 8-4-1998: ‘O direito de permanecer em silêncio é garantido por norma constitucional inserida no capítulo das garantias fundamentais. Assim, deve ser assegurado a cada pessoa em sua plenitude...; Não é possível admitir que permanecer calado, no interrogatório, retrate conduta incompatível com a condição de inocente. Na realidade, a atitude pode estar motivada por várias situações, entre elas a de não querer se autoincriminar. Mas não se pode dizer que esta última justificativa seja causa determinante. É que da garantia assegurada pela Constituição não se pode presumir a culpabilidade’; Ap. 1.024.065/2, 2ª Câmara, Rel. Juiz Ary Casagrande, j. 26-8-1996: ‘Não se pode conceber que o exercício de um direito amparado na Carta Magna possa ser interpretado em desfavor de quem o exercita’; e ‘Pior do que deixar de informar ao acusado sobre o direito de permanecer silente foi lhe assegurar que restar calado poderia danar-lhe a defesa’ (RT, n. 725, p. 604, Rel. Juiz Sérgio Pitombo)” (QUEIJO, 2012, p. 155-156).

poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, minoritariamente alguns julgadores ainda persistem em limitar o direito a não autoincriminação. Segundo Queijo (2012, p. 157),

[...] a título de exemplo, julgado do Superior Tribunal de Justiça, 5ª T., HC 130.590/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27-4-2010, DJe 17-5-2010, no qual pleiteava a defesa o reconhecimento de nulidade em virtude de advertência feita ao acusado quanto à interpretação do silêncio em prejuízo da defesa, tendo ocorrido confissão. A nulidade não foi reconhecida, considerando que a condenação, no caso, havia sido amparada em robusto conjunto probatório, não resultando da confissão isolada.

O Supremo Tribunal Federal em reiterados julgamentos reafirmou que o direito de não produzir provas contra si mesmo é direito inerente ao indivíduo, sendo aplicável frente a qualquer ente estatal. Nesse sentido é o trecho da decisão do Ministro Celso de Mello:

Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que expressivamente delimitam o círculo de atuação das instituições estatais, enfatizou que qualquer indivíduo “tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal” (RTJ 141/512, Rel. Min. Celso de Mello). Em suma: o direito ao silêncio – e o de não produzir provas contra si próprio (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) – constitui prerrogativa individual que não pode ser desconsiderada por qualquer dos Poderes da República. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 77).

Aponta Queijo (2012, p. 157-159) que para o Supremo Tribunal Federal o princípio do *nemo tenetur se detegere* tem as seguintes amplitudes reconhecidos por julgados da referida Corte:

[...] que o preso deve ser advertido quanto ao direito ao silêncio; que o direito ao silêncio se estende a qualquer indagação por autoridade pública, de cuja resposta possam advir elementos incriminatórios; que do exercício do direito ao silêncio não pode advir a imposição, pelo Poder Público, de qualquer medida restritiva de liberdade; que o silêncio não traduz autoincriminação, não podendo conduzir à presunção de culpabilidade; que não pode ser o acusado advertido quanto a qualquer consequência desfavorável do seu silêncio (ou seja, a parte final do diploma processual penal estava revogada); que ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; que o acusado não tem o dever de falar a verdade, não podendo, inclusive, a pena ser majorada em razão de negação falsa do delito; e que a recusa do acusado em cooperar no interrogatório não é suficiente para fundamentar decreto de prisão preventiva.

A questão do direito de não produzir provas contra si mesmo voltou a baila do noticiário com as alterações no Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que primeiramente teve alterado o artigo 306 através da edição da Lei nº 11.705/2008, popularmente conhecida com “Lei Seca”, já que estipulava os limites de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas para configurar o crime de dirigir sob a influência alcoólica com pena de

“detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”¹³¹.

Diante da imposição do *quantum* para a caracterização do ilícito penal, era vital que houvesse o exame de etilômetro (bafômetro) ou exame de sangue para verificação da dosagem alcoólica do indivíduo, sem a definição desse valor, pela falta de equipamentos para a feitura do teste, ou pela recusa do condutor do veículo, não havia como aplicar a sanção prevista. Num primeiro momento, foi sustentado que a recusa do teste do bafômetro caracterizava o crime de desobediência previsto no artigo 330 do CPB¹³², porém, esse entendimento diante do princípio do *nemo tentur se detegere* foi afastado pois, “o condutor estaria amparado pela excludente do exercício regular de um direito – de não produzir prova contra si mesmo” (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 78).

Com a edição da Lei 11.705/08 o entendimento não era uniforme sobre o *quantum* determinado no art. 306 para configurar o crime, se o índice de seis decigramas (ou mais) era objetivo, ocasionando divergências jurisprudenciais. Pelo impasse gerado pela 5ª e 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo que esta entendia que o índice não era presumível, que o único modo de determinar era por meio do etilômetro ou exame de sangue, já para aquela, entendia que o exame para a comprovação do índice não era imprescindível para a comprovação do delito, podendo ser substituído por prova testemunhal ou exame clínico.

Para solucionar o impasse a 3ª Seção do STJ ao apreciar a questão no julgamento do REsp 1.111.566-DF, decidiu por cinco votos a quatro, seguir o entendimento da 6ª Turma, que “o tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de seis decigramas de álcool por litro de sangue” (QUEIJO, 2012, p. 306).

Perante a ineficácia da lei, foi promulgada a Lei nº 12.760/2012 que alterou a redação do artigo 306 do CTB, prevendo agora que configura o crime “conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”¹³³. Ademais, determina que pode se

¹³¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 28 out. 2015. A redação do supracitado dispositivo legal foi alterada pela Lei nº 12.760, de 2012.

¹³² Art. 330 - Desobedecer à ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

¹³³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

constatar através do teste do bafômetro, por exame clínico, perícia, prova testemunhal, vídeo e através de outros meios de prova em direito admitidos.

Além disso, com as alterações do CTB, diante da recusa do condutor em realizar o teste de alcoolemia já que é direito do indivíduo não produzir provas contra si mesmo, foi estipulado a sanção administrativa prevista no art. 277, § 3º do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

[...]

§ 3º. Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.¹³⁴

A sanção prevista no artigo 165 do CTB é multa no valor de R\$ 1.915,40 e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, além da retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação.

O princípio da não autoincriminação tem uma incidência relevante para o ordenamento pátrio sendo aplicado em inúmeros casos para proteger o indivíduo de ter cerceado o seu direito de defesa. Esse princípio altera a maneira do Estado de buscar os fatos e na forma de tratar o imputado, fazendo com que não se utilize práticas condenáveis para forçar a sua participação, que inevitavelmente se autoincriminaria na produção probatória. Pelo fato do *nemo tenetur se detegere* ser direito inerente a pessoa humana que vem ao socorro do imputado frente ao Estado, não há como deixar de ser observado e respeitado pelos entes envolvidos na persecução penal, pois negá-lo é voltar aos poucos ao período em que a razão e o respeito ao ser humano inexistia para o processo penal.

4.3 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência¹³⁵ tem como fundamento que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CRFB/1988)¹³⁶.

¹³⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

¹³⁵ Não se adentrará na discussão terminológica acerca desse princípio, porquanto se sairia do foco do objetivo desse trabalho. No entanto, cabe salientar que parte da doutrina resistente em aceitar a humanização do processo penal tentou distorcer este princípio constitucional, asseverando que o constituinte não teria adotado a presunção de inocência em sua significação original, todavia tão somente a não culpabilidade. Tal doutrina, baseada na

Tal princípio, fruto da reação iluminista por um regime que garantisse os direitos dos cidadãos, consagrado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789¹³⁷, é considerado um dos principais fundamentos do modelo acusatório (FIORI, 2008, p. 55-56).

Avultada como dogma de sistema processual acusatório, a *presunção de inocência* se insere entre as garantias do devido processo legal. Por demais olvidada na história do direito processual penal, é exsurgida em reação a odiosas práticas inquisitivas concretizadas no período medieval. Apenas a comprovação legal da culpabilidade do acusado, contraposta à propalada presunção, pode elidir a inocência do acusado (ARANTES FILHO, 2010)¹³⁸.

Cunha e Baluta (1997, p. 110) acerca desse preceito asseguram que é considerado como sendo o princípio da eterna justiça e a segurança do Estado de Direito, com a responsabilidade de delimitar o poder estatal e, como consequência lógica, de agir como regra restritiva na interpretação das disposições que determinaram a liberdade dos acusados e o exercício de seus direitos.

A intenção do constituinte foi atribuir ao titular da ação penal, em regra o MP, o ônus de provar a existência do fato criminoso e sua autoria (justa da causa da ação penal). Faltando a demonstração desses elementos, a ação penal não deve prosperar, em virtude da insuficiência de provas. Portanto, em matéria penal não são admissíveis institutos tais como a inversão do ônus da prova, bem como as presunções largamente utilizadas no âmbito cível¹³⁹.

O jurista argentino Alberto Martín Binder (2003, p. 87) sintetiza bem a essência do princípio asseverando que o indivíduo que é submetido ao processo, encontra-se em situação

Escola Positivista, defendia ser um exagero a extensão do princípio, defendendo que, na hipótese de confissão ou flagrante delito, o referido princípio não poderia possuir a mesma força jurídica.

¹³⁶ Na Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José de Costa Rica - o princípio da presunção de inocência encontra-se no artigo 8º, 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade [...]”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹³⁷ O princípio surgiu da necessidade de se proteger o indivíduo do arbítrio estatal que, à época (final do século XVIII), queria, a qualquer preço, sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Assim, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 9º ficou consignado que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 30 out. 2015.

¹³⁸ Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO#b1>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹³⁹ Luiz Flávio Gomes (1996, p. 383-385) doutrina que a presunção de inocência possui um conteúdo tridimensional. Num primeiro instante a regra deriva deste princípio se relaciona o campo probatório. Todo acusado é presumido inocente, até que se prove legalmente a sua culpa. Esta deve ser entendida no sentido da culpabilidade, ou seja, é atribuição culpável do injusto típico ao processado. Tudo deve ser analisado levando em consideração três princípios limitadores do direito penal, quais sejam, princípio do fato; princípio da lesão e princípio da imputação pessoal. Sendo que a não comprovação de tais ocorrências deve beneficiar o réu.

ou *status* de inocência, e como inocente deve ser tratado, até que a parte acusadora conclua sua formação do juízo de culpabilidade. Nesse sentido corroboram as ideias de Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 32), segundo ele o magistrado deve visar à verificação da existência dos fatos atribuídos e, não, a investigação das desculpas do acusado, muito menos servir à ratificação de elementos colhidos no inquérito.

Assim, a presunção de inocência também é, além de regra probatória, regra de tratamento. Significa dizer que este princípio impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2006, p. 507) diferencia diferentes sentidos da garantia: “no sentido de ‘regra de tratamento do imputado’, que exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal; ou no sentido de ‘regra de juízo’, que impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida”.

Como dito acima, o acusado não pode ser tratado como se estivesse condenado, sofrendo restrições de direitos que não sejam necessárias para o esclarecimento dos fatos e para cumprimento da lei penal. Deve ser tratado como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal e da plena defesa. Ademais é também regra de garantia. A comprovação da culpabilidade como exigência da regra probatória impõe a observância na legalidade, isto é, não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de Direito, a coleta do material probatório deve respeitar o ordenamento jurídico, do contrário não poderá ser valorada (GOMES, 1996, p. 385-386).

Aqui, vale menção os dizeres de Badaró (2003, p. 280), visto que resumem os variados enfoques do princípio:

A invocação do benefício da dúvida pelo réu no processo penal remonta a tempos imemoriais. Desde os primórdios do processo penal acusatório vigorava a denominada presunção de inocência. Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo.

Portanto, a presunção de inocência é uma garantia política do Estado Democrático de Direito, visto que a proclamação constitucional deste princípio reafirma o valor da dignidade humana como premissa fundamental da atividade repressiva estatal e traduz, destarte, norma de comportamento diante do acusado (GOMES FILHO, 1994, p. 32).

Insta ainda frisar o entendimento de Aury Lopes Junior (2002, p. 458) em relação ao princípio da presunção e os fatos supervenientes à condenação do réu. Para o autor, o acusado está protegido pelo manto da presunção de inocência quando estiver sendo processado por fatos que ocorreram depois da sentença condenatória. No que concerne a tais fatos, o

condenado tem o direito constitucional de ser considerado inocente até a sentença, como garantia do estado jurídico e de tratamento.

Uma vez que elevada à condição de princípio, a presunção de inocência impõe que as partes, durante a instrução processual trabalhem na crença de que o acusado é inocente, eis as palavras de Salo de Carvalho (2003b, p. 205) sobre a questão:

Como o processo de cognição é, em essência, um campo de diálogo direcionado à resolução de uma dúvida sobre o caso penal objeto de análise, e face à impossibilidade de se determinar ex ante, ou seja, fora do devido processo legal, a culpabilidade do autor, pressupõe-se a inocência. Desta feita, aos sujeitos processuais é constitucionalmente imposto um dever de aceitar uma proposição (o réu é inocente), até que este *status* (inocência) seja bloqueado ou destruído pelo mecanismo da contraditoriedade probatória. Se a prova inexistente, não é substancial ou não é passível de refutabilidade empírica, mantém-se o *status* inicial.

Por todo o exposto, parece mais acertado o entendimento dos juristas espanhóis Manuel Cobo del Rosal e Tomás Salvador Vives Antón (1990, p. 78-79) para eles é possível afirmar que o princípio da presunção de inocência é, preponderantemente, de natureza processual, todavia, é perfeitamente plausível entender que o princípio também se encontra no âmbito do direito penal, como forma de limitar a atuação desmedida estatal. Destarte, serão nulas as disposições penais que estabeleçam a responsabilidade penal em fatos presumidos ou presunções de culpabilidade.

4.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, apesar de ter um enfoque maior na doutrina administrativa e constitucionalista, exerce um importante papel no direito penal e processual penal¹⁴⁰. Pode-se afirmar que a sua abrangência se estende a todo ordenamento jurídico pátrio, sendo importante meio de promover o equilíbrio das decisões judiciais e também da produção legislativa.

A doutrina diverge sobre o conceito deste princípio e da sua relação com o princípio da razoabilidade. Para alguns doutrinadores, a razoabilidade e a proporcionalidade são

¹⁴⁰ Suzana de Toledo Barros (1996, p. 33) afirma que o princípio da proporcionalidade, historicamente, encontra suas remotas origens nas teorias jusnaturalistas, no bojo do ideário de se salvaguardar a liberdade do indivíduo em face dos interesses da administração. Já em sua versão contemporânea, o preceito, também denominado de proibição do excesso, “foi intensamente desenvolvido no direito alemão, em função de julgamentos do Tribunal Constitucional em matéria administrativa, especificamente concernentes ao exercício do poder de polícia, tendo sido inserido, posteriormente, no Código de Processo Penal da Alemanha em 1964. Reconhecendo-se que o princípio da proporcionalidade representa um limite das restrições impostas aos direitos fundamentais, sua conexão com o processo penal – no qual as intervenções nesse campo são as mais intensas – revela-se íntima e evidente” (MARTELETO FILHO, 2012, p. 91).

sinônimos, e para outra parcela da doutrina são diferentes, mas mantém uma certa coexistência. Nesse sentido, apontam Távora e Alencar (2013, p. 74-75) que

Há entendimento de que o princípio da proporcionalidade não se identifica com o princípio da razoabilidade. Enquanto o princípio da razoabilidade é denominação que representa uma norma jurídica consistente em um cânone interpretativo que conduza o jurista a decisões aceitáveis, o princípio da proporcionalidade, de origem germânica, representa um procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto.

É imperioso mencionar que amplitude desse princípio, comumente e até algumas vezes banalizado, eleva-o ao nível de “superprincípio”, sendo aplicado em grande parte nos casos em que se contrapõem direitos fundamentais¹⁴¹.

Pelo fato do ordenamento pátrio não estipular qual direito fundamental é superior ao outro, além de não existir direitos absolutos, a proporcionalidade vem ao socorro do magistrado na busca de um provimento jurisdicional que efetive a ideia de justiça (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 75). Além desse objetivo, a proporcionalidade assume a faceta de impedir que ocorram excessos pelo Estado na *persecutio criminis*, para que os meios empregados sejam proporcionais ao fim desejado¹⁴².

Entende-se que o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios (ou máximas) que integram sua definição e facilitam sua concretização, são eles: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito ou *stricto sensu*.

A adequação pode ser entendida como sendo o uso da medida adequada às finalidades desejadas, para que não se eleja algo que limite os direitos ou imponham deveres ao indivíduo, cujo fim será inócuo¹⁴³. Ou seja, por tal subprincípio impõe-se verificar se a medida aplicada é objetivamente apta para o alcance da finalidade pretendida (GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 155).

¹⁴¹ Trois Neto (2011, p. 59) assevera que “conceitualmente, o preceito da proporcionalidade pode ser definido como o conjunto de regras utilizadas para a verificação da constitucionalidade de restrições estabelecidas sobre um direito fundamental em favor de outro direito fundamental ou de um bem coletivo, sempre que se tratar de colisão de princípios constitucionais”.

¹⁴² Para Gonzalez-Cuellar Serrano (1990, p. 51-53) a proporcionalidade constitui-se em direito fundamental, extraído do Estado de Direito e da própria essência dos direitos fundamentais. Segundo ele, o princípio serve para dar novos critérios de interpretação e aplicação desmedida ou arbitrária da norma. Ele inspira a criação, a interpretação e a aplicação das normas processuais penais, impedindo ingerências desproporcionais, pelo estado, que afetam os direitos fundamentais da personalidade.

¹⁴³ Tal elemento, também denominado de pertinência ou aptidão, Bonavides citando Zimmerli, diz que o mesmo “nos deve dizer se determinada medida representa ‘o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público’ [...] Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação do arbítrio, que alguns utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade” (2015, p. 405-406).

Pelo subprincípio da necessidade, a medida adotada deve ser necessária, não podendo ultrapassar os limites do razoável¹⁴⁴, entre outras palavras “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária” (BONAVIDES, 2015, p. 406).¹⁴⁵

E, por último, a proporcionalidade em sentido estrito ou *stricto sensu*, que consiste na valoração dos bens em relação às medidas adotadas, se existe consonância entre a medida adotada e a proteção do bem tutelado. Consoante ensina Marteleto Filho (2012, p. 97) este subprincípio consiste em que, posteriormente a análise da adequação e necessidade da medida, se realize a constatação, no caso concreto, da relevância da finalidade e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na colisão.

Paulo Bonavides (2015, p. 407) apontando as palavras de Pierre Müller:

É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição da legalidade.

Para Mougnot Bonfim (2015, p. 113), o princípio da proporcionalidade tem a vertente de proibir a infraproteção ou proibir a proteção deficiente. Segundo o autor, a proibição de infraproteção ou proibição de proteção deficiente, contida implicitamente no princípio da proporcionalidade, tem o intuito de garantir ao indivíduo a proteção dos bens fundamentais, *v.g.*, vida, liberdade, educação, honra, dentre outros, que o Estado decidiu proteger constitucionalmente, sendo que o mesmo tem a obrigatoriedade de garantir a efetividade de tais direitos e bens da melhor forma possível.

Dessa maneira, limitam-se as ingerências aos direitos fundamentais do indivíduo, além de proteger esses mesmos direitos frente às arbitrariedades cometidas por seus pares, isto é, o Estado tem o dever de impedir que cometa atos contra os direitos fundamentais e

¹⁴⁴ Também denominado de intervenção mínima, o princípio da necessidade exige um juízo de valor por ocasião da aplicação da medida já tida como apta à luz da idoneidade para o alcance do fim. Trata-se de um princípio comparativo que impõe a busca das alternativas idôneas, otimizando a proteção dos direitos fundamentais afetados pela intervenção. Por outras palavras (SILVA, 2011, p. 174), exige-se que, dentre as medidas igualmente aptas, seja utilizada aquela que menos restrinja o direito individual afetado (LOPERA MESA, 2006, p. 433). Vê-se, destarte, que o juízo de necessidade ganha complexidade em relação ao de adequação. Reconhece-se que o componente valorativo presente por ocasião da análise da necessidade da medida causa dificuldades para o intérprete, visto que não de se está diante de critérios estritamente empíricos.

¹⁴⁵ Paulo Bonavides (2015, p. 406) acerca do elemento ou subprincípio da proporcionalidade – a necessidade – assevera que “de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade [...] ser chamado princípio da escolha do meio mais suave”.

também o dever de usar os meios cabíveis para que nenhum terceiro viole esses mesmos direitos (BOROWSKI, 2003, p. 123-124).

Afirma Bonfim (2015, p. 114), que essas modalidades têm dois âmbitos de atuação, sendo assim o “princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) se aplicam não somente à criação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Legislativo), mas também à aplicação da lei processual (dirigindo o princípio do Poder Judiciário)”.

Nesse ponto, é necessário mencionar a lição de Cessare Beccaria (2003, p. 49) acerca da proporcionalidade da pena a gravidade do delito, afirma que “entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”. Assim, percebe-se que para o principal representante do Iluminismo Penal é necessário que haja moderação nas penas.

Assim, constata-se que a proporcionalidade *lato sensu* tem significativa importância para o direito penal e processual penal¹⁴⁶, para a definição da penalização e criminalização das condutas que ferem bens jurídicos relevantes. O Estado, por intermédio da proporcionalidade, definirá as condutas que deverão ser limitadas juridicamente com o intuito de buscar a paz social.

4.5 Direito à integridade física

A Carta Constitucional de 1988 determina no artigo 5º, inciso III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”¹⁴⁷, como mencionado anteriormente, qualquer ato que imponha ao ser humano uma situação degradante e desumana estará ferindo a dignidade da pessoa humana.

O legislador constitucional também observou que o direito à integridade física, deve também proteger os presos, pois além de ser um indivíduo com direitos e deveres iguais a todos os outros que compõem o Estado, tem a particularidade de ter a sua liberdade reduzida. Nesse sentido, a CRFB/88 traz a seguinte norma:

¹⁴⁶ Paulo Mário Canabarro Trois Neto (2010, p.60) ilustra a questão “A aplicação dos direitos de defesa, tais como os direitos fundamentais individuais do imputado no processo penal, desenvolve-se em três passos. Primeiramente, analisa-se o âmbito de proteção do direito; depois, passa-se ao exame da intervenção, e por fim, apura-se a justificativa constitucional da intervenção. Se a intervenção não puder ser constitucionalmente justificada, então se está em presença de uma vulneração do direito fundamental”.

¹⁴⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Os dois dispositivos acima citados, segundo o autor Rogério Lauria Tucci (2011, p. 277-278), “conjugadamente, estatuem a *inviolabilidade da integridade física e moral do ser humano*, membro da comunidade, especificando o segundo, certamente também dirigido à execução penal, a do preso” (grifo do autor).

Pode-se mencionar a relação do direito à integridade física com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que, como visto anteriormente, garante o direito ao silêncio ao imputado e, conseqüentemente, protege a integridade física do mesmo, pois ao

[...] assegurar-se o direito ao silêncio, preserva-se a integridade física e psíquica do réu, na medida em que este pode vir a ser constrangido, moral ou fisicamente, a apresentar uma versão coerente com os interesses acusatórios, na hipótese de inexistência desse direito. Afinal, quem se vê *obrigado* a dizer *algo*, pode se ver compelido a dizer *algo já determinado* (OLIVEIRA, 2015, p. 386-387, grifo do autor).

Além disso, pode-se encontrar nas legislações infraconstitucionais normas que buscam garantir a integridade do preso. O art. 38 do Código Penal Brasileiro (CPB) determina que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”¹⁴⁸.

A Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210/84, determina, em seu art. 40, o respeito à integridade dos presos, impondo-se “a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”¹⁴⁹.

A importância dessa norma pode ser também analisada na intenção de prevenir possíveis abusos pelos agentes do Estado, evitando que se ocorra os delitos de abuso de autoridade, de lesões corporais (TUCCI, 2011, p. 278), dentre outros mais, por aqueles que devem garantir a segurança dos presos e da sociedade, além de ajudar direta e indiretamente na ressocialização dos presos.

O processo de execução da pena deve garantir a fruição dos mesmos direitos que o acusado/indiciado possuía antes da prolação da sentença condenatória, nesse sentido afirma Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 1001) que

¹⁴⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

¹⁴⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm

Estabelece o texto legal (art. 2º da LEP) que o processo de execução deve reger-se pelos dispositivos contidos na Lei de Execução Penal, bem como pelo Código de Processo Penal, o que se justifica pela intenção de garantir ao condenado todos os princípios e direitos que o acusado, durante o processo de conhecimento, possui.

