

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA KAROLINE LOPES DA COSTA

**COLETA DE DADOS GENÉTICOS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012**

Trabalho de Artigo Científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2016**

**COLETA DE DADOS GENÉTICOS NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012**

**COLLECTION OF GENETIC DATA IN BRAZILIAN LAW: A CONSTITUTIONAL
ANALYSIS UNDER LAW Nº. 12,654 OF MAY 28, 2012**

Ana Karoline Lopes da Costa¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Colisão de direitos fundamentais: direito à prova e o direito de resistência à prova; 2. Sobre a relativização dos direitos fundamentais e a não imposição de um Estado hipervigilante; 3. Limites e restrições à aplicação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012 e a análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal frente ao reconhecimento da repercussão geral da matéria; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

O cerne deste trabalho visa examinar como ficam os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade, assegurados pela Carta Magna, com a edição da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que trouxe a possibilidade de coleta de perfil genético (DNA) como forma de identificação criminal do indivíduo, no tocante à produção de provas. A viabilidade constitucional da execução desta medida e os limites a que ela se sujeita são igualmente essenciais para a compreensão desta conjuntura. Discutem-se, na atualidade, os limites impostos à atuação do Estado no combate à criminalidade, ante os anseios sociais por segurança pública, e o papel do Direito neste liame. Nesta conformidade, a edição do dispositivo em comento, que prevê a instituição da identificação criminal por perfil genético e a criação de bancos de dados dessa natureza, vem originando discussões que, inclusive, já chegaram ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837, acerca da constitucionalidade desta medida em face de possíveis violações de direitos fundamentais assegurados na vigente Constituição, sendo reconhecida a repercussão geral da temática em 27 de Junho de 2016. Assim, diante deste cenário uma análise aprofundada do assunto se mostra necessária para se elucidar e preservar os núcleos essenciais dos direitos fundamentais na espécie.

PALAVRA-CHAVE: Direitos Fundamentais. Perfil genético. Banco de dados. Colisão entre direitos fundamentais. Limitações. Repercussão Geral. Restrições.

ABSTRACT

¹ Acadêmica do 10º semestre do Curso de Bacharel em Direito da Escola de Direito de Brasília. Artigo apresentado como requisito para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II do Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília - EDB.

The aim of this paper is to examine how the fundamental rights of intimacy and privacy, guaranteed by the Constitution, with the publication of Law no. 12,654, on May 28, 2012, which have brought the possibility of collecting genetic profile (DNA) as form of criminal identification of the individual, regarding the production of evidence. The constitutional viability of implementing this measure and the limits to which it is subject are equally essential for understanding this situation. Currently, the limits imposed on the State's action in the fight against crime, concerning social anxieties for public safety, and the role of law in this connection are being discussed. In this sense, the edition of such device, which provides for the establishment of criminal identification by genetic profile and the creation of databases of this nature, has led to debates that have already reached the Supreme Court (STF), via Extraordinary Appeal nº 973837, on the constitutionality of this measure in the face of possible violations of fundamental rights guaranteed in the current Constitution, and acknowledging the general repercussion of the issue on June 27, 2016. Thus, this scenario asks for an in-depth analysis of the subject in order to preserve the core of fundamental rights in species.

Keywords: Fundamental Rights. Genetic profile. Database. Collision between fundamental rights. Limitations. General Repercussion. Restrictions.

INTRODUÇÃO

Em 26 de novembro de 2012 entrou em vigor a Lei nº 12.654, que instituiu a possibilidade de coleta de material genético para duas situações distintas: uma como forma de identificação criminal e a outra na execução penal de crimes hediondos ou praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa. De acordo com a nova disposição, além dos métodos tradicionais de identificação criminal do acusado, como documentos que atestem a identidade civil, ou mesmo por meio de processo datiloscópico e o fotográfico, fora permitido também a coleta de perfil genético, de maneira compulsória, ainda que durante a investigação criminal e em se tratando de suspeitos.

Após o advento da referida Lei, amplo² tem sido o destaque no tocante a legitimação das provas sem o consentimento do indivíduo, no caso, provas obtidas por intermédio da intervenção corporal. Desse modo, significativo se mostra a reflexão sobre em que medida se justifica a verdadeira desconsideração de importantes princípios que norteiam a vida do

² Existe um grande debate acadêmico entre autores como Aury Lopes Junior, Maria Elizabeth Queijo, Eugênio Pacelli, sobre a constitucionalidade ou não da Lei nº 12.654. O assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Recurso Extraordinário nº 973.837, e em 27 de junho de 2016, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes, que reconheceu no plenário virtual, de maneira unânime, a repercussão geral do tema sobre a coleta do DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos com o objetivo de manter banco de dados estatal com material genético, a fim de que seja decidido pela Corte Suprema se a Lei é ou não constitucional.

homem em sociedade, notadamente a presunção da sua inocência, ou mesmo mitigação da suas liberdades e garantias fundamentais.

A nova disposição sobre a identificação criminal fora promulgada depois de frequente pauta de debates no seio das políticas públicas dirigidas ao combate à violência, levados aos órgãos legiferantes, corroborado com o crescente e significativo número de casos pendentes de solução, em detrimento da insuficiência de provas, aliado na verdadeira impossibilidade de identificação do agente causador da lesão e, diante de inúmeros debates atuais acerca da segurança pública e do próprio combate à criminalidade.

Todavia, ainda que seja papel do Estado a concretização de respostas jurídicas ao crescente aumento da criminalidade e a busca pela realização da justiça, este é um momento que inspira cautela. Nesta abordagem, aspecto de relevante interesse que advém desta postura suporta o seguinte questionamento: em que medida a coleta de dados genéticos prevista na Lei nº 12.654, como finalidade probatória no curso de investigações, implica na violação ao direito a vida privada e a intimidade consagrados na vigente Magna Carta?

Neste sentido, o presente estudo denota-se preponderante na medida em que sejam traçados limites e restrições necessários a preservação do próprio sistema jurídico e a manutenção de condições que legitimem a conduta Estatal. Ora, a própria constitucionalidade restará maculada no caso de não se conceder observância as implicações que este dispositivo legal pode acarretar no ordenamento. De forma contrária, acabaria por declinar que o ente Estatal não possuiria limites no trato com seus cidadãos, e isto não pode ser consagrado na conservação de um Estado Democrático de Direito.

O presente tema do artigo desenvolver-se-á em três perspectivas: a primeira terá verdadeiro interesse pelos direitos colidentes, e que repercutem com a legislação em comento, e também o esboço da temática no enfoque do Supremo Tribunal Federal; na sequência será destaque a relativização dos direitos fundamentais, advindos da Constituição Federal, que se constituem como óbice frente a extração compulsória de material genético; por derradeiro, terá o limiar com vistas a traçar limites e restrições para a coerente aplicação da legislação penal e como a jurisprudência vem enfrentando a matéria.

Com o fim de ponderar todos os pontos desta pesquisa, optou-se por uma análise de caráter dogmático, utilizando-se dos entendimentos firmados pela doutrina, jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal, como também os próprios dispositivos legais pertinentes ao estudo da matéria.

1. A COLISÃO ENTRE DIREITOS: DIREITO À PROVA E O DIREITO DE RESISTÊNCIA À PROVA

Os direitos fundamentais se concretizaram, ao longo do tempo, como verdadeiros postulados essenciais à existência humana. Ainda que não possamos confundi-los com os Direitos Humanos, muito se pode encontrar de similar ou idêntico entre estes, conforme explica Alvarenga no seguinte trecho: “A diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais não está no conceito, pois ambos possuem a mesma essência e finalidade, que é de assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana”³. Neste entendimento, a diferença entre estes se encontra na localização da norma que os disciplina⁴.

Da relação entre os dois ramos do direito firmou-se, ao longo do tempo, uma quantidade de princípios caros que são concedidos ao indivíduo e, permeados por toda a coletividade, de modo que não haveria como imaginar que a própria existência humana seja desprovida de garantias e formas de afastar disfunções que maculem o ser social e suas múltiplas expressões. Desta feita, o respeito e atenção aos direitos humanos devem ser considerados como um postulado comum a todos os povos democráticos.

Neste sentido, passemos a uma abordagem mais aprofundada sobre os direitos fundamentais, compreendendo-se o seu conceito, a sua amplitude, como também as

³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Conceito, objetivo e diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais**. Juris Plenum Ouro, v. 42, p. 1-16, 2015. p. 1.

⁴ Em atenção aos fins de conceituação dos direitos humanos fundamentais, entende-se, aqui, serem direitos inerentes à condição humana e anteriores ao reconhecimento do direito positivo. Constituindo-se como direitos oriundos de implicações ou de resultados gerados em virtude da existência de situações de injustiça ou de agressão a bens fundamentais do ser humano. Logo, “compreendem direitos da pessoa humana, pela sua natureza, que transcendem os direitos fundamentais, em decorrência de o seu conteúdo ser dotado de uma ordem de princípios universais, válidos em todos os lugares e em todos os tempos, para todos os povos, independentemente de mera positividade. Quanto ao objetivo dos direitos humanos fundamentais, está a proteção que vai além do amparo individual das pessoas, abrangendo toda a coletividade. ”. De forma específica: “Assim sendo, no momento em que os direitos humanos são incorporados pela Constituição de um país, eles ganham o status de direitos fundamentais, haja vista que o constituinte originário é livre para eleger, em um elenco de direitos humanos, aqueles que serão constitucionalizados por um Estado ou nação. Somente a partir de então, eles serão tidos como direitos fundamentais. Logo, os direitos fundamentais têm como antecedente o reconhecimento dos direitos humanos. ” In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Conceito, objetivo e diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais**. Juris Plenum Ouro, v. 42, p. 1-16, 2015. p. 1.

implicações quando da colisão entre duas garantias fundamentais, de modo a explicar, sob um viés constitucional, como o nosso ordenamento jurídico vem solucionando a matéria.

