



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DA LEI Nº
12.654/2012

Sabrina Pimentel Gomes

Rio de Janeiro
2019

SABRINA PIMENTEL GOMES

A COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DA LEI N°
12.654/2012

Monografia apresentada como exigência
para conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes

Coorientadora:

Prof.^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2019

SABRINA PIMENTEL GOMES

A COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DA LEI Nº
12.654/2012

Monografia apresentada como exigência
para conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2019. Grau atribuído: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Convidado: Prof. Marcelo Pereira de Almeida – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Ao meu avô Clecy, que ao seu alcance, tornou tudo possível.

AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem dedico todas as minhas conquistas.

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pela cobrança ideal capaz de gerar uma transformação na rotina de estudos.

Ao meu orientador Guilherme Peña, por ser minha grande inspiração no Direito.

As professoras e coorientadoras Mônica Areal e Néli Fetzner, pela confiança e pela enorme contribuição na conclusão desse trabalho.

Aos meus pais, Teresinha e Cleyber, por sonharem meus sonhos comigo e fazê-los se tornar realidade.

A minha irmã Christianne, por trazer leveza e por me incentivar a continuar.

Ao meu namorado Yuri, por estar presente em todos os meus planos para o futuro.

A minha grande amiga Victoria, por dar continuidade na EMERJ a uma parceria que começou na UFF.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para eu chegar até aqui.

“Sonhar o sonho impossível, sofrer a angústia implacável, pisar onde os bravos não ousam, reparar o mal irreparável, amar um amor casto à distância, enfrentar o inimigo invencível, tentar quando as forças se esvaem, alcançar a estrela inatingível: essa é a minha busca”.

Miguel de Cervantes Saavedra

SÍNTESE

A Lei nº 12.654/2012 modificou a Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execução Penal – e a Lei nº 12.037/2009 – Lei de Identificação Criminal – com a finalidade de consentir com a identificação criminal realizada por meio de material genético, seja durante as investigações para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de crimes dolosos, com violência de natureza grave contra a pessoa ou hediondos. O presente trabalho aponta para uma defesa da constitucionalidade dessa identificação genética para fins criminais, pois enxerga o direito à segurança como um direito fundamental, cuja proteção deve ser mais ampla, em detrimento do direito a não produzir provas contra si mesmo, quando visualizadas sob uma perspectiva de ponderação de princípios. Analisar-se-á, de forma crítica, a absolutização dos direitos, de modo a questionar se a execução das medidas de intervenção corporal seria capaz de ultrapassar a entidade corpórea para alcançar a dignidade do seu corpo.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO | 12 |
| 1.1. O processo de afirmação da Constituição da República de 1988 | 12 |
| 1.2. Os direitos fundamentais no Brasil | 14 |
| 1.3. A técnica da ponderação de Robert Alexy | 17 |
| 1.4. A visão brasileira sobre o modelo de Robert Alexy | 21 |
| 1.5. A busca pela solução da colisão de direitos fundamentais | 23 |
| 1.6. A técnica da ponderação na Lei de Execução Penal | 28 |
| 2. EXAMES INERENTES À PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.654/2012 | 30 |
| 2.1. O postulado da proporcionalidade | 31 |
| 2.2. Identificação criminal | 39 |
| 2.3. Comentários à Lei 12.654 de 2012 | 43 |
| 2.4. Efetividade da Lei nº 12.654 de 2.012 | 51 |
| 3. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E A AFETAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS | 53 |
| 3.1. Direito ao silêncio | 55 |
| 3.2. Direito à não discriminação ou à não estigmatização | 63 |
| 3.3. Direito à intimidade | 65 |
| 3.4. Direito à liberdade física | 67 |
| 3.5. Direito à integridade física | 69 |
| 3.6. Direito à liberdade religiosa e de consciência | 70 |
| 4. LEGITIMIDADE E PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS DE INTERVENÇÃO CORPORAL | 73 |
| 4.1. Princípio da legalidade | 74 |
| 4.2. Adequação e necessidade | 77 |
| 4.3. Proporcionalidade em sentido estrito | 79 |
| 4.4. Autorização do juiz | 80 |
| 4.5. Direito fundamental à segurança | 82 |
| 5. A ABRANGÊNCIA DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL | 87 |
| 5.1. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 973837 – MG | 87 |
| 5.2. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 407.627 – MG | 90 |
| 5.3. Proposta de uma inovação legislativa sobre o tema | 92 |
| CONCLUSÃO | 98 |
| REFERÊNCIAS | 100 |

SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Acórdão
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AE- Agravo em Execução
Ag. – Agravo
AIDP - Association Internationale de Droit Pénal
Art. - Artigo
Arts.- Artigos
Boletim IBCCrim – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
Dec. - Decreto
DO – Diário Oficial
Dr. – Doutor
DJ – Diário da Justiça
HC – Habeas Corpus
IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBEP – Instituto Brasileiro de Execução Penal
LEP – Lei de Execução Penal
MP – Ministério Público
n. – número
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
p. – página
Prof. – Professor
RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais
RCNPCP – Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
RCrim – Recurso Criminal
REsp. – Recurso Especial
RJ – Revista Jurídica
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ – Tribunal de Justiça
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TRF – Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.654/2012, surge a possibilidade de se identificar os indivíduos por meio da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético. Tal modificação legislativa desafiou direitos e garantias individuais, ao permitir que fosse realizado um banco de dados com material genético coletado dos condenados. Ao mesmo tempo, foi considerada uma inovação no que tange à investigação criminal, uma vez que modificou a Lei de Execução Penal para permitir que condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos sejam submetidos à identificação criminal.

O princípio da não autoincriminação, considerado uma garantia constitucional pelo ordenamento jurídico brasileiro, permite ao paciente o direito ao silêncio, não estando, devido a isso, o condenado obrigado a produzir provas contra si mesmo, podendo negar ou manter-se calado. O trabalho pretende questionar até que ponto se pode dizer que a Lei nº 12.654/2012 caracteriza violação ao princípio da não autoincriminação, considerando que a presente lei ratifica a obrigatoriedade da extração de DNA dos condenados, mas não prevê nenhuma sanção para a negativa por parte do indivíduo, nem nenhum benefício ao condenado, caso ele forneça o seu material biológico por livre e espontânea vontade. Dessa forma, objetiva-se fazer um contraponto sobre a real efetividade da Lei nº 12.654/2012, caso houvesse a negativa na permissão da coleta do material biológico por parte do indivíduo.

O presente trabalho objetiva, com isso, abordar os direitos dos condenados frente aos princípios constitucionais, utilizando a Constituição da República Federativa do Brasil como norte para orientar o estudo. Analisar a real abordagem da premissa constitucional de que toda e qualquer pessoa tem o direito de não se autoincriminar, bem como analisar qual seria a solução para os casos dos indivíduos que se negam a fornecer seu material biológico para o depósito em banco de dados.

Por meio do confronto com os princípios constitucionais envolvidos, objetiva-se destacar o contraponto da instituição de uma lei que promete ampliar a efetivação da solução da autoria de diversos crimes, com os direitos humanos e fundamentais elencados no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, o trabalho em questão pretende analisar a real essencialidade da Lei nº 12.654/2012 na investigação criminal, uma vez que a Lei nº

12.037/2009 já enumera um rol de documentos que atestam a identificação civil dos indivíduos, regulamentando as hipóteses de identificação criminal por meio dos processos fotográficos e datiloscópicos.

No primeiro capítulo, pretende-se compreender, por meio de uma abordagem histórica dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, como se dá a colisão desses direitos e princípios fundamentais, por meio da técnica da ponderação exibida por Robert Alexy.

No segundo capítulo, objetiva-se demonstrar como é tratada pela Lei nº 12.654/2012 a identificação criminal por perfil genético no Brasil, de modo a assentar as bases do que é e como se desenvolveu tal mudança legislativa na Lei de Execução Penal. Nesse capítulo, também, é feito um exame do princípio da proporcionalidade na aplicação da Lei de Identificação Criminal.

No terceiro capítulo, o trabalho pretende fazer uma análise da Lei nº 12.654/2012, procurando-se abordar como se dá o processo de identificação criminal e suas consequências na afetação de direitos fundamentais.

No quarto capítulo, é feita uma abordagem em torno da legitimidade e pressupostos das medidas de intervenção corporal, bem como da análise do reconhecimento do direito à segurança pública como um direito fundamental.

No último capítulo, vencida a abordagem das controvérsias, o trabalho busca abordar os aspectos relevantes do julgamento do HC nº 407.627 – MG pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como apresentar uma proposta de mudança legislativa sobre o tema, abordando os principais pontos que deveriam ser trazidos na Lei de Execução Penal, no que tange à identificação genética para fins criminais.

Nesse sentido, por meio de uma pesquisa de origem bibliográfica e qualitativa, vislumbra-se, longe de propor uma pacificação sobre a questão, mas abordar os principais aspectos da mudança legislativa, bem como apontar as colisões de direito trazidas com a Lei nº 12.654/2012.

1. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹ elenca um rol de direitos inerentes à condição da pessoa humana a serem tutelados e implementados pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Esses direitos fundamentais podem colidir, exigindo que seja aplicado um controle de proporcionalidade, método usado para investigar determinada norma que institui a intervenção ou exação, a fim de verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em qual medida os outros princípios serão limitados.²

1.1. O processo de afirmação da Constituição da República de 1988

A colisão entre direitos fundamentais é muito comum no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 enumera diversos direitos fundamentais que, em determinadas situações, podem se chocar uns contra os outros. Com isso, é de suma importância um estudo sistemático sobre a ponderação de princípios, técnica usada para solucionar questões surgidas no cenário atual.

O princípio da proporcionalidade ganha destaque, pois é, através dele, que é aplicado um direito fundamental em detrimento de outro. Apesar da sua execução pelo Poder Judiciário gerar, muitas vezes, insegurança jurídica, tal prática mostra-se a mais adequada, considerando-se que é o meio mais fiel à proteção das garantias fundamentais elencadas na Constituição Republicana.

Desde a independência do Brasil, sete foram as Constituições que fizeram história no ordenamento pátrio: as de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. No Ordenamento Jurídico Brasileiro, de inspiração norte americana, se optou pelo sistema presidencialista de governo, dividindo-se o poder entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

A atual Constituição de 1988³, além de representar o marco simbólico entre a transição do regime militar e a democracia, representou a conquista de inúmeras garantias fundamentais. O voto foi garantido aos maiores de dezesseis anos, conquistas sociais e trabalhistas foram concretizadas, houve o fortalecimento da estrutura do Estado e da

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 190.

³ BRASIL, opus citatum. nota 1.

instituição do Ministério Público como fiscalizador da lei, transformando-o em um órgão com autonomia e independência, detentor da prerrogativa de propor ação civil pública. Ademais, foi estabelecido o voto facultativo para os analfabetos, para os maiores de 70 anos e o voto obrigatório para os maiores de 18 anos.

Com a Constituição de 1988⁴, o anseio da liberdade foi exaltado, pois foi o fim dos governos militares em um momento em que os brasileiros clamavam pela democracia. A busca pelos direitos individuais e coletivos foi positivada e a democracia, fortalecida.

Na distinção entre direitos e garantias fundamentais, é possível definir que direito é o próprio bem fundamental tutelado, é a posição jurídica que a Magna Carta Federativa do Brasil atribui uma fundamentalidade, formal ou material, ligada a um fundamento axiológico, como liberdade e igualdade. Isso faz com que todo o ordenamento jurídico seja interpretado à luz dele, podendo se falar em eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

Já as garantias se referem à ideia de que não basta ter direito se não existir um instrumento para tutelá-los. Tais instrumentos buscam efetivar a tutela dos direitos fundamentais, tais como as ações constitucionais e as garantias processuais.

Dentro do grupo das garantias fundamentais, estão os remédios constitucionais elencados pela Constituição Cidadã⁵, que são garantias fundamentais em que se busca uma promoção de direitos, mas tem como peculiaridade o fato de serem instrumentos processuais voltados especificamente à tutela de uma espécie ou um grupo de espécies de direitos fundamentais.

Assim, por remédios constitucionais entendem-se as ações de natureza constitucional que objetivam tornar efetivas as garantias constitucionais dos direitos fundamentais⁶.

Tal grupo de ações se construiu ao longo dos anos no constitucionalismo, ao ter por premissa básica que direitos fundamentais devem ter instrumentos próprios de proteção: os remédios constitucionais. Tais garantias têm procedimentos sumários aplicáveis de maneira diferenciada que, em razão disso, não vão permitir uma ampla cognição como uma ação ordinária permitiria.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Remédios Constitucionais*. São Paulo: WVC, 1998, p. 9.

1.2. Os direitos fundamentais no Brasil

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado, ou na sociedade⁷.

É possível falar em três características dos direitos fundamentais: inalienabilidade, historicidade e relatividade⁸.

Pela inalienabilidade entende-se que os direitos fundamentais não são subordinados à disposição jurídica, pelos institutos da alienação e renúncia, ou disposição material, pelos instrumentos de abandono e destruição da coisa. Dessa forma, devem ser considerados nulos, por ilicitude do objeto, os negócios jurídicos que resultem em transmissão dos direitos que violam a vida e a integridade moral e física⁹.

Historicidade significa que os direitos fundamentais são objeto de transformações ao longo do passar dos tempos, retratadas pelas três gerações ou gestações engendradas por Karel Vasak¹⁰.

Nas palavras de Guilherme Peña de Moraes¹¹, “a primeira geração é indicada pelo estabelecimento de um dever de omissão, de forma que os direitos de liberdade são satisfeitos por uma abstenção, em atenção à esfera de ação pessoal própria, inibidora da atuação do Estado Liberal”.

Sobre a segunda geração, o autor¹² informa que ela é identificada pelo estreitamento de um dever de ação, de modo que os direitos de igualdade são solucionados por uma prestação, em atendimento às necessidades sociais, econômicas, por parte do Estado Social.

Em relação à terceira geração, ela pode ser individualizada pela fraternidade, sobretudo os direitos à comunicação, desenvolvimento, meio ambiente equilibrado e sadio, paz mundial e proteção do patrimônio artístico e cultural, que refogem à dicotomia entre público e privado¹³.

⁷ MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos Fundamentais: conflitos e soluções*. São Paulo: Frater et Labor, 2000, p. 11.

⁸ *Ibidem*, p. 579.

⁹ MALUF, Carlos Alberto. *Da Cláusula de Inalienabilidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 34.

¹⁰ MORAES, opus citatum, 2016, p. 579.

¹¹ *Ibidem*, p. 580.

¹² *Ibidem*.

¹³ VASAK, Karel. *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*. Lisboa: Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1983, p. 42.

A relatividade diz respeito à colisão de direitos fundamentais, que deve ser resolvida por meio da chamada dimensão do peso¹⁴, pelo mecanismo da ponderação, com a finalidade de obter a harmonização entre os direitos em conflito¹⁵.

De acordo com Guilherme Peña de Moraes¹⁶, a colisão de direitos fundamentais divide-se em colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, e colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Na primeira hipótese, há o conflito de um direito com o de outro, idêntico ou não, por parte de titular diverso¹⁷. Na segunda hipótese, há o conflito entre um direito fundamental com a necessidade de preservação de bens jurídicos protegidos constitucionalmente¹⁸.

A restrição de direitos fundamentais pode ser dividida entre restrição de direitos fundamentais por lei, procedida pelo legislador, devido à reserva legal explícita, e restrição de direitos fundamentais com base em uma lei, promovida pelos intérpretes do texto constitucional, frente a não existência de reserva legal¹⁹.

Em relação à proteção dos direitos fundamentais, fala-se em natureza normativa, institucional ou processual²⁰, com o objetivo de assegurar a plena realização desses²¹.

A proteção normativa dos direitos fundamentais se dá por meio das cláusulas pétreas ou limitação material explícita ao poder constituinte derivado reformador, que não admite reforma devido ao artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil^{22, 23}.

A proteção institucional se dá no âmbito da organização e funcionamento do Poder Judiciário, funções essenciais à justiça e Tribunais de Contas²⁴.

¹⁴ MORAES, opus citatum, 2016, p. 582.

¹⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 93.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Guilherme Peña exemplifica o choque entre o direito à liberdade artística, intelectual, científica, ou de comunicação, do art. 5, inciso IX, CRFB, e o direito à vida privada, honra ou imagem, expressos no artigo 5, inciso X, da CRFB. MORAES, opus citatum, 2016, p. 582.

¹⁸ O autor exemplifica o conflito do direito de propriedade, elencado no artigo 5, inciso XXII, da CRFB e o direito ao patrimônio cultural, expresso no artigo 216, parágrafo primeiro, da CRFB, no caso de tombamento de coisas. Ibidem.

¹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 32.

²⁰ MORAES, opus citatum, 2016, p. 587.

²¹ COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005, p. 34.

²² BRASIL, opus citatum, nota 2.

²³ MORAES, opus citatum, 2016, p. 588.

²⁴ Ibidem, p. 589.

Já a proteção processual diz respeito aos mecanismos processuais de proteção dos direitos fundamentais, como os remédios constitucionais²⁵, ações de natureza constitucional que visam a efetivar as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais foram definidos pela Constituição da República Federativa do Brasil como aqueles protegidos e garantidos pelo Estado. A Constituição da República de 1.988, conhecida como Constituição Cidadã, foi responsável pela ampliação desses direitos, dando aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, significando que o simples fato deles existirem é suficiente para a produção de efeitos.

Tais direitos fundamentais não excluem a existência de outros, definindo a Constituição Federal que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional se equivalem às emendas à Constituição, tendo as mesmas validades de um direito fundamental.

Os direitos fundamentais foram fortalecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, deixando claro que todos são iguais perante a lei, não podendo existir nenhuma discriminação entre as pessoas. Foram garantidos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Da mesma forma, a Constituição Federal²⁶ exaltou os direitos sociais, tais como o direito à saúde, à educação, a uma alimentação digna, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer e à segurança.

Os direitos da nacionalidade também foram ratificados pela Constituição da República, que estabeleceu o conceito de nacionalidade e perda dela, bem como a não diferença da lei entre os brasileiros natos e naturalizados, só ocorrendo com a eleição de determinados cargos que só podem ser ocupados por brasileiros natos²⁷.

Os direitos políticos, reconhecidos pela Constituição Republicana, ficaram responsáveis por definir a soberania do povo, exercida pelo sufrágio universal e pelo voto secreto e direto. Em relação à liberdade para a criação e extinção dos partidos políticos, a Constituição Federal proibiu o recebimento de recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros, determinando a obrigação de prestar contas à Justiça Eleitoral²⁸.

²⁵ Ibidem, p. 590.

²⁶ BRASIL, opus citatum, nota 3.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Idem, opus citatum, nota 4.

Assim, visando a garantir a cidadania e à dignidade humana, a Constituição da República Federativa do Brasil defende princípios como a igualdade entre gêneros; a erradicação da pobreza, da marginalidade e das desigualdades sociais; a luta pelo bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, gênero, idade ou cor; o fim do racismo, considerando-o como crime imprescritível; a proteção da cultura do índio, o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento, dentre outros direitos reconhecidos pela Constituição Republicana.

Nesse contexto histórico, diante de tantos direitos fundamentais definidos na Constituição Federal de 1988²⁹, o Poder Judiciário protagonizou uma missão: interpretar a Constituição e adaptar suas normas de acordo com o caso concreto, diante das inúmeras adequações que seriam necessárias às exigências cotidianas. Esse foi o importante encargo da atuação do Poder Judiciário, dos seus juízes e de todos os Tribunais Superiores.

O fortalecimento do Poder Judiciário, aliado aos inúmeros direitos e garantias fundamentais positivadas pela Constituição da República contribuiu com a denominada judicialização de direitos. Porém, a aplicação dos direitos fundamentais pode resultar em colisão de tais direitos, gerando um impasse ao intérprete, sobre qual direito seja o mais adequado ao caso concreto.

Dessa forma, é dever do intérprete recorrer a ensinamentos estrangeiros, caso aqui não seja proposta uma solução, para adequar os direitos e garantias fundamentais e ponderá-los da forma menos traumática possível.

1.3. A técnica da ponderação de Robert Alexy

É válido recorrer à importação de exemplos jurisprudenciais, tal como ocorre na Alemanha, que adota, muitas vezes, a teoria do jurista alemão Robert Alexy sobre a adoção da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade como forma de resolver o conflito entre os direitos fundamentais³⁰. Tal teoria é incorporada pelo Brasil em muitos casos, apresentando resultados positivos quando adotada.

²⁹ Ibidem.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80-84.

Robert Alexy defendeu o modelo adotado por Ronald Dworkin³¹, informando ser de suma importância a distinção entre regras e princípios, uma vez que ela é a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais³². Segundo o autor, tanto regras quanto os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser, o que pode ser feito, e o que não pode ser feito. Assim, a distinção entre regras e princípios deve ser vista como a distinção entre duas espécies de normas.

Utilizando-se do critério da generalidade, os princípios são normas com um grau considerável de generalidade, enquanto as regras apresentam um grau baixo de generalidade³³, de modo que toda norma é ou uma regra, ou um princípio³⁴. Assim, de acordo com Robert Alexy, a diferença é unicamente qualitativa – normativa –, fundada na forma como é resolvido o princípio.

Tal diferenciação entre regras e princípios salta aos olhos no caso de colisão entre princípios e conflitos entre regras³⁵. No caso do conflito entre regras, ele deve ser solucionado de forma a se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida³⁶. Caso esse tipo de solução não seja possível, uma das regras deve ser declarada inválida e excluída no ordenamento jurídico do país³⁷.

Ao contrário das regras, na colisão de princípios, um princípio deve ceder³⁸ quando um princípio determina que uma coisa pode ser feita, e outro princípio a proíbe. Longe de um princípio ser considerado inválido ou que deva ser posta uma cláusula de exceção, o que ocorre realmente é que um dos princípios terá procedência em face do outro, sob determinadas condições³⁹.

Dessa forma, segundo Robert Alexy⁴⁰, os conflitos entre princípios não ocorrem na dimensão da validade, como o conflito entre regras, e sim na dimensão do peso, determinando

³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21.

³² ALEXY, opus citatum, p. 85.

³³ *Ibidem*, p. 24.

³⁴ *Ibidem*, p. 81.

³⁵ *Ibidem*, p. 91.

³⁶ *Ibidem*, p. 92.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 93.

³⁹ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁰ *Ibidem*.

que um princípio possa ter um peso mais elevado que outro, naquelas condições, mas ambos os princípios podem coexistir no mesmo ordenamento jurídico.

