



UNICEUB - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Celso Ricardo Martins

A lei 12.654/2012 em face da Constituição da República de 1988

Brasília

2013

Celso Ricardo Martins

A lei 12.654/2012 em face da Constituição da República de 1988

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais/FAJS do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Orientador: Professor Humberto Fernandes de Moura.

Brasília

2013

Celso Ricardo Martins

A lei 12.654/2012 em face da Constituição da República de 1988

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais/FAJS do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Orientador: Professor Humberto Fernandes de Moura.

Brasília/DF, ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTOS

Dou graças a Deus, que, inobstante meu pouco merecimento, tornou-me capaz de realizar esta tarefa, fazendo surgir tempo, forças e vontade, onde só havia escassez e incerteza.

Agradeço, ainda, a Michelle Martins, pelo apoio e compreensão nesta empreitada que nos exigiu tanto em tempo e esforço.

Por derradeiro, meus especiais agradecimentos ao professor Humberto Fernandes de Moura, pela paciência com um sujeito tão cheio de perguntas quanto eu, e às amigas Daniela Piccolo e Yaciara Duarte, pela colaboração inestimável.

“Que não se pense que desconhecemos a gravidade dos crimes que se repetem tragicamente no país. Ou que ignoramos a necessidade de um combate mais eficaz contra tais ações. E, menos ainda, que não nos alinhamos a todos aqueles que se indignam contra agressões abjetas e incontroláveis por parte das pessoas referidas na citada lei [12.654/12]. Nada disso.

A questão é: não haverá limites para essa nobilíssima batalha?”

Eugênio Pacelli de Oliveira

RESUMO

Desde a antiguidade, o homem considera vital identificar os integrantes de seu grupo social, com a finalidade de lhes atribuir, com precisão, direitos e responsabilidades. Nesse intento, foram criados métodos diversos de identificação, desde o mais antigo, simples e impreciso, o nome, até os mais modernos, complexos e exatos, como a análise do DNA. Acompanhando esta evolução, foi publicada, em 29 de maio de 2012, com *vacatio legis* de 180 dias a partir de então, a lei 12.654/12, que, a um só tempo, estabelece a possibilidade da identificação genética na investigação criminal, a sua compulsoriedade para os condenados por crimes hediondos e dolosos com violência de natureza grave, bem como a criação de um banco de dados genéticos para fins criminais. Considerando que Constituição Federal de 1988 contém diversos direitos que o particular pode opor ao Estado, surgiu um dissenso na sociedade entre os que entendem que a referida lei viola alguns destes direitos, sendo, então, inconstitucional, e os que defendem a sua constitucionalidade. Assim, veem-se, de plano, a importância do presente tema e o problema de pesquisa do presente trabalho: é constitucional a lei 12.654/12? À guisa de conclusão, empreendeu-se pesquisa em livros, revistas, jornais e sites, jurídicos ou não, coletando-se material composto, sobretudo, mas não somente, por informações sobre princípios constitucionais regentes do processo penal brasileiro. Submeteu-se, então, a lei 12.654/12 ao crivo de alguns dos referidos princípios, concluindo-se que, conquanto seja constitucional sob o aspecto formal, o seu artigo 3º viola os princípios da não autoincriminação e da dignidade da pessoa humana, motivo por que contém inconstitucionalidade sob o aspecto material.

Palavras-chave: Identificação humana. DNA. Constituição Federal de 1988. Direitos fundamentais. Lei 12.654/12. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Since antiquity, man considers vital to identify members of their social group, in order to accurately assign them rights and responsibilities. In this purpose, various identification methods were created, from the oldest, simplest and most imprecise, the name, to even the most modern, complex and accurate, as DNA analysis. Accompanying this evolution, it was published in May 29, 2012, with 180 days *vacatio legis*, from then on, the law, 12,654/12, which, establishes the possibility of genetic identification in criminal investigation, mandatory for the convicted of hideous crimes with intentional and serious nature of violence. Such law also enabled the creation of a genetic database for criminal purposes. Since the Federal Constitution of 1988 contains various rights that the particular may object to the State, a dissension in society between those who understand that this Act violates some of these rights, then being unconstitutional, and the ones that defend its constitutionality began. So, we can see the importance of this theme and the aim of the research of this study: is the law 12,654/12 constitutional? To reach a conclusion, research in books, magazines, newspapers and websites, concerning or not law studies, collecting material, especially, but not only, for information about constitutional principles regents of the Brazilian criminal process was undertaken. Undergoing the law 12,654/12 to the sieve of some of those principles it was concluded that, although constitutional under the formal aspect, its 3rd article violates the self-incrimination and human dignity principles, reason by which it contains unconstitutionality under the material aspect.

Keywords: human Identification. DNA. The Federal Constitution of 1988. Fundamental rights. Law 12,654/12. Unconstitutionality

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

CODIS - Combined DNA System

DNA – ácido desoxirribonucleico

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execução Penal

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A IDENTIFICAÇÃO HUMANA: DEFINIÇÃO, IMPORTÂNCIA, ETAPAS, REQUISITOS E MÉTODOS HISTÓRICOS	13
1.1 Definição.....	13
1.2 Importância.....	14
1.3 Fases (ou etapas) e requisitos do processo de identificação	15
1.4 Métodos históricos	18
1.4.1 Nome.....	18
1.4.2 Ferrete	19
1.4.3 Mutilação.....	20
1.4.4 Tatuagem.....	21
1.4.5 Fotografia	22
1.4.6 Antropometria	23
1.4.7 Papiloscopia.....	24
1.4.7.1 Datiloscopia.....	26
1.4.8 Outros métodos e biometria.....	26
1.4.9 Análise do DNA.....	28
2 A LEI 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012.....	33
2.1 Do projeto de lei do Senado nº 93/2011, sua justificação e conversão na lei 12.654/2012	33
2.2 Das disposições da lei 12.654, de 28 de maio de 2012.....	37
2.3 Alguns pontos controversos da lei 12.654, de 28 de maio de 2012.	41
2.3.1 Dos posicionamentos favoráveis à lei 12.654/12.....	42
2.3.2 Dos posicionamentos contrários à lei 12.654/12	45

3 ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA	54
3.1 Brevíssimas notas históricas: Estado versus liberdade, os limites ao poder estatal, o constitucionalismo e a Constituição	55
3.2 Princípios: conceito e importância	63
3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	64
3.4 Princípio da presunção de inocência.....	66
3.5 Princípio da não autoincriminação (<i>nemo tenetur se detegere</i>).....	68
3.6 Princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem	74
3.7 Análise da constitucionalidade da lei 12.654, de 28 de maio de 2012.....	75
3.7.1 <i>Da natureza jurídica do perfil genético obtido mediante a extração de material biológico de investigados e condenados, na forma determinada pela lei 12.654/12</i>	<i>77</i>
3.7.2 <i>A lei 12.654/12 e o princípio nemo tenetur se detegere</i>	<i>80</i>
3.7.3 <i>A lei 12.654/12 e o princípio da presunção de inocência</i>	<i>81</i>
3.7.4 <i>A lei 12.654/12 e o princípio da inviolabilidade intimidade e da vida privada.....</i>	<i>82</i>
3.7.5 <i>A lei 12.654/12 e o princípio da dignidade da pessoa humana.....</i>	<i>83</i>
3.7.6 <i>Considerações finais.....</i>	<i>84</i>
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	91

INTRODUÇÃO

A identificação, desde a antiguidade, tem especial destaque em todas as sociedades humanas, na medida em que é vital a correta diferenciação entre as pessoas, a fim de lhes poder atribuir direitos e deveres.

Nesse sentido, paralelamente ao desenvolvimento dos agrupamentos humanos, também evoluíram os métodos de identificação, passando do mais simples e impreciso, o nome, aos mais sofisticados e precisos, como a análise do ácido desoxirribonucleico (DNA), que passou a ocupar lugar relevante nos noticiários e mídia em geral.

De fato, a cada dia são mais comuns notícias em que a análise do DNA ocupa um papel de destaque. Assim foi com o reconhecimento das vítimas do atentado ao World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, que, atingido por dois aviões comerciais, deixou quase 3.000 mortos, alguns em pedaços, e com um dos maiores acidentes aeronáuticos brasileiros, quando, em 29 de setembro de 2006, um jato particular colidiu com um Boeing 737 da empresa GOL Transportes Aéreos S.A., matando todos os seus 154 passageiros e tripulantes.

A análise do DNA esteve presente também em casos menos trágicos, onde a autoria de crimes foi descoberta, pessoas tiveram a sua inocência provada e pais reencontraram (ou reconheceram) seus filhos.

O que esses casos têm em comum é que muitos de seus protagonistas, vivos ou não, somente puderam ter a identidade confirmada após a referida análise, que, segundo muitos, é capaz de elucidar completamente os fatos e trazer resultados inquestionáveis.

A partir da Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, a possibilidade de coleta e armazenamento do DNA dos envolvidos em casos criminais e a eficácia desta medida no combate à delinquência têm suscitado calorosos debates, os quais se tornaram ainda mais atuais, tendo em vista que, em 28 de maio de 2012, o governo federal promulgou a lei 12.654, que alterou as leis de identificação criminal, 12.037/09, e de execução penal (LEP), 7.210/84.

A um só tempo ficou instituída a possibilidade de identificação criminal genética em fase de investigação, a sua obrigatoriedade na execução da pena por crimes hediondos e dolosos com violência de natureza grave e a criação de um banco de dados genéticos.

Em face desse contexto, foi revigorado o conhecido debate ideológico na sociedade brasileira sobre a legalidade e eficiência da coleta e armazenamento do material biológico de investigados e condenados em casos criminais, a fim de identificá-los geneticamente.

De um lado estão os que entendem que o Estado pode e deve identificar criminalmente por meio genético tanto os investigados, no caso de se mostrar essencial à atividade investigativa, quanto os condenados por crimes considerados graves.

Assim, aduzem, o Estado estaria apenas se aperfeiçoando no cumprimento de seu dever de proporcionar segurança pública, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 (CF), no *caput* de seu artigo 144.

De outro, posicionam-se os que pensam que o Estado não pode, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade, coletar material biológico de investigados e condenados, e, após identificá-los geneticamente, armazenar este material.

Caso assim o Estado proceda, argumentam, por certo ferirá de morte não só a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, mas também alguns direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, mormente a presunção de inocência, a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e a proteção à intimidade e à vida privada.

As questões trazidas pela lei 12.654/12 são sobretudo importantes, posto que, a uma, estamos defronte a uma manifestação oficial do Estado, uma lei, que, enquanto vigente, deve ser cumprida, e, a duas, afetam diretamente alguns dos bens mais caros que o homem possui: liberdade, intimidade e segurança.

Em face da contextualização do assunto, fica, desde logo, demonstrada a sua importância política, jurídica e social, donde, então, surgiu o interesse pelo seu estudo.

Assim sendo, o objetivo do presente trabalho é, sem a ambição de ver a questão inteiramente resolvida, investigar a constitucionalidade da lei 12.654/12, fazendo, para tanto, uma verificação da compatibilidade das suas disposições com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, do *nemo tenetur se detegere* e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

No sentido de se chegar à conclusão pretendida, o presente trabalho foi dividido em 3 capítulos.

No primeiro capítulo conceituaremos identificação e analisaremos a sua importância, suas etapas e seus requisitos, relacionando, logo em seguida, alguns dos variados métodos históricos pelos quais o homem tentou obtê-la.

No segundo capítulo apresentaremos o processo legislativo da lei 12.654/12, as suas disposições, bem assim alguns dos vários posicionamentos favoráveis e contrários à dita lei.

No terceiro capítulo abordaremos a Constituição, sua supremacia e a necessidade de que todas as leis nacionais sejam com ela compatíveis, evidenciando, ao final, alguns princípios constitucionais que norteiam o processo penal brasileiro tais como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e a proteção à vida privada e à intimidade.

Reunidos estes elementos, estaremos em condição de refletir sobre o tema para, então, concluir pela compatibilidade, ou não, da lei 12.654/12 com a Constituição Federal de 1988.

O método utilizado será o lógico dedutivo e o material necessário para a construção de todos os argumentos apresentados foi obtido através de pesquisa realizada em livros, revistas, periódicos e jornais, em meio físico e virtual.

Conquanto, em face da conexão do objeto pesquisado com diversos ramos do conhecimento, tenha sido necessária a consulta a conteúdo de outras áreas, como biologia, criminologia, religião e cinema, a base da pesquisa foi material jurídico, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, destacadamente de natureza penal, processual penal e constitucional.

1 A IDENTIFICAÇÃO HUMANA: DEFINIÇÃO, IMPORTÂNCIA, ETAPAS, REQUISITOS E MÉTODOS HISTÓRICOS

No sentido de uma melhor compreensão da identificação humana, o presente capítulo destina-se a defini-la, demonstrar a importância, capital por vezes, de fazê-la corretamente, apresentar as suas etapas e requisitos, apresentando, ao final, alguns dos métodos e personagens envolvidos com esta questão ao longo da história.

1.1 Definição

Na busca da precisão terminológica que a pesquisa requer, deve-se, logo de início, ter clareza do significado da palavra identificação, uma vez que é este o cerne das disposições da lei 12.654/2012, que trouxe alterações à atual lei de identificação criminal (12.037/2009) e lei de execução penal (7.210/1984).

Segundo o entendimento de Maria Helena Diniz (1998, p. 751), a identificação pode ser conceituada como “[...] 8. Ato da verificação da identidade de alguém mediante dactiloscopia, antropometria, fotografia etc. 9. Determinação da identidade de pessoas ou coisas pelo emprego de métodos e processos técnicos”.

Na mesma linha, De Plácido e Silva (1999, p. 404-405), entende que identificação se relaciona com o estabelecimento da identidade de uma pessoa ou objeto, podendo, assim, ser definida como:

“Derivado de idêntico, de que se formou o verbo identificar (fazer de duas, ou mais coisas, uma só).
[...]É, pois, processo de igualação ou comparação, a fim de que, vista a identidade de alguma coisa, se conclua se a ela se iguala ou assemelha”.

Depreende-se, então, que, se identificação é o processo através do qual se pretende descobrir, confirmar ou estabelecer a identidade de alguém ou de algo, mister se faz compreender o que é, afinal, a identidade.

Conforme Nunes (1999, p. 596), identidade é a “[...] qualidade que tem a coisa [...] de ser verdadeiramente a mesma de que se trata e não diversa”.

Tourinho Filho (2011, p. 137), segue na mesma linha, definindo, identidade como “[...] o conjunto de dados e sinais que caracterizam o indivíduo”.

Portanto, adotaremos no presente trabalho que identificação é o processo ou conjunto de processos tendentes a identificar uma pessoa, isto é, descobrir, confirmar, ou definir com precisão a identidade de algo ou alguém, seu conjunto de características apto a diferenciá-lo de todas as demais, tornando-o, então, singularmente definido, único, inconfundível.

1.2 Importância

A questão da identificação é central para o direito e essencial para o Estado, a sociedade e o próprio indivíduo. Vê-se o homem, em todos os tempos e aspectos da sua vida, atingido pelos efeitos da identificação, motivo por que importa individualizar as pessoas, a fim de corretamente lhes poder atribuir direitos, deveres, fatos.

Conforme Tourinho Filho (2011), é grande a importância da identificação pessoal para a sociedade, sendo, mesmo, fundamentada a opinião segundo a qual a identificação pessoal é o cerne da organização jurídica.

Essa opinião é partilhada por Galante Filho (1999, p. 13), ao informar que:

“Pelo visto se observa quanto importa para a sociedade e suas instituições o problema da identidade das pessoas. Não é sem fundamento que se afirma ser a exata identificação da pessoa a base primordial da organização jurídica.

Em certos casos a determinação da verdadeira identidade da pessoa que pratica o ato é absolutamente necessária, pois sem ela, não saberíamos a quem atribuir a responsabilidade”.

Nesse mesmo sentido, Sérgio Sobrinho (2003, p. 24-25) reforça a importância que a identificação assume, como processo tendente a possibilitar a vida social, sendo, por isso mesmo, qualificada como obrigação estatal:

“A vida em sociedade impõe ao homem o convívio com o seu semelhante, pois, por meio dele, o ser humano pode se integrar aos

demais membros do grupo e atingir os objetivos mais elevados da vivência humana.

Neste contexto o homem necessita identificar-se, ou seja, ser conhecido e reconhecido entre milhões de pessoas, de forma que surge o dever (obrigação) do Estado da criação de mecanismos para atendê-lo.

Utilizando destes mecanismos, o homem pode satisfazer sua necessidade de identificação, ao mesmo tempo em que o Estado cumpre o seu papel, impedindo que um cidadão seja confundido com outro, preservando valores essenciais da pessoa humana, como a dignidade e a liberdade, garantidos pela Constituição Federal, porque estes valores são violados quando há confusão na atribuição da identificação de pessoas que celebram um negócio ou na hipótese da prisão de uma pessoa inocente acusada da autoria de um delito em virtude de um equívoco de identidade.

Assim, a identificação individual necessária para o correto cumprimento de deveres e indispensável para a proteção de direitos, sendo um dos mais importantes o direito à liberdade, deve ser gerenciada pelo Estado, responsável pela criação, manutenção e emprego dos sistemas ou métodos públicos de identificação". (o grifo é nosso).

Em face do exposto, não pode ser outra a constatação, qual seja, a identificação, de fato, é essencial para o homem no convívio social, uma vez que o homem, logo ao nascer, adquire personalidade e, regra geral, pouco após, recebe nome. Tempos depois, pode adquirir posses, propriedades, casar-se, ter filhos, pagar tributos, suceder. Quiçá seja necessário identificá-lo criminalmente, atribuir-lhe a autoria de um crime. Até no falecimento, quando, por fim extingue-se a personalidade jurídica, a identificação importa, uma vez que alguém sucederá o extinto na propriedade de seus bens, direitos e obrigações, sendo, então, imperioso saber a quem, efetiva e indubitavelmente, estes pertenciam.

Todas estas são situações nas quais avulta em importância a correta atribuição de identidade ao indivíduo, sob pena de, assim não se procedendo, estabelecer-se a insegurança jurídica e, ao fim, o caos social, situação a ser evitada pelo Direito.

1.3 Fases (ou etapas) e requisitos do processo de identificação

No sentido de ser possível identificar o indivíduo, diferenciando-o dos demais, importa que o processo utilizado, seja qual for o que se adote, obedeça a um rito, um procedimento que, seguindo etapas racional e previamente

estabelecidas, conduza, qualquer que seja o identificador e o identificado, ao resultado almejado, a diferenciação do indivíduo de todos os demais, tornando-o, assim, inconfundível.

O rito da identificação, então, consiste em 03 etapas: captura dos dados de identificação (aqueles sinais que permitirão singularizar o identificado e servirão de parâmetro de comparação), novo acesso aos dados de identificação e, por fim, comparação dos últimos dados obtidos com os previamente arquivados.

Corroborando o pensamento acima, com a distinção, porém, apenas quanto ao número de etapas, Yagi (2008) informa que o processo de identificação é composto de captura, extração, comparação e autenticação.

Não é outro o posicionamento de Sérgio Sobrinho (2003), para quem, a fim de corretamente se identificar o homem, tarefa racional e complexa, importa registrar os seus caracteres permanentes e aptos a individualizá-lo, obter um segundo registro e, ao final, julgá-los comparativamente, confirmando, ou negando, somente após o processo, uma identidade.

Assim, para que, da comparação, possa-se concluir se se trata da mesma pessoa, ou não, surgem os requisitos da identificação, que são as condições imprescindíveis para se julgar pela confirmação ou negação de certa identidade.

Nesse sentido, para Araújo e Pasquali (2012), os requisitos da identificação são os princípios científicos da perenidade, imutabilidade, variabilidade, universalidade, classificabilidade e praticidade.

Já conforme Sérgio Sobrinho (2003, p. 21), os requisitos da identificação são: “[...]unicidade, imutabilidade, praticabilidade e classificabilidade [...]”.

A unicidade de Sérgio Sobrinho (2003) equivale à variabilidade de Araújo e Pasquali (2012), sendo a aptidão dos dados colhidos do indivíduo para diferenciá-lo das demais pessoas.

O requisito da imutabilidade tem o mesmo significado para os autores acima referidos e é a qualidade que o dado identificador deve possuir de não se modificar ao longo do tempo, permitindo, assim, reconhecer um sujeito cujos dados foram colhidos em tempo diverso do da comparação, pois se assim não fosse, restaria prejudicado todo o processo.

A praticabilidade de Sérgio Sobrinho é equivalente à praticidade de Araújo e Pasquali, e corresponde à qualidade de simplicidade de manuseio do método de identificação, o que é sobretudo importante, inclusive porque o crescimento demográfico faz com que o número de registros de identificação armazenados cresça na mesma proporção.

A classificabilidade, de mesmo sentido para os autores acima, consiste na possibilidade de se ordenar os registros obtidos, a fim de racionalmente se poder manipulá-los, tornando, então, o trabalho de recuperação de informações identificadoras mais rápido e menos propenso a erros.

Os requisitos excedentes listados por Araújo e Pasquali (2012), ou seja, a perenidade e a universalidade significam, pela ordem, a imperecibilidade que deve possuir o sinal identificador coletado, a fim de que permita seu uso por todo o tempo de vida do identificando, e a generalidade, isto é, deve o sinal identificador ser encontrável em todas as pessoas.

A divergência entre os autores citados não é de grande monta, sobretudo porque os requisitos comuns (imutabilidade, unicidade-variabilidade, praticidade-praticabilidade e classificabilidade) são em maior número do que os apenas listados por Araújo e Pasquali (2012).

