

**CENTRO UNIVERSITÁRIO**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEI 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012**

Jaciara Assis de Castro Gomes

Monografia Apresentada como requisito parcial de conclusão do curso de curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente

2014

**CENTRO UNIVERSITARIO**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEI 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012**

Jaciara Assis de Castro Gomes

Presidente Prudente

2014

# ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEI 12.654 DE 28 DE MAIO DE 2012

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial. Para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Rodrigo Lemos Arteiro

---

Fernanda de Matos Lima Madrid

---

Gleidmilson da Silva Bertoldi

Presidente Prudente, 28 de Novembro de 2014

***Bem-aventurado o homem que não anda segundo o conselho dos ímpios, nem se detém no caminho dos pecadores, nem se assenta na roda dos escarnecedores. Pois será como árvore plantada junto a ribeiros de águas a qual dá o seu fruto no seu tempo; as suas folhas não cairão, e tudo quanto fizer prosperará.***

***Salmos 1:1 e 3***

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço primeiramente a Deus, sem Ele eu jamais teria conseguido força e determinação para iniciar, manter-me ou concluir essa fase.*

*Agradeço meu orientador, Prof. Rodrigo Lemos Arteiro, pelo estímulo e pela rica orientação dispensada sempre que necessário.*

*Agradeço minha família por, mesmo de muito longe como meu pai e minha irmã, terem sempre me apoiado no que coubesse, mas em especial a minha mãe que sempre se desdobrou para me auxiliar no que fosse possível para minha caminhada ser o menos desgastante, para que eu me mantivesse no caminho correto a ser trilhado e conseguisse alcançar este objetivo, sempre aguentando o estresse do dia-a-dia sem reclamar, mas apenas incentivando e ajudando.*

*Agradeço ainda meus colegas de trabalho, que apesar de não mais o serem, sempre estarão comigo, agora como “família adotiva”, pelo apoio constante no tempo em que estivemos juntos. Agradeço por me aguentarem de segunda à sexta com todas as minhas reclamações diárias, me auxiliarem com opiniões e explicações jurídicas em dias de prova e conselhos encorajadores para permanência na batalha de viajar todos os dias para conseguir me tornar membro dos operadores do direito: Edna Kishinami, Renata Muller e Sirlei Borini.*

*Agradeço minhas amigas por estarem sempre em constante torcida para minha vitória, sempre me apoiando, enxugando as lágrimas nos momentos de fraqueza e me fazendo persistir, em especial minha amiga e irmã Marla Rocha.*

*Agradeço por fim, e não menos importante, a minhas amigas de classe, futuramente de profissão, pela companhia agradável durante esta caminhada e também pela compreensão e apoio sempre que necessário, em especial à Larissa Françoze.*

## RESUMO

O presente trabalho teve o escopo de analisar a constitucionalidade da lei 12.654/12, de 29 de maio de 2012, que alterou as leis 12.037/09 e 7.210/84, lei que dispõe sobre a identificação criminal e Execução penal respectivamente. A recente lei trouxe expressiva modificação no campo processual penal brasileiro, por meio de basicamente duas medidas: a possibilidade da coleta de material genético como forma de identificação criminal, e a certeza da criação de um banco de dados com materiais genéticos dos condenados por determinados crimes taxados no corpo da lei. De recente introdução ao ordenamento jurídico brasileiro, a lei ainda deixa dúvidas quanto a sua constitucionalidade, existindo fortes argumentos para embasar a defesa de sê-la ou não. E por meio do estudo aqui externado foi possível a concepção de opinião própria sobre o tema, cuja justificativa será demonstrada no transcorrer da leitura.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana. Não autoincriminação. Lei nº 12.564/12. Perfil genético. Identificação Criminal. Banco de dados. Inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

The present work has the scope to examine the constitutionality of the law 12,654 / 12 of May 29, 2012, which amended the law 12,037 / 09 and 7210/84, the law that provides for criminal identification and criminal Execution respectively. A recent law brought significant change in Brazilian criminal procedure field through mediated primarily two: the possibility of collecting genetic material as a form of criminal identification, and the certainty of creating a database of genetic material from convicted of certain crimes taxed in the body of law. Recent introduction of the Brazilian legal system, the'll still leaves doubts as to its constitutionality, there are strong arguments to support the defense of being it or not. And by studying here voiced was possible to design own opinion on the subject, whose justification will be demonstrated in the course of reading.

**Keywords:** Human Dignity. Not self-incrimination. Law No. 12,564 / 12. Genetic profile. Criminal Identification. Database. Unconstitutional.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DIFERENÇA ENTRE NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS</b> .....	12
2.1 Eficácia Interna dos Princípios .....	14
2.2 Eficácia Externa dos Princípios .....	15
<b>3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	17
3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais .....	20
3.2 A Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	22
<b>4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b> .....	24
4.1 Sistema Inquisitorial ou Inquisitivo .....	25
4.2 Sistema Acusatório.....	26
4.3 Sistema Misto ou Francês .....	27
<b>5 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – NEMO TENETUR SE DETEGERE</b> .....	28
5.1 Fundamentos da Não autoincriminação .....	30
5.1.1 Da Presunção de Inocência.....	31
5.1.2 Do devido processo legal e a ampla defesa .....	33
5.1.3 Da Proteção à intimidade, privacidade e à dignidade da pessoa humana .....	36
5.2 Disposição Legal no Brasil .....	37
5.3 Titularidade do direito de não produzir prova contra si mesmo .....	38
5.4 Desdobramentos do Direito de não Produzir Provas contra si mesmo .....	39
5.5 Poder de investigação: Limites Constitucionais Frente ao Direito de Não Autoincriminação .....	40
5.6 Consequências da Afronta ao Direito de Não Autoincriminação .....	46
<b>6 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL</b> .....	49
6.1 A identificação Criminal e o Indiciamento Policial .....	53
6.2 A Utilização do Material Genético na Prática Forense .....	58
<b>7 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654 28 DE MAIO DE 2012, QUE PREVÊ A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS</b> .....	60
7.1 Estudo Pormenorizado da Lei 12.654 de 28 de Maio de 2012 .....	62
7.1.1 Análise sobre a modificação feita na lei 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal.....	63



7.1.2 Análise sobre a modificação feita na lei nº 7.210, Lei de Execução Penal.....	66
7.1.3 Comentários Gerais sobre as modificações trazidas e posicionamentos doutrinários: Dos argumentos favoráveis e contra a constitucionalidade da lei 12.654/2012 .....	68
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>74</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>79</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Tratando-se de meio de prova, o exame de DNA constantemente tem sido avaliado como uma das mais eficazes. Todavia, em que pese sua grande aplicação no âmbito cível, é de se admitir que na seara penal, sua utilização vinha sendo um tanto quanto restrita.

No entanto, com a entrada em vigor da lei 12.564/12 não mais é possível fazer tal afirmação, diante das modificações por ela introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro.

A presente monografia teve, pois, por objeto, a análise sobre a constitucionalidade do novel dispositivo legal em confronto com o atual sistema processual brasileiro, amparado pelos direitos e garantias constitucionais.

O objetivo deste estudo esteve longe de esgotar o tema, vez que de tão recente ingresso no ordenamento, o que por si só revela a impossibilidade de já se ter material doutrinário e jurisprudencial que respaldassem seu esgotamento, mas tão somente analisar de forma imparcial o conflito trazido.

Isso porque é de se presumir que por ser tema novo para o direito criminal brasileiro ainda haverá muitos debates jurídicos sobre a questão não apenas no mundo jurídico, como em todo meio social, seja para os diretamente atingidos, seja para a sociedade “agraciada e agradecida” com as alterações. E foi nesta relevância social e jurídica que repousou a escolha do tema, proporcionando aos leitores uma reflexão crítica sobre o assunto.

A lei objeto do estudo trouxe significativas modificações à lei que dispõe sobre a identificação criminal nº 12.037/2009, e à Lei de Execução Penal, nº 7.210/84, mas para apreciação sobre a possível inconstitucionalidade de que tratou este trabalho, foi feita uma divisão em sete capítulos, a fim de trazer os subsídios necessários para o entendimento do tema.

De forma sucinta, o primeiro capítulo traçou diferenças entre normas, regras e princípios, para que fosse possível compreender a importância que os

princípios têm em nosso ordenamento, até que ponto devem ser respeitados e como tratá-los diante de conflitos entre um deles.

Fora trazido o histórico de evolução dos direitos e princípios fundamentais, sobretudo, em primeiro plano, o da dignidade da pessoa humana e, após minucioso estudo sobre este princípio, introduzido o conteúdo substancial da pesquisa, qual seja o direito a não produção de provas contra si mesmo.

Pois bem, é de conhecimento comum que o direito é o estudo da disciplina da vida em sociedade por meio de normas jurídicas. Entretanto, tanto as normas da vida social, como os estudos destas, passam por mudanças que refletem à norma processual e, portanto, precisam ser apreciadas.

Analisando os antecedentes de técnicas de investigação do Estado, verificou-se que durante longo período foi utilizado o emprego de forma agressivas, abusivas e imperativas contra os acusados de delitos ou heresias.

Estes indivíduos eram perseguidos, presos e torturados das mais diversas formas, com o intuito de obter a confissão dos fatos que lhes eram imputados, sem que houvesse respeito algum por direitos inerentes ao ser humano, tais como os que serão aqui tratados, e que seriam mais tarde consagrados em garantias e princípios imanescentes da pessoa humana.

Como de se esperar, estes comportamentos não poderiam ser aceitos como necessários não só pela sociedade, alvos das abusividades vinda de autoridades, como pelo próprio poder político.

Assim, em decorrência das inconformidades supra, foi acarretado um lento desenvolvimento social, a ponto de surgirem os direitos fundamentais e os princípios regedores de uma nova sociedade, agora abarcada pela democracia, com garantia da existência digna protegida, objeto do terceiro capítulo.

No capítulo posterior trouxe à tona a evolução dos sistemas processuais brasileiros destacando o que pelo Brasil foi adotado, para que fosse percebida a inquestionável afronta trazida pelas inovações legais.

Superada a fase de evoluções históricas passei ao foco do trabalho com a abertura do quinto capítulo, em que fora dissertado sobre o princípio da não autoincriminação, seguida dos atuais institutos de identificação no sistema brasileiro

para final análise sobre a constitucionalidade da lei em pauta, nos capítulos sexto e sétimo respectivamente.

O método utilizado foi o dedutivo, em que partindo de uma premissa maior (princípios e direitos fundamentais), foi estabelecida relação com a segunda premissa (o princípio e direito de não autoincriminação diante das modificações trazidas pela lei 12.654/12) para, a partir da análise de ambas, chegarmos à verdade que dali pode ser retirada e a conclusão do trabalho.

Por fim, ressalto ainda que o trabalho se baseou em pesquisas bibliográficas por meio de artigos, entrevistas e livros, bem como jurisprudências relevantes sobre o tema e relacionados, com o fim de trazer uma confrontação entre a teoria e a prática no que tange aos institutos associados ao tema.

## 2 DIFERENÇA ENTRE NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Quando se fala em uma norma jurídica, não necessariamente se trata de referência a texto de lei, posto que norma é o resultado do título a partir da interpretação do texto, e pode variar conforme a época. Por isso então, que o correto é dizer que se interpreta um texto e não uma norma.

O preâmbulo da Constituição Federal, quando traz a expressão “sob a proteção de Deus”, exemplifica um texto de lei que não traz norma alguma. Banda outra, existe outros textos que trazem mais de uma norma, a exemplo do que nos traz o caput do art. 5º do mesmo dispositivo legal (igualdade, segurança, liberdade, etc).

Cabe ainda ressaltar que pode existir norma única construída a partir da junção de vários textos, como por exemplo, a norma da segurança jurídica que surge da interpretação de diferentes textos de lei, como os que garantem a irretroatividade da lei, a coisa julgada, etc.

O princípio é uma norma finalística, que aponta para o estado ideal de coisas a ser atingido, sem, contudo, descrever a conduta necessária para chegar a tal fim.

As regras, ao contrário, indicam um procedimento a ser seguido. Há, portanto, que se identificar quando uma norma será um princípio ou uma regra para saber que caminho deverá ser tomado.

A diferenciação entre espécies normativas, sobretudo entre princípios e regras, possui dois intuitos principais. Em primeiro plano visa adiantar características das categorias normativas, a fim de que o aplicador ou quem esteja interpretando, ao encontrá-las, tenha por facilitada a forma de aplicação e interpretação.

Em segundo plano, busca amenizar, vez que uma qualificação das categorias normativas permite minuir, sem, contudo, aniquilar, a primordialidade de fundamentação, tendo em vista que ao menos indica o que deverá se justificar.

Humberto Ávila (2011, p. 91) define princípio “como normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização.”.

Desta forma, tem-se que os princípios são normas de grande importância para que se possa compreender outras normas do sistema jurídico, sobretudo as regras, a exemplo, como nos traz Humberto Ávila (2011, p. 97), do que ocorre com as regras de imunidade tributária:

As regras de imunidade tributária são adequadamente compreendidas se interpretadas de acordo com princípios que lhe são sobrejacentes, como é o caso da interpretação da regra da imunidade recíproca como base no princípio federativo.

Antes os princípios não tinham força normativa alguma, ou seja, não vinculavam. Contudo, nos períodos pós-guerras, começou-se a perceber que às vezes as normas não são suficientes, necessitando, pois, dos princípios - ideias estas que recentemente chegaram ao Brasil.

A partir dessa evolução, tornou-se possível fundamentar as defesas e julgamentos apenas em princípios, que agora também passaram a ter força vinculante.

O estudo mais aprofundado sobre o tema tem sido de muita relevância pelo fato de que, pela importância recentemente conferida a este instituto, começou a ocorrer situações que chegam a resultados absurdos em virtude de sua má utilização, a exemplo de defesas e julgamentos com fundamentação apenas em um princípio, desconsiderando completamente normas já existentes.

Importante ainda trazer à tona que entre regras e princípios não existe hierarquia, vez que desempenham funções diferentes dentro do ordenamento jurídico. Assim, não há preceito sobre qual deles deve prevalecer quando houver conflitos, podendo às vezes prevalecer um e às vezes ou outro.

Quando o legislador coloca uma norma como princípio e não como regra, a finalidade imediata e principal é apontar para um estado ideal que se deve ser atingido. Ao trazê-lo com essa finalidade, acaba sendo gerada uma segunda finalidade (secundária ou mediata), que é a imposição indireta aos destinatários de adoção de comportamentos compatíveis com o estado ideal que se quer alcançar.

Por outro lado, quando coloca uma norma como regra, impõe a realização de uma conduta ao destinatário, o que acaba gerando indiretamente (finalidade secundária ou mediata) a implementação e concretização de um princípio subjacente, gerando uma ligação entre as finalidades indiretas de cada norma.

Como exemplo dessa ligação temos a norma de que define o prazo de 10 dias para a apresentação de resposta à acusação, que implementa (concretiza) o princípio subjacente da ampla defesa, por isso, seria errado suprimir o prazo para um dia a título de celeridade processual e durabilidade razoável do processo.

Desta feita, faz-se necessário um breve estudo sobre a eficácia dos princípios diante de outras normas, bem como de outros princípios e subprincípios.

## **2.1 Eficácia Interna dos Princípios**

A atuação dos princípios pode se dar duas formas: direta e indireta.

A primeira trata do exercício sem intermédios ou intervenção de outro subprincípio ou regra. Neste plano, é exercida a função integrativa, posto que legitimam a integração de elementos dos quais não tratem eventuais regras e subprincípios.

Portanto, ainda que um elemento intrínseco ao fim que deve ser alcançado não esteja taxativamente previsto, ele será garantido por aquele princípio, a exemplo do que ocorre quando não há autorização expressa para abertura de prazo a fim de que se manifeste a parte no processo que, poderá fazê-lo, quando for necessário, com base direta no princípio do devido processo legal.