O autor alemão⁴¹ exemplifica como as soluções de colisões entre princípios são aplicadas no caso concreto, por meio do sopesamento de interesses feitos pelos Tribunais: “Em um caso concreto, o princípio P, tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P, prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto”.

Um dos fundamentos da teoria dos princípios é chamada por Robert Alexy⁴² de Teoria da Colisão, que reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: inexistência de relação absoluta de precedência somado à referência a ações e situações que não são quantificáveis.

Segundo o autor⁴³, essa colisão não pode ser resolvida por meio da invalidade de uma das normas, mas pelo sopesamento, no qual nenhum dos princípios pode pretender uma precedência geral. Deve-se, portanto, decidir qual interesse deve ceder, de acordo com o caso concreto e suas circunstâncias especiais.

Robert Alexy⁴⁴ fala em caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Significa dizer que os princípios não contém um mandamento definitivo, mas *prima facie*, uma vez que gozam da exigência de que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Significa dizer que o fato de um princípio ser aplicado ao caso concreto, não necessariamente quer dizer que ele traga um resultado definitivo, que deve sempre ser aplicado, pois o caso concreto pode se modificar e exigir a aplicação de uma solução diferente da anteriormente definida. Dessa forma, Alexy⁴⁵ afirma que os princípios possuem conteúdo de determinação, ou seja, é o caso concreto que vai determinar a razão de ser do uso de tal princípio.

As regras, diferentemente dos princípios, possuem um caráter de determinação, tendo em vista que quando são aplicadas, conseguem estabelecer um resultado definitivo, que será sempre aplicado, ao menos que sejam declaradas inválidas⁴⁶. Para que as regras percam seu

⁴¹ Ibidem, p. 97.

⁴² Ibidem, p. 99.

⁴³ Ibidem, p. 100.

⁴⁴ Ibidem, p. 103.

⁴⁵ Ibidem, p. 104.

⁴⁶ Ibidem.

caráter definitivo, é necessário que seja introduzida uma cláusula de exceção em uma delas, para que, assim, elas adquiram o caráter *prima facie*, essencialmente mais forte que o caráter *prima facie* dos princípios.

Em relação aos princípios, tal caráter *prima facie* pode ser realçado, como por exemplo, se se introduzisse uma carga de argumentação em favor de alguns princípios.

Dessa forma, Robert Alexy⁴⁷ utiliza da metáfora do peso para justificar as razões para que um princípio se sobreponha a outro.

Assim, não seria possível falar em princípio absoluto, ou aquele que nunca poderia ceder em detrimento de outro⁴⁸. Isso porque um princípio pode se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais, e caso um princípio se referisse a direito coletivo e fosse absoluto, as normas dos direitos fundamentais não poderiam estabelecer limites jurídicos a eles, o que resultaria na conclusão de que até onde o princípio absoluto alcançasse, não poderia haver direitos fundamentais⁴⁹. Da mesma forma, se um princípio de direitos individuais fosse considerado absoluto, a ausência de limites desses princípios levaria, em caso de colisão, a conclusão de que o interesse coletivo sempre teria que se anular frente aos interesses individuais, o que prejudicaria a vida em sociedade.

A teoria dos princípios⁵⁰ apresenta uma conexão com a máxima da proporcionalidade, que apresenta três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do mandamento de princípios das normas de direitos fundamentais. Já as máximas da necessidade e adequação resultam da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas⁵¹.

Dessa forma, deve ser realizado um sopesamento, ou uma ponderação, visando-se a determinar qual norma deve prevalecer no caso concreto em que haja conflito de valores e que seja inviável a determinação de um valor maior a um princípio, em detrimento de outro.

Conforme Alexy⁵², é possível falar tanto em sopesamento de princípios, como em sopesamento de valores. Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem, p. 111.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem, p. 116 a 117.

⁵¹ Ibidem, p. 118.

⁵² Ibidem, p. 144.

princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro⁵³. Alexy⁵⁴ chama tal teoria de lei do sopesamento, que informa que a medida permitida da não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro⁵⁵, não havendo que se falar em princípio absoluto. Os sopesamentos podem, portanto, serem enxergados como uma regra de decisão diferenciada ou uma tarefa de otimização⁵⁶.

Tal discussão a respeito da teoria da ponderação de princípios resultou no surgimento de várias correntes doutrinárias e jurisprudenciais, sedentas em conhecer o novo modo de solução dos conflitos entre os princípios e entre as regras. Com o estudo da teoria, algumas críticas foram realizadas à teoria da colisão de Robert Alexy.

1.4. A visão brasileira sobre o modelo de Robert Alexy

A posição de Alexy encontra críticas. De modo diverso, pode-se entender que a ponderação pode ser aplicada às regras e aos argumentos, não devendo ser, necessariamente, aplicadas exclusivamente aos princípios.

Como ressalta Ana Paula Barcelos⁵⁷, é possível confundir ponderação com interpretação, pois enxergam a ponderação em um sentido mais amplo. Assim, alguns autores usam a técnica da ponderação em qualquer conflito normativo, de modo a se chegar a uma solução genérica sobre um conflito normativo. Segundo a autora, há um equívoco em adotar tal premissa, tendo em vista que aumenta sem precedentes o uso da ponderação, técnica que deve ser usada só para os casos em que há insuficiência de subsunção, forma ordinária de aplicação.

De acordo com Canotilho⁵⁸:

O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens.

⁵³ *Ibidem*, p. 167.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 173.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1162.

Humberto Ávila, na obra *Teoria dos Princípios*⁵⁹, afirmou que não apenas os princípios seriam ponderáveis, como também as regras, que da mesma forma que os princípios, entram em choque, o que deve ser solucionado com a teoria da ponderação⁶⁰. De acordo com o autor, não necessariamente precisaria haver a invalidação de uma regra, ao entrar em conflito com outra, bastando que a ela fosse aplicada a mesma sistemática do que é aplicado aos princípios, qual seja, a atribuição de pesos, mantendo-se ambas dentro do ordenamento jurídico⁶¹.

Dessa forma, através da ponderação, as regras também podem ter seu conteúdo sopesado, não obrigatoriamente tendo que ser excluída do ordenamento vigente, conforme defendeu Robert Alexy. Assim, em nome da segurança jurídica, Humberto Ávila defende a resistência de superação a uma regra⁶², pois em algumas matérias a segurança jurídica atua de forma essencial, dificultando a superação de uma regra.

Assim, segundo o autor, todo o processo de conflitos é resultado de ponderações de razões e de princípios, de forma que a observância do caso concreto relacionada à segurança jurídica do tema dirá se determinada regra pode ser derrotada, ou não. Caso haja a necessidade de supressão da regra do ordenamento jurídico, devem ser observadas uma série de requisitos formais, tais como⁶³ a explanação de uma desigualdade entre o estabelecido pela regra e a sua razão fundamentadora; a demonstração de que a exclusão da regra não afetará consideravelmente a segurança jurídica; e a necessária exposição de motivos para tal ato.

O objetivo de Humberto Ávila, em sua exposição, é concluir que o conflito entre as regras não necessariamente tem que resultar na derrocada de uma norma do ordenamento vigente, da mesma forma em que uma regra pode, assim como ocorre com os princípios, sofrer uma ponderação de razões.

Luís Roberto Barroso também apresentou sua visão sobre a Teoria da ponderação, na obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*⁶⁴. Segundo ele⁶⁵:

técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² ÁVILA, opus citatum, p. 126.

⁶³ *Ibidem*, p. 127 a 128.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1-15.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 358.

ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. (Interpretação e aplicação da constituição).

De acordo com o autor, no processo de ponderação devem ser observadas três fases. Primeiro, o intérprete deve detectar no sistema as normas importantes para a solução da questão, de forma a identificar a possível ocorrência de colisão entre elas⁶⁶. Na segunda fase o intérprete deve fazer uma análise dos fatos, para apurar uma solução para o caso em apreço⁶⁷. Por último, deve ser feita uma valoração subjetiva do intérprete, de forma a sopesar o que está sendo objeto de ponderação.

1.5. A busca pela solução da colisão de direitos fundamentais

Robert Alexy⁶⁸, na obra *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*, definiu que o conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido de forma estrita ou ampla. Se ele é compreendido estritamente, trata-se de colisões que ocorrem entre direitos fundamentais, exclusivamente, trata-se, portanto, de enfrentamento de direitos fundamentais em sentido estrito.

Em uma compreensão ampla, é possível se falar em colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios. Ambos os tipos de combate são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise conduz a quase todos os problemas dessa disciplina. Todavia, antes de iniciar essa análise, deve, primeiro, o fenômeno a ser analisado, ser considerado mais de perto.

Assim, o comum é a colisão de direitos fundamentais, tendo em vista que todos os direitos de um ordenamento jurídico estão positivados em um catálogo⁶⁹, o que acaba por gerar conflito na dicotomia interpretação e limites de um direito.

As colisões, desse modo, podem ser divididas entre colisões de direitos fundamentais em sentido estrito e colisões de direito fundamentais em sentido amplo.⁷⁰

⁶⁶ Ibidem, p. 358.

⁶⁷ Ibidem, p. 359.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 05 Fev. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>.

⁶⁹ Ibidem, p. 68.

⁷⁰ Ibidem.

Nas primeiras, ocorre quando exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem impactos negativos sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes, pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diferentes⁷¹. Dividem-se em colisões de direitos fundamentais idênticos e colisões de direitos fundamentais de direitos fundamentais diferentes⁷².

As colisões de direitos fundamentais idênticos foi tratada de modo mais complexo por Robert Alexy⁷³, como quatro tipo de colisões.

No primeiro tipo está, em ambos os lados, afetado o mesmo direito fundamental como direito de defesa liberal⁷⁴. De acordo com o autor, esse tipo de colisão existe quando dois grupos hostis querem se mostrar ao mesmo tempo, na mesma cidade, gerando o perigo de choque⁷⁵.

No segundo tipo, pode-se falar do mesmo direito fundamental, uma vez como direito de defesa liberal de um e outra, como direito de proteção do outro⁷⁶. Tal direito existe, por exemplo, quando se precisa atirar em um detentor de refém para salvar a vida de outro refém⁷⁷.

No terceiro tipo, a ideia de que muitos direitos fundamentais têm um lado negativo e positivo é reforçada pelo autor, como na liberdade de crença⁷⁸, em que valores da imposição de uma religião, chocam-se com valores da imposição de outra, ou do ateísmo.

O quarto tipo de colisões dos mesmos direitos fundamentais de titulares diferentes, ocorre quando se acrescenta ao lado jurídico de um direito fundamental, um lado fático⁷⁹. Tem-se, assim, o paradoxo da igualdade e da dúvida, em tratá-los de forma desigual, na medida de suas desigualdades.

Colisões de direitos fundamentais diferentes foram aquelas definidas pelo autor como as colisões entre direitos fundamentais diferentes de titulares de direitos fundamentais

⁷¹ Ibidem, p. 69.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem, p. 70.

diferentes⁸⁰, como no embate entre direito de liberdade e direito de igualdade⁸¹. O resultado para a solução, evidentemente, é a adoração da técnica da ponderação.

Já as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo são aquelas colisões de direitos fundamentais com bens coletivos⁸². O autor⁸³ exemplifica:

Um exemplo para isso oferece a resolução da dragagem do Tribunal Constitucional Federal alemão. Nela tratou-se da questão se em qual proporção e como o legislador pode proibir ao proprietário aproveitamentos de seu terreno que prejudicam a água subterrânea. A qualidade da água é um bem coletivo clássico. A visão, que se toma sempre mais penetrante, sobre problemas ecológicos, eleva sempre mais colisões desta natureza de bens coletivos ecológicos com o direito fundamental à propriedade à luz.

Da mesma forma, o dever legal da indústria de tabaco em colocar avisos em suas embalagens da nocividade do produto, como forma de intervenção na liberdade do exercício profissional, é uma modalidade de colisões em direitos fundamentais em sentido amplo.

Sobre a solução do problema da colisão, continua o autor⁸⁴:

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a esta questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.

Em tal processo, é importante observar se na legislação vigente, os direitos fundamentais se tratam de normas juridicamente vinculativas, ou não⁸⁵. Juridicamente vinculativas, em sistemas jurídicos marcados pela separação dos poderes, seriam aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação possa ser verificada por um Tribunal. São, portanto, justiciáveis⁸⁶. Já as normas de direitos fundamentais, cuja violação não pode ser verificada por nenhum tribunal são consideradas não justiciáveis⁸⁷, sendo chamadas de vinculativas não juridicamente⁸⁸.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem, p. 71.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem, p. 73.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem.

De acordo com o autor⁸⁹:

O problema da colisão iria, como problema jurídico, desaparecer já totalmente se se declara todas as normas de direitos fundamentais como não-vinculativas. As colisões seriam, então, problemas políticos ou morais e não caberiam, como tais, na competência dos tribunais.

Dessa forma, devem ser rejeitadas todas as tentativas de desagravar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade, tendo em vista que tal fato ameaçaria a Constituição.

A teoria dos princípios⁹⁰ dos direitos fundamentais, portanto, oferece a melhor solução do problema da colisão, de forma a identificar os princípios como mandamentos de otimização:

As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação, sendo possível, portanto, identificar os princípios e ponderações como interligados.

Já as regras são mandamentos definitivos⁹¹, tendo em vista que as regras são normas que podem ser cumpridas, ou descumpridas, sendo a forma de aplicação das regras a subsunção, e não a ponderação⁹². Robert Alexy fala, portanto, em teoria das regras⁹³.

Para a solução de direitos fundamentais por meio da teoria das regras, o autor fala em três caminhos: a declaração de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não vinculativa; a declaração de uma das normas como não aplicáveis; e a inserção livre de ponderação de uma exceção em uma de ambas as normas⁹⁴. Ocorre que tal teoria foi insuficiente, segundo Robert Alexy, para resolver o problema da colisão, devendo usar da teoria dos princípios para a solução de colisão de direitos fundamentais⁹⁵.

A teoria dos princípios resolve o problema da colisão de direitos fundamentais através da ponderação. Dessa forma, deve-se olhar para o princípio da proporcionalidade em

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ GRUNDRECHTE, apud, ibidem.

⁹¹ ALEXY, opus citatum, p. 75.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem.

sentido estrito⁹⁶, ou da proporcionalidade, como meio de solução do conflito de direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, pode ser visto como uma lei de ponderação, pois “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”.⁹⁷

Três são as fases experimentadas pela lei da ponderação⁹⁸, “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio”.

Assim, quando as razões que justificam a intervenção para a contenção dos prejuízos mostram-se mais graves que a liberdade, deve ser considerada constitucional a ponderação. Ao contrário, caso a intervenção seja demasiadamente rigorosa e desproporcional, intervindo sem precedentes na liberdade alheia, tal regulação deve ser considerada inconstitucional⁹⁹.

A teoria dos princípios pode ser enxergada, portanto, como a solução para a colisão de direitos fundamentais e o encontro do meio termo entre vinculação e flexibilidade, diferentemente da teoria das regras, que trabalha apenas com os termos validez e não validez de uma norma.¹⁰⁰

O autor¹⁰¹ fala das consequências da aplicação da teoria das regras e da teoria dos princípios no Brasil:

Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma "reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade" Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem, p. 78.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 75.

¹⁰¹ Ibidem.

Assim, o autor alemão¹⁰² enxergava a teoria dos princípios como uma forma de elucidação à colisão de princípios, informando que a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.

1.6. A técnica da ponderação na Lei de Execução Penal

Com o advento da Lei nº 12.654/2012¹⁰³, surgiu a possibilidade de se identificar os indivíduos por meio da coleta de material biológico para obtenção do perfil genético. Tal identificação vem prevista na Lei de Execução Penal, no artigo 9-A que informa que serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor, os condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer crime hediondo.

Pela fria leitura do dispositivo, conclui-se que os indivíduos condenados por crimes dolosos praticados com violência grave à pessoa, ou por crimes hediondos ou equiparados, estão obrigados à extração de DNA para identificação de seu perfil genético.

Tal modificação legislativa foi considerada um desafio aos direitos e garantias individuais, pois permitiu a realização de um banco de dados com material genético coletado dos condenados. Por outro lado, a modificação na Lei de Execução Penal, realizada pela Lei nº 12.654/2012¹⁰⁴ foi considerada uma inovação no que tange à investigação criminal, tendo em vista que permitiu que condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes hediondos fossem submetidos à identificação criminal.

O princípio da não autoincriminação é considerado uma garantia constitucional pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois permite ao paciente o direito ao silêncio. Dessa forma, o condenado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, podendo negar ou manter-se calado.

Ocorre que o princípio da não autoincriminação não pode ser considerado um princípio absoluto, uma vez que nas palavras de Robert Alexy, não existe um princípio que seja absoluto, incapaz de ser ponderado pelo ordenamento vigente.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ BRASIL. *Lei nº 12.654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L12654.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

¹⁰⁴ Ibidem.

Pensar em um Processo Penal com princípios e garantias absolutas em detrimento de outros direitos fundamentais, seria fadar o Processo Penal ao fracasso, uma vez que a ponderação existe para não excluir do âmbito do ordenamento jurídico um princípio, e sim ponderá-lo ao caso concreto.

Dessa forma, é conveniente, nesse caso, usar das técnicas estudadas por Robert Alexy que inclui o princípio da proporcionalidade para permitir a ponderação das circunstâncias do caso concreto para uma coerente e justa solução, compatível com o sistema jurídico constitucional.

Afinal, na colisão entre princípios constitucionais, é dever do intérprete se utilizar da técnica da ponderação, principalmente por meio do uso do princípio da proporcionalidade, para se chegar à melhor solução ao caso concreto.

2. EXAMES INERENTES À PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.654/2012

A Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012¹⁰⁵ alterou as Leis nº 12.037 de 1º de outubro de 2009¹⁰⁶, e nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal¹⁰⁷, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, dando, além disso, outras providências.

Tal modificação legislativa aumentou a possibilidade de coleta de material genético para fins de investigação criminal, pois previu a obrigatoriedade da identificação do perfil genético para determinados delitos.

Dessa forma, os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, segundo a alteração legislativa, devem ser submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico -, por técnica adequada e indolor.

Ademais, a lei prevê que as informações dos bancos de dados serão armazenadas de forma sigilosa, só podendo ser acessadas por agentes públicos autorizados. A modificação legislativa também deixa expresso, casos em que a autoridade policial, federal ou estadual, pode requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

A Lei nº 12.654/2012¹⁰⁸ representou uma mudança significativa no processo penal brasileiro, mas especificamente, na Lei de Execução Penal, uma vez que a Lei nº 12.037/2009¹⁰⁹, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, previa como formas de identificação criminal apenas a fotografia e a datiloscopia.

Importante mencionar a taxatividade em relação ao alcance da Lei nº 12.654/2012¹¹⁰, pois prevê a identificação criminal por meio da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético apenas para os crimes hediondos e os de natureza grave contra a pessoa.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Idem. *Lei nº 12.037*, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L12037.htm>. Acesso em: 31 mai. 2018.

¹⁰⁷ Idem. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

¹⁰⁸ Idem, opus citatum, nota 1.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Idem, opus citatum, nota 2.

2.1. O postulado da proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade, para ser aplicado corretamente, exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável¹¹¹.

A adequação exige um relacionamento entre o meio e o fim, de modo que haja um meio cuja eficácia possa contribuir para a promoção do fim, de maneira gradual. Conforme Humberto Ávila¹¹²:

Essas ponderações remetem à seguinte e importante pergunta: A Administração e o legislador têm o dever de escolher o mais intenso, o melhor e o mais seguro meio para atingir o seu fim, ou têm o dever de escolher um meio que “simplesmente” promova o fim? A administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim. Várias razões levam a essa conclusão.

Isso ocorre porque, segundo o autor, a Administração ficaria inviabilizada se tivesse que avaliar todos os seus meios possíveis para atingir um fim ao tomar uma decisão. Ademais, é necessário de um mínimo de liberdade de escolha aos poderes para que seja respeitado o princípio da separação dos poderes, além de que a própria exigência da racionalidade na interpretação e aplicação de normas exige que sejam analisadas todas as circunstâncias do caso concreto¹¹³.

Dessa forma, se o meio não promover a realização do fim, significa que a atividade administrativa deva ser declarada inválida:

Em relação à necessidade, Humberto Ávila¹¹⁴ faz as suas considerações:

Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para averiguar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Assim, é necessário respeitar a escolha da autoridade competente, de modo a afastar o meio caso ele seja manifestamente menos adequado que outro. É o que exigem os princípios da legalidade e da separação dos poderes. Do mesmo modo, deve-se optar por um meio

¹¹¹ ÁVILA, opus citatum, p. 177.

¹¹² Ibidem, p. 178.

¹¹³ Ibidem, p. 179.

¹¹⁴ Ibidem, p. 182.

menos restritivo, ou seja, mais suave, nos casos concretos. Porém, segundo o autor¹¹⁵, em alguns casos o problema persiste:

Quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental?

Nesse caso, continua Humberto Ávila¹¹⁶, a resposta estaria em outro postulado da proporcionalidade:

A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável. Daí a necessidade de que o processo de ponderação, como já foi afirmado, envolva o esclarecimento do que está sendo objeto de ponderação, da ponderação propriamente dita e da reconstrução posterior da ponderação.

A proporcionalidade em sentido estrito é um exame complexo, pois examina se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio¹¹⁷:

Trata-se, como pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva. Normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.

Observa-se a proporcionalidade em sentido estrito quando se exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

Um fatídico exemplo de colisão de direitos fundamentais ocorreu no caso Glória Trévi¹¹⁸, em que os ministros do Supremo Tribunal Federal defenderam que o interesse

¹¹⁵ Ibidem p. 184 e 185.

¹¹⁶ Ibidem, p. 185.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Em 1997, Gloria de los Angeles Treviño Ruiz, cantora mexicana conhecida como Gloria Trevi, fugiu do México, ao ser acusada de abusar sexualmente de menores, motivo este pelo qual teve sua prisão ordenada pelas leis mexicanas. Após três anos, a cantora foi presa no Brasil, sendo mantida sob custódia na carceragem da Polícia Federal em Brasília, aguardando o trâmite do processo de extradição. Na ocasião, Glória Trévi engravidou, acusando ter sido vítima de inúmeros e constantes estupros que ocorriam dentro da carceragem, por policiais federais e ex detentos. Para resolver a dúvida, o juiz federal da 10ª Vara do Distrito Federal, autorizou a

público deveria se sobrepor aos interesses individuais da cantora mexicana, o que fez com que eles autorizassem a realização do exame de DNA na placenta da grávida, para descobrir o pai do filho da cantora, que seria fruto de um suposto estupro ocorrido nas dependências da Polícia Federal. Dessa forma, o exame de DNA serviria para confrontar o material genético a ser colhido da placenta com as amostras de DNA colhidas dos policiais federais e dos custodiados, para descobrir o responsável pelo suposto estupro do qual Glória Trévi afirmava ter sido vítima.