Sérgio Sobrinho (2003, p. 22) assim sintetiza o processo de identificação e os requisitos que entende deva possuir o referido processo:

“Assim, considerados estes requisitos, podemos afirmar que a identificação do homem é determinada pelo emprego de um sistema de identificação mediante a realização de um confronto técnico (comparação) dos traços físicos ou orgânicos imutáveis (imutabilidade), obtidos no registro inicial e posterior, individualizando-o dentro do universo das demais pessoas existentes (unicidade), mediante método prático, simples e eficiente (praticabilidade e classificabilidade)”.

Conclui-se, assim, que a identificação, pela importância que tem para o indivíduo e a sociedade, deve ser processo racional e que atenda a certos requisitos, isto é, certas condições aptas a fazê-la alcançar o fim de diferenciar as pessoas, e, para tanto, opera pela obtenção dos dados e um registro primário, nova obtenção dos dados e sua comparação.

1.4 Métodos históricos

É grande o número de métodos de identificação que encontramos em variadas culturas e épocas. Vai das mutilações previstas no Código de Hamurabi, passa pelas marcações a ferro americanas, de 1718, e vai até a análise do DNA, utilizado nas investigações de paternidade do Brasil do século XXI (ARAÚJO e PASQUALI, 2012).

Já na Bíblia consta, no livro do Gênesis, capítulo 4, versículo 15, que, por ocasião do primeiro homicídio, perpetrado por Caim contra seu irmão Abel, Deus pôs naquele um sinal, com o fito de identificá-lo e, assim, evitar a sua morte.

Como será analisado adiante, os métodos de identificação ao longo do tempo foram muito diferentes entre si, não apenas quanto ao processo, mas também quanto à precisão. Restará claro que o homem iniciou sua tentativa de identificar os indivíduos com métodos desumanos e imprecisos, como marcação a ferro e mutilação, evoluindo, porém, para técnicas senão menos aviltantes, certamente mais sofisticadas e exatas, como a identificação digital, a leitura da face ou da íris e a análise do DNA.

1.4.1 Nome

O nome é o mais antigo, simples e comum método de se estabelecer a identidade de alguém e, na prática, conforme Araújo e Pasquali (2012), é a primeira informação que se procura saber sobre alguém.

É essencial nas relações sociais e, por isso, objeto de proteção do Estado.

Tanto assim que, segundo Rosa (2003, p. 44), o nome é:

“Meio de individuação das pessoas – Sendo a pessoa a unidade fundamental da vida jurídica, compreende-se perfeitamente a importância de ser cada indivíduo distinto dos demais por um sinal, ou seja, por um nome. A proteção do nome se constitui, ao mesmo tempo, na tutela de um interesse individual e estabelecida no interesse da sociedade.

O direito ao nome é um direito essencial da pessoa, pois é através dele que é conhecido na sociedade, mas traz consigo conexo um dever, pois as normas penais, tributárias e outras impõem como obrigatória a declaração da própria identidade”.

Conquanto essencial nas relações sociais, visto que inexistente alguém ou algo sem nome que o designe, o nome é um método de identificação de grande fragilidade se utilizado isoladamente. Dentre os motivos da referida fragilidade, merecem destaque a possibilidade de sua alteração ¹, a homonímia, a existência de pseudônimos ou nomes de guerra, além, por óbvio, do simples ato de mentir o nome.

Partilha deste entendimento Sérgio Sobrinho (2003, p. 27), que afirma:

“Contudo, o nome e os caracteres físicos não devem ser usados como dados exclusivos para a identificação, já que há ampla possibilidade de o nome ser mudado pela alteração de estado civil [...] ou falseado, sem falar na simples possibilidade de homonímia”.

Vê-se, assim, que o nome, ainda que seja o método de identificação de utilização menos onerosa e mais fácil, não consegue fornecer a segurança necessária para se individualizar as pessoas, posto que desatende aos requisitos da unicidade-variabilidade, uma vez que não é único para cada pessoa, e da imutabilidade, pois se pode modificá-lo, motivo pelo qual não pode ser utilizado isoladamente na tarefa de identificação das pessoas, sendo, portanto, método identificador utilizado somente de forma complementar.

1.4.2 Ferrete

Trata-se da rudimentar e cruel técnica, consistente na marcação da pele, inicialmente de animais e, após, de escravos e criminosos, com um instrumento de metal previamente aquecido.

¹ Assim dispõe a lei de registros públicos, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, em seu artigo 56: “O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.”.

Exemplos do uso desta técnica são trazidos por Araújo e Pasquali (2012, p. [4]):

"Em Roma e na Grécia, os criminosos eram marcados com desenhos de animais na fronte. Na França, os criminosos eram marcados no rosto com um ferrete em forma de flor-de-lis, até 1562. Posteriormente, até 1823, foram adotadas as letras V, W, GAL e F, também conhecidas como "letras de fogo", impresso nas costas dos delinquentes que identificavam, respectivamente, os ladrões primários, os reincidentes, os criminosos condenados às galés e os falsários. Também utilizado nos Estados Unidos, em 1718, os assassinos eram marcados com um M ("murderer") sobre o polegar esquerdo e os traidores com um T ("treachery")."

Por ser um método cruel, e, portanto, incompatível com o avanço civilizatório, e também impreciso, na medida em que qualquer queimadura na pele é capaz de assemelhar-se àquela provocada pelo ferrete, não atende aos requisitos da unicidade-variabilidade e imutabilidade, o que o conduziu ao desuso.

1.4.3 Mutilação

Contemporânea ao ferrete, esta técnica de identificação consiste na amputação de partes do corpo.

Conforme Sérgio Sobrinho (2003), foi utilizada em sessões de tortura, durante a Idade Média, onde os instrumentos mutiladores eram, dentre outros, alicates e pinças, através dos quais o algoz arrancava pele, unhas, mamilos e genitais de sua vítima, que, conquanto pudesse sobreviver, restaria marcada para sempre.

Exemplificando a mutilação como forma de identificação, em regra dos transgressores da lei, o Código de Hamurabi determinava mutilações de toda ordem e para os mais variados casos, como, por exemplo, o corte do seio da ama que amamentasse outra criança, em vez do filho do homem livre que lhe desse tal incumbência (§ 194), o corte da mão do filho que agredisse seu pai (§195) e o corte da orelha do escravo que batesse em um homem livre (§ 205) (BOUZON, 1992).

O Código de Manu também previu a mutilação em situações diversas, como, por exemplo, a mutilação dos lábios do homem que escarrasse sobre um

Brâmane (artigo 279) ou um talho sobre as nádegas do homem de baixa classe que resolvesse tomar lugar ao lado de um de classe mais elevada (artigo 280) (VIEIRA, 1994).

Pela óbvia possibilidade de repetição do processo em outra pessoa, desatendendo ao requisito da unicidade-variabilidade, o que o torna um método identificador impreciso, além da crueldade, incompatível com os posteriores movimentos históricos de valorização do ser humano, como o iluminismo, foi método identificatório, tal qual o ferrete, que não prosperou.

1.4.4 Tatuagem

Consiste na gravação, com substâncias corantes e técnicas variadas, de símbolos diversos na pele (SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

Também conhecida como sistema cromodérmico, a tatuagem foi proposta, já em 1832, pelo filósofo inglês Jeremy Bentham como método identificador, cuja implantação seria feita na parte interna do antebraço direito das pessoas por letras, para identificação civil, e números, para a identificação criminal (ARAÚJO e PASQUALI, 2012).

Foi utilizada em contextos variados, indo desde procedimentos de inserção em diferentes grupos sociais até a marcação como forma de desprezo, controle e perseguição racial, o que ocorreu, pela ordem, com as tribos australianas, que marcavam os adolescentes como forma de ritos de passagem à vida adulta, e com os judeus nos campos de concentração da 2ª guerra mundial (SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

Visto poder haver tatuagens iguais ou similares, inobservando, portanto, o requisito unicidade-variabilidade, assim como a possibilidade de seu desbotamento, rasura ou até apagamento devido ao tempo, desatendendo o requisito da imutabilidade, não foi considerado método adequado para se identificar pessoas.

1.4.5 Fotografia

O termo fotografia vem do grego photos (luz) e graphos (gravação), consistindo em uma técnica que, pela incidência da luz sobre uma superfície com sais de prata, registra uma imagem (ARAÚJO; PASQUALI, 2012; SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

Como método de identificação, a fotografia foi empregada a partir de 1854 pela polícia da Califórnia/EUA. Porém, não se mostrou adequada, sobretudo em face da dificuldade da classificação das fotos e a mutabilidade da fisionomia das pessoas ² (SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

Em território nacional, a fotografia foi utilizada, exclusivamente, como processo de identificação em São Paulo, de 1891 a 1898, quando, então, foi instituído o método antropométrico (ARAÚJO 1957 apud SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 30-31).

Em face do exposto, depreende-se que a fotografia não atende satisfatoriamente ao requisito identificatório da classificabilidade, na medida em que apresenta dificuldades para se ordenar os registros, com o fim de poder recuperar a informação mais rápida e corretamente.

Não bastasse isso, também existe a possibilidade de grandes alterações na aparência da pessoa durante a vida, quer em face da própria idade, com o branqueamento e queda dos cabelos, além do surgimento de rugas e manchas na pele, quer em face de modificações voluntárias na cor dos cabelos, através da pintura, ou dos olhos, pelo uso de lentes, o que faz com que a fotografia fira o requisito da imutabilidade.

Assim sendo, posto que a fotografia não consegue, isoladamente, individualizar as pessoas, mas é uma ferramenta importante, pois concede acesso imediato à aparência que o indivíduo tem ou já teve, é utilizada, ainda hoje, mas

² Álvaro Placeres de Araújo (1957 apud SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 30-31) assevera que a fotografia foi inicialmente utilizada como processo exclusivo de identificação de criminosos pelas polícias de São Francisco/Califórnia, nos Estados Unidos. Porém, foi observado que era ineficiente para se aferir a reincidência, posto que os criminosos, não raro, alteravam barba, cabelo e até o próprio nome. Assim, a polícia daquela cidade, após colecionar algo em torno de 2.500 fotos, entendeu pela ineficiência do método, uma vez que este não conseguiu atender aos requisitos da imutabilidade e classificabilidade.

somente em conjunto com outros métodos para se identificar o sujeito, na forma que estabelece a própria lei de identificação criminal, 12.037/09, artigo 5º, *caput*.

1.4.6 Antropometria

Criado, em 1879, pelo químico e fotógrafo Alphonse Bertillon, o método antropométrico consiste na identificação humana por meio da tomada de medidas corporais, retrato falado, registro de marcas particulares (cicatrizes, manchas na pele, tatuagens, amputações e outras) e sua localização no corpo do identificando (SÉRGIO SOBRINHO, 2003). À anotação dessas características, Bertillon acrescentou, a partir de 1894, as impressões digitais, renunciando o método que sobrepujaria e substituiria o seu (ARAÚJO; PASQUALI, 2012).

Conquanto o método de Bertillon fosse o primeiro a se apoiar em bases científicas, não se mostrou absolutamente eficaz e recebeu algumas críticas, conforme Sérgio Sobrinho (2003):

a) O método não poderia ser aplicado aos menores de 21 e maiores de 65 anos, em face de expressivas alterações corporais além desses limites;

b) O método não distinguia as pessoas de forma cabal, visto que ocorreram falhas na identificação de pessoas semelhantes, mas não idênticas ³;

³ Conforme Araújo e Pasquali (2012) e Sérgio Sobrinho (2003), o maior abalo na credibilidade do método antropométrico ocorreu entre 1901 e 1904, quando, a Penitenciária de Leavernworth, Kansas, EUA, que nominava, fotografava e recolhia as medidas corporais dos detentos, recebeu um novo detento, de nome Will West.

Logo alguns funcionários foram tomados de assombro e asseguravam que aquele homem já estava preso. Em face da dúvida que se instalou, foram feitas buscas, que culminaram no descobrimento de outro presidiário, de nome William, que tinha características físicas muitíssimo próximas às de Will. Para desassombro geral da penitenciária, um funcionário que conhecia o método datiloscópico comparou as impressões digitais dos dois homens, verificando que não se tratava da mesma pessoa, conquanto os nomes fossem parecidos e a fotografia e o método antropométrico dissessem o contrário.

Assim, a confiança que se tinha no sistema antropométrico sofreu um duro golpe, visto ter sido demonstrado, em um caso real, sua incapacidade de, com a precisão que se esperava, individualizar as pessoas.

Isto fez com que o Diretor da Penitenciária solicitasse ao Procurador-Geral norte-americano, em 24 de setembro de 1904, autorização para a adoção do sistema datiloscópico, o que foi autorizado logo aos 02 de novembro do mesmo ano.

- c) As medidas dos segmentos corporais necessitavam ser tomadas por pessoal especializado, sob pena de inutilizá-las, perdendo a precisão, então, todo o processo;
- d) O método expunha a pessoa medida a constrangimento, visto que necessitava que esta praticamente se despisse;
- e) Os dados, em vista de sua extensão, não podiam ser inseridos em um documento de identidade.

Na mesma esteira do uso isolado do nome e da fotografia, o método antropométrico também foi abandonado, vez que não conseguiu individualizar com segurança as pessoas, com a desvantagem evidente de, por ter uma fase composta de tomada de medidas, ver-se sujeito às imprecisões dos instrumentos de medição e da maior ou menor destreza dos sujeitos medidores, além da já citada alteração por que um mesmo corpo passa no decorrer do tempo.

O método de Bertillon foi utilizado, no Brasil, até 1903, quando passou a método auxiliar da identificação datiloscópica⁴ (BRASIL, 1903; SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

1.4.7 Papiloscopia

Trata-se de método que pretende identificar o ser humano pela impressão que os sulcos formados na pele de algumas regiões do corpo (cristas papilares) previamente entintadas são capazes de produzir (ARAÚJO; PASQUALI, 2012; SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

Como são várias as partes do corpo humano que são possíveis de se entintar e, então, produzir um desenho passível de identificação pela sua aposição

Assim, a um só tempo, fracassaram na tarefa de identificação os métodos fotográfico, nominal e as medidas corporais de Bertillon, todos superados em confiabilidade, precisão e praticidade pelas impressões digitais.

Assim, em 1896, iniciando pela Argentina, o sistema antropométrico de Bertillon começa a ser substituído pelo sistema papiloscópico. (ARAÚJO; PASQUALI, 2012; SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

⁴ Decreto 4.764, de 05/02/1903, regulamentando a lei 947, de 29/12/1902.

sobre uma superfície, a papiloscopia se desdobrou, conforme Araújo e Pasquali (2012), em:

- a) Quiroscopia: identificação pelas impressões palmares.⁵;
- b) Podoscopia: identificação pelas impressões plantares⁶;
- c) Datiloscopia: identificação pelas impressões digitais⁷;

Uma das vantagens mais significativas da papiloscopia sobre os métodos de identificação humana previamente analisados é que este método obedece aos requisitos da identificação citados no item 1.3. Nesse diapasão, Araújo e Pasquali (2012), informam ser as vantagens da papiloscopia sobre os demais métodos:

a) Perenidade: os sulcos papilares acompanham o homem por toda a sua vida, uma vez que surgem por volta do 4^o/6^o mês de vida intrauterina e se mantêm até a decomposição cadavérica (e, por este motivo se podem identificar cadáveres pelas digitais);

b) Imutabilidade: os desenhos papilares são imodificáveis por toda a vida, salvo se o indivíduo for acometido por algumas doenças como lepra ou desempenhar ocupações que desgastam as mãos como pedreiros, digitadores, etc.;

c) Variabilidade: os desenhos papilares são exclusivos, variam de pessoa a pessoa, ou seja, não se repetem;

d) Universalidade: todo ser humano possui impressões papilares, salvo doenças raras, como, por exemplo, a queratodermia, que preenche os sulcos papilares, impossibilitando, então, a formação dos desenhos;

e) Classificabilidade: os desenhos papilares podem ser separados em tipos e subtipos, o que lhes permite ser classificados, armazenados e rapidamente recuperados, a fim de se confrontar com outros, permitindo, então, identificar o sujeito;

f) Praticidade: obter impressões papilares é processo simples, pouco oneroso e rápido.

⁵ “Do grego: cheir (mão) e skopêin (examinar)” (ARAÚJO; PASQUALI, 2012, p. [18]).

⁶ “Do grego: podos (pés) e skopêin (examinar)” (ARAÚJO; PASQUALI, 2012, p. [18]).

⁷ “Do grego: daktilos (dedos) e skopêin (examinar)” (ARAÚJO; PASQUALI, 2012, p. [18]).

1.4.7.1 *Datilosopia*

Considerando a papilosopia como gênero, a sua espécie que ganhou mais relevo foi a datilosopia, visto que possui, em grau ainda mais elevado que os restantes gêneros, quirosopia e podosopia, os requisitos da praticidade e da classificabilidade (ARAÚJO e PASQUALI, 2012).

É mais prático que os demais gêneros papiloscópicos, na medida em que os dedos das mãos estão mais acessíveis que as palmas destas e que os dedos dos pés, sendo, então, mais fáceis de se entintar e obter a impressão, e é mais facilmente classificável, até mesmo pelo tamanho e quantidade das impressões que se obtém (dez impressões digitais nas mãos).

No âmbito criminal, ainda mais adequado o uso das impressões dos dedos, em especial o polegar, pois, em regra, é com as mãos que o ser humano apreende os objetos, sendo o dedo opositor quase sempre utilizado para tanto.

Foi oficialmente adotado no Brasil em 1903, através do decreto 4.764 de 05 de fevereiro de 1903, sendo, desde essa data e sem interrupções, mantido no arcabouço legislativo brasileiro, encontrando-se atualmente tanto no Código de Processo Penal, artigo 6º, inciso VIII, quanto na lei 12.037/2009, artigo 5º (BRASIL, 1941, 2009; SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

1.4.8 *Outros métodos e biometria*

No intento de identificar o indivíduo com precisão, praticidade e baixos custos foram criados muitos outros métodos, utilizando várias partes do corpo humano e recebendo o nome de seus próprios criadores, tendo como exemplos mais relevantes (SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 33-34):

- “a) Matheios: mensuração das partes do rosto.
- b) Anfosso: levantamento de perfis cranianos e medição do ângulo formado pelos dedos indicador e médio.
- c) Capdeville: medição e anotação de dados relacionados com os olhos.
- d) Levinsohn: fotografia do fundo dos olhos e medida das dimensões dos ossos do carpo.

- e) Frigério: imutabilidade e variabilidade do pavilhão auricular.
- f) Tamassia: permanência e invariabilidade das ramificações venosas no dorso da mão.
- g) Ameuille: análise dos desenhos das ramificações venosas da região frontal.
- h) Amoedo: levantamento e classificação das impressões dentárias.
- i) Sistema poroscópico de Locard ou Poroscopia: [...] Na Poroscopia é demonstrada a imutabilidade absoluta dos poros, podendo ser empregada para a identificação humana.
- j) Identificação por ondas cerebrais: idealizada por Lee E. Tawis, da Universidade da Califórnia, que permitia a identificação de pessoas mediante a análise da frequência de suas ondas cerebrais, que são diferentes em cada pessoa”.

Acrescentando mais uma possibilidade de identificação humana aos métodos acima, associado à evolução tecnológica e o conseqüente aprimoramento da precisão na medida, armazenamento e recuperação de dados, surge a biometria, que, *ipsis litteris*, é a medida da vida.

Aduz Yagi (2008, p. 10) que “[...] a tecnologia biométrica consiste no reconhecimento automático do indivíduo através de suas características físicas ou comportamentais únicas”.

Podem ser utilizados como características biológicas aptas a permitir identificação biométrica a impressão digital, a leitura da retina ou da íris, a geometria da mão ou da face, a voz e até mesmo a assinatura, sendo de se destacar que em um mesmo padrão biológico são passíveis de análise aspectos distintos como velocidade da assinatura, pressão da caneta sobre o papel, velocidade de pronúncia das palavras, seu tom, além de vários outros (ALECRIM, 2005).

A qualidade das informações do método biométrico, apoiada pela alta tecnologia de que se serve para a coleta, análise e resgate, dos dados de identificação supera a dos até então conhecidos, donde a afirmação de Yagi (2008, p. 10): “Tecnologia biométrica: não perde a validade, você não esquece, é difícil de ser copiado, é irrefutável, é intransferível, é definitivo”.

O que se depreende, assim, é que, em verdade, a tecnologia biométrica é, mais propriamente, uma evolução ou um aprimoramento de alguns dos métodos antes referidos, dado que, através de avançada tecnologia, mapeia aspectos/partes específicas do comportamento/corpo humano, armazena as informações e, posteriormente, reconhece os dados armazenados.

A tecnologia biométrica, portanto, parte da premissa que há características humanas exclusivas, as quais, através de alta tecnologia, são mensuradas, armazenadas e, posteriormente, comparadas. Algo que não é, em substância, mas apenas nos meios empregados, diferente dos métodos listados linhas atrás. É, entretanto, mais preciso e, portanto, confiável, sendo, assim, método que, conquanto mais oneroso que a coleta de digitais e fotografia, vem sendo cada vez mais utilizado para permitir o acesso a equipamentos e locais restritos.

1.4.9 Análise do DNA

O DNA é o âmago do material genético dos seres vivos e se localiza no núcleo das células. Trata-se de uma molécula presente em todos os seres vivos e que contém informações completas sobre seu organismo. Pode ser coletado de variados materiais biológicos como sangue, saliva, sêmen e tecidos, além de permanecer invariável ao longo do tempo (SÉRGIO SOBRINHO, 2003).

Nesse mesmo sentido, Machado (2012, p. [1]) assevera que o material genético pode ser coletado a partir de “[...] vestígios humanos encontrados no local do crime – pelos, sangue, saliva, esperma, tecido de pele etc.”.

À análise do DNA é atribuída a qualidade de ser um dos mais confiáveis métodos de identificação humana, em face de ser raríssima a coincidência de padrões genéticos, sendo, assim, técnica que suplantaria todos os demais métodos, consoante Amaral (2012).