1.1 Reflexos na construção e definição dos Direitos Fundamentais na ótica Constitucional

Entre as maiores conquistas do direito constitucional contemporâneo, em boa medida, se apresenta a afirmação dos direitos fundamentais como elemento nuclear da proteção da dignidade da pessoa e confere espaço à Constituição, para que a positive neste documento. Acredita-se que paralelos dedicados ao reconhecimento da Carta Federativa, como a norma de mais alto interesse numa sociedade, implicaram na percepção de valores que necessitam de maior proteção jurídica para resguardar os interesses dos cidadãos.

A relevância destes valores é notória. Concretizam-se na percepção de que os mais caros valores da existência humana carecem de proteção jurídica especial, e por tal razão se encontram dispostos no documento jurídico de maior relevância do Estado: a Constituição. Ainda que se defenda que a própria sedimentação histórica permita compreender que os direitos fundamentais decorrem da existência em sociedade, há de se ter em conta que eles não são sempre os mesmos em todas as épocas, ou seja, não há vinculação temporal aos imperativos de existência destes direitos.

É importante compreender que os direitos fundamentais coexistem devido a primazia da posição que o indivíduo possui face ao Estado. Note que há uma inversão da tradicional relação entre o cidadão e o ente estatal. Conforme explica Paulo Gonet em sua obra conjunta com Gilmar Mendes, *Curso de Direito Constitucional*⁵, se reconhece que, muito antes dos deveres que o indivíduo tem para com o Estado, carrega direitos face ao Estado sendo atributo deste último garantir o suprimento destas garantias para melhor ordenar a vida e permitir o gozo das necessidades dos seus tutelados. Ou seja, “os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato”⁶.

Cumpram-se destacar que já “nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos. 1992. p. 4.

Estado”⁷. Ora, é de se imaginar que a defesa de certos direitos sejam preexistentes ao próprio ente estatal, posto que resultam da natureza humana e decorrem da própria função primeira do Estado, que lhe empresta legitimação, visto que, com já enfatizado, o Estado serve aos cidadãos e, por si só, deve dedicar-se a concatenação de esforços para assegurar o gozo de direitos básicos pelos seus tutelados.

Em maior grau pode-se acreditar que estes ideais advieram da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776⁸, e também da Declaração Francesa de 1789. Na certeza de que a positivação de determinados e precípuos direitos se concretizaram com a própria Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, no momento em que se positivaram os direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que ao ordenamento jurídico então vigente.

Não constitui um dos objetivos precípuos deste ensaio adentrar acerca razões para o fundamento último dos direitos fundamentais. É interessante elencar que, até mesmo, no que se fala sobre os direitos humanos, não se possui uma concepção exata acerca de um postulado originário que os justifique de forma proveitosa. É possível destacar que, por muitas vezes, utilizam-se de expressões vagas e genéricas que conduzem a definições pouco úteis, ou ainda, que levem a conceitos que, de tão amplos, pouco refletem sobre si, não acarretando auxílio prático na identificação de características básicas dos direitos fundamentais.

É de interesse a construção de aspectos que permitam aferir o caráter básico das relações para com os direitos fundamentais. Certo de que não se mostra como um mero envaidecimento acadêmico e sim, por outro lado, na resolução concreta de dissídios. Estes, por sua vez, dedicam-se a identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do arcabouço jurídico presente e expresso na Constituição da República. A inexatidão é expressiva e pouco proveitosa ao ordenamento jurídico.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

⁸ Veja bem, nos moldes do Artigo 1º da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, datada de 16 de junho de 1776, proclama que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, e que quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus direitos. Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirma que o fim de toda associação política e a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Bem com o artigo 4º corrobora com este entendimento ao afirmar que o exercício dos direitos naturais de cada homem não encontra óbices ou limites senão aqueles que se dedicam as restrições extremamente necessárias para assegurar aos demais membros da sociedade civil o privilégio de gozarem de iguais direitos.

Subsiste relevante posição que acredita na vinculação nata dos direitos fundamentais na proteção e garantia da dignidade da pessoa humana⁹, defendendo-se assim que, a não observância a disposição acarretaria a “expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada¹⁰.”

Entende-se que, muito embora existam direitos formalmente protegidos no contexto dos direitos fundamentais, que não se vinculam ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda assim tal prerrogativa atua como norteadora aos típicos direitos fundamentais. Destarte, é possível dispor que a exigência a proteção da vida humana, a liberdade do indivíduo, à integridade física, aos postulados de privacidade e intimidade, bem como segurança e a dignidade encontram-se inspirados por este princípio.

Portanto, há de se afirmar que é justamente o princípio da dignidade da pessoa humana que necessita ser submetido a uma análise acurada, de forma a coibir possíveis atuações que visem o arbítrio e a injustiça no seio social, podendo-se reiterar que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”¹¹.

Logo, a própria perspectiva histórica sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o seu valor social, reflete diretamente na concretização destes direitos ditos como fundamentais. Por tal razão encontram-se posicionamentos que visem modificar a análise, tornando-a mais objetiva e consistente, reduzindo as margens para o discernimento de pretensões que, supostamente, adequem-se as exigências desse valor, veja:

Historicamente –advoga-, os direitos humanos têm a ver com a vida, a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, somente estaremos em presença de um direito fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou instituição serve a algum desses valores¹²

⁹ VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra Almedina. 1987 p. 85;

¹⁰ CANOTILHO. José Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Almedina, 1998. p. 373

¹¹ SARLET. Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 1998. p. 109

¹² SANCHÍS. Luis Pietro, **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1994. p. 88

Nesta mesma linha, corroborando com o autor acima referido, acrescenta José Afonso da Silva, ao dispor:

No nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive¹³

Portanto, não se pode informar que subsiste uma clara afirmação acerca da natureza, definição ou postulado que rege e delimita a concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, não se pode negar a sua existência ou vinculação a alguns pontos comuns que conferem legitimidade ao seu gozo e à convergência na seara humana.

1.2 Colisão de Direitos Fundamentais

A moderna doutrina constitucional vem se dedicando a solucionar uma nova lide que trata acerca dos valores constitucionais: a colisão de direitos fundamentais. Tal fenômeno se dá quando duas posições protegidas como direitos fundamentais disputam a prevalência face ao adverso em uma situação jurídica específica. Neste sentido, discute-se acerca dos limites da compreensão entre os diferentes direitos que determinam a vida humana. Para tanto, a fim de elucidar melhor a matéria se faz necessário distinguir, inicialmente, as diferenças que se aponta acerca dos princípios e das regras nesta seara.

Em se tratando das regras temos que, diante da ocorrência de um fato específico, irão definir se proíbem, exigem ou permitem o desenrolar de um dado fenômeno, tendo a sua aplicação restrita pelo cunho fático vigente. Na mera hipótese de um conflito aparente entre regras, temos que a lide resolver-se-á na esfera da validade da norma jurídica, uma vez que as duas normas não podem conviver em caráter simultâneo no ordenamento jurídico¹⁴. Entretanto, no âmbito dos direitos fundamentais, não há de se falar na esfera da validade jurídica, falar-se-á em princípios.

Os princípios, por sua vez, constituem como normas que transformam em realidade a existência de algo, de forma a melhor atender os anseios e prospecções as quais se dedicam, em estrita adequação a situação fática-jurídica. Por tal razão se diz que são “mandados de

¹³ SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 1992, p. 163-164

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184.

otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai”¹⁵.

Esta característica de os princípios atuarem como verdadeiros mandados de otimização lhes revelam uma característica primordial e intrínseca que é o carácter *prima facie*. Logo “isso significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores”¹⁶. Desse modo, infere-se que o carácter normativo dos princípios acaba sendo mitigado em favor da situação na qual se encontra, já que se busca sempre adaptá-lo a melhor solução possível. Todavia, é preciso que se tenha cuidado para não confundir colisão com concorrência, uma vez que, a configuração de uma e outra é diferente.

Haverá a concorrência entre direitos no justo momento em que o comportamento do indivíduo titular do direito adequa-se ao preenchimento dos pressupostos fáticos de inúmeros direitos fundamentais. Por outro lado, a colisão haverá de ocorrer quando o exercício do direito fundamental de um indivíduo for diametralmente de encontro com o exercício do direito de titular de direito diverso, conforme explica a seguinte transcrição:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.¹⁷

Roberty Alexy¹⁸ ainda entende de forma distinta acerca desta colisão. Aduz que se deve analisar com base em dois aspectos distintos. Sob o prisma da colisão em sentido estrito e também da colisão em sentido amplo. Na hipótese de o gozo de um direito fundamental refletir negativamente sobre os direitos fundamentais de outro indivíduo, ainda que idênticos

¹⁵MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 184.

¹⁷CANOTILHO. José Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra, Almedina, 1998. p. 1.191.

¹⁸ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes p.1.

os direitos, haveria a colisão em sentido estrito. Ou seja, apresenta a colisão de direitos fundamentais entre si.

De outro modo, haveria colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, se o conflito estaria no núcleo da liberdade de opinião, cujo qual afetaria ou restringiria os direitos fundamentais de outro indivíduo, entretanto, estes se voltariam a proteção da comunidade em geral. Assim se pode notar que a hipótese de confusão entre o véu de prevalência de um princípio se configura no plano de validade, ou seja, no caso concreto e nas dimensões que ele mitigar. Note:

Os princípios possuem textura aberta, são mandados de otimização que exigem o cumprimento de algo da melhor maneira possível, logo não é identificável previamente a situação concreta que estarão sob sua égide. Tal característica faz com que não raramente estas normas entrem em colisão, todavia, os métodos clássicos de resolução de conflitos são inadequados, por não tratar, como no caso das regras, de validade ou invalidade, visto que, apenas princípios válidos podem colidir, sendo assim, não é declarando a invalidade de um princípio que será solucionado o conflito¹⁹.