Assim, mesmo tendo a cantora se recusado à submissão ao exame para investigação da paternidade, com fundamento no artigo 5º, incisos X e LXIX, da Constituição da República¹¹⁹, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem na Reclamação nº 2040-DF¹²⁰, tendo como Relator o Ministro Néri da Silveira, determinou, em 21 de fevereiro de 2002, por maioria de votos¹²¹, a análise do material de sua placenta.¹²²

coleta e a entrega da placenta à ocasião do trabalho de parto da cantora, para fins de exame de DNA, visando identificar o pai da criança. A atriz, sentindo-se acuada, negou-se a fazer o exame de DNA e apresentou Reclamação – RCL 2040 - ao STF para que fosse suspensa a decisão do juiz da instância anterior. Em resposta, o Plenário do STF, por maioria, autorizou o exame de DNA na placenta da cantora mexicana.

¹¹⁹ BRASIL, opus citatum, nota: Acesso em: 21 jun. 2018.

¹²⁰ Idem, Supremo Tribunal Federal. *Interesse público prevalece em julgamento de Glória Trévi*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58411>>. Acesso: 21 jul. 2018.

¹²¹ “EMENTA: – Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte – HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei nº 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem, — como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, — ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do ‘prontuário médico’ da reclamante” (DJ, p. 00031, 27 jun. 2003).

¹²² MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A supremacia do interesse público (e a sua indisponibilidade) e os direitos fundamentais: o caso Glória Trévi. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 10 – n. 40 – abril/junho 2010 – Publicação trimestral – ISSN 1516-3210, p. 254, disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/531/512>> Acesso em: 21 jun. 2018.

Como a cantora acusou muitos policiais e, inclusive, o delegado da Polícia Federal de ter cometido o crime¹²³, alegaram os suspeitos que tiveram sua reputação destruída, motivo este pelo qual vários dos policiais acusados forneceram seu material genético para comprovar sua inocência.¹²⁴

Assim, foi suscitada no caso a colisão de direitos fundamentais: a intimidade da mãe e o direito do nascituro à sua identidade biológica, uma vez que o Brasil protege os direitos da criança e do adolescente.¹²⁵

Conforme argumentou o Ministério Público Federal no caso, dever-se-ia prestigiar o artigo 339, do Código de Processo Civil de 1973, que afirma que ninguém deve se eximir do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Segundo o Parquet, não se poderia aplicar ao caso a regra de direito processual penal segundo a qual ninguém deve ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, pois se o Supremo Tribunal Federal decidisse pelo interesse de Glória Trévi em impedir o exame de DNA, traria a Constituição uma decisão que restringisse o exercício do maior número possível de direitos fundamentais.¹²⁶

Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser o exame genético do filho de Glória Trévi como prova essencial para que se esclarecessem os fatos, pois seria legítimo aos servidores públicos acusados, da Polícia Federal, que o caso fosse solucionado. Com isso, foi autorizado o exame de DNA da placenta de Glória Trévi, ressaltando o STF, por maioria, que não se configura constrangimento ilegal a submissão de indivíduo a exame de DNA, a identificação datiloscópica, a verificação de teor alcoólico ou toxicológico e, até mesmo, a aplicação de vacina obrigatória, sempre que o interesse público demandar, casos em que não pode prevalecer pretensão direito à intimidade.¹²⁷

De acordo com o ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto¹²⁸, não houve colisão de direitos fundamentais – filiando-se ao entendimento do Ministério Público Federal –, e sim conformidade do direito fundamental do filho da cantora, com o dos acusados da paternidade:

(...) se houve grande ruptura ao que o Ministro Celso de Mello chama de “círculo indevassável da intimidade”, ela partiu da reclamante, ao se dizer vítima de fato grave — sobretudo em ambiente carcerário em que teria ocorrido —, sem interesses

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem, p. 257.

¹²⁵ Ibidem, p. 256.

¹²⁶ Ibidem, p. 257 e 258.

¹²⁷ Ibidem, 262.

¹²⁸ Ibidem.

de defesa da honra, da imagem e, eventualmente, até da defesa funcional dos servidores da polícia, postos sob essa suspeição difusa, a mínima invasão da privacidade da reclamante, representada por um exame não-invasivo em resíduo biológico de seu parto, quando a parturiente, sem fazer acusação concreta a ninguém, devassou inteiramente as circunstâncias da sua gravidez e, conseqüentemente, da indagação sobre a paternidade do seu filho.

Conclui-se, portanto, que no caso Glória Trévi, ao contrário do que suscitou o Ministério Público Federal, se contrapuseram direitos fundamentais de espécies diferentes. De um lado, o direito da cantora em não ter sua intimidade violada, cuja proteção se encontra no artigo 5º, incisos X e LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil¹²⁹; de outro lado, o direito dos policiais e do delegado da Polícia Federal, bem como dos demais detentos, de ter o caso solucionado para que pudessem ser inocentados da acusação da cantora, configurando o direito fundamental da defesa da honra e da intimidade. Não menos importante, há o direito fundamental do nascituro em ter reconhecida sua paternidade.

Há também que se falar nos interesses da República Federativa do Brasil, de investigar a possível corrupção na Polícia Federal, bem como os interesses do México, em extraditar a cantora mexicana.

Assim, no presente caso nota-se a restrição de um dos direitos fundamentais— de Glória Trévi - para que fosse prestigiado o maior número possível de outros direitos fundamentais – de policiais, delegado da Polícia Federal e detentos -, como forma de ver solucionado o caso. Como dispôs o Juiz *a quo*¹³⁰ no caso em análise:

Dessa forma, é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação, para prevalecer, em determinada circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que outro direito. (...) em virtude do Princípio da Unidade da Constituição, não há um modelo préexistente para solução de conflito de valores constitucionais a nível abstrato, devendo a solução de cada caso ajustar-se topicamente às contingências de cada problema concreto, haja harmonizando as normas em conflito, ou, ainda, fazendo proporcionalmente prevalecer um bem a outro, de modo a proceder a uma concretização adequada e razoável, obtendo-se a norma de decisão mais justa para o caso em exame.

Dessa forma, sempre que os direitos fundamentais de titulares diferentes estiverem colidindo, um deles deve ter prevalência sobre o outro. Assim, o mais adequado é que se façam concessões recíprocas, de modo a solucionar o caso de maneira menos traumática possível, de forma a sacrificar o mínimo possível dos direitos fundamentais.

¹²⁹ BRASIL, opus citatum, nota 2.

¹³⁰ MOTTA, opus citatum.

No caso da cantora Glória Trévi, bem como na adoção da identificação criminal disposta na Lei nº 12.654/2.012¹³¹, observa-se a aplicação da proporcionalidade para fazer valer a superioridade do interesse público sobre o privado, bem como a indisponibilidade do interesse público.

Nas lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹³²:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é considerado um pilar do Direito Administrativo tradicional. O interesse público pode ser dividido em duas categorias: o interesse público primário relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica).

Já o interesse público secundário, segundo o autor¹³³:

e o interesse público secundário é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário, implementado por meio de atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas ao orçamento, aos agentes públicos e ao patrimônio público.

Assim, a indisponibilidade do interesse público deve prevalecer, preponderando o interesse público em apurar eventuais tipos penais e administrativos, o que, na maioria das vezes, se dará por meio das técnicas da proporcionalidade.

Essa aplicação do postulado da proporcionalidade, como se pode notar, resulta do controle realizado pelo Poder Judiciário, no seu exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático, especialmente porque restringe direitos fundamentais¹³⁴:

Isso porque incumbe ao Poder Judiciário “avaliar a avaliação” feita pelo Poder Legislativo (ou pelo Poder Executivo) relativamente à premissa escolhida, justamente porque o Poder Legislativo só irá realizar ao máximo o princípio democrático se escolher a premissa concreta que melhor promova a finalidade pública que motivou sua ação ou se tiver uma razão justificadora para ter se afastado da escolha da melhor premissa. Se o Poder Legislativo podia ter avaliado melhor, sem aumento de gastos, a sua competência não foi exercida em consonância com o princípio democrático, que lhe incumbe realizar ao máximo.

¹³¹ BRASIL, opus citatum, nota 3.

¹³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed. São Paulo: Método, 2017, p.45.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ ÁVILA, opus citatum, p. 187.

Dessa forma, o Poder Judiciário é o responsável por verificar se o legislador realizou uma avaliação objetiva da matéria, se exauriu as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra de forma mais segura possível e se buscou uma orientação pelo estágio atual do conhecimento e da experiência.¹³⁵

Caso isso tenha sido realizado, conforme se expõe¹³⁶, o Poder Judiciário não precisa atuar, pois a conduta do Poder Legislativo é justificável:

Mas, veja-se: a decisão a respeito da justificabilidade da medida adotada pelo Poder Legislativo é o resultado final do controle feito pelo Poder Judiciário e, não, uma posição rígida e prévia anterior a ele. Sem o controle do Poder Judiciário não há sequer como comprovar a justificabilidade da medida adotada por outro Poder.

Conclui-se, assim, que o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, o que orienta a conclusão para sempre se afastar a solução simplista de que é vedado ao Poder Judiciário realizar o controle sobre outro Poder, utilizando como justificativa – fajuta – o princípio da separação dos poderes¹³⁷:

Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de moda simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição.

Assim, deve o Judiciário realizar um controle de proporcionalidade para investigar a relação entre a medida adotada, a finalidade a ser atingida e o grau de restrição causado nos direitos fundamentais atingidos. Segundo Humberto Ávila¹³⁸, tal exame de proporcionalidade é diferente do exame de razoabilidade-equivalência, em que é investigada a relação entre duas grandezas ou entre uma medida e o critério que informa sua fixação.¹³⁹ Também não se deve confundir o controle de proporcionalidade com o exame de proibição de excesso, que verifica a existência de invasão no núcleo essencial de um princípio fundamental¹⁴⁰:

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem, p. 189.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 190.

Isso quer dizer, então que toda a discussão a respeito da “razoabilidade”, da “proporcionalidade” e da “excessividade” diz respeito apenas a um problema de consenso? Não. Quer dizer, em vez disso, que essas expressões são ambíguas e que devem ser definidas, sendo secundário decidir qual delas será utilizada para cada exame. O que deve ficar claro – e este é o problema central – é que há três diferentes exames concretos que não podem ser confundidos, pois envolvem elementos distintos com parâmetros diversos.

O autor¹⁴¹ conclui, assim, afirmando que “o problema não está em usar uma palavra para três fenômenos, mas não perceber que há três fenômenos diferentes a analisar”.

Outro caso em que ficou evidente o uso da máxima da proporcionalidade como forma de evidenciar a supremacia do interesse público sobre o privado ocorreu no “caso Pedrinho”¹⁴².

Ocorrido em Brasília, houve a suspeita de que um jovem, Pedrinho, e sua irmã, Roberta Jamilly, não eram filhos biológicos de uma investigada, Vilma, e sim filhos de outro casal, de quem ela havia roubado as crianças. Houve a negativa por parte de Roberta em fornecer o seu material genético para exame, cuja finalidade seria comprovar que ela não era filha de Vilma.

Assim, de um lado estava o interesse do Estado em apurar a decorrência de um crime – sequestro - e de outro, o direito constitucional da dignidade da pessoa humana de Roberta, em querer fornecer seu material genético, pois não tinha interesse que ficasse comprovado que não era filha biológica das pessoas que a criaram.

Porém, ao Roberta depor na delegacia, fumou um cigarro e deixou a bituca nas dependências da unidade de Polícia. Foi aí que o delegado responsável pelo caso recolheu a bituca que continha saliva de Roberta e encaminhou para exame com o objetivo de retirar material genético que comprovou que, de fato, Roberta não era filha da investigada Vilma.

Assim, por meio de uma bituca de cigarro deixada por Roberta no lixo da delegacia, os peritos conseguiram isolar a saliva da jovem e fazer o exame. Os policiais tiveram ajuda de especialistas em genética e do Instituto de Pesquisa de DNA Forense, da Polícia Civil de Brasília. Roberta era, na verdade, Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva, filha de Francisca Maria Ribeiro da Silva, 63, que em 1979 teve o bebê sequestrado de uma maternidade.

O caso Pedrinho, irmão de Roberta, assim foi solucionado ao se realizar o exame de DNA para confirmar que Pedrinho é filho de Maria Auxiliadora Braule (Lia) e Jayro Tapajós

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² FOLHA. Folha de S. Paulo, *Caso Pedrinho*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1302200310.htm>> Acesso em: 12 ago. 2108.

Braule Pinto. No dia 21 de janeiro de 1986, Pedro Braule Pinto, o Pedrinho, foi sequestrado do quarto do hospital Santa Lúcia, em Brasília, 12 horas após o nascimento. Ele foi registrado na época como Osvaldo Borges Júnior, filho natural de Osvaldo Borges e Vilma Martins da Costa. Dezesesseis anos depois, no dia 8 de novembro, após denúncia anônima ao SOS Criança, exame de DNA confirmou que Pedrinho não era filho do casal Osvaldo e Vilma.¹⁴³

Tal solução do caso evidencia como é amplamente aceito na jurisprudência brasileira a ponderação de valores à luz do princípio da proporcionalidade, podendo, ao analisar o caso concreto, se restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental por meio da ponderação, de modo que prevaleça um bem constitucional com um peso maior que o outro bem analisado.

2.2. Identificação criminal

Em âmbito criminal, a identificação pode ser realizada por meio de documentos civis, o que supre a necessidade de individualizar a pessoa por outros métodos. Ocorre que a própria norma prevê exceções à regra, de modo a permitir a identificação criminal nos casos em que houver dúvidas em relação à autenticidade da documentação civil apresentada pelo indivíduo.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci¹⁴⁴, “a identificação criminal é a individualização física do indiciado, para que não se confunda com outra pessoa, por meio de colheita das impressões digitais, da fotografia e da captação de material biológico para exame de DNA”.

Ocorre que antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁴⁵ prevalecia o entendimento de que a identificação criminal era obrigatória. Nessa época, o Estado Novo realizava uma interpretação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Processo Penal¹⁴⁶, segundo o qual cabia ao Delegado de Polícia “ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”.¹⁴⁷

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 172.

¹⁴⁵ BRASIL, opus citatum, nota 5.

¹⁴⁶ *Idem*, *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 jul. 2018.

¹⁴⁷ SILVA, Emílio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 49.

Dessa forma, houve a edição da Súmula nº 568, de 15 de dezembro de 1976¹⁴⁸, pelo Supremo Tribunal Federal, informando que a identificação criminal não constituía constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tivesse sido identificado civilmente. Ocorre que tal verbete sumular legitimou a atuação autoritária da polícia, que procedia muitas vezes à chamada "prisão para averiguação", em que o indivíduo era conduzido coercitivamente até a Delegacia de Polícia com o fito de se apurar sua identidade, antecedentes criminais e outras notícias sobre o suspeito, sem a expedição de qualquer mandado judicial.¹⁴⁹

Dessa forma, houve a mudança legislativa estabelecendo que a pessoa civilmente identificada não seja submetida à identificação criminal, com o objetivo de impedir práticas abusivas e autoritárias que encontravam respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, houve a superação da Súmula 568 do STF¹⁵⁰, bem como a obrigatoriedade da identificação criminal foi relativizada.

A identificação criminal foi tratada por várias leis. Uma delas é o artigo 109, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1.990¹⁵¹) que informa que o adolescente que foi civilmente identificado não deve ser submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, caso haja dúvida fundada.

O processo de afirmação da identificação criminal passou por inúmeras modificações legislativas, como exemplifica Emílio de Oliveira e Silva¹⁵²:

De forma pontual, o artigo 5º da Lei n. 9.034/95 também afirmou que “a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”. Posteriormente, adveio a Lei n. 10.054/2000 que regulamentou a identificação criminal, enumerando as hipóteses nas quais o identificado civilmente seria submetido à identificação criminal, revogando, assim, o artigo 5º da antiga Lei das Organizações Criminosas. Esta Lei, por sua vez, foi ab-rogada pela Lei n. 12.850/2013, que não previu um procedimento específico para a identificação dos integrantes das organizações criminosas.

O artigo 3º da revogada Lei nº 10.054/2000¹⁵³ previa espécies em que o civilmente identificado seria submetido à identificação criminal, tais como em caso de homicídio doloso,

¹⁴⁸ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, Aplicação das Súmulas no STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4016>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

¹⁴⁹ SILVA, opus citatum, p. 50.

¹⁵⁰ BRASIL, opus citatum, nota 1.

¹⁵¹ Idem, *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1.990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2.018.

¹⁵² Ibidem, p. 50 e 51.

crimes contra a liberdade sexual e outros. Tal elemento normativo representava verdadeira violação ao artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de ir de encontro aos princípios da isonomia e da não culpabilidade, tendo em vista que “o simples fato de a pessoa ser indiciada ou acusada pela prática das infrações penais acima citadas já compelia o sujeito à identificação, sem nenhuma justificativa sobre a necessidade ou a adequação da medida”.¹⁵⁴

Outro limitador da Lei nº 10.054/2000¹⁵⁵ consistia no artigo 3º que restringia a identificação criminal à taxatividade do artigo, o que retirava dos órgãos de investigação a faculdade de realizar tais medidas em situações que exigissem pela particularidade do delito.

A Lei nº 12.037¹⁵⁶, de 1º de outubro de 2009 modificou tal disposição, uma vez que definiu o que é comprovante de identidade civil no artigo 2º e preceituou a excepcionalidade da identificação criminal no artigo 3º.

A maior modificação disposta na Lei nº 12.037/2009¹⁵⁷ foi a respeito de se realizar a identificação criminal quando ela for essencial à investigação, independente do delito praticado, o que vai de encontro ao que era estabelecido pela revogada Lei nº 10.054/2000¹⁵⁸. Assim, o inciso IV, do artigo 3º, da Lei nº 12.037/2009¹⁵⁹ dispõe que mesmo apresentado documento de identificação, 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.¹⁶⁰

De acordo com Emílio de Oliveira e Silva¹⁶¹, a lei elencou taxativamente as hipóteses em que a identificação criminal poderá ser realizada pela autoridade policial, e as hipóteses em que só é permitido ao juiz dar início à investigação, devido a uma cláusula chamada de cláusula de reserva jurisdicional:

¹⁵³ Idem. *Lei nº 10.064, de 15 de novembro 1990*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10064.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Idem. opus citatum, nota 3.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Idem. *Lei nº 10.064, de 15 de novembro de 1990*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10064.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

¹⁵⁹ Idem. opus citatum, nota 1.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ SILVA, opus citatum, p. 53.

Noutras palavras, a identificação criminal pode ser realizada pela autoridade policial nas hipóteses dos incisos I, II, III, V e VI, do artigo 3º, da Lei nº 12.037/2.009, não havendo necessidade de autorização judicial. Todavia, fora dessas hipóteses, quando a medida identificadora for essencial à investigação, existe uma cláusula de reserva jurisdicional, impelindo a autoridade policial, o representante do Ministério Público e a defesa a requerer ao juiz a realização da identificação.

Em alguns casos, os métodos da investigação humana podem ser empregados na produção de provas. É o que consta no artigo 3, inciso IV, da Lei nº 12.037/2009¹⁶², quando permite a identificação criminal em casos em que ela 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. Nesse caso, lendo tal artigo em consonância com o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, que permite ao juiz ordenar a produção antecipada de provas. É o caso, por exemplo, quando são encontradas impressões digitais ou material biológico no local do crime, de modo que a autoridade policial ou o investigado tenham interesse no exame pericial naqueles vestígios.¹⁶³

Dessa forma, tanto o artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 12.037/2009¹⁶⁴ quanto o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, autorizam ao juiz a realização de diligências probatórias de ofício.

Não se pode confundir identificação criminal com o emprego de seus métodos para a produção antecipada de provas. A primeira é usada para conhecer ou confirmar a identidade dos indivíduos acusados como autores de delitos e, posteriormente, fixar-lhes eventuais e anteriores envolvimento com outros crimes¹⁶⁵, enquanto na segunda, os métodos de investigação são utilizados como meios de provas em situações consideradas urgentes e relevantes, motivo este pelo qual ela deve ser submetida ao crivo de uma decisão judicial.¹⁶⁶

Sobre o tema, para Emílio de Oliveira e Silva¹⁶⁷, a identificação criminal expressa no artigo 1º, da Lei nº 12.654/2012¹⁶⁸ não é um simples ato de identificação, mas um procedimento para produção antecipada de prova.

¹⁶² BRASIL. opus citatum, nota 2.

¹⁶³ SILVA, opus citatum, p. 53 e 54.

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

¹⁶⁶ SILVA, opus citatum, p. 54.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 55.

¹⁶⁸ BRASIL, opus citatum, nota 4.

2.3. Comentários à Lei 12.654 de 2012

A Lei nº 12.654/2012¹⁶⁹ prevê a possibilidade de ser realizada uma nova forma de identificação criminal, correspondente à coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Como espécies de identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro, é possível observar a identificação civil e a identificação criminal. A primeira ocorre quando a identificação é realizada por meio de um dos documentos previstos na Lei nº 12.037/2009¹⁷⁰, tais como carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação do indiciado. Já a segunda ocorre por meio da identificação fotográfica, identificação datiloscópica – digitais - e coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, acrescentada pela Lei nº 12.654/2012¹⁷¹.

Em análise à Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 – que trata da identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal -, é possível observar que o artigo 1º transcreve o que trata o já mencionado artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Republicana. Ambos ratificam que o civilmente identificado não seja submetido à identificação, salvo nos casos previstos em Lei. Tal previsão tem a ver com o princípio da proibição de excessos¹⁷², a fim de impedir os procedimentos que ultrapassem os fins da identificação ou atentem contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por civilmente identificado, é possível interpretar como aquela pessoa que já apresenta registro em cadastros públicos, possuindo um documento de identificação criminal capaz de provar que foi registrado. Por meio de tal documento, o indivíduo pode ser identificado, com ajuda do sistema papiloscópico e fotografia, sendo reconhecidamente legítimo pelo Estado democrático de Direito para a prática de atos da vida civil. Assim, apenas aquele que não foi identificado civilmente pode ser submetido à identificação criminal, ressalvados casos previstos em lei.