A segunda forma de atuação e eficácia dos princípios vale lembrar, a indireta, em sentido contrário à primeira, se dá com a intervenção de outro subprincípio ou regra, que poderão ter função definitiva, interpretativa ou bloqueadora.

Em relação às normas mais amplas será exercida a função definitiva, em que os subprincípios trarão a delimitação e especificação da aplicação de um

princípio amplo, por exemplo, o da segurança jurídica, que tem sua abrangência delimitada, em casos concretos, pelo subprincípio da boa fé objetiva.

Banda outra, a função interpretativa, como já indica o nome, serve para interpretar outras normas, compostas por textos normativos expressos, ampliando ou restringindo seu significado.

Por fim, a função bloqueadora afasta elementos ostensivamente previstos que sejam contrários com o estado ideal de coisas a ser alcançado, como assim exemplifica Humberto Ávila (2011, p. 98):

Por exemplo, se há uma regra prevendo a abertura de prazo, mas o prazo previsto é insuficiente para garantir a efetividade aos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido em razão da eficácia bloqueadora do princípio do devido processo legal.

Entretanto, a função que, sobretudo, é exercida, é a função rearticuladora, ao passo que os princípios possibilitam a comunicação entre os vários componentes do estado ideal de coisas a ser buscado.

## **2.2 Eficácia Externa dos Princípios**

Inicialmente, é necessário compreender que as normas jurídicas não atuam apenas quanto à compreensão de outras normas, mas também das próprias provas e fatos.

Quando da análise da ocorrência de um fato, passa a existir uma simultânea interpretação do fato conforme a norma e da norma conforme o fato, produzindo, assim, o exame da pertinência e da valoração do ocorrido, que possuem parâmetros indiretamente trazidos pelos princípios, ao passo que estes estabelecem um ideal de coisas a ser seguido.

A eficácia externa, analisada sob a ótica objetiva, trata dos fatos e sua valoração para que possam ou não ser objeto de proteção jurídica, selecionando quais serão os pertinentes para tanto.



Ainda sob esta ótica, insta observar que alguns princípios constitucionais cuidam de interesses e bens jurídicos, e aqui entra a eficácia argumentativa, ao passo que, quanto maior for o efeito indireto ou direto para conservação ou consumação desses bens, mais especificada deverá ser a fundamentação do Poder Público para restrição.

Sob a ótica subjetiva ocorre a relação entre os sujeitos alcançados pela eficácia dos princípios e o Estado, posto que proíbem a intervenção estatal em direitos de liberdade. Isso porque ao Estado não cabe apenas honrar os direitos fundamentais, mas também promovê-los, através da tomada de medidas para que sejam realizados da melhor forma cabível.

Diante da valoração à realidade fática da sociedade, e da influência exercida sobre as outras normas, nos esclarece Gustavo Zagrebelsky ( 1995, p. 111):

“Se o direito estivesse composto somente de regras não seria insensato pensar na <maquinização> de sua aplicação por meio de robôs, a quem dariam os fatos e nos dariam a resposta. Estes robôs talvez pudessem fazer uso dos dois principais esquemas lógicos para a aplicação de regras normativas: o silogismo judicial e a subsunção do hipotético caso concreto pelo abstrato da norma. Agora, tal ideia, tipicamente positivista, carece totalmente de sentido à medida que o direito contenha princípios. A aplicação dos princípios é completamente distinta e requer que, quando a realidade nos exija uma reação, se tome posição até estar em conformidade com eles.”

Destarte, esclarecida a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passemos, pois, ao estudo indispensável de alguns deles, para melhor compreensão do estudo sobre o qual trata este trabalho.

### 3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Apontar na origem da dignidade da pessoa humana um valor a ser respeitado por todos, não é tarefa das mais fáceis posto que envolve grande adversidades entre as noções jurídicas e culturais.

Analisada a história, podemos dizer que uma de suas raízes mais fortes encontra-se no cristianismo, por sua base voltada para a pessoa de Jesus, o que pode ser o primeiro marco de estudo para o conceito de dignidade da pessoa humana.

Os séculos XVII e XVIII foram de relevante importância não somente ao adequado reconhecimento, como para o alicerçamento da dignidade da pessoa humana como um valor a ser respeitado por todos.

Todavia, mesmo reconhecendo a sua existência, conceituá-la continua a ser tarefa desafiadora. É um conceito, em verdade, que, desde seu berço, encontra-se em um processo permanente de composição.

Para efeitos de constatação dessa definição/conceito, não pode ser desprezada, ainda, a variedade histórico-cultural que sempre imperou entre os povos.

Na antiguidade clássica a dignidade da pessoa humana era, via de regra, verificada pela posição social ocupada e pelo quanto a pessoa era reconhecida pelos outros membros da comunidade. Logo, fácil perceber, que nesta época existia a quantificação de dignidade, trazendo à tona da sociedade pessoas mais e menos dignas entre si.

Banda outra, dentro do pensamento estoico, a dignidade era trazida como característica inerente ao ser humano, sendo esta a peculiaridade que o distinguia dos demais seres.

Deste modo, seriam todos os homens, no que diz respeito a sua natureza, dotados da mesma dignidade, que estaria umbilicalmente ligada à noção de liberdade pessoal.

Na seara jusnaturalista, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2002, P.33):

A concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Neste período foi introduzida a ideia kantiana de que a autonomia de vontade é fundamento da dignidade da pessoa humana como forma de liberdade do homem poder decidir como agir.

Para Kant, tudo o que existe tem um fim e “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade” (Sarlet, 2002, p.33). Deste modo, sempre que algo tiver um preço, será possível substituí-lo por um equivalente, mas, ao contrário, quando alguma coisa não possui valor econômico e, portanto, não puder ser substituída, ela possuirá dignidade.

Todavia, as posições até agora elencadas merecem ao menos uma crítica ao passo que completamente antropocêntricas se observado que, de um modo ou de outro, colocam a racionalidade como superioridade em relação aos outros seres vivos.

Conquanto a crítica permaneça, é de se admitir que, muito embora o meio ambiente ocupe especial lugar de proteção no meio jurídico atual, ainda hoje a dignidade da pessoa humana é tida como elemento intrínseco ao ser humano por seu simples nascimento, trazendo consigo a titularidade de direitos que obriga o respeito por parte de seus semelhantes e do Estado.

Sob a ótica normativa, importante ressaltar que o século XX, sobretudo após as atrocidades cometidas pelo nazismo, participou do crescimento do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como sua formalização nos textos das constituições, notadamente das democráticas.

Prevista no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana não contém apenas uma norma, posto que se enquadra como princípio e valor fundamental, trazendo assim, não só a norma de direitos e garantias, como também de deveres fundamentais.

Por se direito imanente do ser humano, não há que se falar em sua concessão pelo ordenamento jurídico, mas sim em mera positivação por garantia, a

fim de que seja possível contá-la como direito legítimo. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 73):

Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito de reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

E complementa (2002, p. 82/83):

Ainda que a dignidade preexista ao direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima. Aliás, tal dignidade tem sido reconhecida à dignidade da pessoa humana que se chegou a sustentar, parafraseando o conhecido e multicitado art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui uma Constituição.

Na qualidade de princípio fundamental, assume-se como valor-guia não somente dos direitos fundamentais, mas da integral ordem jurídica, seja ela constitucional ou infraconstitucional, motivo este que leva muitos a caracterizá-lo como princípio de maior hierarquia valorativa.

Apesar da crítica anteriormente feita à concessão jurídica da dignidade, posto que concebida naturalmente pelo ser humano, insta destacar que o fato de assumir feição de princípio constitucional fundamental, não afasta ser valor fundamental geral, mas sim o consente uma maior pretensão de efetividade e eficácia.

Importante se faz adentrar, ainda que sumariamente, no âmbito da dignidade da pessoa humana frente aos direitos fundamentais, sobretudo no que diz respeito às funções exercidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, no atinente ao seu vínculo com normas de direitos e garantias fundamentais.

### 3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais

A Constituição Federal, apesar de seu caráter compromissário, outorga uma unidade de sentido, valor e concordância prática aos direitos fundamentais, que se respaldam na dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual, chegou-se a afirmar que este princípio seria o início e o fim das liberdades constitucionais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem função integradora e hermenêutica, posto que utilizado como parâmetro de interpretação e integração não só dos direitos fundamentais, como de todo o ordenamento jurídico.

Os institutos aqui tratados possuem um vínculo peculiar e indissolúvel de tal forma que, ainda nas ordens normativas em que a dignidade não tiver referência expressa, não se pode dizer que não exista, pois se a norma respeitar os direitos fundamentais, também irá acatá-la.

Dispõe, em complemento, Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 89/90)

Em suma, o que se pretende sustentar de modo enfático, é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que 'atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais', exige e pressupõe o conhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos).

Deste modo, sem que assegure à pessoa os direitos fundamentais que lhes são intrínsecos, estará sendo-lhes negada a própria dignidade.

Outro aspecto de suma importância para que seja entendida a função que deve ser cumprida pelo princípio da dignidade da pessoa humana em conexão com os direitos fundamentais, é que será "critério para construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional." (SARLET, 2002, p.99).

O princípio da dignidade da pessoa humana serve como baliza de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da proporcionalidade, da individualização da pena, da culpabilidade, da responsabilidade pessoal, entre outros, que nele buscam seu fundamento de validade.

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser tida como norma hierarquicamente superior, com o destino de guiar todo o

ordenamento no que toca à criação legislativa, bem como para conferir a validade das normas que lhe são inferiores.

Isto posto, deve ser declarada a invalidade de qualquer dispositivo legal que destoe desse valor básico, imanente de todo ser humano.

Neste sentido, há que se concluir que os direitos fundamentais estão além daqueles previstos no título II da Constituição Federal, sendo também abrangidos por garantias esparsas por todo texto constitucional, inclusive de forma implícita, bem como por tratados internacionais.

Sobre tal assunto dispõe ainda Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 101):

Certo é que a tarefa, por vezes árdua, de identificar (e, acima de tudo, justificar essa opção) posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fundamentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da nossa Lei Fundamental, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais.

Assim, com relação às normas contidas no título II da Constituição Federal, há presunção de que sejam direitos fundamentais e constitucionais no sentido material.

Por outro lado, sobre as normas contidas no restante do texto constitucional, sejam eles implícitos ou explícitos, deverá ser feito um exame apurado para que sejam alçadas da condição de direitos fundamentais.

O que se quer alcançar é a demonstração de que o princípio da dignidade humana tem posição de destaque, e serve de baliza material para a identificação de direitos implícitos e, de forma especial, aos constantes de outras partes da Constituição.

Resta, pois, a indagação sobre a possibilidade de serem deduzidos direitos fundamentais autônomos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao que parece a resposta deve ser positiva, posto que nada impede que, sem referências direta ou indireta a direitos fundamentais já existentes, sejam deduzidas posições jurídico-subjetivas fundamentais.

O fato é que todo direito fundamental é revestido de dignidade e, de certa forma, em algumas situações, acaba esta por assumir efeito *Lex generalis*, já que muitos juízes a utilizam como fundamentação genérica, sendo este recurso suficiente para fundamento da proteção ao direito fundamental lesado.

Deste modo, pode-se afirmar:

[...] que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa. (SARLET, 2002, p.106)

Constata-se, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana protege todos os direitos fundamentais e, desta forma, seria situação impossível ser algum deles afetados sem considerar ter sido conjuntamente ferido o princípio maior de direitos do ser humano.

### **3.2 A Relativização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.**

Em que pese ser direito inerente de qualquer ser humano, a dignidade da pessoa humana, segundo posição largamente majoritária da doutrina, tal qual qualquer outro direito, não possui caráter absoluto.

Assim, entende-se que tal garantia, tida como imanente valor fundamental de cada pessoa, deverá ser estimada e ponderada em cada caso concreto, ocasião em que deverão ser obrigatoriamente utilizados como balizas de interpretação, alguns outros princípios também direta e intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, como bem exemplifica Rogério Greco (2009, p. 60):

Assim, tomemos como exemplo o fato de alguém ter praticado um delito de extorsão mediante sequestro, qualificado pela morte da vítima. O sequestrador, como é do conhecimento de todos, tem direito à liberdade. No entanto, em virtude da gravidade da infração penal por ele praticada, seu *direito à liberdade*, diretamente ligado à sua dignidade, deverá ceder frente ao direito de proteção dos bens jurídicos pertencentes às demais pessoas, que com ele se encontram numa mesma sociedade.

Deste modo, uma coisa é permitir que o autor de uma infração penal, seja privado da sua liberdade, diferente do que seria concordar que o condenado tenha o cumprimento de pena em local degradante; que seja utilizada a tortura pelos agentes estatais com o fim de obter confissão; que não seja permitida a visita de

parentes no estabelecimento penal carcerário em que se encontre; que não seja proporcionada atividade de ressocialização quando do cárcere, etc, ao que Rogério Greco denomina “*núcleo essencial* da dignidade” que, segundo ele, “jamais poderá ser abalado.” (2009, p.61).

O “núcleo essencial” significa que muito embora tenha sido o Estado autorizado a privar a liberdade do acusado ou condenado, não continue o sujeito a possuir outros direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, que continuam por ser garantidos e, sobretudo, preservados, pelo Estado que lhe priva a liberdade.

A dignidade, de outra banda, poderá ser relativizada contra o próprio proveito daquele que a detém, e que pensa em dela dispor em uma determinada situação, podendo o Estado agir, ainda que coercitivamente, a fim de resguardá-la, mesmo em contraposição a vontade manifesta de seu titular, a exemplo de tentar impedir alguém que tenta se suicidar.

Entretanto, não é missão das mais fáceis diferenciar quando estaremos diante de uma situação em que a dignidade da pessoa humana pode ser ponderada, ainda que contra a vontade do detentor, ou quando será situação em que, também tomando por base a ponderação de interesses, seja caso de direito legítimo da pessoa, mesmo que de acordo com terceiros, seja uma ofensa à dignidade.

Para melhor compreensão, concebamos a lição de Rogério Greco (2009, p.61):

Tomemos como exemplo o fato de um casal colocar cenas de sexo explícito disponíveis em um site na internet. Nesse caso, teriam eles direitos à exposição da sua imagem, praticando o mais íntimo dos atos sexuais: e se tivessem filhos, a situação se modificaria? Estariam, em ambos os casos, exercendo o seu direito de liberdade à intimidade, ou esse direito poderia ser limitado? São perguntas que ensejaram respostas diferentes, variando de acordo com a pessoa, o tempo, a cultura, a sociedade etc.

Dessa forma, necessariamente, frente ao caso concreto, terá que ser emitido um juízo de valor, buscando conceber o remédio que pareça mais justo, apesar de até o próprio conceito de “justiça” ser um conceito relativo, também digno de correspondente juízo de valor.



## 4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Segundo o visto no capítulo anterior, a liberdade de locomoção é um axioma do nosso Estado de direito. Logo, era de se esperar que a Constituição Federal estabelecesse, como o fez, regras de acatamento obrigatório no processo penal, já que por meio deste será tal direito mitigado.

Consoante advertência feita por Norberto Bobbio (1999, p. 96-97), é a proteção dada ao indivíduo na esfera processual estatal que difere um sistema democrático de um caráter ditatorial:

A diferença fundamental entra as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformados em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadão e Estado, ou entre cidadão entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima 'Tem razão quem vence' é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão'; e o direito público externo, que se rege pela supremacia do força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da 'supremacia da lei' (rule of Law).

Por essas características, é de se perceber que o processo penal existe à sombra de um grande dilema: de um lado a imperativa necessidade de honrar e respeitar os direitos fundamentais; de outro o alcance por um sistema processual criminal viável e eficaz.

Notavelmente, no transcorrer da evolução histórica do processo penal, foi possível verificar a existência de três deles, quais sejam o sistema inquisitorial, o sistema acusatório e o sistema misto ou francês.

