

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**

Naiane Vieira Garcia

**IDENTIFICAÇÃO E INVESTIGAÇÃO GENÉTICA PARA FINS
CRIMINAIS: um estudo sob a ótica da primazia dos Direitos Humanos em prol do
equilíbrio das relações processuais penais no Brasil**

Paranaíba - MS

2018

Naiane Vieira Garcia

**IDENTIFICAÇÃO E INVESTIGAÇÃO GENÉTICA PARA FINS
CRIMINAIS: um estudo sob a ótica da primazia dos Direitos Humanos em prol do
equilíbrio das relações processuais penais no Brasil**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba, como exigência parcial para a obtenção da Especialização “lato sensu” em Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Cogo

Paranaíba - MS

2018

NAIANE VIEIRA GARCIA

**IDENTIFICAÇÃO E INVESTIGAÇÃO GENÉTICA PARA FINS
CRIMINAIS: um estudo sob a ótica da primazia dos Direitos Humanos em prol do
equilíbrio das relações processuais penais no Brasil**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção da Especialização “lato sensu” em Direitos Humanos pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em ___ / ___ / ___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Rodrigo Cogo (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Me Paulo César da Silva
Funcionário Público do Estado de Mato Grosso do Sul

Me. Cassio Roberto dos Santos
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

A minha mãe, pelo amor e esforço incondicionais...

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por todas as conquistas alcançadas.

A toda minha família, em especial a 5 (cinco) pessoas.

A minha mãe Luiza Vieira da Silva, que me deu a vida e me ensinou a viver dignamente, por ser a minha estrutura, pelo amor incondicional, por não ter medido esforços para a concretização do meu sonho, por sempre me apoiarem em todos os momentos da minha vida.

A meu irmão Claudiomar Garcia da Silva Júnior, pelo companheirismo, paciência e apoio ao longo de nossas vidas.

Ao meu companheiro Aldo Pereira Borges Filho, que esteve ao meu lado em todos os momentos e pacientemente acompanhou todo o meu trajeto até aqui.

Ao meu primo-irmão Leandro Vieira da Silva por estar ao meu lado sempre, nos momentos mais importantes e pelo apoio incondicional.

Aos meus amigos, em especial Paula Lemos de Paula que sem dúvidas a levarei pelo resto da vida, e aos demais pelo apoio e pelos momentos inesquecíveis.

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, por proporcionar um curso de qualidade, com relevante contribuição para minha formação profissional e pessoal.

Ao orientador Prof. Me. Rodrigo Cogo, pela orientação ao longo da realização deste trabalho, pelo companheirismo, pela paciência e por estar ao meu lado ao longo dos meus 7 anos na Universidade, pois, realizou minha orientação também no Trabalho de conclusão de curso na graduação em Direito.

Aos professores que contribuíram para a minha formação ao longo de toda a graduação.

Agradeço a todos, que de qualquer maneira, contribuíram para a conclusão desta etapa. Muito obrigada!

“Ó Senhor, tu és o meu Deus; exaltar-te-ei e louvarei o teu nome, porque fizeste maravilhas; os teus conselhos antigos são verdade e firmeza”.

Isaías 25:1

RESUMO

A Expansão do Direito Processual Penal no Brasil se deu de forma ampla e rápida. O desejo de soluções processuais – autoria e materialidade comprovadas – originou mudanças significativas, porém, em não raros eventos, violadoras de direitos e garantias fundamentais. A Lei 12.654 de 2012, que tutela o Banco de Dados Genéticos dos autores de crimes no Brasil, objeto do presente estudo, surge como um dos resultados desse expansionismo desenfreado, com características amplamente simbólicas. Nesta senda, o presente trabalho tem como objetivo inicial demonstrar os fundamentos da expansão do Direito Processual Penal, realizando, em um segundo momento, exposição acerca dos postulados que sustentam a Lei 12654, tentando demonstrar que tal diploma viola o princípio que veda a auto-incriminação, flexibilizando direito previsto em Convenção Internacional de Direitos Humanos. A pesquisa, de cunho bibliográfico, documental e jurisprudencial, guiada pelo método dedutivo-indutivo, tem por escopo, um estudo detido sobre a atuação coercitiva do Estado Brasileiro ao implementar medidas para a criação de um banco de dados com perfis genéticos de cidadãos rotulados criminosos mesmo após terem cumprido suas sentenças penais. Em igual sentido, o estudo busca demonstrar as balizas constitucionais que não foram observadas no momento de considerar efetiva a legislação em comento, corroborando, assim, inequívoca afronta às garantias mínimas do processo penal, com clara inobservância da primazia dos direitos humanos. Por fim, a título de aproximação entre a teoria e a prática em sede da salvaguarda dos direitos humanos, será demonstrado como os Tribunais se posicionam sobre o tema, até o presente momento.

Palavras-chave: Expansão do Direito Processual Penal. Lei 12.654 de 2012. *Nemo Tenetur se Detegere*. Equilíbrio.