Neste sentido, há de se compreender que:

O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens.²⁰

Contudo, é de se enfatizar a necessidade de fundamentação adequada por parte do intérprete na hora de resolver o conflito dos princípios presentes na situação fática, de modo a justificar a ponderação feita, conforme ressalta Barroso:

O intérprete não pode escolher arbitrariamente um dos lados, já que não há hierarquia entre as normas constitucionais. De modo que ele precisará demonstrar, argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, mediante ponderação e uso da proporcionalidade, que determinada solução realiza mais adequada a vontade da Constituição naquela situação específica.²¹

¹⁹FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2º. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000. p. 30.

²⁰SARMENTO. Daniel, **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23

²¹ BARROSO. Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012. 6. Ed. rev. e atual. p.388.

Portanto, na análise do caso concreto haverá de se falar tanto sobre uma ponderação entre princípios, como também na própria cessão que haverá de existir entre um em face do outro. Isto se justifica quando nos remetemos a justa análise do plano da validade de determinado postulado em uma situação em comento que justifique a prevalência de um direito em vista da mitigação de outro.

1.3. Direito à prova e o direito de resistência à prova: um debate face ao direito à privacidade

No mínimo causa estranheza constatar que o arcabouço da legislação processual penal nos remete, necessariamente, a uma racionalidade ultrapassada e que jaz impregnada de traços inquisitoriais e, até certo ponto, autoritário²². Não se mostra difícil concluir que se deve prestigiar a possível tentativa de compatibilidade entre o texto constitucional e o texto processual penal. Para que isto se mostre viável, há de se ter em conta que a estrita observância aos princípios e garantias fundamentais aos cidadãos deve ser imperativa. João dos Passos Martins Neto acredita, em decorrência, que o próprio direito a prova seria encarado como um direito fundamental, em razão de “possuir a condição de direito subjetivo dotado de situação normal preferencial e de uma proteção maior do que a conferida ao restante dos direitos, proporcionando, dessa forma, um relevo singular no sistema jurídico”²³.

Nessa seara, pode-se definir que o direito à prova se mostra como uma garantia que deriva do próprio exercício do contraditório, extensão esta do princípio do devido processo legal. Isto pois, vê-se que “o direito fundamental à prova não possui a merecida atenção por parte da doutrina, sendo normalmente inserido em outros direitos constitucionais, com o direito de defesa, ao contraditório, ou a vedação ao uso de provas ilícitas”²⁴. Cândido Rangel Dinamarco dispõe nesse sentido, ao considerar que “nem a Constituição, nem a lei afirmam esse direito amplo e direto, nem existe a garantia constitucional específica e formal do direito

²²É possível assim concluir ao dedicar tempo a uma mera leitura da própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Subsistem menções ao Código de Rocco, por mero exemplo. Além de contemplações que mitigam as liberdades individuais face ao interesse estatal, como afere-se de “urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades (...)”. Não é possível concluir por raciocínio diverso. O trecho em destaque, que compõe o Código de Processo Penal, se mostra avesso a democracia contemporânea e exala rigor e desprezo para com o indivíduo social face aos anseios de ordem estatal.

²³ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003, p. 79

²⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008, p. 169-170.

à prova, mas ele é com absoluta segurança inferido de alguns de seus textos de amplitude mais geral”²⁵.

Ora, a demonstração da verdade, a indicação de fatos vistos em diversas perspectivas, bem como o revestimento factível é de suma importância para o resultado correto do provimento jurisdicional, nada menos justo do que este seja elevado ao grau de direito fundamental. As partes provam em seu benefício, com vistas a conceder ao juízo meios próprios e verdadeiros para formar a convicção e dar fim a lide. É um meio para obter a pretensão posta em juízo, não se constitui como um mero dever, aproxima-se de uma faculdade. Quem deseja obter êxito, deverá provar. Assim, conclui-se que é um verdadeiro ônus, jamais obrigação. Constituindo-se assim, como um direito fundamental da sociedade brasileira.

Após ultrapassado este ponto, é interessante notar a existência de um adverso, o direito à resistência a prova, sendo justificado sobre numerosos prismas na sociedade moderna. A própria Constituição impõe inúmeros postulados que rechaçam a pretensão acusatória de submissão da defesa ao alvedrio estatal. Mesmo o direito de defesa, tanto na defesa técnica como da defesa pessoal, pode ser elencado como uma garantia que obriga a observância estrita de postulados indisponíveis e imprescindíveis ao desenrolar da controvérsia jurídica. Tendo em conta que “a vida privada é o templo sagrado do indivíduo onde ele recolhe elementos pessoais que não deseja ser relevado a quem quer que seja. É um relativo isolamento, refúgio ou esconderijo do indivíduo, um direito fundamental do ser humano”²⁶.

É possível acreditar, até mesmo, que se trata de uma exigência para o equilíbrio funcional entre as partes, no caso, defesa e acusação, bem como de uma acertada presunção de hipossuficiência do próprio sujeito passivo. Salvar o seu íntimo é uma medida de contenção necessária para com a tutela estatal. Na medida em que se vislumbra que o sujeito passivo não possui igualdade de condições em meios suficientes e necessários para resistir à pretensão oriunda do poder estatal em face do poder técnico do acusador.

O direito de resistência à produção da prova se mostra de importante relevância na conjuntura atual, onde a defesa não mais tem logrado êxito. Embora consista como um

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. Volume III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47 -48.

²⁶ OLIVEIRA. Rogério Donizetti Campos de, **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. Âmbito Jurídico, v. XVII, p. 6-16, 2014. p. 9.

mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, não mais ocorre o estabelecimento de regras que corroborem com uma dialética processual de igualdade entre as partes. Muito tem se falado entre o abandono da postura imparcial e a adoção de um sistema que flerta com traços inquisitoriais. Bem como isso que as novas intenções da tecnologia moderna têm facilitado o controle a manipulação de dados pessoais, nesse sentido:

A evolução tecnológica torna possível uma devassa na vida íntima das pessoas. Nada obstante, na época atual, as teleobjetivas, assim como os aparelhos eletrônicos de escuta, tornam muito facilmente devassável a vida íntima das pessoas. Sem embargo, disso, sentiu-se a necessidade de proteger especificamente a imagem das pessoas, a sua vida privada, a sua intimidade.²⁷

É, em sua cristalina realidade, o debate avençado nos autos do Recurso Extraordinário de nº 973.837, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, vem demonstrando um contrassenso, na medida em que satisfaz vontade alheia aos desígnios do próprio sujeito passivo, pois adota-se postulados que refletem o anseio social de punir e punir, sem a instituição de um sistema estruturado que organize e se vincule a pretensão de defesa do acusado, isso se nos adentrarmos ao claro armazenamento do banco de dados genéticos de dezenas de cidadãos nacionais.

Ora, as informações genéticas dos indivíduos encontram proteção jurídica quando nos remetemos a vida privada. Cuida-se de traços do genoma humano que dizem respeito a cada particular caráter do indivíduo. Razão pela qual, imagina-se que o armazenamento em banco de dados, podendo ser estes dados utilizados, até mesmo, na instrução de investigações criminais, inspira cautela e cuidado. É preciso ponderar, em linhas precisas, os limites dos poderes do Estado na colheita de material biológico de suspeitos por crimes, de traçarem os perfis genéticos e, de maior ponderação, no armazenamento dessas informações e no seu consequente uso.

Há de se ter em mente, em decorrência do próprio princípio do devido processo legal, o direito da defesa pessoal negativa. Constituindo-se este como uma faculdade do indivíduo de recusar-se a praticar atos que entenda como prejudiciais à sua defesa, tal como o direito de calar-se, de participar de acareações, reconhecimentos, dentre outros. Não se pode coadunar com a ideia de que, num Estado Democrático de Direito, a busca pela verdade real não

²⁷ GUERRA, Sidney César Silva. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 48.

conheça limites e atue de forma discricionária pelo bel prazer da atividade inquisitória. A eficiência processual que se dedica a apuração dos fatos e responsabilidades, não deve se desvincular dos direitos e garantias fundamentais, pois caso assim se considere haveria extensa desvalorização do sistema punitivo estatal.

Ora, é de se imaginar que a persecução no processo penal tem por objetivo a apuração de responsabilidade na prática de ilícitos, os quais são atribuídos a atos violadores aos preceitos constantes na própria legislação, posto que se mostraria incoerente e contraditório que o próprio poder punitivo estatal se definisse, a seu próprio tempo, a dedicar-se a valoração de métodos contrários a própria legislação pátria. Caso assim se permitisse, haveria a formação de um Estado-Inquisidor. No tocante a coleta de material genético, a cautela se faz necessária, visto que isto se ligaria a possíveis ideais de certeza absoluta. Sendo necessário destacar que “o risco de equívocos no exame de coincidência de perfis não pode ser subestimado”²⁸.

A própria averiguação da verdade real não se constitui como um valor absoluto na esfera do direito processual penal²⁹. Acredita-se que a própria verdade constitui um óbice na própria natureza humana. Diz-se isto pois ela estaria além da faculdade humana de compreensão. Assim, “uma boa mentira, repetida centenas de vezes, acaba se tornando uma verdade e, no caso do processo penal, uma verdade real ou substancial”³⁰. Este postulado se justifica devido ao próprio teor do direito processual penal, conhecido como um “modo de construção do convencimento do juiz”³¹ razão que, devido a própria limitação da natureza humana, acaba por afetar a construção e os limites deste conhecimento.