## 4.1 Sistema Inquisitorial ou Inquisitivo

Neste sistema o processo é totalmente regido por regras inquisitórias, em que não há divisão entre investigação e processo, mas sim uma reunião das funções persecutórias nas mãos do chamado 'juiz inquisidor', que possui a função de acusar, defender e julgar.

Por óbvio, em decorrência dessa centralização de poderes nas mãos do juiz inquisidor, o contraditório é princípio que não haveria de ser mencionado, já que ausente a oposição entre defesa e acusação.

Foi este o sistema que vigorou na Idade Média, quando a Igreja Católica era ainda um Estado, "sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII." (LIMA, Renato Brasileiro, 2014, p.44).

É nítido, pois, que o acusado não era tido como sujeito de direitos, mas simples objeto do processo que, via de regra, era secreto já que muitas vezes nem mesmo o acusado sabia de sua existência.

Era um processo que não trabalhava com presunção de culpa, mas sim de culpa propriamente dita; não havia recursos, e era comparado à tortura e a escravidão como resultado de um poder monocrático.

Sinteticamente, ensina Renato Lima Brasileiro (2014, p.45) o que é o sistema inquisitorial:

É um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.

Pelas peculiaridades extraídas desse sistema é possível perceber a patente conexão entre o processo penal e a natureza do Estado que o edifica. Veja-se que no sistema inquisitorial há a reunião de funções na figura do juiz inquisidor tal qual havia a centralização de poderes de legislar, julgar e administrar nas mãos do rei no regime absolutista que vigora à época do sistema inquisitorial.

Evidente, pois, que o sistema aqui tratado e por um todo inconciliável com o Estado Democrático de direitos, por violar os princípios medulares do atual processo penal brasileiro já que, diante da ausência de um julgador equidistante das partes, não existirá a imparcialidade, de onde advém grosseira ofensa à Constituição Federal.

## **4.2 Sistema Acusatório**

Vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio (LIMA, Renato brasileiro, 2014, p.46), e é hoje o modelo adotado pelo sistema democrático de direito, expressamente assumido pela Constituição Federal de 1988, por interpretação ao artigo 129, inciso I, que retirou das mãos do juiz o direito de titular da ação penal pública e o entregou ao Ministério Público.

Funciona com base na separação das funções persecutórias em órgãos autônomos e independentes (investigar, acusar, defender, julgar, reapreciar decisões), para que haja a dialética processual.

Baseia-se no princípio da publicidade, em contraponto ao mantimento de segredo dos atos processuais do sistema inquisitivo, depende do contraditório, de decisões motivadas e se pauta pelo devido processo legal como princípio de sustentação.

Neste sistema há a divisão entre defesa e acusação em igualdade de condições, com a presença de um juiz delas equidistante e regido pela imparcialidade.

A produção de provas passou a não ser mais ato do juiz, mas sim das partes, sendo a condução probatória baseada na 'presunção de inocência', em sentido contrário ao que acontecia no sistema inquisitorial.

Neste diapasão percebe-se que o juiz mantém posicionamento de sujeito passivo, apenas receptor das provas produzidas, sem nada colaborar na sua elaboração, à exceção de raríssimas ocasiões em que é possível a solicitação de ofício por sua parte ao que ainda for necessário à formação do seu livre convencimento, em caráter subsidiário à atuação das partes.

E, segundo Renato Brasileiro de Lima (2014, p.46), é este, juntamente com a separação e o posicionamento das partes participantes do processo, o traço diferencial que mais marca a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitorial:

O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório e ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.  
Grifo Nosso

Em substituição ao princípio da verdade real do sistema inquisitivo, que tratava o acusado como objeto do processo, o sistema acusatório traz o princípio da busca da verdade real, que respeita o contraditório e a ampla defesa, colocando o acusado como sujeito do processo e, evidentemente traduz o posicionamento Democrático do Estado no qual é adotado.

### **4.3 Sistema Misto ou Francês**

Foi introduzido em fase posterior ao sistema inquisitivo, a partir das modificações sociais trazidas por Napoleão, e funciona como uma fusão dos dois sistemas anteriores.

Possui duas fases, das quais uma inquisitorial e outra contraditória. A primeira dela é feita por um juiz inquisidor, com finalidade de reunir provas e fazer a acusação, com forma escrita e secreta, sem a presença da acusação e, portanto, sem o exercício do contraditório. O objetivo desta fase é atribuir a materialidade e autoria delitiva.

A segunda é essencialmente acusatória, em que a parte responsável pela acusação acusa, o réu apresenta defesa, e o juiz, aqui chamado de juiz julgador, julga a causa, tendo como regra a publicidade e oralidade.

O que se tem hoje no Brasil é uma fase investigativa inquisitorial e uma fase processual acusatória, dessa forma, pode-se dizer que a persecução penal brasileira é mista, mas o sistema processual não.

## **5 PRINCIPIO DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO – *NEMU TENETUR SE DETEGERE***

Historicamente verifica-se que a confissão pública sempre foi tida como meio de prova por excelência, tendo por fundamento a intuição de que, por óbvio, aquele que não tivesse praticado o delito, jamais o confessaria.

Todavia, notadamente durante o período da Idade Média e da Santa Inquisição, a busca da confissão de delitos e heresias se deu por meios diversos do simples interrogatório, utilizando de técnicas de tortura e ameaças diversificadas, a fim de que a busca da verdade real fosse, teoricamente, alcançada.

Desse modo, o objeto do processo passava a ser o acusado, em que deveria ele provar a sua inocência, e não o Estado demonstrar ser ele o autor e responsável pelo delito/heresia que lhe estava sendo imputado.

Claro, portanto, que existia verdadeira afronta ao devido processo legal e ao sistema acusatório, hoje corrente. Neste sentido Wagner Marteleto Filho (2012, p. 13/14):

O princípio da presunção de inocência é totalmente aniquilado ou invertido, na medida em que é o acusado quem deve provar sua inocência (*réus tenetur se detegere*), inclusive pela superação das torturas infligidas, caso em que era finalmente liberado. [...] A busca incessante pela confissão e a submissão do acusado ao juramento de *veritate dicenda* conduziam, inexoravelmente, à autoincriminação. [...] No mais das vezes, era mesmo preferível, para o acusado, confessar o delito, ainda que passível de punição com a morte, a submeter-se às torturas desmunas das quais se valiam os inquisidores.

Apenas com a chegada da Revolução Iluminista, no século XVIII, é que fora o procedimento inquisitorial superado, dando vazio, conseqüentemente, ao desenvolvimento do sistema hoje aderido do “Common Law”, que trouxe a instauração do sistema acusatório.

Neste sistema o acusado possui posição de sujeito de direitos e não mais de objeto do processo, tendo por respeitada, assim, a sua dignidade como pessoa humana. A partir de então começa a se efetivar o direito a não autoincriminação, como bem disciplina André de Carvalho Ramos (2009, p. 10):

Com as revoluções liberais e a lenta consagração do indivíduo como sujeito do processo, há a proibição da obrigação de se auto-incriminar. Eventual confissão é válida se, e somente se, for feita por voluntária decisão do imputado e que este saiba, *previamente*, do seu direito de não ser obrigado a se auto-incriminar.

O privilégio da não autoincriminação, doutrinariamente conhecido como *nemo tenetur se detegere*, em virtude da força de sua constituição normativa de princípio, outorga ao incriminado, uma posição subjetiva que, via de regra, o exime de auxiliar a acusação quanto à produção de provas possivelmente incriminatórias.

Neste sentido, significa que a garantia desse direito deve ser acatada sempre que possível, analisando os pressupostos jurídicos do caso concreto. Traduz-se assim, que essa garantia se dissemina até que uma interferência estatal justificável e proporcional a reprima.

Diante da necessidade que o Estado possui de cumprir obrigações tais como a de proteção aos direitos fundamentais, torna-se imprescindível que a legitimidade seja exercida por meio do direito penal e do processo penal, “fontes de incontáveis intervenções nos direitos individuais” (MARTELETO FILHO, Wagner, 2012, p. 101).

Do direito penal extrai-se a intervenção estatal em direitos fundamentais da mais alta importância, dentre os quais se destaca o direito de liberdade. Para obter atuação legítima do *jus puniendi*, já que não existe coerção direta nesta seara, o Estado precisa valer-se do processo penal (*nulla poena sine iudicio*).

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 76), o direito a não autoincriminação é:

Uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação do investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.

E tem como objetivo, conforme complementa Maria Elizabteh Queijo (2003, p.55):

Proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

Neste caminhar, inevitável admitir que apenas um processo eficiente, em consonância com o desenvolvimento científico e em agradável regularidade com a evolução da sociedade, será capaz de reduzir as possibilidades de erro e, desta forma, ensejar, legitimamente ao emprego do *jus puniendi* no caso concreto.

## 5.1 Fundamentos da Não autoincriminação

Como foi possível observar, o direito aqui tratado respalda-se por absoluto nos direitos fundamentais da pessoa humana.

Segundo Loke, todos homens possuem direitos naturais, preexistentes às normas governamentais, existindo estas apenas para melhor organizá-los e garanti-los. Em virtude disto, teriam os indivíduos o direito à resistência de atos mandamentais quando representassem uma degradação política, por afrontar os direitos que lhes são inerentes e fundamentais.

É o que doutrinariamente também recebe o nome de direito de oponibilidade contra o Estado, perfeitamente aplicável neste caso por se perceber que este, ao invés de lhe assegurar um processo em conformidade com a Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais, toma-se ao lado oposto e ele mesmo regula normas que lhe privam de gozá-los.

Por todo o exposto é possível perceber que o direito a não autoincriminar-se é extraído de cláusulas clássicas do atual processo penal, tidas como ‘fundamentos’ do direito de não produzir provas contra si mesmo. Consoante André de Carvalho Ramos (2009, p. 12/13), são elas: “a presunção de inocência, o devido processo legal e ampla defesa, proteção à intimidade e à dignidade humana”, que serão objetos a seguir tratados.

### **5.1.1 Da Presunção de Inocência**

Em 1764 já se ouvia falar no embrião do que seria mais tarde um princípio constitucional, a par da advertência de que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada” (BECCARIA, Cesare, 1997, p.69).

Previsto no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e no artigo 11 da Declaração Universal de direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), o Princípio da Presunção de Inocência retira do acusado o ônus probatório processual, transferindo-o à acusação e, exigindo, em caso de não haver demonstração incontroversa do alegado, a absolvição (*in dubio pro reo*).

Isso ocorre porque, não restando comprovada a autoria dos fatos, juntamente com todos os elementos necessários à condenação, presume-se ser o acusado inocente, haja vista que, caso não o fosse, seria tal façanha demonstrada e comprovada no decorrer da persecução processual.



Consequentemente, referido princípio traz ao indivíduo a passividade processual também no que se refere à produção de provas, ou seja, o direito de quedar-se inerte durante o trâmite processual, sem em absolutamente nada contribuir, sobretudo em favor de sua própria condenação.

No ordenamento jurídico brasileiro esse princípio se fazia presente apenas de forma implícita, em decorrência do princípio do devido processo penal.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, passou a sê-lo garantia expressa, inclusive dentro do rol dos direitos fundamentais da pessoa, elencados no corpo de seu artigo 5º (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

Segundo Renato Brasileiro Lima (2014, p.49), há três significados para o princípio da presunção de inocência nos referidos tratados e legislações internacionais, a saber:

1) Tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas italianas); 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência na Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

Temos, portanto, que a presunção de inocência consiste no direito de não ser declarado culpado de outro modo que não seja por sentença transitada em julgado, em processo que tenha sido respeitado o devido processo legal.

Da interpretação das normas internacionais supra citadas, percebe-se a terminologia ‘presunção de inocência’, porquanto a nossa carta magna em momento algum utiliza a palavra ‘inocente’, mas apenas que ninguém será considerado culpado, o que nos levaria a um ‘princípio da não culpabilidade’ em lugar da ‘presunção de inocência’.

Todavia, em que pese a diferenciação terminológica entre o texto constitucional e as normas internacionais, segundo Renato Brasileiro de Lima, não

há que se fazer distinção entre o resultado produzida por um ou outro vocábulo que, inclusive pela jurisprudência atual, são tidos como sinônimos<sup>1</sup>.

### 5.1.2 Do devido processo legal e a ampla defesa

Do princípio do Devido Processo Legal é extraída a consagração do sistema acusatório, fazendo compor o processo penal de partes a quem deve ser conferida o contraditório e ampla defesa, ratificando a ideia do ônus probatório da acusação e direito de inércia do acusado, quando o assunto for elaboração de provas contra si próprio.

Senão, veja-se o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. CONCURSO DE AGENTES.PENA-BASE. FIXAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO. CULPABILIDADEACENTUADA. JUÍZO DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. ELEMENTO QUE NÃO FAZPARTE DO TIPO. SANÇÃO MOTIVADA NESSE PONTO. PERSONALIDADECONSIDERADA DESFAVORÁVEL. NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO À NÃOAUTO-INCRIMINAÇÃO. SISTEMA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. OFENSA.COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA. 1. A culpabilidade que foi aferida pelo magistrado foi aquela em sentido lato - a reprovação social que o crime e seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, observadas as suas peculiaridades- e não a culpabilidade em sentido estrito, elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida. 2. Não há como valorar em desfavor do acusado, a título de má personalidade, o fato de ter negado a verdade acerca dos fatos criminosos, pois, diante do sistema de garantias constitucionais e processuais penais vigentes, e constatando-se ainda que não estão brigado legalmente a dizer a verdade, nada mais fez do que exercitar seu direito à não auto-incriminação (arts. 5º, LXIII, daCF e 186, e seu parágrafo único, do CPP). 3. Ordem parcialmente concedida para anular em parte a sentença no tocante à dosimetria, fixando a pena do paciente definitivamente em 2 anos e 6 meses de reclusão, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatidos. (STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 04/02/2010, T5 - QUINTA TURMA, undefined – Grifo Nosso)

HABEAS CORPUS" - INTERROGATORIO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE ADVOGADO - VALIDADE - PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO - INAPLICABILIDADE - PERSECUÇÃO PENAL E LIBERDADES PUBLICAS - DIREITOS PUBLICOS SUBJETIVOS DO INDICIADO E DO RÉU -

<sup>1</sup> A título de exemplo: STF, 1ª turma, Al-AgR 604.041/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 092 - 31/08/2007; STF, 2ª turma, HC 84.029/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/09/2001 p.42 (LIMA, Renato Brasileiro, 2014, p.49).

PRIVILEGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO . - A SUPERVENIENCIA DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL NÃO DESQUALIFICOU O INTERROGATORIO COMO ATO PESSOAL DO MAGISTRADO PROCESSANTE E NEM IMPÔS AO ESTADO O DEVER DE ASSEGURAR, QUANDO DA EFETIVAÇÃO DESSE ATO PROCESSUAL, A PRESENÇA DE DEFENSOR TECNICO. A AUSÊNCIA DO ADVOGADO NO INTERROGATORIO JUDICIAL DO ACUSADO NÃO INFIRMA A VALIDADE JURÍDICA DESSE ATO PROCESSUAL. A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL, AO DISCIPLINAR A REALIZAÇÃO DO INTERROGATORIO JUDICIAL, NÃO TORNA OBRIGATORIA, EM CONSEQUENCIA, A PRESENÇA DO DEFENSOR DO ACUSADO . - O INTERROGATORIO JUDICIAL NÃO ESTA SUJEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITORIO. SUBSISTE, EM CONSEQUENCIA, A VEDAÇÃO LEGAL - IGUALMENTE EXTENSIVEL AO ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO-, QUE IMPEDE O DEFENSOR DO ACUSADO DE INTERVIR OU DE INFLUIR NA FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS E NA ENUNCIACÃO DAS RESPOSTAS. A NORMA INSCRITA NO ART. 187 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL FOI INTEGRALMENTE RECEBIDA PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL . - QUALQUER INDIVIDUO QUE FIGURE COMO OBJETO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATORIOS POLICIAIS OU QUE OSTENTE, EM JUÍZO PENAL, A CONDIÇÃO JURÍDICA DE IMPUTADO, TEM, DENTRE AS VARIAS PRERROGATIVAS QUE LHE SÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADAS, O DIREITO DE PERMANECER CALADO. "NEMO TENETUR SE DETEGERE". NINGUEM PODE SER CONSTRANGIDO A CONFESSAR A PRATICA DE UM ILICITO PENAL. O DIREITO DE PERMANECER EM SILENCIO INSERE-SE NO ALCANCE CONCRETO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. E NESSE DIREITO AO SILENCIO INCLUI-SE ATÉ MESMO POR IMPLICITUDE, A PRERROGATIVA PROCESSUAL DE O ACUSADO NEGAR, AINDA QUE FALSAMENTE, PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL OU JUDICIÁRIA, A PRATICA DA INFRAÇÃO PENAL. (STF - HC: 68929 SP , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/10/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-08-1992 PP-13453 EMENT VOL-01672-02 PP-00270 RTJ VOL-00141-02 PP-00512, – Grifo Nosso).