Nesse sentido, também afirma Júlio Fabrini Mirabete (2008, p. 119) sobre as imposições que o art. 40 da Lei de Execução Penal determina:

[...] a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Estão assim protegidos os direitos humanos fundamentais do homem (vida, saúde, integridade corporal e dignidade humana), os mais importantes porque servem de suporte aos demais, que não existiriam sem aqueles. Em virtude dessa declaração, que tem caráter constitucional, pois que prevista no artigo 5.º, XLIX, da Carta Magna, estão proibidos os maus-tratos e castigos que, por sua crueldade ou conteúdo desumano, degradante, vexatório e humilhante, atentam contra a dignidade da pessoa, sua vida, sua integridade física e moral. Ainda que seja difícil desligar esses direitos dos demais, pois dada a sua natureza eles se encontram compreendidos entre os restantes, é possível admiti-los isoladamente, estabelecendo, como faz a lei, as condições para que não sejam afetados.

A preservação da integridade física e mental tanto para o encarcerado como para o cidadão livre é importante para a preservação do seu *status dignitatis*, sem ele não se estaria efetivando o que determina o ordenamento jurídico.

Além disto, é de suma importância para o Direito que o condenado tenha os seus direitos respeitados pelo Estado, na concretização de sua ressocialização, pois

[...] o sistema prisional gera, sem dúvida, no indivíduo uma pressão emocional intensíssima. O Estado deve assegurar ao condenado e ao acusado a **integridade física e mental**, visando a sua efetiva **ressocialização**, para que não venha, em momento posterior, a delinquir novamente. (CAMILO *apud* FAVORETTO, 2012, p. 43, grifo nosso).

Apesar de não ser o tema central desta dissertação, é importante mencionar as críticas de Rogério Lauria Tucci (2011, p. 281) sobre o sistema prisional brasileiro:

Isso não obstante, e lamentavelmente, não há como deixar sem registro os constantes desapego, indiferença e violação de tais normas, na realidade penitenciária que desmoraliza nosso país perante as organizações nacionais e internacionais veladoras dos direitos humanos. Esse, aliás, é o generalizado destaque da doutrina especializada, enfatizando a relevância e a dramaticidade dessa situação, sobretudo no tocante aos excessos e desvios de execução, à “insuficiência prisional” e às “más condições das acomodações carcerárias”.

Tendo tal sistema carcerário o Estado, não cumpre o que ele mesmo propôs como meta a ser atingida na fase de execução penal, a ressocialização do condenado. Neste sentido, Favoretto afirma que, “conforme expressa previsão legal, um dos objetivos existentes na fase de execução penal é ‘proporcionar condições para a harmônica integração social do

condenado e do internado' (art. 1º da Lei 7.210/1984)" (FAVORETTO, 2012, p. 44).

Assim sendo, o direito à integridade física tanto do acusado que está vivenciando um processo criminal quanto do preso é necessário para a efetivação da ressocialização e conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana, princípio este que preza pelo respeito da integridade física e moral dos indivíduos.

4.6 Direito à privacidade e o direito à intimidade

O direito à intimidade é protegido pela Carta Federal de 88 que estabelece no art. 5º, inciso X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada¹⁵⁰, a honra¹⁵¹ e a imagem das pessoas¹⁵², assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Essa norma se relaciona com o art. 220¹⁵³ da CRFB/88 que estipula restrições aos meios de comunicação para preservar a intimidade dos indivíduos¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Marcel Leonardi (2012, p. 46) ressalta que o conteúdo trazido pelo dispositivo não traz o termo "privacidade", todavia "vida privada", evidenciando que não há clareza sobre seu significado e há uma falta de conceito unitário adequado sobre privacidade.

¹⁵¹ A honra é um direito fundamental da personalidade e diz respeito à reputação ou consideração social. Para o ilustre jurista italiano Adriano de Cupis a honra consiste na dignidade pessoal refletida na consideração dos outros (honra objetiva) e no sentimento da própria pessoa (honra subjetiva) (CUPIS *apud* AMARANTE, 1998, p. 59). Para Aparecida Amarante a honra é o bem jurídico de maior apreciação da personalidade humana, equiparável à própria vida (1998, p. 19). Considerando que honra encerra o respeito e a consideração social aliados ao sentimento ou consciência da própria dignidade, é possível extrair seus dois aspectos: o objetivo e o subjetivo (BITTAR, 1995, p. 17). A honra externa, ou objetiva, consiste na reputação, naquilo que os outros pensam a respeito da pessoa no tocante a seus atributos físicos, intelectuais e morais, diz respeito à visão externa, da sociedade. Já a honra interna, ou subjetiva, é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana (JESUS, 1993, p. 175). Versa sobre aquilo que cada indivíduo pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos, em suma, é o sentimento individual do próprio valor social. O direito à honra possui um efeito inibitório não só perante os particulares como também sobre a esfera pública. Sendo que sua ofensa pode atingir a um ou a dois dos aspectos acima considerados.

¹⁵² O direito à imagem assumiu uma posição de destaque no contexto dos direitos da personalidade, devido ao extraordinário progresso tecnológico dos meios de comunicação. Previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição visa salvaguardar o semblante do indivíduo e partes distintas de seu corpo. Walter Moraes definiu imagem como "toda sorte de representação de uma pessoa" (1977, p. 742). O desenvolvimento da sociedade fez surgir um novo conceito de imagem, diferentemente daquela inicialmente protegida. Assim a ideia de imagem não engloba somente o aspecto físico, mas também exteriorizações da personalidade do indivíduo em seu conceito social. Surge um conceito de "imagem social", como um conjunto de características sociais do indivíduo que o distingue socialmente. Eis o conceito de Hermano Durval (1988, p. 105) a esse respeito: "Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior". Faz-se mister acentuar que a Carta Constitucional, ao expressar o resguardo à própria imagem de forma explícita, veio a consolidar a característica de cláusula pétreia desse direito da personalidade.

¹⁵³ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

¹⁵⁴ Na LEP esse direito da personalidade do preso está previsto no inciso VII, do artigo 41, o qual dispõe que é direito do preso a "proteção contra qualquer forma de sensacionalismo". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

O conceito de intimidade para parte da doutrina é misturado com a privacidade, Branco (2009, p. 420) afirma que “embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações – de privacidade e de intimidade –, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que seria mais amplo”¹⁵⁵.

O referido autor menciona as diferenças entre a intimidade e a privacidade, eis o seu magistério:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objetivo do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. (BRANCO, 2009, p. 420).

A ideia de intimidade e privacidade sempre vem à tona quando há pessoas públicas mencionadas, que tem a vida devassada pela mídia sensacionalista. Dependendo das circunstâncias do caso concreto, a veiculação de fatos sobre determinado indivíduo pode ser considerada admissível ou abusiva (BRANCO, 2009, p. 424).

O direito à intimidade se coaduna com a ressocialização do condenado, já que é notório que a veiculação de informações sobre a sua vida durante o período carcerário trazem graves prejuízos no âmbito social/familiar e profissional para o ex-detento. Nesse sentido, Branco (2009, p. 427, grifo nosso) afirma

Algumas pessoas de renome voltam, adiante, espontaneamente, ao recolhimento da vida de cidadão comum – opção que deve ser, em princípio, respeitada pelos órgãos de informação. Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a **quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.**

A doutrina vem conceituando o direito à intimidade como aquele que visa defender o indivíduo do olhar alheio e da interferência de sua esfera íntima. Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins o direito à intimidade

[...] consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a

¹⁵⁵ Alexandre de Moraes (2006, p. 51) acerca da íntima relação entre os conceitos de intimidade e vida privada esclarece que “apresentam interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.”

informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 63).

Cumpra aduzir que o direito a intimidade seria o “direito de ser deixado em paz”, já que o mesmo revela a esfera recôndita do ser humano que não deve ser importunado pela indiscrição ou curiosidade alheia. O que implica dizer que a esfera íntima do indivíduo deve ser um mundo desconhecido dos demais, de modo a que sua individualidade seja preservada.

Aponta José Afonso da Silva que (2008, p. 209) “o intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas”. Segundo o autor, o amplo sistema de informações computadorizadas “gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada”.

Ao mesmo tempo em que a informática veio facilitar a pesquisa e o armazenamento das informações pessoais, a mesma trouxe a vantagem/desvantagem dessas informações serem disponibilizadas para um grande número de sujeitos. Nesse ponto, afirma José Afonso da Silva (2008, p. 209-210) que “o perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de ficheiros com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento”.

O direito à intimidade é mitigado na ordem constitucional brasileira para a satisfação da *persecutio criminis*, sendo rotineiramente a praxe de o Estado invadir a intimidade do indivíduo fundamentando-se na preservação da ordem social.

A intimidade do indivíduo sofre limitações no processo penal principalmente durante a produção probatória. Nesse sentido, afirma Queijo que “o direito à intimidade, que é direito fundamental, também é atingido nas provas que dependem da colaboração do acusado, especialmente naquelas que comportam intervenções corporais invasivas” (QUEIJO, 2012, p. 359).

Importante ressaltar que a identificação genética prevista pela Lei 12.654/12 versa não apenas sobre um simples dado identificador da pessoa, mas sim, sobre um conjunto de dados que possui uma imensa carga de informações pessoais, tais como a hereditariedade.

Nesse sentido, afirma Victor Gabriel Rodriguez citado por João Beccon Almeida Neto (2008, p. 22) que

Tal posicionamento, entretanto, congrega claro delineamento reducionista. Isto porque, ainda que se possa dizer que o DNA é tão individualizador do ser humano quanto a já utilizada impressão digital, ele carrega em si uma série de informações distintas, relacionadas a outras matérias – a exemplo da raça, origem, possíveis

doenças, predisposição a um ou outro comportamento – que, desnecessárias à identificação pessoal, podem gerar preconceito e interpretações deturpadas.

A garantia da intimidade tem sua área de abrangência a todos os dados relativos ao indivíduo. Sendo assim, a base de dados genéticos deve se coadunar com esse relevante direito. Foi de suma relevância que o legislador infraconstitucional lembrou-se deste princípio, determinando no art. 5º, §§ 1º e 2º da Lei 12.037/09 que

Art. 5º - [...]

§ 1º - As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º - Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.¹⁵⁶

Mesmo definindo o âmbito de atuação do banco de perfis genéticos, pode-se mensurar que qualquer desvirtuamento de sua finalidade pode trazer consequências nefastas para toda a sociedade, nesse sentido afirma Rodriguez (*apud* ALMEIDA NETO, 2008, p. 25, grifo nosso):

A criação de um banco de dados, entretanto, é muito mais complexa. **Porque, à diferença do exame individual comparativo, o armazenamento de dados importa em grave risco de desvirtuamento dos dados em relação à finalidade para qual foram originalmente colhidos, a investigação da criminalística, transportando-se para uma criminologia determinista, que afrontaria várias conquistas históricas em matéria de direitos fundamentais.** Em outras palavras, caso se armazenem informações genéticas advindas de seres humanos condenados por delitos – talvez os mais graves ou mais violentos -, será difícil renunciar à tentação de utilizá-la como material de pesquisa criminológica (de fundo genético). Pode-se facilmente, para aproveitar o discurso da busca da cura dos males transmitidos hereditariamente, para imputar a este ou àquele gene o comportamento criminoso, e a partir de então justificar um Direito Penal do autor, com razões científico-biológicas aparentemente resistentes a argumentos das ciências humanas.

Pode-se concluir que o direito à intimidade deve ser observado pelo legislador e protegido das ingerências do ente Estatal, a fim de assegurar toda a sua fruição e gozo pelo indivíduo, consubstanciando, assim, toda a plenitude desse direito fundamental e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁵⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112004.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

4.5 Direito à autodeterminação informativa

Com a revolução dos meios de comunicação, sobretudo com a informática, a sociedade contemporânea cada vez mais tem acesso à informação, tornando-se uma verdadeira “sociedade da informação”¹⁵⁷.

Atualmente, devido às novas tecnologias, com esse enorme fluxo de informações, as pessoas se veem diante de um grande paradoxo, o acesso as informações está cada vez mais democratizado e ao mesmo tempo existe uma maior exposição do indivíduo e de seus dados pessoais.

Em vários países, devido às constantes violações a privacidade dos cidadãos, suas Constituições estão inserindo o direito a fim de proteger as informações pessoais do indivíduo, a autodeterminação informativa. Fernanda Graebin Mendonça (2014, p. 1) a esse respeito adverte que: “[...] o direito à autodeterminação informativa surge como um desmembramento do direito à privacidade, com escopo de tutelar de forma mais efetiva o conjunto de dados considerados pessoais dos cidadãos, garantindo-lhes o controle a eles”¹⁵⁸.

No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 515, grifo do autor) aponta que [...] contrapondo-se à ideia de *arcana praxis*, tende hoje a ganhar contornos um direito geral à **autodeterminação informativa** que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais.

Os aplicativos de celular, as redes sociais e as informações sobre endereços e rotas pelo GPS¹⁵⁹ são exemplos de que a informação tornou-se riqueza, e quem a detém possui poder.

Em razão disso, as informações pessoais dos cidadãos são objetos de desejo por muitas empresas, órgãos governamentais e até de indivíduos, uma vez que, ao se ter a posse destas informações seria possível conhecer e controlar um grande público – ou seja –, ter um controle biopolítico – utilizando-as para atingi-lo da forma como mais convir ao empoderado destes dados. (MENDONÇA, 2014)¹⁶⁰.

¹⁵⁷ “En contraste com otros análisis, por ejemplo, los de Bell (1973), Touraine (1974) y Castells (1996), creo que debemos entender la sociedad de la información concentrándonos en las cualidades primarias de la propia información. Esta debe interpretarse aquí en marcada distinción de otras categorías socioculturales anteriores, como la narrativa, el discurso, el monumento o la institución. Las cualidades primarias de la información son el fluir, el desarraigo, la comprensión espacial y temporal e las relaciones en tiempo real. En este sentido, no excluyente, pero sí fundamental, vivimos en una era de la información”. (LASH, 2005, p. 22)

¹⁵⁸ Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11702/1571>>. Acesso em: 28 out. 2015.

¹⁵⁹ GPS é a sigla de “Global Positioning System” que significa sistema de posicionamento global.

¹⁶⁰ Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11702/1571>>. Acesso em: 28 out. 2015.

Os indivíduos que utilizam essas as novas ferramentas da tecnologia, principalmente, a Internet, correm sérios riscos com a exposição de seus dados, visto que as entidades a todo custo procuram apoderar-se das informações que, uma vez armazenadas, são posteriormente negociadas, sem o consentimento de seus titulares.

Como dito alhures, algumas constituições, além do consagrado direito à privacidade, também garantiram a proteção aos dados pessoais e/ ou íntimos como direito fundamental.¹⁶¹

O Brasil, todavia, ainda recorre juridicamente, em casos de violação de dados pessoais, ao amplo direito à privacidade¹⁶² garantido na CRFB/1988. O país não tem uma lei específica para a proteção de dados. Contudo, tramita no Congresso Nacional o anteprojeto de lei concernente à temática, já denominado Lei de Proteção de Dados, que foi desenvolvido no ano de 2010 e está sendo apresentado ao público para que sejam oferecidas contribuições para a redação do projeto¹⁶³. O que há de mais considerável na proteção das informações é, consoante afirmado, o direito fundamental à privacidade e à intimidade, previsto no art. 5º, X, da CRFB/1988, e o remédio constitucional do *habeas data*.

Faz-se necessário que o ordenamento jurídico pátrio o quanto antes regule tal situação, uma vez que como bem adverte Konrad Hesse (2009, p. 52):

[...] para poder cumprir sua função na realidade social, os direitos fundamentais precisam, em maior ou menor grau, de um desenvolvimento concretizador pelo ordenamento jurídico: para que a situação jurídica regulada como direito fundamental se torne real e efetiva no seio da sociedade faz-se necessário estabelecer por todos os meios não somente normas materiais mais minuciosas, mas também pôr de pé formas de cooperação e normas de procedimento.

¹⁶¹ Ana Maria Neves de Paiva Navarro assevera que a “Europa é a comunidade pioneira na proteção de dados pessoais de seus cidadãos, buscando uma efetiva tutela dessas informações ainda na década de 1970. Realmente, muitas constituições dos países que pertencem ao bloco trataram de tutelar os dados pessoais. A Constituição da Grécia, já em 2001, consagrou em seu artigo 9º o direito à proteção desta classe de informação. Da mesma forma, a Constituição dos Países Baixos também o faz em seu artigo 10, bem como o faz as Constituições da Suíça e da Espanha. Portugal, por sua vez, consagrou em seu artigo 35 a proteção das informações pessoais frente as ameaças provocadas pelo uso da informática. No que tange aos demais países, pode-se afirmar que nenhum outro possui uma proteção tão avançada quanto a dos países da comunidade europeia. Na América Latina, cabe destacar as legislações do Chile, que foi pioneiro na região e inaugurou a discussão da proteção de dados com a publicação de uma lei no ano de 1999. Em seguida, a Argentina também seguiu o exemplo em 2000, e após, o Uruguai, com uma lei editada em 2004. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>> Acesso em: 25 set. 2015.

¹⁶² Marcel Leonardi (2012, p. 79) aponta que a doutrina e a jurisprudência já produziram diversos conceitos sobre privacidade, os quais podem ser enquadrados em quatro categorias, as quais resumidamente: o direito de ser deixado só; o resguardo contra interferências alheias; o segredo ou sigilo e o controle sobre informações e dados pessoais.

¹⁶³ A Consulta pública será base para projeto de lei sobre proteção de dados pessoais. Atualmente é possível conferir o anteprojeto no *site* Pensando o Direito. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protacao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 25 set. 2015.

Para Ana Maria Neves de Paiva Navarro (2012) o direito à autodeterminação informativa constitui verdadeiro direito fundamental, que sob a sua vertente de direito geral à salvaguarda de dados pessoais captados pelo Estado, surge oportunamente como um direito de defesa e de prevenção, individual ou coletivo, para combater os desvios de finalidade nos atos de captação, tratamento e comunicação de dados pessoais pelas instituições públicas¹⁶⁴.

Assim, se torna indiscutível analisar o direito sem atentar para a questão do banco de dados de informações genéticas e Administração Pública, uma vez que esta deve ser vista como concretizadora da proteção dos dados pessoais e da dignidade humana.

Denise Hammerschmidt (2008, p. 97) ao explicar acerca da intimidade genética remete à reflexão das possíveis consequências que a infringência desse direito pode ocasionar, e aponta seus elementos:

Um objetivo e um subjetivo. O elemento objetivo do direito à intimidade genética se refere “ao genoma humano em última instância e, por derivação, a qualquer tecido ou parte do corpo humano em que se encontre a informação genética”. Diante dessa afirmação se observa que o direito à intimidade genética supõe em certa medida a superação do conceito de intimidade corporal – de caráter limitado e circunscrito àquelas partes do corpo humano afetadas pelo recato ou pudor pessoal – pelo fato de incluir partes em relação às quais não se pode predicar normalmente uma reserva de pudor, mas que podem servir “certamente para produzir uma agressão à intimidade genética, já que o material biológico em geral é susceptível de revelar características genéticas de um indivíduo e sua família”. Por sua vez, o elemento subjetivo do direito à intimidade genética se constitui na vontade do sujeito de terminar quem e em que condições pode acessar a informação sobre seu genoma. Refere-se à “autodeterminação informativa”.

Assim, faz-se necessário que o Estado quando do armazenamento do material genético utilize técnicas de que respeitem temas como a bioética, a fim de que a identificação dos problemas de má-regulação estatal não resultem em danos decorrentes da falta de políticas públicas no plano da proteção de dados pessoais.

4.8 Princípio da verdade real

Durante o decorrer dos séculos, o processo penal objetivava apenas a busca da verdade. Buscava-se uma suposta verdade, acima de qualquer coisa, sendo que para chegar

¹⁶⁴ Navarro (2012) ainda aponta que no ordenamento jurídico brasileiro estão atualmente em debate novos modelos de gestão de dados que prestigiam o denominado “Governo Transparente” e que, de alguma maneira, dizem respeito a informações pessoais. “É o que ocorre, por exemplo, com a identificação eleitoral biométrica, a cidadania digital com o reconhecimento biométrico e por chip do cidadão; a facilidade no acesso aos dados pessoais constantes no domínio público (registros públicos); o exame genético criminal, com a criação de um banco de DNA de condenados por crimes violentos; o chip obrigatoriamente instalado nos veículos; ou mesmo o Marco Civil da Internet”. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>> Acesso em: 25 set. 2015.

até essa suposta verdade, para muitos doutrinadores, principalmente no decorrer dos séculos XV e XVII, o único meio capaz seria a própria confissão do réu.

Para isso, valia-se de vários meios inescrupulosos e violentos, não raras vezes o réu tinha apenas duas saídas, confessar espontaneamente ou ser torturado até confessar, sendo que, em ambos os casos, já havia uma verdade pré-concebida, qualquer variação ou modificação desta pseudoverdade era tido como falsa, sendo assim, o réu estava mentindo e desrespeitando assim a Suprema Justiça e a Deus (OLIVEIRA, 2015, p. 334). O único modo de garantir a veracidade das suas alegações, muitas vezes, era passar por provações, que não continham nenhum respaldo jurídico-científico¹⁶⁵.

Noberto Avena (2012, p. 18) conceitua o princípio que deu margem a essas aberrações históricas, hoje reformulado graças ao modelo processual adotado no Brasil:

O princípio da verdade real, também conhecido princípio da verdade material ou da verdade substancial (terminologia empregada no art. 566 do CPP), significa que, no processo penal, devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o *jus puniendi* seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal.

A verdade real é um conceito que está intimamente ligado a certeza e ao convencimento, já que a verdade nunca é real, apenas é relativa¹⁶⁶.

Para Nicola Framarino dei Malatesta (1927, p. 21), a certeza e a verdade contém uma carga subjetiva, sendo que ambas podem ser tomadas como verdadeiras ou falsas conforme a pessoa, eis o que assevera o referido autor:

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.

¹⁶⁵ Noberto Avena (2012, p. 444, grifo do autor) menciona alguns tipos de prova no processo penal como “a *prova da água fria* (lançava-se o suspeito à água, sendo considerado culpado se viesse à tona e o inocente submergisse), a *prova do ferro em brasa* (obrigava-se o acusado a transitar descalço sobre uma chapa de ferro em brasa, sendo considerado inocente se nada lhe acontecesse) e o *duelo judicial* (realizado a cavalo ou a pé, de acordo com a classe social das partes, por um determinado período de tempo, perdendo o processo quem fosse vencido no duelo)”.

¹⁶⁶ Avena (2012, p. 18, grifo do autor) traz importantes esclarecimentos acerca do assunto: “Não se ignora, diante das regras legais e constitucionais que informam o processo penal brasileiro, que a *verdade absoluta* sobre o fato e suas circunstâncias dificilmente será alcançada. Muitos referem, inclusive, ser ela *intangível*. Assim, a afirmação de que a verdade real é a meta do processo criminal significa dizer que o juiz deve impulsioná-lo com o objetivo de aproximar-se ao máximo da verdade plena, apurando os fatos até onde for possível elucidá-los, para que ao final, possa proferir sentença que se sustente em elementos concretos, e não em ficções ou presunções”.

A verdade real torna-se de difícil concretização no processo penal, há fatos em que o lapso temporal torna-os quase praticamente impossível repeti-los ou demonstrá-los. Nesse sentido, afirmam Távora e Alencar (2013, p. 61) que “a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido”.

Michel Foucault (2004, p. 81), em “Vigiar e Punir”, afirma sobre a regra da verdade real que,

Sobre esse princípio de grande banalidade esconde-se uma transformação de importância. O antigo sistema das provas legais, o uso da tortura, a extorsão da confissão, a utilização do suplício, do corpo e do espetáculo para a reprodução da verdade havia durante muito tempo isolado a prática penal das formas comuns da demonstração: as meias-provas faziam meias-verdades e meios-culpados, frases arrancadas pelo sofrimento tinham valor de autenticação, uma presunção acarretava um grau de pena.