Essa opinião é partilhada por Sérgio Sobrinho (2003, p. 37) ao aduzir que “[...] a identificação genética pressupõe que cada indivíduo apresente o seu DNA exclusivo, cujo mapeamento cromossômico é igual em todas as células do organismo, permanecendo invariável ao longo do tempo”.

No mesmo sentido, Rodríguez (2008, p. 182) é taxativo: “[...] a informação genética é inequívoca para fins de identificação humana”.

Em colocação que resume e releva os aspectos da definição, localização e exclusividade do DNA por indivíduo, tornando-se, então, meio de

identificação dos mais precisos de que se dispõe, asseveram Barros e Piscino (2012, p. [4]) que:

“O DNA constitui parte dos cromossomos, sendo encontrado no núcleo das células e sua estrutura é responsável pela transmissão das características genéticas dos seres vivos, de geração para geração, resultando no código genético individual. Sabe-se que o DNA de uma pessoa é igual em todas as células do seu organismo e se compõe a partir da informação genética proveniente de seus genitores, metade da mãe e metade do pai biológico. Entre humanos, o DNA se diferencia somente em 0,2% de pessoa para pessoa. Ainda assim, a sequência de DNA de uma pessoa nunca é igual à de outrem. É uma diferenciação mais precisa do que as digitais das mãos humanas, que também não se repetem (o grifo é nosso)”.

O método ganhou prestígio internacional a partir da história ocorrida no condado de Leicester, na Inglaterra, entre 1983 e 1986, quando duas meninas foram estupradas e mortas, deixando, porém, o esturador esperma em suas vítimas. Este material, então, foi coletado e guardado pelo geneticista Alec Jeffreys, não se conseguindo, de pronto, chegar à identidade do criminoso (MARTELETO FILHO, 2011; MORETI, 2009).

As autoridades estatais, então, promoveram uma campanha de coleta de sangue de todos os homens até 34 anos do condado e de algumas cidades próximas (MARTELETO FILHO, 2011; MORETI, 2009).

Um habitante do condado, porém, não compareceu. Tratava-se de Colin Pitchfork, que narrou à esposa o seu receio em fornecer a amostra solicitada pelas autoridades, posto que já havia sido detido. Assim, solicitou a um amigo, Ian Kelly, que tomasse seu lugar e, sem divulgar a trama, fornecesse a amostra solicitada (MARTELETO FILHO, 2011; MORETI, 2009).

Sem mais qualquer fato novo, o caso parecia insolúvel, até que, em 1º de agosto de 1987, Ian Kelly, em uma conversa informal com alguns amigos em um bar, vangloriou-se da troca feita. A história foi ouvida pelo parente de um policial local (MARTELETO FILHO, 2011; MORETI, 2009).

Assim, Ian Kelly e Colin Pitchfork foram presos em 19 de setembro de 1987. A amostra de sangue de Pitchfork foi analisada e comprovada a sua autoria nos dois assassinatos. Colin confessou os crimes e foi sentenciado à prisão perpétua em 22 de janeiro de 1988 (MARTELETO FILHO, 2011; MORETI, 2009).

Com isso, houve a proliferação mundial de bancos destinados a acondicionar perfis genéticos por todo o mundo, com início na Islândia, em 1990, seguindo-se-lhe vários países como Estônia, Japão, Suécia, Singapura, Áustria e Inglaterra (GUEDES, 2012).

Haja vista ser um exame que dispensa a participação ativa do identificando (caso se obtenha material genético de um fio de cabelo, ou um resto de cigarro banhado em saliva, deixados pelo identificando no local do fato) ou mesmo que este esteja vivo, o exame genético já vem sendo amplamente utilizado para aferição de identidade em cadáveres em adiantado estado de desintegração corporal ou até mesmo em apenas fragmentos deste. Também, desde há muito, se utiliza o exame em comento para aferição de paternidade (BARROS; PISCINO, 2012).

A capacidade identificatória que a análise do DNA possui e o status que goza são tais que foi editado o Enunciado nº 301, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *ipsis litteris*: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* da paternidade”.

Essa presunção de veracidade é reforçada pela lei 8.560, de 29/12/1992, que, em seu artigo 2º-A, parágrafo único, traz a mesma orientação ⁸.

A precisão do método de identificação a partir do DNA é tal que é utilizado, também, no âmbito processual penal, onde se persegue a verdade real, uma vez que o agente criminoso pode ter deixado vestígios, como sêmen, sangue, cabelos, pelos ou qualquer outro na cena do fato, tendo sido imprescindível à elucidação de casos famosos como o do garoto Pedrinho⁹, subtraído da maternidade

⁸ Dispõe a lei 8.560, de 29/12/1992, artigo 2º-A, parágrafo único, *verbis*: “A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

⁹ “[...] Vilma levou da maternidade e criou como filhos Aparecida Fernandes Ribeiro da Silva e Pedro Rosalino Braule Pinto, o Pedrinho. Os dois foram levados da maternidade em 1979 e 1986, respectivamente.

Os pais biológicos de Pedrinho, Jayro e Maria Auxiliadora Tapajós, promoveram uma busca constante pelo filho. O sequestro, no entanto, só foi esclarecido 16 anos depois. Gabriela Azeredo Borges, 19, neta do pai adotivo de Pedrinho associou a imagem dele, ainda recém-nascido, que era divulgada pelo site do SOS Criança (especializado em buscar crianças desaparecidas), com a foto de Jayro Tapajós. A imagem do menino havia sido divulgada em uma embalagem de leite.

Ela entrou em contato com a instituição SOS Criança e, orientada por eles, recolheu um fio de cabelo de Pedrinho para a realização do exame de DNA. O teste comprovou que o garoto na verdade era filho de Jayro e Maria. Além da comprovação científica, a mãe biológica de Pedrinho também reconheceu Vilma Costa como sendo sequestradora. Vilma acabou sendo condenada em 2003.

logo ao nascer, e da menina Isabella Oliveira Nardoni, assassinada por seu pai e madrasta ¹⁰ (MONTALVÃO, 2008; SÃO PAULO, 2010).

Nessa mesma linha, dispõem os professores Barros e Piscino (2012, p. [4-5]) sobre a gama de situações que o método de análise do DNA pode elucidar, das cíveis às criminais, extrapolando, inclusive, a possibilidade de indicar o autor de um delito, constituindo-se em verdadeira prova:

“É certo que, por tradição, a utilização do exame de DNA no processo judicial brasileiro está fortemente relacionada com a produção de prova no processo civil, especificamente no que tange ao Direito de Família, notadamente em testes que visam confirmar ou negar a paternidade, com a consequente fixação de pensão alimentícia e costumeira [...].

Embora vigore em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento do julgador, pelo qual o juiz é livre para proferir sua decisão, desde que a fundamente com base nas provas colhidas, o resultado do exame de DNA, nas ações de investigação de paternidade, tem valor de prova inequívoca e inquestionável. Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça fez editar a Súmula 301, dispondo que, em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Ou seja, recusando-se a se submeter ao exame de DNA, ao suposto pai são atribuídos os mesmos efeitos da confissão ficta.

Sem desdouro à sua predominante presença na área cível, convém assinalar que o exame de DNA também revelou sua plena eficácia em processos penais e hoje é considerado um dos meios mais seguros e eficazes entre aqueles que são utilizados para desvendar os crimes que deixam vestígios. No homicídio, por exemplo, o teste de DNA possibilita descobrir a autoria ou identificar criminosos que tenham deixado vestígios. Com sucesso realiza-se o exame biológico de fragmentos tais como sangue, fios de cabelo, pedaço de unha e outros. Igualmente, no delito de estupro é de grande valor a realização deste exame em sêmen para possibilitar a identificação do esturador.

Vale dizer, o exame de DNA mostra-se apto a confirmar, ou não, com inigualável garantia de certeza, a autoria de crimes diversos, e, desse modo, transforma-se em meio de prova eficaz para o

Com a elucidação do caso Pedrinho, a polícia levantou suspeita sobre a possibilidade de Aparecida Fernandes Ribeiro da Silva também ter sido sequestrada. Ela havia sido registrada como Roberta Jamilly. Um novo exame de DNA, retirado de um ponta de cigarro usado por Roberta também confirmou que ela, na verdade, é Aparecida Fernanda, filha biológica de Francisca Maria da Silva.” (MONTALVÃO, 2003).

¹⁰ Tratou-se de um caso de repercussão nacional, em que a menina Isabella Nardoni foi estrangulada e arremessada do sexto andar de um prédio na zona norte da capital de São Paulo, em 29 de março de 2008.

O exame de DNA foi fator decisivo no sentido de concluir que Alexandre Nardoni, pai da menina, juntamente com a sua então esposa, Ana Carolina Jatobá, fossem pronunciados e, em júri realizado aos 27 de março de 2010, condenados (SÃO PAULO, 2010).

descobrimto da verdade no processo penal. A partir dessa constatação, conclui-se que a função desse tipo de exame de corpo de delito extrapola a simples comprovação da materialidade do crime, podendo adentrar no campo da autoria e até mesmo atingir o espaço reservado à culpabilidade. Daí a relevância do DNA para desvendar crimes insolúveis e elucidar fatos relacionados com ilícitos penais de grande complexidade”.

No campo da legislação penal, como se viu linhas atrás, a análise do DNA também é utilizável e muito importante, mormente após a edição da lei 12.654, de 28 de maio de 2012, que acrescenta à lei de identificação criminal, 12.037/09, o parágrafo único no artigo 5º e os artigos 5º-A, 7º-A e 7º-B, além de também incluir na lei de execução penal, 7.210/84, o artigo 9º-A.

Os referidos artigos contêm inovações legislativas muito relevantes, uma vez que, a um só tempo, incluem a identificação genética como forma de identificação criminal nas investigações policiais, criam um banco de dados de perfil genético e estabelecem que os já condenados por crimes hediondos e dolosos com violência de natureza grave serão obrigados à ceder material genético.

Conclui-se, assim, que os métodos de identificação foram muitos e muito diferentes entre si. Iniciou-se com métodos cruéis e imprecisos, chegando, até o presente momento, na análise do DNA, que é tido como um dos métodos mais precisos que há, apto, portanto, a suplantar todos os demais.

Resta, porém, a seguinte questão: conquanto, em tese, o mais preciso método identificatório que já surgiu, haverá óbices à sua utilização, em face do progresso civilizatório e, em consequência, legislativo brasileiro?

Considerando que a Constituição da República, notadamente em seu artigo 5º assegura uma ampla gama de direitos individuais, dúvidas surgiram acerca da constitucionalidade da referida lei, sobretudo no que tange princípio da desobrigatoriedade de produção de prova contra si.

Sobre isto falaremos nos capítulos seguintes.

2 A LEI 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012

O propósito do presente capítulo é explanar o objeto sob algumas partes do qual faremos recair a nossa análise no presente trabalho: a lei 12.654, de 28 de maio de 2012.

Para tanto, apresentaremos alguns fatos relevantes de sua criação, tais como o projeto de lei que lhe deu origem e sua justificção, além das modificações por que passou no respectivo processo legislativo.

Evidenciaremos, ainda, as suas disposições centrais, destacando que existem aspectos considerados positivos por parte da doutrina e operadores do direito, havendo, porém, alguns pontos que parte do mundo jurídico considera negativa, em face de suposta violação de direitos fundamentais, mormente a presunção de inocência, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, além do *nemo tenetur se detegere*.

2.1 Do projeto de lei do Senado nº 93/2011, sua justificção e conversão na lei 12.654/2012

A lei 12.654/2012 é o resultado legislativo do projeto de lei do Senado nº 93/2011 (PLS 93/2011), apresentado pelo Senador Ciro Nogueira, e publicado no Diário do Senado Federal de 18 de março do mesmo ano (BRASIL, 2011b).

Em sua redação original, pretendia o referido PLS a identificação criminal dos condenados pela prática de crimes violentos contra a pessoa ou crimes hediondos, pela extração e armazenamento de seu DNA (BRASIL, 2011b).

O Senador Ciro Nogueira informou, em sua justificção do PLS em questão, que já se encontrava em implantação, no Brasil, um banco de dados genéticos, que seria abastecido pelas perícias oficiais dos Estados, utilizaria o sistema denominado Combined DNA System (CODIS) e teria como função a prestação de auxílio para as investigações policiais envolvendo crimes praticados com violência, faltando, para tanto, apenas lei (BRASIL, 2011b).

O CODIS ou Sistema Combinado de Índices de DNA, a que se referiu o proponente, é a sigla que traduz um sistema informático, criado pelo FBI norte-americano, que armazena, em uma rede de bancos de perfil genético, já espalhada por mais de 30 países, a identidade genética obtida em cenários nos quais se cometeram crimes, e cujo objetivo precípua é a busca e identificação de suspeitos do cometimento de delitos (BRASIL, 2011b).

Proseguiu asseverando que a análise do DNA, que pode ser encontrado em todas as partes do corpo humano e tem baixíssima perecibilidade, é recurso indispensável atualmente, razão pela qual é utilizada para a demonstração, quer da culpa, quer da inocência de pessoas, aferição de paternidade, detecção de erros de rotulação em laboratórios e identificação de cadáveres (BRASIL, 2011b).

Ainda na justificação da redação original do PLS 93/2011, noticiou que no mundo moderno a análise do perfil genético já produz resultados aceitos em processos judiciais por todo o planeta. Alertou, porém, importa dizer, para a impossibilidade de se aferir a culpabilidade criminal em face, tão somente, da presença da molécula do DNA (BRASIL, 2011b).

Em sua redação inicial, o referido projeto de lei do Senado continha 5 artigos (BRASIL, 2011b):

a) O primeiro dos artigos definia que o objeto da futura lei seria a “[...] identificação criminal dos condenados por crime hediondo ou praticado com violência contra a pessoa”, em nada se referindo à intensidade ou intencionalidade da dita violência.

b) O segundo artigo estabelecia a obrigatoriedade da referida modalidade de identificação para os já condenados pelo cometimento dos crimes acima descritos.

c) O 3º e 4º artigos estatuíam que os dados genéticos extraídos seriam armazenados em um banco de dados sigiloso, a que teriam acesso, mediante autorização judicial, as autoridades policiais estaduais ou federal, caso instaurado inquérito policial.

d) O 5º e último artigo, por sua vez, determinava que a lei deveria entrar em vigor na data de sua publicação.

O PLS 93/2011 foi, então, encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, onde recebeu o parecer nº 951/2011, da lavra do então Senador da República Demóstenes Torres, e foi publicado no Diário do Senado Federal de 22 de setembro de 2011 (BRASIL, 2011a).

O ex-senador, em sua análise, declarou, logo no início de seu discurso, não ter verificado qualquer vício de inconstitucionalidade no referido projeto de lei (BRASIL, 2011a).

Quanto à justificação do projeto de lei em questão, o então Senador Demóstenes Torres reforçou os argumentos listados pelo Senador Ciro Nogueira e acrescentou que as taxas de elucidação dos homicídios e crimes sexuais são muito baixas no Brasil em face da impossibilidade da obtenção de prova material, razão por que o banco de perfis genéticos teria grande eficácia no combate à impunidade (BRASIL, 2011a).

Findou o seu parecer acrescentando que, dada a possibilidade de que o processo de extração do DNA fosse por modo não invasivo, não seriam violadas a integridade física e a dignidade humana, não havendo, então, inconstitucionalidade quanto a esta nova modalidade de identificação criminal (BRASIL, 2011a).

Disse, entretanto, que entendia ser um exagero identificar geneticamente todo aquele que cometesse um crime com violência contra a pessoa, o que incluiria uma lesão corporal leve, razão por que propôs a alteração da redação original do PLS 93/2011, fazendo constar que a identificação genética seria aplicável não àquele que praticasse crime com violência contra a pessoa, mas àquele que o fizesse com dolo e violência de natureza grave (BRASIL, 2011a).

Nesse sentido, então, em sua redação final, o Projeto de Lei do Senado nº 93/2011, de autoria do Senador Ciro Nogueira, com o substitutivo do ex-senador Demóstenes Torres, passou a prever em sua ementa a alteração da lei 12.037/2009 (lei de identificação criminal), onde inseriu o parágrafo único ao artigo 5º, além dos artigos 5º-A, 7º-A e 7º-B, e da lei 7.210/1984 (lei de execução penal), na qual acrescentou o artigo 9º-A, estabelecendo, para tanto, uma *vacatio legis* de 180 dias, a contar da publicação, aos 29 de maio de 2012 (BRASIL, 2011a).

Por meio das alterações promovidas na lei 12.037/09, foi instituída a possibilidade de se identificar criminalmente um indivíduo por meio genético, na

hipótese de essencialidade à investigação criminal, e também criado um banco de dados genéticos, oficial e sigiloso, onde deverá ser armazenado o material genético coletado, durante o tempo previsto para que o delito prescreva. (BRASIL, 2011a).

As alterações na lei de execução penal, 7.210/84, incluíram a extração compulsória do material genético, de modo “adequado e indolor”, dos já condenados por crimes hediondos ou praticados com dolo e violência grave contra a pessoa, e a possibilidade de as polícias estaduais e federal, mediante autorização judicial, acessarem o dito banco, em caso de inquérito policial instaurado (BRASIL, 2011a).

Silenciou, porém, no que tange ao tratamento do preso provisório.

Com estas alterações, o substitutivo do ex-senador Demóstenes Torres ao PLS 93/2011 foi definitivamente aprovado pelo Senado da República e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde passou a ser o projeto de lei nº 2.458/2011 (PL 2.458/2011), publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 03 de maio de 2012¹¹ (BRASIL, 2011c).

O relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, Deputado Vicente Cândido opinou pela inexistência de “[...] vícios de constitucionalidade, juridicidade ou de técnica legislativa na matéria abrangida pelo PL 2.458/2011”, impressão acatada pela referida Comissão, razão por que o referido projeto de lei foi aprovado como apresentado (BRASIL, 2011c).

O Projeto de Lei em questão foi, assim, encaminhado à sanção da Presidência da República, após o que se converteu na lei ordinária nº 12.654/2012, publicada no Diário Oficial da União de 29 de maio de 2012 (BRASIL, 2012a).

¹¹ É interessante observar que, somente no intervalo 1996/2011, 07 outros projetos de lei também contemplaram o tema identificação criminal. Estes projetos, que listamos abaixo, foram apensados ao PL 2.458/11 e, em seguida, rejeitados (BRASIL, 2011c):

- a) 1820/96 (propunha a compulsoriedade da identificação criminal fotográfica e datiloscópica para os que cometessem crimes hediondos),
- b) 188/99 (propunha a obrigatoriedade da identificação criminal genética para os que cometessem crimes hediondos),
- c) 417/03 (propunha a obrigatoriedade da identificação criminal genética para os presos em flagrante de crime de menor potencial ofensivo que não possuíssem identificação civil),
- d) 4335/08 (propunha a criação de banco de dados para armazenamento de informações genéticas dos condenados por pedofilia ou crimes sexuais),
- e) 4487/08 (propunha a criação do Cadastro Nacional de Pedófilos),
- f) 2371/11 (propunha a criação do Sistema Nacional de Combate à Pedofilia e Exploração Sexual Infante Juvenil) e
- g) 2624/11 (propunha a criação de Cadastro Nacional de Pedófilos e Criminosos Sexuais).

2.2 Das disposições da lei 12.654, de 28 de maio de 2012

Como já sucintamente exposto, a lei 12.654, de 28 de maio de 2012 alterou alguns dispositivos de duas importantes leis nacionais: a lei de identificação criminal, 12.037/09, e a lei de execução penal, 7.210/84, sendo suas alterações passíveis de, em síntese, ser divididas em dois pontos. No primeiro, está a possibilidade de se identificar geneticamente a pessoa, pela extração de seu material biológico, na investigação criminal ou na execução da pena, enquanto no segundo está a criação de um banco de dados para o armazenamento do material coletado.

Para analisar a coleta de material biológico ainda em fase de investigação policial, importa verificar a lei de identificação criminal, 12.037/09, que regulamentou o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição da República¹², e dispôs que o

¹² A farta produção legislativa brasileira no que tange à identificação humana, da qual não mencionamos abaixo senão minúscula parcela, iniciou-se ainda nos tempos do Império (1822 a 1889), quando, pela lei de 29 de novembro de 1832 (Código de Processo Criminal de Primeira Instância), foi determinado, no parágrafo 1º, de seu artigo 12, que os Juízes de Paz deveriam “Tomar conhecimento das pessoas que de novo vieram habitar no seu Districto, sendo desconhecidas ou suspeitas e conceder passaporte ás que lh’o requererem” (BRASIL, 1832).

Dez anos após, o Regulamento 120, de 31/01/1842, regulamentando a lei 261, de 03/12/1841, que reformou o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, dispôs que o réu deveria, quando comparecesse, pela primeira vez perante a autoridade policial, identificar-se, o que faria respondendo o seu nome, idade e endereço, com o que seria confeccionado um documento denominado auto de qualificação (BRASIL, 1842; ZILLI, 1998).

Em 05/02/1903, o Decreto 4.764, regulamentando a lei 947/1902, introduz a identificação datiloscópica no Brasil, que, porém, seria utilizada juntamente com o método antropométrico. Nesse sentido, o referido Decreto dispôs, *verbis*, que “A identificação criminal dos delinquentes será feita pela combinação de todos os processos actualmente em uso nos paizes mais adeantados [...]”, sendo a impressão digital a “[...] prova mais concludente e positiva da identidade do indivíduo e dando-se-lhe a primazia no conjunto com outras observações, que servirão para corroborá-la[...]” (ARAÚJO; PASQUALI, 2012; SÉRGIO SOBRINHO, 2003; BRASIL, 1902, 1903).

Os processos de identificação referidos eram, *ipsis litteris*: “a) exame descriptivo (retrato fallado), b) notas chromaticas, c) observações anthropométricas, d) signaes particulares, cicatrizes e tatuagens, e) impressões digitaes, e f) fotografia de frente e de perfil” (BRASIL, 1903).