Evidente, pois, que a proibição de produção de provas contra si próprio, princípio também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, abarca o direito à defesa em sua modalidade passiva, operada pela inatividade do sujeito de direitos sobre quem está recaindo a imputação criminosa.

A ampla defesa pode ser vista como direito, se vista do ponto que privilegia os interesses do acusado, ou como garantia, se observada sob o enfoque público que tem um processo justo, de preponderar o interesse geral.

Está inerentemente ligada ao princípio do contraditório, já que só pode ser exercida em função de um dos componentes que abarcam o contraditório, que o direito à informação. Entretanto, apesar dessa íntima ligação entre os dois institutos, eles devem ser confundidos.

Por força do sistema acusatório acolhido, o processo penal coloca as partes em posições opostas, em que uma delas, determinada como a parte acusada, estará sempre em posição de defesa, o que qualifica a ampla defesa. Contudo, de outro lado existe a necessidade de cada uma das partes manifestar-se contrapostamente aos atos e termos da parte adversa, o que qualifica o contraditório.

Neste sentido, conclui Renato Brasileiro Lima (2014, p. 57): “Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra”.

Ressalta-se ainda que o contraditório não é princípio ligado exclusivamente à defesa, posto que deve ser também observado pela parte acusatória e pelo juiz. Assim, dizer que o princípio do contraditório foi violado, nem sempre trará uma violação conjunta ao direito de defesa, à exemplo de quando o juiz impede que o Ministério Público se manifeste sobre determinada prova apresentada pela defesa.

A ampla defesa pode ser dividida em positiva, quando o acusado produz elementos probatórios sobre a materialidade e autoria a seu favor, ou negativa, quando ele deixa de produzir provas, por considerá-las nocivas à defesa.

Banda outra, a doutrina traz como condição da ampla defesa abranger a defesa técnica, exercida pelo profissional de direito, entendida por aquela ligada ao processo, também chamada de defesa específica, e a autodefesa, que é a material ou genérica.

A defesa técnica é irrenunciável e sem ela o processo penal não pode prosseguir, ainda que o acusado não queira ser defendido ou mesmo em caso de revelia, ocasiões em que obrigatoriamente será feita a nomeação de defensor nos autos, sob pena de nulidade de todos os atos processuais que assim não forem praticados.

A autodefesa, por sua vez, é ato disponível do acusado e para garantir o seu exercício deve existir a citação válida.

Comumente é operada por meio do interrogatório, onde poderá contar a sua versão dos fatos e tentar convencer o juiz de sua inocência, mas também pode escolher quedar-se inerte sem nada falar.

Outros meios de manifestação da autodefesa são o direito de participar da audiência, o direito de presença processual e o de postular pessoalmente, sobre os quais não tratei particularmente, para que não se abranja o tema mais que o necessário para o enfoque deste trabalho.

Insta, por fim, destacar que, em que pese ser direito renunciável, eventual afronta ao direito de ampla defesa também é causa de nulidade absoluta.

### **5.1.3 Da Proteção à intimidade, privacidade e à dignidade da pessoa humana**

Há ainda quem defenda que o direito à intimidade também fundamenta a proibição de autoincriminação pela simples essência da intimidade, que garante ao indivíduo a preservação de sua vivência e, conseqüente, de prestar informações sobre esta, ao conhecimento público.

Afirma Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 318), que o direito à privacidade leva à pretensão da pessoa em não ser foco da observação de terceiros e não ter suas informações e características pessoais e particulares expostas a quem quer que seja e muito menos ao público em geral.

Por excelência, entretanto, há que se admitir ser a atual proibição, fruto inerente ao Princípio da Dignidade Humana, por todos os motivos apresentados no capítulo específico, ao assegurar não só a vida pessoal digna, como um “ser processado” também com dignidade e preservação de seus direitos fundamentais, dentre os quais é encontrado o direito à intimidade.

## 5.2 Disposição Legal no Brasil

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o direito a não autoincriminação tem por respaldo inicial o artigo 5º da Constituição Federal, ao dispor em seu inciso LXIII que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (Grifo Nosso).

Em decorrência desta garantia constitucional, nos casos em que for omitido ao preso o direito de permanecer calado, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que será esta causa de nulidade:

EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, consequências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. [...] (STF - HC: 68929 SP , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/10/1991, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28-08-1992 PP-13453 EMENT VOL-01672-02 PP-00270 RTJ VOL-00141-02 PP-00512–Grifo Nosso).

Banda outra, o §2º do mesmo dispositivo legal, expressa que não estão excluídos de proteção outros direitos e garantias que forem decorrentes do regime e princípios pela Constituição Federal adotados, bem como de tratados internacionais em que seja parte a República Federativa do Brasil.

Assim, não bastasse todo o bojo constitucional que protege a impossibilidade da autoincriminação em virtude dos fundamentos já expostos, em 1992 foi incorporada ao ordenamento interno brasileiro a Convenção Americana sobre Direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que, além de outros

direitos e princípios, como o da presunção de inocência, traz explicitamente a preservação da não autoincriminação:

Artigo 8º - Garantias judiciais

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

[...]

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

A importância do conhecimento de que, além da proteção desse instituto ter fundamentação legal interna, sê-lo também internacionalmente amparado por tratados se dá quanto à eventual descumprimento, posto que ensejará responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por violar direitos humanos, o que gera, não se pode negar, maior comprometimento do Estado em seu cumprimento.

### **5.3 Titularidade do direito de não produzir prova contra si mesmo**

Enquanto a Constituição Federal, como visto, garante ao 'preso' o direito de permanecer calado, os tratados internacionais ampliam esse direito, ao passo que tornam a garantia de não produzir provas contra si mesmo, uma vantagem, da mesma forma, do 'acusado'.

Por outro lado, ainda que não precise estar preso para invocar tal prerrogativa, já que passível também ao acusado, resta a indagação sobre a possibilidade de invocação por pessoa não presa, mas que também não foi formalmente acusada.

Da análise sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, obtém-se a conclusão de que, mesmo não sendo preso ou acusado formal, poderá qualquer pessoa valer-se deste direito pois, se

assim não fosse, “bastaria retardar a acusação, para que determinada pessoa fosse constrangida a produzir prova contra si ao ser chamada para depor na condição de *testemunha*”. (RAMOS, André de Carvalho, 2009, p. 15)

Pacificado está tal entendimento no Supremo Tribunal Federal:

Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas respostas entenda possam vir a incriminá-lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão. (STF, HC 79.244/DF, j. 23.02.2000, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 24.03.2000, p.38)

Ou seja, determina o dever de comparecimento das testemunhas, restando, contudo, assegurado, o direito de privar-se de respostas auto incriminadoras.

Fica, pois, demonstrada, que a titularidade do exercício do direito a não produzir provas contra si próprio, pertence a qualquer cidadão, independente de estar na posição de preso, acusado ou testemunha.

#### **5.4 Desdobramentos do Direito de não Produzir Provas contra si mesmo**

Como já trazido sumariamente neste trabalho, a garantia do *Nemo tenetur se detegere* não é sinônimo do direito ao silêncio, mas apenas este é um dos desdobramentos daquele que serão neste tópico analisadas segundo o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 80-82).

O direito ao silêncio ou de permanecer calado, significa que a pessoa não será obrigada a responder perguntas eventualmente formuladas pelas autoridades policiais ou judiciárias, consagrando a modalidade passiva de defesa.

Outra modalidade é o ‘direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal’, garantindo, conforme a Convenção americana sobre Direitos Humanos (artigo 8º, §2º, “g” e §3º), que ninguém será constrangido a fazê-lo.



Em sequência o desdobramento da ‘inexigibilidade dizer a verdade’, o que traduz tão somente a ideia de que a mentira é tolerada no ordenamento jurídico, e não que o indivíduo tem ‘direito à mentira’ pois, como também outrora fora dito neste trabalho, se assim o fosse, não lhe poderiam ser imputados os crimes de falsa identidade, denúncia caluniosa e autoacusação falsa.

Ou seja, a inexigibilidade de dizer a verdade restringe-se à proteção do acusado, não podendo servir de subsídio para que cometa outros delitos.

Posteriormente o desdobramento consistente no ‘direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo’. Deste modo, sempre que a produção de prova depender de ação do acusado, ele não estará impelido a fazê-lo.

Nesse caminhar, na hipótese de o acusado não quere colaborar com a produção de prova, não será possível atribuir-lhe o cometimento de desacato e tampouco desobediência, bem como não se pode da negativa de cooperação extrair qualquer indício de culpabilidade.

Por fim, o desdobramento do ‘direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva’. Já explicado anteriormente o que são provas invasivas e não evasivas, reitera-se a impossibilidade de produção forçada da prova invasiva, ao contrário do que pode ser feito com as consideradas não invasivas.

## **5.5 Poder de investigação: Limites Constitucionais Frente ao Direito de Não Autoincriminação**

Em princípio, e durante muito tempo, a garantia de não produzir provas contra si mesmo foi confundida com o direito ao silêncio.

Em que pese este instituto possuir previsão legal interna e externa (também previsto em tratados internacionais dos quais é signatário o Brasil) e corresponder, segundo Wagner Marteleto Filho, “ao núcleo duro da garantia contra a autoincriminação” (2012, p.67), com estrutura normativa de regra, não devem ser confundidos entre si, sendo certo que nenhum dos dois podem ser, via de regra, suprimidos.

Sobre tal aspecto, ensina ainda Wagner Marteleto Filho (2012, p. 68): “Isso se dá porque a regra estabelece um direito definitivo, sendo aplicável através de uma subsunção direta entre o pressuposto fático (interrogatório normal) e seu enunciado (direito ao silêncio), não tolerando restrições”.

Ainda na antiguidade alguns países passaram a abarcar a possibilidade de falsidades e práticas mentirosas, tendo sido invocado até mesmo o direito a mentir sua identificação com o pretexto de não autoincriminar-se, o que hoje é claramente proibido em nosso ordenamento.

A negativa de fornecimento de dados para sua qualificação configura contravenção penal prevista no artigo 68 da Lei das Contravenções Penais, assim disposta: “Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência”.

Banda outra, o fornecimento inverídico das informações quando de sua qualificação, configurará a figura típica de “Falsa Identidade”, prevista no artigo 307 do código Penal ao “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”.

É bem verdade que a lei processual brasileira não traz restrição alguma à utilização provas decorrentes de violação ao direito de não autoincriminação, sendo certo que a proteção à obstrução advém da interpretação de tratados e convenções internacionais das quais o Brasil faz parte, bem como de princípios constitucionais.

Muito embora existam entendimentos em sentido contrário, a recusa na colaboração de produção de prova não constitui crime de desobediência, mesmo porque não há previsão legal penal ou processual para tanto.

Do mesmo modo, o STF pactua com tal entendimento e tem obstado a possibilidade de compelir o acusado a cooperar na produção de provas, como nos casos de reconstituição de crime e exames grafotécnico.

Todavia, não é possível ter como absoluto tal direito, sobretudo em ocasiões em que o Estado não tiver forma diversa de suprir a elaboração daquela prova. Tal qual ocorre no direito Alemão, em casos como este, deve-se buscar o princípio da Proporcionalidade.

Em exemplo, traz Marcellus Polatri Lima (2009, p. 183) “se negando o acusado a se submeter ao exame grafotécnico, poderá ser feita busca e apreensão de papéis ou documentos nos quais contem a assinatura ou grafia do acusado, para fins de servir de padrão”.

Deve-se, contudo, quando da utilização do Princípio da Proporcionalidade, sempre levar em consideração a adequação, necessidade e proporcionalidade *in latu sensu*, ou seja, valer-se da ponderação de bens em conflito do caso concreto, utilizando-o sempre em sentido estrito, para ter como garantida a mutação do Estado Absolutista para o Estado Liberal, e fazendo jus à posição de destaque que ocupa na estrutura principiológica da constitucional brasileira.

Isso porque a ausência de limites ostensivos na Constituição Federal bem como na legislação infraconstitucional não constitui direito absoluto do *nemo tenetur se detegere*. Os limites, pois, decorrem da necessidade de coexistência de outros direitos e valores que também possuem proteção constitucional.

Assim, por tratar de direito constitucionalmente patrocinado, a não autoincriminação deve ser limitada por lei, para que possa ocorrer a coexistência legislativa.

Neste seguimento, importante lembrar sobre a ampliação hermenêutica que passou a ter esse direito, que não deixa, até hoje, de ser polêmica, o que torna necessário o estudo especificado de alguns outros institutos, tais como o direito ao silêncio, direito à mentira e de não apresentar documentos.

Como bem sabido, o direito ao silêncio não significa ausência de defesa, e sim alternativa consciente do sujeito passivo que se priva do fornecimento de informações, e apenas aguarda a comprovação do alegado por parte da acusação.

Entretanto, afora a indispensabilidade de que a lei regulamentadora do uso de tais provas deva considerar o princípio da proporcionalidade, deverá o juiz do caso concreto analisar a necessidade de tal medida, dando sempre prioridade às que não necessitem da intervenção corporal e, ainda, quando indispensável, valer-se das não invasivas por preferência.

Consoante complementa Marcellus Polastri Lima ( 2009, p. 182):

A doutrina costuma dividir as provas que exijam intervenção corporal no acusado em *invasivas e não invasivas*, sendo que as primeiras são aquelas em que se necessita fazer a penetração no corpo humano, seja por cavidades naturais ou não, ou seja, através de instrumentos ou de substâncias, e as segundas aquelas obtidas sem a penetração no corpo do acusado. São provas invasivas, dentre outras: a endoscopia, o exame de sangue, o exame ginecológico, o exame do reto e a perícia dentária em pessoa viva. São provas não invasivas, por exemplo: os exames de DNA em fio de cabelo e em pelos, os exames de matérias fecais, a identificação dactiloscópica e a radiografia. Existem outras provas que podem ser obtidas por meios invasivos ou não, como são os casos dos exames de esperma, urina e saliva.

Incabível, dessa forma, extrair qualquer fruto negativo pelo exercício do direito ao silêncio que, como outrora ressaltado não pode ser suprimido, o que ocorria com a previsão do antigo texto do artigo 186<sup>2</sup> do CPP, agora já alterado, trazendo como direito garantido o silêncio do réu:

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

Por outro lado, partindo do pressuposto de que o acusado aceitou prestar declarações, resta grande polêmica sobre a possibilidade da admissão de mentira por parte deste, em decorrência do direito de *nemo tenetur se detegere*.

Neste diapasão torna-se tanto quanto obscura a diferença entre as naturezas de “calar a verdade” e “mentir”, não sendo possível a extração de uma a partir da outra. Em primeiro plano deve ser observado o fato de que, quanto ao direito de mentira, não existe a mesma uniformidade que existe ao direito de silêncio.

Muito embora o tipo penal de Falso Testemunho ou Falsa Perícia não abarque o réu ou acusado, deve ser levado em conta que a sua ampla defesa retenha-se a fato ou à autoria. Destarte, a declaração falsa do réu que imputa a

---

<sup>2</sup> Art. 186: Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

outrem a prática do crime, não pode ser tida como legítima, visto que atinge direitos de terceiros.