ABSTRACT

The Expansion of Criminal Procedural Laws in Brazil occurred widely and rapidly, from a desire for procedural remedies - proven authorship and materiality - gave rise to significant changes. However, in non-rare events, violating fundamental rights and guarantees. Decree 12.654 from 2012, which oversees the Genetic Data Bank of the authors of crimes in Brazil. The object of the present study, appears as one of the results of this rampant expansionism, with broadly symbolic characteristics. In this way, the present work has as an initial objective to demonstrate the foundations of the expansion of Criminal Procedural Law, realizing in a second moment, the exposure of the postulates that support Decree 12.654, trying to demonstrate that such a diploma violates the principles that prohibits self- criminalization of rights under the International Convention on Human Rights. This research, has a bibliographical, documentary and jurisprudential nature. Guided by the deductive-inductive method and has as its object, a study on the coercive action of the Brazilian State, when implementing measures for the creation of a database with genetic profiles of citizens labeled as criminals, even after they have fulfilled with their criminal sentences. In the same sense, this study seeks to demonstrate the constitutional balances that were not observed at the moment of considering the legislation in question to be effective. Thus corroborating, unambiguously the minimum guarantees of the criminal process, with a clear non-compliance of the primacy of human rights. Finally, as an approximation between theory and practice in the safeguard of human rights, it will show how the Courts take a position on the subject, up to the present moment.

Keywords: Expansion of Criminal Procedural Law. Decree 12.654 from 2012. Nemo Tenetur Detegere. Balance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O EXPANSIONISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	12
1.1 Notas sobre o expansionismo	12
1.2 A Preferência do Juízo Penal em detrimento a outras Esferas de Proteção Social.....	13
1.3 A Demanda por Segurança na Sociedade do Medo.....	17
1.4 O papel dos Veículos de Comunicação	20
2 A LEI 12.654 DE 2012 E A FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 8º DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	23
2.1 A Gênese da Lei 12.654 de 2012.....	23
2.2 O Novo Procedimento de Identificação Criminal.....	24
2.3.1 A violação ao Princípio <i>Nemo Tenetur se Detegere</i>	26
2.3.1.1 A Garantia de dados genéticos para crimes eventuais e futuros.....	30
2.3.2 A violação à integridade física e corporal.....	32
3 EM BUSCA DE UM PROCESSO PENAL DO EQUILÍBRIO.....	34
3.1 A Primazia dos Direitos Humanos	34
3.2 A Dignidade Humana como Princípio de limitação à atuação do Estado na Persecução Criminal	35
3.3 O respeito aos princípios informadores do processo penal e às Garantias Processuais Individuais.....	38
3.4 A Posição dos Tribunais ante a Lei n. 12.654/2012	40
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

O presente trabalho compreende um estudo sobre aspectos contidos na Lei nº 12.654 de 2012, que versa sobre o Banco de Dados contendo o perfil genético do Criminoso, sob o olhar do que se convencionou nomear Expansionismo Processual Penal.

A escolha do tema em tela é fruto do interesse despertado ao longo do Curso de Especialização de Direitos Humanos, em específico no que tange à primazia dos direitos e garantias fundamentais também em âmbito processual penal.

O estudo, dividido em três capítulos, objetiva desenvolver-se de forma clara, buscando conferir maior profundidade ao estudo envolvendo a violação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, observando o desrespeito a princípios constitucionais e normas de tratados internacionais às quais o Brasil é signatário, abordando, por fim, o posicionamento dos tribunais por meio de demonstração da mais recente jurisprudência firmada.

Nesta direção, na primeira parte o texto dirigir-se-á a uma abordagem conceitual acerca da expansão do Direito Penal e do Direito Processual Penal, corroborando a demanda da população por segurança e por medidas penais e processuais penais de emergência.

O segundo capítulo dedicar-se-á à exposição da gênese da Lei 12.654/2012, com a exposição de seus principais pontos, adotando como problemática a previsão da legislação que destoa do princípio de não produzir provas contra si mesmo, em flagrante afronta aos direitos humanos.

A terceira etapa da pesquisa será erguida com vistas a apresentar a desenvoltura para um processo penal do equilíbrio, buscando evidenciar os limites da atuação do Estado-Penal, erigindo entendimento no sentido de serem trilhadas práticas em prol do respeito aos princípios e garantias mínimas do processo penal. Sob outra via, no entanto, o trabalho, dado seu caráter científico, informará a posição, com a devida vênia, equivocada da jurisprudência já firmada sobre o assunto.

A problemática em tela se ocupará de um recorte jurisprudencial ainda incipiente, e, para tanto adotará a pesquisa bibliográfica e documental para desenvolver-se, visando, por meio do método dedutivo-indutivo, atingir os objetivos propostos em cada um dos capítulos.

É necessário deixar explícito que em razão das peculiaridades do tema, e ainda

por se tratar de assunto recente, o presente trabalho não pretende esgotar as argumentações sobre o objeto em análise, mas sim, contribuir, de algum modo, para que seja fomentado o debate no âmbito acadêmico de matéria de relevância ímpar, mas ainda pouco explorada.

1 O EXPANSIONISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

1.1 Notas sobre o expansionismo

A evolução no âmbito processualista penal do fenômeno que se convencionou nomear por Expansionismo não é algo recente. Contudo, o presente estudo não se ocupará de sua abordagem histórica, optando por realizar um recorte conceitual pautado nos ensinamentos de Jesús Maria Silva Sánchez, que será auxiliar à compreensão do problema a ser atacado pela pesquisa, em seu segundo capítulo.