Em 03/10/1941 é editado o Decreto-Lei 3.689, o atual Código de Processo Penal, dispondo, em seu artigo 6º, inciso VIII, que a identificação do indiciado seria datiloscópica (BRASIL, 1941).

Na década de 70 do século passado, como alguns doutrinadores sustentassem a desnecessidade de identificação criminal do que apresentasse identificação civil, o STF aprovou, na sessão plenária de 15/12/1976, a Súmula 568, dispondo, *verbis*, que “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido civilmente identificado” (BRASIL, 1976).

O entendimento do STF, porém, é completamente suplantado pela Constituição da República de 1988, que, em seu artigo 5º, inciso LVIII, estabeleceu a desnecessidade de identificação criminal para os civilmente identificados, deixando para lei posterior o estabelecimento das exceções a esta regra (BRASIL, 1988a).

Apoiada, então, na recém promulgada Constituição, a 1ª Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Octávio Galotti, julga o Recurso em HC 66.881-0 DF, onde prestigia o mandamento constitucional, que suplanta por completo a mencionada Súmula 568, e desonera da identificação criminal a senhora Solveig Myriam Pistein Clota (BRASIL, 1988b).

civilmente identificado não se necessita identificar de outra forma, descrevendo, em seu artigo 2º os documentos que são aptos para tanto (BRASIL, 2009).

Assim, a lei de identificação criminal prevê que as carteiras de identidade, de trabalho, profissional e funcional, além do passaporte, documentos de identificação militares ou outro qualquer documento público identificam civilmente o indivíduo que os apresenta (BRASIL, 2009).

Todavia, a mesma lei também estabeleceu casos nos quais, conquanto apresentando os referidos documentos, faz-se necessária a identificação criminal, que, na forma de seu artigo 5º, *caput*, compõe-se da identificação datiloscópica e fotográfica (BRASIL, 2009).

As situações estabelecidas na lei 12.037/09 de exceção à suficiência da identificação civil para dispensar a identificação criminal são as constantes em seu artigo 3º, que dispõe, *verbis*:

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.”.

O que se conclui do citado artigo 3º da atual lei de identificação criminal, 12.037/09, assim, é que, ainda que apresentado qualquer dos documentos

Posteriormente é promulgada a lei 10.054/00, revogada pela atual lei de identificação criminal, 12.037/09, que estabelece, no *caput* de seu artigo 5º, que a identificação criminal compõe-se dos métodos fotográfico e datiloscópico (BRASIL, 2000, 2009).

Advém, então, a lei 12.654/12, que, admitindo a identificação criminal genética no ordenamento jurídico brasileiro, termina por modificar tanto a referida lei de identificação criminal, 12.037/09, quanto a lei de execução penal, 7.210/84 (BRASIL, 1984, 2009, 2012a).

listados em seu artigo 2º, poderá haver a identificação criminal. Ou, dito de outro modo, a presunção de estar identificado civilmente o apresentante de algum dos mencionados documentos não é absoluta, podendo ser afastada nos casos definidos pelo artigo 3º da mesma lei (BRASIL, 2009).

Assim é que, havendo problemas com o próprio documento (documentos rasurados, supostamente falsos, incapazes de identificar o portador, com informações conflitantes, com mal estado de conservação ou muito antigos - incisos I, II, III e VI), problemas com o identificando (informação oficial de uso de nomes diferentes ou qualificações distintas das verdadeiras - inciso V), ou indispensabilidade às investigações policiais (inciso IV), será possível a identificação criminal (BRASIL, 2009).

Exatamente na hipótese do inciso IV do artigo 3º da lei 12.037/09, essencialidade às investigações policiais, está uma das inovações promovidas pela lei 12654/12, que, inserindo o parágrafo único ao artigo 5º daquela lei, autoriza a possibilidade de que a identificação criminal também inclua a coleta de material biológico apto a determinar o perfil genético (BRASIL, 2012a).

Este o teor, *ipsis litteris*, do caput e do referido parágrafo incluído:

“Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” (o grifo é nosso).

Impende, portanto, que se notem três pontos no que concerne à coleta de material biológico durante as investigações policiais: a referida coleta poderá ocorrer em qualquer tipo de delito investigado, somente é utilizada no caso de ser essencial às investigações policiais e necessitará de autorização judicial, que poderá ser de ofício ou por representação do Ministério Público, da defesa ou da autoridade policial (BRASIL, 2009, 2012a).

Já no que concerne à coleta de material biológico na fase de execução da pena, analisaremos os reflexos que a lei 12.654/12, artigo 3º, promoveu, ao acrescentar à lei de execução penal, 7.210/84, o artigo 9º-A, que prevê a identificação genética dos “[...] condenados por crime praticado dolosamente, com

violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.” (BRASIL, 1984, 2012a).

Diversamente da alteração que promoveu na lei de identificação criminal, 12.037/09, quando previu uma faculdade, vez que, no caso de ser imprescindível à investigação policial, a identificação criminal poderá (o grifo é nosso) incluir a identificação genética, no caso dos já condenados por crimes dolosos e com violência de natureza grave, além dos crimes hediondos, a lei 12.654/12 estabeleceu que a identificação genética será compulsória, devendo, contudo, o material genético ser coletado por “[...] técnica adequada e indolor [...]” (BRASIL, 1984, 2009, 2012a).

Assim, importa que se tenham em mente três pontos acerca da coleta de material biológico na fase de execução da pena: somente ocorrerá em crimes dolosos e com violência de natureza grave contra a pessoa, sempre ocorrerá em caso de condenação pelos citados crimes (visto que é compulsória) e, também por este motivo, dispensará qualquer autorização judicial para que ocorra (BRASIL, 1984; 2012a).

A novel legislação nada mencionou quanto ao tratamento a ser dispensado aos presos provisórios.

Os restantes artigos da nova lei tratam de regras que o legislador estabeleceu para o gerenciamento das informações genéticas coletadas nos momentos da persecução penal dantes descritos, tais como onde e por quanto tempo serão armazenadas, o que poderão revelar, o sigilo e as penalidades para o seu uso indevido (BRASIL, 2012a).

Nesse intento, a lei 12.654 inseriu na atual lei de identificação criminal, 12.037/09, o artigo 5º-A, criando um banco de dados genéticos, a ser regulamentado pelo Poder Executivo, e que, administrado pelo que denominou “[...] unidade de perícia oficial [...]”, é onde será armazenado o material genético coletado a que nos referimos nos parágrafos precedentes. (BRASIL, 2009, 2012a).

Consta, ainda, na lei 12.654/12, que os dados genéticos serão armazenados no banco referido, sob sigilo, durante o lapso temporal determinado em lei para que o delito prescreva e ensejarão a responsabilização civil, penal e

administrativa daquele que “[...] permitir ou promover a sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial” (BRASIL, 2012a).

O referido banco foi regulamentado através do Decreto 7.950, de 13 de março de 2013.

Assim, em resumo, é possível a identificação criminal genética na investigação criminal (mediante autorização judicial, em qualquer tipo de crime e se for imprescindível às investigações criminais) ou na execução da pena (sem qualquer autorização judicial e somente nos crimes hediondos ou dolosos cometidos com violência de natureza grave).

Em todos os casos, o perfil genético obtido será enviado a um banco armazenador oficial e sigiloso, onde ficará durante todo o prazo de prescrição do delito, sendo passível de responsabilização aquele que utilizar as ditas informações para fins que não sejam os estabelecidos em lei.

2.3 Alguns pontos controversos da lei 12.654, de 28 de maio de 2012.

Mesmo antes da sua vigência, haja vista a *vacatio legis* prevista, 180 dias a partir de sua publicação, agitou-se a sociedade, questionando se a lei 12.654/12 traria mais eficácia, ou não, à persecução penal, uma vez que permitiria a identificação criminal por um método considerado superior aos demais.

No meio jurídico, porém, ocorre, desde a promulgação da referida lei, discussão mais abrangente, senão mais profunda, visto que o objeto da discussão não é, apenas, se a identificação criminal pelo DNA torna, ou não, mais eficaz a persecução penal, mas, e principalmente, se é constitucional ou não (HASHIMOTO, 2012; PIOLI, 2012; SCRIBONI, 2012).

O que se vê são muitos doutrinadores e operadores do direito se posicionarem de forma francamente oposta acerca da legalidade da coleta de material biológico para fins de identificação criminal.

Como será demonstrado neste tópico, o desacordo no mundo jurídico contém vários pontos que passam, *verbi gratia*, da superioridade do DNA como meio identificador, o que possibilitaria a elucidação de vários crimes, com a consequente

redução da impunidade e dos níveis de violência, até a violação do sistema penal acusatório, da presunção de inocência e do princípio *nemo tenetur se detegere*.

2.3.1 Dos posicionamentos favoráveis à lei 12.654/12

A defesa da nova lei se compõe de argumentos jurídicos e não jurídicos, que vão desde a supremacia da análise do DNA sobre outros meios de identificação, o que reduziria a criminalidade e os índices de violência, até opiniões segundo as quais não há que falar em supressão de direitos do acusado no processo, estando íntegros, por exemplo, princípios como o *nemo tenetur se detegere* e a dignidade da pessoa humana.

Logo na justificação do PLS 93/11, o proponente, Senador Ciro Nogueira, já dizia ver vantagens na identificação genética, a qual, declarou, “[...] é hoje uma ferramenta indispensável para a identificação criminal [...]”, uma vez que o DNA, que pode ser encontrado em quaisquer vestígios humanos deixados no local do delito, é “[...] ideal como fonte de identificação [...]” (BRASIL, 2011b).

Todos estes argumentos foram aceitos pelo relator do mencionado PLS, o ex-Senador Demóstenes Torres, que não somente os ratificou, ao asseverar que “A determinação da identidade genética pelo DNA é uma técnica muito superior a todas as técnicas preexistentes de medicina forense, inclusive as impressões digitais clássicas [...]”, mas foi além ao expor que, uma vez que a coleta do material biológico é possível de ser feita por procedimento não invasivo, não haveria ofensa à integridade física e à dignidade humana. (BRASIL, 2011a).

Declarou, mais, que os bancos de perfil genético, já implantados em vários países, promovem justiça e combatem a impunidade. Portanto, o proposto banco genético criminal nacional “[...] certamente diminuirá estes índices alarmantes de violência [...]” (BRASIL, 2011a).

Ao chegar à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, novo posicionamento favorável à identificação criminal genética, quando o relator, Deputado Vicente Cândido, relatou não ter vislumbrado “[...] vícios de constitucionalidade, juridicidade ou de técnica legislativa na matéria

abrangida pelo PL 2458/2011”, utilizando, para tanto, entre outros, argumentos do Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad (BRASIL, 2011c).

No relatório acima mencionado, Haddad (2007 apud BRASIL, 2011c), dentre outros argumentos, asseverou que a coleta compulsória do material biológico para fins de identificação criminal genética impede que se presuma a culpabilidade, confere segurança ao julgamento, porquanto apoiada em provas que são consequências de argumentos científicos incontestáveis, além de ser um poderoso instrumento para o esclarecimento da realidade fática do evento criminoso que se pretende apurar no processo penal. Arremata esclarecendo que os direitos do acusado no processo não são suprimidos, mas apenas limitados ou restringidos.

Deixando o meio legislativo e passando ao jurídico, vários doutrinadores e operadores do direito se posicionaram favoravelmente à lei 12.654/12, quer empregando alguns argumentos já utilizados pelos legisladores acima citados, quer se valendo de novos.

Um dos argumentos favoráveis à lei 12.654/12, e semelhante aos já utilizados na esfera legislativa, foi o de que o sistema de coleta de identificação criminal genética e seu armazenamento em bancos de dados podem colaborar nas investigações de crimes cometidos por ex-detentos. (BRASIL, 2011a; CONDENADOS, 2012).

Outro argumento expendido a favor da lei 12.654/12, e já utilizado quando de seu processo legislativo, é no sentido de que o DNA como forma de identificação não é apto a, isoladamente, provar a culpa do investigando (BRASIL, 2011b; FELLER, 2012).

Foram, também, levantados argumentos diversos dos utilizados pelo legislador em favor da lei 12.654/12.

Arguiu o Promotor de Justiça André Luís Alves de Melo (2012 apud SCRIBONI, 2012) que a lei 12.654/12 é constitucional e já existe em outros países, não sendo discriminatória, mas apenas acrescentadora de um dado identificador a mais, o que poderá concorrer para a diminuição de erros judiciários, uma vez que evitará uma condenação sem provas.

O criminalista Mauro Otávio Nacif (2012 apud SCRIBONI, 2012), outro defensor da constitucionalidade da lei 12.654/12, entende que o interesse público,

neste caso consubstanciado na segurança pública decorrente na identificação da pessoa, está acima do interesse particular, motivo por que a identificação genética, que seria análoga à identificação criminal digital ou fotográfica, já existentes, interessa a toda sociedade.

Outro argumento em favor da constitucionalidade da lei é que não haveria violação ao princípio constitucional da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), uma vez que o material biológico a ser obrigatoriamente coletado do condenado não serviria como elemento probatório para a apuração de crime em fase de investigação, mas por crime pelo qual o indivíduo já estivesse cumprindo a pena, vale dizer, já estaria investigado o crime e apurada a sua autoria.

Foi este o argumento utilizado pelo criminalista Thiago Gomes Anastácio (apud SCRIBONI, 2012, p. [2]) ao aduzir que “Não se poderia falar em produção de provas contra si, antes do futuro fato criminoso acontecer”.

Neste mesmo sentido posicionou-se Feller (2012, p. [1]), ao asseverar que “Não se trata, como alguns juristas têm defendido, de se obrigar a pessoa a produzir prova contra si mesma. O projeto não obriga o acusado a fornecer material genético para ser confrontado no caso em que está sendo processado”.

E, em derradeiro reforço, listado no presente trabalho, ao argumento da inexistência de violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, posicionaram-se Anselmo e Jacques (2012, p. [4]), aduzindo que o referido princípio tem assumido extensão demasiado ampla no Brasil, gerando dificuldades à persecução penal e nos colocando naquilo que denominaram de “[...] contra-mão do resto dos demais Estados Democráticos de Direito [...]”.

Em breve resumo, então, os que se posicionaram à favor da lei 12.654/12 entenderam que a lei é constitucional e contribui para a eficaz persecução penal, porquanto utiliza um dos mais precisos métodos identificadores que há, o DNA, o que reduz os erros judiciários, a impunidade e os níveis de violência. Além disso, a identificação genética, que já existe em outros países, atende ao interesse público, que está acima do particular.

Não haveria, ainda, supressão dos direitos que o acusado tem no processo penal, especialmente os princípios *nemo tenetur se detegere*, eis que não haveria mais que se falar em produção de prova, dado o crime já ter sido investigado

e julgado, e da dignidade humana, uma vez que o método coletador do DNA previsto na lei em questão é “[...] adequado e indolor [...]” (BRASIL, 2012a).

2.3.2 Dos posicionamentos contrários à lei 12.654/12

Muitos há, também, que elencam diversos argumentos desfavoráveis à lei 12.654/12, os quais, à exemplo dos argumentos favoráveis à referida lei, são também jurídicos e extrajurídicos.

Verificaremos que os argumentos extrajurídicos desfavoráveis à lei 12.654/12 são a negativa da redução da criminalidade com a coleta e armazenamento do DNA, além do temor quanto a um possível ressurgimento da tese criminológica do delinquente nato.

Parte dos que se opõem à lei 12.654/12 argumenta que a coleta e armazenamento dos dados genéticos dos investigados ou condenados por prática criminosa, ao contrário do que aduziu, por exemplo, o ex-senador Demóstenes Torres, em seu Parecer 951/2011, acerca da constitucionalidade do PLS 93/2011, não terá o condão de reduzir a criminalidade, que teria raízes outras, inatingidas pelo novo método de identificação criminal.

A esta corrente filia-se Machado (2012, p. [6]), ao informar que o banco de dados genéticos criado pela lei 12.654/12 não é outra coisa senão um tipo de “[...]‘pirotecnia processual repressiva’ criada pelo legislador para dar a impressão de que a criminalidade está sendo eficazmente combatida (tal como supostamente ocorre nos países desenvolvidos) [...]”.

Em complementação da sua argumentação oposta à do ex-senador acima referido, aduz que a coleta e estocagem do DNA dos investigados e condenados referidos na nova lei influência alguma terão no que denomina causas reais do crime, que, dado permanecerem inatingidas, farão com que continuem a crescer as taxas de violência e insegurança pública. (MACHADO, 2012).

Alguns dos opositores da lei 12.654/12 temem que ao prever o armazenamento do perfil genético dos investigados ou condenados, com o fito de, em momento futuro, compará-lo com o encontrado em outro cenário de crime, haja

um ressurgimento da tese do criminoso nato, de modo semelhante ao defendido pelo médico italiano Cesare Lombroso (1835-1909), expoente máximo da Escola Positiva da Criminologia¹³. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2012; MACHADO, 2012; GUEDES, 2012).

Aduzem alguns destes que afirmar-se que pais criminosos gerarão um filho de semelhante índole é de todo desarrazoado, pois o ser humano é o produto complexo de interações entre o seu patrimônio genético, o meio em que é inserido e a maneira como reage a todo este conjunto de fatores (OLIVEIRA JÚNIOR, 2012).

Assim, prossegue Oliveira Júnior (2012), é improvável que se possa afirmar com rigor científico que um delinquente gerará outro, vale dizer, não há comprovação científica da existência de uma criminalidade inata ou de um gene da criminalidade.

Em uma sociedade intimidada pela violência como a brasileira, o que a identificação criminal genética seria capaz de produzir não passaria da estigmatização do assim identificado (MACHADO, 2012), em um cenário algo semelhante ao mostrado no filme GATTACA – A experiência genética¹⁴ (AMARAL, 2012; GUEDES, 2012).

¹³ A Escola Positiva da Criminologia foi a linha de pensamento criminológico que predominou no final do século 19 até a primeira metade do século 20. Esta Escola, em sua tentativa de entender as causas da criminalidade, a fim de isolá-las e combatê-las, utilizava o método científico, que entendia neutro e superior, e era adepta das teorias patológicas da criminalidade (BARATTA, 2002).

Dentre os seus pensadores, o mais famoso foi Cesare Lombroso (1835-1909), cuja principal obra foi *O Homem Delinquente*, de 1876, na qual defendeu a tese do criminoso nato, segundo a qual existem indivíduos honestos e outros geneticamente propensos a delinquir, sendo, então, o crime inato. Este indivíduo geneticamente propenso ao crime exibiria características físicas reveladoras desta inclinação: protuberância occipital, órbitas grandes, testa fugidia, nariz torcido, lábios grossos, braços, mãos e orelhas grandes (BARATTA, 2002; CALHAU, 2004; MOTA, 2007).

Visto negar o livre arbítrio e reduzir o homem a uma marionete genética, o que não encontra qualquer respaldo na ciência, a tese do criminoso nato não prosperou (BARATTA, 2002; CALHAU, 2004; MOTA, 2007).

¹⁴ Trata-se de um filme norte-americano, produzido pela empresa Sony Pictures, em 1997, e cujos atores principais são Alan Arki, Ethan Hawke, Jude Law e Uma Thurman. A trama se passa em uma sociedade futurista em que as pessoas têm sua posição social determinada pelo patrimônio genético, não sendo importantes outros fatores (daí o nome GATTACA, que faz alusão às iniciais das quatro substâncias que compõem o DNA: timina, citosina, guanina e adenina). Nesse contexto, o personagem Vincent Freeman (Ethan Hawke), que não era geneticamente perfeito, mas cuja vontade de ser astronauta superava em muito a das outras pessoas, está fadado a assumir um subemprego e, portanto, jamais realizar seu sonho. Ajudado por um contrabandista de identidades genéticas e por um integrante da elite genética (Jude Law), hoje paraplégico e com a vontade destruída pelo álcool e as drogas, assume a identidade deste último, o que lhe permite, então, se inserir na empresa aeroespacial GATTACA, onde passa a ser considerado um piloto brilhante. Todavia, com o assassinato de um dos diretores da dita empresa, é feita uma investigação que, caso apure a

Mostraremos, a partir deste ponto, alguns argumentos jurídicos utilizados pelos opositores da lei 12.654/12: a falsa superioridade do DNA frente às outras provas no processo penal, a violação do sistema penal acusatório, em consequência da inobservância da imparcialidade do juiz, além de violação da presunção de inocência, do direito à privacidade e da vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Alguns dos que se posicionam contrariamente à lei 12.654/12, argumentam que a tese da irrefutabilidade acerca da prova obtida pelo DNA, visto ser uma prova científica, não é verdadeira, uma vez que esta é somente uma das provas, que não é superior às demais e não é apta, por si só, a fazer presumir pela culpa criminal, que deve ser aferida pelo juiz ao analisar todo o conjunto probatório .

Sobremodo demonstrativas do ponto acima explanado as palavras de Lopes Júnior (2012, p. [3-4]):

“O discurso científico é muito sedutor, até porque, em situação similar ao dogma religioso, tem uma encantadora ambição de verdade. Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade com a pretensão de irrefutabilidade, absolutamente incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz, formado a partir do contraditório e do conjunto probatório. Essa prova pericial demonstra apenas um grau, maior ou menor, de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato.

[...]

Portanto, o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas *mais uma prova*, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais”.

Argumentaram outros que restaria violado o sistema penal acusatório, que é o modelo traçado pela Constituição da República, à qual devem conformidade todas as disposições do ordenamento jurídico pátrio (CUNHA, 2012; LOPES JÚNIOR, 2012; VAY; SILVA, 2012).