Nesta medida, optou-se pela adoção de possibilidades, probabilidades e certezas que se remetem a verdade como um ponto de interesse a ser almejado. É importante assim dispor, visto que, caso se admitisse a profunda busca pelo juízo da verdade real, estaríamos por nos sujeitar a absurdos inquisitoriais que romperiam com as garantias fundamentais asseguradas no nosso texto constitucional, justificando-os na busca por uma possível absolvição ou condenação.

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 398.

²⁹ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2016. 13ª Ed. p. 385.

³⁰ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2016. 13ª Ed. p. 385.

³¹ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva. 2016. 13ª Ed. p. 385.

Desta maneira, pode-se conduzir que o próprio direito à prova se identifica como um direito de proteção ao indivíduo frente à possível persecução penal do Estado que, por muitas vezes, se mostra desenfreada, garantindo a própria liberdade consagrada no âmbito constitucional. Entretanto, há de se ter em mente a temperança entre a funcionalidade e a eficácia da persecução penal e do direito fundamental em comento, qual seja o direito a privacidade, tudo com vistas a valorar os valores e princípios afrontados, tais como a intimidade e a vida particular, caso a caso, consoante dispor-se-á em tópico pertinente.

2. SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NÃO IMPOSIÇÃO A EXISTÊNCIA DE UM ESTADO HIPERVIGILANTE

Compreender as limitações que devem ser impostas, na análise de um caso concreto, em um conflito de direitos fundamentais não se mostra uma tarefa de consenso. Acerca deste ponto, há de se debruçar sobre os limites impostos a relativização e mitigação de direitos fundamentais em confronto. Desse modo, para aprofundar melhor o assunto e entender como se dará este procedimento, será adotado o posicionamento defendido por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco sobre a Teoria do Limite dos Limites, assim como, traçar-se-á nuances acerca da adoção de um Estado que vem se consolidando como hipervigilante para com as condutas de seus cidadãos.

2.1. A relatividade no âmbito dos direitos fundamentais

Como já salientado, a própria noção dos direitos fundamentais assegurados ao indivíduo reveste-se de inexcusável construção histórica. Vale dizer que os direitos tidos como fundamentais em uma época já podem não subsistir em época diversa. Consoante preconiza Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.³²

³² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 5.

Isto se mostra relevante quando nos remetemos a outros momentos da história humana. No período compreendido entre 1789 e 1799, uma intensa agitação política e social impactou a história da França e, de forma significativa, por todo o continente europeu. Nesta época remetia-se à liberdade, à igualdade e à fraternidade como um lema regulador dos direitos postulados por aquela coletividade³³. Quiçá se imaginavam a conjuntura de outros direitos para a concretização da vida em sociedade, os quais hoje se mostram relevantes. Exemplos disto é a ideia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a igualdade entre os sexos, ambos consagrados na Carta da República de 1988.

A doutrina majoritária³⁴ tem se firmado no postulado de que nenhum direito pode ser declarado absoluto. Não importando se sejam fundamentais, humanos ou de natureza diversa. Afirmar que um direito é absoluto implicaria uma contradição no ordenamento jurídico. Isto pode ser afirmado na medida em que os direitos fundamentais ainda podem ser mitigados e suprimidos em casos concretos. Em princípio pela possibilidade de gerarem conflitos entre si. Também não sendo possível estabelecer, de plano, qual direito sobressairia ante a necessidade de averiguação em um caso concreto.

Entretanto, faz-se necessária acautelar-se para examinar este fenômeno jurídico. Há de se ter necessária atenção aos ditames e postulados admitidos na Constituição Federal e a sua justa adequação em face dos direitos mitigados. O Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o Direito Alemão, acolheu a análise do princípio da proporcionalidade como postulado de controle das restrições remetidas ao ente Estatal, em face dos direitos que acompanham os seus cidadãos. Konrad Hesse acredita que:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.³⁵

³³ Nesse sentido, de forma breve, a Revolução Francesa marcou o fim da Idade Moderna e foi um movimento social e político que ocorreu na França em 1789 e derrubou o Antigo Regime, abrindo o caminho para uma sociedade moderna com a criação do Estado democrático. Além disso, acabou influenciando diversos lugares no mundo, com os seus ideais de Liberdade, Igualdade, Fraternidade.

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 342. E também MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 327.

³⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

Corroborando a tese, tem-se destacado o afirmado no entendimento da Suprema Corte, *verbis*:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.³⁶

A própria convivência em sociedade implica na inaceitável cogitação de possíveis direitos absolutos, tendo em vista que a instituição do Estado Democrático de Direito pressupõe o diálogo vivo entre os valores e anseios que norteiam o homem político. Por isto, não se faz possível corroborar com o ideal de um Estado que produz direitos absolutos e imperativos, os quais, não se sujeitassem ao próprio homem.

Com base nisto, a doutrina³⁷ insiste em afirmar que os direitos fundamentais se sujeitam a limitações e reprimendas oriundas, de forma expressa ou implícita, pela própria Carta da República. E ainda as classificam como reserva legal simples e reserva legal qualificada. Na concepção de Robert Alexy³⁸ a primeira ocorre quando o próprio teor do texto constitucional informa que um postulado pode ser cerceado com base em legislação vindoura, restringindo assim um determinado direito. Por outro lado, a reserva legal qualificada ocorreria quando além de existir possíveis restrições avençadas em lei, também se verifique a existência de condições e situações específicas em que determinado direito possa ser cerceado.

Entretanto, deve-se ter em conta que, os direitos fundamentais permitem o regular exercício da vida humana, e que o cerceamento e as limitações de tais prerrogativas, ainda que possíveis, não devem ser ilimitadas e indiscriminadas. Faz-se necessário um cerceamento

³⁶ MS 23452, Relator (a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 133. E também SILVA, José Alfonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 2014, 37ª Ed. p. 111-112.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 134.

legítimo e que não seja contrário a Constituição Federal. Expressa-se, pois, verdadeira limitação à própria instituição de limites para com os direitos fundamentais.

Nesta análise, se pode acreditar que a matéria desenvolvida neste trabalho se caracteriza como sendo de reserva legal qualificada, na medida em que para o cerceamento do direito à intimidade e à vida privada, faz-se de necessário o acautelamento da situação para que se evite casos que venham a ocasionar ilegalidade.

2.2. A teoria dos limites e a sua expressão nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal

Da análise dos direitos fundamentais é possível extrair que os direitos, liberdades e garantias fundamentais são plenamente passíveis de limitação ou restrição. Entretanto, não se faz possível perder de vista que as restrições que podem ser aplicadas são limitadas. Em virtude disto, convencionou-se a chamada teoria dos limites dos limites, a qual dedica-se a balizar a ação do legislador na provável limitação de direitos e garantias individuais. Estas ponderações, as quais decorrem do próprio texto constitucional, “referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”³⁹.

Tal perspectiva teve início em ordenamentos constitucionais⁴⁰ que consagraram expressa proteção ao denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não é pacífico o entendimento acerca do que seria, em si e por si, o núcleo essencial de um direito fundamental. Duas teorias se dividem e enunciam os modelos básicos sobre a controvérsia. A primeira doutrina, chamada teoria absoluta, entende que “o núcleo essencial dos direitos fundamentais funciona como unidade substancial autônoma que, independente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa”⁴¹.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

⁴⁰ Sendo possível citar, a título de exemplo, o que se lê no artigo 19, II, da Lei Fundamental Alemã de 1949 e também no artigo 18, III, da Constituição da República de Portugal de 1976. A primeira consiste em uma tentativa de contrapor o quase ilimitado poder do legislador na seara dos Direitos Fundamentais, visto que até meados do século passado, a proteção era aplicada mediante o princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei. Significando que os direitos fundamentais que eram submetidos a uma espécie de reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente exaurida pela ação do legislador. De igual forma e por razões semelhantes, a Constituição portuguesa contém dispositivo que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais.

⁴¹ Von Mangoldt/Franz Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, cit., 2. Ed., 19957, art. 19, nota V 4; Ludwig Schneider, *Der Schutz des Wesengehalts von Grundrechten nach*, art. 19, II, GG, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 189 e s. Cf., sobre o assunto, também, Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 69 e Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos Fundamentais*, cit., p. 146; Herbert, *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, cit., p. 321

Em outra ótica, a segunda doutrina, chamada teoria relativa, acredita que o “núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objeto perseguido pela norma de caráter restritivo”⁴². Sendo que o núcleo essencial seria “aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade”⁴³. Logo, haveria um juízo de ponderação a ser dedicado a análise do que seria o mínimo intocável de restrição ou mitigação a cada caso concreto. Ou seja, haveria um caráter declaratório acerca dos limites à proteção do núcleo essencial.

Ambas as teorias não se resguardam como insuscetíveis a fragilidades ou inadequações práticas. Note-se que a primeira acolhe uma noção que se mostra insuscetível de redução por parte do legislador, a qual pode converter-se em um nada jurídico, na medida em que não deixe claro a existência e a caracterização do mínimo essencial a ser protegido. A própria ideia de um núcleo central a ser protegido pressupõe a existência precisa do conteúdo desta essência a ser tutelada. Em outra ótica, a segunda teoria acaba por conceder uma exagerada flexibilização as normas fundamentais e isto ocasiona uma inevitável descaracterização dos princípios tidos como centrais no ordenamento jurídico constitucional.

A ordem constitucional brasileira, de toda sorte, não contemplou uma disciplina direta e clara acerca da proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. Os traços que fundamentam esta proteção encontram-se dispostos no texto constitucional de forma aleatória e tendem a enunciar limites ao legislador ordinário. É possível perceber que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais⁴⁴, bem como também o próprio modelo garantista adotado pelo constituinte reforça esta ideia.