Segundo Silva Sánchez (2013, p.25) “chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes”, ou seja, por qualquer bem tutelado existe a procura pelo Direito Penal para que seja tutelado.

No campo do Direito Processual Penal o expansionismo segue o mesmo caminho, e, de forma bem especial no segmento das provas, vem recebendo adeptos no sentido de achar um “culpado” para determinado delito a qualquer custo, violando garantias constitucionais intrínsecas a um Estado Democrático de Direito.

O movimento expansionista é aquele identificado, conforme explica Souza que (2007, p.62) “pelo movimento “lei e ordem”, que propaga um retribucionismo exacerbado, como forma político criminal de combate à criminalidade”, porém, importante esclarecer que o movimento retro mencionado não embasa os motivos atuais do expansionismo penal e processual penal, uma vez que modificaram os núcleos do objetivo expansionista.

Atualmente o movimento expansionista comporta uma unanimidade, explica Silva Sánchez (2013, p.32) que “a divisão social característica dos debates clássicos sobre o Direito Penal foi substituída por um consenso geral, ou quase geral, sobre as “virtudes” do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos”.

Em antítese ao pensamento criticado acima por Silva Sánchez (2013), o Direito Penal, em sua essência, é interpretado como ciência que tutela os bens jurídicos considerados mais importantes, o que faz com que o fenômeno do expansionismo surja a partir de uma ampliação dos bens jurídicos a serem tutelados pelo Estado Penal.

Nessa esteira de entendimento, Silva Sánchez (2013, p. 28) salienta que existe uma verdadeira “antinomia entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa”, conforme cresce o número de bens a serem tutelados, cresce o aparato legal protetor.

E, neste cenário, a busca pela efetividade do Direito Penal – já em processo de maximização, acaba por ocasionar a expansão de normas postas do direito formal, ou seja, a partir de novas aspirações no seio do Direito Penal, novas expectativas são criadas na esfera de concretização deste, o Direito Processual Penal.

Em um exercício simples de interpretação dos anseios sociais já postos, chega-se ao entendimento de que o surgimento de novos bens jurídicos gerou uma sensação de insegurança a sociedade que busca constantemente a proteção dos bens que lhe interessam e, devido, ao medo exacerbado, não enxerga a existência de instâncias disponíveis distintas da esfera penal possam oferecer a proteção necessária às suas pretensões, desacreditando outros ramos do Direito que também poderiam solucionar litígios

Greco (2016, p. 21 e 22), acerca da sensação de insegurança social, leciona que:

Talvez a sociedade nunca tenha debatido tanto o tema “segurança pública” como se tem feito nos dias de hoje. Casos graves, que causam comoção social, tem sido objeto frequente de notícia pelos meios de comunicação em massa. O medo passou a fazer parte de nossas famílias. A justiça, muitas vezes morosa, entrou em descrédito. A todo instante, ouvem-se discursos no sentido de modificar a legislação penal e processual penal, normalmente visando ao aumento das penas cominadas, à redução da duração do processo e ao recrudescimento do cumprimento das penas aplicadas, procurando-se evitar a saída do condenado do sistema prisional.

No tocante ao assunto em tela, Andrade (1996, p.37), diz que se ambiciona, com este tipo de postura, aplicar à sociedade o “efeito analgésico ou tranquilizante” do Direito Penal.

Destarte, pode-se afirmar, desde já, que abusca por um Direito Penal extensivamente protetivo e um Processo Penal que se identifique com tal pensamento, ao se posicionar como mero “caçador de culpados” é resultado do descrédito de outras instâncias de proteção, tema que será abordado nas linhas que seguem.

1.2 A Preferência do Juízo Penal em detrimento a outras Esferas de Proteção Social

Uma conduta pode ser classificada ou entendida pela sociedade como sendo contrária às normas da moral social, ou seja, não seguem uma orientação prédisposta pelo núcleo social ao qual fazem parte. Essas condutas, que nem sempre são ilícitas e sim imorais ou incoerentes, na era expansionista são tratadas como crimes e abarcadas pela esfera penal.

Ao analisar a situação de aparente abjeção a outras ferramentas de solução de conflitos sociais, com a opção, por vezes equivocada da via do juízo penal, Silva Sánchez (2013, p. 76 e 77) entende que:

Assim, tende a converter-se em excepcional o fato de que uma conduta, não considerada contrária ao Direito, seja reprovada socialmente como imoral, adotando-se contra ela as reações sociais correspondentes. Isso, como é natural, produz o efeito de favorecer o próprio alastramento da delinquência. Mas, ao mesmo tempo, determina que seja considerado correto o diagnóstico dos que pensam que é, em parte, a “liberação” de proibições morais que conduz ao incremento de proibições penais. O só fato de que a carga que o Direito Penal sofre com tal transferência seja para ele mesmo insuportável a meu juízo já é algo bastante negativo para o conjunto da sociedade.

Entendendo que o Direito Penal começa a ampliar sua aplicabilidade a condutas consideradas imorais ou reprováveis pela sociedade, chega-se a conclusão de que as outras instâncias do direito não estão cumprindo o seu papel, ou, as medidas aplicáveis não são suficientes para coibir condutas não desejáveis.