Assim seria na medida em que o juiz pode determinar, de ofício, a teor do que dispõe a lei de identificação criminal, 12.037/09, artigo 3º, inciso IV, que se

presença de uma pessoa geneticamente imperfeita onde não deveria estar, colocará Vincent automaticamente como suspeito. Apurado, porém, o crime, o culpado não é Vincent, mas um dos diretores da empresa, em cujo perfil genético não havia predisposição para violência (SANTOS, 2011; GATTACA, 2013).

identifique criminalmente por meio genético aquele que está sendo investigado quando tal medida se mostrar “[...] essencial às investigações policiais [...]” (BRASIL, 2009, 2012a). Haveria, então, aduzem, produção probatória pelo juiz, violando sua imparcialidade e, por via de consequência, o próprio sistema penal acusatório (VAY; SILVA, 2012), medida certamente passível de críticas (CUNHA, 2012).

Assim também, Lopes Júnior (2012, p. [2]), quando, ponderando sobre a lei 12.654/12, assevera que: “[...] basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício, rasgando tudo o que se sabe acerca de sistema acusatório e imparcialidade”.

Contrariamente à lei 12.654/12, argumentou-se, ainda, que o armazenamento do perfil genético dos já condenados no banco por ela criado feriria o princípio constitucional da presunção de inocência, na medida em que o crime já estaria solucionado e, nada mais havendo a esclarecer, a finalidade deste armazenamento certamente seria a produção probatória futura, violando, assim, o dito princípio, insculpido na Constituição da República, artigo 5º, inciso LVII (MACHADO, 2012).

Também pugnando pela violação do princípio da presunção de inocência e a consequente inconstitucionalidade da lei 12.654/12, Trad Filho e Ribeiro (2012) aduziram que não é possível presumir que o delinquente voltará a sê-lo, não sendo, então, razoável que se colete material genético somente dos apenados. Nessa linha de ideias, concluem que medida de efetiva modernização da investigação criminal consistiria em criar um banco de dados genéticos para toda a população (TRAD FILHO; RIBEIRO, 2012).

Entendendo semelhantemente, Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. [1-2]) aduz que:

“Uma coisa é permitir a identificação genética para finalidades probatórias; outra, muito diferente, é referendar um cadastro genético nacional dos condenados em crimes graves. Aí, parece-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do *estado(situação) de inocência* para o *estado de suspeição*, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente! – o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente)”.

Foi dito, ainda, que a lei 12.654/12 pode acarretar violação do princípio constitucional da inviolabilidade da intimidade e vida privada, vez que a intimidade da pessoa seria devassada quando da extração de seu DNA (IBCCRIM, 2012; TRAD FILHO; RIBEIRO, 2012).

Expressando esta preocupação, são estas as palavras do editorial da publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 238:

“Há 18 anos, o STF já acenava com a intransponibilidade do corpo humano para a intervenção estatal. Pensamos, então, existir diferença substancial entre a flexibilização, v.g., de um lado, da inviolabilidade do domicílio ou, até da liberdade de locomoção e, de outro, daquela pretendida com a submissão do investigado/condenado à retirada de parte de seu corpo, e o conseqüente acesso às suas particularidades internas.” (IBCCRIM, 2012, p. 1).

O argumento mais utilizado, porém, pelos que entendem inconstitucional a lei 12.654/12 é a violação ao princípio constitucional da vedação à autoincriminação, o *nemo tenetur se detegere* (PANSIERI 2012, apud SCRIBONI, 2012; CASTRILLON, 2012; SILVA, 2012; OLIVEIRA JÚNIOR, 2012; VAY; SILVA, 2012; TRAD FILHO; RIBEIRO, 2012).

É que a lei 12.654/12, ao tornar obrigatório que o condenado por crime hediondo ou doloso e cometido com violência grave ceda seu material biológico, estaria, argumentam certos opositores da lei, por constrangê-lo a produzir prova desfavorável a si, em contrariedade com o princípio albergado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, Machado (2012, p. [5]), assevera que: “Trata-se, pois, de norma que estabelece um aberto confronto com o princípio segundo o qual ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio – *nemo tenetur se detegere*”.

Também assim, Cunha (2012), invocando os incisos LVII e LXIII da Constituição da República e o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conclui que, esteja o sujeito sendo investigado ou mesmo já condenado, constrangê-lo a fornecer seu material biológico viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, razão pela qual a lei 12.654/12 é, neste ponto, inconstitucional.

Assim sendo, o que se depreende dos argumentos contrários à lei 12.654/12 é que a tese segundo a qual existiria uma superioridade probatória do DNA é falsa, uma vez que a identificação genética não é prova incontestável de culpa criminal, que deve ser aferida pelo juiz em face de todo o contexto do crime. Portanto, a lei em questão não teria o condão de diminuir a impunidade e violência.

Pode, ainda, propiciar a lei 12.654/12, creem seus opositores, um retorno às ideias lombrosianas do criminoso nato, pela estigmatização que infligiria ao identificado geneticamente.

Violaria, ainda, o sistema acusatório, dado ferir a imparcialidade do juiz, além dos princípios constitucionais da presunção de inocência e *nemo tenetur se detegere*.

Aproximando-nos do final do segundo capítulo deste trabalho, importa, agora, fazer uma exposição sintetizada das suas ideias centrais.

O que se pôde constatar no presente capítulo é que a atual lei 12.654/12 iniciou o seu processo legislativo com o projeto de lei do Senado Federal nº 93/2011, de autoria do Senador Ciro Nogueira, que foi justificado, em síntese, por dois argumentos: a força da molécula de DNA como elemento de identificação humana, que superaria todos os métodos até então existentes, e a necessidade de criação de um banco de dados genéticos para o seu armazenamento, o que auxiliaria na investigação de crimes praticados com violência, reduzindo, assim, a impunidade (BRASIL, 2011b).

Encaminhado ao relator, o então senador Demóstenes Torres, este opinou pela sua constitucionalidade, observando que, em face de ser possível a extração do material biológico apto para o exame de DNA por método não invasivo, não haveria desrespeito à integridade física e à dignidade humana, acrescentando, ainda, que a identificação criminal genética já é fato em muitos países e que a sua adoção no Brasil teria o condão de combater a impunidade e, então, promover justiça e diminuir os índices de violência (BRASIL, 2011a).

Propôs, porém, uma única alteração, que foi acatada. Alterou-se, então, o artigo 2º da redação original do PLS 93/2011, que propunha a identificação genética obrigatória para os condenados por crimes praticados com violência, inserindo-se que tal violência deveria ser dolosa e grave (BRASIL, 2011a).

Ocorreu, então, sem quaisquer outras alterações, a conversão do PLS 93/2011, no PL 2.458/2011, que, por fim, foi convertido na lei ordinária 12.654, de 28 de maio de 2012, publicada no Diário Oficial da União no dia 29 seguinte, e com *vacatio legis* de 180 dias, o que fez com que a vigência somente se iniciasse, conforme determina a lei complementar 95/98, em 25 de novembro de 2012 (BRASIL, 1998, 2011c, 2012a).

Estabeleceu a referida lei 12.654/12 que serão duas as situações nas quais será possível a coleta de material biológico: durante as investigações criminais (quando essencial para tanto) e na execução penal (com o delito já apurado e o réu condenado) (BRASIL, 2012a).

A identificação genética durante a investigação criminal ocorrerá (BRASIL, 2012a):

- a) Em qualquer tipo de crime;
- b) Somente se for imprescindível à elucidação do fato criminoso;
- c) Necessitará de autorização judicial, a ser obtida quer de ofício, quer por representação do Ministério Público, autoridade policial ou defesa do acusado.

A mesma identificação em sede de execução penal, porém, possui outras características (BRASIL, 2012a):

- a) Somente ocorrerá em caso de condenação por crime hediondo ou doloso e com violência de natureza grave;
- b) Será compulsória
- c) Prescindirá de autorização judicial.

Em qualquer dos casos, os dados genéticos, em face da previsão constante no artigo 5º-A, inserido na lei de identificação criminal, 12.037/09, pela lei 12.654/12, serão armazenados, durante todo o prazo de prescrição do delito, no que a lei, textualmente, designa por “[...] banco de dados de perfis genéticos [...]”, que será sigiloso, possibilitando a responsabilização nas esferas administrativa, civil e penal daquele que os utilizar indevidamente. (BRASIL, 2009, 2012a).

Assim, em face do teor da lei 12.654/12, controverteram-se a sociedade e o meio jurídico. De um lado, argumentou-se que a dita lei seria constitucional e capaz de torna mais efetiva a persecução penal, diminuindo a impunidade e, por conseguinte, os níveis de violência, e de outro, posicionaram-se os que não só disseram que se tratava de lei inconstitucional, mas também inapta a reduzir a violência que se vê nas cidades brasileiras.

Os argumentos favoráveis à dita lei são, em síntese:

1º. A força probatória da molécula de DNA, o que traria uma imprescindível colaboração à investigação criminal, pela indúvidosa identificação dos investigados, eliminando, assim, erros judiciários neste aspecto e, portanto, reduzindo a impunidade e diminuindo os índices de violência (BRASIL, 2011a, 2011b, 2011c);

2º. A impossibilidade de se aferir a culpa do acusado exclusivamente em face da presença de seu material genético na cena de um crime (BRASIL, 2011a, 2011b);

3º. A supremacia do interesse público sobre o privado, eis que a identificação das pessoas, que integra a segurança pública, é de relevância para toda a sociedade, sendo, portanto, aceitável que sejam minimizados certos bens jurídicos dignos de tutela (SCRIBONI, 2012);

4º. Que não é lei discriminatória, mas apenas ampliadora de dados identificativos da pessoa (SCRIBONI, 2012);

5º. A inexistência de violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que possível a coleta do material biológico por método não invasivo (SCRIBONI, 2012);

6º. A ausência de ofensa ao princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*, posto que a extração compulsória do DNA ocorreria no cenário de um crime que já foi apurado e pelo qual o condenado está cumprindo pena, não sendo, portanto, razoável opinar pela constituição de prova acerca de fato que sequer aconteceu (FELLER, 2012; SCRIBONI, 2012);

Os argumentos contrários à mesma lei, também em breve resumo, são:

1º. A falsa superioridade do DNA frente às outras provas na persecução penal (LOPES JÚNIOR, 2012);

2º. A negativa da redução da violência e da criminalidade com a coleta e armazenamento do DNA de investigados e condenados (MACHADO, 2012);

3º. O temor quanto a um possível ressurgimento das teses criminológicas do delinquente nato (GUEDES, 2012; MACHADO 2012; OLIVEIRA JÚNIOR, 2012);

4º. A violação do sistema penal acusatório, em decorrência do enfraquecimento da imparcialidade do juiz (CUNHA, 2012; LOPES JÚNIOR, 2012; VAY; SILVA 2012);

5º. A transgressão aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da inviolabilidade da intimidade e vida privada e do *nemo tenetur se detegere* (PANSIERI 2012, apud SCRIBONI, 2012; CASTRILLON, 2012; SILVA, 2012; OLIVEIRA JÚNIOR, 2012; VAY; SILVA, 2012; TRAD FILHO; RIBEIRO, 2012).

Em face de todas estas informações e à guisa de conclusão sobre a constitucionalidade, ou não, da lei 12.654/12, passaremos à análise de alguns aspectos jurídicos, sobretudo principiológicos, atinentes à questão.

3 ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL GENÉTICA

Já verificamos, no capítulo 1, que um dos métodos mais modernos de que se dispõe para identificar um indivíduo é a análise de seu DNA, que reúne algumas das qualidades de um método identificador próximo ao ideal: todas as pessoas o possuem (universalidade), é único por indivíduo (unicidade/variabilidade), é imutável (imutabilidade), mantém-se por toda a vida (perenidade) e passível de classificação(classificabilidade).

Constatamos que vige, desde novembro de 2012, a lei 12.654/12, que permite a coleta de material biológico de investigados e, em alguns casos, de condenados, com o fim de determinar seu perfil genético.

Neste último capítulo, analisaremos a relação existente entre a coleta de material biológico com fins de identificação criminal genética e alguns aspectos exclusivamente jurídicos que norteiam o processo penal brasileiro, no sentido de, ao final, nos ser possível concluir pela constitucionalidade, ou não, da referida lei.

Nessa ordem de ideias, não analisaremos argumentos sociológicos, criminológicos ou afetos a políticas públicas de segurança, como, por exemplo, a falta de efetividade da lei 12.654/12 no combate ao crime e à impunidade, o atraso social brasileiro em face dos países desenvolvidos, o possível ressurgimento da tese do criminoso nato ou uma suposta incapacidade do governo em treinar os agentes públicos encarregados da persecução penal para os serviços de investigação policial, o que o teria levado a editar uma lei senão inconstitucional, ao menos com pontos ensejadores de grande polêmica.

Em face do exposto, iniciaremos este capítulo com uma sucinta análise dos movimentos históricos, sociais e jurídicos de contenção ao poder estatal e do parâmetro jurídico máximo à persecução penal, a Constituição, após o que consideraremos alguns dos principais argumentos jurídicos utilizados na discussão da constitucionalidade da lei 12.654/12: os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sem olvidar que uma

análise completa do assunto decerto que supera em muito as modestas possibilidades do presente trabalho.

Derradeiramente, enfrentaremos nosso problema de pesquisa: é constitucional a lei 12.654/12?

3.1 Brevíssimas notas históricas: Estado versus liberdade, os limites ao poder estatal, o constitucionalismo e a Constituição

O vocábulo constituição vem do verbo latino *constituere* (CARVALHO, 2010), que, em uma acepção meramente gramatical, designa a organização de algo, seu modo peculiar de se compor, o que faz concluir, então, que, assim tomado o vocábulo, qualquer coisa tem uma constituição própria (FERRARI, 2011).

Assim também José Afonso da Silva (2010), Bonavides (2010) e Moraes (2010, p. 6), para quem o vocábulo constituição designa “[...] o ato de constituir, de estabelecer; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação”.

Nesse sentido, também os Estados nacionais possuem uma constituição, isto é, têm uma forma peculiar de se estruturar (SILVA, 2010), é dizer, “[...] em sentido vulgar, aplicado à realidade estatal, quer significar sua organização social, política, econômica e jurídica [...]” (FERRARI, 2011, p. 26).

Importa, porém, percebermos que, na concepção clássica, que aqui utilizaremos, Estado, sem qualquer outro termo que o qualifique, é apenas o conjunto de povo, território e governo soberano, isto é, uma sociedade politicamente organizada, sobre um território e com um poder político supremo no âmbito interno e soberania no âmbito externo (BONAVIDES, 2005; MALUF, 2010; MORAES, 2010).

Também assim, Ricardo Rodrigues Gama (2005, p. 67), quando afirma que “Basicamente, em análise jurídica, o Estado conta com três elementos, quais sejam, o povo, o território e o poder político”, sem qualquer menção à extensão do referido poder.

Precisamente com intento de contenção deste poder político sobre os seus membros, surgiram, em vários momentos e locais do planeta, movimentos

sociais, políticos, jurídicos e culturais a cujo conjunto as ciências política e jurídica denominaram constitucionalismo, que é apenas “[...] a busca do homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder [...]” (LOEWESNTEIN 1970 apud TAVARES, 2010, p. 24).

Na mesma esteira, Ferrari (2011, p. 54) assevera que:

“Toda a história do constitucionalismo se resume na luta entre o absolutismo e a liberdade, no reconhecimento de direitos fundamentais do homem, no respeito à dignidade da pessoa humana, no princípio democrático, na supremacia do direito sobre a força e sobre a violência, enquanto governo de coletividades”.

Nesse sentido, pode-se falar em vários movimentos constitucionais, cujas essências, porém, não diferem, antes significam “[...] a busca da limitação do Poder.” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 3).

Esse ideal de limitação do poder se viu entre os hebreus, que, em seu Estado teocrático, não poderiam ter um soberano que agisse a seu bel-prazer, eis que todos se encontravam limitados pela “Lei do Senhor” e também nas Cidades-Estados gregas, com sua democracia direta (TAVARES, 2010; FERRARI, 2011).

Na Europa medieval (aproximadamente dos séculos V a XV), o constitucionalismo se manifestou pelas Leis Fundamentais, nem sempre escritas, mas sempre superiores ao soberano e às leis por ele editadas e, sobretudo, por um pacto celebrado entre o então rei da Inglaterra, João I, e os seus barões, a Magna Carta, de 1215¹⁵ (FERREIRA FILHO, 2009; MENDES; BRANCO, 2011).

Na idade moderna (aproximadamente dos séculos XV a XVIII), o ideal de limitar o poder político estatal se manteve, porém, segundo Tavares (2010), adotou-se por regra realizar esta empreitada em um documento escrito, conquanto a própria Magna Carta, de 1215, assim já o fosse.

Um documento escrito traria vantagens significativas, como publicidade, clareza e segurança (TAVARES, 2010; FERRARI, 2011).

¹⁵ A Magna Carta, ou Magna Charta Libertatum, de 1215, é considerada um dos mais importantes documentos da história do constitucionalismo. Consistiu em um pacto que os barões do reino inglês impuseram ao rei João I, que se encontrava quase sem recursos financeiros, derrotado em uma recente batalha com o rei da França de então, Filipe Augusto, e tratado como inimigo pela Santa Sé. Por meio do referido pacto, o rei, conhecido por João Sem Terra, deveria respeitar os privilégios da igreja, dos municípios, dos mercadores e, sobretudo, da nobreza. (NUCCI, 2011).

Dentre os vários pactos firmados nesse sentido, podem ser citados, a Petition Of Rights, de 1628, o Habeas Corpus Act, de 1679, e a Bill of Rights, de 1689¹⁶ (CARVALHO, 2010; FERREIRA FILHO, 2009; LENZA, 2008; MORAES, 2010; MENDES; BRANCO, 2011; TAVARES, 2010).

Todavia os pactos limitadores do poder estatal mais importantes deste período foram a Constituição americana de 1787, a sua única até hoje, e a 1ª das francesas, de 1791, em cujo preâmbulo consta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França Revolucionária em 26 de agosto de 1789¹⁷ (NUCCI, 2011; SILVA, 2010).

¹⁶ A Bill of Rights (declaração de direitos), de 1689, consistiu em um pacto imposto ao rei inglês de então, Guilherme III, com o fito de demonstrar que, assim como todos os demais, também ele estava submetido à *common law* (o direito costumeiro). Além disso, a Bill of Rights assegurava: “[...] a liberdade e a inviolabilidade dos membros do Parlamento no exercício de suas funções [além de] condenar o tribunal de exceção e não permitir que o rei lançasse tributos ou mantivesse um exército sem que o Parlamento consentisse.” (NUCCI, 2011).

¹⁷ Assim, textualmente, dispõe a Declaração dos Direitos do Homem, de 26/08/1789: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

A Constituição Federal dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, é a mais antiga Constituição escrita, tendo entrado em vigor com apenas 07 artigos, sendo, porém, emendada 27 vezes. A última em 1992 (NUCCI, 2011; SILVA, 2010).

Nela constam importantes conquistas no campo dos direitos do homem e sua proteção, sendo de se destacar a 5ª Emenda, que prevê a vedação a que se puna duas vezes a mesma conduta e o *privilege against self incrimination* (*nemo tenetur se detegere* ou proibição da autoincriminação), a 6ª Emenda, na qual consta o direito ao contraditório, a 8ª Emenda, onde se situa a proibição das penas cruéis e desumanas, e a 14ª Emenda, que contempla a igualdade de todos perante a lei (NUCCI, 2011; SILVA, 2010).

Quanto à Constituição francesa de 1791, merece destaque, como já dito, o seu preâmbulo, onde é ressaltada a importância da liberdade individual, considerada direito natural e imprescritível do homem, e o fim do Estado, que, para os revolucionários franceses, não era outro senão a proteção destes direitos, demonstrando, assim, o seu intento de contenção do poder estatal (FRANÇA, 1789).

A partir deste momento histórico, e até os dias de hoje, então, ficam definidos os ditos direitos fundamentais de 1ª geração, os direitos civis e políticos, ou

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.” (FRANÇA, 1789).

liberdades públicas, que consistem em proibições jurídicas à ação estatal frente ao homem singularmente considerado¹⁸. (BONAVIDES, 2010; MORAES, 2010)

Ocorrerá a materialização destes direitos sempre que houver uma oposição individual ao Estado, como sói acontecer ao se invocar a liberdade de consciência, os direitos de reunião, de culto, a inviolabilidade de domicílio, ou, mais próximas do presente estudo, a presunção de inocência, a inviolabilidade da intimidade, a vedação à autoincriminação e várias outras (MENDES; BRANCO, 2011).

Portanto, o que se vê é que o constitucionalismo não se resumiu a movimentos sociais e políticos. É dizer: conquanto tenha apresentado um inegável viés sócio-político, também teve um inafastável aspecto jurídico: a “[...] pregação de um sistema dotado de um corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição” Tavares (2010).

Nesse sentido, conquanto o fenômeno constitucional, até pela importância, possa ser analisado por diferentes pontos de vista (ou concepções), como a sociológica de Ferdinand La Salle ou a política de Carl Schmitt, a concepção de que nos valeremos neste trabalho será a normativa ou puramente jurídica, do

¹⁸ Conquanto não sejam diretamente ligados ao presente estudo, importa consignar que, sobretudo após a 2ª guerra mundial, houve a positivação de diversos outros direitos qualificados de fundamentais, os quais, todavia, sem excluir as conquistas já realizadas pelos direitos de 1ª geração, passaram a exigir uma atuação positiva do Estado em prol da justiça social. São os direitos de 2ª, 3ª e, já dizem alguns doutrinadores, 4ª gerações (FERRARI, 2011; MENDES; BRANCO, 2011; MORAES, 2010; NOVELINO, 2010).

É nesse sentido que Mendes e Branco (2010, p. 156) afirmam: “Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração”, significando, visto em perspectiva histórica, a alteração da titularidade do poder: inicialmente o homem existia para o Estado; hoje, o Estado para o homem.