Imagina-se que a não adoção de qualquer subterfúgio para limitar o poder do afazer legislativo, tornaria insuficiente e desnecessária a consagração de alguns parâmetros como superiores a outros, como no caso dos direitos fundamentais. O excesso de poder é uma clara manifestação do legislador que oferece leis e atos baseados em sua discricionariedade que

(323). In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 211.

⁴³ Theodor Maunz, in Maunz-Durig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 19, II, n. 16 e s. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 212.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Artigo 60, §4º, V.

atinge a esfera das liberdades individuais, ocasionando, em muitos casos, atuação investigativa da compatibilidade da lei para com o ordenamento jurídico.

Na esfera dos direitos fundamentais, tem-se a figura da concretização dos direitos, que deve ser realizada pelo legislador em uma área discricionária de definição do direito, convencionando-se denomina-la liberdade de conformação, veja:

Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica. É o caso da garantia da propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, da CF), pois a Constituição federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de propriedade. Aqui o constituinte oferece ao legislador comum um amplo poder de definição.⁴⁵

Logo, o legislador pode especificar e delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais, admitindo-se que:

Quando nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva. Isso significa que a norma constitucional é simultaneamente: (1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental; (2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.⁴⁶

Registre-se que, “o conteúdo de um direito só pode ser definido após ser confrontado com os demais: não existem restrições a um direito, mas definições de até onde vai esse direito”⁴⁷. Reforça-se a ideia de que o legislador, ao restringir os direitos fundamentais, não pode ultrapassar determinados liames subjetivos, isto é, existem fronteiras as quais ele se restringe para que não esvazie o núcleo essencial de modo a evitar que os torne vazios ou inócuos. Logo, até mesmo as restrições devem ser feitas de forma a harmonizar reciprocamente e instruir a concordância prática, utilizando-se pois, da hermenêutica constitucional.

2.3. A não imposição de um Estado hipervigilante e a teoria do direito penal do inimigo

⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 152.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 788.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

A atuação do Estado para com os seus cidadãos tem sido um tema de relevante interesse e recorrência com o passar do tempo. Nem sempre se vislumbra uma postura prudente e correta dos administradores públicos, em dedicar o respeito a garantia das liberdades civis, decorrente do Estado Democrático de Direito, conduta esta conflitante com o disposto no ordenamento jurídico, com a defesa da democracia e da vida humana. Entretanto, nem sempre se denota esta assertiva.

Desde meados do século passado, surgiu uma teoria que, dentre outros postulados, justifica a mitigação de determinados direitos previstos no ordenamento jurídico. Gunter Jakobs ousou enunciar o que conhecemos como “funcionalismo sistêmico (radical) que sustenta que o Direito penal tem a função primordial de proteger a norma”⁴⁸. Desta forma, apenas indiretamente, haveria a tutela de bens jurídicos fundamentais e caros a vida humana. Este postulado logrou notoriedade ao definir-se como o Direito Penal do Inimigo.

Acredita-se que os denominados “inimigos do Estado”, na ótica de Günther Jakobs⁴⁹, seriam os criminosos de cunho econômico, os que afrontam a sociedade com horror e terror em seus atos, os agentes que praticam crimes organizados, bem como os autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Em outras palavras, poderíamos definir os inimigos do Estado como aqueles indivíduos que se afastassem das obrigações que advém do próprio Direito, e também aos que não oferecem garantias de que sujeitar-se-ão novamente as normas da vida em sociedade.

Por sua vez, estes indivíduos estariam destituídos das garantias que apenas justificar-se-iam aos indivíduos que gozassem do Estado proeminente de pessoa humana. Ou seja, quando se coadunasse com o afastamento do Direito e com as regras da vida social, haveria a destituição do estado de pessoa, enquanto titular de garantias, direitos e obrigações. Assim sendo:

O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo o de se comunicar com

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2016. p.1.

⁴⁹ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ªed. Trad. André Luís Callegarie Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado.⁵⁰

E complementa:

Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar se tratado como pessoa, senão que o Estado não deve trata-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).⁵¹

Se argumenta que ao exorbitar os limites das regras vigentes na sociedade civil, o indivíduo está em combate em face do Estado, razão pela qual os direitos do cidadão deixam de ter sua tutela necessária no Estado Democrático de Direito. Esta conjectura implica na flexibilização de alguns preceitos importantes, tal como o próprio princípio da legalidade, na medida em que se opta por uma descrição vaga e imprecisa das legislações que versam sobre a aplicabilidade do direito penal. Também não se pode perder de vista o corte dos direitos e garantias processuais fundamentais e a própria inobservância dos princípios da ofensividade e da exteriorização do fato.

Estas considerações são importantes na medida em que, a Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012, ao instituir uma rede de bancos de perfis genéticos, não se acautelou de forma a responder e se submeter a questionamentos e garantias que se insurgem como básicas ao indivíduo. Ora, tem-se utilizado destas medidas de forma indiscriminada e, quase sempre, como primeiro artifício na persecução da prova no direito processual penal. Note que:

Depois de feita a coleta, o material do suspeito foi inserido no banco estadual. ‘Fizemos a comparação, que confirmou a autoria dos quatro estupros aqui em Mato Grosso. Mas a surpresa só veio quando fizemos upload dos perfis genéticos para o Banco Nacional e constatamos que era compatível com o perfil do estuproador do Amazonas’, explicou a perita Ana Cristina.⁵²

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2016. p.1.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2016. p.1.

⁵² FIQUEIREDO. Taynara, **Estuproador em Série é identificado pela rede integrada de bancos de perfis genéticos**. Perícia Federal, Brasília, Ano XVII, Número 37, julho de 2016, p.9.

Não é difícil notar que o uso desta rede de perfis genéticos vem sendo utilizado com o fim precípua de instrumentalizar o início do processo penal. Ignora-se que o indivíduo já se encontra no estado de réu em um processo e, assim também, em flagrante situação onde o seu direito fundamental a intimidade é inteiramente mitigado. Atente-se que esta nova legislação assume grande importância, em especial para a atuação do Ministério Público na esfera criminal.

Quando a própria autoridade policial, seja federal ou estadual, requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação, procurará dar preferência a instauração de ações penais baseadas nas provas obtidas por intermédio da rede de identificação. Ou seja, o intento de comparar os dados de perfil genético está sendo empregado como questão que vem padronizando e dando início a persecução penal.

Parece factível que em médio ou longo prazo, o compartilhamento e a comparação de informações genéticas entre os bancos de dados da União e eventuais bancos estaduais poderão gerar, seguindo a política adotada na atualidade, uma busca e hipervigilância da geração humana, podendo ser facilmente alcançada por representar a adoção de meios que supostamente reduzam problemas sociais relacionados a identificação de indivíduos e seus crimes.

Mitiga-se a utilização de outros elementos probatórios ao considerar que o banco de dados dessa natureza, representa um sucesso inenarrável na persecução penal, nem sempre adotando uma proteção máxima aos direitos individuais da pessoa atingida por tal instrumento. Nesse sentido, não se indicam as circunstâncias e as formas de identificação, apenas se instrumentaliza uma adoção que ficou a cargo dos operadores do direito. Também se delega, o exame dos possíveis prejuízos que são impostos ao acusado, devendo a análise a ser dada caso a caso.

Portanto, muito embora se admita a figura de um Estado cada vez mais presente na vida do homem, isso não se coaduna com a ideia do desprezo as liberdades e garantias consagradas no texto constitucional. Logo, não se perde de vista que o indivíduo que sofre uma acusação vem sendo tratado como inimigo do Estado. Diz-se isto na medida em que as garantias e liberdades que lhe são inatas vem sendo extraviadas e implicando em uma Carta Magna que poderá vir a apresentar dispositivos que tenham seu núcleo essencial esvaziado.

3. LIMITES E RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012, E A ANÁLISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ATRAVÉS DO RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837, discute a imposição da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, em face de possíveis violações de direitos fundamentais assegurados na Constituição da República de 1988, sendo reconhecida a repercussão geral da temática em 27 de junho de 2016. Opta por este julgado em virtude da centralidade que ele ocupa na discussão do cenário nacional e por abordar o tema deste trabalho no próprio objeto do reconhecimento de Repercussão Geral junto a Suprema Corte. Isto decorre devido a dualidade de interesses e a quantidade de questões suscitadas com o surgimento desta legislação, sendo imprecisos os limites e as possibilidades existentes para assegurar a proteção máxima dos direitos individuais das pessoas atingidas por tal medida.

3.1. Dos direitos individuais em face do interesse coletivo: uma análise necessária

Não é difícil notar a contradição existente na seara do ordenamento jurídico, em especial no âmbito do direito processual penal, tendo em conta que a manutenção dos direitos individuais encontra óbice quando se trata do interesse coletivo. A prevalência de um destes sobre o outro, implicaria admitir que há uma formação de processo que viola o regular Estado Democrático de Direito, e isto não deve coexistir no ordenamento.

Caso raciocínio diverso se adotasse, haveria de se concluir que na situação em que os direitos individuais fossem absolutos não se poderia cogitar da persecução penal e, de forma distinta, na hipótese de o interesse coletivo sobressair-se, não haveria igualmente justiça e sim mero sentimento de vingança pelo ente Estatal. Maria Elizabeth Queijo dispõe neste sentido ao considerar que:

Se, em dado ordenamento, sobrepõem-se, de todas as formas, interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedação de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão das provas nem restrições à valoração destas [...] Tudo se justifica em prol da busca pela verdade, que é perseguida a qualquer preço. Esta é a fórmula adotada, via de regra, nos Estados autoritários.

No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nessa ótica, nenhuma limitação dos direitos fundamentais, inclusive, ao nemutenetur se

detegere.⁵³

Para tanto, verdadeiro desafio se propõe ao legislador no justo momento de construir a harmonia entre os elementos aparentemente distintos, cabendo a ele conseguir criar um leque de normas no qual se conciliem os dois extremos. Desta forma, o ordenamento jurídico busca ressaltar a igualdade de valoração entre as provas, de modo a evitar que uma dentre as outras se consagre com o postulado máximo para instrumentalizar a pretensão, sendo tomada como verdade absoluta, sem ao menos ter sido confrontada com as demais.