Acompanhando os ensinamentos de Silva Sánchez (2013), a referência neste ponto deve ser feita de forma bastante especial à ética social, ao Direito Civil e ao Direito Administrativo.

Em relação à ética social, o autor arrazoa que:

(...) a ausência de uma ética social mínima torna, de fato, imprevisível a conduta alheia e produz, obviamente a angústia que corresponde ao esforço permanente de asseguramento fático das próprias expectativas, ou a constante redefinição das mesmas. (...) se você fala com os magistrados, eles afirmam que deles se exige uma tarefa impossível: não apenas aplicar o direito, que é sua função natural, senão também a de produzir valores, para a qual não se sentem qualificados. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 75 e 77)

No que concerne ao Direito Civil, que antes, no âmbito da responsabilidade civil, tinha uma posição de indenizações para coibir os ilícitos, hoje está progredindo para um Direito indenizatório, o que faz Silva Sánchez realizar a seguinte ilação:

(...) no que respeita ao Direito Civil de ressarcimento por danos, é mais que discutível que ele, dada a sua tendência a objetivização da responsabilidade, possa expressar a reprovação que é necessário manifestar diante de determinados fatos. Algo que esta patenteando de modo particular na evolução do Direito indenizatório, desde um “modelo da responsabilidade” até um “modelo seguro”. De fato, a partir desse modelo, é de duvidar que o Direito Civil esteja em condições de garantir dois dos aspectos, a meu juízo fundamentais, de sua função político-jurídica clássica. Assim, por um lado, se o dano está segurado, é quase inevitável que diminuam os níveis de diligência do agente, pois a seguradora responderá pelo montante da indenização, sendo sua repercussão individual, na pior das hipóteses a correspondente a um aumento geral de valores de prêmios de seguro. Logo, o modelo de seguro tem como consequência um decréscimo da eficácia preventiva que o direito de responsabilidade civil por danos poderia ter em relação a condutas individuais danosas.

E, do exposto, retira-se a certeza de que não há caráter repressivo nas indenizações, e, muito menos essas conseguem impedir que os violadores novamente realizem a conduta considerada reprovável pela sociedade, o que perante os indivíduos acentua a perda de conteúdo qualitativo da responsabilidade civil tutelada por este ramo do Direito.

O Direito Administrativo, instância que também tem possibilidade de aplicabilidade punições e coibição de atitudes consideradas imorais ou impróprias ao convívio social, também se encontra em descrédito, conforme explica Sánchez (2013, p.79):

No que se refere ao Direito Administrativo, o recurso ao princípio de oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos). Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies.

O indivíduo entender que somente o Direito Penal pode prestar a sensação de segurança que deseja é extremamente perigoso, uma vez que os seus próprios princípios constitucionais informadores discursam insistentemente de que tal ramo do direito deve ser utilizado em último caso.

Essa tendência colide ou deveria ao menos colidir, com os princípios da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal deveria mostrar-se sempre como a *ultimaratio*, mantendo intervenção mínima nas relações sociais, e só deveria acontecer essa interferência para proteção de bens jurídicos efetivamente relevantes (SOUZA, 2007).

Ratificando o pensamento supra, Silva Sánchez (2013, p.79) expõe que:

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad absurdum da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.

Ante o descrédito ilustrado acima, há que se raciocinar na defesa de um Direito Criminal material e formal de última ou extrema razão. Queiroz (1998, p.125) nesta direção aponta que o seu uso:

(...) deve ser, enfim, a *extrema ratio* de uma política social orientada para a dignificação do homem. Semelhante intervenção há de se pressupor, assim, o insucesso das instancias primárias de prevenção e controle social, família, escola, trabalho, etc., e de outras formas de intervenção jurídica, civil, trabalhista, administrativa. Vale dizer: a intervenção penal, quer em nível legislativo, quando da elaboração das leis, que em nível judicial, quando da sua aplicação concreta, somente se justifica se e quando seja realmente imprescindível e insubstituível.

Neste sentido, a lição de Andrade (1997, p.313) torna-se importante ao expor que:

(...) o déficit de tutela real dos Direitos Humanos é (...) compensado pela criação, no público, de uma ilusão de segurança jurídica e de um sentimento de confiança no Direito Penal e nas instituições de controle que têm uma base real cada vez mais escassa.

Para fins de mera recordação, cumpre ao legislador respeitar os postulados fundamentais de direitos humanos na formulação do conjunto de leis que regem um Estado Democrático, incluindo a legislação penal e processual penal.

Por fim, entender o Direito Penal como único e suficiente moderador da comunidade social resulta e pode ser consequência do descrédito de outros ramos do

Direito, o que desvirtua as esferas de solução de litígios, dotando o juízo penal de uma função que não lhe cabe em um Estado Democrático de Direito, ocasionando perigosos desdobramentos, a exemplo do que será exposto a seguir.

1.3 A Demanda por Segurança na Sociedade do Medo

O fenômeno do expansionismo, entre diversos outros fatores, não se deu apenas devido ao descrédito social de outras instâncias jurídicas – demonstrado de forma objetiva no tópico anterior-, mas também devido a uma institucionalização da segurança.