São direitos de 2ª geração, dentre outros, os direitos sociais, econômicos e culturais, como, por exemplo, os direitos ao trabalho, à saúde, à educação, ao lazer e à assistência social (FERRARI, 2011; MENDES; BRANCO, 2011; MORAES, 2010; NOVELINO, 2010).

Os direitos de 3ª geração, de titularidade difusa, têm como exemplos o direito ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a um meio-ambiente equilibrado, dentre vários outros (FERRARI, 2011; MENDES; BRANCO, 2011; MORAES, 2010; NOVELINO, 2010).

Parte da doutrina já assinala o surgimento de uma 4ª geração de direitos fundamentais, que seriam ligados à ideia de globalização e pluralismo, dos quais seriam exemplos o direito à informação e à democracia (FERRARI, 2011; NOVELINO, 2010).

jusfilósofo Hans Kelsen¹⁹ (CARVALHO, 2010; MENDES; BRANCO, 2011; FERRARI, 2011; SILVA, 2010).

A concepção jurídica, ou puramente normativa da Constituição, é a visão que defendeu o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen, para quem a Constituição é norma jurídica, produto da vontade inteligente humana e se localiza no mundo do dever ser (LENZA, 2008), sendo, por conseguinte “[...] puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica” (SILVA, 2010, p. 38).

Apoiado na concepção jurídica referida e reforçando o ideal constitucionalista, emerge o princípio da supremacia da Constituição, isto é, a Constituição de um Estado é o ponto inaugural, supremo e validador de todo o ordenamento jurídico estatal, que com ele deverá ser harmônico.

Da supremacia constitucional, assevera José Afonso da Silva (2010, p. 47), vem que deve haver:

“[...] compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.” (o grifo é nosso).

Também essa é a conclusão a que chega Ferrari (2011, p. 37): “ A norma suprema, mais importante, de um sistema normativo estatal é a sua Constituição, sendo o fundamento de validade dessa mesma ordem jurídica”.

Nessa ordem de ideias, a Constituição cria o modo de elaboração legislativa e o conteúdo possível das leis produzidas, as quais, portanto, com ela

¹⁹ Lassale entendia que a Constituição, isto é, o modo de ser peculiar de cada Estado, decorria do que denominava fatores reais de poder (CARVALHO, 2010; MENDES; BRANCO, 2011; FERRARI, 2011; SILVA, 2010).

Caso fosse produzido um documento e se o denominasse Constituição, este não passaria de mera folha de papel caso não condissesse com a vontade dos grupos sociais, cujas aspirações efetivamente preponderam em certo Estado (CARVALHO, 2010; MENDES; BRANCO, 2011; FERRARI, 2011; SILVA, 2010).

Para a concepção política de Carl Schmitt, Constituição é “a decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política” (SILVA, 2010, p. 38; FERRARI, 2011, p. 28).

Portanto, sob o prisma político, Constituição será a decisão que inclusive antecede o direito e até o próprio Estado (SOUZA JÚNIOR, 2009).

devem guardar consonância formal e material, que não atingidas implicam a sua inconstitucionalidade e subsequente expulsão do arcabouço jurídico estatal.

Assim sendo, “[...] logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1094).

Ratifica esta posição o ex-Ministro Eros Roberto Grau, que, ao relatar o habeas corpus 95.009-4 SP (HC 94.009-4 SP), conclui:

“É óbvio o que vou dizer, mas deve ser dito, como a Constituição se sobrepõe a todo o ordenamento jurídico, a ninguém é dado produzir norma individual inconstitucional. Assim, no momento de editar a norma de decisão --- especialmente quando se tratar de decisão restritiva de direitos individuais --- é dever, do magistrado, refletir sobre sua constitucionalidade”.

Das ponderações que fizemos sobre a vitória dos movimentos ideológicos de contenção do poder estatal, plasmada em um documento denominado Constituição, e de sua visão jurídica, vem o conceito de Constituição que adotaremos no presente trabalho, nas palavras de José Afonso da Silva (2010, p. 37-45):

“A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

[...] a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”.

Assim, para os fins do presente trabalho, Constituição será a norma fundadora, validadora e incontestável de todo o ordenamento jurídico nacional. Esta norma conterá todos os elementos essenciais do Estado, tais como a forma de Estado, a forma e o sistema de governo, o modo de aquisição, exercício e perda do poder, bem como os direitos e garantias individuais.

Portanto, o que se pretendeu demonstrar neste item 3.1 é que, desde a antiguidade e até os dias atuais, e em variadas partes do planeta, houve movimentos sociais, ideológicos, políticos e jurídicos que objetivaram conter o poder estatal.

Nessa intenção de contenção do arbítrio, foram produzidos diversos acordos, dos quais avulta em importância a Magna Charta Libertatum, de 1215, à qual se seguiram, notadamente a partir da idade média, documentos escritos, que, apresentavam a vantagem de ser mais seguros e claros.

Nessa linha de desenvolvimento sócio-jurídico-político, surgiram os parâmetros das Constituições modernas: a primeira Constituição escrita de que se tem notícia, a americana de 1787, e a primeira das francesas, de 1791, em cujo preâmbulo está inserta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, documentos que consubstanciam a limitação do poder por tanto tempo perseguida.

Ora, um documento com funções de tanto relevo, não obstante possa ser concebido por diversos prismas, interessa-nos, sobretudo, pelo seu aspecto jurídico, visto que também é norma, motivo por que determina e proíbe condutas, quer do particular, quer do próprio Estado.

Assim, utilizando a concepção de Hans Kelsen, definimos que o conceito que, no presente estudo, utilizaremos de Constituição, aí inclusa a brasileira, de 1988, será o jurídico, disto decorrendo que esta será enfocada como a norma jurídica que funda o Estado e todos os seus elementos constitutivos (forma de Estado, forma e sistema de governo, órgãos estatais, modos de aquisição, exercício e perda do poder, forma e conteúdo da produção legislativa, direitos fundamentais etc.).

Assim sendo, é uma norma jurídica que, a um só tempo, é superior e, em consequência, confere validade a todas as normas jurídicas, que com ela devem guardar compatibilidade quer formal – devem obedecer ao rito previsto para se construir normas jurídicas -, quer material – devem ter conteúdo permitido -, sob pena de, assim não sendo, serem tidas por inconstitucionais e, em consequência, expungidas do ordenamento jurídico.

Portanto, tendo em conta a supremacia da Constituição Federal de 1988 e o conseqüente dever de observância que lhe deve todo o ordenamento jurídico nacional, a questão que se põe é se a lei 12.654/12 o faz.

3.2 Princípios: conceito e importância

A palavra princípio, do latim *principium*, pode ser dividida em duas partes: *primus* (primeiro) e *cipium* (pegar), ou seja, é tomar algo do início (BONFIM, 2011). Assim, a noção de princípio traduz a ideia de começo, fundamento, alicerce, podendo, portanto, ser aplicada a qualquer campo do conhecimento.

Todavia, visto que estamos a avaliar a compatibilidade, ou não, da lei 12.654/12 com ordenamento jurídico nacional, tomaremos a palavra princípio aplicada ao mundo jurídico.

Nesse sentido, a palavra princípio denota as “[...] ideias fundamentais que constituem o arcabouço jurídico; são os valores básicos da sociedade que se constituem em princípios jurídicos.” (CARVALHO, 2004, p. 7).

Assim, na medida em que são ideias fundamentais do sistema jurídico, possuem algumas funções de grande relevo. São elas as funções de preencher os vácuos da lei (função integradora), de nortear a interpretação da norma (função interpretativa), de impor limites à atuação jurídico-legiferante (função delimitadora) e, visto ser ideia fundamental, a de servir de alicerce, de fundamento, de justificação ao sistema jurídico (função fundante) (SIRVINSKAS, 2003; LORENZETTI, 1998).

Tendo funções tão relevantes quanto as acima demonstradas, não causa surpresa possam ser positivados, ou, mesmo, inseridos nas Constituições nacionais, a norma jurídica suprema e delimitadora do poder do Estado.

Nessa mesma linha de pensamento, Nucci (2011, p. 65) declara que:

“[...] há princípios jurídicos que estão previstos expressamente na lei – e com maior razão devem ser seguidos – enquanto outros estão implícitos no sistema normativo, mas nem por isso são menos importantes. Existem, ainda, aqueles que estão enumerados na Constituição e chamam-se princípios constitucionais”.

Não foi outra a ideia consubstanciada na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que adotou em seu texto vários princípios, dos quais os que mais interessam ao presente estudo são o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, inserto logo no artigo 1º, inciso III, bem como alguns dos plasmados em seu Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, notadamente no artigo 5º - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, tais como os princípios da presunção de inocência, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), além da inviolabilidade da intimidade e vida privada (BRASIL, 1988a).

Passemos, pois, a analisá-los, tentando, tanto quanto possível, responder aos seguintes questionamentos: Em que consiste o referido princípio/direito? Onde está inserto na Constituição Federal de 1988? Qual a sua relação com a lei 12.654/12?

Assim, estabeleceremos uma base teórica sobre a qual poderemos tentar responder ao nosso problema de pesquisa: é constitucional a lei 12.654/12?

3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Os princípios, como demonstrado no item 3.2, por só essa qualidade, conforme José Afonso da Silva (2010) “[...] irradiam e imantam o sistema de normas” que fundam e norteiam, sendo possível de serem incluídos nas Constituições dos Estados, o que aconteceu no caso brasileiro com vários princípios, em especial, com o da dignidade da pessoa humana.

É que o legislador constituinte tratou de inserir o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição da República, em seu artigo 1º, inciso III, na qualidade de fundamento do Estado brasileiro, tornando-o, portanto, não apenas princípio constitucional, mas, principalmente, parâmetro e referencial para todas as restantes normas jurídicas nacionais, de status constitucional ou não (BRASIL, 1988a).

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana foi considerada pela Constituição Federal de 1988 como “[...] valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa

constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais” (NOVELINO, 2010, p. 339).

Não é outra a opinião de Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 695), quando, analisando a Constituição da República de 1988, informa que:

“No âmbito da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados”. (o grifo é nosso).

Nesse mesmo sentido, Ingo Wolfgang Starlet (2004, p. 84), assevera que os direitos fundamentais são desdobramentos, ou explicitações, da dignidade da pessoa humana, é dizer, “[...] sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.

A dignidade da pessoa humana não é facilmente conceituável (FERRARI, 2011; TAVARES, 2010). Porém, o entendimento de Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 693) acerca da dignidade da pessoa humana é o de que a pessoa é, “[...] diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado [...] todo homem tem dignidade e não um preço [...]”.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana comporta as concepções objetiva e subjetiva, sendo esta o respeito que o Estado deve a todos os indivíduos e aquela um conjunto mínimo de condições, de acordo com a Constituição da República de 1988, para ser viver.

Com o mesmo entendimento, (NUCCI, 2011, p. 84), assevera que:

“Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas como moradia, alimentação, saúde, educação saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência”.

Assim, o referido princípio, erigido que foi à condição de fundamento da República pelo legislador constituinte, designa que todos os demais dispositivos legais deverão ter em conta que o homem é o centro da ordem jurídica, e o fim do Estado, que existe para o homem, e não o contrário.²⁰

Portanto, na medida em que todos os direitos fundamentais plasmados na Constituição da República de 1988 são desdobramentos ou explicitações da dignidade da pessoa humana, desrespeitado qualquer deles, também restará aviltado o fundamento plasmado na Constituição, em seu artigo 1º, inciso III.

Assim, é de se questionar se a extração de material biológico de investigados ou condenados para fins de determinação de seu perfil genético, como determinado pela lei 12.654/12, está a violar a sua privacidade/intimidade, a presunção de inocência ou o princípio da não autoincriminação, que nada mais são do que facetas da dignidade da pessoa humana, a qual, portanto, também restaria aviltada.

3.4 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência não é novidade para o mundo jurídico, vez que seu conteúdo já era reconhecido no direito romano, tendo sido contemplado novamente tanto por Cesare Beccaria, em seu livro *Dos delitos e das penas*, de 1764, quanto no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mencionada linhas atrás (FERRARI, 2011; FRANÇA, 1789; SIRVINSKAS, 2003).

²⁰ Este um ilustrativo trecho da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, extraído do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do HC 110.320 SP, 2ª Turma, relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 06/03/2012, onde se evidencia a “[...] importância que se confere ao princípio da dignidade humana, enquadrado como postulado essencial da ordem constitucional (art. 1º, III da Constituição). Na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Assim, não se afigura admissível o uso do processo penal como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja inviabilidade já se divisa de plano. Tem-se, nesses casos, flagrante ofensa do princípio da dignidade da pessoa humana.” (BRASIL, 2012b).

No título XII, tratando da questão da tortura para se obter prova do crime, Cesare Beccaria já aduzia, em 1764, que “[...] Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis é inocente aquele cujo delito não se provou.” (BECCARIA, 1764).

A ideia foi repetida no artigo XI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento símbolo na defesa dos direitos humanos, confeccionado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, cujos preceitos foram recepcionados pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 2º. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948; BRASIL, 1988a).

Não bastassem estas considerações, o Brasil ainda tratou de plasmar a presunção de inocência como direito fundamental, posto que, na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, consta que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988a).

Em que pese a possível conclusão de que a esfera de atuação do referido princípio estaria adstrita ao âmbito penal, também é de se considerar aplicável a presunção de inocência às esferas civil ou administrativa, porquanto nestas também pode haver condenação (FERRARI, 2011).

Como corolários do princípio da presunção de inocência, ou não-culpabilidade como prefere parte da doutrina, vem que a culpa do acusado não é presumida, mas deve ser provada, e deve sê-lo pelo acusador, que, não conseguindo fazê-lo, mantém inalterado o status de inocente do acusado (NUCCI, 2011).

Desenvolvendo essa ideia, Marco Antônio Marques da Silva (2001 apud SIRVINSKAS, 2003, p. 152) diz tratar-se de:

“ [...] regra que determina, em matéria probatória, que o ônus da prova da culpabilidade do acusado recaia sobre aquele a quem cabe a acusação. A acusação deverá, então, trazer ao processo o material probatório para conseguir com ele demonstrar a culpabilidade do acusado e, ao final, se ao julgador restar ainda alguma dúvida com relação à culpabilidade do acusado, o pronunciamento final será necessariamente absolutório” (o grifo é nosso).

De se notar, porém, que, conquanto seja presumivelmente inocente, ao acusado não é dado invocar o referido princípio para impedir que o Estado tente obter provas, investigue e proponha ação penal. Pode, isto sim, invocar o referido princípio para evitar que, antes de definitivamente declarado culpado, após a regular ação penal, seja seu nome lançado no rol dos culpados (TAVARES, 2010).

Um exemplo emblemático da aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade foi o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144 – DF (ADPF 144 DF), que cuidou de analisar a lei complementar 135/2010, também conhecida como a lei da ficha limpa.

Nessa ocasião, estabeleceu o STF que, inobstante a importância da vida pregressa dos candidatos a cargo público eletivo, inexistindo condenação judicial definitiva, continuariam estes, ainda que respondendo a processos judiciais, com capacidade eleitoral passiva, por força do princípio da presunção de inocência (MENDES; BRANCO, 2011).

Assim sendo, uma questão que tem de ser levada em conta no estudo acerca da constitucionalidade da lei 12.654/12 é se o Estado estaria, ao estabelecer para investigados e condenados por certos crimes a coleta de material biológico para determinação do perfil genético, invertendo o ônus da prova, desrespeitando, então, o princípio da presunção de inocência.

3.5 Princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)

O brocardo *nemo tenetur se detegere*, significa, literalmente, que “[...] ninguém é obrigado a se descobrir [...]” (QUEIJO, 2003, p. 4) e denota o princípio da não autoincriminação, que teve um seu antecedente remoto na regra hebraica das duas testemunhas²¹ (COUCEIRO, 2004).

O referido princípio, porém, somente se firmou no período iluminista, quando Cesare Beccaria afirmou a existência de uma flagrante contraposição entre

²¹ “Uma única testemunha não é suficiente contra alguém, em qualquer caso de iniquidade ou de pecado que haja cometido. A causa será estabelecida pelo depoimento pessoal de duas ou três testemunhas.” (BÍBLIA, Deuteronômio, 19, 15).

o desejo do homem de mentir e a obrigação que lhe era imposta, pelo juramento, de dizer a verdade (OLIVEIRA, 2010; QUEIJO, 2003).

O princípio da não autoincriminação consta de tratados internacionais aceitos pelo Brasil, com destaque para o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cuja internalização ocorreu, respectivamente, pelos Decretos 592, de 06 de julho de 1992, e 678, de 06 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992a, 1992b).

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, consta, em seu artigo 14, n. 3, alínea g, que “[...] Toda pessoa acusada de um delito terá direito [...] a não depor contra si ou declarar-se culpada” e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos faz a mesma declaração em seu artigo 8º, n. 2, alínea g (BRASIL, 1992a, 1992b; QUEIJO, 2003; SANTOS, 2010).

Na opinião de Nucci (2011, p. 86), o princípio *nemo tenetur se detegere*, na ordem jurídica brasileira, pode ser considerado como decorrência da “[...] conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII)”.

Ainda mais, o seu status é de direito fundamental, uma vez que a Constituição Federal de 1988 assinala, em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e, no artigo 5º, parágrafo 2º, que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados ou dos acordos internacionais em cujos signatários se encontre o Brasil (BRASIL, 1988a).

Concluindo no mesmo sentido, Queijo (2003, p. 80) aduz que:

“Em suma, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi acolhido expressamente, no direito brasileiro com a incorporação ao direito interno do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por força de tal incorporação, em consonância com o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, como direito fundamental, a norma que prevê o *nemo tenetur se detegere* possui hierarquia constitucional. Trata-se de um princípio-garantia. Como direito fundamental, não poderá ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional.

Expressamente também foi previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal o direito ao silêncio, uma das decorrências principais do princípio *nemo tenetur se detegere*” (o grifo é nosso).

Os beneficiários do princípio *nemo tenetur se detegere* não são apenas os presos, cujo direito de silenciar consta expressamente no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, antes são quaisquer acusados (GOMES, 2010).

E, por esse motivo, o momento e o local aptos a se invocar o *nemo tenetur se detegere* também serão diversos, como, por exemplo, durante o inquérito policial, em Comissão Parlamentar de Inquérito ou em processo administrativo (GOMES, 2010; PAULO; QUEIJO, 2003).

Quanto à abrangência, o *nemo tenetur se detegere* inclui não apenas o direito ao silêncio, mas também a prerrogativa de não ser constrangido a produzir prova contra si, disto não se podendo inferir culpa ou qualquer prejuízo à atividade defensiva, porquanto amparada na Constituição e no Código de Processo Penal (CPP), artigo 186 (GOMES, 2010; LOPES JÚNIOR, 2011; SANTOS, 2010).

Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 55), também com esse entendimento, assevera que no princípio da não autoincriminação estão incluídos, então, “[...] o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações”.

Para Luiz Flávio Gomes (2010, p. [3]), porquanto possuidor de base jurídica consistente na Constituição da República, artigo 5º, LXIII, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na jurisprudência²², o princípio *nemo tenetur se detegere* possui 09 aspectos:

²² Luiz Flávio Gomes (2010) destaca como base jurisprudencial do princípio *nemo tenetur se detegere* a decisão monocrática proferida, em 09/10/2008, pelo Ministro Celso de Mello, no HC 96.219/SP, onde consta que “[...] Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes. - O exercício do direito contra a auto- -incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis'

“[...] (1) direito ao silêncio, (2) direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal, (3) direito de não declarar contra si mesmo, (4) direito de não confessar, (5) direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, (6) direito de não apresentar provas que prejudiquem a sua situação jurídica. A essas seis dimensões, temos que agregar uma sétima, que consiste no direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo. Esse genérico direito se triparte no (7) direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, (8) direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e (9) direito de não ceder o seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória” (o grifo é nosso).

Estas posições permitem concluir o acerto de Nucci (2011) ao afirmar que, no processo penal brasileiro, o *nemo tenetur se detegere* decorre da conjugação da presunção de inocência, da ampla defesa e do direito ao silêncio, a que nos referimos linhas atrás, vez que sendo o sujeito presumivelmente inocente e possuidor, dentro dos limites legais, da faculdade de produzir todas as provas que entender favoráveis a si, inclusive o silêncio, poderá igualmente quedar-se inerte quando o acusador lhe solicitar auxílio na produção probatória.

Sob a ótica jurisprudencial, no campo penal, em regra tem o STF entendido que o princípio da não autoincriminação conduz à impossibilidade de se exigir a participação ativa do acusado na produção probatória, com destaque para a entrega de “[...] padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial [...]”²³, além de , segundo Marteleto Filho (2011), “[...] padrões gráficos de próprio punho [...]”²⁴ e “[...] reprodução simulada de fato delituoso [...]”²⁵.

²³ STF, HC 83.096-0 RJ, 2ª Turma, relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgamento em 18/11/2003: “ O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite o exercício do direito ao silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.” (BRASIL, 2003).

²⁴ STF, HC 77.135 – 8 SP, 1ª Turma, relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 08/09/1998: “[...] diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o inciso IV do artigo 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica constitui ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.” (BRASIL, 1998b).

²⁵ STF, HC 69.026-2 DF, 1ª Turma, relatoria do Ministro Celso de Mello, julgamento em 10/12/1991: “[...] a reconstituição do crime configura ato de caráter essencialmente probatório, pois destina-se –

Especificamente no que concerne à possibilidade de extração de material biológico para exame de DNA, na seara cível porém, o STF se pronunciou no HC 76.060 4 SC, onde também inadmitiu a coleta compulsória (MARTELETO FILHO, 2011).