Dessa forma, a identificação criminal pode ser entendida como o mecanismo para que seja realizada a individualização do indivíduo, que não pôde ser submetido à identificação

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Idem, opus citatum, nota 3.

¹⁷¹ Idem, opus citatum, nota 5.

¹⁷² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 165.

civil ou aquele do qual apresentam dúvidas sobre a sua identificação, assim como para fins investigativos. Esta ocorre quando a pessoa é suspeita do cometimento de um crime, sendo de fundamental importância que ela seja individualizada.

Assim, a identificação civil do indivíduo, de acordo com o artigo 2º, da referida Lei nº 12.037/2009¹⁷³ pode ser atestada pela carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte; carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação do indiciado.

As hipóteses de que trata a lei, quando informa que em alguns casos a pessoa, mesmo sendo identificada civilmente, seja submetida à identificação criminal, estão no artigo 3º, da referida Lei. Dessa forma, embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; ou quando o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; quando o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; 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; quando constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; ou quando o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.¹⁷⁴

A lei se preocupou em poupar o investigado de quaisquer constrangimentos, garantindo que quando houver necessidade de identificação criminal, é dever da autoridade encarregada, tomar as providências necessárias.

A identificação criminal de que trata a Lei nº 12.037/2009¹⁷⁵ inclui o processo datiloscópico e o fotográfico, que devem ser juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Em se tratando de essencialidade da identificação criminal às investigações policiais, a identificação criminal pode incluir a coleta de material biológico para que se obtenha o perfil genético, desde que realizada por meio de despacho da autoridade judiciária competente, responsável pela decisão, de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

¹⁷³ BRASIL, opus citatum, nota 4.

¹⁷⁴ CARVALHO, opus citatum, p. 165.

¹⁷⁵ BRASIL, opus citatum, nota 5.

Em relação aos dados relacionados à coleta do perfil genético, eles devem ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, coordenados por uma unidade oficial de perícia criminal. É importante lembrar que o conhecimento de material genético nos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigilo e não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, com exceção da determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.¹⁷⁶

De acordo com a lei, aquele que violar o sigilo constante dos bancos de dados de perfis genéticos responderá civil, penal e administrativamente, assim como aqueles que promoverem ou permitirem seu uso para fim diferente do previsto na Lei ou em decisão do juiz. Também é expressamente proibido por lei atestar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em notícias não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Caso não seja oferecida denúncia ao réu, ou ela seja rejeitada, ou até mesmo em se tratando de absolvição, é permitido ao indiciado ou ao réu, depois de realizado o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, solicitar a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que sejam apresentadas provas de sua identificação civil.

Foram previstas duas hipóteses pela Lei nº 12.654/2.012¹⁷⁷ para permitir a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético: para apurar a autoria do crime durante as investigações – identificação criminal - e nas hipóteses em que o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes.

Na primeira hipótese, o responsável para determinar a coleta do material biológico do indivíduo durante as investigações para apurar a autoria do crime é a autoridade judiciária, que tomará tal decisão de ofício ou por meio de representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, segundo a Lei nº 12.654/2.012¹⁷⁸.

Conforme o artigo 5º, da Lei nº 12.037/2009¹⁷⁹, inserido pela Lei nº 12.654/2012¹⁸⁰, 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

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Idem, opus citatum, nota 6.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ BRASIL, opus citatum, nota 6.

¹⁸⁰ Idem, opus citatum, nota 7.

investigação. 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.¹⁸¹

Somente será determinada tal coleta do material biológico caso tal prova seja essencial às investigações criminais, devendo tais dados ser armazenados em bancos de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, devendo as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

É importante mencionar o caráter sigiloso dos bancos de dados de perfis genéticos, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para outro fim que não o determinado na referida Lei ou em decisão do juiz. Tais dados ficarão armazenados até o término do prazo estabelecido em lei para o delito prescrever.

Por fim, nessa primeira hipótese, a coleta pode ocorrer apenas durante as investigações (antes de ser ajuizada a ação penal), somente ocorrendo se tal prova for indispensável às investigações policiais, não importando o crime pelo qual a pessoa está sendo investigada. O objetivo de tal coleta é elucidar o crime específico que está sendo investigado.

Na segunda hipótese, o artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais¹⁸² prevê que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8072¹⁸³, 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.

Da mesma forma que a da primeira hipótese, a identificação do perfil genético será armazenada em um banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo, podendo a autoridade policial, federal ou estadual, solicitar ao juiz competente o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético, em se tratando de inquérito instaurado.

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Idem. opus citatum, nota 1.

¹⁸³ BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1.990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

Porém, diferentemente os dados dos condenados serão coletados como consequência da condenação, não havendo previsão de eliminação de perfis, como ocorre na identificação criminal, em que os dados poderão ser eliminados ao fim do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Assim, a hipótese prevista pelo artigo 9º-A, da Lei nº 7.210/1984¹⁸⁴ permite a coleta de material biológico da pessoa para obtenção do seu perfil genético apenas em caso de condenação – por crime doloso praticado com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer crime hediondo - expressa do réu. Aqui não há necessidade de autorização judicial, sendo a coleta realizada como consequência automática da condenação. Ademais, o armazenamento do banco de dados é obrigatório por força de lei, sendo o objetivo de tal coleta o ato de armazenar a identificação do perfil genético do condenado em um banco de dados sigiloso.

Um dos pontos polêmicos da Lei nº 12.654/2012¹⁸⁵ é a respeito dela não dispor sobre a necessidade de que a condenação tenha transitado em julgado para que ocorra a coleta de material biológico. Parte da doutrina¹⁸⁶ afirma que, embora a Lei não condicione expressamente que tenha havido o trânsito em julgado, essa exigência decorre do princípio constitucional da presunção de inocência, motivo este pelo qual, para que seja permitida a coleta de material biológico, é necessário que a condenação tenha transitado em julgado.

De acordo com o princípio da presunção de inocência, expresso no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁸⁷, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ocorre que atualmente tem-se falado em relativização do princípio da presunção de inocência. De acordo com voto¹⁸⁸ do ministro Alexandre de Moraes, que votou contra a concessão do *Habeas Corpus* preventivo, impetrado pela defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, o princípio da presunção da inocência não pode ser interpretado de maneira isolada e prioritária, sendo necessária análise em confronto com outros princípios constitucionais.

¹⁸⁴ Idem. opus citatum, nota 1.

¹⁸⁵ Idem, opus citatum, nota 8.

¹⁸⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.654/2012 (coleta de material biológico do investigado ou condenado)*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁸⁷ BRASIL, opus citatum, nota 4.

¹⁸⁸ Idem. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126174*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes-prisao.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

Desse modo, conforme o ministro Alexandre de Moraes, que também é acompanhado pelo ministro Edson Fachin¹⁸⁹ - relator do julgamento do *Habeas Corpus* preventivo, que votou pela execução antecipada da prisão do ex presidente Lula - a presunção de inocência é relativa no Brasil e em vários ordenamentos jurídicos de países democráticos. Portanto, desde que seja garantido o devido processo legal, a ampla defesa e direito ao contraditório aos réus, não há qualquer ilegalidade.

Com isso, é divergente na doutrina se é realmente necessário que a condenação tenha transitado em julgado para que ocorra a coleta de material biológico, tendo em vista que a Lei nº 12.654/2.012¹⁹⁰ nada dispõe sobre o tema.

Ademais, a lei também não menciona sobre a coleta de material biológico em caso de crimes equiparados ao crime hediondo, como o tráfico de drogas, tortura e terrorismo. Conforme uma parte da doutrina, essa equiparação não seria possível, pois sempre que a lei quis estabelecer tratamento uniforme entre os crimes hediondos e equiparados, ela o fez expressamente, como é o caso do art. 2º da Lei nº 8.072/90^{191 192}.

O Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, decretando a instituição, no âmbito do Ministério da Justiça, do Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos¹⁹³.

O Banco Nacional de Perfis Genéticos foi criado com o objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes, criando a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos para que fosse realizado o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Dessa forma, facilitou a adesão dos Estados e do Distrito Federal à Rede Integrada, uma vez que ela foi realizada por meio do acordo de cooperação técnica celebrado entre a unidade federada e o Ministério da Justiça. Tal Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos atua em parceria com um Comitê Gestor, cuja finalidade é a promoção da coordenação dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Idem*, opus citatum, nota 9.

¹⁹¹ *Idem*, opus citatum, nota 2.

¹⁹² CAVALCANTE, opus citatum.

¹⁹³ BRASIL, *Decreto Lei nº 7.950*, de 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em: 18 jun. 2.018.

âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal, sendo a participação do referido Comitê considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Conforme o artigo 5º, do Decreto nº 7.950 de 2013, é de competência do Comitê Gestor a promoção da padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos; a definição de medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados; a definição de medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados; bem como a definição dos requisitos técnicos para a realização das auditorias no Banco Nacional de Perfis Genéticos e na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos; e, por fim, a elaboração de seu regimento interno¹⁹⁴.

A preservação do sigilo da identificação e dos dados de perfis genéticos é de competência do Ministério da Justiça. Ademais, compete a ele auditar periodicamente o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos para a averiguação das regularidades do referido Banco.

Conforme exposto acima, o perfil genético do identificado criminalmente deve ser excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial.

Importante mencionar a finalidade social do Banco Nacional de Perfis Genéticos, que pode ser utilizado para a identificação de pessoas desaparecidas, realizado por meio da comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas, que podem ser utilizadas exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades.

Dessa forma, o artigo 1º da Lei nº 12.654 de 2012¹⁹⁵ modificou o artigo 5º da Lei nº 12.037 de 2009¹⁹⁶, para acrescentar um parágrafo único ao dispositivo, prevendo que, no caso do inciso IV, do artigo 3º, da referida Lei nº 12.037/2009¹⁹⁷, quando houver identificação criminal mesmo já tendo havido identificação civil – nas hipóteses em que a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ Idem, opus citatum, nota 8.

¹⁹⁶ Idem, opus citatum, nota 5.

¹⁹⁷ Ibidem.

competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa -, é permitida a tal identificação criminal que seja incluída a coleta de material para a obtenção do perfil genético.

Ademais, o artigo 2º, da Lei nº 12.654/2012¹⁹⁸ modificou o artigo 5º-A, da Lei nº 12.037/2009¹⁹⁹, que passou a vigorar prevendo que os dados relacionados à coleta do perfil genético devem ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

No mesmo sentido, o parágrafo primeiro da referida norma dispôs a proibição de que informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos revelem traços somáticos ou comportamentais das pessoas, excetuando apenas os casos que tratam de determinação genética de gênero, consoante às normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos. O parágrafo segundo reforçou o caráter sigiloso dos bancos de dados de perfis genéticos, mencionando a responsabilidade civil, penal e administrativa daqueles que permitirem ou promoverem sua utilização para fins diversos dos previstos na Lei nº 12.037/2009²⁰⁰ ou em decisão judicial.

Sobre as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos, dispôs a Lei²⁰¹ que elas devem ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

A Lei nº 12.654/2012²⁰² também acresceu o artigo 7º-A, à Lei nº 12.037/2009²⁰³, determinando que ao término do prazo estabelecido em lei para o delito prescrever, devem ser excluídos os dados dos perfis genéticos dos bancos de dados. Ademais, instituiu-se o artigo 7º-B à referida Lei, para determinar que fosse armazenada em banco de dados sigiloso a identificação do perfil genético, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Por fim, o artigo 3º, da Lei nº 12.654/2012²⁰⁴ modificou a Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984²⁰⁵ – para acrescentar o artigo 9º-A, determinando que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa,

¹⁹⁸ Idem, opus citatum, nota 9.

¹⁹⁹ Idem, opus citatum, nota 6.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Idem, opus citatum, nota 10.

²⁰³ Idem, opus citatum, nota 7.

²⁰⁴ Idem, opus citatum, nota 11.

²⁰⁵ Idem, opus citatum, nota 2.

ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990²⁰⁶, fossem submetidos – de maneira obrigatória - à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, ou seja, ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e sem dor.

O parágrafo primeiro do referido dispositivo²⁰⁷ ressalta o caráter sigiloso do banco de dados em que deva ser armazenada a identificação do perfil genético do indivíduo, de acordo com regulamentação expedida pelo Poder Executivo. Também previu que a autoridade policial, federal ou estadual, possa requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

2.4. Efetividade da Lei nº 12.654 de 2.012

Eficácia é a capacidade de produzir efeitos, dependendo essa capacidade de diversos fatores. Eficácia, portanto, pode ser entendida como a norma que têm condições fáticas de atuar, por ser adequada em relação à sua realidade, bem como aquela que tem condições técnicas de atuar, por estarem presentes os elementos normativos que possam adequá-la à produção de efeitos concretos.²⁰⁸

Já efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.²⁰⁹ Segundo Luís Roberto Barroso²¹⁰, um bom exemplo de situação de norma juridicamente eficaz, mas com baixo grau de efetividade, é a questão da reforma agrária: ainda que presentes todas as condições técnicas à sua efetivação, relações econômicas e de poder impedem sua real efetivação.

A discussão a respeito da mudança legislativa sofrida pela Lei de Execução Penal, que se originou por meio da Lei nº 12.654/2012²¹¹ gira em torno da real efetividade da referida Lei, uma vez que ela não prevê nenhuma consequência para o caso em que o condenado se negue a permitir a coleta de material biológico.

Diante disso, como a Lei nº 12.654/2012²¹² não impõe ao condenado uma sanção caso houvesse a negativa na permissão da coleta do material biológico por parte do indivíduo, é

²⁰⁶ Idem, opus citatum, nota 3.

²⁰⁷ Idem, opus citatum, nota 12.

²⁰⁸ SILVA, Afonso da. Virgílio, *Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 228.

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 85.

²¹⁰ Ibidem, p. 86.

²¹¹ BRASIL, opus citatum, nota 13.

²¹² Idem, opus citatum, nota 14.

possível afirmar que a referida Lei prevê mera faculdade para o condenado que, se assim desejar, poderá permitir a coleta de seu material genético.

Dessa forma, como a Lei nº 12.654/2.012²¹³ apresenta alegada efetividade reduzida, ela necessita de uma mudança legislativa para que a omissão na imposição de sanção em caso de negativa por parte do condenado seja suprida.

²¹³ Idem, opus citatum, nota 15.

3. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E A AFETAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não se pode olvidar da importância das medidas de intervenção corporal no que tange aos recursos probatórios, tendo em vista que algumas vezes, só é possível se chegar a uma solução de um caso na esfera penal por meio de alguma dessas medidas.

De acordo com Emílio de Oliveira e Silva²¹⁴:

Não é incomum traficantes ingerirem drogas acondicionadas em cápsulas plásticas para serem transportadas em seu estômago. Também não é rara a ocorrência de estupros ou homicídios, cuja definição da autoria do crime dependa da análise pericial feita sobre os vestígios biológicos do autor do delito encontrados no corpo da vítima.

Qualquer intervenção corporal implica na sujeição da pessoa a procedimentos cuja finalidade é a obtenção de informações de relevância criminal, em que o próprio corpo da pessoa é o responsável por fornecer tais informações. Assim, é inegável que as intervenções corporais, sejam elas quais forem, afetam de forma significativa os direitos fundamentais das pessoas, tendo em vista que as medidas de ingerência, muitas vezes, são realizadas contra a vontade do indivíduo no qual recairá tal invasão.

No Estado Democrático de Direito, a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana do homem extrapola sua entidade corporal, para proteger sua integridade por completo, e não o seu corpo, visto isoladamente.²¹⁵

Assim, partindo do pressuposto que não existem direitos fundamentais absolutos relacionados à proteção corporal do homem, não deve ser proibida a intervenção no corpo das pessoas, pois não é possível se falar em absolutização²¹⁶ de direitos.

Nas palavras de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²¹⁷:

Desse modo, as intervenções corporais que se mostrem necessárias e que não contradigam as práticas sociais normais da vida de relação, não podem ser absolutamente afastadas, sem qualquer consideração de violarem ou não a dignidade humana, em nome de uma incondicional proteção da entidade corporal do acusado. Detalhando um pouco mais: a utilização das partes do corpo humano, cujo destaque ou descarte se fazem de maneira socialmente aceitável ou natural, apreendidas ou

²¹⁴ SILVA, Emílio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais*: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 57.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 59.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal: Existirá Algo Além do Corpo? In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 524.

extraídas para fins de prova, não podem ser proibidas de modo absoluto, quando não violarem as demais entidades humanas: a psíquica, a moral, a espiritual ou a almática, enfim, a dignidade da pessoa.

Dessa forma, não se deve falar em direitos fundamentais absolutos, pois tal termo, além de representar um equívoco, impediria que os direitos fundamentais de igual importância convivessem harmoniosamente no mesmo ordenamento jurídico.²¹⁸

Para compreender melhor quando a intervenção corporal deve prevalecer à alegação de proteção ao direito fundamental da pessoa, deve-se fazer uma análise do caso concreto, avaliando as particularidades de cada situação, bem como das pessoas que se encontram envolvidas. Além disso, deve-se conhecer o objeto de cada direito fundamental envolvido, assim como os limites e a esfera de proteção de cada direito.

Assim, aplica-se o método datiloscópico, fotográfico ou genético para identificar o indivíduo ou para produzir provas, e em ambos os casos tal método gera implicações na esfera dos direitos fundamentais dos indivíduos, que suportam uma invasão externa do Estado, quando este tem o objetivo de obter dados a partir do corpo da pessoa.

Marín²¹⁹ diferencia as medidas de intervenção corporal como de mera inspeção ou registro corporal, identificadas como uma ingerência mais superficial no corpo da pessoa, e as intervenções propriamente ditas, aquelas em que há uma invasão que afete diretamente o corpo humano, para extrair material biológico ou para examinar zonas corporais internas.

No Brasil, sob a nomenclatura de intervenção corporal incluem-se não apenas os procedimentos de identificação criminal, bem como uma série de atos utilizados como prova e que atinja o corpo humano.²²⁰

Assim, as medidas de intervenção corporal, segundo Emílio de Oliveira e Silva²²¹, são admitidas em muitos países, sem ter sua legitimidade questionada:

Com efeito, as medidas de intervenção corporal, incluindo aquelas relacionadas à identificação genética, são admitidas na legislação de países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Itália, Alemanha, Áustria, Bélgica, Estônia, França, Holanda, Islândia, Suíça, Espanha, Portugal, Japão, Austrália e Argentina, onde não sofrem maiores questionamentos sobre sua legitimidade.

²¹⁸ SILVA, opus citatum, p. 59.

²¹⁹ MARÍN, ibidem p.56.

²²⁰ Como exemplo de intervenção corporal, é possível citar as cirurgias realizadas para que se apreenda objetos no corpo humano, a coleta de ar para o exame de alcoolemia, os exames realizados em cavidades do corpo, a coleta de padrões grafotécnicos, a coleta de padrões vocais, o reconhecimento de pessoas, a coleta de material biológico para o exame hematológico, a coleta de material biológico para o exame genético, o exame subungueal, os exames de ultrassom, os exames radiológicos, a narcoanálise, dentre outros.

²²¹ SILVA, opus citatum, p. 57.

Já no Brasil, deve-se examinar com cuidado as implicações das medidas de intervenção corporal, uma vez que há que se falar em alguns limites, por se tratar de um país que apresenta algumas peculiaridades no trato de garantias fundamentais protegidas pela Constituição da República Federativa do Brasil.

3.1. Direito ao silêncio

De acordo com o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil²²², o preso deve ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Tal dispositivo é acompanhado pelo Código de Processo Penal²²³ em seu artigo 186, que dispõe que depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado deve ser informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, sobre o seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, devendo o silêncio não representar confissão e nem ser interpretado em prejuízo da defesa.

Tais dispositivos podem ser considerados verdadeiros desdobramentos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, verdadeira máxima do garantismo processual acusatório. De acordo com Luigi Ferrajoli²²⁴, deve-se preservar a proibição da tortura espiritual, bem como respeitar o direito ao silêncio e a faculdade do imputado de responder o falso. Ademais, deve ser eminentemente proibido extrair a confissão por meio da violência, da manipulação da mente, com o uso de drogas ou com práticas hipnóticas. O autor também repudia o uso da confissão como prova suprema, devendo-se garantir que o acusado seja assistido por defensor no interrogatório, de modo a impedir possíveis violações de garantias processuais.

Assim, o princípio do *nemo tenetur se detegere* consagra a proteção do indivíduo contra os excessos cometidos pelo Estado durante a persecução penal, devendo a pessoa ser protegida da coação e da violência física e moral que são utilizadas, na maioria das vezes, para obrigar o indivíduo a cooperar durante a instrução da prova.

²²² BRASIL, opus citatum, nota 5.

²²³ Idem. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 jul. 2.018.

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 560.

Porém, tal princípio não pode ser visto de forma absoluta. Conforme Maria Elizabeth Queijo²²⁵, o princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser adequado a outros valores protegidos pelo sistema positivo brasileiro, tais como a segurança pública e a paz social, devendo ser admitidas restrições em caráter de excepcionalidade.

Assim, são admitidas tais restrições quando for indispensável, e sempre respeitando o núcleo essencial do princípio, bem como também respeitando a legalidade – deve ter previsão legislativa – e protegendo a dignidade do acusado. Ademais, a restrição ao princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser o menos gravosa possível para o acusado, ser idônea para a produção da prova pretendida que, por sua vez, deverá ser útil para o processo.²²⁶

A restrição a tal princípio também deve ser razoável, ou seja, significa dizer que, quanto mais grave a restrição ao *nemo tenetur se detegere*, mais grave deve ser o crime investigado e mais fortes devem ser os indícios de autoria ou participação na infração penal.²²⁷

Emílio de Oliveira e Silva²²⁸ preleciona:

Quando se contrapõem as medidas interventivas ao direito ao silêncio, os questionamentos se dirigem à validade da prova produzida pelo sujeito, sem o seu consentimento. Afinal, se é direito da pessoa não produzir provas contra si mesma, o sujeito não estaria obrigado a participar de uma atividade que lhe possa ser prejudicial. Ora, a intervenção corporal demanda a participação física da pessoa em um procedimento cujo resultado pode ensejar uma condenação, de maneira que o indivíduo estaria cooperando coercitivamente com uma atividade conflitante com os seus interesses.