Deste modo, uma conciliação entre a atipicidade da conduta mentirosa do acusado em um processo e os direitos de terceiros, deve ser tentada.

Por outro lado, quando o assunto for a existência ou não de direito a não apresentar documentos, há que entender ser a confissão e o fornecimento de informações documentais, institutos absolutamente diversos, posto que os documentos por si só não possuem o condão de incriminar ou absolver alguém.

A guerra da defesa restará na interpretação sobre o sentido que será dado para cada informação obtida pelos documentos fornecidos, tornando por legítima a requisição ou até mesmo a busca e apreensão judicial.

Faz-se, pois, necessária a atenção sobre alguns dos meios de prova mais utilizados nas investigações e sua eventual afronta ao direito de não produzir prova contra si mesmo:

As buscas pessoais são utilizadas para a descoberta de armas ou instrumentos capazes de causar risco à incolumidade pública, tal qual o exame de corpo de delito, que atingem menos intensamente os direitos fundamentais envolvidos, como a intimidade e liberdade, ao passo que não afetam a integridade física.

Wagner Marteleto Filho (2012, p. 104), complementa:

Oportuno destacar a natureza geralmente preventiva das *buscas*, não obstante possam ser realizadas após a prática de um delito, para descoberta do corpo de delito. Em vista de suas características essenciais (afetação leve de direitos fundamentais, objetivos preventivos, inexistência de ofensa à integridade física, etc), as buscas pessoais não demandam autorização judicial, autorização esta que, na verdade, poderia mesmo redundar na ineficácia da medida.

As inspeções corporais, por outro lado, possuem o objetivo de estudo e exposição de determinados aspectos da pessoa, coisa ou local examinados. Neste instituto o órgão sensorial atuante é a visão, não necessitando, portanto, da apreensão de objeto qualquer.

Os registros corporais, em sentido contrário, são mais capazes de ferir direitos constitucionais envolvidos, sobretudo a intimidade, haja vista recair sobre partes íntimas do corpo, tais como os orifícios naturais (vagina, ânus e boca). Tal medida tem o escopo de apreender o próprio corpo de delito ou elementos relacionados, que sejam interessantes ao conjunto probatório.

O reconhecimento pessoal, por sua vez, é medida fadada a determinar, por meio da vítima ou testemunha, através de análise em que recorda o acontecido em determinado contexto, comparando as duas experiências, se aquela pessoa a quem se imputa o fato, foi o presumido responsável, conforme previsão do artigo 226 no CPP, permitindo-se, inclusive, a condução coercitiva do acusado, nos termos do artigo 260 do mesmo diploma legal.

Há, ainda, a expressa previsão legal da busca pessoal (artigo 240, §2º e seguintes do CPP), sendo que deste instituto, juntamente com o reconhecimento pessoal, decorrem o registro corporal e inspeção pessoal.

E neste sentido, Wagner Marteleto Filho:

Advirta-se que, por configurarem *restrições*, ainda que leves, tais medidas devem se *idôneas* (aptas ao fim proposto e fundadas em indícios de autoria), *necessárias e estritamente proporcionais* (no sopesamento entre os direitos envolvidos na situação de colisão). Fora dos demais direitos fundamentais atingidos, exigindo-se a cessação da intervenção.

Desta feita, tem-se que os referidos meios de prova utilizam a cooperação passiva do acusado, todavia, não demandam sua atuação na modalidade comunicativa. São frequentemente utilizados, e tido não como violadores da proteção a não incriminação, mas tão somente como restrições fixadas ao vasto campo de proteção do direito fundamental.

## 5.6 Consequências da Afronta ao Direito de Não Autoincriminação

Inicialmente, cabe lembrar ser o *nemo tenetur detegere* direito fundamental com status de norma constitucional e, em vista de ser considerada lícita a prova obtida em conformidade com as normas constitucionais, a consequência da violação a não autoincriminação não poderia ser outra senão a condução de ilicitude probatória.

Dado o fato de estarmos diante de direito constitucional, o alcance da ilicitude não poderia restar configurada apenas no âmbito das nulidades, mas sim como no da inadmissibilidade.

No plano do interrogatório, a advertência do réu quanto ao direito de permanecer em silêncio é imprescindível para a licitude da prova eventualmente colhida, assegurando a autodeterminação do acusado ao optar pela cooperação.

Com a advertência, busca-se frustrar futuras alegações de violação ao direito de defesa pela via passiva do silêncio, o que normalmente ocorre com as “declarações informais”, obtidas na fase investigativa, ou até mesmo em entrevistas. E assim complementa Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 397):

Eventual confissão colhida do acusado nessas circunstâncias é ilícita porque atenta ao *nemo tenetur se detegere* e, conseqüentemente, não poderá ser admitida como prova. Inadmissíveis também, pela violação ao *nemo tenetur se detegere*, são os elementos probatórios colhidos em entrevistas do acusado à imprensa.

Todavia, se em ocasião de não ser o acusado advertido do seu direito de silêncio, ainda sim ele silenciar e não exercer a autodefesa, sem autoincriminar-se, o interrogatório será válido e sem qualquer nulidade, em razão de não ter havido prejuízo algum para a defesa, caso em que inexistirá prova ilícita ao passo que não houve confissão.

Por outro lado, a advertência deficiente (não formulada em termos capazes de atingir sua finalidade), é capaz de avocar a ilicitude da prova, a exemplo de ter havido o alerta sobre o direito de permanecer em silêncio, mas não sobre que

do exercício desse direito não poderão ser extraídas conclusões prejudiciais à defesa, e no interrogatório ele acabar por confessar.

Da mesma forma ocorrerá quando, apesar de devidamente informado, for persuadido pela autoridade a conceber respostas de tal modo que acabe por confessar o fato.

Na mesma direção seguem as confissões obtidas por interrogatórios em que sejam utilizadas técnicas vedadas, e a formulação de perguntas sugestivas e capciosas pela autoridade que procede ao ato.

Como medida de rigor, a prova que afronte o direito fundamental aqui tratado deverá ser desentranhada dos autos, e é por isso que não se fala somente em nulidade, mas em inadmissibilidade.

Assim, se a denúncia, por exemplo, tiver fundamento na prova ilícita será esta nula e outra deverá ser oferecida, tomando por base outros elementos probatórios. Caso contrário, em que seja a prova ilícita a única de fundamentação, deverão ser os autos de inquérito policial arquivados, com fundamento no artigo 18 do CPP, desta forma, caso surjam novas provas, e sendo estas lícitas poderá o trâmite ser retomado.

Em caso de ser a prova colhida já na fase processual, deverá ser desentranhada para que não corra o risco de influenciar o convencimento do juiz no posterior julgamento e, caso não a seja, impossível será a valoração desta para qualquer ato processual, seja a sentença ou decretação de medidas cautelares, sobretudo prisões.

Insta destacar, pois, que em caso de valoração da prova ilícita por parte do magistrado, qualquer que seja o ato praticado, sê-lo-á nulo, e deverá ser assim decretado pela instância superior.

Do interrogatório nulo, caberá renovação, bem como dos atos processuais subsequentes; da sentença transitada em julgado, por outro lado, caberá revisão criminal, sendo possível que o próprio tribunal competente, ao excluir a sentença nula, absolva o acusado.



Resta demonstrada a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, posto que da obtenção de uma prova que afronte o princípio de não autoincriminação, contaminada estarão as outras que dela decorrerem.

Sobre as exceções para referida teoria, dispõe Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 403):

As exceções à regra de exclusão da prova derivada da prova ilícita devem ser consideradas com cautela. É que, não raro, podem estimular a prática de ilicitudes, especialmente pelos órgãos da polícia. Desse modo, a exceção referente à segurança pública, embora guarde relação com o princípio da proporcionalidade, parece justificar qualquer violação aos direitos do acusado, inclusive ao *nemo tenetur se detegere*, o que coloca em risco as garantias constitucionais, a dignidade da pessoa e a ética na realização do processo.

Por fim, ainda no âmbito das exceções quanto à admissão de provas ilícitas em razão da violação do direito a não se autoincriminar, é de se levar em conta que, conforme Maria Elizabeth Queijo, “quando a prova colhida favorecer a defesa poderá ela ser valorada e permanecer entranhada nos autos”.

O motivo de tal assertiva é que, em caso de favorecimento à defesa, a ponderação dos direitos enredados, por aplicação *in bonam partem*, deve levar ao acolhimento da prova.

## 6 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Antes de adentrar ao tema da identificação criminal, indispensável se faz um breve estudo sobre o que seria a identificação humana, já que aquele é espécie deste.

A identificação pode ser feita sob a ótica subjetiva (pessoal) e objetiva (física).

Enquanto a primeira forma de identificação relaciona-se com o conceito próprio que cada pessoa tem sobre si, a segunda é obtida pela “análise das características do homem mediante a descrição de marcas ou cicatrizes, das medidas corporais, do desenho das impressões digitais etc.” (SERGIO SOBRINHO, Mário, p. 16, 2003).

Segundo Antônio Ferreira de Almeida Júnior (p. 11, 1975), cada indivíduo é único, por possuírem características imutáveis que persistem inclusive no transcorrer do tempo, ou seja, traduz a ideia de que o conceito de identificação abrange os elementos da unicidade e imutabilidade.

São inúmeras as situações em que a identificação se faz necessária, tais como comprar um imóvel ou retirar uma encomenda do correio, já que sem se identificar seria impossível a consumação.

Afora das excessivas situações da vida civil que nos exigem a identificação, existem ainda os fatos ocorridos dentro da esfera criminal, que são os que nos trazem a este estudo.

Quando da ocorrência de uma infração penal, passa a existir a necessidade de verificar quais são as pessoas relacionadas e envolvidas com o crime, podendo sê-las tanto o(s) autor(es) da infração, como testemunhas, vítimas, etc.

Na primeira parte do artigo 5º, XLV da Constituição Federal de 1988 verifica-se a garantia da personalização da pena, por meio da qual é assegurado que ninguém poderá sofrer qualquer tipo de sanção por fato praticado por outrem,

diferente do que já fora outrora admitido nos antepassados como bem trazido por Antônio Ferreira de Almeida Junior (p.13, 1975):

“A má organização do serviço carcerário do Império ensejava ao senhor o abuso de tirar clandestinamente da cadeia o escravo homicida, mas estimado, e colocar em seu lugar um outro, de menor valia, para subir à forca.”

Neste sentido, acrescenta Mário Sérgio Sobrinho (ps. 16/17, 2003):

“Para que o Estado puna o infrator da lei penal, por meio da *persecutio criminis*, mediante a apuração do fato e o proferimento final de uma sentença, torna-se indispensável o conhecimento efetivo e seguro da correta identidade do autor do delito, até porque a Constituição Federal garante que ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado’”. (Grifo Nosso)

Verifica-se, pois, que sem a identificação, tarefas como o cumprimento de alvará de soltura, mandado de prisão, reconhecimento de cadáver, entre outras, seriam um tanto quanto incertas, quando não, impossíveis de ser realizadas.

A execução de atos que tendem a identificar uma pessoa traz à tona o duplo caráter que tem o processo penal, vez que simultaneamente busca a satisfação do interesse punitivo do Estado, como também serve de via de defesa para quem se considera inocente, a fim de evitar uma indevida aplicação de pena, que deve referir-se apenas ao apontado como autor do delito.

A identificação criminal, portanto, consiste na reunião de informações sobre uma pessoa suspeita de envolvimento num ato criminoso, com o escopo de criar uma identidade criminal, que alimentará os registros policiais e a folha de antecedentes criminais do indivíduo.

Os dados serão coletados no momento de uma eventual prisão em flagrante ou no indiciamento policial, e em seguida inseridos no banco de dados dos Estados a fim de assistir tanto órgãos policiais como o Poder Judiciário.

Insta destacar que a identificação criminal, conforme determinação constitucional (artigo 5º, LVIII), somente ocorrerá quando houver dúvida sobre a identidade civil do suspeito, nos termos da lei 12.037/2009, ocasião em que poderão

ser recolhidas as impressões digitais (datiloscopia) e fotografado o suspeito da autoria delitiva ou, ainda, coletar material genético (introduzido pela lei 12.654/12).

Desta forma, esclarece Renato Brasileiro de Lima (2014, p.133), sobre a necessidade da existência deste instituto, bem como sobre as formas de realização:

De fato, ainda que não haja qualquer dúvida quanto à autoria do fato delituoso, há situações em que pode haver certa incerteza quanto à verdadeira identidade do autor do crime: afinal, durante a coleta de dados de identificação, é bastante comum que o autor do delito omita seus dados pessoais, apresente informações inexatas, mentindo, usando documentos falsos, ou atribuindo-se falsa identidade.

E complementa (2014, p.133):

A propósito, dispõe o art. 5º da lei nº 12.037/09, que a identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. A identificação criminal abrange, portanto, uma sessão fotográfica, a coleta de impressões digitais do indivíduo e, em algumas hipóteses que serão estudadas mais adiante, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Grifo Nosso)

Esse tipo de identificação ocupa papel fundamental de auxílio na aplicação do direito penal, dado que, por meio dela, são registrados os dados identificadores da pessoa investigada, ensejando o conhecimento ou a confirmação da identidade, para que as sanções decorrentes do delito possam ser aplicadas.

Não estando configurada nenhuma das exceções trazidas pela lei regulamentadora supra, basta que a pessoa apresente seu documento de identidade (registro geral), ou qualquer outro documento público que tenha o condão de satisfazer a identificação civil, para que não haja a identificação criminal.

Neste diapasão, percebe-se que este instituto não pode ser utilizado como instrumento de arbítrio, mas tão somente ser entendida estritamente sob o preciso conceito e fim que lhe fora atribuído de simples e pura identificação.

Tanto é verdade que a identificação não deve auxiliar na produção de prova contra alguém, que é admitida antes mesmo da existência do processo ou

inquérito policial, pois se assim não fosse, e levassem em conta somente o princípio da presunção de inocência, a identificação seria permitida apenas após o trânsito em julgado da sentença, e funcionaria como 'um dos efeitos da condenação'.

Neste sentido, para que seja utilizada uma das formas de identificação como prova no processo (como comparação da impressão digital colhida no local do crime), deverá a parte interessada requerer a sua utilização como tal e, apenas deverão ser admitidas, produzidas e valoradas se respeitado o contraditório.

É o que evidencia Mário Sérgio Sobrinho (p. 85, 2003):

Não pode o juiz, por exemplo, sob pena de desrespeito ao princípio do contraditório e ao da ampla defesa, amparar uma decisão condenatória, no tocante à autoria delitiva, em observação pessoal da existência de semelhança entre a fisionomia estampada na fotografia inserida nos autos, retirada da pessoa presa em flagrante pela prática de crime, e as características físicas que notou existirem na pessoa do acusado presente à audiência de instrução e julgamento sem antes observar a correta introdução daquela foto como meio de prova no processo-crime.

No âmbito principiológico, importante lembrar que a identificação criminal não deve entrar em conflito com a presunção de inocência, posto que detém apenas o intuito de servir como parâmetro de orientação aos agentes do serviço, sem adentrar ao mérito sobre a autoria do delito.

Extrai-se, de tudo, duas considerações.

Primeiro que a obrigatoriedade da identificação criminal é amparada pela legislação constitucional e infraconstitucional, já que nenhuma pessoa pode negar o fornecimento de material fotográfico ou datiloscópico, caso não seja identificada civilmente, ou se encaixe em uma das exceções trazidas no artigo 3º da lei 12.037/2009 (dispõe sobre a identificação criminal).

Todavia, mesmo tratando de pessoa civilmente identificada, é indicada a anotação de suas características fisionômicas, posto que as anteriormente inseridas no prontuário civil podem estar desatualizadas.

Segundo que a identificação nada tem a ver com a investigação e tampouco interesse de assegurar eventual conservação de algum material destinado a produção de provas, de modo que não influencia a formação da *opinio delicti* ou da

opinião do magistrado julgador, a menos que sejam devidamente inseridos no processo como meio de prova, conforme supra explicado.