É importante destacar o fato de que a sociedade pós-industrial, é considerada uma sociedade de risco e também possui características individuais e únicas que, com suas junções, pode ser denominada sociedade da insegurança. A esse respeito explica Sánchez (2013, p. 37):

Desde logo, deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise, manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social. O cidadão anônimo diz: “Estão nos ‘matando’, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo”. Em realidade, faz tempo que os especialistas descartaram a excessivamente remota possibilidade de neutralizar os novos riscos, significando que é preferível aprofundar-se nos critérios de distribuição eficiente e justa dos mesmos – existentes e em princípio não neutralizáveis.

Desta forma, o inconveniente não se baseia apenas nas decisões que os indivíduos resolvem tomar e por isso acabam por gerar uma situação de risco, mas também nas escolhas diárias que realizam e concluem por distribuírem determinadas situações, ou seja, a forma como vão propagar a situação vivenciada, o ocorrido.

A necessidade de convivência em grupo – cooperação, divisão de tarefas – resultou em inúmeras organizações sociais, cada grupo de indivíduos com determinado costumes e rotina que nem sempre são agradáveis a todos, esse contato social direto possibilita a produção de consequências danosas (SOUZA, 2007).

Porém, os efeitos dessas relações são visualizados a longo tempo, e não há certeza que essas relações dêem resultados negativos, nem ao mesmo os riscos que esse grupo de indivíduos oferece – se é que oferece algum tipo de risco - por isso a

dificuldade de relacionar causas e efeitos de uma insegurança social. Ademais, com tais colocações cria-se o debate sobre a presunção de um risco que pode ou não existir e que vai depender da atitude de um sujeito como indivíduo naquele âmbito social.

A respeito das ilações acima, explica Sánchez (2013, p. 38):

A crescente interdependência dos indivíduos na vida social dá lugar, por outro lado, a que, cada vez em maior medida, a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros. Expressado de outro modo, as esferas individuais de organização já não são autônomas; produzem-se, de modo continuado, fenômenos – recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias. Em Direito Penal, isso implica a tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica.

A sociedade atual, dona de um cenário alarmante de desemprego e desigualdade social, gera migrações de forma voluntária ou involuntária/forçada – no caso pela pobreza vivida ali -, ou seja, saem de suas culturas e costumes e vão para outro espaço físico com conseqüente embate cultural, em alguns casos não conseguem encontrar o acolhimento daquele determinado grupo, sendo assim passam a preencher um grupo de marginais – que vive a margem daquele determinado grupo de indivíduos.

Esses efeitos sociais, essa marginalização de determinados indivíduos gera, por necessidade de sobrevivência, na maioria dos casos, o aumento de episódios de violência, comumente reconhecidas em uma sociedade com amplo nível de desigualdade social. Em um momento, o outro pode ser visto como um “risco”, em outro momento, a atitude daquele indivíduo pode gerar medo e insegurança.

Nesta esteira:

O fenômeno da “criminalidade de massas” determina que o “outro” se mostre muitas vezes, precisamente e, sobretudo, como um risco, o que constitui a outra dimensão (não tecnológica) de nossa “sociedade de risco”. Esse último aspecto – o da criminalidade de rua ou de massas (segurança dos cidadãos em sentido estrito) – converge com as preocupações clássicas de movimentos como o de “lei e ordem”. Nesse sentido, o fenômeno não é novo. O novo é que as sociedades pós-industriais europeias experimentam problemas de vertebração até há pouco por elas desconhecidos (pela imigração, a multiculturalidade e os novos bolsões de marginalidade). E o novo é também que, a raiz de tudo isso, a ideologia de lei e ordem haja ancorado em setores sociais muito mais amplos do que aqueles que a respaldavam nos anos 60 e posteriores. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p.40)

Não há certeza de que os riscos vão se concretizar, bastando mera possibilidade de que possa acontecer sua ocorrência para que se produza uma nova realidade social e uma supervalorização de determinado bem, o que enseja que o mesmo seja protegido de forma jurídica, ou seja, há uma sensação de insegurança (SOUZA, 2007).

Explica Fernandes (2001, p.58):

Os riscos dizem respeito a danos possíveis, mas ainda não concretizados e mais ou menos improváveis, que resultam de uma decisão e, por assim dizer, podem ser “produzidos por ela e que não produziram no caso de se ter tomado outra decisão”.

Essa nova forma de constituição social alastrou a insegurança, conseqüentemente, baseada em uma sociedade de indivíduos com grupos sociais distante tanto economicamente como culturalmente.

Portanto, a partir do fenômeno expansivo vivenciado pelo Direito Penal, além da cobrança pela intervenção jurídica no que diz respeito a categoria delitiva, requerendo a punição preventiva, verifica-se um processo de flexibilização das garantias materiais e processuais, em prol de um “modelo de segurança” que afaste o indivíduo de seus medos.

Silva Sánchez (2013, p.40), com propriedade, afirma que “nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo)”.

Este modelo de sociedade construído sobre o medo sofre influências de propagações diárias daquilo que os seus indivíduos vivem, com o ideário de que se está diante em um mundo inseguro e cheio de criminalidade, onde a qualquer momento estavam sujeitos a serem vítimas dos mais diversos crimes – em especial crimes contra o patrimônio.