Destarte a melhor forma de concretizar a *persecutio criminis* e a busca da suposta verdade real é garantir que todos os princípios do processo penal sejam observados durante o transcurso de todo o processo. Noberto Avena (2012, p. 19) com acuidade assevera que a busca da verdade não pode implicar violação de direitos e garantias estabelecidos na legislação. “Trata-se, enfim, de uma busca sujeita a limites, mesmo porque não seria razoável que o Estado, para alcançar a justiça, pudesse sobrepor-se à Constituição e às leis”. A esse respeito vale menção os dizeres de Távora e Alencar (2013, p. 61):

Devemos buscar a verdade processual, identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzindo por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que se reveste como a justa medida, seja por sentença condenatória ou absolutória.

Neste mesmo sentido, afirma Lopes Junior (2013, p. 239):

É necessário estabelecer um limite máximo para a busca da verdade e para isso estão os direitos fundamentais. Por isso, hoje em dia, o dogma da verdade material cedeu espaço para a verdade juridicamente válida, obtida com pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo e conforme os requisitos estabelecidos na legislação.

Diferentemente do processo penal, na seara cível, existe a presunção de veracidade dos fatos alegados não contestados pela parte contrária¹⁶⁷. Desse modo, estipula o art. 344 do

¹⁶⁷ Conforme o art. 341 do Código de Processo Civil, “Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas [...]”.

Código de Processo Civil que “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”¹⁶⁸. Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 38) afirma que por isso a ideia de que normalmente

[...] a sentença será dada à base de verdade apenas formal. Isto, todavia, não elimina o seu compromisso com a verdade real, pois, antes de acolher qualquer presunção, a lei sempre oferece à parte oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade dos fatos relevantes à acolhida da ação ou defesa. Somente depois de a parte não usar os meios processuais a seu alcance é que o juiz empregará mecanismos relativos ao ônus da prova e à *ficta confessio*. É, destarte, a própria parte, e não o juiz, que conduz o processo a um julgamento afastado da verdade real.

Pela própria particularidade da seara penal, simplesmente pelo maior relevo dos bens em jogo, não se pode admitir que a jurisdição penal se contente com a presunção de veracidade dos fatos alegados e com a mera verdade formal, advinda da imposição legal, sendo imperioso que se busque a verdade material que é a mais próxima da realidade efetiva dos fatos.

A busca da verdade no processo penal se consubstancia na produção de provas, procurando chegar o mais próximo da realidade dos fatos com a intenção de promover o convencimento do julgador. Sobre o convencimento do julgador e a relação com a sociedade, Lopes Junior citando Taruffo (2013, p. 538) explica que,

[...] além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade” dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença.

A busca da verdade por intermédio do processo, inevitavelmente, repercute no ideal de justiça pretendido pela população. Se não houvesse maneira de dar um caráter mais científico à verdade por meio do processo probatório a própria justiça estaria em xeque. Sendo as provas o meio empregado para a busca da verdade real, o sistema processual adotado, acusatório ou inquisitorial, trará consequências na busca dessa verdade.

4.8.1 A busca da verdade real no processo penal: utopia

A verdade real e os seus métodos de aquisição da verdade estão intimamente ligados

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.

¹⁶⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

com o modelo processual adotado, inquisitivo ou acusatório. Isso se dá, pois o modelo processual é o delimitador dos tipos de prova que serão admitidos no decorrer do processo.

Nesse sentido, aponta Oliveira:

Toda questão relativa aos métodos de prova em processo penal passa, necessariamente, pelo exame da espécie do modelo processual adotado, no que se refere à definição das funções investigatórias e acusatórias, bem como da fixação e da distribuição dos ônus processuais às partes (OLIVEIRA, 2015, p. 332).

Como já afirmado no decorrer do presente trabalho, o período inquisitorial trouxe a necessidade precípua de buscar essa verdade mesmo que se fosse necessário o uso de práticas probatórias pouco usuais comparado com os tempos atuais, se é que se pode em algum momento fechar os olhos em relação às violações à dignidade do ser humano, mesmo sendo de praxe esse tipo de atos naquela época.

A busca desenfreada pela verdade real como se fosse o Santo Graal para o processo penal, “durante muito tempo, comandou a instalação de práticas *probatórias*, as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade” (OLIVEIRA, 2015, p. 333, grifo do autor).

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estatal efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal (OLIVEIRA, 2015, p. 333).

O operador do Direito da presente época pode se indagar, sobre o que torna essa busca incessante pela verdade algo tão supremo sobrepujando até mesmo as garantias individuais. É necessário entender que a evolução da própria humanidade, e igualmente do Direito, em alguns momentos da história, deixou de lado o ideal de justiça, da qual, atualmente, acredita-se como sendo a correta.

Infelizmente para muitos, “a gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil” (OLIVEIRA, 2015, p. 333).

Deve-se atentar para o fato de que a deturpação dessa busca desmedida da verdade real, não apenas joga por terra direitos e garantias fundamentais conquistados por longas e árduas lutas, mas também, traz a nefasta legitimidade aos abusos perpetrados pelas autoridades públicas.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2015, p. 333-334, grifo do autor) traz um importante esclarecimento acerca da “verdade” no processo, eis suas palavras:

[...] toda verdade de judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*.

De fato, embora utilizando critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza.

Dessa forma, é perceptível que o princípio da verdade real, ou material, é essencial na árdua tarefa do magistrado que deverá sentenciar um indivíduo. Cidadão este que, por vezes, jamais visto pelo julgador, e que deve tomar todas as cautelas para não cometer uma injustiça. Todavia, faz-se mister registrar que esse mesmo princípio não pode servir de desculpa às ingerências injustificadas na vida da pessoa, sob pena de uma aproximação pouco recomendável com um passado que deixou marcas indelévels na história do processo penal.

5 Conflito de interesses entre a persecução penal e as garantias e direitos inerentes a pessoa humana

A persecução penal deve ser buscada pelo Estado como forma de garantir a efetivação do próprio Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo em que se busca a penalização de uma conduta tipificada, busca-se também a satisfação do ideal de justiça para a população. Noutras palavras, a persecução penal é necessária a fim de que a sociedade tenha sensação de justiça.

Todavia, muitas vezes, nessa busca de encontrar e penalizar “os culpados”, os indivíduos deixam as emoções aflorarem em detrimento da razão, principalmente, quando constatada a hediondez de determinados crimes. Contudo, para alguns, infelizmente, ecoa a ideia de que os fins justificam os meios. E assim, elege-se a persecução criminal como sendo um direito superior aos direitos e garantias individuais, valendo-se de tudo o que possa garantir um provimento jurisdicional a seu favor.

Devido ao fato das normas constitucionais serem potencialmente contraditórias, porquanto refletem uma diversidade ideológica típica do próprio Estado Democrático de Direito, a colisão entre direitos fundamentais é um fenômeno típico desse tipo de Estado. Como dito alhures, esse fenômeno decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais, que são enunciados, mormente, através de princípios.

Conforme é sabido, os princípios, ao contrário das regras, em vez de emitirem comandos definitivos, na base do “tudo ou nada”, estabelecem diversas obrigações (dever de respeito, proteção e promoção) que são cumpridas em diferentes graus. Portanto, não são absolutos, uma vez que o seu grau de aplicabilidade dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente (ALEXY, 2011, p. 90-95).

Assim, em caso de conflito, o que deve ser buscado é a máxima otimização da norma. O agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.

Depois de todas essas considerações, o presente estudo buscará, por intermédio da análise da Lei 12.654/12; do sistema processual penal acusatório brasileiro; bem como dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição, encontrar uma resposta a indagação se o referido diploma normativo fere direitos assegurados aos indivíduos durante e após a persecução penal, ou seja, se a mencionada lei está em conformidade com a teoria garantista adotada pela CRFB/1988 e, conseqüentemente, pelo STF?

Assim, nesta parte do trabalho, situada mais adequadamente ao nível de uma teoria do direito, pretende-se desenvolver alguns critérios hermenêuticos mínimos para a afirmação dos direitos fundamentais que deve ser feita *no e pelo* processo penal.

5.1 A persecução penal como efetivadora do princípio da segurança pública

A persecução penal, como anteriormente salientado, é necessária para a própria existência do Estado, porém, fazem-se imperiosas algumas ponderações visto que estão em jogo direitos de grande importância para a sociedade e para o imputado de uma prática delituosa.

A *persecutio criminis*, segundo Feitoza (2008, p. 47), engloba tanto a fase pré-processual, na qual se tem o início da investigação feita pela polícia judiciária e/ou pelas comissões parlamentares de inquérito, que visam reunir provas que garantam o início da marcha processual, quanto a fase judicial onde os elementos probatórios serão novamente confirmados. Para que por intermédio de tais provas se consiga determinar a autoria e/ou a materialidade de um delito, a persecução criminal passa a visar à obtenção da sentença penal.

A persecução criminal, “*persecutio criminis*”, persecução penal, perseguição penal ou perseguição criminal é um procedimento persecutório, consistente no conjunto de atos e meios utilizados pelo investigador, no procedimento preliminar administrativo (investigação criminal), e pelo acusador, no procedimento principal judicial (processo penal), para demonstrar a existência da infração penal e sua autoria e, no procedimento principal, também para obter a sentença penal condenatória transitada em julgado (ou a sentença penal absolutória imprópria com imposição de medida de segurança, transitada em julgado). (FEITOZA, 2008, p. 47)

É necessário que o Estado para a própria subsistência frente ao seu povo, possua meios de garantir a consecução dos fins almejados. A sobrevivência do Estado depende que haja mecanismos para assegurar e restabelecer a ordem pública, punindo as condutas relevantes que possam trazer qualquer dano a pacífica convivência dos indivíduos e aos entes estatais.

Nesse sentido é o que preleciona Rogério Lauria Tucci (2011, p. 29) sobre a avocação do poder de punir do Estado e os bens penalmente relevantes:

Considerada a infração penal como a violação de bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não só lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmônica vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública.

A partir do momento em que o Estado avoca essa responsabilidade, retirando da esfera privada dos indivíduos a solução própria dos conflitos penais, passa a ser responsabilidade daquele promover a *persecutio criminis* como forma de efetivação da justiça e conseqüentemente da paz pública.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 34) afirmam que

[...] estando a vingança privada banida, como, regra, do Estado Democrático de Direito, com a tipificação criminal do exercício arbitrário das próprias razões como crime contra a administração da justiça (art. 345 do CP)¹⁶⁹, resta confiar ao direito processual penal a solução das demandas criminais, delineando toda a persecução penal do Estado, já que se cuida daquela “parte do direito que regula a atividade tutelar do direito penal”.

Diante disso, surge para o Estado o dever de promover a efetivação do *jus puniendi*, tanto para impedir que os indivíduos façam justiça com as próprias mãos, como também uma forma de satisfazer os anseios da sociedade. Apontam Távora e Alencar (2013, p. 37, grifo nosso) que é direito do cidadão exigir que o Estado cumpra o *jus puniendi*:

Gerindo o Estado a administração da própria justiça, evitando com isso que nós, anuentes do Pacto Social, façamos justiça com as próprias mãos, não pode aquele se omitir (*non liquet*). Tem o dever de agir, cabendo-nos o direito público subjetivo de obter uma decisão acerca do fato objeto do processo. **Destá forma, enquanto o poder-dever de punir é do Estado, a nós cabe o direito de exigir esta punição, que é o direito à tutela jurisdicional.**

O direito à segurança pública tem previsão expressa na CRFB/1988, no preâmbulo e nos artigos 5º, 6º e 144, e decorre do Estado Democrático de Direito - da cidadania e da dignidade da pessoa humana - e dos objetivos fundamentais da República. Constitui dever estatal, direito e responsabilidade de todos, visa à preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, implicando em um meio de garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Ainda o próprio Direito em si e os valores por ele protegidos são considerados direitos humanos, em virtude dos valores que protege e resguarda para uma qualidade de vida comunitária pacífica (DUMAS, CORAZZA, 2014).¹⁷⁰

¹⁶⁹ Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

¹⁷⁰ Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c7c9ff0f870462d9>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

Sendo a persecução penal a maneira de se efetivar a sentença penal, seria aquela detentora de poderes supremos, isto é, teria a possibilidade de suprimir direitos e garantias fundamentais em busca de seu objetivo?

Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 127-128, grifo do autor) disserta acerca da questão e sintetiza bem a problemática, são as palavras autor:

O Estado, mesmo quando inserido no contexto de um devido processo legal, atua em posição de nítida vantagem, a ele incumbindo as funções de *investigação*, de *acusação* e de *juízo*. Assim, e por isso, dada tal desigualdade fática, as diversas garantias processuais arroladas no art. 5º da Constituição da República estão dirigidas e dimensionadas para a proteção individual em face do desenvolver-se da ação estatal persecutória. Eis o eixo teórico: o processo é e deve ser sempre uma garantia individual, destinada a promover, o quanto possível, a igualdade entre as partes no curso do processo. Bem por isso, nosso sistema probatório deve também levar em conta a apontada e concreta desigualdade de partes. Estabelecido o ponto de partida, deve-se retomar a questão dos princípios constitucionais e, particularmente, daqueles nos quais se assegura a proteção a direitos fundamentais, porque é exatamente da possibilidade cada dia mais comprovada de tensão entre as normas jurídicas que emergem de tais princípios que se faz necessária a adoção de critérios mínimos para a aplicação do Direito no processo penal. E não se conseguirá realizar qualquer interpretação constitucional se não se levar em consideração a complexidade das normas jurídicas conformadoras dos *princípios*.

Pode-se afirmar categoricamente, e sem sombra de dúvidas, que a persecução penal deve ser pautada no respeito aos direitos e garantias inerentes ao imputado. Não se pode creditar o cumprimento do ideal de justiça, por intermédio de uma sentença justa, ao Estado que não respeita os limites impostos pelas garantias e direitos do imputado.¹⁷¹

Afirma Feitoza (2008, p. 49) sobre os órgãos persecutórios do Estado e a necessidade de buscar tanto a condenação como a absolvição, que:

Tanto os órgãos investigativos em geral, na investigação criminal, quanto o Ministério Público, no processo penal, enquanto órgãos estatais que também estão sujeitos aos objetivos fundamentais da República, tem o dever constitucional de perseguir também a efetividade dos direitos fundamentais, o que significa que devem buscar as provas que tanto demonstrem a existência quanto a inexistência do fato delitivo e autoria, bem como devem lutar tanto pela condenação quanto pela absolvição plena, se esta corresponde a verdade processual à Justiça.

¹⁷¹ Nesse sentido Iuri de Castro Gomes (2013) abordando o dilema do aplicador do direito, leciona que “Hodiernamente, o operador do direito vive atormentado com o antagonismo entre efetividade e garantismo. De um lado, a sociedade clama por uma punição rápida e exemplar, do outro, não se pode perder de vista as garantias do réu em face do Estado, sobretudo quando a liberdade está em jogo.” Abordando a questão do interrogatório por vídeo conferência, assevera que “O interrogatório do acusado realizado por videoconferência corresponde plenamente ao anseio de uma justiça penal ideal: efetivar a tutela jurisdicional sem que isso implique perda de direitos e garantias conquistados ao longo de séculos”. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23822/justica-penal-ideal-o-interrogatorio-por-videoconferencia-lei-n-11-900-09>>. Acesso em: 12 out. 2015.

Porém, essa ponderação entre buscar a condenação e, ao mesmo tempo a absolvição, nem sempre ocorre de forma igualitária, visto que, no decorrer do tempo, por questões de ordem política e/ou social, prevalecem os interesses do Estado frente aos direitos do indivíduo. Antônio Scarance Fernandes (2012, p. 23) lembra que “a história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, [...]”.

O mesmo autor afirma que o combate à criminalidade pelo Estado pode ser dividido conforme os tipos de crimes (leves ou graves) sendo adotadas políticas específicas para a sua solução tanto no âmbito preventivo/repressivo/judicial (FERNANDES, 2012, p. 32). Diante de algumas leis criadas visando o combate à criminalidade e na esteira o aumento dos poderes persecutórios do Estado constata-se que “prefere-se seguir a via simples de facilitação da prisão cautelar, de imposição de maior rigor no cumprimento da pena e de diminuir as exigências garantistas para a obtenção ou produção da prova” (FERNANDES, 2012, p. 33).

Entretanto desde a promulgação da CRFB/1988, vê-se claramente uma “constitucionalização do processo”¹⁷². Hodiernamente, apesar dos resquícios inquisitoriais deixados pela ditadura militar¹⁷³, não há como imaginar um processo sem as garantias asseguradas pelo devido processo legal¹⁷⁴.

Assim sendo, o Estado deve efetivar o *jus puniendi* pautando-se nos ideais previstos na CRFB/1988, garantindo a plena efetivação das garantias ao imputado e, conseqüentemente,

¹⁷² A esse respeito menciona-se as considerações de Lunardi (2012, p. 60-61): “Para desenvolver um panorama epistemológico do novo Direito Constitucional na pós-modernidade, é preciso traçar os três marcos fundamentais à luz do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo do novo constitucionalismo é, em grande parte dos países da Europa, o pós-guerra, e, no Brasil, a Constituição de 1988, com o processo de redemocratização que ela ajudou a criar e sedimentar, proporcionando o maior período de estabilidade institucional republicana que o Estado brasileiro já teve. Sob o enfoque teórico, o marco do neoconstitucionalismo é certamente a força normativa da Constituição, a jurisdição constitucional e as novas técnicas de interpretação constitucional. Do ponto de vista filosófico, os grandes marcos são o pós-positivismo e a pós-modernidade.” Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/181/146>>. Acesso 15 out. 2015.

¹⁷³ Silvia Maria Brandão Queiroz (2014, p. 153) em seu estudo acerca da herança da ditadura e seus efeitos na democracia brasileira “A democracia brasileira e o passado que não passa”, argumenta “que a lógica ditatorial perpassa o modelo jurídico-institucional adotado no contemporâneo e que a subjetividade dos sujeitos sociais segue capturada” assevera que ainda que “Parece-nos que, ao menos em parte, a natural aderência de parcelas da população ao discurso contemporâneo da necessidade do uso da violência estatal contra os cidadãos que ameaçam a segurança, a ordem e a paz social pode ser compreendida como fruto destas manipulações”. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/revistafaac/index.php/ridh/article/view/191/104>>. Acesso em 20 out. 2015.

¹⁷⁴ Segundo a teoria constitucionalista, o processo apresenta-se como instituição constitucionalizada que possui principiologia constitucional do devido processo constitucional. Abrangendo o processo legal, os princípios da ampla defesa, isonomia e contraditório, o processo converte-se em direito-garantia, representando conquistas teóricas da humanidade no combate à tirania. O processo constitucional não é somente um direito instrumental, mas verdadeira metodologia de garantia dos direitos fundamentais. (PRESOTI; SANTIAGO NETO, 2013, p. 299). Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/401/190>>. Acesso em: 15 out. 2015.

por meio de uma decisão pautada nesses ideais, a satisfação da persecução penal que é ansiada pela população.

Fábio Passos Presoti e José de Assis Santiago Neto sintetizam a questão evidenciando a supremacia da Constituição¹⁷⁵ com seu rol de garantias asseguradas aos indivíduos no processo penal (2013, p. 296):

Assim, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional somente se concretizará dentro da estrutura constitucionalizada do processo. A tutela do processo é efetivada pelo reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as normas processuais, e as garantias constitucionais atingem a todos os participantes do processo.¹⁷⁶

O direito de punir, destarte, somente restará plenamente satisfeito desde que o Estado na persecução penal e, na futura decisão, o faça respeitando as limitações postas na Carta Constitucional de 1988.

5.2 O garantismo na esfera penal e o STF

Luigi Ferrajoli¹⁷⁷ em especial atenção ao juspositivismo jurídico, escreveu “Diritto e ragione: teoria del garantismo penale”, um tratado do garantismo como característica do Estado de Direito, condicionando este ao respeito dos direitos fundamentais.

A teoria do garantismo sofreu severas críticas, inclusive muitos - aqueles que fizeram um exame superficial da obra - disseram que teoria consistiria em um “manto” de proteção ao infrator da norma penal, sendo um estímulo à impunidade em detrimento da pretensão punitiva estatal¹⁷⁸.

Tal ideia, entretanto, não condiz com a proposta do italiano. O garantismo pode ser tido como um modo de proteção do indivíduo face sua interação com o Estado, podendo ser

¹⁷⁵ Daí surge a necessidade da interpretação conforme a Constituição, a qual “recusa da interpretação conforme as leis. O fundamental é que se interprete a lei de acordo com as normas constitucionais superiores, nunca o contrário. A interpretação da Constituição não deverá ser feita a partir das leis, sob pena da ocorrência de inconstitucionalidade (PEIXINHO, 2015, p. 67-68).

¹⁷⁶ Disponível em: < <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/401/190>>. Acesso em: 15 out. 2015.

¹⁷⁷ Luigi Ferrajoli é um jurista italiano e um dos principais teóricos do Garantismo, foi magistrado (1967 a 1975) vinculado ao grupo conhecido como “Magistratura Democrática”.

¹⁷⁸ Urge frisar que a “compreensão do pensamento de Ferrajoli expressa que sua concepção de garantismo se ocupou, primeiramente, da matéria penal, preocupando-se em delimitar uma doutrina jurídica menos interessada na punição cega dos alvos preferenciais do sistema punitivo e mais com uma compreensão global do fenômeno criminoso, sensíveis às particularidades deste ramo do Direito”. (SILVA, *et al.*, 2009) Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>. Acesso em 13 out. 2015.

aplicado aos diversos ramos do Direito onde tal relação possa existir¹⁷⁹.

Na seara penal, o garantismo é “entendido como forma de se racionalizar a intervenção penal, afastando o uso do direito penal como controle social em detrimento dos direitos e garantias individuais” (SILVA *et al.*, 2009)¹⁸⁰. O garantismo, então, cria um “instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados” (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 19).

É plausível a ideia de fragilidade da vítima quando de um delito, todavia a partir da investigação criminal o indiciado/acusado passa a ser a parte mais débil da relação, pois tem contra si todo o aparato judicial no sentido de buscar a sua incriminação e futura condenação. Assim, como parte hipossuficiente na relação processual necessita de garantias a fim de que se possa conseguir igualar no plano fático a sua situação.

O direito penal e o processual penal são vistos como formas de se proteger o mais fraco da relação, que, no momento do delito, é o ofendido, mas que, durante o processo, é o réu. Nesta linha, portanto, o garantismo representa principalmente um limitador do arbítrio estatal, pois os direitos fundamentais, ao estarem fora da esfera de decisão, impedem certas posturas por parte do Estado. [...] Como no processo penal o mais fraco é o réu, o garantismo visa criar uma série de limites e freios ao exercício arbitrário do poder de punir, com o intuito de garantir os direitos fundamentais do réu, sobretudo no que tange aos direitos individuais. Daí a criação de requisitos como legalidade, necessidade, lesividade, dentre outros, pois aqui sempre se está buscando uma racionalização do poder de punir, tendo como

¹⁷⁹ Ferrajoli (2006, p. 785) aponta as consequências da divergência entre a previsão constitucional e as práticas legislativas, jurisdicionais ou as administrativas, que se resumem, de modo simples, à ideia de tornar a Constituição uma “simples referência, com mera função de mistificação ideológica”. Para Leusin e Cademartori (2015, p. 766-767), “a partir dessa constatação, explica o surgimento do garantismo como superação dessa ineficácia, atribuindo-lhe três significados, que não se restringem a efeitos no campo do direito criminal, pois são expansíveis a todos os campos do ordenamento jurídico”. Assim, os citados autores descrevem os significados do garantismo: “Como um ‘modelo normativo de direito’, pelo qual se poderá avaliar o grau de conformidade do ordenamento jurídico ordinário com a Constituição, ou seja, o nível de efetividade da norma superior, bem como examinar a existência de antinomias entre normas inferiores e seus princípios constitucionais. No âmbito político visa a estabelecer tutelas que restrinjam a violência e a ampliem as liberdades. Na esfera jurídica funciona como um sistema que vincula a função punitiva do Estado para garantia dos direitos dos cidadãos. Como uma ‘teoria jurídica da validade e da efetividade’, o garantismo separa o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito. Aqui o problema principal é a discrepância patológica entre modelos normativos (de tendência garantista) e as práticas operacionais (que tendem ao antigarantismo). Nesse sentido, essa divergência é interpretada como uma antinomia entre, de um lado, a validade e a não efetividade do modelo normativo e, de outro lado, a efetividade e invalidade da prática operacional correspondente. Já no terceiro significado atribuído, ‘garantismo’ exprime uma *filosofia política* ‘que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade’, isto é, nos dizeres de Sergio Cademartori, ‘um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam a sua existência’. Essa designação permite a separação, no ordenamento, entre ser e dever ser, o que, conforme Ferrajoli, é denominado como o ‘ponto de vista externo’, pois *ex parte populi*, ou seja, é o aspecto essencialmente democrático da teoria; de outro lado, há ponto de vista interno, *ex parte principis*.”