Cabe ainda ressaltar, quanto aos meios de produção da identificação criminal que, diante da proteção constitucional à intimidade, honra, imagem e liberdade humana, sejam estas mitigadas.

Quer-se assim dizer, que não cabe aos responsáveis pela identificação a utilização de quaisquer métodos vexatórios, ou que não prezem estes valores, para que dessa forma, possa ser cumprida a determinação maior da Carta Magna, em respeito à mínima dignidade humana.

### **6.1 A identificação Criminal e o Indiciamento Policial**

O indiciamento é o ato investigatório praticado exclusivamente pelo delegado de polícia no momento da prisão em flagrante ou até encerramento do inquérito policial. É dotado tão somente de caráter declaratório, que visa atestar a existência de provas do delito recaindo sob o suspeito, que passará a ser chamado de indiciado.

E assim o conceitua Renato Brasileiro de Lima (2014, p.141):

Indiciar é atribuir a autoria (ou participação) de uma infração pena a uma pessoa. É apontar uma pessoa como provável autora ou partícipe de um delito. Possui caráter ambíguo, constituindo-se, ao mesmo tempo, fonte de direitos, prerrogativas e garantias processuais (CF, art. 5º, LVII e LXIII), e fonte de ônus e deveres que representam alguma forma de constrangimento, além da inegável estigmatização social que a publicidade lhe imprime.

Por ser ato exclusivo do delegado de polícia fica uma dúvida quanto à possibilidade de fazê-lo após o término do inquérito policial, já na fase judicial dos autos.

Sobre tal possibilidade há divergência doutrinária, entretanto a parte majoritária entende não ser possível posto que configuraria um constrangimento

desnecessário ao suspeito, além de violar a economia processual e ser contraproducente. No mais, durante o curso processual o delegado não mais preside os autos, o que teria levado à preclusão de seu direito material de indiciar.

A corrente minoritária entende a perfeita possibilidade, por ordem do juiz, no momento do recebimento da denúncia, oficiando à delegacia para que o Delegado o faça.

Seria o chamado indiciamento indireto, caracterizado pela identificação e qualificação do suspeito, mas sem o interrogatório, apenas para fins de alimentar o banco de dados da polícia, ajudando o possível esclarecimento de outros crimes.

Como argumento traz ainda a corrente minoritária que, se a pessoa já figura como réu no processo, com certeza não haverá constrangimento em ser indiciado.

Outra divergência doutrinária repousa no fato de ser o indiciamento um pressuposto para a decretação da prisão preventiva. A corrente minoritária entende que o indiciamento é pressuposto para prisão, pois precisa de indício de autoria e prova da materialidade.

Banda outra, a corrente majoritária conclui a não precisão do ato para a decretação de prisão simplesmente porque a lei não exige. Além disso, o indiciamento é mero ato informativo da polícia, e como tal não poderia ser tratado por pressuposto para a decretação.

Basicamente, indicar, segundo Luiz Fernando de Moraes Manzano (2010, p. 143), é um aviso de garantia, composto por cinco atos: identificar (civil ou criminalmente), qualificar (direta ou indiretamente), tomar informações sobre a vida pregressa, interrogar policialmente o investigado e incluir seu nome no cadastro próprio da polícia judiciária.

Pode, ainda, ser feito de maneira direta ou indireta, sendo primeiro produzido com a presença do suspeito, agora indiciado; e o segundo produzido à ausência do indiciado.

É fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial a partir de uma interpretação sistemática do art. 6º, incisos V, VIII e IX do Código de Processo Penal, por não haver dispositivo legal que traga a previsão expressa deste ato.

Seus efeitos são sentidos na esfera extraprocessual bem como na endoprocessual.

Do ponto de vista extraprocessual, o indiciamento traz grande constrangimento social ao que passa a ser chamado de indiciado já que indica à sociedade que aquele indivíduo é considerado autor do delito para a autoridade policial, o que pode ser feito já no momento da prisão em flagrante ou somente no relatório final do delegado de polícia.

Não se pode olvidar da absoluta necessidade de reunião de elementos que possam fundamentar a decisão de indiciamento de determinada pessoa, o que foi ratificado com o advento da lei 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, em seu artigo 2º, §6º, através de análise técnico-jurídica do fato, devendo não só indicar a autoria, como a materialidade e suas circunstâncias.

Do ponto de vista endoprocessual, tem por finalidade orientar o Ministério Público para formação da *opinio delicti* no oferecimento da denúncia (“esboçar a denúncia”), posto que o indiciado, em regra será réu no Processo Criminal, sem conduzir à ideia de que, feito o indiciamento, haja obrigatoriedade de apresentação da peça acusatória.

Quanto ao sujeito alvo deste ato, esclarece Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 141):

O indiciado, então, não se confunde com um mero suspeito (ou investigado), nem tampouco com o acusado. Suspeito ou investigado é aquele em relação ao qual há frágeis indícios, ou seja, há mero juízo de possibilidade de autoria; indiciado é aquele que contra si indícios convergentes que o apontam como provável autor da infração penal, isto é, há juízo de probabilidade de autoria; recebida a peça acusatória pelo magistrado, surge a figura do acusado.

A partir do momento que passa a existir o indiciamento não mais será possível o arquivamento do Inquérito Policial, posto que este ato assegura que há provas contra aquela pessoa, restando ausente apenas a imputação fática, vez que o delegado não pode atribuí-la, mas que existem sim provas que recaem sobre o indiciado.



Tem ainda por finalidade concentrar as investigações na pessoa do indiciado dela podendo extrair prisões e interceptações, o que conseqüentemente gera o constrangimento de direitos fundamentais, sobretudo os de imagem, e por isso a necessidade de haver necessariamente fundados indícios de autoria quando da realização do ato.

Por gerar impacto no âmbito de direito fundamental da pessoa, é passível de sofrer controle judicial de legalidade e ser revogado, por exemplo, quando há indiciamento por fato atípico, prescrito, sem provas...

Do artigo 6º podem ser extraídos os atos tidos como de indiciamento, quais sejam, a identificação, a qualificação e o interrogatório policial.

No momento da identificação não existe autodefesa, isso porque não é possível exercer direito algum sem identificar-se, em referência à vedação constitucional ao anonimato.

Dessa forma, se o investigado mentir ou negar-se em fornecer dados para sua identificação restará por consumado o crime de falsa identidade, pois estará fraudando o processo.

A qualificação por sua vez, configura o agrupamento de dados pessoais do investigado, e também deve ser de forma verídica. Neste ato de indiciamento novamente não é possível o exercício da autodefesa porque ainda não se fala do crime em si, mas tão somente sobre quem está sendo investigado.

A partir do ato de Interrogatório policial passa a existir a possibilidade do exercício da autodefesa e, portanto, apesar de ser inquisitorial e sem presença de advogado, o investigado não se vê obrigado a falar nada e tampouco a verdade, isso porque a autodefesa é personalíssima e não precisa da presença de advogado para que seja exercida.

Pois bem, visto o que é, para que serve e quais são os atos de indiciamento, ater-me-ei ao ato de identificação criminal que, muito embora tenha natureza distinta do indiciamento em si, normalmente são produzidos numa mesma ocasião.

Na realização do indiciamento, a pessoa sobre a qual recaia a suspeita de autoria delitiva, terá possibilidade de ser submetida à identificação criminal quando for necessário, pelo meio datiloscópico e o fotográfico.

A expressão “quando necessário” se respalda na proibição constitucional trazida pelo artigo 5º, que em seu inciso LVIII assegura ao civilmente identificado a não submissão à identificação criminal, ressalvadas a hipóteses previstas em lei, adiante trazidas.

Enquanto o indiciamento se embasa na existência de indícios de autoria e demonstração da autoria delitiva de forma coerente e objetiva, sem que se faça necessário utilizar a subjetividade ou prática do investigador, a identificação criminal “requer uma análise objetiva da situação, pois a autoridade responsável pela prática do ato deverá verificar qual a forma da coleta de dados da identidade da pessoa (aproveitamento da identificação civil ou realização da identificação criminal)” (SOBRINHO SERGIO, 2003 p. 101/102).

À vista disto, resta claro que apenas será feita a identificação criminal nas hipóteses trazidas pelo artigo 3º da lei 12.037 de 1º de outubro de 2009 que, em regulamentação ao dispositivo constitucional supra, dispõe sobre a identificação criminal do que já for civilmente identificado. Vejamos:

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

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

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

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

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

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

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

Por força da realização seguida dos atos de indiciamento e identificação criminal no mesmo lugar (delegacia de polícia), não é de se espantar que, via de regra, tomem um deles pelo outro.

Em sintonia Fauzi Hassan Choukr ( p. 149, 1995):

Indiciamento e identificação não se confundem. O primeiro, entre nós, possui um caráter de individualização do suspeito, mas diferentes de outros modelos é levado a efeito por um Delegado de Polícia, em ato via de regra desmotivado e totalmente desgarrado de controle pelo titular da ação penal (postura que seria mais viável dentro de um modelo acusatório) ou mesmo do juiz [...]. Quanto à identificação criminal, a própria Constituição Federal tratou de limitar sua incidência, para permiti-la apenas nos casos em que o indicado não for civilmente identificado (portando cédula de identidade, por exemplo).

Por todo o exposto, incabível tratar o indiciamento como mero ato automático e mecânico da polícia, já que não pode ser realizado sem a demonstração dos motivos de sua incidência, sequer então confundi-lo com a identificação criminal daquele que provavelmente será considerado autor do crime.

## **6.2 A Utilização do Material Genético na Prática Forense**

Tratando de assunto tão específico, indispensável se faz trazer um conceito técnico sobre o que seria o material genético humano. Segundo o trazido por Mário Sérgio Sobrinho, (p. 36, 2003):

O DNA é uma macromolécula encontrada em células nucleares, sendo possível estudá-lo mediante a análise das amostras de substância orgânica que contenha material genético. No homem, este material pode ser extraído de várias substâncias, tais como sangue, sêmen, músculo, osso, dente (polpa dentária) e pelo (raiz). Grifo Nosso.

Quanto à identificação genética, nos ensina ainda o mesmo autor (p.37, 2003): “A identificação genética pressupõe que cada indivíduo apresente seu DNA exclusivo, cujo mapeamento cromossômico é igual em todas as células do organismo, permanecendo invariável ao longo do tempo”.

Como já dito, desde o início a identificação criminal foi buscada ser feita com características permanentes nos seres vivos, buscando sempre as mais

ímpares possíveis. Neste diapasão, percebe-se que o material genético ocupa lugar privilegiado.

O uso desse tipo de informação tornou-se frequente dentro do ordenamento jurídico brasileiro no final da década de 1990, inicialmente em litígios cíveis, e subseqüentemente nas investigações criminais, seja na fase de inquérito ou na de instrução processual, devendo apenas respeitar os princípios gerais do processo penal, no que toca ao cabimento e produção de provas.

Este conhecimento científico foi trazido para a seara jurídica em virtude das diversas facilidades que suas aplicações trazem principalmente nas áreas do direito de família e criminal, tais como ocorrem em investigações de paternidade e identificação de cadáveres.

Isso porque o material demanda grandes possibilidades de obtenção das células, como o sangue, sêmen, pêlos do corpo (sobretudo fios de cabelo) e objetos com saliva. Em restos cadavéricos, por exemplo, é possível a identificação genética pela análise de músculos, ossos e arcada dentária.

Ainda na área criminal, em posse do material genético encontrado na vítima ou no local do crime, é possível fazer a comparação com o material dos suspeitos de autoria, e localizar o(s) autor (es) do delito.

Percebe-se, pois, que embora o material genético seja de grande valia para a prática forense, sua utilização não se relaciona à identificação civil ou criminal. O respaldo de tal restrição, entretanto, será futuro objeto de capítulo próprio, como tema central deste trabalho.

## **7 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654 28 DE MAIO DE 2012, QUE PREVÊ A COLETA DE PERFIL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**

Como anteriormente explanado, a identificação criminal é medida de exceção, somente podendo ser realizada na ausência da identificação civil ou nas hipóteses previstas no artigo 3º da lei 12.037/2009, preteritamente elencadas.

Consoante ainda com o que fora previamente estudado, nos casos em que é autorizada a produção da identificação criminal, o procedimento deve ser executado pelos meios datiloscópico e fotográfico.

Todavia, a lei 12.654/2012, trouxe a inclusão de novo meio de identificação criminal, qual seja, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Ora, a identificação, seja civil ou criminal e, sobretudo esta, obtida por meio de coleta de material genético não deveria ser alternativa disponível, ao menos em uma sociedade que, diz-se, democrática de direito. Senão vejamos:

Segundo Lopes Júnior, é possível que o material genético encontrado em locais de crimes, ou no próprio corpo de uma eventual vítima, por exemplo, sejam utilizados como meio de prova, entretanto não se pode determinar que o próprio acusado o forneça para tal fim e, menos ainda, quando a finalidade for a de alimentar um banco de dados, mesmo que temporário.

Clarividente, pois, que o material genético se configura tão somente como um dos meios de produção de provas e não como forma de identificação criminal, e como tal deveria ser tratado, o que não foi observado pela lei em pauta.

Em que pese a identificação criminal não ser instituto de meio de prova, não há como quedarmo-nos inerte ao fato de que haverá grande possibilidade de o banco de dados gerado com base no perfil genético do acusado, tanto nos autos correntes como em autos futuros, ser utilizado num confronto de dados, que poderá acarretar na comprovação de sua autoria delitiva por prova

cedida por ele mesmo, em total descompasso com a garantia e proteção constitucional de não produzir provas contra si mesmo.

Como muito bem observado por Fábio Motta Lopes (p.156, 2009):

O STF, analisando a questão de realização coercitiva de extração de sangue para exame de DNA no âmbito cível, decidiu que não se pode obrigar alguém a fornecer material genético para perícia. Ainda que o julgamento se refira a uma ação de investigação de paternidade, raciocínio idêntico também deve ser feito na esfera criminal. (Grifo Nosso)

Em consonância, Wagner Marteleto Filho:

Embora eficiente para a elucidação da autoria, a perícia de DNA suscita vários problemas, seja no tocante à profundidade ou extensão do exame, seja no tocante aos direitos fundamentais restringidos (intimidade, autodeterminação informativa etc), seja no que se refere à eficácia do método para a identificação individual, que é menos exata do que pode supor à primeira vista.

Segundo Antônio Scarance Fernandes (p.292, 2007), que não realiza qualquer distinção entre a cooperação passiva ou ativa, em alusão ao artigo 8º do Pacto de São Jose da Costa Rica, o acusado não é obrigado a consumir qualquer ato que leve à autoincrimação, por força da proteção que lhe é conferida pelo *Nemo tenetur*.

Na mesma linha, Maria Elizabeth Queijo (p. 312, 2003), aponta que, muito embora o *Nemo tenetur* não deva ser tomado como direito ilimitado, a predominância no entendimento internacional é no sentido de ser inadmissível a exigência da colaboração ativa do acusado na produção de prova.

Assim, “não pode ser determinada a execução coercitiva das medidas tendentes à produção da prova, porque, em razão do *Nemo tenetur se detegere*, o acusado não pode ser compelido a cooperar na produção de provas que possam incriminá-lo.” Maria Elizabeth Queijo (2003, p.313).

Nesse aspecto, importante reiterar que não haverá problema de realização de perícias com materiais genéticos eventualmente encontrados, posto

que a inconstitucionalidade recai em tornar obrigatória a submissão à identificação do perfil genético, compelindo a produção de prova pelo acusado contra si próprio.

E muito bem conclui Wagner Marteleto Filho:

Portanto, no sistema jurídico-processual brasileiro, à míngua de regulamentação legal expressa, as intervenções corporais, sejam elas invasivas ou não-invasivas, só podem se realizar mediante consentimento válido do sujeito passivo. Tal consentimento pressupõe a advertência acerca do direito de não colaborar (tal qual a advertência sobre o direito ao silêncio), bem como a capacidade para consentir (maioridade – 18 anos – e capacidade mental).