Os novos perigos são descobertos e anunciados praticamente diariamente, sendo impossível vislumbrar quantos mais, e quais os tipos que possam surgir – de acordo com o que nos é mostrado/transmitido por terceiros- , a ênfase dada aos riscos/perigos na criminalidade nos dias atuais dá origem a um alarmismo não justificado no que diz respeito a segurança, que resulta em um clamor social por eficiência das instâncias de controle social, sendo, por óbvio o judiciário e o legislativo os mais atingidos pela propagação da insegurança (WERMUTH, 2011).

O sujeito exige do Estado Penal (Direito Penal e Processual Penal) que lhe seja transmitida segurança, que se sinta protegido, ainda que de modo puramente simbólico.

Dentro deste contexto social de insegurança e medo, nos dizeres de Couto Neto (2009, p.98), “a própria população, até em sua parcela mais carente, exige uma postura “firme” da polícia (leia-se truculenta), leis mais duras e aplaude violações de Direitos Humanos, sem perceber que ela própria será a vítima dessa postura”.

Ante o inegável dano exposto, torna-se cogente compreender a partir de quais eventos a sociedade alcançou este patamar de insegurança e medo. Nesta direção, a pesquisa em desenvolvimento destacará em suas próximas linhas, o papel dos meios de comunicação de massa para a formação do quadro atual.

1.4 O papel dos Veículos de Comunicação

Não são raros os programas policiais que atualmente reproduzem na TV aberta, fechada ou em outras mídias sociais em tempo instantâneo, o resumo policial do dia, com amplo destaque para as ocorrências de delitos com o discurso alarmante do aumento da criminalidade.

Milhares ou até mesmo milhões de pessoas, tem contato com a realidade fática de sua região em específico, porém, muito se tem discutido sobre a dramatização ou distanciamento fático da notícia que é transmitida e o grau de dramaticidade que é empregado na mesma, sempre destacando a falta de segurança e os efeitos desta mazela que pode atingir qualquer indivíduo ou ente familiar.

Wermuth (2011, p.44) introduz a influência dos meios de comunicação em massa no processo de expansão do Direito Processual Penal e Penal, expondo que:

Uma das características da sociedade globalizada é a influência cada vez maior dos meios de comunicação de massa nos processos de formação da opinião sobre os mais diversos assuntos. Na sociedade de consumo contemporânea, os meios de comunicação são utilizados como mecanismos para fomentar crenças, culturas e valores, de forma a sustentar os interesses – invariavelmente mercadológicos que representam. Nesse diapasão, a criminalidade, ou melhor, o medo de tornar-se vítima de um delito transforma-se em mercadoria da industrial cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente, superando, não raro, a fronteira do que é passível de constatação empírica.

O jogo midiático envolve a consecução de maior audiência, e para tanto passa a ser produtivo transmitir os riscos que o indivíduo corre, por chamar sua atenção, fazendo com que o mesmo – para que possa se prevenir da criminalidade – se interesse diariamente cada vez mais pelos crimes locais, regionais e nacionais.

Há nos dizeres de Silva Franco uma clara distorção envolvendo os temas violência e criminalidade, onde:

(...) Violência e criminalidade passam a ser expressões sinônimas, como se houvesse uma superposição conceitual, apesar da área de abrangência do conceito de violência ser bem maior do que a criminalidade. Mas o que é pior, essa coincidência conceitual ajuda a criar um clima de pavor geral, de insegurança coletiva. (2000, p. 112)

Outro foco midiático é inibir os reais problemas sociais, principalmente aqueles que possam despertar uma revolta governamental – crises políticas, sendo assim, enaltecem a criminalidade jogando a “culpa” da crise social em determinados indivíduos considerados perturbados e que vivem à margem social, com a banalização de preocupações sociais válidas, de modo que o que não é mostrado se torna insignificante, pois não é lembrado pelo indivíduo. De fato, realizam grandes recortes da verdadeira notícia, simplificando uma informação falsa e de fácil absorção pelo telespectador (WERMUTH, 2011).

A esse respeito, Couto Neto (2009, p. 96-97) explana que:

A mídia age, através de seguido noticiários, programas sensacionalistas e até mesmo filmes, dando ênfase ao crescimento da criminalidade, associando violência estritamente à ideia de criminalidade, criando uma situação de total pânico na população que se sente ameaçada e legítima a ação, por vezes truculenta e com violação dos Direitos Humanos por parte da polícia; coloca o direito penal e a ação da polícia como solução sempre indispensável e única para a resolução de tais desvios.

Os interesses meramente mercadológicos, em todos os meios de comunicação – incluindo as mídias sociais, promovem uma espécie de falseamento dos dados da realidade social, promovendo uma exibição chamativa, pra poder vender notícias de “crimes”, entendendo que o ramo é rentável e gera lucros, pois responde a expectativa da audiência ampliando pequenos casos, desorientando o devido processo legal – devido a cobrança excessiva de um resultado a curto prazo, e desenvolve o clamor social pelo recrudescimento da intervenção punitiva (WERMUTH, 2011).

A mídia ainda coopera de forma significativa ao dar ênfase a casos criminais emblemáticos, gerando grande repercussão e comoção social, e se encarrega de cobrar um resultado voltado a eficácia processual penal, esperando que sejam punidos a todo e qualquer custo os culpados – ainda que mero suspeitos, ou ainda, que se descubra quem é o autor do crime sem a preocupação necessária com as limitações processuais decorrentes do respeito aos direitos e garantias fundamentais assegurados a todo e qualquer cidadão.