Haveria verdadeira justificativa no combate à impunidade, buscando a concretização de um lastro probatório de natureza elevada. Ao dedicar-se a instrução no fortalecimento da prova, deve se procurar certa ponderação na sua busca e adequação aos direitos assegurados ao cidadão. Neste sentido, a extração compulsória de material genético se mostra relevante, tendo em conta que, na ótica da moderna investigação criminal, podem ser de suma importância no momento de definir ou excluir a autoria de um delito.

Entretanto, as condições específicas que circundam esta espécie de produção probatória necessitam de atenção. Não é de todo nova a consciência de atribuir-se ao acusado, ainda que se trate de um mero suspeito na fase pré-processual, encargo de especial objeto para a produção de provas. Ou ainda “o ‘objeto’ do qual deve ser extraída a ‘verdade’ que funda o processo inquisitório”⁵⁴. E sim, por outro lado, a concepção de um indivíduo detentor de direitos, ou seja, o *status* de sujeito de direitos e garantias.

Ultrapassado este traço histórico, que vem acompanhando inúmeras legislações processuais penais, tendentes a mitigar garantias e liberdades dos cidadãos, fundou-se um princípio construtivo do próprio direito de defesa do acusado, qual seja: o direito de não produzir prova contra si mesmo; constituindo-se, pois, como verdadeiro corolário da função garantidora da Constituição Federal.

Além de proteger o indivíduo e instrumentalizar o resguardo da dignidade da pessoa humana contra os excessos cometidos por parte do Estado na persecução penal, o princípio da não produção de provas contra si mesmo, atua, também como uma verdadeira liberdade negativa do indivíduo acusado. Logo, consiste como um traço limitador à busca pela verdade

⁵³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal.** Editora Saraiva, 2012, 2ª edição, p. 131.

⁵⁴ LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva. 2016. 13ª Ed. p. 379.

real, visto que ao acusado é garantida a produção de provas colhidas sem necessariamente a sua cooperação.

O interesse público, intrínseco ao direito persecutório penal, deve possuir limitações para que se possa pactuar com a própria noção objetivo do direito, qual seja “o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”⁵⁵. O processo penal deve pautar-se junto a verdade material. Isto em clara oposição ao direito processual civil, cuja limitação reside na obtenção da verdade formal, fruto das provas juntadas aos autos. O próprio postulado da obtenção de provas no direito processual penal instiga à livre investigação de provas, até mesmo pelo juiz.

Nesse sentido, o juízo penal não se limita na produção probatória avençada pelas partes no processo, devendo buscar, em certa medida, a verdade real. Ainda que se dê com o possível fracasso de apenas lograr êxito no alcance da verdade possível e que se apresenta. É claro que não se deve dar vazão a possíveis arbitrariedades e condutas que violem a existência e manutenção do Estado e da própria Constituição, enquanto garantidora de direitos e liberdades individuais. Devendo mantê-la íntegra e duradouro o regime instituído, a ordem jurídica e os valores emanados da Carta Magna.

Em si, a verdade na esfera processual penal não é, necessariamente, aquela intimamente fiel e cópia exata dos fatos em consideração. Ainda que não se afirme que ela seja inexoravelmente diversa desta, a verdade é uma assertiva próxima e provável acreditada pelo julgador. Isto se faz importante ao conceber que a verdade absoluta é, em sua natureza, inatingível. Isto devido ao próprio aspecto dos motivos determinantes e possíveis na solução de um processo, tendo em conta a sua razoável duração e a impossibilidade de prolongar-se indeterminadamente com o mero objetivo de buscar a verdade absoluta.

Veja que:

Se, de um lado do ordenamento, sobrepõe-se, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas nem restrições à valoração destas. Não há, enfim, ilicitude da prova. Tudo se justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida a qualquer preço. Esta é a fórmula adotada, via de regra, nos Estados autoritários. No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao

⁵⁵ MALUF. Sahid, **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1988, 19ª Edição. p. 17.

fracasso. Não se admitiria, nesta ótica, nenhuma limitação aos direitos fundamentais, inclusive ao *Nemo Tenetur se Detegere*.⁵⁶

Assim se apresenta uma importante afirmação: quando estamos diante de um conflito de interesses entre o público e o privado, deve-se observar que, em sua essência, devemos considerar que os direitos e garantias fundamentais, que legitimam o próprio Estado. Tem-se em conta que é necessária a busca por mobilizações que tenham objetivando harmonizar o interesse público com as garantias fundamentais do indivíduo. Neste sentido: “A eficiência processual não pode prescindir dos direitos e garantias, mas deve incluí-los.”⁵⁷

3.2. O princípio da proporcionalidade

Há que se considerar que a identificação criminal por perfil genético, sob as circunstâncias atuais, tem suscitado divergências. Isto se dá, em grande maioria, devido ao argumento de que a identificação criminal por perfil genético seria uma medida violadora de princípios e direitos de ordem constitucional, quais sejam, a intimidade, a presunção de inocência, o *nemotenetur se detegere* e, até mesmo, a dignidade da pessoa humana restariam abalados, razão que culminaria na inconstitucionalidade do diploma legal e sua consequente inaplicabilidade no ordenamento.

Apesar de tal posicionamento, não há de se perder de vista que essa a identificação contribui com “o princípio da efetividade processual, o próprio alcance da segurança e a redução da criminalidade, além de concretizar a ideia de busca pela verdade real”.⁵⁸ Em se tratando deste ponto, temos um viés de constitucionalidade desejável para o texto em referência. Desta feita, necessário se faz estudo aprofundado acerca da legislação, analisando-se a sua aplicação, bem como o resultado prático que se consagra pelo uso da norma.

Para tanto, recomenda-se avaliação através do princípio da proporcionalidade na aplicação desta medida. Convém destacar que “a proporcionalidade é empregada para solucionar conflitos existentes entre dois ou mais princípios ou direitos ocupantes de um

⁵⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal.** Editora Saraiva, 2012, 2ª edição, p. 286-287.

⁵⁷ CHIAVARIO, Mario. *Garanzie individuali e deficienza del processo.* In: *Il giusto processo.* Milão: Giuffrè, 1998, p.51-77. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal.** Editora Saraiva, 2012, 2ª edição, p. 288.

⁵⁸ AUGUSTI, Mariana. **Identificação Criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para atuação do Ministério Público.** Revista Jurídica ESMP-SP, V. 7, 2015: 109-127. p. 117.

mesmo patamar jurídico”⁵⁹. Assim, não haveria a possibilidade de exclusão de um direito em face de outro de igual hierarquia jurídica, mas apenas a prevalência de um sobre o outro, em situações específicas. Desta maneira, nunca haverá a retirada por inteiro de princípios ou normas que incidem em determinada questão.

Neste sentido, analisando-se a aplicação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, sob o princípio da proporcionalidade, o empenho de obtenção do perfil genético não representaria inicialmente possível violação aos princípios e direitos de ordem constitucional, processual penal ou de direito material penal em nosso ordenamento jurídico, se visto através da análise prévia da intensidade e dos reflexos da restrição entre os direitos fundamentais conflitantes, conforme se passa a esclarecer.

Uma ponderação que envolve a aplicação do princípio da proporcionalidade necessita considerar o interesse público na própria busca pela verdade real, levando-se em conta que “o Estado não representa um fim em si mesmo, havendo barreiras éticas no cumprimento de sua missão de pacificação social”⁶⁰. Não há, pois, razão plausível para discordar de tal afirmação. Note-se que embora o Estado deva impor restrições que viabilizem a própria vida em sociedade, isso não acarreta um ilimitado poder estatal que tenha por fim destruir o interesse individual de cidadãos.

Neste diapasão, a sociedade não deve se sujeitar a padecer em face de interesses individuais, de uma parcela da sociedade. Logo, bens jurídicos individuais não devem prevalecer em contraposição a interesses e bens jurídicos de ordem coletiva e interesse público. Nesta seara, a identificação criminal através da análise de perfil genético deve subsistir, ainda que se possa cogitar possíveis reduções a direitos e princípios constitucionais. As reduções justificar-se-iam devido a necessidade de consagrar um processo penal fundado em parâmetros de justiça, integridade e legitimidade, sendo livre de máculas e vícios que possam suscitar ilegalidades.

Contribuindo-se para a construção de um ordenamento jurídico que vise o favorecimento de todos os sujeitos de um Estado Democrático de Direito é preciso que seja enfaticamente aplicado o princípio da proporcionalidade, o qual “consiste no exame de

⁵⁹ AUGUSTI, Mariana. **Identificação Criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para atuação do Ministério Público**. Revista Jurídica ESMP-SP, V. 7, 2015: 109-127. p. 117.

⁶⁰ MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012, p. 350.

adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito”⁶¹. Afirmado-se, desta forma, que a restrição de direitos apenas poderá ocorrer quando foram preenchidos tais requisitos e se vislumbra a supremacia de um valor maior em face de outro mitigado. Neste viés:

(...) Um meio é considerado adequado ‘quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado’; é necessário (exigível) ‘quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que o fizesse em menor grau, o direito fundamental’ (...). A proporcionalidade em sentido estrito, a seu turno, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que ‘a gravidade da lesão e a transcendência de suas razões & justificativas devem estar em adequação e proporção’ (...), a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.⁶²

Logo, é possível compactuar com a ideia de um caráter dupla face na utilização do princípio da proporcionalidade, visando-se evitar o cometimento de excessos que podem vir a ocorrer na análise do caso concreto. Destaca-se que, em razão do interesse público, deve-se almejar a finalidade como de relevante interesse social.