Assim, a contraposição do princípio do *nemo tenetur se detegere* às medidas interventivas geram questionamentos sobre a validade das provas produzidas pelo indivíduo, que não consentiu para que fossem realizadas. A questão é: como poderia um indivíduo contribuir com provas que levariam a sua própria condenação?

Por isso, alguns autores, como André Nicolitt²²⁹, afirmam que as intervenções corporais invasivas estariam proscritas pelo *nemo tenetur se detegere*:

Apesar de concordarmos sobre a possibilidade de abusos por parte das autoridades policial e judiciária, já abordada por parte da doutrina, não admitimos a

²²⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ SILVIA, opus citatum, p. 71.

²²⁹ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 138.

possibilidade da compulsoriedade – ainda que entendida apenas nos âmbito infraconstitucional – do emprego da força para extração do material biológico – ainda que se possua ordem judicial autorizando a identificação criminal por coleta de DNA.

Nesse sentido, é o entendimento de Renato Brasileiro²³⁰ sobre intervenções corporais:

Intervenções corporais (investigação corporal ou ingerência humana) são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem a necessidade do consentimento destas, e por meio da coação direta se for preciso, com a finalidade de descobrir circunstâncias fáticas que sejam importantes para o processo, em relação às condições físicas ou psíquicas do sujeito que sofre as intervenções, ou objetos escondidos com ele.

Como exemplo de intervenções corporais, é possível citar o exame de sangue, ginecológico, identificação dentária, endoscopia, exame do reto, exame de materiais fecais, de urina, de saliva, exames de DNA usando fios de cabelo, identificações datiloscópicas de impressões dos pés, unhas e palmar e também a radiografia.²³¹

As intervenções corporais podem ser de duas espécies: invasivas ou não invasivas.

As intervenções corporais invasivas são aquelas em que se pressupõem uma penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais, ou não, o que gera como consequência a utilização ou extração de alguma parte dele ou na invasão física do corpo humano. Como exemplo, é possível citar o exame de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia e o exame de reto.²³²

Já as intervenções corporais não invasivas consistem naquelas em que não há penetração do corpo humano, muito menos geram a extração de parte dele. As provas não invasivas são aquelas em que há uma inspeção ou verificação corporal, tais como a radiografia, as perícias de exames de materiais fecais, os exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo encontrados no chão, a identificação dactiloscópica, das impressões dos pés, unhas e palmar, que podem ser usados como meio de comparação com aquelas encontradas no local do crime ou no corpo da vítima.²³³

O autor²³⁴ ressalta:

²³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Volume Único. ed. 4. Salvador: Juspodium. 2016, p. 77.

²³¹ Ibidem.

²³² Ibidem.

²³³ Ibidem, p. 78.

²³⁴ Ibidem.

As células bucais encontradas na saliva podem ser utilizadas para a realização de um exame de DNA. A forma de sua coleta é que vai determinar se é prova invasiva ou não invasiva. Casos as células sejam colhidas na cavidade bucal, haverá intervenção corporal invasiva. Agora, a saliva também pode ser colhida sem qualquer intervenção corporal, possibilitando a realização do exame de DNA a partir de material encontrado no lixo, como chicletes, pontas de cigarro, latas de cerveja e refrigerantes, que contêm resquícios da saliva que podem ser examinados.

Sobre a radiografia, Renato Brasileiro²³⁵ discorre:

A radiografia também pode ser considerada prova não invasiva, sendo comum sua utilização para constatação de entorpecente no organismo, na forma de pílulas ou cápsulas de drogas. Na verdade, mesmo que se considere o exame de raios-X uma prova invasiva, pensamos que, em casos extremos, como no exemplo da mula que transporta drogas em seu estômago e que, por isso, corre sério risco de morte a partir de determinado tempo em que está com a droga em seu corpo, é possível a realização de exame pericial mesmo contra a vontade do agente, por força do princípio da proporcionalidade, dando-se preponderância à proteção da vida (CF, art. 5º, *caput*).

Nicolitt e Wehrs entendem ser inconstitucional a intervenção no corpo do indivíduo que não seja consentida por ele, uma vez que fere a dignidade da pessoa humana, o princípio do *nemo tenetur se detegere* e viola o princípio da vedação da tortura. Para os referidos autores, pode-se falar em coisificação do homem, uma vez que o indivíduo é usado como meio para se obter a verdade, transformando-o em um simples objeto, o que personifica a sua instrumentalização.²³⁶

Com isso, os referidos autores entendem que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma barreira para a intervenção compulsória no corpo humano, pois isso representaria verdadeira tortura, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.²³⁷

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior²³⁸ preleciona:

Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, eis que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir provas contra si mesmo). Sequer define a lei em que tipos de crimes isso seria possível (situação diversa daquela disciplinada para o apenado, em que há um rol de crimes). Destarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 109.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ LOPES, Jr., Aury. *Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?* In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, p. 5 e 6, jul. 2012.

Assim, o autor²³⁹ considera a Lei 12.654/2012²⁴⁰ verdadeira violação ao princípio da não auto incriminação. Segundo ele²⁴¹, que segue o posicionamento de André Nicolitt²⁴², não se deve admitir qualquer tipo de intervenção corporal sem a autorização expressa do indivíduo.

No entanto, tal interpretação acaba por conferir um caráter absoluto ao princípio da não autoincriminação, pois impede que o corpo humano seja usado como fonte de provas, mesmo que essa utilização não viole o princípio da dignidade da pessoa humana e esteja amplamente amparada pela mais estrita legalidade.

Nesse sentido, o ministro da Justiça Sérgio Moro²⁴³ defende a possibilidade de realização compulsória do exame de DNA:

Deve ser afastado como óbice a velha máxima latina de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Como foi demonstrado, não existe base normativa para um direito genérico da espécie, resguardando a Constituição e a lei apenas o direito ao silêncio. Não há [...] argumentos jurídicos, históricos, morais e mesmo de direito comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genérico de não produzir prova contra si mesmo. A invocação de pretensão de direito da espécie pela doutrina e jurisprudência brasileiras é mais fruto de um *slogan* do que de uma robusta argumentação jurídica. Portanto, há a possibilidade legal e constitucional, com limites no princípio da proporcionalidade, como os sugeridos, de colheita compulsória de material biológico do acusado e do investigado para exames genéticos em casos criminais.

Com efeito, a legislação internacional²⁴⁴ segue a mesma linha:

A maioria dos países membros do Conselho da Europa permite a coleta compulsória de impressões digitais e amostras de DNA no contexto do processo penal. Os bancos de dados nacionais estão previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polónia, Espanha, Suécia e Suíça. A coleta e armazenamento de perfis de DNA de pessoas condenadas é permitido, como regra geral, por períodos limitados de tempo, após a condenação.

²³⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229-335.

²⁴⁰ BRASIL, opus citatum, nota 16.

²⁴¹ LOPES JR., opus citatum.

²⁴² NICOLITT, opus citatum. p. 109.

²⁴³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hipérbole do Direito ao Silêncio*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-hiperbole-do-direito-ao-silencio/#_ftn17>. Acesso em: 03 jun. 2018.

²⁴⁴ ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Identificação criminal – banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

Da mesma forma, o direito norte americano entende não haver violação do princípio *nemo tenetur se detegere* no que tange às provas que dependam da cooperação do acusado ou do investigado.²⁴⁵

Conforme Odone Sanguiné²⁴⁶, entende a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH):

Considera que o direito a não se auto-incriminar concerne principalmente ao respeito à vontade do acusado de permanecer em silêncio. Está admitido, em princípio, pelo ‘*nemo tenetur se detegere*’, de maneira que fica fora do campo de ação do privilégio contra a autoincriminação a utilização no processo de informações que, embora obtidas pela acusação com o uso de poderes coercitivos, tenham uma existência independente da vontade do suspeito, como os documentos recolhidos por força de um mandado judicial.

Assim, a jurisprudência²⁴⁷ do referido Tribunal continua:

A coleta forçada de amostras biológicas do imputado, tais como a coleta de sangue, de urina e de tecidos para uma biópsia ou para exame de DNA, de hálito mediante o uso de bafômetro para um motorista suspeito de embriaguez, seriam em princípio legítimas, dado que o material usado na análise forense é obtido com procedimentos minimamente invasivos (pense-se nas coletas de sangue, cabelos ou tecidos corporais) ou por meio de procedimentos não invasivos, mas que exigem a colaboração do imputado (a coleta de urina, de saliva, de padrões vocais para comparação, etc.), desde que os órgãos investigadores se sirvam de métodos respeitosa da dignidade humana e do seu direito à saúde.

No mesmo sentido, no caso *Saunders vs. United Kingdom*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que o direito a não autoincriminação deve sempre estar ligado ao direito do acusado de guardar silêncio, o que não obsta que sejam obtidos do acusado, de maneira coercitiva e mediante autorização judicial, materiais como sangue, urina, tecidos corporais para a realização do exame de DNA.²⁴⁸

Seguindo a mesma linha, o Tribunal constitucional espanhol admite, de forma pacífica, que as medidas de intervenção corporal não influenciam no direito ao silêncio, uma vez que elas não coagem o investigado a prestar uma informação, mas apenas a tolerar a realização de uma perícia cujo resultado não é certo. Assim, o comportamento do

²⁴⁵ SANGUINÉ apud MASSON, MARÇAL, opus citatum.

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ CASABONA; MALANDA, apud, SILVA, opus citatum, p. 74.

acusado/indiciado, continua a ser exclusivamente passivo em relação à atuação dos órgãos do Estado.²⁴⁹

Por outro lado, o Tribunal constitucional espanhol vem decidindo no sentido de que a ausência da colaboração não pode ser equiparada a uma declaração de autoincriminação.²⁵⁰

Portanto, percebe-se que o entendimento do Direito europeu é de que os atos de intervenção corporal, nos quais se exigem a colaboração ativa da pessoa, não são abrangidos pela garantia a não autoincriminação. Essa tal garantia a não autoincriminação abrange apenas o uso de partes do corpo que podem ser passivamente obtidas.²⁵¹

Essa interpretação europeia distingue-se da “imunidade corporal”²⁵² criada pela jurisprudência do Brasil. Este último entendimento não permite a participação de forma coercitiva da pessoa na produção de provas que possam dar ensejo à sua condenação.

Dessa maneira, o direito de não se auto-incriminar existe para que seja ressaltada a necessidade de se acatar a vontade da pessoa de se manter em silêncio. Porém, tal direito não abarca as hipóteses de uso no processo de meios de provas conquistados por meio acusado, independentemente de sua vontade – ou até mesmo, contra a sua vontade – por decisões judiciais.

No mesmo sentido, de acordo com o alemão Claus Roxin²⁵³, sobre o procedimento de intervenção corporal para extração de DNA no Direito da Alemanha, assevera que:

O indivíduo não tem o dever de colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento ativo, contudo deve suportar intervenções corporais que possam contribuir definitivamente ao reconhecimento de sua culpabilidade como, por exemplo, deixar que se extraia sangue para aclarar eventual responsabilidade.

Eugênio Pacelli de Oliveira²⁵⁴ assevera que o direito ao silêncio tem suas bases no princípio da não culpabilidade, apresentando-se como causa para a atribuição direta de todos os ônus da prova à acusação. Dessa forma, o direito ao silêncio tutela a idoneidade da prova e a formação do convencimento judicial em bases racionalmente demonstráveis, como forma de

²⁴⁹ MARÍN, apud SILVA, opus citatum, p. 74.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ SILVA, opus citatum, p. 74-75.

²⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 210.

²⁵³ VAY, opus citatum.

²⁵⁴ OLIVEIRA, opus citatum.

proteger a integridade do indivíduo, vedando a confissão extraída por meio de tortura, hipnose ou narcose.

Porém, o autor²⁵⁵ garante que tal proteção à integridade física e psíquica do sujeito não deve representar uma imunidade corporal ao indivíduo²⁵⁶, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos.

O autor Marcelo Schirmer Albuquerque²⁵⁷ diz que a questão gira em torno do princípio do contraditório, tendo em vista que este não pode ser violado por meio da justificativa da garantia da não autoincriminação. Dessa forma, a acusação, que tem o ônus de provar o que alega, não pode ter sua liberdade probatória cerceada, visto que tem que ter todas as condições de realizar o seu papel de acusar. Com isso, o princípio do contraditório:

Impõe ao acusado o dever de, quando não atentatórias ao núcleo estrutural de seus direitos fundamentais, participar de atividades orientadas no sentido de formar o convencimento do julgador (mesmo se requeridas pela acusação) ou de suportar consequências processuais negativas em sua recusa.

Emílio de Oliveira e Silva²⁵⁸ também compactua com esse entendimento:

Tal advertência é válida, porque podem ocorrer situações excepcionais nas quais somente o emprego da intervenção corporal (invasiva ou não), poderá esclarecer crimes graves e de elevada complexidade para a investigação criminal. Nessas hipóteses, justificado o uso da medida, impedir que a acusação ou a defesa valham-se desses meios probatórios significa cercear sua capacidade argumentativa e de convencimento, uma vez que se inviabiliza provar o alegado.

Assim, conclui-se que o princípio da não autoincriminação não deve ter seu sentido ampliado, como se fosse um direito absoluto, uma vez que isso impediria o uso do corpo do indivíduo como meio de coleta de provas, mesmo que o princípio da dignidade da pessoa humana fosse respeitado em tais casos. Dessa forma, o presente trabalho não compactua com Aury Lopes Júnior²⁵⁹ quando assevera que a Lei nº 12.654/2012²⁶⁰ mudou radicalmente a situação jurídica do acusado, pondo fim ao direito de não produzir provas contra si mesmo.

Conforme Emílio de Oliveira e Silva²⁶¹:

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A Garantia de não Auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 55-57.

²⁵⁸ SILVA, opus citatum, p. 74.

²⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 243.

²⁶⁰ BRASIL, opus citatum, nota 17.

²⁶¹ SILVA, opus citatum, p. 75.

Não se chegou a um nível de problematização da questão da ingerência no corpo humano que possa definir limites e possibilidades para a questão. Pensa-se que isso se refletiu na Lei n. 12.654/2012, cujas lacunas na definição de um regime jurídico para a intervenção corporal coercitiva impedem a sua aplicação, não pela violação ao direito ao silêncio, mas por ofender o princípio da legalidade sob a perspectiva da taxatividade, um dos pressupostos de legitimidade das medidas interventivas no modelo constitucional do processo.

Nota-se então, que no Brasil ainda não se chegou a um consenso sobre os limites da atuação estatal por meio da intervenção corporal, longo debate que precisa ser ainda mais debatido.

3.2. Direito à não discriminação ou à não estigmatização

O direito à não discriminação encontra-se previsto no artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁶², e dispõe que constitui objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. No trato do tema, o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Cidadã²⁶³ assevera que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, devendo a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

No mesmo sentido, o artigo 7º, alínea “a”, da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos²⁶⁴ afirma que devam ser feitos todos os esforços no sentido de impedir que os dados genéticos e os dados proteômicos humanos sejam utilizados de um modo discriminatório que tenha por finalidade ou por efeito infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de um indivíduo, ou para fins que conduzam à estigmatização de um indivíduo, de uma família, de um grupo ou de comunidades.

Seguindo a mesma linha, o artigo 6º, da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos²⁶⁵ assegura que nenhum indivíduo deva ser submetido à discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana.

²⁶² BRASIL, opus citatum, nota 6.

²⁶³ Ibidem.

²⁶⁴ UNESCO, *Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos e Humanos*, 2004. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 04 jul. 2.018.

²⁶⁵ Idem, *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, 2001, disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>> Acesso em: 04 jul. 2.018.

Assim, o acesso aos dados genéticos poderia dar ensejo às discriminações, instauradas devido a características genéticas das pessoas, o que faria que uma pessoa fosse escolhida ou preterida devido à sua formação congênita.²⁶⁶

Sem o acesso do banco de dados dos indivíduos pelas pessoas, não havia tal discriminação genética, devido ao desconhecimento do critério diferenciador entre as pessoas. Devido a isso, o princípio da não discriminação genética mostra-se aplicável em relação ao conteúdo atinente à realização, obtenção de informações e resultados de análises genéticas.²⁶⁷

O acesso aos bancos de dados genéticos poderia gerar discriminações nas relações de trabalho, ou até mesmo nas contratações de um seguro de vida ou de saúde. Essa discriminação poder-se-ia manifestar na submissão da pessoa a um exame genético, caso fosse detectado a predisposição dela à doenças congênitas e, como consequência, dar ensejo à despedida do empregado, ou até mesmo à negativa do seguro de vida ou de saúde. Mais grave ainda, caso a pessoa não concordasse em se submeter ao exame, já seria suficiente para dar ensejo a dúvidas sobre a saúde da pessoa, descriminando-a em relação a outras pessoas que se submeteram ao teste admissional.²⁶⁸

Em relação à esfera criminal, Emílio de Oliveira e Silva²⁶⁹ ressalta a complexidade no trato do tema:

No âmbito criminal, o uso indevido de informações genéticas poderia gerar discriminações de contornos ainda mais preocupantes. A possibilidade de aplicar terapias profiláticas realizadas por meio de manipulações genéticas em criminosos é uma realidade. A partir do momento que se identifica um gene associado a um tipo de delito (genes ligados à agressividade e impulsos sexuais), abrem-se portas para que o Estado promova sua cura, neutralização, ou simplesmente a eliminação de seus portadores, de modo que a atuação estatal não se limite ao aspecto repressivo, mas também profilático, agindo sobre potenciais criminosos a fim de prevenir futuros delitos.

Dessa forma, mais uma vez se destaca a necessidade de que a identificação do perfil genético seja armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo, de acordo com o que dispõe o artigo 9º-A, §1º, da Lei de Execução Penal²⁷⁰.

²⁶⁶ SÁ, apud SILVA, opus citatum, p. 69.

²⁶⁷ Ibidem, p. 70.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ BRASIL, opus citatum, nota 4.

3.3. Direito à intimidade

De acordo com o artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁷¹, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Conforme Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²⁷², “é o direito de interditar às demais pessoas o conhecimento dos pensamentos, emoções, sentimentos e sensações, bem como dos atos e acontecimentos que o titular não queira revelar aos outros”.

As hipóteses dispostas nos incisos do artigo 3º da Lei nº 12.037/2009²⁷³ permitem que a autoridade de polícia atue de ofício, permitindo-se que seja realizada a identificação criminal sem a necessidade de autorização judicial. A exceção de tal disposição está presente no inciso IV, que dispõe que quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, dependerá de despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Assim, os registros constantes no banco de dados devem ser mantidos em sigilo, sob pena de se ter violado o direito à intimidade. É o entendimento majoritário²⁷⁴ sobre o tema:

Como o banco de dados de perfil genético é composto por um sistema computadorizado, a proteção às informações genéticas não seria completa se o programa de computador utilizado nesses bancos não oferecesse segurança contra acessos indevidos ou ataques virtuais. Portanto, torna-se necessário que o acesso de pessoas a tais programas seja o mais restrito possível, de modo que haja o registro de todos os indivíduos que consultaram os bancos de dados, inclusive com informações sobre o horário, o tipo de consulta e os perfis das pessoas que foram pesquisadas.

Dessa forma, a Lei de Identificação Genética²⁷⁵ foi responsável por acrescentar o artigo 9º-A, §1º à Lei nº 7.210/1984²⁷⁶, bem como os artigos 5º-A, §2º e 7º-B, à Lei nº 12.037/2009²⁷⁷, de forma a instituir o sigilo dos bancos de dados genéticos e a responsabilidade civil, administrativa e criminal de quem permitir ou promover a utilização

²⁷¹ Idem, opus citatum, nota 7.

²⁷² CARVALHO, opus citatum, p. 54.

²⁷³ Idem, opus citatum, nota 8.

²⁷⁴ SILVA, opus citatum, p. 68-69.

²⁷⁵ BRASIL, opus citatum, nota 18.

²⁷⁶ Idem, opus citatum, nota 3.

²⁷⁷ Idem, opus citatum, nota 8.

das informações genéticas para fins diversos daqueles previstos em lei ou em decisão judicial.²⁷⁸

A conduta do funcionário público é tipificada pelo Código Penal, caso revele ou facilite a revelação de fato que tenha ciência em razão do cargo e que deva permanecer em sigilo.²⁷⁹ Além disso, os artigos 313-A e 313-B do Código Penal²⁸⁰ informam que o agente estatal que promova a inserção de dados falsos, altere ou exclua indevidamente dados corretos, bem como modifique ou altere a programação dos bancos de dados de perfil genético, poderá responder com pena de reclusão e de detenção, respectivamente.

Também é mister que não seja permitido o acesso externo ao banco de dados, devendo o programa de computador ser mantido bloqueado da rede mundial de computadores, para que os arquivos não sejam perdidos por vírus virtuais, nem sejam vazados dados constantes nos bancos, sob pena de tipificação do artigo 154-A do Código Penal²⁸¹.

²⁷⁸ SILVA, opus citatum, p. 67.

²⁷⁹ BRASIL, *Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jul. 2018.

Violação de sigilo funcional

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 09 jul. 2.018.

²⁸⁰ BRASIL, opus citatum, nota 1.

²⁸¹ Ibidem.

Crime de invasão de dispositivo informático –

Art. 154-A. Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

(Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos²⁸² objetiva garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na coleta, tratamento, uso e conservação das informações genéticas.²⁸³

Trata-se de uma importante forma de proteção das informações genéticas, “sobretudo no que toca às recomendações sobre a confidencialidade dos dados do genoma humano, tal como a dissociação de dados de pessoa identificável e a privacidade das informações genéticas”.

Conforme o artigo 14, alínea “a”, da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos²⁸⁴, os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável. Fala-se, portanto, em uma intimidade genética, que deve ser protegida.

3.4. Direito à liberdade física

O direito à liberdade física tem previsão tanto na legislação infraconstitucional, como em várias passagens da Constituição da República Federativa do Brasil, que serão expostas à seguir. O artigo 5º, inciso XLI, da Carta Cidadã²⁸⁵ trata do tema, informando que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. O inciso XLVI, alínea “a do referido dispositivo²⁸⁶ também dispõe a respeito da liberdade física, informando que a lei regulará a individualização da pena e adotará a privação ou restrição da liberdade.

§ 4o Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

§ 5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

I - Presidente da República, governadores e prefeitos; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012).

²⁸² UNESCO, opus citatum, 2004.