¹⁸⁰

Disponível

em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>. Acesso em 13 out. 2015.

principal garantia as garantias fundamentais positivadas na Constituição, mas, principalmente, o primado da liberdade. (SILVA *et al.*, 2009)¹⁸¹

Tendo em vista que o direito penal constitui a *ultima ratio*, soldado de reserva normativo criado pelo Estado para a proteção e tutela dos bens juridicamente mais relevantes, bem como para a aplicação das sanções com cunho humanitário¹⁸², o garantismo pode ser concebido como um sistema penal que tem por fundamento a tutela da liberdade do indivíduo submetido a uma investigação ou ação penal, considerando que o direito penal é a última proteção legislativa da sociedade do Estado Democrático de Direito¹⁸³.

Fábio Passos Presoti e José de Assis Santiago Neto (2013, p. 292-293) trazem a discussão a baila e com sustentam a necessidade de um processo que assegure as garantias do cidadão como legitimação do próprio Estado de Democrático de Direito:

[...] a teoria constitucionalista do processo, pois atualmente o processo apresenta-se como instituição constitucionalizada que possui principiologia constitucional do devido processo constitucional, convertendo-se como direito-garantia, uma vez que o processo constitucional não é somente um direito instrumental, mas verdadeira metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Pelo processo constitucional, o direito de ação e o de defesa são assegurados O processo penal constitucional e o devido processo legal como garantia democrática de forma completa a todos os indivíduos, devendo o processo ser justo e leal. Dizer que o processo deve ser justo significa que deve ser organizado segundo as regras que respeitem as garantias fundamentais.¹⁸⁴

Consoante descrito na CRFB/1988 no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como um dos pontos de sustentação do garantismo. Na medida em que, o indivíduo tenha facultado no respectivo âmbito, a preservação das liberdades, direitos e garantias constitucionais elencados na Carta Maior¹⁸⁵. O Grupo do Ativismo Judicial, com

¹⁸¹

Disponível

em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>. Acesso em: 13 out. 2015.

¹⁸² Muitas são as críticas ofertadas ao sistema carcerário brasileiro, conquanto todas as mazelas desse sistema praticamente falido não se pode olvidar a função primordial da pena, qual seja, a ressocialização do condenado. Eugenio Pacelli de Oliveira (2012, p. 96) aborda a questão: “Como se sabe, diante da posição quase falimentar do sistema penitenciário, bem assim das inúmeras deficiências do sistema penal (considerado de maneira global), Ferrajoli sustenta que tudo isso, aliado a gravidade da intervenção penal, recomendaria um modelo penal de intervenção mínima, destinada à tutela dos direitos fundamentais.”

¹⁸³ Vale menção os dizeres de Fábio Passos Presoti e José de Assis Santiago Neto (2013, p. 291): “O Estado Democrático de Direito é o resultado, ainda em construção, de um processo de evolução da sociedade que, desde o rompimento com o antigo regime absolutista vem se construindo na constante busca para a tutela dos direitos do ser humano. [...] Assim, o processo penal democrático deve ter como pressuposto básico o princípio constitucional da não culpabilidade e pelo sistema acusatório”. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/401/190>>. Acesso em: 15 out. 2015.

¹⁸⁴ Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/401/190>>. Acesso em: 15 out. 2015.

¹⁸⁵ Importante trazer a baila o entendimento de Leal (2003, p. 341) sobre a questão. O mesmo esclarece que não basta que se indique literalmente na Constituição quais são os direitos fundamentais, mas é necessário que os

integrantes do IBMEC-RJ, UFU e PUC-RIO, em um estudo sobre “Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF” concluíram que:

A adoção de um modelo constitucional com uma ampla carta de direitos fundamentais ensejou na Corte Constitucional brasileira um movimento que prega, essencialmente, a sua efetivação: o garantismo. [...] as garantias constitucionais dos direitos fundamentais [...] são, também, instrumentos de defesa da democracia. Portanto, o garantismo é tanto uma face do constitucionalismo, quanto um pressuposto da democracia. [...] A rigidez constitucional não é garantia, mas característica inerente à posição que ocupa a Constituição na hierarquia das normas.¹⁸⁶

No Brasil, o processo criminal aplicado à CRFB/1988 deve ter como escopo a preservação da liberdade do indiciado/acusado, e apenas em casos extremos, ser restringida a sua liberdade de locomoção, quando outras medidas não se façam suficientes. Da mesma forma, as decisões inerentes a eventual restrição da liberdade do acusado deverá ser fundamentada em requisitos claros, não podendo ser identificada como uma pretensa antecipação de pena.

A ideia de eficácia da pretensão punitiva estatal está, indevidamente, ligada à privação da liberdade do acusado. Tal fato ocorre porque, em sede de processo penal, por força da atenção dada pelos meios midiáticos em alguns casos, acredita-se que somente a privação da liberdade será a resposta “justa”. Todavia, após a coeva sedimentação dos preceitos humanistas, é patente a incapacidade estatal em privar, dignamente, a liberdade do acusado, seja de forma provisória ou decorrente de sentença criminal, fortalecendo as correntes acadêmicas que defendem o fortalecimento das medidas alternativas à prisão, sejam de caráter penal ou processual penal (BENTO, 2012)¹⁸⁷.

Segundo Bento (2012) para que as relações entre o Estado e os indivíduos ocorram com respaldo garantista, sob o manto da legalidade, três preceitos são fundamentais: racionalidade, justiça e legitimação da intervenção estatal.

Sendo o Estado criado pelos cidadãos, tudo aquilo que seja usado de forma não razoável com estes fere o garantismo, e se a democracia interpreta a vontade geral como fonte da sua soberania. Mas para o garantismo, mesmo a maioria não pode decidir acerca de supressão, violação e limitação dos direitos fundamentais, ainda que de forma unânime. Depois dos tempos, após de seu fortalecimento do

mesmos sejam colocados em prática no processo. A proteção efetiva dos direitos fundamentais, para o autor, é o grande pilar do Estado e apenas por intermédio deles ter-se-á realizado os valores de dignidade, liberdade e todos os demais que decorrem de um Estado Democrático de Direito.

¹⁸⁶

Disponível

em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>.

Acesso em 13 out. 2015.

¹⁸⁷ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21578>>. Acesso em: 12 out. 2015.

humanismo, o garantismo, gradativamente, ganha espaço como uma corrente que pode legitimar a atuação das partes como autoridade policial, ministério público e magistrado. Essa pretendida legitimação encontra assento nos critérios normativos ofertados às autoridades policiais para proceder a investigação, calcados na observância ponderada e proporcional da legalidade jurisdicional aplicada ao caso concreto. A instrumentalização dos direitos fundamentais destinados a proteção da liberdade é tarefa do mandamento constitucional da outorga da jurisdição pelo Estado. Portanto, o desenvolvimento e exercício dos direitos fundamentais se relevam como condição de validade e existência do garantismo.¹⁸⁸

Assim, a atuação da jurisdição deverá ser o instrumento comprometido com a proteção do garantismo, uma vez que desenvolve o sistema de proteção e limites dos poderes estatais, espera-se que o Estado atue no sentido de tutelar as expectativas dos indivíduos na defesa de seus interesses.

Daí a vertente garantista condiciona os atos da persecução penal, no sentido de priorizar a preservação das liberdades, direitos e garantias consagradas na Constituição como paradigmas de legitimação de sua atuação, e a restringindo em condições observadoras da dignidade humana. Nesse sentido, as palavras de Luigi Ferrajoli (2000, p. 132) o garantismo “[...] entendido no sentido do Estado Constitucional do de Direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos, representa o único remédio para os poderes selvagens”.

Com base nos ensinamentos de Luigi Ferrajoli (2004, p. 3) é possível elencar que a teoria garantista se assenta sobre os seguintes princípios:

- a) princípio da retributividade da pena;
- b) princípio da legalidade irrestrita;
- c) princípio da necessidade do direito penal;
- d) princípio da lesividade;
- e) princípio da materialidade da ação;
- f) princípio da culpabilidade;
- g) princípio da jurisdicionariedade;
- h) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- i) princípio do ônus da prova;
- j) princípio do contraditório e da ampla defesa.

Assim, a teoria garantista surge como limitadora da persecução penal para que esta se submeta ao preceito da dignidade humana, onde as ações investigativas estejam de acordo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Destarte, cumpre frisar que, se os direitos, garantias e liberdades constitucionais possuem *status* de direitos fundamentais, é

¹⁸⁸ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21578>>. Acesso em: 12 out. 2015.

correto reconhecer a natureza de cláusula pétrea do garantismo, enquanto ciência que limita as ofensas aos direitos fundamentais (BENTO, 2012)¹⁸⁹.

Para Patricia Stucchi Bento (2012) o garantismo na investigação criminal legitima a futura ação criminal, fortalece a ideia de processo e, conseqüentemente, de Estado Democrático de Direito:

Pensamos que uma investigação policial que preserve ao suspeito esse rol extensivo de garantias aos suspeitos, em nada inviabiliza sua investigação, mas sim fortalece as eventuais justificações da Autoridade Policial, quando de sua manifestação final no inquérito policial, seja opinando pelo arquivamento ou indiciamento suspeitos de práticas de crimes.¹⁹⁰

Aqui é necessário estabelecer algumas considerações acerca do modelo brasileiro, o qual “ainda que, talvez, não contemple todos os *axiomas* fundamentais mencionados por Ferrajolli, é eminentemente *garantista*.” (OLIVEIRA, 2012, p. 127, grifo do autor).

É garantista, sobretudo, no sentido de reconhecer que, embora formalmente, as faculdades processuais entre ambos sejam iguais, há inegável superioridade *material* da acusação, se se considerar que a persecução penal no processo é patrocinada por órgão dotado de amplas garantias e prerrogativas institucionais (em quase tudo equivalentes à da magistratura), além, é claro, da inquisitorialidade na fase de investigação. As posições no processo são quase as mesmas [...]; a *capacidade* concreta de atuação nem sempre! Mas é também garantista quando posiciona o Ministério Público como órgão *imparcial*, renunciando, de certo modo, ao mito do *conhecimento verdadeiro*, a ser perseguido pela dialética processual da acusação e da defesa. Se todo conhecimento é precário, no sentido da permanente possibilidade de sua revisão no tempo, a verdade processual não pode instituir-se como compromisso absoluto, que ignore as deficiências do sistema judicial, particularmente em relação à fragilidade defensiva. (OLIVEIRA, 2012, p. 127).

Não obstante toda tradição de desrespeito aos direitos do indivíduo pelo Estado, principalmente, em um país como o Brasil conhecido por manter nas prisões somente os presos menos favorecidos economicamente, existem opiniões como a do professor e juiz de Direito Agapito Machado (2014) que defendem que existe um excesso de garantismo nas decisões do STF: “É chegada a hora do pleno do STF rever seu posicionamento, antes por maioria, de exagerado garantismo.”¹⁹¹

¹⁸⁹ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21578>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁹⁰ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21578>>. Acesso em: 12 out. 2015.

¹⁹¹ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27690/prisao-o-exagerado-garantismo-do-stf>>. Acesso em: 26 out. 2015. Discutindo a temática acerca do aumento da criminalidade e o enrijecimento das leis penais, Fauzi Hassan Choukr (2002, p. 40-49) assevera que, na atualidade, busca-se manter um sistema autoritário, inquisitivo. Isso é feito por intermédio de um discurso mais refinado, que coloca a criminalidade e a desordem como situações-limites e as garantias e os direitos fundamentais como causa do entrave ao eficiente funcionamento do sistema: “[...] a produção de normas promocionais e de forte valor simbólico em relação ao sistema repressivo ainda é a tônica dominante no campo político, chocando-se com a linha ideológica denominada garantismo” (CHOUKR, 2002, p. 49).

Inclusive, no julgamento da Ação Penal 470, o famigerado “mensalão”, houve graves violações processuais aos direitos fundamentais dos acusados. Guimarães (2013) disserta acerca desse preocupante caso e analisa a questão da influência da mídia¹⁹² no caso, ferindo a tradição garantista daquele tribunal, notadamente no que concerne ao princípio da presunção de inocência. O autor assegura que algumas decisões interlocutórias exaradas na Ação Penal 470, demonstraram o rigor excessivo e diferenciado que se fez presente naquele julgamento, em questionável fuga da perspectiva garantista adotada pelo STF:

A partir da análise de algumas paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal, exaradas durante o trâmite do Inquérito 2245/MG e da Ação Penal 470, também conhecida como ação do “mensalão”, em cotejo com a doutrina que respalda a constitucionalização do processo penal brasileiro, [...] garantias processuais dos réus, conhecidos pejorativamente como “mensaleiros”, foram violadas. O tratamento exaustivo dado pela imprensa aos fatos, réus e agentes estatais envolvidos no contexto do processo estudado permite crer que as decisões da Suprema Corte se deram mais para atender à midiaticizada vigília da opinião pública, do que para garantir aos imputados o devido processo legal que legitimasse a justa sentença. Violações ao princípio da presunção da inocência, da garantia da imparcialidade do juiz e o trato indevido do princípio da publicidade.¹⁹³

Acerca do tema Fernando Bentes, em entrevista ao Jornal do Brasil, disse que os votos no julgamento dos embargos infringentes¹⁹⁴ na Ação Penal 470 demonstraram um “duelo de ideologia institucional”. Segundo o professor,

Numa abordagem de ideologia institucional, fica bem clara formação de dois grupos no STF: aqueles que desejam atender ao clamor popular, da maioria da sociedade e negar toda a possibilidade de recurso aos acusados e aqueles que entendem o papel do STF como um órgão independente, que deve zelar pela Constituição e não se dobrar ao que a opinião pública deseja. Nesta posição, estão os seis ministros que votaram a favor dos embargos infringentes, como Celso Mello. O que não se pode negar numa democracia constitucional, é o direito à defesa ampla e a garantia que o

¹⁹² “Por fim, protagonista de todo o processo do ‘mensalão’, assistimos a grande mídia nacional influenciar significativamente a parcialidade da maioria do plenário do STF, subjugado pela opinião pública e desencorajado de sua função contramajoritária. Tal imparcialidade revelou-se quando precedentes históricos foram quebrados, para manutenção do rigor aclamado pela imprensa”. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26188/acao-penal-470-e-violacoes-processuais/2>>. Acesso em: 29 out. 2015.

¹⁹³ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26188/acao-penal-470-e-violacoes-processuais/1>>. Acesso em: 29 out. 2015. Possivelmente devido a essa decisão, destoante dos precedentes da Suprema Corte, o Ministro Luís Roberto Barroso, quando da sabatina no Senado Federal, declarou que, quanto à trilha garantista: “o STF manteve a linha de jurisprudência, mas endureceu no caso do “mensalão”. Foi um ponto fora da curva”.

Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/06/06/internas_polbraeco,369885/mensalao-e-ponto-fora-da-curva-diz-luis-barroso-novo-ministro-do-stf.shtml>. Acesso em: 19 out. 2015. Tal declaração foi corrigida pelo Ministro Dias Toffoli que asseverou que “em matéria de jurisprudência criminal, o Supremo não tem uma curva. Ele tem uma reta. Ele é garantista. Historicamente garantista. Se olhar a jurisprudência do Supremo, então ele talvez deveria ter dito um ponto fora da reta”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderpolitica/2013/06/1292936-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-dias-toffoli-a-folha-e-ao-uol.shtml>>. Acesso em 19 out. 2015.

¹⁹⁴ Os embargos infringentes têm origem no direito português, destinando-se à revisão de determinadas decisões não unânimes proferidas por tribunais.

STF atende a valores mais elevados de justiça, independente do que a sociedade e as urnas querem.¹⁹⁵

A votação foi acirrada, todavia julgou favoravelmente a análise dos embargos. Ao que parece os ensinamentos de Hélio Tornaghi (1977, p. 75) acerca do processo penal foram observados, para o professor a “lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes”. É possível dizer que no julgamento dos embargos infringentes, apesar da bifurcação exerceu sua função contramajoritária.

5.3 A lei 12.654/12: uma análise da nova modalidade de identificação criminal e da manutenção do perfil genético do condenado

Apesar de sua breve vigência, a Lei 12.654/12, que trata da identificação genética criminal, suscita a consideração mais apurada do operador do Direito, uma vez que essa *novatio legis* ocasionou consideráveis consequências para o ordenamento jurídico pátrio.

A Lei 12.654/12 além de trazer nova regulamentação da identificação criminal, instituiu o Banco de Dados de DNA no sistema jurídico brasileiro. Os bancos de dados já existiam em vários países, como os Estados Unidos, a Alemanha e a Espanha, sendo um produto do vertiginoso crescimento da utilização da investigação genética no campo criminal.

A mencionada lei trouxe importantes alterações nas Leis 12.037/09 – que trata sobre a identificação criminal do civilmente identificado – e na Lei 7.210/84 (LEP). Agora a

¹⁹⁵ Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2013/09/18/decisao-de-celso-de-mello-expos-duelo-de-ideologia-institucional-diz-professor/>>. Acesso em: 22 dez. 2015. Aqui vale menção os dizeres de Ferrajoli (1997, p. 101-102), visto que em total consonância com as palavras de Bentes. Para o jurista italiano: “É nesta sujeição do juiz a Constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade *endroits*: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes. É este o sentido da frase ‘há tribunais em Berlim’: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição. Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E todavia é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos ‘democracia substancial’”.

identificação criminal poderá incluir a coleta de material genético, para dirimir dúvidas acerca da identificação do imputado ou para facilitar a apuração do delito¹⁹⁶.

O art. 1º da referida lei¹⁹⁷ alterou a Lei 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, LVIII, da CRFB/1988, acrescentando no art. 5º a possibilidade de identificação criminal a partir da coleta de material biológico.

Assim, com o acréscimo do parágrafo único ao art. 5º da Lei 12.037/09, além do processo datiloscópico e fotográfico, poderá haver também a identificação genética na hipótese do art. 3º, inciso IV da mesma lei, assim, a identificação genética do investigado/indiciado ocorrerá quando “for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”¹⁹⁸.

Duas são as interpretações acerca desse dispositivo. A primeira entende que uma vez solicitada pela autoridade, a identificação genética seria obrigatória. Em caso de recusa, de submeter à coleta de material genético, o mesmo não poderia ser forçado, cabendo, todavia, como último recurso para a investigação o uso de métodos que não necessitam intervir no corpo do imputado, como por exemplo, fios de cabelo, “bitucas” de cigarro, dentre outros objetos, dispensados no local do crime pelo imputado, que contenham material suficiente para a realização do teste.

Nesse ponto, apesar da lei ser vaga, por não definir quais delitos que serão investigados utilizando a identificação genética durante a fase pré-processual, para Aury Lopes Junior (2013, p. 634) não se vislumbra *a priori* qualquer violação às garantias e aos direitos fundamentais. Nesse sentido, assevera que “ainda que a redação seja genérica, subordinando apenas ao interesse da autoridade policial, é necessário que o pedido venha fundamentado e efetivamente demonstrado – no caso concreto – a imprescindibilidade desse tipo de prova”.

¹⁹⁶ Importante ressaltar que não obstante a Lei 12.654/12 instituir a identificação genética como forma de identificação criminal, o real intuito de sua criação foi o de subsidiar a ação penal com elementos probatórios.

¹⁹⁷ Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º

[...]

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em 29 out. 2015.

¹⁹⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em 29 out. 2015.

Como se anotou alhures, o art. 1º da Lei possibilita a coleta de material biológico do indiciado para fins de determinação do perfil genético e de identificação criminal¹⁹⁹. Uma vez obtido o perfil o perfil genético determina o art. 2º seu armazenamento no banco de dados, até que transcorra o prazo prescricional do delito. Não se regulamentou a exclusão do perfil diante de possível arquivamento do inquérito policial ou sentença absolutória, o que seria de todo recomendável, como prevê, por exemplo, a *Ley Organica 10/2007* espanhola (REVERÓN PALENZUELA, 2008, p. 95)

A autoridade policial, para utilizar a identificação genética no curso da investigação deverá solicitar a anuência da autoridade judiciária competente. Todavia, infelizmente, poderá haver o mau uso dessa forma de identificação, “dessarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 634).

A autora Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 310), afirmava sobre essa lei, à época ainda na sua fase de projeto, que “a coleta de material genético para compor banco de dados, especialmente para aqueles que não foram definitivamente condenados, viola a dignidade da pessoa humana”.

Já Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 415) aponta que “em qualquer caso, válido para toda infração penal investigada, pode-se colher o material biológico, para futuro confronto e exame de DNA, desde que haja a devida fundamentação”.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 181, grifo do autor) assevera que desde que se respeite a necessidade dessa medida e, principalmente, a sua relação com o tipo de delito investigado, sempre se pautando pelo princípio da proporcionalidade e na efetiva e imperiosa fundamentação do órgão jurisdicional não há óbice a identificação criminal:

[...] desde que mantida a excepcionalidade da medida, controlada pela exigência de ordem judicial fundamentada (art. 3º, IV, Lei nº 12.037/09, com a redação dada pela Lei nº 12.654/12), não vemos inconstitucionalidade na exigência. Os meios de coleta deverão respeitar a proibição de ingerências *abusivas* e desnecessárias, conforme estipulado em Tratados Internacionais sobre a matéria.

Já utilização da identificação genética pela defesa garante meios mais eficazes para provar a inocência do imputado, e não viola o princípio a não autoincriminação e nem a integridade física e psíquica. Busca-se através da defesa positiva evitar erros na definição da

¹⁹⁹ As preocupações centrais da doutrina têm por objeto a liberdade de autodeterminação informativa no campo genético, a preservação da intimidade das pessoas, bem como a problemática possibilidade de utilização dos dados em processos penais futuros, sem limites de tempo, e sem quaisquer controles (MARTELETO FILHO, 2012, p. 108).

autoria do delito, diminuindo assim qualquer dissabor que o processo criminal traria. Nesse sentido é a preciosa lição de Carnelutti (2009, p. 95),

É um fato que este terrível instrumento, imperfeito e imperfectível, expõe um pobre homem a ser levado ante o juiz, investigado, não poucas vezes arrastado, separado da família e dos negócios, prejudicando, para não dizer arruinando ante a opinião pública, para depois nem sequer ouvir desculpas de quem, ainda que seja sem culpa, perturbou e em ocasiões destruiu a sua vida. São coisas que, infelizmente, sucedem; e uma vez mais, ainda sem protestar, não deveríamos ao menos reconhecer a miséria do instrumento, que é capaz de produzir esses desastres, e que é até incapaz de não produzi-los?

Sendo o direito a não autoincriminação para a defesa um direito disponível para provar a inocência do acusado e evitar todos os males apontados por Carnelutti dentre outros tantos, permite-se que se relativize esse direito para garantir e preservar o *status libertatis* do indiciado/investigado.²⁰⁰

É imperioso ressaltar a preocupação do legislador ao criar a *novatio legis* 12.654/12, ao estipular que a lei 12.037/09 passará a vigorar com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º. As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º. Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

²⁰⁰ Outro ponto que merece destaque é a possibilidade do juiz de ofício decidir sobre a necessidade da identificação genética criminal. Como visto no decorrer desse estudo, ainda existe certa cultura inquisitiva no seio do processo penal brasileiro, o que pode explicar o porquê de dar tais poderes na fase investigativa para o magistrado. Não obstante, o modelo processual em voga no Brasil ser o acusatório, onde há o distanciamento do juiz da produção probatória. Diante disso, fica evidente que tais poderes de agir de ofício contraíram a lógica do processo probatório e talvez até do devido processo legal. Aury Lopes Junior afirma que “fere de morte” o sistema acusatório-constitucional a atuação de ofício do magistrado no sistema probatório, além disso, sobre a necessidade de fundamentação do juízo preleciona que: [...] considerando que representa uma grave restrição de direitos fundamentais, é necessária autorização judicial mediante prévio pedido ou até mesmo de ofício (o que fere de morte o sistema acusatório-constitucional), de forma fundamentada, avaliando a real necessidade do ato, bem como, a impossibilidade de se constituir aquela prova por outro meio menos lesivo e gravoso. (2013, p. 634). Nesse mesmo sentido, afirma Rogério Sanches Cunha (2012): [...] a possibilidade de o juiz, ainda na fase de inquérito policial, poder agir de ofício, será, obviamente, palco de críticas, mesmo porque, ao que tudo indica, a identificação genética servirá, quase sempre, na apuração da autoria. A tendência do sistema acusatório é o magistrado ficar equidistante na fase extraprocessual, postura seguida pela Lei 12.403/11 que o proibiu de decretar preventiva na etapa da investigação. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em 30 set. 2015.