Para que reste clara a inconstitucionalidade do texto da lei objeto deste estudo, necessária se faz uma análise pormenorizada das mudanças por ela introduzidas.

### **7.1 Estudo Pormenorizado da Lei 12.654 de 28 de Maio de 2012**

De recente ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, a lei em pauta originou-se no projeto de lei nº 2.458/2011, de autoria do Senador Ciro Nogueira (PP-PI), publicada no Diário Oficial da União no dia 29 de maio de 2012, e entrou em vigor em todo o território nacional a partir de novembro de 2012.

Como modificação legislativa, trouxe a previsão da coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e as providências necessárias para materialização do ato. Para tanto, alterou a lei 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal e a lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

Apresentou duas possibilidades de permissão da coleta do perfil genético, a primeira durante as investigações (para ser a informação do perfil coletado utilizada na ação em curso); e a segunda quando da condenação do acusado, em situações peculiares que serão adiante especificadas e analisadas.

Sustenta o repórter Marcelo Feller que a primordial função da coleta será a “alimentação de um banco de dados que contém o DNA de todos esses

condenados para, ao se deparar com qualquer material genético encontrado em uma cena de crime (ou na própria vítima), poder compará-lo com os DNA's já catalogados.”.

A lei em pauta tem o escopo de auxiliar no combate ao crime, otimizando as técnicas de identificação dos autores, bem como agilizando a efetividade do Poder Judiciário ao passo que, com a modernidade de meios que levem à constatação de autoria criminal, existirá uma tendência de que os erros judiciários diminuam.

Em que pese a existência de muitos argumentos favoráveis à existência desta lei, parcela da doutrina entende sê-la inconstitucional por trazer em seu bojo evidente afronta a determinados princípios constitucionais, conforme estudo a seguir demonstrado.

### **7.1.1 Análise sobre a modificação feita na lei 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal**

Como visto a identificação criminal do civilmente identificado só poderá ocorrer em uma das hipóteses do art.3º da lei 12.037/09.

Inicialmente a novel legislação introduziu às formas de identificação criminal a coleta de material genético em uma das exceções trazidas pelo dispositivo supra, qual seja a do inciso IV. Vejamos:

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

[...]

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

O que se deu pela inclusão do parágrafo único ao artigo 5º da lei 12.037/09, nos seguintes termos: “Art. 5º [...]. Parágrafo único. Na hipótese do inciso



IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético". (Grifo Nosso).

Percebe-se que neste estágio a lei não trouxe limitação quanto ao tipo de infração em que será possível a extração do material genético, o que nos leva a entender que, para qualquer tipo de crime, quando uma das pessoas autorizadas, entender essencial às investigações, e obtiver autorização judicial, poderá sê-lo extraído. Desta observação extraem-se duas críticas.

A primeira refere-se à instável interpretação do que seria "essencial" às investigações criminais, o que por certo ficará a depender dos limites da discricionariedade investigativa e proporcionalidade do poder de investigação. Ou seja, analisando a conveniência para a persecução penal, no momento em que entender oportuno, e se assim também entender proporcional ao caso, poderá ser autorizada a coleta do material biológico.

Ora, uma função estatal tão invasiva ao acusado, que acima de tudo é uma pessoa com dignidade a ser respeitada, não pode ficar à mercê de entendimentos tão vagos e oportunos das autoridades competentes.

Por outro lado, e aí entra a segunda crítica, é de se alertar que o legislador frustrou a possibilidade de o ofendido, nas ações privadas, entender essencial às investigações tal medida e o impossibilitou de requerê-la ao juiz, já que percebemos um rol taxativo de legitimados para elaborar o requerimento.

De fato parece existir uma ofensa ao princípio da isonomia. Se a lei, conforme concluído anteriormente, não trouxe limitação quanto ao tipo penal, por que foram excluídos aqueles que dependem de ação privada para ser exercido o poder de punir do Estado? Concebe-se daqui, a demonstração de total falta de coesão na justificativa autorizadora legalmente trazida.

Nos artigos posteriores trouxe informações complementares à realização do ato, tais como que os dados devem ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, que as informações terão caráter sigiloso, bem como que devem ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Entretanto, de forma peculiar devemos observar a inclusão do artigo 7º-A, trazendo a previsão de que a “exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.

Ora, qual terá sido o critério utilizado pelo legislador para que se ativesse apenas a este modo de extinção da punibilidade?. Por certo que esta restrição por si só demonstra inconstitucionalidade, afinal qualquer das outras formas de extinção deveriam trazer o mesmo efeito processual.

Neste diapasão, enfatizo e ratifico, a crítica feita ao esquecimento legislativo quanto às ações privadas, posto que neste caso a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito também deveriam ser causa de exclusão dos do perfil genético do banco de dados.

Ainda neste patamar, imprescindível destacar a possibilidade de absolvição do acusado que deveria possuir força muito maior ao de qualquer causa de extinção da punibilidade, no que se refere à possibilidade de exclusão do banco de dados, mas que também não fora abarcada.

Conforme o texto de lei, apenas após a ocorrência do prazo prescricional previsto para o delito os dados serão excluídos, ou seja, mesmo que haja absolvição, os dados permanecerão disponíveis até que decorra o referido prazo.

Presentemente não se pode pacificar com este entendimento expressamente trazido pela nova legislação, e que por deveras inconstitucional, ferindo claramente os direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo a dignidade, intimidade, o princípio da legalidade e da personalidade da pena.

O constrangimento de ter seus dados genéticos em um banco de dados da polícia judiciária por si só já ofende os princípios da dignidade da pessoa humana e da intimidade, como preteritamente visto.

Veja-se, ainda, que neste caso a pessoa estaria sofrendo constrangimento por crime que não cometeu o que fere o princípio da legalidade, pois, se absolvido, significa que não praticou qualquer ato tido taxativamente como típico na legislação penal, qualquer que seja a fundamentação da absolvição.

Por outro lado, o constrangimento também derivará de pena que não fora aplicada a si, já que absolvido, vez que as sanções e seus efeitos decorrentes daquele fato criminoso devem ser restritos a quem for considerado culpado, o que pode ou não ter sido provado nos autos, mas que independente de ter restado a dúvida, não justifica a manutenção de tais informações no banco de dados.

### **7.1.2 Análise sobre a modificação feita na lei nº 7.210, Lei de Execução Penal**

Quanto à segunda modificação aduzida pela recente lei, diga-se, implementação do art.9º-A à lei de execuções penais, também merece minuciosa dissecação para demonstrá-la inconstitucional. Vejamos, primeiro, o texto de lei:

Art. 3º A lei nº 7.210, de 11 de julho e 1984 – Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 9º-A:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.-72, de 25de julho de1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

Esta foi a única modificação introduzida na Lei de Execuções Penais. Todavia, em que pese a restrição da aplicação apenas ao rol taxativo de tipos penais enumerados no bojo da lei, verificamos inúmeras irregularidades que merecem destaque.

Inicialmente, perceba que o legislador limitou-se em dizer que a extração seria devida aos “condenados”, deixando clara a afronta ao princípio constitucional da presunção da inocência, em que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, já que a norma não

resguarda o direito de tornar a sentença irrecorrível antes de interferir na sua intimidade genética.

Secundariamente, note que extração do material genético como forma de identificação é trazida de forma obrigatória, o que ratifica a clara afronta que todo o texto da contemporânea lei faz a não obrigatoriedade de produzir provas contra si mesmo, princípio constitucional basilar no ordenamento penal e processual penal brasileiro.

A conclusão sobre a afronta ao *nemo tenur se detegere* é extraída não só da obrigatoriedade expressa no caput do artigo 9º-A, como do texto exarado em seu §2º, que permite a utilização do perfil genético armazenado em futuros inquéritos policiais.

Ora, se a finalidade da criação do banco de dados não fosse a futura utilização como prova objetiva, não faria sentido a permissão anteriormente dita, o que por certo obrigada ao acusado produzir provas contra si mesmo.

Por fim, e não menos importante, devo ressaltar que, em sentido contrário à primeira parte da lei que trouxe o prazo prescricional como limite para exclusão do material genético, a segunda modificação nada disse sobre alguma possibilidade de exclusão do perfil do banco de dados, o que nos leva a crer que no caso de condenação pelos crimes taxados no rol do artigo 9º-A, o acesso ao banco de dados será *ad infinitum*.

Fica claro, pelas análises aqui tratadas, a absoluta contrariedade das inovações trazidas ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana e aos direitos fundamentais dele decorrente. Bem, se a dignidade da pessoa humana é princípio que guia todo o ordenamento no que toca à criação legislativa, todo e qualquer texto legal que lhe seja oposto deve ser tido como inválido.

Todavia não é o que pensam alguns doutrinadores e juristas, como será delineado a seguir, por meio de demonstração das opiniões contra e favoráveis à manutenção da lei em pauta.

### **7.1.3 Comentários Gerais sobre as modificações trazidas e posicionamentos doutrinários: Dos argumentos favoráveis e contra a constitucionalidade da lei 12.654/2012**

Parte dos juristas entende como constitucional a lei em pauta e inclusive tecem ainda elogios às mudanças introduzidas, pois afirmam que as novas medidas podem “ajudar em investigações de crimes cometidos por ex-detentos, ou seja, os reincidentes” (CONSULTOR JURÍDICO, 2012).

Isso porque se trata de sistema muito utilizado por peritos criminais que enxergam nele uma inovadora forma de identificar os ex-detentos. Asseguram os especialistas que “se o banco de DNA já existisse, teria sido possível identificar criminosos antes que eles fizessem novas vítimas” (PARAIBA.COM.BR, 2012).

Afirmam os seus defensores, que a lei não afronta o princípio do *Nemo tenetur se detegere* porque a coleta não será utilizada no processo em curso, mas tão somente em futuras ações, como trazido pelo jornalista Marcello Feller em seu artigo anteriormente citado, em consonância com o criminalista Thiago Gomes Anastácio (CONSULTOR JURÍDICO, 2012), segundo o qual “Não poderia falar em produção de provas contra si, antes do futuro fato criminoso acontecer”.

Consideram ainda os que apoiam a novação jurídica que não pode ser tido como inconstitucional algo que expressamente deve ser realizado de forma “adequada e indolor”, por entenderem que essa previsão conduz ao meio não degradante, além de se referir apenas a pessoas condenadas.

Um dos relatores do projeto de lei, João Campos assegura que a garantia legal sobre a utilização de forma adequada e indolor para extração do material genético exclui as formas invasivas como extração de sangue, posto que podem ser utilizados materiais como fios de cabelos ou saliva (PARAIBA.COM, 2012).

No mesmo sentido, o senador Demóstenes Torres, relator na comissão de Constituição e Justiça, defende que o comprometimento com procedimento não invasivo garante que não haverá ofensa aos princípios da dignidade humana ou da integridade física (JUSBRASIL, 2012).

Argumento diverso, ainda em defesa da manutenção da lei é que o banco de dados genéticos possui a mesma relevância que um banco de digitais e que sua aplicação não tem utilidade apenas para os culpados, mas que de grande valia seria para os inocentes como grande prova de inocência.

É o que esclarece o criminalista Mauro Otávio Nacif (CONSULTOR JURÍDICO, 2012):

A identificação da pessoa faz parte da segurança pública. Há uma confusão entre o interesse particular com o interesse público. É um direito do Estado a identificação da pessoa. [...]. O banco de dados se insere na mesma esfera da impressão digital e interessa não só o culpado, mas também ao inocente.

Em que pese a existência de respeitáveis argumentos favoráveis à consideração da constitucionalidade da lei, entendo que não devem prosperar, e explico o porquê:

Percebe-se que a maior parte dos argumentos se limita em dizer que o perfil genético não será utilizado nos próprios autos e somente para condenados, e como tal não afronta qualquer princípio ou norma constitucional.

É de se imaginar que tais posicionamentos não levaram em conta a primeira parte da nova lei que, ao introduzir essa forma como opção de identificação criminal, autorizou também a coleta ainda em fase de investigação, para qualquer que seja o crime, quando as autoridades competentes entenderem necessário e obtiverem autorização judicial, ocasião em que os dados serão utilizados nos próprios autos, de forma contrária à vontade do acusado, e contra ele.

Importante lembrar que, ainda que a previsão legal restringisse a utilização apenas para procedimentos futuros, da mesma forma se estaria obrigando a pessoa na produção de provas contra si mesmo à medida que teria cedido material probatório que será utilizado contra ela, não importando se no presente ou futuro.

Quanto ao argumento de que também poderá o material ser utilizado como forma de provar a inocência do acusado, creio que não deve prosperar por um simples motivo: se futuramente, ao indivíduo fora imputada autoria de algum crime

que possa ser provado por comparação de material genético, poderá ele mesmo, por sua própria e livre vontade, ceder o material necessário e provar que não é culpado, não justificando de forma alguma a existência de um banco de dados com seu perfil genético ao argumento de que futuramente poderá provar sua inocência.

Para que os que consideram a inconstitucionalidade da lei 12.564/2012, ponderam que há clara ofensa à princípios e garantias fundamentais, sobretudo o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Segundo entendimentos (CONSULTOR JURÍDICO, 2012), por esse princípio, nem os acusados e nem os condenados devem, mesmo que com autorização judicial e que por técnica adequada e indolor, ser compelidos a fornecer seus perfis genéticos porque a técnica utilizada em nada modifica a obrigatoriedade da coleta.

Por outro lado, aduzem alguns que na verdade a coleta de material genético é forma de prova e não de identificação criminal, compactuando com o entendimento anteriormente exposto. Isso porque, diferente das outras formas de identificação, esta depende de autorização judicial.

Ora, se fosse forma pura e comum de identificação não precisaria de autorização, e como as outras deveria se tratada, podendo ser colocada em prática de forma automática pela autoridade policial. Como meio de prova, não podemos admitir sê-la indevidamente utilizada como forma de identificação, e evidente coação à colaboração com a produção de provas por meio do próprio acusado.

Banda outra, resta claro que a lei traz à tona a “Teoria da Etiquetação”, intimamente ligada ao princípio da presunção da inocência. De acordo com essa teoria a sociedade define certos padrões e rotulam as pessoas com cada um deles.

Em confronto com a lei em pauta resta claro que a previsão obrigatória de coleta nos condenados os está rotulando como futuros criminosos, como se uma pessoa condenada fosse sempre voltar a delinquir, já que a coleta do perfil de condenados não possui finalidade outra senão a de ser utilizado em futuras investigações criminais.

Claro, ainda, que as modificações trazidas, sobretudo no que toca à obrigatoriedade de fornecimento do perfil pelo condenado, ofendem o princípio do direito penal da ofensividade ou lesividade, ligado à intervenção mínima do Estado

nesta seara e traz como regra que a intervenção somente se dará em casos de dano ou ameaça concreta de dano a bem juridicamente tutelado.

Assim, o judiciário não deve ser acionado senão em casos que a conduta impliquem em dano tal, que não seja possível a coexistência social entre os indivíduos envolvidos, ou seja, a ação ou omissão deve ter resultado em lesão ou perigo concreto de lesão para que seja relevante a ponto de movimentar a máquina judiciária, e seja colocado em xeque o agente autor da conduta que geradora do resultado.

Mesmo que de forma superficial, vale a pena trazer as palavras de Luiz Flávio Gomes ( 2004, p.56):

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária quando recai sobre condutas ou ataques **concretamente ofensivos a um bem jurídico**, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade). Somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões para a convivência social é que devem ser incriminados [...] Grifo Nosso

Fica demonstrado que criar um banco de dados com o perfil genético somente a título de crimes que futuramente poderão ser cometidos contraria por completo o dogma de intervenção Estatal mínima acima demonstrado.