²⁸³ SILVA, opus citatum, p. 66.

²⁸⁴ UNESCO, opus citatum, nota 2.

²⁸⁵ Idem, opus citatum, nota 8.

²⁸⁶ Ibidem.

Da mesma forma, o inciso LIV do artigo 5º, da Constituição Republicana²⁸⁷ dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Os incisos LXVI e LXVIII do diploma legal²⁸⁸ também tratam da liberdade física, ratificando, respectivamente, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; e que será concedido habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

O direito à liberdade física ou liberdade ambulatorial diz respeito à autodeterminação do indivíduo em produzir movimentos físicos, direito este que pode ser restringido a partir da imposição de uma medida de intervenção corporal. Isso ocorre porque a execução das medidas de intervenção corporal têm como consequência as limitações ambulatoriais à pessoa, reduzindo sua liberdade ao espaço físico em que a ingerência corporal será realizada, como as delegacias ou estúdios de laboratórios, bem como reduzindo o espaço de movimentos corporais no momento em que a intervenção é realizada, tais como a realização da coleta de sangue, de saliva, ou ultrassonografia, por exemplo.²⁸⁹

Assim, é inegável que a imposição a uma medida de intervenção corporal, ainda que por um período de tempo insignificante, é responsável por vulnerar a liberdade física da pessoa.

Porém, os argumentos supracitados não são suficientes para deslegitimar a aplicação de uma medida de intervenção corporal no indivíduo. Nas palavras de Emílio de Oliveira e Silva²⁹⁰:

Contudo, tal restrição à liberdade ambulatorial não deslegitima a aplicação das medidas de ingerência no corpo humano. A prisão preventiva, por exemplo, também constitui uma medida que limita a liberdade física da pessoa e que pode ser decretada com fundamento na conveniência da instrução criminal, mas nem por isso é eivada de inconstitucionalidade por restringir o referido direito.

Assim, devem ser admitidas as medidas de intervenção no corpo da pessoa, desde que tal procedimento seja realizado por meio de lei expressa que discipline todas as modalidades de restrição ao direito fundamental do indivíduo, garantindo-se que a medida de intervenção

²⁸⁷ Ibidem.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ SILVA, opus citatum, p. 60.

²⁹⁰ Ibidem, p. 61.

corporal cumpra suas finalidades e sua prática não extrapole o período de tempo necessário para o procedimento técnico a ser realizado.²⁹¹

3.5. Direito à integridade física

O direito à integridade física está previsto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea e”, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁹², informando a proibição de adoção das penas cruéis aos condenados. Da mesma forma, o inciso XLIX do referido dispositivo dispõe ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Assim, direito à integridade física pode ser entendido como a inviolabilidade do corpo humano contra ingerências capazes de lhe causar danos à saúde do indivíduo, bem como danos à integridade corporal ou funcional. Para que a integridade física da pessoa seja protegida, devem se proteger os atributos físicos da pessoa, para que ela não seja atingida com lesões corporais, psíquicas e morais, para que ela tenha um desenvolvimento sadio.²⁹³

Nas palavras de Emílio de Oliveira e Silva²⁹⁴:

Parece claro que as medidas interventivas são restrições ao direito à integridade física de uma pessoa, já que submetê-la à extração de sangue, inspeções nas cavidades corporais, exames de raio-X e ultrassonografia constituem intervenções que, em grau de intensidades diferentes, importam uma vulneração ao corpo humano, notadamente quando essas medidas ocorrem sem o consentimento do afetado. Logo, devem ser descartadas quaisquer ingerências que acarretem graves riscos para a saúde ou dores desnecessárias. Intervenções cirúrgicas para extrair objetos do estômago ou para extração do líquido cefalorraquídeo são medidas que representam perigo à integridade física da pessoa, o que deslegitima o seu uso para fins penais.

Porém, é mister frisar que o direito à integridade física não impossibilita que sejam realizadas intervenções corporais para fins criminais, tendo em vista que não existem direitos absolutos capazes de impedir a utilização do corpo humano como meio de prova quando não houver violação à dignidade humana da pessoa.²⁹⁵

Se não fosse assim, o próprio encarceramento seria medida não permitida, uma vez que ele produz danos à saúde da pessoa e nem por isso a aplicação da pena privativa de

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² Idem, opus citatum, nota 9.

²⁹³ SILVA, opus citatum, p. 61.

²⁹⁴ Ibidem, p. 61-62.

²⁹⁵ CARVALHO, apud SILVA, opus citatum, p. 62.

liberdade não é considerada legítima pelo ordenamento jurídico brasileiro. Se comparada ao encarceramento, algumas intervenções corporais, como a coleta de saliva ou cabelos, pouco ou nada prejudicam a saúde do indivíduo.²⁹⁶ Dessa forma, a análise do DNA contido na saliva ou nos cabelos se encaixa na definição do artigo 9º-A, da Lei de Execução Penal²⁹⁷, inserido pela Lei nº 12.654/2012²⁹⁸, que fala da identificação do perfil genético do condenado mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Da mesma forma, a Comissão Europeia de Direitos Humanos vem entendendo – desde 1970 - que algumas ingerências corporais são consideradas banais, como o exame de sangue, que não expõe a integridade física da pessoa a riscos.²⁹⁹ O Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal da Espanha seguem a mesma linha, demonstrando ser um exagero falar de uma inviolabilidade corporal que impossibilite a realização da análise sanguínea, sobretudo caso se trate de uma prova legalmente estabelecida e autorizada judicialmente.³⁰⁰

3.6. Direito à liberdade religiosa e de consciência

A liberdade religiosa está expressa no artigo 5º, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁰¹, assegurando ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. No mesmo sentido, o inciso VII do referido artigo assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

O inciso VIII, por sua vez, garante que ninguém seja privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. Como exemplo, é possível citar o serviço militar obrigatório.

Assim, como a liberdade de crença é proclamada pela Constituição da República Federativa do Brasil³⁰² no artigo 5º, inciso VI, pela leitura do artigo é possível interpretar que além de tudo, é garantida a proteção a quem proclamar a religião, para que não ocorra

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ BRASIL, opus citatum, nota 6.

²⁹⁸ Idem, opus citatum, nota 18.

²⁹⁹ Ibidem.

³⁰⁰ Ibidem.

³⁰¹ Idem, opus citatum, nota 10.

³⁰² Ibidem.

religiões que se sobreponham à outras, ideologicamente, o que geraria preconceito e discriminação.

É importante frisar que não existe direito que se sobreponha à paz social. Por mais fundamental e essencial que possa ser um direito, ele nunca vai ser absoluto. Pela leitura do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, nem mesmo o direito à vida é absoluto, podendo sofrer restrição em caso de guerra declarada, hipótese em que seria permitida a pena de morte.

Em relação às limitações referentes ao livre exercício do culto de religião, o ministro Alexandre de Moraes³⁰³ afirma:

A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso, enquanto não for contrário à ordem, tranquilidade e sossego público, bem como compatível com os bons costumes. Desta forma, a questão das pregações e curas religiosas deve ser analisada de modo que não obstaculize a liberdade religiosa garantida constitucionalmente, nem tampouco acoberte práticas ilícitas.

É possível fazer um paralelo entre direito à liberdade religiosa e de consciência com a identificação genética. Sobre o tema, de acordo com Emílio de Oliveira e Silva³⁰⁴:

Em relação à identificação genética, a violação do direito à liberdade religiosa pode não se evidenciar, sobretudo em razão dos procedimentos atuais para a obtenção do perfil genético, os quais podem ser realizados de maneira rápida, indolor e ascéptica, sem o uso de sangue e de procedimentos cirúrgicos. Assim, ao se considerar determinada convicção religiosa, pode-se definir um procedimento para a obtenção do material genético que não vulnere a pessoa em sua crença. No caso de convicções religiosas que limitem o contato ou intervenção com o sangue humano, por exemplo, o exame genético pode ser feito por materiais não sanguíneos, como as células existentes na saliva e no bulbo capilar.

Isso significa que, na realização dos procedimentos de identificação genética, tomadas as devidas cautelas para que não haja demora, dor infligida na pessoa que irá ser identificada ou falta de assepsia no processo de identificação, a violação do direito à liberdade religiosa pode não ser evidenciada. Com isso, identificando-se a religião do indivíduo, uma série de métodos podem ser tomados para que a pessoa não seja vulnerada em sua crença. Como exemplo, é possível citar o exame genético que pode ser realizado por materiais não sanguíneos, como as células presentes na saliva, em caso de religião que não limite o contato ou intervenção com o sangue humano.

³⁰³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 77.

³⁰⁴ EMILIO, opus citatum, p. 64.

Desse modo, pode ocorrer sim, a violação à liberdade religiosa quando imposta à pessoa uma medida de intervenção corporal. Porém, tal violação é limitada aos casos determinados que devam ser especificadamente objeto de comprovação, principalmente quando se analisa os outros direitos que têm implicação com a não realização de tal medida e que também podem ser atingidos, como o direito à produção de provas e a tutela penal dos direitos fundamentais.³⁰⁵

³⁰⁵ CASABONA, Carlos María Romeo; MALANDA, Sergio Romeo. *Los Identificadores del ADN em el Sistema de Justicia Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010, p. 67.

4. LEGITIMIDADE E PRESSUPOSTOS DAS MEDIDAS DE INTERVENÇÃO CORPORAL

As medidas de investigação que se realizam sobre o corpo dos indivíduos e ocorre durante o processo são chamadas de intervenções corporais. Tais medidas, atualmente, podem ocorrer sem o consentimento das pessoas, objetivando descobrir fatos que necessitem o processo, no que diz respeito às condições psíquicas e físicas do sujeito passivo das intervenções.³⁰⁶

As intervenções corporais geram bastante discussão sobre o consentimento na realização da medida. De acordo com Aury Lopes Junior, caso o indivíduo dê o consentimento, poderá ser realizada a intervenção corporal sem maiores problemas, tendo em vista o conteúdo da autodefesa ser disponível e renunciável.³⁰⁷

Porém, dependendo a prova a ser produzida de alguma intervenção corporal, não há regulação legal que discipline, de maneira expressa, a imprescindibilidade de consentimento do acusado, em tais casos.

A adoção dos pressupostos para a aplicação das medidas de intervenção corporal não deve ser analisada de forma autônoma, e sim sob o enfoque constitucional para que tenha sua validade reconhecida como prova no processo penal. Assim, ao mesmo tempo em que devem ser preservados os princípios do Estado Democrático de Direito, devem ser reconhecidas as medidas interventivas como uma necessidade na investigação criminal.

Sobre os pressupostos para aplicação de uma medida interventiva, Emílio de Oliveira e Silva³⁰⁸ ressalta:

A definição dos pressupostos para a aplicação das medidas de intervenção corporal é uma necessidade no Estado Democrático de Direito. Por se tratar de um procedimento que fere, potencialmente, direitos fundamentais, parece inequívoco que sua execução depende de lei que defina as hipóteses de aplicação nas quais o juiz autorizará a realização da ingerência no corpo humano, após analisar sua necessidade e adequação ao caso penal.

³⁰⁶ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 290.

³⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 322-23.

³⁰⁸ SILVA, opus citatum, p. 75-76.

Assim, devem ser reguladas expressamente as hipóteses que tratam das medidas interventivas, principalmente porque a execução de tais procedimentos pode ferir direitos fundamentais, o que ressalta a indispensabilidade de previsão legal.

4.1. Princípio da legalidade

De acordo com José Afonso da Silva³⁰⁹, que apresenta uma visão bipartida da doutrina sobre as garantias constitucionais, esta pode ser dividida em garantias fundamentais gerais e garantias fundamentais específicas.

As garantias fundamentais gerais são aquelas que vêm convertidas em normas constitucionais proibitivas dos abusos de poder e de todas as espécies de violação aos direitos que elas asseguram e procuram tornar efetivos. As garantias fundamentais são realizadas por meio de preceitos de princípios constitucionais, tais como o princípio da liberdade, o princípio do devido processo legal, o princípio da legalidade e pelas cláusulas de inviolabilidade.³¹⁰

Já as garantias fundamentais específicas instrumentalizam-se de forma verdadeira o exercício dos direitos, fazendo valer o conteúdo e a materialidade das garantias fundamentais gerais. Por elas, os titulares do direito encontram a forma, o procedimento, a técnica, o meio de exigir a proteção incondicional de suas prerrogativas, como, por exemplo, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data, o mandado de injunção, a ação popular, o direito de petição, etc. São chamados de "remédios constitucionais" o recurso responsável por combater o que não está certo, ou seja, têm o objetivo de proteger o direito fundamental.³¹¹

Conforme Flávia Bahia³¹²:

O Estado Democrático de Direito (art.1º, caput) repousa sob o signo da legalidade, exposto no dispositivo sob comento em seu sentido material ou amplo. O princípio da legalidade, portanto, expressa a sujeição ou subordinação das pessoas, órgãos ou entidades às prescrições emanadas do Legislativo, Executivo e Judiciário. Para o particular, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (aqui em sentido amplo ou material, referindo-se a qualquer espécie normativa), diante da sua autonomia da vontade. Já quanto ao administrador, deverá ser adotado o princípio da legalidade em sentido estrito, pois só é possível fazer o que a lei autoriza ou determina.

³⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 187-188.

³¹⁰ BAHIA, Flávia. *Coleção Descomplicando - Direito Constitucional*. 3. ed. Recife, PE: Armador, 2017, p. 103.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*, p. 117.

De acordo com o princípio da legalidade, expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil³¹³, ninguém deve ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, podendo-se dizer que há, portanto, consenso no sentido de que a medida de intervenção corporal seja prevista em lei. Assim, pode-se afirmar que a medida de intervenção corporal trata-se de uma consequência lógica do princípio da legalidade.

Ocorre que não é apenas a observância do princípio da legalidade que confere legitimidade à medida interventiva. É mister afirmar que bem como o princípio da legalidade, deve haver a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, para que o indivíduo que esteja sofrendo a intervenção não tenha sua saúde colocada em risco. Nas palavras de Emílio de Oliveira e Silva³¹⁴:

Todavia, a observância do princípio da legalidade por si só não confere legitimidade à medida interventiva. Qualquer intervenção corporal que coloque a vida ou a saúde da pessoa em risco deve ser descartada, já que nessas hipóteses a execução da intervenção corporal constitui um meio gravíssimo para os fins que se pretendem atingir, extrapolando-os. Ademais, por se tratar de um procedimento técnico complexo, torna-se necessário que a execução dessas medidas seja feita por profissionais especializados, os quais detenham conhecimentos na sua área de atuação e, assim, possam avaliar os riscos do procedimento.

Ademais, em respeito ao princípio da legalidade, deve ser disposto pela legislação em quais situações a intervenção corporal deva ocorrer, para que sejam esclarecidos os motivos para o procedimento de ingerência. Essa disposição legislativa deve ser feita de forma notória e minuciosa, de modo que a legislação garanta a defesa técnica do réu que será submetido à medida de intervenção.

Emílio de Oliveira e Silva³¹⁵ ressalta as condições para o procedimento de ingerência:

É necessário, ainda, que a norma estabeleça de forma clara e pormenorizada em quais situações a intervenção corporal será realizada, esclarecendo, ainda, as condições para o procedimento de ingerência. Da mesma forma, há a necessidade que a lei assegure a defesa técnica ao sujeito que será submetido à medida interventiva, por meio da garantia do contraditório prévio e da ampla defesa. Isso garante não só a transparência na execução da intervenção corporal, mas também uma maior fiscalização da atuação do agente estatal, proporcionando à defesa maior agilidade no manuseio de medidas judiciais que garantem os direitos fundamentais do investigado ou acusado.

³¹³ BRASIL, opus citatum, nota 11.

³¹⁴ SILVA, opus citatum, p.76.

³¹⁵ Ibidem, p. 76-77.

Analisando-se a Lei nº 12.654 de 2012³¹⁶, observa-se que o tema não foi tratado de maneira suficiente, necessitando de uma modificação legislativa para que não haja a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e da legalidade.

Pela leitura do artigo 5º, da Lei nº 12.037/2009³¹⁷, 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. Segundo tal artigo, na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Tal hipótese mencionada alhures trata da possibilidade de ocorrer a identificação criminal quando esta 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. A interpretação de tal dispositivo permite concluir que o tema não foi tratado de forma exaustiva pela Lei nº 12.654/2012³¹⁸, necessitando de modificação.

Assim, foi permitida a coleta de material biológico para todos os tipos de investigação criminal. Dessa forma, em se tratando de investigação genética contra o acusado, não houve a diferenciação entre delitos dolosos, culposos ou aqueles de menor potencial ofensivo, uma vez que não foi definido o rol de crimes que permitem a realização da intromissão coercitiva, muito menos os limites do procedimento, bastando, para tanto, que haja decisão judicial para a realização da medida interventiva, e que ela seja essencial para as investigações policiais.³¹⁹

Para Emílio de Oliveira e Silva³²⁰, a Lei nº 12.654/2012³²¹ é uma violação clara ao princípio da legalidade:

Neste ponto, entende-se que a Lei de Identificação Genética violou o princípio da legalidade, sob a perspectiva da taxatividade. Nem se diga que decreto regulamentador supriria essa lacuna, pois isso seria clara afronta à garantia da reserva legal (art. 5º, II, CR/88). De toda forma, ao não estabelecer restrições à realização da ingerência corporal, a Lei nº 12.654/2012 propiciou a prática de arbitrariedades, vulnerando a liberdade do investigado e do acusado que, a partir de

³¹⁶ BRASIL, opus citatum, nota 19.

³¹⁷ Idem, opus citatum, nota 9.

³¹⁸ Idem, opus citatum, nota 20.

³¹⁹ SILVA, opus citatum, p.77.

³²⁰ Ibidem, p. 77-78.

³²¹ BRASIL, opus citatum, nota 21.

agora, poderão ser submetidos ao procedimento de intervenção, ainda que isso não seja imprescindível para o esclarecimento do delito.

O autor³²² continua:

Não se pode admitir que fórmulas genéricas e indeterminadas pautem a atuação dos órgãos estatais, sobretudo quando se está em jogo a garantia de direitos fundamentais. Caso contrário, “basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram”³²³.

Assim, o princípio da legalidade nos informa que somente a lei é capaz de determinar a autoridade competente para verificar uma situação jurídica para a própria manutenção do Estado Democrático de Direito: os princípios constitucionais.³²⁴ Dessa forma, não havendo o respeito ao princípio da legalidade, está-se desrespeitando um princípio constitucional, que é o que ocorre com a Lei nº 12.654/2012³²⁵, que não definiu o rol de crimes que autorizam a realização da intervenção coercitiva, muito menos os limites do procedimento.³²⁶

4.2. Adequação e necessidade

O princípio da adequação tem como objetivo a verificação do caso concreto, para analisar se a medida empregada caracteriza o meio certo para solucionar determinada situação, constituindo tal análise uma importante etapa da aplicação do princípio da proporcionalidade.³²⁷

Desse modo, a adequação pressupõe a verificação de que os meios usados são hábeis para se atingir aos fins almejados. Conforme Canotilho³²⁸ afirma, trata-se de um controle sobre a relação de adequação medida-fim. Entende-se, portanto, que o meio é considerado adequado se, a partir do seu uso, o evento almejado deve ser alcançado.

A adequação pode ser traduzida, portanto, na obrigatoriedade de compatibilidade entre o fim pretendido e os meios enunciados para sua consecução.³²⁹

³²² Ibidem.

³²³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.634.

³²⁴ BAHIA, opus citatum, p. 163.

³²⁵ BRASIL, opus citatum, nota 22.

³²⁶ SILVA, opus citatum, p. 77.

³²⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2007, p. 36.

³²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 262.

³²⁹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <www.puc-

Sobre a necessidade, Luís Roberto Barroso³³⁰ utiliza a expressão “exigibilidade da medida” como sinônimo, afirmando que tal preceito trata da verificação da inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados.

Com isso, é possível afirmar que o exame da necessidade é realizado sob duas situações: o exame da igualdade de adequação dos meios e o exame do meio menos restritivo. No exame da igualdade de adequação dos meios, faz-se uma análise se os meios alternativos serão suficientes para se alcançar o fim pretendido. Já no exame do meio menos restritivo, examina-se qual dos meios alternativos mostra-se ser o menos restritivo possível ao direito fundamental abrangido.³³¹

Sobre a adequação e necessidade, segundo lições de Emílio de Oliveira e Silva³³²:

Nesse contexto, o primeiro ponto a ser esclarecido é que a medida interventiva só é adequada e necessária se houver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Evidentemente, se a finalidade da medida for apenas a identificação criminal, não há que se falar nesses requisitos, os quais são substituídos por aqueles descritos no artigo 3º, I, II, III, V e VI, da Lei nº 12.037/2009, que dizem respeito às dúvidas sobre a identidade da pessoa.

Ocorre que, para o autor, quando o assunto for procedimentos de provas, a interpretação é outra, tornando-se imprescindível a comprovação da materialidade delitiva e a demonstração de indícios suficientes de autoria, uma vez que, nessa situação, a medida de intervenção corporal configura-se uma medida de antecipação de prova.³³³

Desse modo, para haver a intervenção corporal deve-se analisar a adequação e a necessidade da medida interventiva, ou seja, deve haver prova cabal da materialidade e indícios suficientes de autoria.

Sobre a necessidade da medida de intervenção corporal, significa dizer que inexistem outros meios de prova menos gravosos que possam substituir a intervenção corporal, sem prejudicar o resultado visado por ela. Assim, podendo o fato ser provado de outras maneiras,

rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html> Acesso em: 18 jul. 2.018.

³³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2.010, p. 260.

³³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122.

³³² SILVA, opus citatum, p. 78-79.

³³³ Ibidem.

isso deve ser feito. Caso contrário, admite-se a intervenção no corpo humano para efeitos criminais, excepcionalmente.³³⁴

Assim, quando não existirem outros meios de prova menos gravosos capazes de substituir a intervenção corporal no caso concreto, sem prejudicar o resultado visado por ela, a intervenção deve ser realizada.

Já no que se refere aos pressupostos da adequação³³⁵ da medida interventiva:

No que toca ao pressuposto da adequação, Barros e Machado³³⁶ explicam que as medidas cautelares pessoais no processo penal são adequadas quando têm pertinência com a situação fática do caso penal, isso é, “se a medida imposta é indicada a tutelar o direito da acusação, em face das situações de dano iminente”. Esse raciocínio pode ser aplicado às medidas de intervenção corporal, uma vez que não é qualquer infração penal que propiciará a sua execução, sob pena de banalizar esse procedimento.