Na mesma linha adotada pelo STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento do HC 188.141 AL, reafirmou a impossibilidade de submissão compulsória do acusado para a coleta de material biológico, com destaque para o trecho do voto da Ministra Laurita Vaz, onde se lê:

“ 4. Nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna “*o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”. Tal regra, conforme a jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas, a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder o seu corpo para produção de provas etc.”²⁶ (o grifo é nosso).

Nesse mesmo sentido, também boa parte da doutrina se posiciona pela impossibilidade de constranger o acusado a ceder material biológico para exame de DNA, posto que seria conduta violadora do *nemo tenetur se detegere* (CARVALHO, 2004; GOMES; MAZZUOLI, 2010; LOPES JÚNIOR, 2011).

Na ótica de Lopes Júnior (2011, p. 201), que pugna pela totalidade do ônus probatório para o acusador,:

“[...] o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.). Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência.” (grifos no original).

pela reprodução simulada dos fatos – a demonstrar o modus faciendi de prática delituosa (CPP, art. 7).

O suposto autor do fato não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso.

O magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto-incriminação ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato – provido de indiscutível eficácia probatória – concretizador da reprodução simulada do fato delituoso.” (BRASIL, 1991).

²⁶ Com idêntico fundamento, também foi o julgamento, pela 5ª Turma do STJ, em 28 de junho de 2012, do HC 167.520 SP, relatoria da Ministra Laurita Vaz. (BRASIL, 2012c).

De se notar que a violação ao *nemo tenetur se detegere* não está afeta à invasividade do exame coletor do material biológico a ser analisado, mas à conduta a que se submete o acusado, razão pela qual Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2004), enfatiza que, em face do *nemo tenetur se detegere*, na forma propugnada pelo Pacto de San José da Costa Rica, artigo 8, n. 2, alínea g, e do princípio da dignidade da pessoa humana, resta impossível compelir o indivíduo a permitir que dele se extraia sangue ou até cabelos para fins de exame de DNA (o grifo é nosso).

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 127) asseveram que resta assegurado aos acusados em geral o “[...] direito de não produzir nenhuma prova incriminadora que envolva o seu corpo humano (exame de sangue, exame de urina, bafômetro etc.)” (o grifo é nosso).

Então, o que se pode inferir do demonstrado é que o *nemo tenetur se detegere* é um direito fundamental de primeira geração, com status constitucional, isto é, uma liberdade pública, que, se confrontada com legislação infraconstitucional contrária, deverá prevalecer.

Ainda mais, pudemos concluir que o princípio da não autoincriminação é aplicável aos acusados em geral, seja no processo penal, administrativo, Comissões Parlamentares de Inquérito e outros, e não inclui apenas o direito ao silêncio, mas também o direito de não colaborar na produção probatória que se entenda desfavorável, o que inclui ceder seu corpo para que dele se colem provas, disto não se podendo fazer qualquer inferência desfavorável ao acusado e à sua defesa.

Assim, fica a pergunta: haverá alguma violação ao *nemo tenetur se detegere* quando a lei 12.654/12, a uma, faculta que, por determinação judicial, seja coletado material genético do investigado, e, a duas, obriga o condenado por crimes hediondos ou cometidos com violência de natureza grave a cedê-lo?

3.6 Princípio da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem

O princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada não é criação da Constituição Federal de 1988, que atribuindo a ele o status de direito fundamental, tratou de inscrevê-lo no artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988a).

A proteção acima referida já consta, desde 1948, no artigo XII da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948):

“Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem à ataque a sua honra ou reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Conquanto alguns autores não tracem distinção entre privacidade e intimidade, parece-nos que, para a doutrina majoritária, não se igualam estes conceitos (CARVALHO, 2004; FERRARI, 2011; NOVELINO, 2010; MORAES, 2010; SILVA, 2010).

Conforme Kildare Gonçalves Carvalho (2010), a palavra intimidade vem do termo latino *intimus*, que designa interior, relacionando-se, então, à ideia de confiança, ao passo que privacidade designa pessoalidade/individualidade.

Nesse sentido, a privacidade é mais ampla que a intimidade, é dizer, enquanto o direito à privacidade protege os relacionamentos pessoais, acadêmicos e profissionais do indivíduo do conhecimento alheio não autorizado, o direito à intimidade resguarda apenas as relações mais restritas, como família e amigos (FERRARI, 2011).

Conforme Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Monet Branco (2011, p. 315):

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

Assim sendo, podemos considerar que o direito ao segredo, à esfera mais íntima de proteção, como linhas atrás demonstrado, faz surgir, como um seu desdobramento, a intimidade genética, ou seja, “[...] o direito do cidadão de reservar-se da intromissão de terceiros a respeito de quaisquer informações concernentes a seus genes, bem como controlar o uso que se possa delas fazer.” (RODRÍGUEZ, 2008, p. 181).

Nessa ótica, o tema ganha relevo e se relaciona diretamente com a análise que estamos empreendendo, posto que, conforme constatado no capítulo 1 de nosso estudo, o DNA é reconhecido como um dos mais potentes métodos de identificação já criados pelo homem, sendo capaz de proporcionar informações que vão muito além da simples identificação pessoal, possibilitando, inclusive, demonstrar a propensão a doenças físicas ou psicológicas, causando alterações imprevisíveis nas diversas relações jurídicas do identificando, como, por exemplo, as trabalhistas, securitárias e até pessoais (RODRÍGUEZ, 2008).

Assim, a pergunta que se põe é: sendo o DNA um meio identificador tão poderoso, capaz de transcender a simples identificação pessoal do indivíduo, ao ser feita, por seu intermédio, a identificação criminal genética prevista pela lei 12.654/12 restará transgredido o princípio constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada?

3.7 Análise da constitucionalidade da lei 12.654, de 28 de maio de 2012

Terminada a exposição de alguns dos princípios constitucionais que regem o processo penal brasileiro, passaremos ao enfrentamento direto do problema de pesquisa: é constitucional a lei 12.654/12?

Para tanto, os passos que daremos serão os seguintes: relembremos as alterações promovidas pela referida lei e, após, as submeteremos

às conclusões que obtivemos quando analisamos alguns dos princípios constitucionais regentes do processo penal brasileiro, descritos nos itens 3.3 a 3.6 deste estudo.

A lei 12.654/12, como já mencionado quando do item 2.2, tem dois pontos centrais: a possibilidade de, na investigação policial ou em sede de execução da pena, identificar-se geneticamente o indivíduo por meio da coleta de seu material biológico, bem como a instituição de um banco de dados genéticos para o seu armazenamento (BRASIL, 1984, 2009, 2012a).

No que concerne à possibilidade de se identificar geneticamente o indivíduo ainda em fase de investigação policial, importa ressaltar que tal medida reúne 03 características: poderá se dar em qualquer tipo de crime, dependerá de autorização judicial (de ofício ou por representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa) e dependerá de juízo positivo acerca da imprescindibilidade às investigações policiais (BRASIL, 2009, 2012a).

Quanto à mesma identificação em fase de execução de pena, as características que enfatizamos são: somente se dará em caso de condenação por crime hediondo ou doloso e com violência grave, além de ser obrigatória (BRASIL, 1984, 2012a).

Conquanto a lei 12.654/12 silencie a respeito, é de se considerar que a situação do preso provisório, no que concerne à identificação criminal genética, assemelha-se à do investigado, fundamentalmente porque não há condenação, é dizer, este, por ora, mantém seu status constitucional de inocente e não se lhe aplica, portanto, a obrigatória identificação genética trazida pela novel legislação aos condenados por crimes hediondos ou dolosos de natureza grave (o grifo é nosso).

Quanto à instituição do banco de dados genéticos, regulamentado pelo Decreto 7.950/13, são suas características principais: gerenciamento pelo que a lei denominou “[...] unidade oficial de perícia criminal [...]”, sigilo, impossibilidade de as informações armazenadas revelarem traços somáticos ou comportamentais, salvo o gênero, manutenção do material durante o prazo de prescrição do delito, importando em responsabilização civil, penal e administrativa a sua utilização para quaisquer finalidades que não as prescritas em lei (BRASIL, 2009, 2012a, 2013).

3.7.1 Da natureza jurídica do perfil genético obtido mediante a extração de material biológico de investigados e condenados, na forma determinada pela lei 12.654/12

Questão imprescindível para que se determine a compatibilidade da lei 12.654/12 com os princípios constitucionais sobre os quais algo se escreveu no presente estudo, itens 3.3 a 3.6, consiste em determinar a natureza jurídica do perfil genético obtido pela extração do material biológico de investigados e condenados.

Caso seja apenas novo método de se identificar o indivíduo, não há qualquer contraposição com os princípios analisados, vez que, conforme pudemos constatar no item 1.2 de nosso estudo, quando tratamos da importância da identificação, esta é dever estatal. Se, todavia, o perfil genético possuir natureza jurídica de prova, haverá relevantes implicações, como teremos oportunidade de ver.

Já em seu processo legislativo, a lei 12.654/12 informava que um de seus objetivos era auxiliar as investigações e aumentar o percentual de elucidação dos crimes, permitindo, com isso, supor que o perfil genético a ser obtido de investigados e condenados teria a natureza jurídica de prova. Senão vejamos.

Na justificação do PLS 93/11, o proponente, Senador Ciro Nogueira, informou que o “[...] DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime.” (BRASIL, 2011b, os grifos são nossos).

No mesmo sentido, o ex-Senador Demóstenes Torres, em seu Parecer 951/11, asseverou que o banco de perfis genéticos merece implantação, entre outros motivos, porque “As taxas de elucidação desses delitos são muito baixas, com menos de 10% dos homicidas apropriadamente identificados e condenados devido à ausência de prova material.” (BRASIL, 2011a, o grifo é nosso).

Em reforço a este argumento, vem a legislação processual penal.

Com efeito, o Código de Processo Penal, artigo 6º, inciso VIII, estabelece que, por ocasião do inquérito policial, é imprescindível a identificação do indiciado, que poderá ser civil ou, subsidiariamente, criminal, na forma prevista pela Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LVIII, regulamentado pela lei de identificação criminal, 12.037/09 (BRASIL, 1941,1988a, 2009).

Havendo incertezas quanto aos documentos aptos a identificar a pessoa civilmente (lei 12.037/09, artigo 2º, incisos I, II, III, V e VI), será necessária a identificação criminal, composta, na forma do artigo 5º, *caput*, da mesma lei, pelos processos datiloscópico e fotográfico (BRASIL, 2009).

Como visto no capítulo 1, itens 1.4.7 e 1.4.7.1, a datiloscopia é um método que satisfaz a todos os critérios de um método identificador, quais sejam, todas as pessoas possuem digitais (universalidade), as digitais mantêm-se por toda a vida do indivíduo (perenidade), não se modificam com o tempo (imutabilidade), são únicas por pessoa – variam de uma pessoa para a outra (unicidade-variabilidade), podem ser classificadas (classificabilidade) e sua obtenção é simples, rápida e pouco onerosa (praticidade-praticabilidade).

Quanto à fotografia, demonstrada no item 1.4.5, constatamos que, é um método identificador útil, mas que desatende, sobretudo, ao requisito da imutabilidade, posto que a aparência do identificando pode se modificar grandemente durante a sua vida.

Entretanto, o registro fotográfico fornece um acesso instantâneo à imagem da pessoa, notadamente do rosto, que é, certamente, um dos mais imediatos e usuais pontos identificadores, sendo, assim, de fácil manipulação, minimizando ou até dispensando qualquer tipo de treinamento de seus utilizadores.

Assim, porque reúne todos os requisitos de um método identificador, o conjunto formado pelos métodos fotográfico e datiloscópico, previsto como regra para identificação criminal, conforme o *caput* do artigo 5º da lei 12.037/09, é totalmente capaz de identificar com precisão o indivíduo, satisfazendo, então, a exigência prevista no Código de Processo Penal, artigo 6º, inciso VIII, que é identificar o indiciado durante o inquérito policial.

Ciente da conclusão acima, o legislador definiu que a coleta de DNA durante o inquérito, prevista no parágrafo único do artigo 5º da lei de identificação criminal, é faculdade, que somente será exercida quando autorizada judicialmente e imprescindível às investigações, vale dizer, não é medida habitual de identificação, mas de procedimento investigatório. Tanto assim que a referida coleta somente ocorrerá quando for “[...] essencial às investigações [...]”, ou seja, indispensável à elucidação da autoria, qualificando-se, portanto, como verdadeira prova.

Se é imprescindível identificar o acusado durante o inquérito policial (CPP, art. 6º, VIII), não pode este ato ser previsto como faculdade, posto que faculdades podem ou não ser exercidas.

Assim, fica demonstrado que a natureza do perfil genético obtido durante as investigações policiais, mediante a coleta do material biológico, é a de prova.

E quanto ao já condenado, que, portanto, já foi completamente identificado, também de prova se trata, antecipada porém, na medida em que, conforme o inserto artigo 7º-A, da lei de identificação criminal, 12.037/09, o perfil genético deverá ser mantido no banco de perfis genéticos até o fim do prazo prescricional do delito, permitindo, assim, seja constatada ligação entre o agente e futuro cenário criminoso, como referido no PLS 93/11 e no Parecer 951/11 (BRASIL, 2009, 2011a, 2011b).

Nessa mesma linha, Rogério Sanches Cunha (2012), Antônio Alberto Machado (2012) e Aury Lopes Júnior (2012), entendem que, seja na fase investigatória, seja na de execução da pena, a coleta do material destinado a obtenção do DNA é prova.

Nas palavras deste último: “A finalidade da coleta do material biológico será distinta: para o investigado se destina a servir de prova para um caso concreto (crime já ocorrido) [...]”, enquanto que, para o agente já em fase de execução da pena “[...] irá para o banco de dados, visando ser usado como prova em relação a fatos futuros [...]” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. [1]).

Ora, identificar uma pessoa, conforme demonstramos no capítulo 1, é singularizá-la, torná-la inconfundível. Provar culpabilidade, como pretende o PLS 93/11 que a novel legislação faça, é, a toda evidência, prova.

Disto se extrai que tanto na investigação quanto na execução da pena, o perfil genético obtido pela coleta do material biológico dos investigados ou condenados terá a natureza jurídica de prova. Diferenciam-se apenas porque, enquanto naquela destina-se a apurar a autoria do delito, nesta é pré-constituída.

3.7.2 A lei 12.654/12 e o princípio *nemo tenetur se detegere*

Como tivemos a oportunidade de observar por numerosa doutrina e jurisprudência, quando analisamos o princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*, item 3.5, não pode o Estado editar lei que imponha ao acusado o ônus de produzir prova contrária aos seus interesses, *a fortiori* ceder seu corpo para que dele sejam extraídas.

Assim pensam, *verbi gratia*, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2010), Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2004) e Aury Lopes Júnior (2011).

Também é essa a posição que tem sido prevalente nos Tribunais superiores, que, em variadas situações, proibiram que o Estado constrangesse o indivíduo à participação na produção probatória.

O Supremo Tribunal Federal vedou que os acusados fossem constrangidos a participar de “[...] reconstituição simulada do fato delituoso [...]”, no HC 69.026 - 2 DF, produzir “[...] padrões gráficos do próprio punho [...]”, no HC 77.135 - 8 SP, ou “[...] fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial [...]”, no HC 83.096-0 RJ (BRASIL, 1991, 1998b, 2003).

No julgamento do HC 188.141 AL, pelo Superior Tribunal de Justiça, no item 4 de seu voto, a Ministra Laurita Vaz declarou, literalmente, o direito que o acusado tem de não ceder seu corpo para produção de provas (BRASIL, 2011d).

Cabe, portanto, ao Estado, integralmente, o ônus da prova acerca da culpa do acusado, não o podendo constranger a tanto.

Assim sendo, na medida em que restou demonstrado que, sim, o perfil genético obtido pela coleta do material biológico dos investigados ou condenados é prova, a ser constituída no caso da investigação e pré-constituída na execução da pena, não pode o Estado obrigar as pessoas a fornecê-la, em face do princípio constitucional da não autoincriminação.

Desta forma, no que diz respeito ao *nemo tenetur se detegere*, o exame apto a fornecer o perfil genético dos investigados e condenados terá

consequências distintas, em face da lei 12.654/12 e do momento da persecução penal em que for implementado, investigação ou execução da pena.

A coleta de material biológico durante a investigação policial, conforme o artigo 1º da lei 12.654/12, dado que não constrange o investigado a colaborar ou a passivamente permitir, é constitucional. É, porém, a nosso juízo, disposição ineficaz, pois, em face do *nemo tenetur se detegere*, além da doutrina e jurisprudência elencadas, o investigado poderá, lícitamente, se recusar a cooperar ativamente ou mesmo ceder seu corpo para tanto.

A mesma coleta em fase de execução da pena, porém, porquanto a prevê o artigo 3º da lei 12.654/12 como obrigatória para os condenados por crimes hediondos ou cometidos dolosamente com violência de natureza grave, é disposição inconstitucional, dado o aberto confronto com o princípio da não autoincriminação, em face da farta jurisprudência e doutrina linhas atrás mencionadas,

Impende, por derradeiro notar que, extraído o material biológico compulsoriamente, em qualquer dos casos mencionados, converter-se-á, desde logo, em prova ilícita, que, na forma da Constituição Federal, artigo 5º, inciso LVI, e Código de Processo Penal, artigo 157, *caput*, resta impossível de ser admitida no processo (BRASIL, 1941, 1988a).

3.7.3 A lei 12.654/12 e o princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de não culpabilidade, item 3.4, determina que ao acusador é que cabe a prova da culpa, na medida em que o acusado, por premissa constitucional, é inocente e mantém esse status até que sobrevenha sentença penal condenatória, conforme a CF, artigo 5º, inciso LVII (BRASIL, 1988a).

Daí advém a consequência de que ao Estado-acusador, é que cabe investigar e coletar provas, que, todavia, têm de ser lícitamente obtidas, sob pena de afronta ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, CF, artigo 5º, LVI, e CPP, artigo 157, *caput* (BRASIL, 1941, 1988a).

Se o Estado obtiver as provas por intervenção direta e indesejada sobre o corpo do acusado ou exigir que este o ceda para tanto, o que ocorrerá, na

forma da legislação, doutrina e jurisprudência analisadas e conforme demonstrado no item 3.7.2, será a inobservância ao *nemo tenetur se detegere*, tornando-as, então, imprestáveis para o processo penal brasileiro (BRASIL, 1988a, 1991, 1998a, 1998b, 2011d; CARVALHO, 2004; GOMES; MAZZUOLI, 2010; LOPES JÚNIOR, 2011).

Porém, no ato em si de buscar provas, o Estado assume uma postura probatória ativa, é dizer, tenta demonstrar a verdade dos fatos por si e, a nosso juízo, não transfere a incumbência de provar a outrem.

Nesse sentido, não vislumbramos, nas disposições da lei 12.654/12, afronta ao princípio da presunção de inocência.

3.7.4 A lei 12.654/12 e o princípio da inviolabilidade intimidade e da vida privada

Quanto ao princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, item 3.6, verificamos a existência do conceito de intimidade genética, que é a possibilidade de a pessoa “[...] reservar-se da intromissão de terceiros a respeito de quaisquer informações concernentes a seus genes, bem como controlar o uso que delas fizer” (RODRÍGUEZ, 2008, p. 181) .

Por certo, ao acessar o material biológico do investigado ou condenado e de lá coletar o seu perfil genético, estará o Estado acessando algo sobremodo particular, quiçá a esfera mais íntima do ser humano, e que não apenas o identifica, mas também pode revelar toda uma série de informações como propensão a certas doenças ou comportamentos (RODRÍGUEZ, 2008).

Caso terceiros não autorizados acessem tais informações, poderia, de fato, haver, uma incalculável sequência de problemas jurídicos e sociais para os “futuros doentes” e os “propensos a comportamentos julgados inadequados”, como discriminações de toda ordem, inviabilização ou desfazimento de contratos de trabalho, seguro, financiamento e qualquer negócio jurídico cujas obrigações sejam cumpridas à prazo.

Porém, o quadro acima é somente uma conjectura e não uma certeza, vez que, cumpridas as determinações da lei 12.654/12, os dados genéticos “ [...] não poderão revelar traços genéticos ou comportamentais das pessoas [...]” e “[...] terão caráter sigiloso respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial [...]” (BRASIL, 2012a, 2013).

Assim, entendemos que, observadas fielmente as disposições da lei 12.654/12, artigo 2º, não há, de plano, qualquer infração ao princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, eis que a informação será mantida em sigilo, utilizada apenas para fins de identificação criminal e não deverá revelar características físicas ou comportamentais.

3.7.5 A lei 12.654/12 e o princípio da dignidade da pessoa humana

Por derradeiro, tratemos de verificar a relação da lei 12.654/12 com o princípio constitucional e fundamento da República da dignidade da pessoa humana, sobre o qual discorreremos no item 3.3.

Não bastasse ser princípio, o que, por si só, já a faria irradiar seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, ainda mais força foi conferida pelo legislador constituinte à dignidade da pessoa humana, pois que a alçou à condição de fundamento da República, tornando-a, assim, parâmetro interpretativo para todas as restantes normas do arcabouço jurídico nacional (STARLET, 2004).

Como já concluímos no mencionado item 3.3, os restantes direitos fundamentais são explicitações ou decorrências da dignidade da pessoa humana, razão pela qual, desrespeitado um deles que seja, violado também restará o princípio da dignidade da pessoa humana (STARLET, 2004).

Nesse sentido, como na coleta compulsória de material biológico para a feitura do exame determinante do perfil genético imposta ao condenado, artigo 3º da lei 12.654/12, desobedeceu-se ao princípio *nemo tenetur se detegere*, também se feriu o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

3.7.6 Considerações finais

Portanto, sucintamente, o que se demonstrou neste item 3.7 é que a coleta de material biológico para que se obtenha o perfil genético dos investigados e condenados não é medida de identificação criminal, mas prova, que, no primeiro caso pretende comprovar a autoria de um delito e no segundo caso é antecipada.