Por outro lado ofende o princípio da proporcionalidade que, embora não esteja expressamente previsto nem nosso ordenamento, é princípio implícito que tem por finalidade impedir os excessos legislativos na criação de leis por meio do binômio necessidade-adequação, muito utilizado, portanto, para verificar se os direitos fundamentais estão sendo respeitados, como bem elucida Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet (2011, p.52) ao afirmar que “o fundamento do princípio da proporcionalidade situa-se no âmbito dos direitos fundamentais”.

Ao mesmo tempo, e gera presunção de novo cometimento de crime pela mesma pessoa que já foi condenada, a coleta deste material integra espécie de prova pré-constituída, o que também afronta veementemente o princípio da presunção de inocência.



Entendimento este consoante com o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. 2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. 3. É possível a aplicação do Princípio da Insignificância, desfigurando a tipicidade material, desde que constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. Precedentes. 4. O Supremo Tribunal admite a aplicação do Princípio da Insignificância na instância castrense, desde que, reunidos os pressupostos comuns a todos os delitos, não sejam comprometidas a hierarquia e a disciplina exigidas dos integrantes das forças públicas e exista uma solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito. Precedentes. 5. A regra contida no art. 240, § 1º, 2ª parte, do Código Penal Militar, é de aplicação restrita e não inibe a aplicação do Princípio da Insignificância, pois este não exige um montante prefixado. 6. A aplicação do princípio da insignificância torna a conduta manifestamente atípica e, por conseguinte, viabiliza a rejeição da denúncia. 7. Ordem concedida. (STF - HC: 107638 PE , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 13/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011) – Grifo Nosso

Em consonância, Eugênio Pacelli (SITE, 2012):

Uma coisa é permitir a identificação genética para finalidades probatórias; outra, muito diferente, é referendar um cadastro genético nacional de condenados em crimes graves. Aí parece-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente! – o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública.

Indagados sobre o tema, o conselheiro da OAB-MS Richard Trad Filho e o advogado Juliano Ribeiro (MIDIAMAXNEWS, 2012) afirmaram respectivamente que “não podemos justificar os fins pelos meios, nem antecipar ou presumir que o

cidadão que já cometeu um crime voltará novamente a cometê-lo” e “uma modernização da política de investigação criminal não pode afetar somente na segunda prática de um delito”. O que comprova anuírem com a inconstitucionalidade pela afronta à dignidade da pessoa humana, ao *nemo tenetur se detegere* e presunção de inocência.

Outro argumento de grande relevância é que o Estado deveria se ater mais na efetividade de políticas sociais e públicas, tal qual é feito nos países que também utilizam esse sistema e são muito mais eficazes no combate ao crime do que a simples inserção de um banco de dados, o que nos faz pensar ter trazido um eficiente combate à criminalidade, mas sem preocupação com as reais causas dos crimes, o que de fato diminuiria o índice de violência e insegurança pública.

Para Rogério de Vidal Cunha (2012) a lei em pauta é inconstitucional. No entanto, diante de sua vigência, afirma que, por tratar de direito material deve ser aplicada somente aos autores de crimes praticados posteriormente a sua implementação, já que não apenas altera medidas relativas à forma de execução, mas sim atribui nova obrigação aos sentenciados.

## 8 CONCLUSÃO

No Brasil, o direito a não produzir provas contra si mesmo é derivação da garantia da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, o que significa dizer que em todo procedimento, seja criminal ou administrativo, poderá o acusado alegá-lo em sua defesa.

Assim, em que pese o anseio de dar eficiência às instruções legais e afastar a impunidade, é preciso que toda ação de qualquer autoridade atenda aos direitos substanciais dos investigados e acusados, dentre os quais o de não autoincriminar-se.

Neste diapasão, importante destacar que a obediência aos direitos fundamentais, além de demonstrar a ética de qualquer Estado Democrático de Direito, é elemento de provocação para o progresso qualitativo de ações governamentais.

Inquestionavelmente a História demonstra que a ação governamental inquisitorial desrespeita os direitos fundamentais e básicos, e é ainda condutora de falta de profissionalismo, além de utilizar de arcaicas técnicas investigativas, trazendo injustiças, perseguições ou favorecimentos injustificados, gerando, pois, mais impunidade.

De que adiantaria aperfeiçoar técnicas e mecanismos de investigação, se o sujeito alvo não possuir direitos?

Destarte, enquanto se garante o direito a não produção de provas contra si mesmo, é estimulado o aprimoramento das técnicas investigativas do Estado, que não pode quedar-se inerte e simplesmente não investir na capacitação dos órgãos de defesa da sociedade.

Assegurada a existência e cumprimento de tais direitos, resguardada estará também a Democracia e maior possibilidade de ser feita a justiça.

Neste caminhar se deu o desenvolvimento desta monografia, que objetivou analisar a constitucionalidade da lei 12.654/12, por ferir cabalmente princípios constitucionais e infraconstitucionais ligados aos direitos do acusado no processo penal brasileiro, como restou demonstrado em seu corpo.

Para tanto, fora feita pesquisa de diversas fontes relacionadas ao tema, através de legislação, doutrina, jurisprudências, entrevistas, artigos e notícias, passando por diversos temas até chegar a conclusão almejada, a saber:

Inicialmente tratei da Teoria Geral dos Princípios para que fosse possível entender a importância norteadora que possuem dentro do ordenamento jurídico, posteriormente dediquei-me aos princípios ligados à matéria, sobretudo os da Dignidade da Pessoa Humana, Presunção da Inocência e Não Autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere*), que estão umbilicalmente ligados à constitucionalidade da lei.

Posteriormente tratei das formas de identificação existente no sistema jurídico brasileiro, passando superficialmente pelas formas de identificação civil e de forma pomenorizada sobre as formas de identificação criminal.

Finalmente, após abordar os subsídios necessários para compreensão do tema, passei a abordar a constitucionalidade da lei objeto do trabalho. Neste âmbito, trouxe as modificações que lei introduziu ao ordenamento jurídico, confrontando-os com argumentos favoráveis contrários à vigência da lei.

De todo o trazido por este trabalho concluí que a constitucionalidade desta lei repousa num conflito entre as garantias individuais e os interesses públicos. Isso por que, enquanto a sociedade clama pelo oferecimento de segurança plena por parte do Estado, de forma a reduzir os índices de criminalidade e tornar a justiça mais eficiente, de outro lado os indivíduos alvo das modificações trazidas, esperam não ter seus direitos e garantias violados.

Em que peses os meios modernos trazidos pelo texto legal, que num primeiro momento aparentam solucionar diversos conflitos até então mal solucionados pelo sistema brasileiro, já que identificariam de forma mais rápida e eficaz a autoria delitiva em futuros crimes por meio do banco de dados criado, não há como olvidarmos dos direitos e garantias que preexistiam à criação da lei.

Alguns autores, como demonstrado, defendem a ideia que os princípios invocados tais como o da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, ampla defesa e direito a não autoincriminação foram banalizados no sistema brasileiro e que não podem servir de argumento para paralisar o “avanço” legislativo.

Entretanto, penso que certamente os que defendem essa ideia esqueceram-se de que estamos tratando de direitos fundamentais, e como fundamentais, sempre servirão de proteção ao direito dos indivíduos. Não bastasse

tal esquecimento, acredito ainda não terem lembrado-se que a Dignidade da Pessoa Humana é base de qualquer Estado que se diga democrático e, portanto, jamais deve ser mitigada.

Diante do exposto impossível concordar com as teses favoráveis apresentadas, apontando que nenhuma das modificações introduzidas ferem os princípios constitucionais mais basilares.

Como trazido, os que defendem a constitucionalidade legal aduzem que não houve afronta ao *Nemo tenetur se detegere* porque o material coletado somente será utilizado em processos ulteriores. Entretanto não é bem isso que a lei traz, já que expressamente prevê a possibilidade da utilização no curso da investigação, como forma de identificação criminal, quando essencial àquela.

Resta clara, pois, a afronta ao princípio referido, seja o material utilizado na investigação ou processo em curso, seja em futura persecução penal, tendo em vista que em ambas as situações o acusado ou sentenciado terá coercitivamente colhido o seu perfil genético, para fins de prova, como bem se demonstrou no bojo do trabalho.

Na minha concepção esse tipo de conduta somente poderia ser realizada com o consentimento da pessoa que irá fornecer o material, em consonância analógica com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao julgar casos sobre a obrigatoriedade do bafômetro.

Lembre-se ainda que na segunda hipótese trazida pela lei, estaremos diante de prova pré-constituída, já que tem a finalidade de ser utilizada em futuro crime a ser cometido pelo sentenciado, o que além de tudo estigmatiza a pessoa que comete crime grave com a certeza de reincidência, concretizando o objetivo claro legal, que é o de estabelecer um elo entre o crime já cometido e o que supostamente será.

Note-se que o termo utilizado foi “supostamente”, o que contraria claramente princípios básicos do direito penal da ofensividade e proporcionalidade, que trabalha com certezas e não suposições, além de trabalhar com a intervenção mínima, e apenas em casos excepcionais, e não a intervenção máxima, como é o caso da novel lei, que intervém no direito do sentenciado justificando a facilitação de investigação em crime que sequer cometeu.

Neste caminhar, é de se observar ainda que fere o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que se desdobra na proibição de

intervenções corporais, garantido a todos os presos por previsão expressa no Código Penal (artigo 38). Isso porque ainda que a lei traga o dever de ser utilizada “técnica adequada e indolor”, o que mitiga os princípios trazidos é o fim para o qual se dá a coleta do perfil, e não o meio que é utilizado para consegui-lo.

É verdade que a legislação aqui analisada trouxe medidas eficazes para o objetivo que almejava, no entanto, infelizes foram os que escolheram o meio para fossem alcançados, posto que, não se pode negar ainda que acabaram, da mesma forma, por ferir o princípio da legalidade, se interpretamos que esta obrigação é uma nova forma de punição para as modalidades de crime trazidas.

Demonstrei no decorrer desta monografia que a nova legislação alcança âmbito internacional posto que, além de ferir a Constituição Federal Brasileira, vai contra o Pacto de San Jose da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, e que expressamente prevê a proteção ao direito de não produzir provas contra si mesmo.

Entendo que a segurança pública deve sim ser melhorada, todavia, desnecessário se faz utilizar da mitigação dos direitos fundamentais de qualquer pessoa, ainda que seja um “criminoso”. Se assim não fosse, deveríamos também admitir o retorno da técnica de tortura, posto que muito eficiente para a confissão de crimes, e também ajudaria de grande forma as investigações, tendo por fundamento os mesmos que teoricamente abarcam a coleta do perfil genético.

A meu ver para que sejam solucionados os problemas de segurança e eficácia jurídica, não basta a implantação de técnicas modernas, mas junto isso se faz imprescindível o investimento na educação pública, saúde pública, saneamento básico dentre outras modificações que garantam a sobrevivência mínima da sociedade com dignidade de modo que não precisem socorrer ao crime para “melhorar de vida”.

Não estou aqui justificando em erro pelo outro e tampouco apoiando os que se dizem criminosos por conta da condição social. Mas se o que se busca com a lei 12.654/12 é melhorar a segurança pública e diminuir o índice de criminalidade, por certo que o investimento no próprio desenvolvimento social seria por deveras mais eficaz.

É por todo o exposto que entendo ser inconstitucional a lei tratada por esta monografia, diante de evidente vício material que possui, por estar em total descompasso e afrontando direitos básicos e fundamentais previstos nas leis infraconstitucionais, constitucionais e internacionais de que o Brasil é signatário.

Acredito, portanto, que em breve, um dos legitimados para tanto irá requerer a inconstitucionalidade da lei nº 12.654/12, e posteriormente será assim proclamada pelo Supremo Tribunal Federal, para que seja apreciado o verdadeiro Estado Democrático de Direito, com todos os direitos e garantias que lhe são inerentes.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: [s.s.], 2002;

AMBOS, Kai; POLASTRI, Marcellus. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008: leis 11.689, 11.690 e 11.719**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

ANDRADE, Adriano Romanini. **Identificação Criminal, o que é, para que serve?**.

Disponível em:

<[http://baraodemaua.br/comunicacao/publicacoes/pdf/identidade\\_criminal.pdf](http://baraodemaua.br/comunicacao/publicacoes/pdf/identidade_criminal.pdf)>.

Acesso em: 21. Jul. 2014;

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2011;

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed., rev. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997;

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso. 4ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999;

CINTRA, Rodrigo Suzuki. **Locke e o Direito de Resistência**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Rodrigo\\_Suzuki2.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Rodrigo_Suzuki2.pdf)> . Acesso em:14. Out. 2014;

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995;

CUNHA, Rogério Sanches. et al (Org.). **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

CUNHA, Rogério de Vidal. **Atualização: Banco de Dados de DNA Lei 12.654..** 29 mai.2012. Disponível em: <<HTTP://www.profrogeriocunha.blogspot.com.br/2012/05/atualizacao-banco-de-dados-de-dna-lei.html>. > Acesso em 08. Out. 2014.



CONSULTOR JURÍDICO. **Constitucionalidade de banco de dados de DNA gera discussão.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidade-banco-dna>> Acesso em: 28 Set.2014;

CONSULTOR JURÍDICO. **Condenados por crime hediondos deverão ceder DNA.** Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/condenados-crimes-hediondos-deverao-ceder-dna-banco-dados>.> Acesso em: 28 set. 2014;

FELLER, Marcelo. **Banco de DNA: o Brasil está preparado?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-09/marcelo-feller-banco-dna-condenados-brasil-preparado>>. Acesso em: 07. Set.2014;

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** 5.ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2207;

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal.** Série: as ciências criminais no século XXI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 4ªed., ver., ampl. e atual.Niteroi, RJ: Impetus, 2009;

IBCCRIM. **Diário Oficial publica lei que cria banco de DNA.** Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not\\_id=14030](http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=14030)> . Acesso em: 28 Set. 2014;

IBCCRIM. **Senado aprova coleta de DNA de criminosos.** Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not\\_id=13876](http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=13876)> . Acesso em: 28 Set. 2014;

JUS BRASIL. **Da Coleta do Perfil Genético como Forma de Identificação Criminal.** Disponível em:< <http://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040500/da-coleta-do-perfil-genetico-como-forma-de-identificacao-criminal>> . Acesso em: 28 Set 2014;

KONCIKOSKI, Marcos Antônio. **Princípio da Proporcionalidade.** Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11050&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9)> . Acesso em: 14. Out.2014;

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal:** volume único. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2014;

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010;

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito a não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptação telefônica e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

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

MIDIAMAXNEWS. **Para advogados criação de banco de DNA de presos não ajuda na investigação criminal**. Disponível em: <<http://www.midiamax.com.br/noticias/797302#.VCjAxWddUyM>>. Acesso em: 28 Set 2014;

MOTTA, Fábio Lopes. **Os Direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

NOGUEIRA, Ciro. **Dilma sanciona projeto de Ciro que cria banco de dados de DNA de criminosos**. Disponível em :

< <http://www.senadorciro.com.br/noticia/313/dilma-sanciona-projeto-de-ciro-que-cria-banco-d-dados-de-dna-de-criminosos.html> >. Acesso em 07. Set. 2014;

PARAIBA.COM.BR. **País terá banco de dados genéticos de criminosos que já é usado nos EUA e em mais de 30 países**. Disponível em:

< <http://www.paraiba.com.br/2012/05/06/06038-pais-tera-banco-de-dados-geneticos-de-criminosos-que-ja-e-usado-nos-eua-e-em-mais-de-30-paises> >. Acesso em: 28 Set. 2014;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **A identificação genética/ Lei 12-654 – 06.06.2012. 02 jul 2012**. Disponível em: <<HTTP://eugeniopacelli.com.br/quartas/a-identificacao-genetica-12-654-06-06-12/>>. Acesso em: 28 Set. 2014;

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de Não Produzir Provas contra si mesmo: (o princípio *Nemo tenetur se detgere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2ª ed; Porto Alegre: Livraria di advogado, 2002;

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil – Ley, Derechos, Justicia**. 9ª Ed.; Madrid, Trotta, 2009.