§ 3º. As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.²⁰¹

Nota-se o respeito pela dignidade da pessoa humana e a intimidade ao determinar o caráter sigiloso dos dados presentes no banco de dados, além, é claro, de impedir que outros dados sejam revelados, tais como traços somáticos ou comportamentais.²⁰²

Essa preocupação é patente e fundamental, pois

[...] seria arriscada aventura a revelação de traços somáticos e comportamentais, pois não representam dados para a identificação, além de viabilizar análises inconclusivas a respeito de temperamento, caráter e personalidade. Além disso, poderia propiciar a pretensa formação de um estereótipo de delinquência, nos moldes lombrosianos, algo invasivo e infundado. (NUCCI, 2013, p. 416)

No que concerne a exclusão da identificação criminal, o art. 7º da lei 12.037/09 prevê como se dará a exclusão da identificação fotográfica, *in verbis*:

Art. 7º - No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.²⁰³

Com a entrada em vigor da Lei 12.654/12 foi acrescentado o art. 7º - A na Lei 12.037/09, que determina que os dados genéticos serão excluídos após o término do prazo prescricional do delito²⁰⁴.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 181), pode-se por analogia, inferir que a identificação genética deve ser também excluída nas mesmas hipóteses da identificação fotográfica, isto é, deve ser excluído o perfil genético quando ocorrer à absolvição, prescrição, não oferecimento da denúncia, ou rejeição.

Posição diametralmente oposta é a de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 417, grifo do autor), que sobre o artigo 7º da Lei 12.037/09, afirma que a disposição do desentranhamento da identificação criminal

²⁰¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em 27 nov. 2015.

²⁰² Assim, o artigo 2º da citada lei, ao estabelecer que os bancos de dados serão sigilosos e que os perfis genéticos não poderão conter traços comportamentais ou somáticos dos indivíduos, alinhou-se às regulamentações internacionais sobre a matéria (ETXEBERRÍA GURIDI, 2000, p. 231).

²⁰³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 29 out. 2015.

²⁰⁴ O Decreto 7.950/13, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, em seu art. 7º estabelece que o “perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

[...] não se encontra em harmonia com o contexto geral da segurança jurídica exigível. [...] Aliás, a previsão feita no art. 7º desta Lei somente pode referir-se a um Estado incapacitado de guardar sigilo em relação aos documentos oficiais. [...] Se os autos ficassem bem abrigados ou até fossem destruídos, nada disso seria necessário. Porém, trata-se de um padrão estatal diferenciado: previne-se a ilegalidade (divulgação da foto do indiciado/réu), cortando-se o *mal pela raiz*, ou seja, extrai-se a foto. Parece-nos que a cultura a ser criada não é essa, mas, sim, a do respeito ao sigilo e aos documentos oficiais do Estado.

O mesmo autor afirma sobre a exclusão dos dados genéticos e a identificação criminal que a

[...] identificação criminal acaba sofrendo uma estigmatização, como um fardo pendente em relação ao indiciado ou acusado. Por tal motivo, estabelece-se que a prescrição do crime (em abstrato ou em concreto) provocará a exclusão do perfil genético do banco de dados. Segundo nos parece, uma vez realizada, deveria permanecer em definitivo, sempre coberta pelo sigilo. (NUCCI, 2013, p. 417)

As afirmações de Nucci devem ser consideradas, realmente seria de extrema valia se os documentos oficiais do Estado fossem respeitados tanto por parte dos indivíduos da sociedade como também pela imprensa e pelos agentes públicos. Infelizmente, hoje se criou uma cultura penal midiática, é em que a exploração de simples atos da persecução criminal ganham por parte da imprensa e do público uma dimensão exagerada, sendo explorados por programas sensacionalistas.

Talvez o ponto mais controverso²⁰⁵ da Lei 12.654/12 seja o artigo 3º, que traz a seguinte redação:

Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º - A:
“Art. 9º- A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, **serão submetidos, obrigatoriamente**, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.
§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.
§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.”²⁰⁶ (grifo nosso)

²⁰⁵ Para Aury Lopes Junior (2012, p. 5-6), dentre as muitas mazelas existentes no texto da lei entende-se que a maior polêmica está contida no “enfadonho” enxerto do artigo 9º-A na LEP que, ao seu turno, passa a exigir que todos condenados por crimes violentos ou hediondos sejam submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.

²⁰⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

Entretanto, antes da análise do artigo, se o mesmo está ou não em confronto com os princípios constitucionais e processuais penais, é necessário mencionar os crimes elencados acima.

Os crimes dolosos praticados com violência grave a pessoa para Lopes Junior (2013, p. 636), seriam as lesões graves, gravíssimas ou quando houvesse à morte da vítima. Para Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 193)

[...] a expressão violência de natureza grave é equivocada e imperfeita. Pode haver lesão de natureza grave, resultante da violência; entretanto, falar em violência grave é ilógico. Todo ato violento contra a pessoa é grave. Seria absurdo pretender distinguir quem cometeu, por exemplo, um roubo com violência leve de quem o cometeu com violência moderada ou mesmo com violência grave.

Diferentemente de seus pares, Nucci assevera sobre os tipos de delitos selecionados pela lei, para o autor “os condenados por roubo devem ser identificados mediante extração de DNA, assim como outros autores de delitos violentos contra a pessoa. Exclui-se a grave ameaça desse contexto, embora não devesse ter sido afastada” (NUCCI, 2013, p. 194).

Os crimes considerados hediondos são os elencados no artigo 1º da Lei 8.702/90, *in verbis*:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-A – (VETADO)

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei no 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.²⁰⁷

Nota-se na escolha do legislador a opção por (re) estigmatizar esses delitos (LOPES JUNIOR, 2013, p. 624). Infelizmente, com essas estipulações do legislador ao definir os delitos abarcados, pela nova lei,

²⁰⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

Teme-se, com razão, a perigosa manipulação das informações genéticas, e, o que é pior, o acirramento do processo de seletividade do sistema penal, na medida em que as novas regras somente atingirão a *clientela* dos crimes tradicionalmente praticados mediante violência. (OLIVEIRA, 2012, p. 182, grifo do autor)

Assevera Nucci (2013, p. 194) sobre a escolha do legislador acerca dos delitos que permitem a coleta de material genético dos condenados, que

[...] há delitos cometidos sem violência (falsificação de remédios, por exemplo), que terminaram incluídos na relação dos passíveis de identificação obrigatória, enquanto outros figuram nas duas relações (tanto violentos quanto hediondos), como o homicídio. Infelizmente, não houve um critério rigoroso para a implantação da lei, pois ficaram fora da previsão crimes importantes como o tráfico ilícito de drogas e a tortura.

Diogo Machado de Carvalho (2013, p. 14) fazendo uma apreciação da mencionada lei diz que o legislador “cego a quaisquer críticas que se apresentem à ‘infallibilidade’ da colheita e guarda da prova genética, o ordenamento jurídico brasileiro recebeu uma nova herança autoritária com a edição da Lei nº 12.654/2012”²⁰⁸ e tece muitas críticas, notadamente ao seu art. 3º que altera a LEP para obrigar os condenados pelos delitos mencionados a serem identificados geneticamente.

5.4 O banco de dados genéticos do condenado: a obrigatoriedade de fornecimento do material genético ante as garantias constitucionais e processuais penais

Como anteriormente mencionado, o art. 3º da Lei – que deu nova redação ao art. 9º da LEP – determina a extração de material genético dos condenados por delitos praticados mediante “violência grave contra a pessoa”, bem como por delitos elencados na Lei 8.072/90. Apesar de a lei se referir a extração por “técnica inadequada e indolor”, padece gravemente de devida regulamentação, não especificando o tipo de material que pode ser extraído (sangue, urina, pêlo, cabelo, saliva, etc.), o que se fazia necessário para a restrição dos direitos fundamentais do sujeito passivo. Face à regulamentação omissiva, deve se admitir apenas a coleta não invasiva (de pêlo, cabelo ou saliva), não se afigurando legítima a extração de sangue, de caráter invasivo.

²⁰⁸ Segundo o autor (2013, p. 13-15) a ideia do referido diploma parece ser a de se voltar às análises lombrosianas acerca do crime, de se “criar uma agência estatal *precrime* para a identificação e a prisão dos criminosos antes destes cometerem seus delitos”, o Minority Report de Philip K. Dick. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Boletim-04_IBRASPP.pdf>. Acesso em 29 out. 2015.

Ademais, consoante como já foi anteriormente assinalado, a novel legislação, inclusive o Decreto nº 7.950/2013, se manteve omissa no tocante à extração coercitiva do material genético junto ao investigado ou o acusado.

Nos países que já possuem Bancos de Dados de DNA, - como Alemanha²⁰⁹, a Espanha, a Inglaterra e os Estados Unidos, por exemplo -, a coleta coercitiva do material genético, junto ao investigado ou acusado é disciplinada por lei, o que permite que o sistema seja alimentado com as informações necessárias para as finalidades típicas da investigação criminal (REVERÓN PALENZUELA, 2008, p. 87).

Caso as intervenções corporais permaneçam sem disciplina normativa no Brasil, os objetivos do banco de dados serão sensivelmente reduzidos ou até mesmo esvaziados, tendo serventia, somente para uma eventual situação de reincidência, e na hipótese de se recolherem amostras genéticas no local do delito ou no corpo da vítima para confronto (MARTELETO FILHO, 2012, p. 164).

Todavia quando existe a obrigatoriedade do fornecimento de material genético depois trânsito em julgado da ação penal, a questão fica ainda mais delicada.

Sobre a obrigatoriedade de o condenado fornecer material genético, grande parte da doutrina se posiciona alegando a inconstitucionalidade dessa medida. Nesse sentido, é o que afirma Rogério Sanches Cunha (2012), “a inovação, nesse ponto específico (obrigatoriedade do fornecimento de material), nos parece inconstitucional (enquanto enfocada como obrigatoriedade no fornecimento de material genético)”²¹⁰.

Apesar de não afirmarem expressamente a inconstitucionalidade da lei, Távora e Alencar (2013, p. 1291) demonstram o seu descontentamento com a extração compulsória de DNA dos condenados, afirmam que “ainda que a lei preveja técnica adequada e indolor para a extração do ácido desoxirribonucleico, somos completamente refratários à obrigatoriedade deste procedimento”.

Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 118-119) afirma que a garantia contra a autoincriminação e a liberdade pessoal resta mesmo violada pelas intervenções corporais coercitivas, posicionado, destarte, pela sua absoluta ilegalidade.

João Cláudio Couceiro (2004, p. 358) posiciona-se no sentido da inadmissibilidade do emprego de coerção para recolhimento de material genético, todavia julga que a negativa

²⁰⁹ O parágrafo 81, g, da *StPO* (Código de Processo Penal Alemão), autoriza a coleta de material genético do inculcado para futuras investigações ou processos. No referido país, existe um Banco de Dados Central, alimentado por amostras colhidas nos termos da citada regulamentação. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0369>. Acesso em 14 out. 2015.

²¹⁰ Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 30 set. 2015.

do acusado em se submeter à perícia deve implicar em indício de culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova.

Em posição parecida, Marcelo Schirmer Albuquerque (2008, p. 149-150) pondera que admitidas as intervenções corporais e prevista legalmente a obrigação de cooperar, a recusa há de configurar indício a ser aferido em conjunto com outras provas, na medida em que tal inferência negativa decorre do próprio sistema da persuasão racional.

Ariane Trevisan Fiori (2008, p. 108) é totalmente refratária à obrigatoriedade da intervenção sem o consentimento do acusado. Segundo a mesma, a prova da alegação incumbe ao acusador, conseqüentemente, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação. Alega ainda que submeter o sujeito passivo a uma medida de intervenção corporal sem a sua anuência “é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão, o que pensamos ser um retrocesso”. Ainda para a Fiori, junto a isso se acrescente o direito de defesa e os demais direitos fundamentais que impedem as intervenções, como “o direito à vida, à liberdade, à integridade física e moral e o de que ninguém será submetido a tratamento desumano, isto é, direitos que preservam a dignidade humana”.

Quanto ao entendimento do STF sobre a contribuição obrigatoriedade do acusado na instrução probatória vale fazer referência que é pacífico o entendimento do STF de que, devido ao princípio da não autoincriminação, o acusado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que possam vir prejudicá-lo. Portanto, esse mesmo raciocínio será, certamente, aplicado para o fornecimento de material biológico.²¹¹

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais acerca da obrigatoriedade de fornecimento do material genético do apenado para sua identificação criminal, na hipótese prevista pelo art. 9º-a da LEP decidiu que o condenado não está obrigado à realização do referido exame, tendo em vista que o acusado encontra-se amparado pelo princípio da não autoincriminação:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - COLETA DE PERFIL GENÉTICO - ART. 9º-A DA LEP - OBRIGATORIEDADE - IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO MAGISTRADO 'A QUO' - NECESSIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

- A coleta do perfil genético de sentenciados, mediante extração de DNA é prevista, de forma obrigatória, pelo art. 9º-a da LEP, podendo tais dados ser requisitados pelas autoridades policiais no caso de inquéritos instaurados.

- Não há como compelir indivíduo a fornecer material que entenda lhe ser desfavorável, sob pena de violação da garantia de não autoincriminação e em obediência ao princípio do "nemo tenetur se detegere".

²¹¹ Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133434683/apelacao-criminal-apr-10144130018084001-mg/inteiro-teor-133434728>>. Acesso em: 20 out. 2015.

Há corrente que entende não ser obrigatória a submissão à identificação genética antes do trânsito em julgado da sentença penal, ou seja, durante o transcurso do processo penal. Para tal a hipótese de identificação constituiria elemento probatório e, portanto, o acusado pode se eximir da obrigação. Assim, o investigado deverá ser cientificado antecipadamente sobre o direito de não produzir provas contra si, antes da realização do exame, independentemente se os métodos utilizados serão invasivos ou não invasivos.

Esse parece ser o entendimento mais acertado, inclusive foi o adotado pela Turma da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, quando negaram, por unanimidade, o provimento, ao recurso interposto pelo MP.

No caso em apresentado ao Tribunal Mineiro, a apelação criminal, com pedido de tutela antecipada, interposta pelo MP contra a decisão proferida pelo juízo da Comarca de Carmo do Rio Claro a qual indeferiu o pedido de identificação criminal por meio de coleta forçada do material biológico de Rodrigo Aparecido de Bacco Gomes, investigado pela prática dos delitos de furto qualificado mediante uso de explosivos, homicídio tentado e adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

Em suas razões recursais, almejava o apelante a reforma da decisão para que fosse determinada a coleta de material biológico do investigado, independente do seu consentimento, sob o argumento de que a Lei 12.037/2009 comporta a realização da identificação criminal quando necessária à elucidação da autoria do delito. Alegava, ainda, que fora encontrada uma luva no local do crime e que a realização de exame biológico comparativo permitiria a apuração da autoria do crime. E, finalmente, afirmava que a realização do exame não ofende a integridade do acusado e nem o seu direito a não autoincriminação.

Entretanto, como já mencionado não foi esse o entendimento dos julgadores. Os desembargadores entenderam que a coleta forçada não deveria ocorrer, visto que ofende princípios constitucionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos, eis a ementa do julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. COLETA FORÇADA DE MATERIAL BIOLÓGICO DE INVESTIGADO PARA APURAÇÃO DA AUTORIA DELITIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1- A coleta forçada de material biológico de investigado para apuração da autoria delitiva, ainda que por técnica indolor, ofende princípios constitucionais (*nemo tenetur se detegere*), bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual toda a pessoa tem direito de não ser obrigada a

depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, da qual o Brasil é signatário. (Apelação Criminal nº 1.0144.13.001808-4/001 - Comarca de Carmo do Rio Claro - Apelante (s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Apelado (a)(s): Rodrigo Aparecido de Bacco Gomes - Interessado: Jorgevan Cabral Balata, Ari Manoel da Silva, Maicon de Lima Campos, Rogério Rubens dos Santos, Willian Elvis Benedito)²¹²

Vale ressaltar que em outros países o número de amostras nos bancos de dados genéticos é considerável. Tendo países, como por exemplo, a Inglaterra que possui mais de um milhão de perfis genéticos de suspeitos em seus bancos de dados.

Para uma melhor visualização, segue a tabela apresentada por Bonaccorso sobre os bancos de dados europeus.

²¹² Quando do julgamento da questão reconheceram que “a norma em discussão - Lei 12.654/2012 - prevê duas oportunidades em que o material genético pode ser colhido para integrar a identificação criminal, a primeira no transcorrer das investigações, quando o material se mostrar imprescindível na persecução e mediante autorização judicial, a segunda, em casos de condenações criminais irreversíveis por crimes dolosos praticados com grave violência à pessoa. [...] não se pode obrigar que uma pessoa seja submetida ao método de identificação criminal por meio de coleta forçada do material genético, como forma de realização de prova, sob pena de violação ao princípio do nemo tenetur se detegere.” Por oportuno, confira-se trecho do bem lançado parecer da il. Procuradora Oficiante: “Como cediço, a Lei 12.654/2012 altera dispositivos da Lei de Execuções Criminais (Lei 7.210/1984) e da Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/09), prevendo a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Sabe-se, ainda, que o novo diploma legal provoca debates em torno da obrigatoriedade de coleta de material genético de investigados e condenados, mormente porque envolve questões como o direito constitucional a eles garantido de não produzir provas contra si mesmo e os limites do Estado na investigação. A nova lei inseriu o parágrafo único ao art. 5º da Lei de Identificação Criminal, determinando que, além dos meios já existentes de identificação criminal, no caso de ser a identificação do indivíduo essencial à investigação policial, poderá a autoridade competente incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. A meu sentir, contudo, tal dispositivo de lei tolhe o direito constitucional daquele de não produzir prova contra si mesmo, uma vez que obriga o investigado a fornecer material genético para sua identificação criminal. Em razão da interpretação do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, o referido direito é considerado como fundamental do cidadão. A meu ver, não se pode, em um estado democrático de direito, admitir que a tal busca pela verdade seja alcançada mediante violações de direitos e de garantias do acusado. Considerando-se, pois, que toda pessoa tem o direito de não produzir prova contra si mesmo, o indivíduo que se nega a permitir a coleta de material biológico para se autodefender exerce um direito garantido constitucionalmente e, por tal razão, não pode ser responsabilizado criminal ou disciplinarmente por isso. Pode-se, inclusive, dizer que muito mais que um direito fundamental, o princípio de não produzir provas contra si mesmo é uma garantia de liberdade, mais notadamente da liberdade de autodeterminação do acusado em querer ou não ser objeto de prova. É certo que o aludido direito não é absoluto, devendo coexistir com outros direitos e valores no ordenamento jurídico. No entanto, para admitir uma restrição de direito fundamental, em caráter extraordinário, torna-se necessário uma lei, exata, rigorosa e que principalmente atenda ao princípio da proporcionalidade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim entendendo, o Estado não poderá, sob pena de inconstitucionalidade, impor, coercitivamente, que a pessoa ceda material genético para a coleta, ainda que mínimo, como no caso dos autos, que se refere à saliva do ora apelado. Portanto, vê-se que a Lei n.º 12.654/2012 prevê mera faculdade para o investigado ou condenado que, se assim o quiser, poderá permitir a coleta de seu material biológico. Vale mencionar que é pacífico o entendimento do STF de que, em face do princípio da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere), o acusado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que possam prejudicá-lo. Portanto, esse mesmo raciocínio será, certamente, aplicado para o fornecimento de material biológico.” (f. 195-197). Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133434683/apelacao-criminal-apr-10144130018084001-mg/inteiro-teor-133434728>>. Acesso em: 20 out. 2015.

TABELA 1 - Número de registros em bancos de dados de DNA de países Europeus

País	Número de perfis			Coincidências	
	Suspeitos	Condenados	Vestígios	Vestígio-indivíduo	Indivíduo-indivíduo
Áustria	39.000	300	7.500	-	-
Bélgica	-	-	1.100	-	23
Croácia	3.408	932	281	83	5
Dinamarca	351	130	185	4	21
Finlândia	3.469		1.516	386	94
Alemanha	110.000		12.500	1.760	990
Holanda	-	1.248	2.963	160	747
Noruega	-	525	88	2	1
Irlanda do Norte	18.673	8.759	2.078	1.039	40
Escócia	-	83.000	5.301	3.830	260
Suécia	1.100	170	3.000	270	395
Suíça	7.587	-	934	217	126
Inglaterra	1.288.080	-	135.878	115.357	13.511

Fonte: GARCÍA; ALONSO (2002, p. 37, *apud* BONACCORSO, 2010, p. 165)

Há alguns países que não fornecem informações oficiais sobre a quantidade de dados de seus programas de identificação genética criminal, deixando a tabela incompleta em alguns pontos.

Nota-se que em alguns países há uma taxa considerável de coincidências entre os vestígios recolhidos da cena do crime que contenham material biológico para a realização do exame de DNA e os perfis genéticos armazenados no banco de dados.

Já as coincidências indivíduo-indivíduo, são referentes aos casos em que ocorrem dúvidas sobre a identificação da pessoa, sendo analisadas as amostras constantes no banco de dados e o material biológico do indivíduo.

Importante ressaltar que ao mesmo tempo que o DNA pode auxiliar na elucidação de crimes levando ao cárcere os reais criminosos, também pode libertar quem é inocente das mazelas do sistema penal. A autora Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 292) cita que nos Estados Unidos várias pessoas já foram inocentadas em virtude dos exames de DNA.

Novamente, reafirma-se que o problema em si, não é a utilização das modernas técnicas, entre elas o exame de DNA para o aperfeiçoamento da persecução penal, mas sim a inobservância das garantias e direitos inerentes a todo acusado, além de considerar tais técnicas como inquestionáveis, baseando as condenações exclusivamente nelas.

Nas legislações comparadas, nota-se que, em alguns países, o tempo de permanência dos perfis genéticos no banco de dados não é infinito. Para uma melhor comparação com os bancos de outros países, seguem as informações sobre o tempo e o tipo de amostras permitidas em alguns bancos de dados genéticos criminais.

TABELA 2 - Tipos de amostras armazenadas e critérios de eliminação de perfis e amostras de DNA em bancos de dados de DNA de países Europeus

País	Suspeitos	Condenados	Vestígios	Crítérios para eliminação
Alemanha	Sim ¹	Sim ¹	Sim ²	5 anos: jovem 10 anos: adulto Se houver risco de reincidência ou a existência de cadastro criminal, é possível a extensão. Armazenamento com duração indeterminada é possível nos casos de homicídio ou crimes sexuais. De outra forma, os perfis são removidos.
Áustria	Sim ³	Sim	Sim	Condenados: nunca. Suspeitos devem requerer a remoção se reabilitados.
Bélgica	Não	Sim ⁴	Sim ⁵	10 anos: após a morte do condenado 30 anos: condenado
Dinamarca	Sim	Sim	Sim	Nunca
Escócia	Sim ⁶	Sim ⁶	Sim	Suspeitos: Após ilibação ou levantamento de acusações Condenados: conservados indefinidamente
Eslováquia	Sim ⁷	Sim ⁷	Sim ⁸	Suspeitos: Após ilibação Condenados: 100 anos após o nascimento.
Estônia	Sim	Sim	Sim ⁹	Suspeitos: Após ilibação ou 30 anos após a morte. Condenados: 30 anos após a morte.