Em sendo prova, impossível ao Estado exigir que o acusado/condenado permita que seja extraída de seu corpo, em face do princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*, conforme a farta doutrina e jurisprudência que analisamos.

Assim, a faculdade estatal de coletar material biológico e então obter o perfil genético dos investigados, conforme previsão no artigo 1º da lei 12.654/12, conquanto seja constitucional, é inócua, porque estes podem licitamente recusar-se a colaborar,.

Por outro lado, quando, no artigo 3º da mesma lei, consta a previsão da coleta compulsória do material biológico de condenados por crimes hediondos e dolosos com violência de natureza grave, há transgressão ao princípio da não autoincriminação, motivo pelo qual existe inconstitucionalidade.

Como todos os direitos fundamentais são explicitações da dignidade da pessoa humana, violados aqueles, esta será igualmente transgredida. E foi o que ocorreu no caso dos condenados por crimes hediondos e dolosos com violência de natureza grave. Uma vez que, quanto a estes, a lei 12.654/12 transgrediu o *nemo tenetur se detegere*, restou igualmente violada a dignidade da pessoa humana.

Não há, porém, na lei 12.654/12, seja para o investigado, seja para o condenado, ofensa ao princípio da presunção de inocência, eis que a lei não considera o acusado previamente culpado, tampouco inverte o ônus de provar, antes o Estado é que tenta obter a prova através do exame de DNA daquele.

Também não verificamos infringência ao princípio constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, posto que, obedecido o que dispõe a lei 12.654/12, os dados genéticos obtidos são, a uma, sigilosos, e, a duas, incapazes de revelar traços orgânicos e relativos ao comportamento daquele de cujo material biológico se originou.

Considerando que o status jurídico que gozam tais princípios, é o de norma constitucional, conforme demonstrado nos itens 3.3 a 3.6, qualquer legislação do ordenamento jurídico deverá com eles guardar compatibilidade.

Em face do exposto, porque houve violação ao princípio constitucional *nemo tenetur se detegere* (CF, artigo 5º, inciso LXIII), e da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, inciso III) , o artigo 3º da lei 12.654/12 é materialmente inconstitucional.

CONCLUSÃO

Foi promulgada, em 28 de maio de 2012, e publicada no dia seguinte, a lei 12.654, que, com *vacatio legis* de 180 dias a partir de sua publicação, autoriza a identificação genética na investigação criminal e a torna obrigatória na execução da pena de crimes hediondos e dos praticados com violência grave dolosa. A referida lei ainda cria um banco de dados genéticos a ser alimentado com o material colhido nas investigações e execuções das penas dos crimes a que nos referimos.

A análise do DNA, conquanto já seja algo comum na seara cível, notadamente no que concerne à investigação de paternidade, tem sido alvo de bastante polêmica no âmbito criminal, ocasionando verdadeira cisão ideológica na sociedade brasileira e, em especial, na comunidade jurídica.

Enquanto um dos lados vê apenas um método identificador mais moderno e apto a identificar agentes que, até então, pela insuficiência tecnológica, permaneceriam ocultos da persecução penal estatal, a outra banda enxerga nos métodos propostos pela nova lei violação de direitos fundamentais, tornando-a inconstitucional.

Assim, surgiu-nos o interesse no presente estudo, que foi realizado ao amparo de vasta consulta a revistas, jornais, livros e sites, jurídicos ou não.

Impende ressaltar que, conquanto nos tenhamos proposto a um estudo essencialmente jurídico, motivo por que o Direito foi o nosso fundamento e parâmetro, vários conhecimentos, sem decerto descer às minúcias que têm, nos prestaram valioso auxílio, com destaque para a biologia, sociologia, criminologia, cinema, história e religião.

Em face de todo o quadro acima, dividimos o nosso estudo em 03 capítulos: 1 - A identificação humana: definição, importância, etapas, requisitos e métodos históricos, 2 – A lei 12.654, de 28 de maio de 2012 e 3 – Alguns aspectos jurídicos relacionados à identificação criminal genética.

Uma vez que a identificação humana é o objeto da lei que analisamos, nos propusemos, no primeiro capítulo, a defini-la, estudar a sua importância, os

muitos métodos históricos pelos quais o homem intentou obtê-la e a eficácia do método proposto pela lei 12.654/12, a análise do DNA.

De todas as informações que obtivemos, foi-nos possível concluir que identificação é o processo ou conjunto de processos tendentes a identificar uma pessoa, isto é, descobrir, confirmar, ou definir com precisão a identidade de algo ou alguém, seu conjunto de características apto a diferenciá-lo de todas as demais, tornando-o, então, singularmente definido, único, inconfundível.

Verificamos que a identificação é central para o direito e a própria sociedade, posto que é através dela que se pode, com segurança, atribuir direitos e deveres aos seus reais destinatários. Sem ela estariam dificultadas ou impossibilitadas relações jurídicas como posse, filiação e responsabilidade criminal, dentre muitas outras.

Pudemos constatar, também, que o processo de identificação consiste em, inicialmente, se obter os dados de identificação (que singularizarão a pessoa) e armazená-los, para, ao se ter novo acesso a eles, julgá-los comparativamente.

Concluímos, ainda, que um método identificador deve possuir alguns requisitos para que, ao fazer a comparação acima referida, se possa, com precisão, estabelecer ou refutar certa identidade.

Em que pese alguma diferença terminológica, os requisitos são: ser comum a todas as pessoas (universalidade), existir durante toda a vida da pessoa (perenidade) manter-se inalterado ao longo do tempo (imutabilidade), ser único por pessoa (unicidade-variabilidade), de fácil manuseio (praticidade-praticabilidade) e ser ordenável (classificabilidade).

Verificamos, ainda, que os métodos identificadores evoluíram muito, no que tange à precisão e também à humanidade. Assim, iniciou-se com métodos imprecisos, como o nome, avançando até um dos métodos mais precisos de que se tem notícia, a análise do DNA.

Por derradeiro, verificou-se que, de fato, a análise do DNA é um dos métodos identificadores mais modernos que há, como decorrência da presença de vários requisitos necessários aos métodos de identificação. Tanto assim, que foi editado o Enunciado 301 da Súmula do STJ e a lei 8.560/92, onde se constata a

presunção relativa de paternidade do indivíduo que se recusa a submeter-se à análise de seu DNA.

No segundo capítulo nos propusemos a evidenciar as mudanças que a lei 12.654/12 trouxe ao processo penal brasileiro e listar alguns argumentos favoráveis e contrários à dita lei, jurídicos ou não.

Um dos argumentos favoráveis à lei 12.654/12 que encontramos, obtidos, sobretudo, mas não somente, em seu processo legislativo, foi a supremacia da molécula de DNA como elemento identificador, o que possibilitaria identificar mais precisamente os casos até então insolúveis e, portanto, colaborar na persecução penal, diminuindo, então, a impunidade e os níveis de violência.

Aduziram, ainda, os defensores da nova possibilidade de identificação criminal que o interesse público deve se sobrepor ao privado, e que não haveria violação da dignidade da pessoa humana ou do *nemo tenetur se detegere*, posto que o método identificador poderia ser, pela ordem, não invasivo e a coleta obrigatória somente após o crime ter sido cometido.

Já os que se posicionaram desfavoravelmente à lei 12.654/12 entenderam que o exame do DNA, que não pode ser considerado prova superior às demais, criará um ambiente fértil para discriminações, possibilitará um ressurgimento da tese do criminoso nato e não trará consigo qualquer redução da criminalidade ou dos níveis de violência.

Houve também, críticas à lei por permitir a atuação probatória do juiz, quebrando a sua imparcialidade, além de desrespeitar alguns princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, presunção de inocência e a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

No terceiro capítulo, refletimos acerca da relação existente entre a coleta de material biológico com fins de identificação criminal genética e alguns aspectos exclusivamente jurídicos que norteiam o processo penal brasileiro.

Assim, concluímos que o Estado não tem poder ilimitado na persecução penal, visto encontrar-se limitado pela Constituição, que é a lei máxima, com o qual, portanto, todo o arcabouço jurídico do país tem que guardar compatibilidade quanto à matéria e à forma.

Em seguida, definimos alguns dos mais importantes princípios constitucionais que norteiam o processo penal brasileiro: da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada,.

Finalmente, confrontamos a lei 12.654/12 com os referidos princípios, concluindo que inexistente afronta aos princípios da inviolabilidade da intimidade da vida privada e da presunção de inocência, havendo, entretanto, violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem assim ao da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Para tanto, demonstramos que a coleta de material biológico de investigados e condenados não tem caráter de identificação pessoal, antes é prova, fato arguido inclusive na justificção do projeto de lei do Senado Federal que deu origem à lei sob análise, o de nº 93/11.

O princípio da inviolabilidade da intimidade não é atingido caso a lei seja respeitada, uma vez que as informações coletadas não serão aptas a mostrar aspectos corporais ou relativos ao comportamento, além de serem mantidas sob sigilo, restando igualmente inatacado o princípio da presunção de inocência, posto que o Estado não transfere o ônus da prova de culpa ao acusado, antes, pela análise de seu material biológico, é que se propõe a provar-lhe a culpa.

No que concerne à não autoincriminação, tivemos a oportunidade de constatar, através de farta doutrina e jurisprudência, que haverá violação ao *nemo tenetur se detegere* sempre que se compelir o indivíduo a participar da produção probatória, ainda que passivamente cedendo seu corpo para que tal se faça.

Assim, dado que o legislador previu a faculdade da coleta de material biológico para o exame determinante do perfil genético no caso dos investigados, mas determinou que a referida coleta fosse obrigatória no caso dos condenados por crimes hediondos e cometidos com dolo e violência de natureza grave, restou violado o referido princípio constitucional, no que concerne a estes últimos.

A Constituição da República de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, o que, então, torna os direitos fundamentais explicitações daquela. Assim, violado o *nemo tenetur se detegere*, igualmente transgredida restou a dignidade da pessoa humana.

Em face do exposto, concluímos que, conquanto a lei 12.654/12 tenha observado o rito previsto na Constituição Federal de 1988 para a sua confecção, sendo, então, constitucional sob o prisma formal, contém inconstitucionalidade material em seu artigo 3º, dado que desconsiderou os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da não autoincriminação ao prever a coleta compulsória de material biológico dos condenados por crimes hediondos e dolosos com violência de natureza grave.

REFERÊNCIAS

- ALECRIM, Eduardo. **Introdução à biometria**. Disponível em: <www.infowester.com/biometria.php>. Acesso em: 19 ago. 2012.
- AMARAL, Carlos Eduardo Rios de. **Da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal**. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/matéria?id=14536>>. Acesso em: 16 ago. 2012.
- ANSELMO, Márcio Adriano; JACQUES, Guilherme Silveira. **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: 28 nov. 12.
- ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. **Histórico dos processos de identificação**. Disponível em: <<http://www.papiloscopistas.org/historico.doc>>. Acesso em: 27 abr. 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. **DNA e sua utilização como prova no processo penal**. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_d_e_Barros_2.pdf?>. Acesso em: 02 out. 2012.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013
- BÍBLIA. **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus, 2002. Gênesis, capítulo 04, versículo 15.
- _____. **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus, 2002. Deuteronômio, capítulo 19, versículo 15.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- _____. **Ciência Política**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BONFIM, Eugênio Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo, Saraiva: 2011.
- BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. 5. ed. Petrópolis, 1992.
- BRASIL. Constituição (1988a). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

_____. **Decreto 4764, de 05 de fevereiro de 1903.** Dá novo regulamento à Polícia do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4764-5-fevereiro-1903-506801-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 set. 2012.

_____. **Decreto 592, de 06 de julho de 1992a.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. **Decreto 678, de 06 de novembro de 1992b.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

_____. **Decreto 7.950, de 12 de março de 2013.** Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

_____. **Decreto-lei 3689, de 03 de outubro de 1941.** Promulga o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. **Lei de 29 de novembro de 1832.** Promulga o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 09 set. 2012.

_____. **Lei 261, de 03 de dezembro de 1841.** Reforma o Código de Processo Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM261.htm>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm#\(* \)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm#(*))>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

_____. **Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992c.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8560.htm>. Acesso em: 01 out. 2012.

_____. **Lei complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

_____. **Lei 10.054, de 07 de dezembro de 2000.** Dispõe sobre identificação criminal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10054.htm>. Acesso: em 01 mai. 2012.

_____. **Lei 12.037, de 1º de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

_____. **Lei 12.654, de 28 de maio de 2012a.** Altera as Leis nos 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 01 mai. 2012.

_____. Senado Federal. **Parecer nº 951, de 2011a.** Relator: Senador Demóstenes Torres. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=22/09/2011&paginaDireta=38526>>. Acesso em: 28 nov. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2458, de 2011c (PLS 93/2011).** Relator: Deputado Vicente Cândido. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03MAI2012.pdf#page=282>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 93, de 2011b.** Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo. Disponível em: <[http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=A&paginaPesquisa=20¶metroPesquisa="GENÉTICA">](http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=A&paginaPesquisa=20¶metroPesquisa=)>. Acesso em: 27 nov. 2012.

_____. **Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842.** Regula a execução da parte policial e criminal da lei 261, de 03 de dezembro de 1841. Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao/Criminal/Regulamentos/REGULAMENTO-N.-120-DE-31-DE-JANEIRO-DE-1842>>. Acesso em: 01 out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 167.520 SP.** Quinta Turma. Impetrante: Rodrigo Vidal Nitrini. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 19 de junho de 2012c. Publicado no DJe em: 28 jun. 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STJ/IT/HC_167520_SP_1346325762131.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 188.141 AL**. Quinta Turma. Impetrante: Rodrigo Cavalcante Ferro e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 16 de junho de 2011d. Publicado no DJe em: 28 de jun. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1071153&sReg=201001932460&sData=20110628&formato=PDF>. Acesso em: 06 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de justiça. **Súmula 301**. Explicita a presunção relativa de paternidade àquele que se recusa à submissão ao exame de paternidade através do método do DNA. Segunda Seção. Brasília, DF, 18 de outubro de 2004. Publicado no DJ em: 22 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=198#>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 144 DF**. Tribunal Pleno. Arguente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Arguido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 06 de agosto de 2008c. Publicado no DJe em: 26 fev. 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STF/IT/ADPF_144_DF_1278983739380.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 568**. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1976. Publicação no DJ em: 03 jan. 1977. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=568.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 10 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 69.026 - 2 DF**. 1ª Turma. Imperante: Antônio Ponce. Coator: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Paciente: Paulo César Andrade de Araújo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de dezembro de 1991. Publicado no DJ em: 04 set. 1992. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev1/files/JUS2/STF/IT/HC_69026_DF%20_10.12.1991.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 76.060 - 4 SC**. 1ª Turma. Impetrante: Elisa Pimenta. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 de março de 1998a. Publicado no DJ em: 15 mai. 1998. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_76060_SC%20_31.03.1998.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 77.135 - 8 SP**. 1ª Turma. Impetrante: João Aparecido Pereira Nantes. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 08 de setembro de 1998b. Publicado no DJ em: 06 nov. 1998. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_77135_SP%20_08.09.1998.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 83.096 - 0 RJ**. 2ª Turma. Impetrante: Ubiratan Tibúrcio Guedes. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 18 de novembro de 2003. Publicado no DJ em: 12 dez. 2003. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/HC_83096_RJ%20_18.11.2003.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 95.009 - 4 SP**. Tribunal Pleno. Impetrantes: Nélio Roberto Seidl Machado. Coator: Relator do HC 107.514, do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 06 nov. 2008a. Publicado no DJ em: 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 110.320 SP**. 2ª Turma. Impetrante: Gustavo César Gandolfi. Coator: Relator do HC 188.848, do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 06 de março de 2012b. Publicado no DJe em: 20 mar. 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/STF/IT/HC_110320_SP_1332280426228.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 96.219 SP**. Impetrante: Edvaldo Ferreira Garcia e outros. Coator: Relatora do HC 115.202, do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de outubro de 2008b. Publicado no DJe em: 15 out. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137655/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-96219-sp-stf>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 66.881 - 0 DF**. 1ª Turma. Recorrente: Solveig Myriam Pinstein Clota. Recorrido: Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator: Ministro Octávio Galotti. Brasília, DF, 07 outubro de 1988b. Publicado em: 11 nov. 1988. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RHC_66881_DF%20_07.10.1988.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

CALHAU, Lélío Braga. **Cesare Lombroso: Criminologia e a Escola Positiva do Direito Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 210, 1 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4538>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

CASTRILLON, Saulo Fanaia. **Da inconstitucionalidade da obrigatoriedade da identificação genética do condenado ante a garantia fundamental à não auto-incriminação**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=10699>. Acesso em: 08 jan. 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Comparado**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

CONDENADOS por crimes hediondos deverão ceder dna. 29 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/condenados-crimes-hediondos-deverao-ceder-dna-banco-dados>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 12.654/12 (identificação genética)**: nova inconstitucionalidade (?). Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. Acesso em: 17 ago. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v 2.

FELLER, Marcelo. **Banco de DNA: o Brasil está preparado?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dna-condenados-brasil-preparado?imprimir=1>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Jurisprudência Criminal**. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1979.v 2.

GALANTE FILHO, Helvétio. Datiloscopia. In: TOCHETTO, Domingos (Org.). **Identificação Humana**. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1999. p. 13-70.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Ciência Política**. Campinas: LZN, 2005.

GATTACA : resumo da história. Disponível em: <<http://www.cienciaviva.pt/projectos/genoma2003/filme.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo e âmbito de incidência. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100126104817603>. Acesso em: 06 fev. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários á Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUEDES, Gabriel Pinto. **A inconstitucionalidade da criação de banco de dados genéticos para fins de identificação criminal pela lei 12.654/12**. Disponível em: <<http://gabrielguedes.adv.br/wp-content/uploads/2012/07/A-inconstitucionalidade-da-criacao-de-banco-de-dados-geneticos-para-fins-de-identificacao-criminal-pela-lei-12654-de-2012.pdf>. 2012>. Acesso em: 21 ago. 2012.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A Constitucionalidade do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e sua Proposta de Regulamentação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, 2007. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_216.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2013.

HASHIMOTO, Érica Akie. **Senado aprova coleta de DNA de criminosos**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13876#>. Acesso em: 01 out. 2012.

IBCCRIM. **Coercitiva identificação criminal pelo DNA!?**. Boletim IBCCRIM n. 238, set. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?**. Boletim IBCCRIM n. 236, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=4649>. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação criminal pelo DNA**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2012.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O Princípio e a Regra da Não Autoincriminação: os Limites do *Nemo Tenetur Se Detegere***. 2011. 263f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. Disponível em: <http://www.btdtd.ufu.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3640>. Acesso em: 15 fev. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTALVÃO, Sebastião. **Vilma Martins, sequestradora do menino Pedrinho, ganha liberdade condicional**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2008/08/18/vilma-martins-sequestradora-do-menino-pedrinho-ganha-liberdade-condicional.htm>>. Acesso em: 14 out. 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORETI, Tiago. **Identificação humana: Uma proposta metodológica para obtenção de DNA de ossos e implementação de banco de dados de frequências alélicas de STRs autossômicos na população de Santa Catarina**. 2009. 145f. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós Graduação em Biotecnologia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/10247/265416.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 set. 2012.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. **O crime segundo Lombroso**. Disponível em: <<http://criminologiafla.wordpress.com/2007/08/20/aula-2-o-crime-segundo-lombroso-texto-complementar/>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **A identificação genética/Lei 12.654 – 06.06.2012**. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/quartas/a-identificacao-geneticalei-12-654-06-06-2012/>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **Sancionada a lei que cria coleta de perfil genético**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2012/06/01/sancionada-a-lei-que-cria-coleta-de-perfil-genetico>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Paris, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013.

PIOLI, Roberta Raphaelli. **A coleta de DNA como nova forma de identificação criminal**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22510>>. Acesso em: 01 set. 2012.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Tutela Penal da Intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2008.

ROSA, Pedro Henrique de Miranda. **Direito Civil: Parte Geral e Teoria das Obrigações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Luing Argolo. **Resenha crítica do filme GATTACA**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/resenhasdefilmes/2923605>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos. Princípio *nemo tenetur se detegere* e os limites a um suposto direito de mentir. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Fortaleza, ano 2, n. 1, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/3Prncipiopionemotenetur.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

SÃO PAULO. 2º Tribunal do Júri da Comarca da Capital - Fórum Regional de Santana. **Processo 274/2008**. Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo. Réus: Alexandre Alves Nardoni e Anna Carolina Trota Peixoto Jatobá. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-nardoni.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2012.

SCRIBONI, Marília. **Constitucionalidade do banco de DNA gera discussão**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidade-banco-dna?imprimir=1>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

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

SILVA, David Leal da. **Extraí material genético do réu viola a Constituição**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-17/david-silva-lei-1265412-destroca-nemo-tenetur-detegere?imprimir=1>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

STARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, José Rocha e. **A identificação criminal mediante a coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere***. Boletim IBBCRIM n. 239, v. 20, out. 2012.

VIEIRA, Jair Lot (Sup.). **Código de Hammurabi, Código de Manu – excertos (livros oitavo e nono) e Lei das XII Tábuas**. Bauru, SP. EDIPRO: 1994

YAGI, Ricardo Takeshi. A revolução no ambiente de segurança com a biometria tecnológica. **Revista eletrônica brasileiro e associados**, n. 37, jul./ago. 2008. Disponível em: <<http://www.brasiliano.org/revistas/edicao37.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

WENDT, Emerson. Breves comentários à lei de identificação criminal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 92, n. 808, p. 513-523, fev. 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Identificação Criminal: A excepcionalidade necessária. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo, n. 24, p. 245-255, out/dez.1998.