Tal ideal, é possível, até mesmo, se fundamentar em razão da previsão contida no artigo 9º - A da Lei de Execução Penal, o qual permite a adequação e a relevância social, na medida em que comportam a existência de um processo penal justo, com vistas a compatibilizar a legislação no combate às mazelas sociais que circundam o mundo moderno.

3.3. Uma identificação criminal adequada e o desenvolvimento no Supremo Tribunal Federal

Após reflexões sobre o uso do princípio da proporcionalidade para submeter os direitos individuais ao interesse social e, com isso, contribuir para a existência de um processo penal pautado no Estado Democrático de Direito, passemos a algumas considerações que devem ser feitas diante da imprecisão cometida pelo legislador na elaboração da Lei nº

⁶¹ AUGUSTI, Mariana. **Identificação Criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para atuação do Ministério Público**. Revista Jurídica ESMP-SP, V. 7, 2015: 109-127. p. 119.

⁶² FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 161-162.

12.654, de 28 de maio de 2012. Depreende-se do texto constitucional⁶³, que a identificação civil do indivíduo não será, necessariamente, objeto de exame do perfil genético.

A identificação criminal por coleta de DNA surge, conforme o inciso IV, do artigo 3º da Lei 12.037/09, da ordem de ofício ou da representação da autoridade judiciária competente, no caso de essencial às investigações policiais. Todavia, imagina-se que este dispositivo legal não supre uma necessidade de limitação e legitimação do recurso em questão, para a manutenção de um processo penal ilibado.

Desta feita, é de se cogitar das mais curiosas e distintas razões para o requerimento em questão. Devido a isso, há de ser feita adequada interpretação, entendendo-se necessária a submissão aos seguintes pressupostos: a) relevância da medida adotada para o prosseguimento do processo penal; b) o caráter suplementar da medida; c) a existência de vestígios relevantes; d) a observância ao princípio da proporcionalidade; e) decisão judicial com fundamentação específica.

Num primeiro momento, “deve haver congruência, ou seja, uma relação direta entre o meio empregado e o fim a ser perseguido”⁶⁴. Isto se faz necessário na medida em que o legislador não cuidou com afinco das hipóteses de cabimento, trazendo situações genéricas e que tendem a dedicar-se a numerosas cadeias de possibilidades que englobem, até mesmo, motivos injustificados e não essenciais ao seguimento da persecução penal. Logo, o fundamento “deve ser apontado pela autoridade policial ou pelo acusador (Ministério Público), com base em características do caso concreto, e reconhecido motivadamente pelo juiz em sua decisão”.⁶⁵

Também não se pode perder de vista que, em razão de seu caráter agressivo para com o ser humano, a utilização da análise de perfil genético deve ter sua utilização pautada no caráter suplementar da medida, ou seja, não deve ser utilizada de pronto e sim como *ultima ratio* do direito processual penal, como preleciona Aury Lopes Junior, “não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal”⁶⁶. Neste sentido, não se deve permitir a utilização de exames que tracem a análise do perfil genético de cada indivíduo quando existirem meios

⁶³ Em seu artigo 5º, LVIII a Carta Magna determina que o cidadão civilmente identificado não poderá ser submetido à identificação criminal, por se tratar de ato de cunho invasivo e carecendo de necessidade no caso de já se saber os dados do indivíduo em questão.

⁶⁴ KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. **La prueba de ADN em el proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 64

⁶⁵ VASCONCELLOS, V. G. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1. p. 1-13.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?** Boletim do IBCCrim, no 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

diversos a provar o direito postulado, meios estes que atuem de forma menos invasiva na intimidade do cidadão.

Por outro lado, não se poderia também cogitar da investidura em um processo penal pautado na ausência de um arcabouço probatório mínimo, para vincular o indivíduo com o fato que se busca esclarecer. Desta forma, “a intervenção corporal não deve ser utilizada como o primeiro passo em uma investigação criminal”⁶⁷. Susana Kappler acredita que não se admite a utilização “de forma genérica e indiscriminada, com o único objetivo de buscar um suspeito, mas este deve existir já anteriormente”⁶⁸. Este entendimento não se constitui como inovação no sistema jurídico vigente, note que as disposições que determinam a disciplina referente às interceptações telefônicas no Brasil, traçam um viés similar, veja:

[...] a adoção de uma medida tão importante como uma análise genética nunca pode ter caráter autônomo, mas sim instrumental ou subordinado à investigação penal em curso e necessário para a averiguação de um fato punível de que existam indícios razoáveis de sua realização. A medida de análise genética não é e nem poderia ser o primeiro passo da investigação, mas sim consequência de outros que afirmem sua necessidade.⁶⁹

A própria necessidade de vinculação ao princípio da proporcionalidade ressalta a “necessidade de atenção quanto à gravidade do delito em investigação, para que se legitime uma medida invasiva, como uma coleta de material biológico e a posterior análise genética”⁷⁰. Nesta relação, depreende-se que a pesquisa do perfil genético de cada indivíduo, apenas pode ser aceita em se tratando de crime que não revele, claramente, situações de potencial ofensivo severo.

Nesta análise, acredita Maria Elizabeth Queijo no sentido de que devem subsistir “patamares que definem os crimes de menor potencial ofensivo, de modo a vedar as intervenções corporais com fins probatórios para infrações com pena máxima inferior a dois

67 VASCONCELLOS, V. G. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1. p. 1-13.

68 KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. **La prueba de ADN em el proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 166.

69 KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. **La prueba de ADN em el proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2008. p. 62

70 VASCONCELLOS, V. G. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1. p. 1-13.

anos”⁷¹. Por fim, acredita-se que de nada adiantaria a existência de tais pressupostos caso não verifica-se a vinculação à existência de uma decisão judicial especificamente motivada. Tal postulado deriva do próprio direito intrínseco vigente na Carta da República junto ao artigo 93, IX.

Outras considerações podem ser objeto de interesse quando da instituição do banco de dados e a sua aplicabilidade. Como já mencionado, é possível supor, até mesmo, a possibilidade de subsistirem provas pré-constituídas em face dos indivíduos que se encontram em persecução penal. Disso resulta a possibilidade de que uma anterior coleta de material genético em crime pretérito, a qual se encontra armazenada, seja utilizada como comparação no novo delito, além é claro de ser alternativa ao Estado extrapolar a própria atividade investigatória e probatória. Note que Elizabeth Queijo dispõe no sentido de que: “é inegável que o princípio do *nemo tenetur se detegere* representa barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do Estado”⁷².

Nesse sentido, vale lembrar o caso de Roberta Jamilly⁷³ que foi amplamente divulgado na mídia, em meados do ano de 2002. O acontecido diz respeito a subtração, de Pedro Rosalino Braule Pinto e Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva, em maternidades de Brasília – DF e Goiânia – GO, nos anos 1986 e 1979, respectivamente. Questionava-se a origem biológica de Pedro, o qual resolveu submeter-se a realização de análise de perfil genético para tal fim. Entretanto, Roberta Jamilly recusou-se a fornecer o material necessário para cotejo.

Por outro lado, em dado momento, Jamilly compareceu a uma unidade da polícia local na cidade de Goiânia – GO, e após prestar depoimento, ato contínuo, fumou um cigarro que, invariavelmente, estava com traços de saliva. Após o seu descarte, o material fora imediatamente coletado e enviado aos órgãos competentes para análise. Desta forma, se logrou êxito na comparação entre os indivíduos e se pode concluir, por exclusão, a inexistência de parentesco genético entre estes indivíduos. Nesse caso, inexistiu o pedido de consentimento da interessada, em virtude de o material colhido para análise ter sido

⁷¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412.

⁷² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 344.

⁷³ TÚLIO, Sílvio. **Sequestradora de Pedrinho causa tumulto ao levar criança a Cais**. G1 Goiás. 7 de outubro de 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/sequestradora-de-pedrinho-causa-tumulto-ao-levar-crianca-cais.html>>. Acesso em 28 nov 2016.

descartado e coletado em local público. Além de que, não se pode imaginar que tal ato representou invasividade para com Roberta.

Concordando com esta linha de pensamento, dispõe Pacelli⁷⁴ que não haveria problema na escolha dos objetos de prova admitidos por lei, ou seja, a dispensa por mera liberalidade não consubstancia irregularidades. Não se pode perder de vista que a previsão legal e taxativa se faz necessária. Na proporção em que não se deve deixar à mera interpretação do agente a liberalidade para tal procedimento. “É preciso que se cuide de infração penal para cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário, quer pela complexidade do crime”⁷⁵. Isto se evidencia devido ao receio de que as investigações criminais, apenas se limitem a mera identificação do perfil genético e não, de outro lado, quando efetivamente se justifique esta medida.

Vale notar a predileção por conferir caráter excepcional à medida, a qual deve apenas ser utilizada quando da existência de ordem judicial fundamentada, consoante dispõe o artigo 3º, IV da Lei nº 12.037/09, com redação dada pela Lei nº 12.654/12. E também acreditando que “os meios de coleta deverão respeitar a proibição de ingerências abusivas e desnecessárias”⁷⁶. Um caso de interesse fora o vivenciado por Glória de Los Angeles Treviño Ruiz⁷⁷, quando do desenrolar de seu processo de extradição. Durante sua custódia pela Polícia Federal, a extraditanda fora surpreendida por um período gestacional sob alegações de ser fruto de um estupro carcerário.

Desejando provarem sua inocência, inúmeros indivíduos suspeitos forneceram material genético para que fosse possível realizar exames indicativos de paternidade. Entretanto, Glória se recusou a fornecer material genético de sua placenta. Isto justificou o pedido de ordem judicial para obrigá-la a fornecê-lo. Em sede de Reclamação Constitucional⁷⁸, Glória, a reclamante, aduziu violação de seu direito constitucional à

⁷⁴ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 389.