Finlândia	Sim ¹⁰	Não ¹¹	Sim ¹²	<p>Suspeitos: A amostra dever ser destruída e o perfil removido um ano após o responsável pelo banco de dados ser notificado procurador de que não existe evidência de delito, que as acusações foram rejeitadas e que o julgamento ou sentença foram anulados.</p> <p>Condenados: Se o perfil não é removido antes, 10 anos após a morte.</p>
França	Sim ¹³	Sim ¹³	Sim ¹⁴	<p>Suspeitos: a remoção do perfil solicitada pelo procurador ou pelo suspeito quando a conservação do perfil já não é útil (sem indícios de crime, ou suspeito condenado).</p> <p>Condenados: perfis removidos ao fim de 40 anos após sentença final ou até indivíduo atinja 80 anos de idade.</p> <p>40 anos após análise de DNA para vestígios de crimes desconhecidos.</p>
Grécia¹⁵	Não	Não	Sim	Sem legislação
Holanda	Sim ¹⁶	Sim ¹⁷	Sim ¹⁸	20 anos no caso de condenação por crime punido com pena potencial de 4-6 anos e 30 anos no caso de condenação por crime punido com pena potencial superior a 6 anos.
Hungria	Sim ¹⁹	Sim ¹⁹	Sim	<p>Suspeitos: Até o arquivamento do processo ou absolvição</p> <p>Condenados: perfil é conservado 20 após o fim da pena. Se o indivíduo for sujeito a tratamento médico forçado, conseguir liberdade condicional ou entrar para instituição de correção, o perfil é conservado até o cumprimento da sentença.</p>
Irlanda do Norte	Sim ²⁰	Sim ²¹	Sim	Sem pressupostos legais para remoção. Os perfis dos falecidos ou indivíduos com idade acima dos 100 são removidos administrativamente.
Noruega	Não ²²	Sim ²³	Sim ²⁴	Os perfis devem ser removidos no prazo de 2 anos após a morte do condenado ou se o caso é reaberto e é provada a inocência do condenado.
Polônia	Sim	?	Sim	?
Portugal	Não ²⁵	Sim ²⁶	Sim ²⁷	Eliminados na mesma data em que se procede ao cancelamento definitivo das respectivas decisões no registro criminal, quando integrados em banco de dados contendo a informação relativa a amostras.
Reino Unido	Sim ²⁸	Sim ²⁸	Sim ²⁹	Lei permite retenção por tempo indefinido mesmo em caso de

				suspeito que seja libertado ou ilibado.
República Tcheca	Sim ³⁰	Sim ³¹	Sim ³²	Perfis revistos a cada 3anos. Removidos ao fim de 80 anos.
Suécia	Sim	Sim ³³	Sim	Suspeitos: conservados até ser possível o registro do suspeito como condenado. Condenados: removidos 10 anos após o cumprimento da sentença.
Suíça	Sim ³⁴	Sim ³⁵	Sim ³⁶	Suspeitos: em caso de exclusão com base em circunstâncias concretas. Em caso de morte. Sob requerimento após ilibação. Um ano após o arquivamento do processo. Cinco anos após o período de liberdade condicional ou após o pagamento de multa. Condenados: após 30 anos se o indivíduo não voltar a ser condenado. Se o indivíduo morre. Sob requerimento 20 anos após alta terapêutica ou após o cumprimento das medidas terapêuticas.
Ucrânia³⁷	Sim ³⁸	Sim ³⁸	Sim ³⁹	Perfis de vestígios são removidos em caso de correspondência.

Fonte: MACHADO; SILVA e SANTOS (2008, p.157-164 *apud* BONACCORSO, 2010, p. 166-169)

Legenda da Tabela 2

- 1 O indivíduo condenado ou suspeito deve ser considerado como potencial futura agente de crime punível pela polícia/justiça.
- 2 Vestígios de qualquer ofensa punível. Análise de DNA pode ser solicitada pela polícia ou pela procuradoria.
- 3 Qualquer delito que seja considerado "ofensa grave".
- 4 Limitado a delitos específicos contra pessoas.
- 5 Qualquer amostra de cena de crime pode ser adicionada se solicitado por um magistrado.
- 6 Inclui qualquer indivíduo preso ou detido, mas o critério usado pela polícia é: crimes de natureza sexual; crimes violentos, assalto, tentativas e maioria dos furtos. Sempre que o agente considere necessário.
- 7 Qualquer crime punível.
- 8 Todos os vestígios.
- 9 Inclui amostras das vítimas e testemunhas e amostras de eliminação ou despiste.
- 10 Quando a pena máxima para o delito equivale a pena de prisão de pelo menos 6 meses.
- 11 Já não mantém uma base de dados de indivíduos condenados. Todas as novas amostras de indivíduos devem ser recolhidas durante a investigação.
- 12 Legalmente, todos os perfis de amostras devem dar entrada na base de dados. Na Prática, o número mínimo de loci requerido é seis e não devem dar entrada perfis mistos demais de duas pessoas.
- 13 Baseado numa lista específica de crimes: crimes sexuais, crimes contra a humanidade, terrorismo, roubo, violências deliberadas, tortura, posse de bens roubados, falsificação de moeda, lavagem de dinheiro, tráfico de droga, proxenetismo, todos os atentados à vida (homicídio, etc.), atentados à liberdade (aplicação suspensa).
- 14 Qualquer vestígio não identificado encontrado em casos relevantes para a lista de crimes.
- 15 Sem legislação.
- 16 A adição do perfil é baseada numa extensão potencial da sentença acima de quatro anos. É requisito adicional que o procurador ou o juiz de instrução deva considerar que o teste poderá conduzir à solução do caso.
- 17 Indivíduos condenados por crimes puníveis com pena máxima de prisão de pelo menos quatro anos e aos quais certos castigos foram impostos. Inclui indivíduos com penas suspensas ou penas de trabalho em favor da comunidade, tratamentos obrigatórios de toxicod dependência, internamente para transgressores sistemáticos. Internamento em hospital psiquiátrico e em instituições de detenção de juvenis.
- 18 Qualquer uma. Os perfis são conservados por 18 anos; devem ser removidos após a condenação.

- 19 Na eventualidade de condenação por crime punível com pena de mais de 5 anos ou pertencentes a seguinte lista de ofensas: crime sexual com violência; crimes relacionados com atividade internacional; crimes contra jovens; crimes cometidos em série ou de forma organizada; crimes relacionados com substâncias psicoativas; crimes relacionados com dinheiro ou falsificação; crimes cometidos contra forças do Estado; violação de responsabilidades internacionais. Sem efeitos retroativos para argüidos condenados.
- 20 Suspeitos em todas as ofensas puníveis (aquelas que podem resultar em pena de prisão).
- 21 Atualmente considera o recolhimento de amostras da população prisional.
- 22 Alterações à legislação pendentes.
- 23 Apenas crimes graves: abuso sexual, crimes contra a vida e saúde, roubo, chantagem, crimes de perigo. Devem ser punidos com uma pena mínima de dois anos.
- 24 Não devem existir mais que duas pessoas nas misturas e a amostra de cena de crime deve estar associada ao ato criminoso.
- 25 Há possibilidade de recolhimento de amostras a pedido de argüidos ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de argüido.
- 26 Pessoas condenadas por crime doloso com pena concreta de prisão igualou superior a 3 anos (ainda que tenha sido substituída) e desde que haja despacho do juiz determinando a inserção.
- 27 CODIS implementado somente para amostras de vestígios.
- 28 Inclui qualquer indivíduo condenado ou detido por crime punível por lei.
- 29 Todas as amostras de vestígios.
- 30 Amostras comparativas podem ser recolhidas de suspeitos, mas apenas podem dar entrada na base de dados se constituídos argüidos em processo crime.
- 31 Os autores de crimes pouco graves não são incluídos.
- 32 Apenas vestígios provenientes de cenas de crime inexplicadas. O perfil deve ser removido se, quando comparado com base de dados, resultar correspondência.
- 33 A extensão potencial da sentença deve ser superior a dois anos.
- 34 Qualquer suspeito de delito ou crime.
- 35 Quando a pena é superior a um ano.
- 36 Qualquer vestígio recolhido pela polícia ou magistrados.
- 37 Sem legislação específica para o DNA. A autoridade provém de várias leis e ordenações.
- 38 Apenas condenados ou suspeitos por crimes graves: homicídio e violação com homicídio, crimes contra a liberdade sexual, violência.
- 39 Apenas para crimes graves não resolvidos.

Como visto, não há uma uniformidade entre os critérios para a eliminação dos perfis genéticos dos condenados e suspeitos. Alguns países, tais como a Áustria e a Dinamarca, determinam que os perfis dos condenados nunca sejam eliminados, pode-se concluir que também nos países (v.g. Bélgica, Estônia) em que a exclusão é feita apenas após a morte do condenado, há um caráter quase eterno desses dados. Outros países prevêm que o perfil genético do condenado deve ser removido ao fim de um período de tempo estipulado após a sentença condenatória.

No caso do banco de dados genético brasileiro, o perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial.

Além da questão temporal é importante mencionar que não adianta ser exigido por lei para que seja realmente efetivada a norma, é necessário que o Estado garanta os meios para que tal ordem seja efetivada. Isto se torna imperioso diante dos riscos à saúde que a ingerência corporal pode trazer riscos que podem ocasionar consequências irreparáveis para a vida do indivíduo.

Já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que diante de graves riscos a saúde do indivíduo, certas medidas devem ser evitadas ou serem realizadas em locais adequados. Nestes termos, é a seguinte decisão trazida por Queijo (2012, p. 311):

Recusa a fornecer sangue para exame de dosagem alcoólica. Inocorrência. Incorre o crime de desobediência na hipótese de recusa do agente em fornecer sangue para pesquisa de dosagem alcoólica, vez que, em tempos de AIDS, não se pode compelir qualquer pessoa a ser extraído sangue em repartições públicas não especializadas, onde não é improvável que o empirismo, a falta de material ou de higiene possa pôr em risco a saúde do examinado, máxime não sendo esse exame imprescindível à constatação da embriaguez, se presente prova testemunhal (TACRIM –SP – AC. 750.193 – Rel. Renato Nalini, j. 25.10.93).

Importante também ressaltar que, apesar da confiabilidade do exame de DNA, a própria ciência já descobriu que há algumas formas de manipular o resultado, por simples descuido durante a realização do exame ou dolosamente. Lopes Junior (2013, p. 639) traz à baila a recente descoberta científica sobre os testes de DNA, publicada no jornal The New York Times:

Cientistas israelenses divulgam em artigo a possibilidade de introduzir, com certa facilidade, em uma amostra qualquer de sangue ou saliva, o código genético de qualquer pessoa a cujo perfil de DNA se tenha acesso – sem que seja sequer necessário possuir uma amostra de seu material genético. A notícia é bastante relevante no sentido de minar a infalibilidade com que são tratadas as evidências e provas baseadas em testes genéticos a partir dos procedimentos usuais de perícia forense. E, ainda, as novas possibilidades de fraude que se abrem com o recurso a esta técnica podem aumentar os riscos potenciais do manejo de informação genética, com reflexos claros para a atual tendência à compilação de gigantescos bancos de dados genéticos.

Não obstante todo estudo deva ter a sua validade confirmada pela comunidade científica por intermédio de novos testes, é necessário ter em mente que o saber é mutável. Assim sendo, novas descobertas tendem a fazer com que antigos dogmas sejam rechaçados, sendo substituídos por novos conhecimentos.

O ponto primordial da utilização de novas técnicas científicas na produção probatória, mas especificamente do exame de DNA, é a entendimento por parte não apenas da população, mas para parcela dos operadores do Direito, de considerar certas provas como supremas, isto é, sua confiabilidade e falibilidade são tão mínimas que podem ser consideradas como verdades supremas.

Como assinalado por Lopes Junior (2013, p. 639), não se pode criar uma falsa ideia de que no processo probatório existe “a rainha das provas”, o autor afirma que

Uma prova pericial como essa demonstra apenas um grau, maior ou menor de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato. O exame de DNA, por exemplo, feito a partir da comparação do material genético do réu 'A' com os vestígios de esperma encontrados no corpo da vítima demonstra apenas que aquele material coletado pertence ao réu. Daí até provar que o réu 'A' violentou e matou a vítima existe uma distância que deve ser percorrida lançando mão de outros instrumentos probatórios.

Apesar dos avanços, a criação de bancos de dados genéticos deve ser pautado nos ditames constitucionais. Para que seja uma medida justa e eficaz, a identificação genética deveria ser estendida em âmbito nacional²¹³, tendo o indivíduo total autonomia para decidir sobre a sua inclusão e também exclusão de seus dados genéticos dos bancos estatais. A aplicabilidade dos dados genéticos poderia ser tanto para a simples identificação em casos que se faz mister sejam usadas as técnicas do exame de DNA, tais como desastres naturais/aéreos, ou na busca por desaparecidos e indigentes.

Já o uso no processo probatório, deve-se resumir à apenas nos casos de dúvida sobre a identificação, sendo que os dados genéticos e as amostras oriundas de um possível exame só devem ser adicionados ao banco de dados com a anuência do indivíduo.

Importante lição é o que preleciona o autor Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 183) analisando a constitucionalidade da Lei 12.654/12:

Que não se pense que desconhecemos a gravidade dos crimes que se repetem tragicamente no país. Ou que ignoramos a necessidade de um combate mais eficaz contra tais ações. E, menos ainda, que não nos alinhamos a todos aqueles que se

²¹³ O Projeto de Lei nº 5520/2005, do Deputado Federal Félix Mendonça (PFL-BA), pretendia que nas carteiras de identidade além das informações já constantes (nome, filiação, data de nascimento, entre outros), houvesse a inclusão dos dados genéticos. A princípio, os dados genéticos seriam inseridos num chip, sendo a carteira de identidade feita de material plástico rígido, conforme já acontece com os cartões bancários, porém, o projeto de lei foi alterado sobre a alegação de que os custos seriam onerosos para o Erário, além de que o papel moeda em que é produzida a carteira de identidade possui mais mecanismos contra a falsificação do que o plástico. Assim sendo, determinou-se que os dados genéticos deveriam ser mencionados diretamente no papel, ficando amostra de qualquer pessoa, alegava-se que os dados genéticos eram simples conjuntos de dígitos alfa-numéricos (mais precisamente 32 caracteres). Em audiências públicas realizadas na Câmara dos Deputados, peritos desaconselharam a inclusão dessa informação na carteira de identidade e afirmaram “que um exame de comparação de perfil genético demora pelo menos uma semana para ficar pronto e não custa menos do que R\$ 300 por pessoa, além de exigir equipamentos laboratoriais de custo não inferior a R\$ 1 milhão e de cara manutenção”. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIENCIA-E-TECNOLOGIA/89457-PERITOS-DESACONSELHAM-DNA-NA-CARTEIRA-DE-IDENTIDADE.html>>. Acesso em: 24 out. 2015. Na comissão de Constituição e Justiça, foi determinado que apesar da boa intenção do Projeto de Lei, o mesmo não prosperou, pois nas palavras de seu voto o Deputado José Genoíno afirmou que é “difícil pensar em informações que sejam mais afetas aos conceitos de intimidade e privacidade do que as provenientes do material genético de um ser humano; tais dados, por isso, devem estar a salvo de toda a manipulação, publicização e catalogação, quer sejam promovidas por entidades ou por governos, sob pena de desconstituir-se a esfera de privacidade e auto-determinação que o Direito e o Estado modernos consagraram ao indivíduo”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=643024&filename=Tramitacao-VTS+1+CCJC+%3D%3E+PL+5520/2005>. Acesso em: 25 out. 2015.

indignam contra agressões abjetas e incontroláveis por parte das pessoas referidas na citada lei. Nada disso.

A questão é: não haverá limites para essa nobilíssima batalha?

Diante disso tudo, fica a indagação de até onde o direito processual penal irá em busca da satisfação da persecução penal e se os indivíduos terão respeitados os seus direitos e as garantias fundamentais elencados na Lei Maior e nas legislações esparsas, espera-se que, em nenhum momento do presente e também do futuro, esses direitos tão basilares sejam abnegados visando um “suposto” bem maior.

5.4.1 Os direitos fundamentais do acusado x investigação criminal genética: a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal

Impõe-se examinar, finalmente, o princípio da proporcionalidade e suas conexões, pois ele será o fiel da balança por ocasião da análise das restrições imponíveis aos direitos fundamentais²¹⁴.

[...] a tensão entre efficientismo e garantismo expressa diferentes possibilidades de colisão de princípios constitucionais. Disso resulta que a solução das colisões entre direitos de defesa do imputado e o dever estatal de prestar uma justiça penal eficiente deve ocorrer pelo critério oferecido pela teoria dos princípios: o teste de proporcionalidade. (TROIS NETO, 2011, p. 59)

O ex-ministro do STF Eros Grau, julgando um *habeas corpus*, preceituou que, em matéria criminal, não se pode alegar que o princípio da proporcionalidade deva ser aplicado quando colidir direitos e princípios inerentes ao indivíduo. Para ele, há direitos em matéria criminal que devem prevalecer, pois tentar mitigá-los em benefício de outros direitos constitucionalmente previstos seria satisfazer a nenhum dos direitos. Afirma que

²¹⁴ Borlido Haddad em seu trabalho intitulado “A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação”, estudo publicado anteriormente a vigência da Lei 12.654/12, o autor declara que o exame de DNA realizado obrigatoriamente no acusado não violaria os princípios constitucionais da liberdade, da intimidade, da dignidade humana, da não autoincriminação e demais direitos estudados na presente dissertação a ponto de não ser permitida a realização da prova pericial. Segundo o Haddad (2007, p. 240) “O Estado tem o poder de agir com o emprego de força para colher provas e assegurar a aplicação da lei penal. A estruturação de um direito genérico de não suportar nenhuma diligência de prevenção, de inquirição e de prova poderia deixar desguarnecidas as autoridades encarregadas da persecução penal no desempenho de legítimas atividades de proteção da convivência e da segurança social. Em decorrência, o exercício da *vis absoluta* está autorizado, ao mesmo tempo em que é excluída a incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*”. Na visão do autor o interesse social está acima dos direitos e garantias do indivíduo que está sendo investigado criminalmente. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf>. Acesso em: 14 dez 2015.

No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual "não há direitos absolutos". E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.²¹⁵

Eros Grau prosseguindo em seu voto que asseverou que: “Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie”²¹⁶.

Não obstante o entendimento do ex-ministro, acolhe-se no presente estudo a ideia de que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado em matéria penal. O princípio da proporcionalidade *lato sensu* tem um significativo relevo no ordenamento jurídico pátrio. Assim sendo, na colisão de direitos fundamentais, a proporcionalidade atua para garantir um provimento jurisdicional adequado para o caso concreto.

Conforme já explanado em capítulo anterior, o exame da proporcionalidade em sentido escrito consiste em que após a constatação da adequação e necessidade da medida, se compare, concretamente, a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na colisão, consoante bem adverte Marteleto Filho (2012, p. 97).

A partir de tal entendimento, a questão é saber se, uma vez constatadas a idoneidade e necessidade da medida, a promoção da finalidade justifica o grau de restrição imposta ao direito fundamental a ser atingido (ETXEBERRIA GURIDI, 1999, p. 244). Se o sacrifício resulta excessivo ou irrazoável, a medida deverá ser considerada inadmissível, ainda que satisfaça os demais pressupostos derivados do princípio da proporcionalidade, isto é, ainda que a medida seja considerada idônea e necessária.²¹⁷

²¹⁵ HC HABEAS CORPUS 95.009-4/SP; RELATOR: MIN. EROS GRAU. (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>, p. 44)

²¹⁶ HC HABEAS CORPUS 95.009-4/SP; RELATOR: MIN. EROS GRAU. (<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>, p. 45)

²¹⁷ “No processo penal, a verificação da conformidade entre meios e fins dá-se pela resposta à pergunta: ‘O meio escolhido contribui para a obtenção da eficácia persecutória?’ [...] Verificada a aptidão do meio, passa-se à aplicação do subpreceito da necessidade ou intervenção mínima, que exige outra avaliação de caráter empírico. [...] A constatação da necessidade de uma medida processual penal interventiva dá-se pela resposta à seguinte pergunta: ‘Há um meio menos gravoso de se obter a eficácia na tutela penal?’ [...] se os custos ou sacrifícios não podem ser evitados, ainda que a medida restritiva seja idônea e necessária, torna-se imprescindível uma ponderação. A ponderação dá-se no terceiro passo da proporcionalidade, o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Diversamente das duas primeiras etapas, que dizem respeito às possibilidades fáticas, o subpreceito da proporcionalidade em sentido estrito insere-se no campo das possibilidades jurídicas. Ele exige a

A proporcionalidade em sentido estrito também é um princípio comparativo, que se baseia em um juízo de valor, o qual terá por objeto a tensão existente entre os interesses individuais e comunitários no processo. Trata-se, outrossim, de um princípio com conteúdo material, que exige do órgão jurisdicional estabelecer uma graduação entre os bens constitucionalmente tutelados e determinar, no caso concreto qual deverá prevalecer (ETXEBERRIA GURIDI, 1999, p. 245).

Marteleto Filho (2012, p. 98) dissertando sobre o tema acentua a importância do princípio da proporcionalidade em sentido estrito:

No campo do processo penal, no qual o Estado, por meio de seus órgãos, exerce sua potestade, e o indivíduo se converte em destinatário de uma série de diligências restritivas de direitos fundamentais (integridade corporal, intimidade, liberdade ambulatoria etc), avulta em importância o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Uma vez que as intervenções corporais e os exames de DNA dela decorrentes pressupõem graves intromissões na esfera mais íntima do indivíduo, ou seja, em seu próprio corpo (HUERTAS MARTÍN, 1999, p. 373), não existem dúvidas de que restringem direitos fundamentais consagrados no texto constitucional (GIL HERNANDEZ, 1995, p. 45).²¹⁸

Dentre tais direitos, sobreleva indicar a intimidade, a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a liberdade, a autodeterminação informacional e a proteção contra a autoincriminação exigindo-se, bem por isso, previsão legal e controle jurisdicional (EXTEBERRÍA GURIDI, 2000, p. 21-22).

Estabelecidas tais premissas fundamentais, passa-se a fazer alguns apontamentos sobre cada um dos direitos fundamentais restringidos pelas intervenções corporais com a finalidade trazida pela Lei 12.564/12, não se descurando da ideia central, aqui já repercutida, acerca da possibilidade de restrições àqueles direitos, preservando-se seu conteúdo essencial

verificação de se a restrição, adequada e necessária, é também justificável considerando a importância, concretamente aferida, da realização dos fins colimados com a medida. Trata-se, com efeito, de levar a cabo uma ponderação de bens entre a gravidade da intervenção no direito fundamental, por uma parte, e, por outra, o peso das razões que a justificam.” (TROIS NETO, 2011, p. 61-62)

²¹⁸ Fiori (2008, p. 108), não admite a intervenção corporal sem consentimento do acusado. É com veemência a que a mesma declara que: “[...] no caso de ser aceita a intervenção corporal sem o consentimento, a resistência do sujeito faz surgir a utilização da força física ou a responsabilização por crime de desobediência. Entendemos que a utilização da coação direta é uma violação flagrante dos direitos fundamentais das pessoas, tornando novamente, o acusado objeto do processo [...] a busca pela verdade real é uma utopia, e não é concebível nem justificável na estrutura social e política de nosso tempo aceitar que, para o esclarecimento dos fatos, infrinjam-se os direitos mais preciosos do ser humano, desrespeitando não só o princípio da proporcionalidade, mas desmantelando o próprio estado de Direito”.

e, em essência, a intangibilidade da dignidade da pessoa humana²¹⁹.

Segundo Marteleto Filho (2012, p. 113), definir o direito fundamental à intimidade constitui tarefa espinhosa²²⁰. O autor traz a baila que a Comissão Europeia de Direitos Humanos, nas suas decisões 8239/1978 e 8278/1978, “referentes a análises de sangue, proclamou que toda intervenção médica compulsiva implica uma intromissão no direito ao respeito à vida privada”.

Com efeito, a evolução científica e os novos métodos de investigação policial implicam, por um lado, a necessidade de se reforçar a proteção do direito à intimidade e, por outro, na necessidade de se admitir a imposição de restrições a tal direito. Bem há de se observar, estritamente, o princípio da proporcionalidade, especialmente em sua vertente da necessidade, buscando-se a medida menos gravosa para o direito fundamental, e que seja apta para o alcance da finalidade almejada. Desse modo, deve-se dar preferência a uma inspeção corporal em relação a um exame radiológico, caso ambos sejam aptos para o alcance do fim proposto (MARTELETO FILHO, 2012, p. 114).

De qualquer modo, consoante adverte Huertas Martín (1999, p. 381), como todo e qualquer direito fundamental, o direito à intimidade, em um Estado Social e Democrático de Direito, não é absoluto, podendo ser restringido para a defesa de importantes direitos coletivos. Isso já ocorre, por exemplo, com as buscas domiciliares e as interceptações de comunicações telefônicas – que comprometem a intimidade no sentido da privacidade da esfera íntima – sem maiores alvoroços da doutrina e jurisprudência (MARTELETO FILHO, 2012, p. 115).