Dessa forma, é possível concluir que o crime deve revestir de circunstâncias especiais para tornar indispensável a realização da medida, de forma a assegurar às partes processuais a faculdade de produzir provas que garantam sua capacidade argumentativa e de intervenção na decisão judicial.³³⁷

4.3. Proporcionalidade em sentido estrito

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito pode ser deduzível do mandamento de princípios das normas de direitos fundamentais. Assim, deve ser realizada uma ponderação com o objetivo de se decidir sobre qual norma deve prevalecer no caso em análise em que ocorra um conflito de princípios ou de valores.

Assim, o sopesamento final tem o escopo de verificar se o meio usado é ou não proporcional ao fim querido, ou seja, são maiores os prós que os contras ao se determinar a realização da medida. Ao se analisar a relação custo-benefício no caso em concreto, deve-se colocar em cotejo o interesse do bem estar da sociedade e as garantias individuais, de forma a se evitar o proveito demasiado de uma vantagem sobre outra.

³³⁴ Ibidem, p. 79.

³³⁵ Ibidem.

³³⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.011, p. 49-50.

³³⁷ SILVA, opus citatum, p. 79.

Chamado por Robert Alexy de teoria do sopesamento³³⁸ ou tarefa de otimização, tal medida objetiva solucionar o conflito de direitos fundamentais, não sendo correto o pensamento de que existem direitos absolutos. Desse modo, quando mais intensiva for uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam.

Desse modo, a proporcionalidade em sentido estrito pode ser considerada como uma análise complexa, pois se estuda se as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio.³³⁹ Pode-se falar em uma análise de justa medida.³⁴⁰

E mais, uma ponderação realizada de maneira equivocada poderia infringir direito fundamental, podendo dar ensejo a uma possível impetração de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

4.4. Autorização do juiz

Várias são as medidas de intervenção corporal, tais como a revista pessoal ou a extração de material biológico. Sobre o tema:³⁴¹

Veja-se que milhares de pessoas são identificadas civil e criminalmente todos os dias sem autorização judicial (art. 3º, I, II, III, V e VI, Lei nº 12.037/2.009). Essas ingerências também ocorrem nas revistas de presos ou das pessoas que vão visitá-los, evitando-se que aparelhos de telefonia celular, drogas e armas adentrem nos estabelecimentos prisionais. Do mesmo modo, as buscas pessoais são realizadas em suspeitos pela prática de algum crime são feitas cotidianamente e sem autorização judicial (art. 240, §2º, CPP).

Assim, deve-se fazer a diferenciação: em alguns casos a finalidade da medida de intervenção corporal é a de produzir provas, e em outros, não. No caso da revista pessoal, por exemplo, está em jogo outros direitos fundamentais, que correriam o risco caso não houvesse a ingerência corporal de revista da pessoa: os direitos à vida e integridade física dos agentes

³³⁸ ALEXY, opus citatum, p. 173.

³³⁹ Ibidem.

³⁴⁰ CANOTILHO, opus citatum, p. 263.

³⁴¹ SILVA, opus citatum, p.81.

estatais que atuam nos órgãos de persecução penal, bem como a ordem e a segurança da unidade de prisão.³⁴²

Outro ponto que deve ser levado em consideração é sobre o consentimento de quem ia ser submetido à intervenção no corpo humano. Sobre o tema, Emílio de Oliveira e Silva³⁴³ dispõe:

Por essas razões, a não distinção das finalidades das medidas interventivas e a desconsideração da aquiescência da pessoa afetada podem gerar violações a direitos fundamentais, além de contaminar a produção da prova. Assim, quando a intervenção corporal for consentida ou não configurar meio probatório, pensa-se que é possível que ela seja realizada sem o prévio controle judicial. Caso contrário, somente a autorização do juiz torna legítima a execução coercitiva da ingerência corporal, desde que necessária, adequada e prevista em lei.

Dessa forma, sempre que a intervenção do corpo humano não for consentida e/ou configurar meio de prova, deve ser considerado imprescindível a autorização judicial, sob pena de não ser considerada legítima a execução coercitiva da ingerência do corpo do indivíduo. Além disso, deve tal intervenção corporal estar sempre prevista em lei, bem como ser necessária e adequada.

Devido a isso, deve-se sempre ser feita a distinção das finalidades das medidas de intervenção corporal, bem como analisar se houve ou não consentimento para tal realização, para que não ocorram violações a direitos fundamentais.

Não há previsão expressa na lei para que as intervenções corporais sejam submetidas às reservas de jurisdição, como ocorre nos casos das interceptações telefônicas e para medidas como o mandado de busca e apreensão.

Há que se falar, portanto, em “assimetria constitucional”³⁴⁴ na proteção de direitos fundamentais, uma vez que o artigo 5º, incisos XI e XII, da Constituição Republicana³⁴⁵ asseguram a cláusula de reserva jurisdicional para medidas como o mandado de busca e apreensão, interceptações telefônicas e sigilo de correspondências, mas não protege a ingerência corporal nesse quesito, mesmo a última configurando medida mais gravosa.

Pode-se afirmar, portanto, que a autorização do juiz deve ser encarada como um pressuposto necessário à concretização da medida interventiva no corpo humano, pois isso configuraria maior fiscalização e maior controle ao procedimento de intervenção corporal. O

³⁴² Ibidem.

³⁴³ Ibidem.

³⁴⁴ Ibidem.

³⁴⁵ BRASIL, opus citatum, nota 12.

resultado de tal cuidado seria uma maior proteção aos direitos fundamentais, o que significaria a repressão de atitudes arbitrárias dos órgãos de persecução penal, bem como prestigiando a legitimidade da atuação do agente estatal.³⁴⁶

O artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁴⁷ trata da necessidade de motivação das decisões judiciais. Assim, não deve ser considerada necessária apenas a simples decisão do magistrado para que ocorra uma medida de intervenção corporal no indivíduo, sendo essencial também que tal ordem seja motivada, sob pena de violação da Constituição.

4.5. Direito fundamental à segurança

De acordo com o artigo 144, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁴⁸, a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Conforme Emílio de Oliveira e Silva³⁴⁹:

Parece claro que o ente estatal deve assegurar o livre desenvolvimento dos direitos individuais, coletivos e difusos em uma sociedade democrática. Isso significa impor limites normativos e consequências jurídicas às condutas violadoras daqueles direitos, pois o Estado deve proteger seus cidadãos de agressões e ameaças, de modo que sua própria atuação não se transforme em uma atividade transgressiva.

Nota-se, pois, que o direito à segurança encontra expressa menção na Constituição Republicana, bem como a justificativa do dever do Estado de proteger a sociedade sucede de normas constitucionais relacionadas aos princípios do Estado Democrático de Direito, tais como a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a proteção da integridade corporal, dentre outros.³⁵⁰

³⁴⁶ SILVA, opus citatum, p.80.

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ BRASIL, opus citatum, nota 13.

³⁴⁹ SILVA, opus citatum, p. 106.

³⁵⁰ Ibidem.

Conforme o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁵¹, de 1948, todos têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Portanto, devem ser asseguradas às pessoas o livre exercício de desfrutar do direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, de forma que não sejam realizadas interferências arbitrárias ou ataques contra sua privacidade, família, domicílio, correspondência, honra, reputação e propriedade.³⁵²

O artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil³⁵³ conferiu grande importância à questão da segurança pública, tendo em vista que destina um capítulo inteiro do texto da Constituição para tratar de tal tema. Além da Carta Magna³⁵⁴ conferir grande importância aos órgãos de segurança pública, ela também define suas atividades, atribuições e estruturas, de modo a detalhar minuciosamente sua atuação.³⁵⁵

Assim, o artigo 144 da Constituição Republicana³⁵⁶ não é o único a tratar do tema da segurança pública, “ele encontra amparo em várias normas constitucionais que reforçam a proteção de direitos individuais, coletivos e difusos”.³⁵⁷ Conforme o autor³⁵⁸ bons exemplos disso “são os mandados de criminalização implícitos e explícitos que estabelecem um dever direcionado ao legislador para que efetive a proteção penal de direitos fundamentais, seja por meio de sanções penais mais graves ou por meio da limitação de garantias processuais”.

Como exemplo de outros mandamentos constitucionais que criminalizam atos atentatórios ao direito fundamental à segurança pública, é possível citar as discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, expresso no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁵⁹; o racismo, positivado no artigo 5º, inciso LXII da Carta Magna³⁶⁰; a tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, drogas e afins, o terrorismo e crimes hediondos, expresso no artigo 5º, inciso LXIII, da referida legislação³⁶¹; as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, positivado no artigo

³⁵¹ ONU, DUDH. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 12 ago. 2018.

³⁵² SILVA, opus citatum, p. 106.

³⁵³ BRASIL, opus citatum, nota 14.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ SILVA, opus citatum, p. 107.

³⁵⁶ BRASIL, opus citatum, nota 15.

³⁵⁷ SILVA, opus citatum, p. 107.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ BRASIL, opus citatum, nota 16.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*.

5º, inciso XLIV, da Constituição³⁶², a retenção dolosa do salário dos trabalhadores, no artigo 7º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁶³; as condutas lesivas ao meio ambiente, no artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição³⁶⁴; bem como do abuso, violência e exploração sexual da criança e adolescente, expresso no artigo 227, parágrafo 4º, também da Constituição³⁶⁵.³⁶⁶

Portanto, o direito das pessoas em ter garantida sua segurança pessoal encontra-se vinculado ao dever do Estado em gerar segurança para os cidadãos, uma vez que tudo está relacionado à proteção dos direitos fundamentais.³⁶⁷

Emílio de Oliveira e Silva³⁶⁸ ressalta:

Como lembra Schafer Streck³⁶⁹, o Estado Democrático de Direito exige que os direitos fundamentais sejam compreendidos não só como limitadores da atividade estatal, mas também como meios de defesa contra qualquer poder social de fato que possa violá-los. Nesse contexto, a eficácia vertical dos direitos fundamentais deve ser conjugada com sua eficácia horizontal, de modo que não haja um desequilíbrio na proteção daqueles direitos.

Com isso, pode-se dizer que todas as pessoas têm um direito constitucional a não ser vítimas de crimes, tais como estupro, homicídio ou roubo, devendo ser massiva a repressão a tais delitos, que decorre da proteção aos direitos relacionados à liberdade física e sexual, à integridade corporal e à propriedade. Por isso, é dever estatal garantir que esses direitos fundamentais sejam respeitados, seja limitando a própria atividade do Estado na persecução penal, seja por meio da criação e estimulação de políticas públicas capazes de atender à segurança dos indivíduos.³⁷⁰

Para atender a tais demandas, é dever do Estado iniciar de ofício uma investigação imparcial e efetiva para apurar violações a direitos fundamentais, tendo em vista a essencialidade da proteção à segurança pública³⁷¹:

³⁶² Ibidem.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ Ibidem.

³⁶⁶ SILVA, opus citatum, p. 107.

³⁶⁷ Ibidem, p. 108.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ SHAFER STRECK, Maria Luiza. *Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

³⁷⁰ SILVA, opus citatum, p. 108.

³⁷¹ Ibidem, p. 108-109.

Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apreciou a investigação criminal destinada a apurar o homicídio do brasileiro Damião Ximenes Lopes, portador de transtorno mental, que foi torturado até a morte em estabelecimento psiquiátrico situado em Sobral, Ceará. A atuação deficiente da polícia no cumprimento do dever de investigar apontava para mais um caso impune. O episódio foi levado ao conhecimento da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará, que nada fez. Essa inércia das autoridades brasileiras motivou a Comissão Internacional a submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil pela violação dos direitos à vida, integridade física, psíquica e moral, mas também pela omissão e falta de efetividade das autoridades brasileiras em esclarecer o crime.

Com isso, entende-se, que para a Corte Interamericana³⁷², a proteção aos direitos humanos compreende o “dever de investigar” suas respectivas transgressões. Dessa forma, “o Estado tem o dever de iniciar ex officio e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma mera formalidade condenada de antemão a ser infrutífera”³⁷³.

Assim, enxergando a investigação criminal como um dever do Estado vinculado à proteção dos direitos fundamentais para proteger o direito constitucional à segurança, é essencial identificar os mecanismos e os modos de atuar para que o Estado consiga cumprir tal dever.

Um desses mecanismos é o dever de investigação, que se apresenta vinculado ao direito de segurança pública, como uma forma de garantir a proteção aos direitos fundamentais.

De acordo com Emílio de Oliveira e Silva³⁷⁴:

Assim, na tarefa de garantir proteção aos direitos fundamentais, o direito à segurança pública constitui obrigações positivas que exigem das funções estatais o seguinte: (i) do Legislativo, o cumprimento dos mandados de criminalização por meio da tutela penal de direitos constitucionais; (ii) do Judiciário, a apreciação da causa penal em tempo hábil e de razoável duração (art. 5º, LXXXVIII, CR/88); e (iii) do Executivo, a eficiência dos órgãos de segurança cujas atividades devem promover direitos fundamentais por meio da prevenção e repressão à infração penal. Em resumo, cabe ao legislador promover a tutela penal de direitos constitucionalmente protegidos.

³⁷² COSTA RICA. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Sentença do caso Ximenes Lopes versus Brasil. Publicada em 04 jul. 2006, p. 56. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2012.

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ SILVA, opus citatum, 109.

Se, para o autor³⁷⁵, ainda assim ocorrer a conduta delituosa, o Executivo deve agir de modo a movimentar a máquina do Estado, para que a causa seja apreciada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Com isso, é mister que recursos sejam empregados pelos órgãos de segurança pública para ampliar a efetividade da investigação, de modo que o Estado passe a prever consequência jurídica em caso de recusa ao fornecimento de material genético para identificação criminal. Tudo isso contribuirá para que não aleguem violação ao princípio da legalidade e isso possa minar a prática de identificação genética do país, legislação fundamental para amplificar a proteção ao direito fundamental à segurança pública.

³⁷⁵ Ibidem.

5. A ABRANGÊNCIA DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

A identificação criminal possui um papel de grande relevância no auxílio à concretização do Direito Penal. Trata-se de um instrumento usado pelos responsáveis pela persecução penal, em que são adotados métodos para a identificação de acusados de autores de delitos. Com isso, tem-se a possibilidade de desvendar, ou até mesmo de ratificar a identidade do criminoso, de modo a individualizar a conduta dos agentes e confirmar a autoria e materialidade do autor do crime, evitando-se, assim, o erro judiciário.³⁷⁶

Desse modo, para que seja permitido ao poder público a punição do autor do delito, é essencial o conhecimento eficaz e seguro de sua correta identidade.³⁷⁷

O desconhecimento da Lei nº 12.654/2012³⁷⁸ pode levar à errônea interpretação dos institutos da identificação genética para fins criminais, fazendo, muitas vezes, parte da doutrina ou até mesmo da antiga jurisprudência repudiar a Lei³⁷⁹, sem mesmo conhecer sua real abrangência.

Portanto, é mister o conhecimento da firme jurisprudência dos principais julgados dos Tribunais Superiores, para não incorrer em má interpretação de uma Lei³⁸⁰ cujo significado tem tanta importância.

5.1. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 973837 – MG

O Supremo Tribunal Federal reconheceu – por unanimidade - a repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 973837 para analisar a constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados.³⁸¹

Desse modo, trata-se o RE nº 973837 de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, dando provimento ao agravo em

³⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. V. 2. 6. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012. p. 409.

³⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. V. único. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 117.

³⁷⁸ BRASIL, opus citatum, nota 23.

³⁷⁹ Ibidem.

³⁸⁰ Ibidem.

³⁸¹ Idem, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 973837*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 12 out. 2018.

execução do Ministério Público/MG, autorizou a coleta de material biológico do recorrente, nos termos da Lei nº 12.654/2012³⁸².

Como consequência, o recorrente alegou a suposta inconstitucionalidade da referida lei, por ofensa ao princípio da não autoincriminação, bem como ao artigo 2º, inciso II, da Carta Magna.

A Suprema Corte reconheceu a repercussão geral da matéria, tendo estendido a análise em relação a outros princípios e dispositivos constitucionais: artigos 1º-III e 5º-X, LIV e LXIII, todas da Constituição³⁸³.

Tal Recurso Extraordinário encontra-se pendente de julgamento, com o objetivo de discutir a constitucionalidade do fornecimento compulsório do material genético de condenados por crime violentos ou hediondos, visando o depósito em bancos de dados estatais.³⁸⁴

A Lei nº 12.654/2012³⁸⁵ é a norma questionada, responsável por introduzir o artigo 9º-A à Lei de Execução Penal, instituindo a criação de bancos de dados com perfil genético a partir da extração obrigatória de DNA de criminosos que foram acusados de praticar crimes dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa, ou de praticar crimes hediondos.³⁸⁶

Alega a defesa de um condenado, no RE nº 973837, que a extração obrigatória de material genético para o depósito em banco de dados viola o princípio constitucional da não autoincriminação, bem como o artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, sob o argumento de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Tal defesa se apresenta como um recurso contra o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.³⁸⁷

A repercussão geral foi reconhecida tendo em vista a relevância jurídica e social do tema, no que tange a necessidade de se traçar os limites dos poderes do Estado na colheita do material genético de suspeitos ou condenados por crimes.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, a Lei nº 12.654/2012³⁸⁸ foi responsável por introduzir a coleta de material biológico em duas hipóteses. Primeiro, em caso de identificação criminal, devendo tal medida ser determinada pelo juiz, responsável por avaliar

³⁸² Idem, opus citatum, nota 24.

³⁸³ Idem, opus citatum, nota 17.

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ Idem, opus citatum, nota 25.

³⁸⁶ Idem, Supremo Tribunal Federal. opus citatum. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Idem, opus citatum, nota 26.

a essencialidade para as investigações. Nesses casos, os dados podem ser eliminados ao final do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito cometido. Outra hipótese seria a coleta de material biológico em caso de execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos, devendo os dados do condenado serem coletados como consequência da condenação, não havendo previsão para que sejam eliminados do perfil do indivíduo.³⁸⁹

À semelhança das duas hipóteses, os perfis são armazenados em bancos de dados, podendo ser usados para instruir investigações criminais e na identificação de pessoas que desapareceram.

Tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral, quando o Supremo Tribunal Federal decidir o mérito do recurso, tal decisão deverá ser aplicada aos casos análogos que, até o trâmite final do Recurso Extraordinário, ficarão sobrestados nas outras instâncias.

Em parecer enviado ao STF, a procuradora da República Raquel Dodge se posicionou informando que norma que permite a coleta de material genético para identificação criminal é constitucional, informando que a evolução da ciência disponibilizou novos exames em prol do progresso científico, podendo-se atualmente coletar e identificar traços de DNA, relacionando-os a determinado indivíduo a partir de vestígios colhidos na vítima ou no local de ocorrência do fato criminoso.³⁹⁰

Assim, para Raquel Dodge a identificação da pessoa é direito do Estado voltado à preservação da segurança pública, devendo ser realizada a identificação criminal quando se mostrar medida necessária, mesmo que determinado investigado tenha apresentado documentação válida e suficiente para sua identificação civil, desde que respeitados os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.³⁹¹

Desse modo, opinou a procuradora pelo desprovimento do recurso, não havendo que se falar – segundo ela - em ofensa ao princípio da legalidade, tendo em vista que a obrigação encontra-se amparada em lei, conforme o princípio da proporcionalidade e de outros direitos constitucionais envolvidos não havendo afronta à prerrogativa contra a autoincriminação.³⁹²

O resultado do julgamento do RE nº 973837/MG será a primeira posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, gerando grande expectativa na doutrina e na jurisprudência

³⁸⁹ Idem, Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>> Acesso em: 12 out. 2018.

³⁹⁰ DODGE, Raquel Elias Ferreira, *Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgenetico.pdf> Acesso em: 12 out. 2018.

³⁹¹ Ibidem.

³⁹² Ibidem.

sobre a questão, uma vez que o eventual reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012³⁹³ representará um impulso para a sua real execução nos estados.

5.2. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 407.627 – MG

Conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 407.627³⁹⁴, a coleta de material biológico, nos termos do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal³⁹⁵ não viola o Princípio da Presunção de Inocência ou o de não autoincriminação, porquanto já reconhecida a culpabilidade do agente, em decisão já transitada em julgado.

Tal interpretação fez com que a presidente em exercício do Superior Tribunal de Justiça, a ministra Laurita Vaz, indeferisse a liminar solicitada pela defesa de um acusado de ter cometido homicídio qualificado, que alegava a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de se fornecer seu próprio material genético para que fosse depositado no banco de dados do poder público.³⁹⁶

No caso, o Ministério Público requereu que o acusado fornecesse seu material genético após ter sido condenado pelo crime de homicídio qualificado, porém teve seu pedido negado pela Vara de Execuções Penais de Belo Horizonte. Ocorre que em 2ª instância, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) reformou a decisão, determinando que fosse realizada a coleta do DNA do criminoso.³⁹⁷

O caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, com a alegação defensiva de que houve violação à garantia constitucional de não incriminação e de presunção de inocência, bem como de inconsistências apontadas pela defesa em relação à segurança do procedimento de coleta do material genética, bem como da própria validade do DNA coletado, gerando grande impasse jurídico, científico e ético.³⁹⁸

³⁹³ BRASIL, opus citatum, nota 27.

³⁹⁴ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 407.627 - MG (2017/0167688-6)*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484367546/habeas-corpus-hc-407627-mg-2017-0167688-6/decisao-monocratica-484367563?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 out. 2018.

³⁹⁵ Idem, opus citatum, nota 7.

³⁹⁶ CONJUR, *STJ admite coleta de material genético para identificação criminal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/stj-admite-coleta-material-genetico-identificacao-criminal>> Acesso em: 12 out. 2018.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Coleta de material genético não afronta garantia de proibição de autoincriminação*, disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Coleta-de-material-gen%C3%A9tico-n%C3%A3o-afronta-garantia-de-proibi%C3%A7%C3%A3o-de-autoincrimina%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 12 out. 2018.

De acordo com a ministra Laurita Vaz, que acolheu o recurso ministerial³⁹⁹, destacou que a possibilidade de identificação criminal por meio da coleta de material genético foi introduzida pela Lei nº 12.654/12⁴⁰⁰, que acrescentou o artigo 9º-A à Lei de Execuções Penais, de modo que os condenados por crime praticado dolosamente com violência grave ou hediondos sejam submetidos à identificação por perfil genético, que deve ser mantido em banco de dados sigiloso.⁴⁰¹

Assim, a ministra⁴⁰² defendeu a coleta de material genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes - dolosos com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos – obedecendo ao que determina a Lei nº 12.654/12⁴⁰³.