Neste sentido FERREIRA (2014) expõe que a mídia contribui no processo que nomeia como massificação da sociedade, o que acaba resultando na formação de um número considerável de pessoas que não esboçam opinião própria, e acreditam na sentença midiática sem se ater aos ditames das leis penais e processuais penais que prevêm o devido processo legal.

Ante a exposição midiática sobre o pânico e a manipulação para formação de opinião, o legislador (formado pela classe de representante do povo) cede ao clamor popular e expande as normas penais e processuais penais, de forma a tentar apresentar solução “imediate” ao momento e que nem sempre respeita os preceitos de direitos e garantias fundamentais (MONTEIRO, 2015).

Ante o exposto, resta evidenciado que o processo de expansão do Direito Penal e do Direito Processual Penal tem por consequência clara, a utilização de diplomas normativos para conferir legitimação a pretensões sociais que, apesar de terem aparente respaldo jurídico, ferem postulados de Direitos Humanos erigidos na ordem jurídica internacional.

Nesta esteira, objetivando identificar a atuação expansionista no âmbito processual penal brasileiro, no capítulo vindouro a pesquisa se dedicará ao exame da Lei n. 12654 de 2012 - referente ao procedimento de coleta de dados para a formação de perfis genéticos como forma de identificação no âmbito criminal.

2 A LEI 12.654 DE 2012 E A FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 8º DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em complementação à exposição contida no trecho inaugural desta pesquisa, onde se desenvolveu narrativa no sentido de apresentar a preocupação científica acerca do processo de expansão penal e processual penal como incentivador de novas leis para atender clamores populares, pretende-se demonstrar nesta etapa do estudo uma das consequências contraproducentes da “onda” expansionista, tomando por aporte a oposição entre a matéria disciplinada pela Lei n. 12654 de 2012, e preceitos contidos na Carta de San Jose da Costa Rica corroborados pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

Neste compasso, buscando guiar o leitor, o presente capítulo terá início com uma síntese histórica do diploma legal objeto do estudo.

2.1 A Gênese da Lei 12.654 de 2012

A princípio a identificação do sujeito encontrou respaldo na Constituição Federal no artigo 5.º, inciso LVIII, segundo o qual “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos em lei”. No ano de 2009 foi promulgada a Lei 12.037 que tratou de forma específica da identificação civil e criminal, porém, não apresentou previsão quanto à coleta de material genético, nem regularização quanto a um possível banco de dados.

No que diz respeito à lei 12.037/2009 a identificação prevista baseava-se na fotografia – para fins de reconhecimento da vítima e retrato falado, bem como comparações- e na datiloscopia, que basicamente se resume no processo de obtenção de impressões digitais do indivíduo, ambas ficavam na ficha de identificação do sujeito (LIMA, 2014).

Porém, em meados de 2011 foi colocado em pauta no Senado Federal o Projeto de Lei n. 2.458 que previa a alteração de determinados artigos que versavam sobre a identificação criminal, tanto na lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/1984), quanto na própria Lei n. 12.037/2009, a mudança legislativa previu a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal.

Daí o surgimento da Lei n. 12.654/12, aos 28 de maio de 2012, sancionada pela Senhora Presidente Dilma Rousseff, com “vacatio” de 180 (cento e oitenta) dias

contados a partir da data de sua publicação. Os artigos inseridos nas legislações inovam a identificação criminal, bem como, a extração compulsória de perfil genético (LIMA, 2014).

Nesse sentido esclarece Lima (2015, p.69):

A Lei n.º 12.654/12 tem sua origem no projeto de Lei n.º 2.458/2011, de autoria do senador Ciro Nogueira (PP-PI). Após tramitação no Congresso Nacional, foi o projeto aprovado, sancionado pela presidente e publicado no Diário Oficial da União no dia 29 de maio de 2012 como Lei n.º 12.654/2012, entrando em vigor em todo o território nacional a partir de novembro de 2012. Com apenas quatro artigos, a Lei de n.º 12.654/2012 dispõe sobre a coleta e armazenamento de material genético para fins de identificação criminal a critério do juiz. Para tanto, altera as Leis n.º 12.037/2009 – que trata da identificação civil e criminal – e de n.º 7.210/1984, a Lei de Execução Penal.

A inovação quanto à identificação de um sujeito altera o quadro existente até então, e cria um cenário mais amplo, conforme será exposto a seguir.

2.2 O Novo Procedimento de Identificação Criminal

Nos dizeres de Scriboni (2017) a legislação retro mencionada que até então só previa fotografia e datiloscopia, passa a prever, como uma das formas de identificação criminal a extração de ácido desoxirribonucleico, o DNA, que será exigido compulsoriamente a determinada classe de sujeitos condenados em matéria criminal.

A legislação prevê dois momentos em que podem ser extraídos material para construção de perfil genético, sendo o primeiro na fase de investigação – quando essencial na elucidação dos fatos, determinada pela autoridade judiciária, e, o segundo, quando houver sentença transitada em julgado por determinados crimes, também enumerados na legislação em comento.