A integridade física igualmente é um direito fundamental, resguardado em sede constitucional, com suporte fático amplo. Não há dúvidas de que as intervenções corporais podem afetar a integridade física do sujeito passivo, ainda que o faça sem danos à sua saúde, por meio da adoção das medidas sanitárias pertinentes (MARTELETO FILHO, 2012, p. 119).

As lesões à incolumidade física, ainda que de pequeníssima monta²²¹ – como se verifica na extração de mostras corporais para exame de DNA –, implicam, sim, em restrição

²¹⁹ Fiori (2008, p. 96) alude que a dignidade da pessoa humana é a referência para toda atuação estatal em relação do indivíduo, sendo o princípio da proporcionalidade balizador da aplicação das normas. “Este deve proteger a dignidade humana independentemente da relativização de qualquer outro interesse”.

²²⁰ Segundo o autor (2012, p. 112) que é necessário registrar a positivação de tal direito nos principais tratados internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, de 1966 (art. 17), a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 12) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 11-2) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 8º).

²²¹ Para Carlos Henrique Borlido Haddad (2007, p. 227-229) a lesão provocada no corpo do acusado é muito pequena o que não causaria ofensa à integridade física, devendo-se realizar um juízo de modo a aplicar ao caso o princípio da insignificância. São as palavras do de Haddad (2007, p. 229) “O afastamento da tipicidade material das ofensas corporais que não traduzam seqüelas ou sofrimento físico considerável, que não comprometam

ao direito fundamental (EXTEBERRÍA GURIDI, 2000, p. 21-22), em seu amplo âmbito de proteção. Cumpre aferir, portanto, em que medida, e sob quais condições, as intervenções devem ser consideradas legítimas, classificando-se como restrições e não violações ao direito²²².

Para Wagner Marteleto Filho (2012, p. 120) no tocante à extração de sangue, urina, ou tecidos corporais que não acarretem danos à saúde, nem tampouco atinjam, de modo significativo, a integridade física, deve-se considerar que tal direito pode ser restringido, desde que seja observada a máxima da proporcionalidade, em sua tríplice composição.

Não há dúvidas de que, em certo aspecto, o direito de liberdade se vê restringido pela execução das intervenções corporais (HUERTAS MARTÍN, 1999, p. 379), notadamente, naquelas situações em que o sujeito passivo se oponha à realização da medida. Aqui, cumpre ressaltar o pensamento contrário de Borlido Haddad (2007, p. 231) o qual concorda com a restrição da liberdade do acusado para fins de realização do exame²²³.

No que concerne às intervenções que atinjam a liberdade de autodeterminação informativa do sujeito passivo, como aquelas que visam pesquisar o âmbito codificante do DNA, visto que atingem o indivíduo na esfera nuclear de sua intimidade, viola-se a dignidade no seu conteúdo essencial. Aqui vale colacionar o entendimento de Marteleto Filho (2012, p. 115):

A eficiência na atuação do *jus puniendi*, para a tutela dos bens protegidos penalmente, não prescinde de um processo penal alinhando aos avanços tecnológicos, que empregue técnicas redutoras das margens de erro, desde que respeitada, em sua concretude, a dignidade pessoal do acusado.

Como afirmado anteriormente, o conceito de dignidade não é, na verdade, jurídico e nem político, senão essencialmente uma construção filosófica para expressar o valor intrínseco do indivíduo da pessoa, derivado de uma série de categorias de identificação, que a

anatômica, estética, fisiológica ou mentalmente o acusado é uma exigência das combinações dos critérios da tolerância, da danosidade social e da proporcionalidade”. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf>. Acesso em: 14 dez 2015.

²²² Exteberría-Guridi (1999, p. 33) crítica as intervenções em massa – totalmente desproporcionais – ocorridas em alguns países como a França, Alemanha e Grã-Bretanha. Estas consistem em intervenções corporais (como exames de sangue) para em momento posterior realizar uma análise de DNA, com a finalidade de identificar autores de crimes de grande repercussão social. Assim, indivíduos considerados suspeitos são obrigados a se submeter a tais procedimentos. Para o mesmo, admitir tal tipo de procedimento seria aceitar uma total falência do Estado de Direito e das Convenções sobre direitos humanos.

²²³ Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf>. Acesso em: 14 dez 2015.

fazem única e irrepetível. Trata-se de um dever fundamente, que explica a ética política e jurídica, consistindo, ao mesmo, em ponto de partida e de chegada (SARLET, 2012).

A dignidade da pessoa humana, na perspectiva ético-racionalista do pensamento kantiano, fulcrada na autonomia (capacidade de eleger as próprias normas), consiste na consideração do homem como fim em si mesmo, vedando-se sua coisificação:

“O imperativo prático será pois o seguinte: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer, outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio*”. (KANT, 2007, p. 69, grifo do autor).

A liberdade está indistintamente ligada à noção de autonomia²²⁴. A autonomia da vontade no agir em conformidade com a máxima de vida gerada pelo imperativo categórico são pontos fortes do sistema proposto por Kant²²⁵.

Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de atribuir-se) é liberdade. Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de *autonomia*, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenômenos. (KANT, 2007, p. 102, grifo do autor)

Desse modo, a partir das ideias kantianas pode-se dizer que toda pessoa é um fim em si mesmo, um sistema particular capaz de governar-se a si mesmo de acordo com a orientação da máxima decorrente do imperativo categórico. A pessoa, como ser por natureza racional, é o ser que tem em si o princípio do domínio de si; é o que sugere o filósofo por meio de sua reflexão²²⁶. Fazer uso de outrem é torná-lo meio, ou seja, é tratá-lo em completa afronta com o dever moral:

“Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. (KANT, 2007, p. 68, grifo do autor).

²²⁴ Joaquim Carlos Salgado (1995, p. 226) disserta que Kant “recebe de Rosseau a ideia de liberdade definida como autonomia na esfera política e interioriza-a, fazendo dessa autonomia também liberdade moral do indivíduo. Livre é a ação que decorre exclusivamente da razão, na medida em que não é perturbada pelos sentidos. É o legislar da razão pura prática para si mesma”.

²²⁵ Para Salgado (1995, p. 226) “o conceito de liberdade de Kant não encontra similar nos pensadores que o antecederam, ressalvada a contribuição de Rousseau. Não se identifica com o conceito de liberdade natural (fazer o que se quer), nem com liberdade jurídica (fazer o que não é proibido ou ordenado por lei), nem com o livre arbítrio (faculdade de escolher), que constituiu a concepção usual de liberdade até Kant”.

²²⁶ “O fundamento deste princípio é: *A natureza racional existe como fim em si*”. (KANT, 2007, p. 69, grifo do autor).

Trazendo os ensinamentos kantianos ao tema ora apreciado, é possível dizer que deve ser dada muita atenção a Lei 12.654/12 visto que com a adoção do modelo acusatório o indivíduo deixou de ser objeto do processo. Portanto, toda restrição aos direitos deve ser bem fundamentada, sob pena de sujeição do acusado a mero objeto da persecução penal. Privar o indivíduo de seus direitos e garantias fundamentais é voltar a um modelo ultrapassado de processo, traz-se a ideia do processo inquisitivo que não mais coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Quanto ao princípio da não autoincriminação, visto se tratar de um princípio – que igualmente aos outros direitos constantes no ordenamento pátrio não são absolutos – é vital que no caso concreto, seja utilizado o princípio da proporcionalidade para determinar a norma mais adequada.

A autora Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 406) afirma que o princípio do *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental e devido a falta de balizas estipuladas na Constituição Federal de 1988 seus limites “são imanentes, implícitos e decorrem da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento, em sede constitucional”.

Assim sendo, é necessária a relativização do princípio da não autoincriminação para a coexistência de outros direitos e garantias que o Estado Democrático elencou como meta a ser atingida. Diante de tal panorama,

Se não se admitisse qualquer limitação ao *nemo tenetur se detegere*, seria ele um direito absoluto e, conseqüentemente, em diversas situações, o interesse público na persecução penal restaria completamente aniquilado, comprometendo a paz social e a segurança pública, bens diretamente relacionados ao interesse na persecução penal, que seriam sacrificados, conduzindo a situações indesejáveis socialmente e que causariam repulsa. (QUEIJO, 2012, p. 406).

Cercear o indivíduo desse direito é legitimar a teoria direito penal do inimigo, a ideia de direito penal do “autor” e não do “fato”. Paulo Mário Canabarro Trois Netto (2010, p. 117-118) assevera que:

A proteção contra a autoincriminação tem um papel importante na busca, exigida pelo princípio do procedimento correto, de equilibrar os poderes comunicativos dos sujeitos processuais. A compreensão cênica, contudo, não está orientada à verdade de todos os participantes do processo, mas somente à verdade do imputado, pois o que está sob apuração é o fato a ele atribuído, e o objeto da decisão judicial consiste em nada menos que a sua própria condição de homem livre. Inescapável, portanto, que o acusador e acusado não estão em igualdade de condições, cabendo às formas procedimentais assegurar, tanto quanto possível, o equilíbrio entre os contendores.

A essas palavras acrescente o entendimento de Marteleto Filho (2012, p. 44) sobre o *nemo tenetur*, para quem o princípio consiste “na primeira máxima do garantismo processual acusatório, informada pela presunção de inocência, e tendo por objetivos a tutela da pessoa do acusado, bem como a inviolabilidade de sua consciência”.

Afirma Antônio Scarance Fernandes (2012, p. 89) que é essencial que haja uma estabilidade entre as garantias constitucionais e a persecução penal:

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantia a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

É importante que o processo penal garanta a efetiva observância dos direitos e garantias fundamentais com o fim de buscar a penalização, nesse sentido, é o que afirma Aury Lopes Junior (2013, p. 62, grifo do autor):

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o **respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade**, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Sendo necessário que existam tanto as garantias do indivíduo quanto a persecução penal, o princípio do *nemo tenetur se detegere* deve coexistir com a persecução penal, sendo o princípio da proporcionalidade o meio que definirá quais restrições ao direito do Estado de efetivar a *persecutio criminis* serão válidas frente ao direito de não produzir provas contra si, como também se deverá esse ser relativizado frente a persecução penal.

As medidas que restringem o princípio a não autoincriminação devem passar sob o crivo da proporcionalidade, devendo ser observado os subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Desse modo, para se limitar o princípio da não autoincriminação, a medida deve ser do ponto de vista do subprincípio da adequação, apta e idônea capaz de produzir o resultado pretendido, isto é, a prova obtida deve ser eficaz para a investigação ou o processo (QUEIJO, 2012, p. 408).

Para que subprincípio da necessidade seja confirmado, “é preciso que a medida restritiva ao *nemo tenetur se detegere* seja indispensável para a sua coexistência com outros

valores, como a segurança pública, a paz social e o interesse público na persecução penal” (QUEIJO, 2012, p. 408). A medida adotada deve ser a menos gravosa possível para o indivíduo, sendo assim no âmbito da produção probatória:

[...] as provas que não dependem de intervenção corporal deverão ser preferidas. Se houver necessidade de intervenção corporal, deve-se optar pelas medidas não invasivas. Exemplificando: se for possível realizar o exame de DNA em pelos e cabelos, é preferível a se utilizar o material sanguíneo. (QUEIJO, 2012, p. 409)²²⁷

E, por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser aferido levando em consideração os bens em jogo. Assim,

[...] verifica-se, desse modo, que a gravidade do delito investigado é um parâmetro importante para a avaliação da proporcionalidade em sentido estrito em relação às restrições ao *nemo tenetur se detegere*. Sob esse prisma, quanto mais grave a medida restritiva ao *nemo tenetur se detegere*, maior deve ser a gravidade do delito em apuração. (QUEIJO, 2012, p. 409)

Quanto maior for a gravidade do delito, tende-se a ter por mais aceitável a medida de restrição ao direito de não produzir provas contra si. Todavia preciosa é a lição de Aduauto Suannes. O mesmo preleciona que é necessário, independentemente da conduta delitiva do indivíduo, que não se eliminem os direitos e as garantias inerentes do acusado sobre a alegação de combate a criminalidade, pois

[...] nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo a sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado. (SUANNES *apud* LOPES JUNIOR, 2013, p. 229).

Pode-se inferir por tudo o que foi afirmado, que a Lei 12.654/12 deve passar pelo crivo da proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade *stricto sensu*). Sendo que, havendo conflito no caso concreto entre a *persecutio criminis* e o princípio do *nemo tenetur se detegere* e igualmente outros direitos e garantias inerentes ao imputado, deve-se buscar a melhor decisão, muitas vezes de difícil obtenção.

²²⁷ No mesmo sentido é o entendimento de Marteleto Filho (2012, p. 97) “[...] uma intervenção corporal não deve ser admitida caso a prova possa ser coletada por um meio menos gravoso para os direitos fundamentais dos envolvidos. Assim, caso haja material genético disponível na residência do acusado, como fios de cabelo, permitindo-se a realização do exame de DNA, não se deve recorrer à extração coercitiva de sangue”.

Necessário advertir, desde logo, que a proteção contra a autoincriminação não se deve ser reduzida à proibição do emprego de meios degradantes ou cruéis, sob pena de indevida redução do amplo âmbito de proteção da garantia e de sua transformação em um mero instituto histórico, de diminuta relevância jurídica (GARIBALDI, 2010, p. 37). Ao contrário, o *nemo tenetur se detegere* consiste em um corolário do sistema acusatório, no qual a busca incessante pela confissão não pode ser o objetivo central do processo – como ocorria no sistema inquisitorial – e no qual o acusado não deve ser visto como a principal fonte de provas, senão como sujeito de direitos, dotado de autonomia para decidir sobre “quando” e “como” se manifestar. Em uma palavra, a garantia representa um limite formal imposto à averiguação da verdade no processo democrático.

Diante de tudo o que foi exposto, fica patente a necessidade de garantir os direitos inerentes do imputado, mas abre-se a ressalva de que o Estado tem o direito e o dever de buscar a penalização dos delitos. O princípio da proporcionalidade será o meio capaz de solucionar essa quimera imortal.

Quanto à extração obrigatória do material genético para fins de identificação criminal do apenado e o princípio da proporcionalidade vale transcrever os dizeres de Diogo Carvalho (2013, p. 14):

Desse modo, origina-se uma “intervenção corporal obrigatória” aos condenados por delitos graves e hediondos que tem por objetivo precípua o fornecimento de um perfil genético a alimentar a base do banco de dados. Porém, destinada especificamente ao porvir, a violação coercitiva corporal aparece despida de uma concreta finalidade processual probatória (diz respeito apenas a uma situação futura, incerta e hipotética), não guardando um juízo de proporcionalidade exigido para amparar a obrigatoriedade da tamanha intromissão. Como assevera Umberto Galimberti, em um mundo de meios, onde não há fim a aparecer no horizonte, não existem mais leis morais, tampouco imperativos que não se inscrevam naquela regra de conduta que a técnica anuncia quando prescreve que “se deve fazer tudo aquilo que se pode fazer”, e, por consequência, “se deve empregar tudo aquilo que estiver disponível”.²²⁸

Com isso, fica patente a estigmatização do condenado, haja vista que o mesmo tem o direito de, após cumprida a pena, voltar a ser considerado um cidadão comum. Se uma das premissas da função da pena é a ressocialização²²⁹, em que conforme a LEP, o Estado e a comunidade têm o dever de ajudar na reintegração do condenado²³⁰, é de grande

²²⁸ Disponível em: < file:///C:/Users/usuario/Downloads/Boletim-04_IBRASPP.pdf>. Acesso em 29 out. 2015.

²²⁹ Conforme é definido pela Lei de Execução Penal, nº 7.210/84, em seu artigo 1º, a “execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

²³⁰ “Art. 4º - O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança. [...]”

incompreensão a criação de um banco de dados em que o próprio Estado dá caráter quase perpétuo de possíveis reincidentes - eternos suspeitos - a todos os condenados que já cumpriram sua “dívida” com o Estado.

Nesse sentido, aponta Eugenio Pacelli de Oliveira (2012, p. 183, grifo do autor) que o cidadão que já sofreu o processo penal e é obrigatoriamente submetido a uma identificação criminal não possui seu *status* pleno de inocência:

A pessoa, em semelhante cenário, passaria do *estado* (situação) de inocência para o *estado de suspeição*, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente! – o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). O problema não se resume, porém, às utilidades possíveis do cadastro. Trata-se, mais que isso, de se pugnar pelo reconhecimento do direito ao retorno à condição de cidadão pleno daquele que foi condenado e já cumpriu em toda a extensão a sanção que foi imposta. A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública.

Diogo Carvalho (2013, p. 15) compartilha a visão do Pacelli de Oliveira, assevera que “a (inválida) Lei nº 12.654/2012 revive aquela lógica previdente ficcional, porquanto o indivíduo é, via intervenção corporal, compelido a produzir prova (contra si mesmo) para um futuro delito que sequer aconteceu!”. E completa seu entendimento acerca do dispositivo: “Uma vez identificado (geneticamente) e atado às amarras do sistema, não há como o condenado se desvencilhar de sua imanente periculosidade. Um *Minority Report* à brasileira que, por óbvio, faria Galton regozijar de alegria”²³¹.

Realizando a aplicação do princípio da proporcionalidade na investigação criminal genética – aqui entendida como direito persecutório do Estado bem como direito a segurança pública – e a ofensa as garantias e direitos fundamentais do acusado é possível dizer se a restrição aos últimos é justificável. Para responder a essa indagação faz-se necessário obtemperar aos questionamentos lançados pelo próprio princípio da proporcionalidade.

Assim, questiona-se se a investigação criminal por intermédio da pesquisa/identificação genética contribui para a obtenção da eficácia persecutória estatal? A resposta é afirmativa. Não se pode negar a eficácia desse meio de prova. Devido ao seu alto grau de confiabilidade o exame é uma ferramenta importantíssima na elucidação da autoria de delitos.

Constatada a adequação da ferramenta, passa-se a análise da necessidade da medida. O subprincípio da intervenção mínima determina que a medida escolhida seja, dentre as

Art. 10 - A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

²³¹ Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Boletim-04_IBRASPP.pdf>. Acesso em 29 out. 2015.

adequadas para a realização ou fomento do fim, aquela que ocasione a menor restrição ao direito fundamental (TROIS NETO, 2011, p. 61). Para responder a esse questionamento é necessário levar em consideração as possibilidades do caso concreto, por exemplo, se a investigação pode ser realizada através de outro meio de prova, menos invasivo, dar-se-á prevalência a este último, não sendo realizada a pesquisa genética compulsória.

Por fim, verificada a idoneidade e necessidade da medida resta o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, no exame da proporcionalidade em sentido estrito reside o maior risco de erro na aplicação dos princípios, mormente pela possibilidade de contaminação pela “subjetividade do intérprete” (TROIS NETO, 2011, p. 62).

Surge então o questionamento se a restrição imposta aos direitos do acusado são justificáveis, considerando a importância da realização dos fins visados com a medida. Por tudo que foi exposto, resta claro que a investigação genética, realizada a partir da extração compulsória do material humano do acusado, lesa garantias e direitos fundamentais aqui mencionados.

A fim de se examinar a proporcionalidade em sentido estrito, convém trazer os dizeres de Haddad (2007, p. 218-219):

Não é princípio inserto na Constituição tenha a verdade de ser investigada custe o que custar, tampouco represente o esclarecimento e punição dos crimes, incondicionalmente, o interesse preponderante do Estado. A obtenção de uma verdade absolutamente correspondente à realidade dos fatos é incompatível com a natureza da atividade processual, malgrado a perseguição deva ser sempre almejada. E nessa perseguição, parafraseando Lenckner, deve o processo promover a revelação da verdade, porém não a qualquer preço (*soll der Prozess die Wahrheit zutage fördern, aber es soll es nicht um jeden Preis*)²³². O preço pago pela procura da verdade nem sempre compra os direitos e garantias impostos como limites ao esclarecimento dos fatos.²³³

Assim, pela análise da proporcionalidade em sentido estrito, é possível dizer que a lesão aos direitos constitucionalmente conferidos às pessoas ocasionada pela investigação genética compulsória não é justificável. O Estado ao impor limites a sua conduta o fez com fim de que ingerências como estas não ocorressem novamente.

Admitir que o acusado se torne objeto do processo é retornar ao superado modelo inquisitorial e, assim, deixar de lado todas as vitórias conquistadas no âmbito dos direitos fundamentais. É legitimar o direito penal do inimigo de Jakobs.

Realizado o teste da proporcionalidade, cumpre colacionar:

²³² O processo deve incentivar a verdade à luz, mas não se deve a qualquer preço (tradução livre).

²³³ Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf>. Acesso em: 14 dez 2015.

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade. (BONAVIDES, 2015, p. 466)

A análise acerca da constitucionalidade da Lei 12.654/12 pelos tribunais pátrios se faz cogente. Convém transcrever a preciosa lição de Paulo Bonavides (2015, p. 446): “Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador”. Daí a importância do Judiciário para analisar a vontade constituinte legítima.

Respondendo ao problema de pesquisa lançando no presente estudo, se a Lei 12.654/12 está em consonância com a teoria garantista adotada pelo STF, pela análise dos precedentes e princípios ora estudados no presente trabalho, é possível responder que não. Todavia, ao que parece, a referida lei ainda vai ser bastante debatida. Urge trazer a baila o voto do Relator Ministro Luiz Fux na Reclamação 19.208-MG²³⁴.

Na Reclamação, o MP de Minas Gerais alegava que a decisão de órgão fracionário da corte estadual afastou a incidência do art. 5º, parágrafo único, da lei 12.037/2009, não observando súmula vinculante número 10, isto é, não declarou que a lei era inconstitucional.²³⁵

O Ministro Relator julgou procedente a Reclamação, todavia manteve o que fora decidido pelo tribunal mineiro quanto a não obrigatoriedade do acusado de submeter-se obrigatoriamente ao exame.

DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra acórdão do TJ/MG que manteve decisão de primeira instância que indeferiu pedido de coleta de material biológico de investigado, nos termos da Lei 12.037/2009. Transcrevo a ementa do julgado:

“APELAÇÃO CRIMINAL. COLETA FORÇADA DE MATERIAL BIOLÓGICO DE INVESTIGADO PARA APURAÇÃO DE AUTORIA DELITIVA. VIOLAÇÃO

²³⁴ Tendo em vista que a discussão em torno da lei é bastante nova, o excelso tribunal brasileiro ainda não analisou detidamente a questão, sendo inclusive, o único julgado encontrado pela pesquisadora em que o STF se manifestava em relação à Lei 12.654/12.

²³⁵ No mesmo sentido a Reclamação 20.950/MG - julgamento em 22/10/2015 - cuja Relatora, a Ministra Cármen Lúcia citou e transcreveu a Reclamação 19.208/MG reiterando o mesmo posicionamento quanto ao assunto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28reclama%E7%E3o+19%2E208+%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1 - A coleta forçada de material biológico de investigação para apuração de autoria delitiva, ainda que por técnica indolor, ofende princípios constitucionais (nem tenetur se detegere), bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a qual toda a pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada, da qual o Brasil é signatário. 2 – Recurso não provido.”

[...]

O voto condutor do acórdão reclamado, por sua vez, foi prolatado nos seguintes termos:

“Registro, ainda, que com o advento da Lei 12.654/2012, a Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/09) e a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) foram modificadas, inaugurando no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. [...] A meu ver, não se pode obrigar que uma pessoa seja submetida ao método de identificação criminal por meio de coleta forçada do material genético, como forma de realização de prova, sob pena de violação ao princípio do nemo tenetur se detegere. [...] Além disso, como bem salientou o MM. Juiz a quo, um indivíduo não pode ser compelido a fornecer material biológico ao Estado, caso entenda que isso lhe seria desfavorável. Diante desse quadro, ao se obrigar alguém a fornecer material para traçar seu perfil genético, mesmo que de forma indolor, é constrangê-lo a produzir prova contra si mesmo, violando o princípio inserto no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal. Conclui-se, portanto, que na hipótese dos autos o interesse estatal não pode sobrepor a um direito legítimo do indivíduo sob pena de atropelar o consolidado Estado Democrático de Direito e retroagir ao temível Estado inquisitivo. [...] Destarte, em que pese o zelo e a combatividade do il. Promotor, penso que deve ser mantida a decisão vergastada, pois não bastasse a duvidosa constitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 12.037/09, o pleito ministerial ofende os princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação. Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, na esteira do judicioso parecer da il. Procuradora Oficiante, meu voto é no sentido de se NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, mantendo incólume a r. decisão agravada em seus próprios e jurídicos fundamentos”.²³⁶

O Ministro do STF, Luiz Fux, ao analisar o pedido do MP de Minas Gerais, entendeu que a obrigatoriedade em submeter-se a exame de DNA para fins de investigação criminal, ainda que de forma indolor, ofende aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da não autoincriminação. Acrescentou ainda que o interesse estatal não pode sobrepor-se ao direito legítimo do cidadão, sob pena de retrocesso ao Estado inquisitivo.