Dessa forma, embora a não autoincriminação seja uma garantia constitucional, disposta no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁰⁴, o STJ admitiu a coleta de material genético como instrumento de identificação criminal, permitindo tal procedimento tanto na fase de investigação, quanto depois de o acusado ser condenado por crime doloso praticado mediante violência grave ou gravíssima, bem como em caso de crimes hediondos.

Julgando o mérito, em decisão monocrática, o ministro Félix Fisher⁴⁰⁵ reconheceu que no caso em exame, a condenação do acusado pelo delito de homicídio qualificado fundamentou-se em elementos concretos extraídos dos autos, capazes de comprovar a autoria e materialidade do delito. Assim, o material biológico que se buscava colher no presente caso não tinha por fim a produção de provas, mas a composição de banco de dados, conforme determina a Lei nº 12.654/2012⁴⁰⁶.

³⁹⁹ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 407.627 - MG (2017/0167688-6)*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74629748&num_registro=201701676886&data=20170803&tipo=0&formato=PDF> Acesso em: 12 out. 2018.

⁴⁰⁰ Idem, opus citatum, nota 28.

⁴⁰¹ Idem, Superior Tribunal de Justiça. *Coleta de material genético não afronta garantia de proibição de autoincriminação*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Coleta-de-material-gen%C3%A9tico-n%C3%A3o-afronta-garantia-de-proibi%C3%A7%C3%A3o-de-autoincrimina%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 12 out. 2018.

⁴⁰² Idem, opus citatum, nota 1.

⁴⁰³ Idem, opus citatum, nota 29.

⁴⁰⁴ Idem, opus citatum, 18.

⁴⁰⁵ Idem. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 407.627 - MG (2017/0167688-6)*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82774760&num_registro=201701676886&data=20180427&tipo=0&formato=PDF> Acesso em: 12 out. 2018.

⁴⁰⁶ Idem, opus citatum, nota 29.

Assim, o ministro rejeitou a tese defensiva de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA seria capaz de configurar ilegalidade ou violação à garantia constitucional da não autoincriminação, estando o acórdão combatido no caso em comento em perfeita consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, motivo este pelo qual não reconheceu nenhuma ilegalidade apontada pela defesa.⁴⁰⁷

5.3. Proposta de uma inovação legislativa sobre o tema

A partir do reconhecimento do princípio da igualdade entre as pessoas, do direito a autodeterminação e da dignidade da pessoa humana, é dever do Estado ser eficiente no combate à crescente criminalidade, sem violar direitos e garantias fundamentais protegidos constitucionalmente.

Assim, é mister que o poder público aprimore os instrumentos existentes para contribuir com a investigação criminal, de modo que o direito fundamental à segurança pública da pessoa seja protegido, e com ele, o direito à vida, à liberdade de ideias e crenças, à educação, à igualdade, à integridade física e moral, à honra e todos aqueles outros direitos que mostram-se inerentes à condição de homem.

O armazenamento do perfil genético em banco de dados de caráter sigiloso é essencial para a facilitação de investigações futuras, na medida em que o DNA colhido durante a investigação pode ser cruzado com os dados que foram armazenados em tais bancos, aumentando a eficiência no desenredar de uma perquirição criminal.

Assim, mostra-se desarrazoado – para não dizer irresponsável - defender a inconstitucionalidade da Lei nº 12.654 de 2012⁴⁰⁸, de modo que ela representa uma importante inovação no crescente combate ao crime. Todos os instrumentos capazes de aumentar a eficiência das investigações em âmbito nacional, desde que respeite direitos e garantias fundamentais, devem ser incentivados, devendo o Estado Democrático Brasileiro se mostrar o principal impulsionador de tais inovações legislativas.

A Lei nº 12.654 de 2012⁴⁰⁹ estabelece que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes

⁴⁰⁷ Ibidem.

⁴⁰⁸ Idem, opus citatum, nota 30.

⁴⁰⁹ Ibidem.

previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990⁴¹⁰, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.⁴¹¹ Apesar disso, ela não dispôs sobre o emprego de meios de coerção diretos para que o material fosse obtido, em caso de recusa.

Assim, dá-se a impressão de que a Lei⁴¹² não é dotada de eficácia, tendo em vista que em até 2019, nada foi modificado para que o acusado se sinta incentivado a fornecer – por vontade própria – o seu material genético.

Ainda que se fale no Anteprojeto de Lei⁴¹³ apresentado pelo Ministro Sérgio Moro, em que se defende a punição por falta grave àqueles condenados que se recusem a se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético, tal inovação não surtiria o mesmo efeito que modificar a Lei de Execução Penal⁴¹⁴ permitindo uma benesse àqueles que se sujeitassem a tal procedimento.

Portanto, até o presente momento, os acusados não se sentem incentivados a colaborar com as investigações, até mesmo porque a Lei⁴¹⁵ não previu nenhum incentivo para a recusa, e o que não está na lei, não pode ser aplicado. Qual seria a solução para tal omissão legislativa?

Sem dispor a lei, não se pode presumir o uso da força, como forma de obrigar o condenado a fornecer o material biológico para os bancos de dados estatais. Porém, caso o material genético seja obtido de forma não invasiva, é autorizada a sua submissão à perícia, o cruzamento de informações e armazenamento do perfil genético em banco de dados.⁴¹⁶

Em casos tais, a decisão judicial pode permitir o uso de tal prova, analisando o caso concreto, a estrita necessidade e a proporcionalidade da medida.⁴¹⁷

Caso o indivíduo forneça o material genético por livre e espontânea vontade, não há que se falar em violação ao princípio da não autoincriminação, tendo em vista que a

⁴¹⁰ Idem, opus citatum, nota 6.

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² Idem, opus citatum, 31.

⁴¹³ MORO, Sérgio. *Projeto de Lei Antecrime*, disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime-mjsp.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2019.

⁴¹⁴ Idem.

⁴¹⁵ Idem.

⁴¹⁶ DODGE, opus citatum.

⁴¹⁷ Ibidem.

participação foi ativa do agente.⁴¹⁸ Caso contrário, a Lei nº 12.654/12⁴¹⁹ não teria razão de existir.

Portanto, não se deve falar em ofensa ao princípio da não autoincriminação caso o acusado obedeça ao que determina a Lei⁴²⁰ e, por livre e espontânea vontade, submeta-se ao exame para coleta de seu material biológico. Caso contrário, o mesmo seria inferir que há violação do direito ao silêncio quando o acusado confessa a prática de determinado crime cometido por ele.⁴²¹

Caso o procedimento de obtenção da prova por meio do material genético imponha uma intervenção corporal, mesmo que por meio de técnica adequada e indolor, para que haja a confrontação de perfis genéticos, é necessária a anuência do indivíduo. Caso o condenado ou acusado recuse tal coleta, o procedimento padrão para tal coleta não deve ser realizado.⁴²²

Nesse caso, a melhor saída tem sido aquela listada pelo Instituto Nacional de Criminalística que, ao tratar do tema, dispôs sobre três formas alternativas para que se colete o perfil genético, caso o acusado recuse em fornecer seu material biológico.⁴²³

Uma forma alternativa seria a utilização de material biológico coletado em outros exames de saúde feitos no indivíduo que se encontre em custódia. Outra forma seria a utilização da coleta de objetivos pessoais, tais como talheres usados, escovas de cabelo ou roupas íntimas, que fossem coletados em ambientes isolados ou controlados. Por fim, a última e mais restrita alternativa seria a busca e apreensão mediante prévia autorização judicial de objetos pessoais.⁴²⁴

Assim, em caso de recusa, a coleta do material biológico do indivíduo não é feita pelo método convencional, não se obrigando o agente a fornecer seu material aos peritos. Em casos tais, os fatos são documentados e posteriormente submetidos ao juízo competente, responsável por decidir sobre a obtenção do material biológico por uma das formas alternativas listadas.

Tal procedimento utilizado pelo Instituto Nacional de Criminalística é uma forma legal e legítima de não se alegar a violação ao princípio da não autoincriminação, uma vez que o indivíduo não foi compelido a fornecer seu material genético, apenas se utilizou outros

⁴¹⁸ Ibidem.

⁴¹⁹ BRASIL, opus citatum, nota 31.

⁴²⁰ Ibidem.

⁴²¹ DODGE, opus citatum.

⁴²² Ibidem.

⁴²³ Ibidem.

⁴²⁴ Ibidem.

materiais que já estavam em análise pelo poder público. Portanto, em tais casos o indivíduo evidentemente não produziu de forma ativa provas contra si, apenas as provas em poder da polícia foram usadas contra ele.

É claro que, nesses casos, há alguma incursão na esfera privada do indivíduo⁴²⁵, porém não há qualquer inconstitucionalidade na Lei, tendo em vista que o próprio artigo 9º-A, da Lei de Execução Penal dispõe a obrigatoriedade de os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990⁴²⁶, sejam submetidos, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Assim, deve se aplicar a técnica da proporcionalidade para concluir que ao se fazer um sopesamento entre os direitos constitucionais envolvidos, prevalece aquele que se encontra ao lado do poder público em garantir o direito à segurança e à integridade física do maior número de pessoas, em detrimento do direito de um único indivíduo que está sendo acusado de algum crime.

Assim, visando por fim às inúmeras alegações de inconstitucionalidades da Lei nº 12.654/12⁴²⁷, o presente trabalho sugere que haja uma modificação legislativa no artigo 9º-A Lei de Execução Penal⁴²⁸, de forma a prever expressamente em parágrafos as formas alternativas de obtenção do material biológico do acusado, tratadas pelo Instituto Nacional de Criminalística.

Assim, o artigo 9º-A poderia dispor, hipoteticamente, em um terceiro parágrafo adiante – ou até mesmo em outros artigos sucessivos - as três diferentes possibilidades⁴²⁹, todas sempre acompanhadas por perito, de se chegar ao material genético do indivíduo. São elas:

1 - a utilização de material biológico coletado em eventuais exames de saúde feitos no indivíduo custodiado;⁴³⁰

2- a coleta de objetos pessoais – escovas de cabelo, copos ou talheres usados, roupas íntimas, entre outros, - coletados em ambiente isolado e/ou controlado;⁴³¹

⁴²⁵ Ibidem.

⁴²⁶ BRASIL, opus citatum, nota 3.

⁴²⁷ Idem, opus citatum, nota 32.

⁴²⁸ Idem, opus citatum, nota 7.

⁴²⁹ DODGE, opus citatum.

⁴³⁰ Ibidem.

3 - a busca e apreensão mediante prévia autorização judicial de objetos pessoais – esta última hipótese de aplicação mais restrita.⁴³²

Ademais, para ganhar maior visibilidade e importância prática, o tema “Identificação Genética para fins Criminais” deveria ser tratado na Lei de Execução Penal⁴³³ em capítulo próprio, de forma a se dar maior abrangência para os artigos que tratam do tema, tendo em vista que tal sistemática pode permitir a solução de crimes que, até então, compõem a cifra negra da criminalidade⁴³⁴.

Por fim, sugere-se um incentivo aos acusados que, por livre e espontânea vontade, fornecerem seu material biológico nos casos listados pela Lei nº 12.654/2012⁴³⁵. Tendo em vista a referida Lei⁴³⁶ estabelecer a obrigação, mas não tratar do emprego de meios de coerção diretos para que seja obtido o material genético, fica impossibilitado o Estado de usar do emprego da força, como forma de obrigar o condenado a fornecer seu material genético, o que reduz a eficácia da Lei nº 7.210/1984⁴³⁷.

Assim, aconselha-se uma proposta de inovação legislativa para modificar o artigo 112 da Lei de Execução Penal⁴³⁸, bem como o artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/1990⁴³⁹ – que tratam da progressão de regime, dando uma nova redação aos artigos. Sugere-se, portanto, uma diminuição no prazo de progressão de regime para aqueles indivíduos que optem por fornecer seu material biológico por vontade própria.

No caso de indivíduo condenado por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, sugere-se um acréscimo no artigo 112, da Lei nº 7.210/1984⁴⁴⁰, para prever em um quinto parágrafo, que, caso o condenado forneça – por vontade própria – o seu material genético, a pena privativa de liberdade seja executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido, ao menos, 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

⁴³¹ Ibidem.

⁴³² Ibidem.

⁴³³ BRASIL, opus citatum, nota 8.

⁴³⁴ DODGE, opus citatum.

⁴³⁵ BRASIL, opus citatum, nota 33.

⁴³⁶ Ibidem.

⁴³⁷ Idem, opus citatum, nota 9.

⁴³⁸ Ibidem.

⁴³⁹ Idem, opus citatum, nota 4.

⁴⁴⁰ Idem, opus citatum, nota 10.

Já no caso de indivíduo condenado por qualquer crime definido pela Lei nº 8.072/1990⁴⁴¹ como hediondo, o artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos⁴⁴² poderia prever em um parágrafo quinto que, caso o condenado forneça voluntariamente o seu material genético, a progressão de regime dar-se-ia após o cumprimento de 3/10 (três décimos) da pena, se o apenado for primário, e de ½ (metade), se reincidente.

Em relação à possibilidade de ocorrer à identificação criminal quando esta for essencial às investigações policiais, segundo decisão judicial, sugere-se que a Lei nº 12.654/2012⁴⁴³ defina um rol de crimes taxativos em que poderia ocorrer a identificação genética do investigado.

Tais propostas de modificação legislativa seriam formas de tentar incentivar – ou até mesmo convencer - o suspeito a fornecer voluntariamente ou permitir a coleta de DNA em seus objetos pessoais, sempre respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana do condenado, e utilizando técnicas adequadas e indolores para a extração do DNA, para que tal fornecimento não represente verdadeira punição àquele que está sendo objeto de acusação ou investigação.

Apenas por meio de tais incentivos seria possível se falar em efetividade na identificação genética do acusado para fins criminais.

⁴⁴¹ Idem, opus citatum, nota 5.

⁴⁴² Idem, opus citatum, nota 6.

⁴⁴³ BRASIL, opus citatum, nota 34.

CONCLUSÃO

A Lei nº 12.654/2012 foi responsável por modificar a Lei de Execução Penal – Lei nº 7210/1984 – e a Lei de Identificação Criminal – Lei nº 12.037/2009 – objetivando a coleta de identificação genética das pessoas condenadas por crimes hediondos ou delitos com dolo que sejam praticados com violência grave contra a pessoa.

A polêmica consiste em questionar se tal coleta de material genético para identificação criminal violaria a garantia constitucional da não autoincriminação, prevista especialmente no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Partindo da premissa que não existem direitos fundamentais absolutos relacionados à proteção do corpo do ser humano, não deve ser proibida a intervenção corporal das pessoas, tendo em vista que não se pode falar em absolutização dos direitos.

Assim, não se deve afastar de forma absoluta as intervenções corporais que sejam necessárias a garantir o direito fundamental à segurança, desde que essas intervenções não violem a dignidade da pessoa humana, bem como o direito da pessoa em ter seus dados colhidos e armazenados de maneira sigilosa.

Dessa forma, tendo abordado a identificação e a investigação criminal com o objetivo de interpretar as repercussões de tais medidas de intervenção corporal nos direitos e nas garantias fundamentais, conclui-se que deve ser permitida a realização do exame de DNA para fins criminais, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos.

Com isso, desde que haja o emprego de técnica adequada e indolor, bem como a garantia do sigilo referente aos bancos de dados, deve-se encarar a Lei de Identificação Genética como um dever do Estado relacionado à proteção do direito fundamental à segurança pública dos cidadãos, de modo a não se permitir que o direito à não autoincriminação seja interpretado de maneira absoluta e tendente a abolir todas as formas de proteção da sociedade.

Não há que se falar, portanto, em violação ao princípio da legalidade no que tange a identificação genética para fins criminais, tendo em vista que a matéria de que trata o tema encontra-se amparada em lei, em perfeito consenso com o princípio da proporcionalidade e indo ao encontro de outros direitos constitucionais circundados.

Assim, aconselha-se uma proposta de modificação legislativa capaz de aumentar a segurança e a efetividade da identificação genética para fins criminais, de modo que os

condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/1990, sintam-se incentivados a fornecerem seu material genético mediante extração de DNA.

Um desses incentivos seria a modificação legislativa – da Lei de Execução Penal e da Lei de Crimes Hediondos - para reduzir o prazo para progressão de regime, caso o condenado por crime doloso contra a vida, com violência grave contra pessoa, ou caso o condenado por crime hediondo forneça – voluntariamente – o seu perfil genético, por meio da extração de DNA – ácido desoxirribonucleico – por método adequado e indolor.

Caso o fornecimento do material biológico não ocorra por livre e espontânea vontade por parte do condenado, poderia a Lei de Execução Penal prever formas alternativas de obtenção do material biológico do acusado, como recomendado pelo Instituto Nacional de Criminalística.

Assim, em caso de recusa, sugere-se que a coleta não seja feita pelo método ordinário, não se compelindo o autor do crime a fornecer o material. Em tais casos, deveria ocorrer a documentação do fato, submetendo-o à autoridade judicial competente, que resolveria sobre os métodos alternativos existentes para a coleta do perfil genético.

Ademais, o tratamento do procedimento da identificação genética para fins criminais, tratado pelo artigo 9º-A, da Lei de Execução Penal, poderia se dar em capítulo próprio, dando mais importância e visibilidade ao tema.

No que toca a identificação criminal quando esta for essencial às investigações policiais, sugere-se que a Lei nº 12.654/2012 defina um rol de crimes taxativos em que poderia ocorrer a identificação genética do investigado.

Todas essas inovações legislativas seriam formas de se por fim às inúmeras alegações de inconstitucionalidade do referido procedimento, aumentando a eficácia do instituto.

Assim, diante de uma perspectiva de ponderação de princípios, vislumbra-se a constitucionalidade da identificação genética para fins criminais, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não havendo que se falar em violação ao princípio da não autoincriminação, nem desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

Porém, se faz necessária algumas modificações legislativas para aumentar sua eficácia e importância no ordenamento jurídico brasileiro, para que seja possível se vislumbrar o direito à segurança pública como um direito fundamental, capaz de conferir uma proteção mais ampla que a atualmente conferida a ele.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. *Identificação criminal – banco de perfil genético deve se tornar realidade no país*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/bancos-perfis-geneticos-geral-polemica-juridica-brasil>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 05 Fev. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414>.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AFONSO DA SILVA, Virgílio, *Direitos Fundamentais*, 2. ed, São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAHIA, Flavia. *Coleção Descomplicando - Direito Constitucional*/3. ed. Flávia Bahia - Coordenação: Sabrina Dourado. Recife, PE: Armador, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A nova interpretação constitucional: Ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf> Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003. Acesso em: 21 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: 1988. Brasília, DF: Ministério da Educação, 1988.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689.htm>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jul. 2018.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 22 jun. 2018.

_____. *Lei nº 12.037*, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 06 jul. 2018.

_____. *Lei nº 12.654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L12654.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. "*As Constituições do Brasil*". Brasília, Out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97174>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF suspende decisão que determinava exame de DNA da placenta de Gloria Trevi*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58366>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Interesse público prevalece em julgamento de Gloria Trevi*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58411>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Direto do Plenário: Supremo autoriza exame de DNA na placenta de Gloria Trevi*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58407>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 407.627*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/stj-admite-coleta-material-genetico-identificacao-criminal>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 973837*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: 12 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASABONA, Carlos María Romeo; MALANDA, Sergio Romeo. *Los Identificadores del ADN em el Sistema de Justicia Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.654/2012 (coleta de material biológico do investigado ou condenado)*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

CONJUR, *STJ admite coleta de material genético para identificação criminal*. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/stj-admite-coleta-material-genetico-identificacao-criminal>> Acesso em: 12 out. 2018.

CUNHA, Juliana Falci Sousa Rocha. ROCHA, Virgínia Afonso de Oliveira Morais da. *O Direito à origem: reflexões sobre o caso Gloria Trevi e a inconstitucionalidade da Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b6d69c1c07b1d8d8>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2007.

DODGE, Raquel Elias Ferreira, *Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgenetico.pdf> Acesso em: 12 out. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOLHA, Folha de S. Paulo, *Caso Pedrinho*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1302200310.htm>> Acesso em: 12 ago. 2108.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Volume único. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

_____. *Manual de Processo Penal*. Volume Único. 4. ed. Salvador: Juspodium. 2016.

LOPES, Jr., Aury. Lei 12.654/2.012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, jul. 2012.

_____. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOURENÇO, Iolando. RICHARD, Ivan. "As conquistas sociais e econômicas da Constituição o Cidadã". EBC, out. 2013. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-04/conquistas-sociais-e-economicas-da-constituicao-cidada>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

LOURENÇO, V. J. (10 de Fevereiro de 2011). *Colisão de direitos fundamentais - Análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20328/colisao-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

MARÍN, María Ángeles Pérez. *Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el processo penal*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2008.

MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. *A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hipérbole do Direito ao Silêncio*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacaocompulsoriapeloperfilgeneticoehiperboledodireitoaosilencio/#_ftn17>. Acesso em: 03 jun. 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORO, Sérgio. *Projeto de Lei Antecrime*, disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime-mjisp.pdf>> Acesso em: 05 fev. 2018.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira, A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, *A supremacia do interesse público (e a sua indisponibilidade) e os direitos fundamentais: o caso Glória Trevi – Belo Horizonte*, ano 10 – n. 40 – abril/junho 2010 – Publicação trimestral – ISSN 15163210, disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/531/512>> Acesso em: 21 jun. 2018.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. vol. 2. 6. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 12 ago. 2018.

PORTO, André. *Colisão de direitos: caso Glória de Los Ángeles Treviño Ruiz*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46791/colisao-de-direitos-caso-gloria-de-los-angeles-trevino-ruiz>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANGUINÉ, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: nemo tenetur se detegere (1). *Boletim IBCCRIM n° 221*. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Emílio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/2012*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional*. Disponível em: <www.puc-rio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html> Acesso em 18 jul. 2018.

UNESCO, *Declaração Internacional Sobre os Dados Genéticos e Humanos*, 2004. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 04 jul. 2018.

_____. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, 2001. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>> Acesso em: 04 jul. 2.018.

VAY, Giancarlo Silkunas Vay; SILVA, Pedro José Rocha. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do nemo tenetur se detegere. *Boletim IBCCRIM* n° 239. São Paulo: IBCCRIM, 2012.