⁷⁵ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 397.

⁷⁶ OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. p. 397.

⁷⁷ Ext 783, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2000, DJ 05-10-2001 PP-00039 EMENT VOL-02046-01 PP-00005.

⁷⁸ Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

intimidade, privacidade e personalidade. Em sede de liminar houve o deferimento do pedido de coleta, identificação e armazenamento. No mérito restou decidido que:

Ao contrário do que é natural imaginar, não há qualquer óbice ao exercício de um direito fundamental de determinada pessoa por parte do exercício de outro direito também fundamental por parte de pessoa diversa. Ora, se por um lado há o direito de privacidade e intimidade do nascituro, há também o direito de que ele possa ter conhecimento de sua real identidade genética.⁷⁹

Entretanto, nota-se que o entendimento do tratamento de dados se constitui como um encargo extremamente relevante, o qual vem tomando forma no processo legislativo brasileiro. Na medida em que adquirem informações sensíveis dos cidadãos por estes tutelados, o Estado deve inspirar cautela com tais dados. Neste sentido, o Projeto de Lei de nº 5.276⁸⁰, de Junho de 2016, versa sobre a proteção aos dados pessoais coletados e instrui a criação de instrumentos para a proteção da intimidade e privacidade. Este projeto elenca ditames rígidos a serem seguidos pela Administração Pública quando do manuseio das informações e dados por eles coletados e pode se mostrar como um instrumento útil que viabilize a melhor aplicação da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.

Desta forma, acredita-se também na necessidade de se harmonizar os interesses estatais com as limitações avançadas na Constituição Federal, todas com o fim de suprir a produção de provas desejadas. Não se lança a ideia de que as atividades periciais e policiais se dediquem a montar vistosas operações, com o objetivo de colher material genético desprezado pelo indivíduo ao longo do dia. Mas, por outro lado, postula-se que a prova seja obtida por meios que demonstrem menor grau de invasividade e gravosidade, e que o indivíduo tenha a menor participação possível neste aspecto.

CONCLUSÃO

Não se faz desarrazoado imaginar que a nova técnica de identificação criminal constitui-se como detentora de múltiplos benefícios, em especial no contexto da organização

⁷⁹ CARVALHO. Luis Cesar Cardoso, **A utilização de exames de DNA como forma de garantia de direitos fundamentais no processo penal**. Brasília: Universidade de Brasília. 2014. p. 75.

⁸⁰ Brasil. Projeto de Lei nº 5.276, de Junho de 2016. Câmara dos Deputados. 2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E335375047559C696F4BD364F8A679F3.proposicoesWebExterno2?codteor=1457459&filename=Tramitacao-PL+5276/2016>. Acesso em 27 nov 2016.

coletiva e do interesse eminentemente público. Entretanto, não se pode perder de vista que a legislação em comento apresenta alguns pontos controvertidos e que obstam sua aplicação efetiva, não se afirmando, contudo, que o referido diploma legal padece de inconstitucionalidade.

Tendo isto em mente, há de se imaginar que alterações em seu texto legal devem ser realizadas com o objetivo de sanar possíveis máculas e adequar o proposto pela legislação em foco, com os ideais de mínima ofensividade aos direitos e garantias individuais. Neste sentido, se reconhece que a Lei nº 12.654/2012, é compatível com os postulados avançados na Constituição e desejáveis ao ordenamento jurídico em si. Todavia, carecem de maiores detalhes acerca da sua aplicação no mundo fático e a adoção de medidas necessárias se tornam de relevante interesse.

Desta forma, há de se ressaltar a existência de pontos merecedores de maior elucidação. Entretanto, mediante a criação e adoção de mecanismos adequados, acredita-se que a aplicação e a coexistência da nova prática de identificação criminal, no ordenamento jurídico, são plenamente possíveis e desejáveis, desde que procedidas do processo legislativo próprio. Acredita-se que argumentos que impliquem na possível inconstitucionalidade da norma em razão de possíveis violações a princípios, devem ser precedidos de interpretações finalísticas.

Acredita-se que os princípios devem ser avançados para a proteção da dignidade da pessoa humana e de suas prerrogativas, tais como a integridade física e psicológica, bem como a própria capacidade de determinação e ao direito efetivo de não ser obrigado a depor contra si mesmo. Entretanto, devem ser compatibilizados com suas finalidades. Não devendo se falar em inconstitucionalidade da medida quando de seu uso como ultima finalidade e no bojo da investigação criminal, naqueles casos em que se fala em um conjunto probatório existente, mas ainda insuficiente para justificar uma condenação.

É destaque, por exemplo, a imprecisão adotada para definir as hipóteses de possível coleta de materiais genéticos, e também o próprio prazo da sua guarda junto a administração pública. Não se pode esquecer o próprio acesso e restrições a esses dados, de modo a evitar que sejam permitidas condutas arbitrárias na obtenção destas informações e, em ato contínuo, se protejam os direitos e garantias individuais das pessoas eventualmente atingidas por esta

medida. De outra sorte, não se procede a uma justificação de manutenção indefinida de seu registro genético em bancos de dados.

Imagina-se que, isto desvirtuaria a natureza probatória em determinado procedimento penal, cujo qual justificou essa extraordinária medida. Na razão em que consubstanciaríamos o interesse do Estado em manter tais registros para possíveis manipulações das informações ali compreendidas. E também, sob o prisma de aumentar o processo de seleção de condutas na esfera do Direito Penal, legitimando a utilização desta prática com indivíduos e perfis específicos de agentes criminosos. Ainda mais quando este dado perdurar de forma indefinida no tempo, parecendo maculado de inconstitucionalidade, podendo suscitar, até mesmo, o caráter perpétuo dessa imposição penal.

Sendo tais máximas estabelecidas, convir-se-á que a nova técnica se inscreva no ordenamento jurídico de forma a compatibilizar-se com ele. Isto pois, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, demonstra que a redução de determinados direitos individuais em face do interesse coletivo, se mostra uma medida plenamente possível. Assumindo pois, maior relevância, a própria aplicação do princípio da proporcionalidade garante a efetiva aplicação do dispositivo legal, sem violar postulados norteadores do ordenamento em vigor. Portanto, na hipótese de utilização correta deste, ergue-se uma importante ferramenta para a própria manutenção de direitos fundamentais oriundos da Carta da República vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Conceito, objetivo e diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais**. *Juris Plenum Ouro*, v. 42, p. 1-16, 2015.

AUGUSTI, Mariana. **Identificação Criminal por perfil genético (Lei nº 12.654/12): Análise sob a ótica do princípio da proporcionalidade e sua relevância para atuação do Ministério Público.** Revista Jurídica ESMP-SP, V. 7, 2015: 109-127.

BARROSO. Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2012. 6. Ed. rev. e atual.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campos. 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Artigo 60, §4º, V.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Extradição nº 783**, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2000, DJ 05-10-2001 PP-00039 EMENT VOL-02046-01 PP-00005.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452**, Relator (a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 2.040**, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129.

CARVALHO. Luis Cesar Cardoso, **A utilização de exames de DNA como forma de garantia de direitos fundamentais no processo penal.** Brasília: Universidade de Brasília. 2014.

CANOTILHO. José Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra, Almedina, 1998.

_____ **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008, p. 169-170.

CHIAVARIO, Mario. Garanzie individuali e defficienza del processo. In: Il giusto processo. Milão: Giuffrè, 1998, p.51-77. Apud QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal**. Editora Saraiva, 2012, 2ª edição.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. Volume III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2º. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FIQUEIREDO. Taynara, **Estuprador em Série é identificado pela rede integrada de bancos de perfis genéticos**. Perícia Federal, Brasília, Ano XVII, Número 37, julho de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Sidney César Silva. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 256. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ªed. Trad. André Luís Callegarie Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. **La prueba de ADN em el proceso penal**. Granada: Editorial Comares, 2008.

LOPES JR. Aury, **Direito Processual Penal**. 13ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2016.

LOPES JR., Aury. **Lei 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?** Boletim do IBCCrim, no 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 20, nº 98, set./out. 2012.

MALUF. Sahid, **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1988, 19ª Edição.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas. 2014. 18ª ed. Rev. e ampl. Atual de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013.

OLIVEIRA. Rogério Donizetti Campos de, **Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo**. Âmbito Jurídico, v. XVII, p. 6-16, 2014.

SANCHÍS. Luis Pietro, **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1994.

SARLET. Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 1998.

SARMENTO. Daniel, **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA. José Alfonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 1992.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas decorrências no processo penal**. Editora Saraiva, 2012, 2ª edição.

Theodor Maunz, in Maunz-Durig-Herzog-Scholz, *Grundgesetz-Kommentar*, art. 19, II, n. 16 e s. In MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TÚLIO, Silvio. **Sequestradora de Pedinho causa tumulto ao levar criança a Cais**. G1 Goiás. 7 de outubro de 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/sequestradora-de-pedrinho-causa-tumulto-ao-levar-crianca-cais.html>>. Acesso em 28 nov 2016.

VASCONCELLOS, V. G. **Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12**. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2014, Porto Alegre. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014. v. 1.

VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra Almedina. 1987.

Von Mangoldt/Franz Klein, **Das Bonner Grundgesetz**, cit., 2. Ed., 19957, art. 19, nota V 4; Ludwig Schneider, **Der Schutz des Wesengehalts von Grundrechten nach**, art. 19, II, GG, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, p. 189 e s. Cf., sobre o assunto, também, Pieroth/Schlink, **Grundrechte – Staatsrecht II**, cit., p. 69 e Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, **Direitos Fundamentais**, cit., p. 146; Herbert, **Der Wesensgehalt der Grundrechte**, cit., p. 321 (323). Objeto de citação em MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.