Tal decisão evidenciou que, naquele pleito, o STF manteve-se fiel a sua linha garantista e sinaliza que a Lei 12.654/12 será objeto de controvérsia, além de abrir um forte precedente no sentido de se admitir que o referido dispositivo legal está eivado de inconstitucionalidade²³⁷. Como dito reiterada vezes nesse trabalho o interesse persecutório do

²³⁶ Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/texto_307680905.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2015.

²³⁷ A função do STF de interpretar as normas à luz da Constituição é uma garantia do cidadão. Nesse sentido os dizeres de Costa: “[...] a possibilidade de provocar o Supremo Tribunal Federal para que este exerça sua função interpretativa e, em consequência, estabeleça o sentido das normas, é uma garantia constitucional. Esta garantia serve de instrumento para que se realize o princípio da segurança jurídica, na projeção que exige a previsibilidade dos efeitos da decisão, pois confere ao Direito o atributo da determinabilidade” (2014, p. 129). Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/382/343>. Acesso em 14 dez. 2015.

Estado não pode sobrepor a um direito legítimo do cidadão sob pena de atropelar o consolidado Estado Democrático de Direito e retroagir ao temido Estado inquisitivo.

Na concepção garantista, os magistrados exercem um papel capital, essencialmente no que concerne ao critério de interpretação da lei conforme a Lei Maior. O julgador não é um simples aplicador da lei, um simples executor da intenção do legislador ordinário. É, primordialmente, o guardião dos direitos fundamentais. Assim, diante de uma contrariedade de uma norma com a Constituição, o julgador irá optar sempre pela Lei Maior, fonte verdadeira de validade daquela.²³⁸

Assim, ao que parece a precitada decisão seguiu a teoria do garantismo penal. Cabe salientar os dizeres de Salo de Carvalho (2002, p.17):

[...] a teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Destarte, soam bem as palavras de Eugenio Pacelli de Oliveira (2012, p. 183) ao dissertar a respeito do cadastro genético nacional de condenados em crimes graves. “Aí, parece-nos haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas”. A temática acerca da identificação criminal se encontra na CFRB/88, mais especificamente no inciso LVIII do art. 5º, como garantia individual, ou seja, sua interpretação vem orientada pela proibição do excesso.

²³⁸ Esse é o entendimento de Ferrajoli (2004, p. 26): “[...] a sujeição do juiz à lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. E no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pelas mesmas”.

Considerações finais

Com a evolução da Teoria Geral do Direito, sobretudo devido à inserção dos princípios nos textos das Constituições, operou-se uma revolução de juridicidade sem precedentes nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram em princípios constitucionais. Destarte, as novas Constituições promulgadas aceraram a hegemonia axiológica dos princípios, e bem como assevera Paulo Bonavides, foram convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novéis sistemas constitucionais, tornando a teoria dos princípios, hoje, o coração das Constituições.

Pode-se dizer que a constitucionalização dos princípios constitui-se em axioma juspublicístico da atualidade. Os valores éticos e sociais que inspiraram e que ainda inspiram o surgimento dos direitos fundamentais acompanham a evolução da própria sociedade ao longo de sua história.

O respeito à dignidade do indivíduo, fundamento do imperativo categórico de Kant, de ordem moral, com o advento da Lei Maior de 1988, tornou-se um comando jurídico nesse país, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes do mundo. Ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre definir o seu conteúdo, suas características, ou mesmo permitir que se avalie essa dignidade. As Cartas Constitucionais, tampouco, o definem. O direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva de determinada comunidade, dispondo sobre a tutela, por intermédio de garantias, liberdades e direitos que a salvaguardem.

Ressalte-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas que, evidentemente, antes de se incorporarem os princípios às Cartas Constitucionais, foi necessário que se reconhecesse a pessoa como sujeito de direitos e, desse modo, detentora de uma dignidade própria.

Desse modo, é importante destacar que os direitos fundamentais possuem inegável conteúdo ético (aspecto material). Eles são os valores basais para uma vida digna em comunidade. Assim, eles estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Até porque, em um ambiente de opressão não há espaço para a vida digna. A dignidade humana é, portanto, a base axiológica desses direitos.

Assim, se a perspectiva teórica do estatuto processual penal de 1941 era claramente autoritária, prevalecendo a preocupação com a segurança pública, como se o direito penal constituísse verdadeira política pública, a CRFB/1988 caminhou noutra direção, diametralmente oposta.

A transformação ocorreu radicalmente. Enquanto a CPP pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do indivíduo, a Carta Maior instituiu um sistema de amplas garantias individuais, começando pela afirmação da situação jurídica de inocência de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória transitada em julgado.

A novel ordem estabeleceu que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como simples veículo de aplicação da lei penal, todavia, que se transformasse num instrumento de garantia do indivíduo contra o Estado. Assim, o devido processo penal constitucional objetiva realizar uma justiça penal submetida à exigência de igualdade real entre os litigantes. O processo justo, portanto, deve estar atento para a desigualdade material que geralmente acontece no curso de toda persecução penal, em que o ente estatal ocupa posição de proeminência, respondendo pela função investigatória e acusatória, como regra, e exercendo o monopólio da jurisdição.

O garantismo surgiu como uma teoria humanista, considerando a estrutura constitucional humanista, pautada na preservação de direitos, garantias e liberdades, e no devido processo legal, como proteção dos indivíduos contra o poder invasivo estatal, *jus puniendi*, em virtude da proteção de bens jurídicos.

Modelo de ação limitadora estatal no exercício da pretensão punitiva contra o cidadão no Estado Democrático de Direito, a teoria garantista obteve sucesso no panorama jurídico mundial, evidenciando o ser humano no ponto de vulnerabilidade na sociedade moderna. Devido ao fato dos delitos tornarem-se mais complexos, rompendo fronteiras de soberania estatais, na empreitada delituosa da violação de bens juridicamente salvaguardados pela lei penal.

Os ideias garantistas não visam limitar os poderes constitucionalmente assegurados aos órgãos de persecução penal, todavia, ofertar parâmetros constitucionais, calcados no fundamento da dignidade da pessoa humana, como derivado direto do garantismo, a fim se assegurar uma apuração lícita dos fatos.

Com o objetivo de uma investigação policial hábil e acusação apta a responder às expectativas da sociedade, o presente estudo almejou identificar no garantismo, fundamentos legais a fim de amparar a atuação dos órgãos da persecução penal.

Nessa esteira, o garantismo, que antes adstrito ao direito penal, expandiu sua aplicação de garantias no sistema amplo dos direitos fundamentais. O fortalecimento do garantismo como condição às investigações policiais, a fim de impedir eventuais malogros na busca da verdade judicial, já que seu conteúdo está diretamente unido ao conceito de Estado

Democrático de Direito, em que os cidadãos não serão submetidos aos flagelos da lei criminal, tão somente, para satisfazer a pretensão punitiva do Estado.

A partir de tais considerações a presente dissertação questionou se a Lei 12.654/12, que prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal está em conformidade com a teoria garantista adotada pela CRFB/1988 e pelo STF, o seu guardião.

Apesar do escasso material doutrinário no que se refere especificamente ao dispositivo legal em questão, em virtude até mesmo de sua pequena vigência, a pesquisa analisou os principais direitos e garantias fundamentais que possuem pertinência com persecução penal.

Verificou-se que apesar do referido Lei trazer em sua ementa que a mesma institui a identificação genética como forma de identificação criminal, sua verdadeira finalidade é a de utilizar o perfil genético como meio de prova, e assim, “cortando caminho”, facilitar a tarefa estatal na investigação dos delitos.

A Lei desde a sua criação gerou muitas dúvidas, principalmente acerca da obrigatoriedade de fornecimento do material genético. Polêmica, a mesma divide opiniões.

Para aqueles que defendem um direito penal mais severo, que legitimam a ideia do direito penal do inimigo, que pode ter seus direitos fundamentais cerceados ou até suprimidos, o referido diploma normativo representa a solução dos crimes mais graves. Todavia um estudo mais aprofundado do tema fez com que restasse claro que os exames de DNA não são provas infalíveis, que a cena de um crime, bem como as amostras do material, podem ser facilmente alterada a fim de incriminar um inocente.

A grande questão, todavia não reside nesses fatos, conquanto nas possíveis lesões a direitos fundamentais. Tendo em vista a recente história de um período ditatorial, não se pode conceber um direito legítimo a interferência injustificada na vida das pessoas. Um pretense direito à segurança pública superior ao conjunto de direitos e garantias individuais que foram fruto de um longo processo de árduas lutas contra um Estado absolutista, centralizador e hipersuficiente.

Uma vez que ao indivíduo é garantido constitucionalmente o devido processo legal, ou nas palavras de Eugenio Pacelli de Oliveira, “o processo justo”, a ingerência arbitrária na intimidade da pessoa, em seu DNA, sua esfera mais recôndita, com o intuito de subsidiar uma investigação criminal seria justificável?

Verificou-se o extremo equívoco do legislador em exigir do cidadão um exame compulsório, prevendo a obrigatoriedade de submissão à colheita de provas que violam a princípio da presunção de inocência, o direito de não produzir provas contra si mesmo, a

integridade física e a autodeterminação informativa e que servirá apenas para facilitar a *persecutio criminis* pelo Estado, em sua busca pela pleonástica “verdade real”.

Concluiu-se que tais direitos, apesar de não serem absolutos, podendo haver sua relativização face às peculiaridades/necessidade do caso concreto, possuem prevalência visto que refletem o ideal de Estado de Democrático Direito.

Não obstante toda divergência doutrinária acerca da questão, acredita-se que o STF seguirá sua linha garantidora da dignidade da pessoa humana e não permitirá que uma lei falha se sobreponha aos direitos fundamentais do cidadão.

Referências

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição brasileira. **Revista liberdades**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. nº 4, maio - agosto de 2010. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/52-ARTIGO#b1>. Acesso em: 27 out. 2015.

ALBUQUERQUE, Schirmer. **A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organizado, editado e traduzido por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ALMEIDA, Amanda. Mensalão é "ponto fora da curva", diz Luís Barroso, novo ministro do STF. **Correio Braziliense**. Brasília, 06 jun. 2103. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/06/06/internas_polbraeco,369885/mensalao-e-ponto-fora-da-curva-diz-luis-barroso-novo-ministro-do-stf.shtml>. Acesso em: 19 out. 2015.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. **Datilosopia, a determinação dos dedos**. Brasília: LabPAM, 2006.

_____. **Histórico dos processos de identificação**. 2004. Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2015.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AVENA, Norberto. **Processo penal: esquematizado**. 5.ed. São Paulo: Método, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 6 de ago de 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**. Ano 23, n. 82, p. 109-157, 4º trimestre, 2005.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BÊDE JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENTO, Patricia Stucchi. Garantismo na investigação policial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3217, 22 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21578>>. Acesso em: 12 out. 2015.

BIDART CAMPOS, Germán José. **Teoria general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal**. Trad. Dankwartn Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BINDER, Alberto Martín. **Introdução ao direito penal**. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. 2005. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15092010-145947/pt-br.php>>. Acesso em: 28 set. 2015.

_____. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de banco de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. 276 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/pt-br.php>>. Acesso em: 6 out. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. **Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais**. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para proteger a personalidade e a dignidade da pessoa natural. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 25 set. 2015.

_____. Código Civil Brasileiro. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.

_____. Código de Processo Penal Militar. **Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Institui o Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

_____. Código de Trânsito Brasileiro. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Congresso Nacional. Câmara Dos Deputados. **Projeto De Lei nº 1.775/2015**. Dispõe sobre o Registro Civil Nacional - RCN e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1342951&filenome=PL+1775/2015>. Acesso em: 25 ago. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 21 set. 2015.

_____. **Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=246771&norma=266453>>. Acesso em: 9 ago 2015.

_____. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. **Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L10054.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.

_____. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm>. Acesso em 22 nov. 2015.

_____. **Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 301.** Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23452/RJ.** Comissão parlamentar de inquérito - poderes de investigação (CF, art. 58, §3º) - limitações constitucionais. Luiz Carlos Barretti Junior Manoel Messias Peixinho e Outros Presidente da CPI. Relator: Min. Celso de Mello. Dj 12-05-2000 pp-00020 ementvol-01990-01 pp-00086. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 19.208/MG** APCRIM - 10144130018064001 - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Reclamante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Relator Min. Luiz Fux.** Data de Julgamento: 31/08/2015. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/texto_307680905.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 477.554/MG.** União civil entre pessoas do mesmo sexo. Edith Cristina Alves, Demian Alexandre Valadares Passos, Noé Alexandre de Melo, Carmem Mello de Aquino Netta representada por Elizabeth Alves Cabral e Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais Ipsemg Edson Vander de Souza. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 01/07/2011, Data de Publicação: DJe -148 divulg 02/08/2011 public. 03/08/2011 RT v. 100, n. 912, 2011, p. 575-588. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22926636/recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 568.** A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=568.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Diogo Machado de. A intervenção da Lei nº 12.654/2012: do “relato da minoria” à alegria de Galton. **Revista e Boletim Informativo do Instituto Brasileiro de**

Direito Processual Penal - IBRASPP – Ano 03, nº 04, 01/2013. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Boletim-04_IBRASPP.pdf>. Acesso em: 29 out. 2015.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. As presunções no direito processual penal: estudo preliminar do “estado de flagrância” na legislação brasileira. *In*: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 201-208.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho penal: parte general**. 3.ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; DUMAS, Camila Cristina de Oliveira. Tutela da segurança pública e o banco de perfis genéticos de criminosos (lei 12.654/2012). *In*: **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014**, João Pessoa. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c7c9ff0f870462d9>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

_____; CARVALHO, Gisele Mendes de. A identificação genética dos civilmente identificáveis como meio de prova de autoria. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 14, n. 2, p. 413-434, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621/2429>>. Acesso em: 20 set. 2015.

COSTA, Rafael de Oliveira. Hermenêutica constitucional e hermenêutica filosófica: horizontes da previsibilidade das decisões judiciais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Programa de Pós-Graduação da PUC Rio. n. 44 p. 122-141, jan/jun, 2014. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/382/343>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?)**. 2012. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 30 set. 2015.

CUNHA, José Sebastião Fagundes; BALUTA, José Jairo. **O processo penal à luz do pacto de São José da Costa Rica: a vigência e a supremacia sobre o direito interno brasileiro.** Curitiba: Juruá, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. *In*: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais.** Salvador: Juspodivm, 2007.

Decisão de Celso de Mello expôs duelo de ideologia institucional, diz professor. **Jornal do Brasil.** Rio de Janeiro, 18 set. 2013. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2013/09/18/decisao-de-celso-de-mello-expos-duelo-de-ideologia-institucional-diz-professor/>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 26 de agosto de 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30 out. 2015.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem.** São Paulo: Saraiva. 1988.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. **Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal.** Madrid: Trivium, 1999.

_____. **Las análisis de ADN y su aplicación al proceso penal.** Granada: Comares, 2000.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 4.ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. O Direito como sistema de garantias. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *In: O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIORI, Ariane Trevisan. **A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. 29.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARIBALDI, Gustavo Ernesto Luis. **Las modernas tecnologías de control y de investigación del delito**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GIOVANELLI, Alexandre. **Ciência forense: uma introdução à criminalística**. Rio de Janeiro: R. Grazionoli Garrido, 2012.

THE GERMAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE (Strafprozeßordnung - StPO). **Code of Criminal Procedure in the version published on 7 April 1987** (Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*] Part I p. 1074, 1319), as most recently amended by Article 3 of the Act of 23 April 2014 (Federal Law Gazette Part I p. 410). Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0369>. Acesso em: 14 out. 2015.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel. **Intervenciones corporales y derechos fundamentales**. Madrid: Colex, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**. São Paulo, nº 42, p. 30-34, abr. 1994.

GOMES, Iuri de Castro. Interrogatório por videoconferência, garantismo e efetividade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3527, 26 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23822/justica-penal-ideal-o-interrogatorio-por-videoconferencia-lei-n-11-900-09>>. Acesso em: 12 out. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Prova inquestionável: exame de DNA de Roberta Jamilly é válido legalmente**. 14 de fev de 2003. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-fev-14/exame_dna_roberta_jamilly_valido_legalmente>. Acesso 28 ago. 2015.

_____. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, nº 729, p. 377-387, jul. 1996.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolás. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

GÖSSEL, Karl-Heinz. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba em el proceso penal. **Revista del Ministerio Fiscal**. Madrid. Ministerio de Justicia. nº 3, p. 137-166, 1996.

GRASSELLI, Oraci Maria. **Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2011.

GRECO, Rogério (Coord.); SANTOS, William Douglas Resinentedos; CALHAU, Lélío Braga; KRYMCHANTOWSKI, Abouch Valenty; ANCILLOTTI, Roger. **Medicina legal à luz do direito penal e direito processual penal**. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 5.ed. Niterói-RJ: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. Violações processuais no julgamento do mensalão: exceção na jurisprudência do STF?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3823, 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26188>>. Acesso em: 29 out. 2015.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. **Revista da EMERJ**, Escola da Magistratura do estado do Rio de Janeiro, v.10, n. 39, 2007, p. 216-253. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf>. Acesso em: 14 dez 2015.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direito da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. **El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba**. Barcelona: J. Bosch, 1999.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 15.ed. São Paulo. Saraiva, 1993. v. 2.

JOBIM, Luiz Fernando; COSTA, Luís Renato; SILVA, Moacyr da. **Identificação humana**. Campinas: Millennium, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASH, Scott. **Crítica de la información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 335-343.

LEE, Henry C.; TIRNADY, Frank. **Blood evidence**: how the DNA is revolutionizing the way we solve crimes. Londres: Perseus Publishing, 2003.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Trad. Assis Mendonça Aachen. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

LEITÃO, Ricardo Azevedo. **Restrições aos direitos fundamentais como mecanismo de controle da ordem pública**. São Paulo: Fiuza Editores, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEUSIN, Rodrigo Westphalen; CADEMARTORI, Sérgio. Os direitos fundamentais nas relações privadas: da eficácia à teoria garantista de Luigi Ferrajoli. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/usuario/Downloads/7475-20125-1-SM.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

LOPERA MESA, Glória Maria. **Principio da proporcionalidad y ley penal**. Madrid: Centro de Estudos Politicos y Constitucionales, 2006.

LOPES JUNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo de execução penal. *In*: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp- 443-476.

_____. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, nº 236, p. 5-6, julho, 2012.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A hermenêutica dos direitos fundamentais à luz do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 12, pp. 59-95, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/181/146>>. Acesso em: 15 out. 2015.

MACHADO, Agapito. Prisão: o exagerado garantismo do STF. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3945, 20 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27690>>. Acesso em: 12 out. 2015.

MAIER, Julio. **Derecho processual penal: fundamentos**. 2.ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica da provas em matéria criminal**. Trad. J. Alves de Sá. 2.ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MANTOVANI JUNIOR, Laert. **O direito constitucional à intimidade e à vida privada do empregado e o poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2010.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina forense**. 8.ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Millennium, 2003. v.2.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MARTINS, Elaine. **O que é biometria?** Tecmundo. 19 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/o-que-e/3121-o-que-e-biometria-.htm>>. Acesso 4 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. O direito à autodeterminação informativa: a (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil, 2014. **Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11702/1571>>. Acesso em: 28 out. 2015.

Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal nº 1.0144.13.001808-4/001** - Coleta forçada de material biológico de investigado para apuração da autoria delitiva. Violação de princípios constitucionais. Impossibilidade. Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Rodrigo Aparecido de Bacco Gomes. Relator: Desembargador Antônio Armando dos Anjos. 3ª Câmara Criminal Belo Horizonte, Data de Julgamento: 05/08/2014, Data de Publicação: 13/08/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133434683/apelacao-criminal-apr-10144130018084001-mg/inteiro-teor-133434728>>. Acesso em: 20 out. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11.ed. rev. e atual. 8. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Maria Bernadete. A proteção das marcas. **Revista Virtual Direito Brasil**. v. 2, nº 1, 2008, p. 1-22. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/ma.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MULSER, José. **Identificação pela íris é mais real do que se pensa**. Portal da Oftalmologia. 03 jul. 2013. Disponível em: <http://portaldaoftalmologia.com.br/site/site2010/index.php?option=com_content&view=article&id=1684:identificacao-pela-iris-e-mais-real-do-que-se-pensa&catid=41:noticias&Itemid=77>. Acesso em: 05 set. 2015.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. O direito fundamental à autodeterminação informativa. *In*: XXI Congresso Nacional do CONPEDI. **Direitos Fundamentais e Democracia II**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 410-438. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>> Acesso em: 25 set. 2015.

NORONHA FILHO, Adalberto Salvador. **Direitos humanos fundamentais e a evolução da identificação criminal**: da mutilação ao perfil genético. 2013. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01-2013/Artigos/Adalberto%20Salvador%20Noronha%20Filho.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2015.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v.2.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5.ed. Niterói: Impetus, 2008.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito processual penal**. 7.ed. São Paulo: Rideel, 2011.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não-enumerados: justificação e aplicação**. Tese de doutorado (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/102251/223094.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 9 set. 2015.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica renovada**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 6.ed. Madri: Tecnos, 1999.

_____. **Los derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 1995.

PRESOTI, Fábio Passos; SANTIAGO NETO, José de Assis. O processo penal constitucional e o devido processo legal como garantia democrática. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, pp. 291-320, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/401/190>>. Acesso em: 15 out. 2015.

POLGREEN, Lydia. Na Índia, tecnologia beneficia programas sociais: esforço contra a corrupção digitaliza 2,4 bilhões de olhos. **Folha de São Paulo/The New York Times**. 19 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/newyorktimes/ny1909201101.htm>>. Acesso em: 5 set. 2015.

PORTAL PLANALTO. **Registro Civil Nacional unifica os principais documentos dos brasileiros**. 28 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/05/governo-envia-ao-congresso-projeto-que-institui-o-registro-civil-nacional>>. Acesso em: 5 set. 2015.

QUEIROZ, Silvia Maria Brandão. A democracia brasileira e o passado que não passa. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. UNESP. Bauru, v. 2, n. 3, p. 149-160, jul./dez. 2014. Disponível em <<http://www2.faac.unesp.br/revistafaac/index.php/ridh/article/view/191/104>>. Acesso em: 20 out. 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio e suas decorrências no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REVERÓN PALENZUELA, Benito. La nueva ley organica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de La base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales. **Revista de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao. Universidade de Deusto, nº 29, p. 67-109, 2008.

RODRIGUES, Fernando. Leia a transcrição da entrevista de Dias Toffoli à Folha e ao UOL. **Folha de São Paulo**. Rio de Janeiro, 11 jun. 1013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/06/1292936-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-dias-toffoli-a-folha-e-ao-uol.shtml>>. Acesso em: 19 out. 2015.

SANTOS, Vauleidir Ribeiros dos; TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. **Como se preparar para o exame da ordem: processo penal**. 12.ed. São Paulo: Método, 2012.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

_____. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p. 195-211.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Alexandre Garrido da; ARAÚJO, Anna Federici; MEDEIROS, Bernardo, *et al.* Os fundamentos teóricos e práticos do garantismo no STF. **Custos Legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Ano 1, nº 1, 2009, p. 01-23. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Dir_Pub_GAT%2001.pdf>. Acesso em 13 out. 2015.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *In*: **Revista de Direito do Estado**, n. 4, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporâneo: do positivismo clássico ao pós-positivo jurídico.** Curitiba: Juruá, 2014.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A identificação criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 51.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.1.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores.** São Paulo: Saraiva, 2009.

WILLIAMS, Robin; JOHNSON, Paul. **Genetic policing: the use of DNA in criminal investigations.** Cullompton: Willian Publising, 2008.