Explica Vasconcellos (2012, n.p):

A reforma legislativa empreendida pela Lei 12.654/12 almejou regular a utilização de exame de DNA no processo penal brasileiro, posto que tal cenário se mostrava carente de posituação específica anteriormente. Conforme Lopes Jr., **duas são as possibilidades agora previstas: 1) durante a investigação e a instrução criminal, a extração de material genético do investigado, com o fim de ser prova para um caso concreto e determinado; e, 2) depois da condenação definitiva, a coleta de informações genéticas para banco de dados, de modo a servir de parâmetro para futuras apurações de crimes de autoria incerta.** (grifo nosso)

Assim prevê o art. 9º- A da Lei 7.210/1984 (Lei de execução Penal) alterado pela Lei 12.543/2012:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, **obrigatoriamente**, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (grifo nosso)

No segundo caso, transcrito o artigo, o que mais chama a atenção é o fato da obrigatoriedade ou compulsoriedade de fornecimento de material genético, para construção de um banco de dados de criminosos (com antecedentes criminais).

Quanto à classe de sujeitos que devem possuir um perfil genético disponível para fins investigatórios, a Lei 12.654/2012 é específica ao numerar os sujeitos que possuem condenação transitada em julgado por crimes hediondos e dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa, o que denota um rol um tanto quanto confuso, pois especificamente no Código Penal não há previsão de crimes dolosos com violência de natureza grave.

Afirmam Beck e Ritter (2015, n.p):

De qualquer forma, a hermenêutica mais básica já estabelece que, quando um texto de natureza penal se mostra vago, em prejuízo ao acusado, a forma mais segura de sua interpretação é aquela mais restritiva a sua incidência. Logo, além dos crimes hediondos (já bastante vastos, e que incluem um crime de estupro, talvez a principal fonte de utilização do perfil genético para a investigação), devem ser entendidos como de “violência de natureza grave” até mesmo com base em um critério de proporcionalidade, o homicídio doloso, o infanticídio, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, a lesão corporal grave e gravíssima, assim como todos os demais delitos que possuírem violência física grave em forma de elementar do tipo (como a tortura) ou modalidade qualificada, desde que a título de dolo.

Conforme citado acima o banco de dados é específico para sujeitos condenados por determinados crimes, além de especificar a classe de sujeitos que devem fornecer o material, a legislação ainda se preocupou em destacar que esse perfil genético deve ser mantido no mais absoluto sigilo sendo reservado o acesso a determinadas pessoas, e definiu o tempo que esse perfil genético deve ficar disponível.

Explicam novamente Beck e Ritter (2015, n.p):

Por fim, nos termos do art. 7.º-A, “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”. Assim, caso colhido material biológico para fins de identificação criminal, o perfil genético não integrará definitivamente o banco de dados, mas será excluído no término do prazo prescricional do delito. Logo, quando da inclusão do perfil, já deve constar a data fixada para a sua exclusão, que deverá ser a da prescrição pela pena em abstrato do delito. Por ausência de previsão legal, não devem incidir as causas interruptivas da prescrição, que ainda demandariam um complexo acompanhamento de eventual processo instaurado em razão do delito, e burocratizariam sobremaneira a exclusão do delito.

Após a breve síntese histórica e realizada a apresentação de alguns dos pontos controversos da lei em estudo, faz-se importante entender de que forma esse novo procedimento se relaciona com preceitos que salvaguardam os direitos humanos e fundamentais esculpidos na ordem jurídica internacional e na própria Constituição Federal.

2.3 Do caráter coercitivo da Lei 12.654 de 2012

Por fins didáticos, a exposição acerca da coerção exacerbada tangida pelo diploma em tela merece explicações em apartado, objetivando a melhor compreensão do tema.

Destarte, em primeira análise, o estudo em tela, no item 2.3.1 firmará entendimento, com fulcro na doutrina internacionalista dos direitos humanos, com arrimo em dispositivo constante da Carta de San Jose da Costa Rica, que a lei 12.654/12 viola o princípio norteador do processo penal segundo o qual ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, no tempo presente, e, tampouco poderá ser compelido a fornecer material genético para a verificação probatória relacionada a eventos delitivos futuros.

E, em uma análise posterior, no item 2.3.2, será exposto que o diploma em exame também fere a Constituição Federal brasileira, de forma especial ao desprezar os direitos fundamentais à integridade física e moral do cidadão preso.

2.3.1 A violação ao Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*

Durante o período em que o processo penal era extremamente inquisitivo e que a confissão era a rainha das provas excluiu-se a possibilidade do réu manter-se em silêncio. Neste tempo as torturas para confissões eram constantes, até que com o desenvolver do processo penal entendeu-se a pertinência de preservar o indivíduo para que o mesmo pudesse não produzir provas contra si mesmo.

Foi uma demorada evolução, porém com resultados proveitosos aos dias atuais, conforme explica Ferreira (2016, p.11):

Portanto, o que se observa é que a construção do princípio da não autoincriminação foi um processo longo, o qual veio excluir a presunção de culpabilidade em prol do estado de inocência. Sua consolidação deu-se na contemporaneidade, sendo o princípio reconhecido hoje como um direito fundamental do acusado.

Consagrado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto San José da Costa Rica, realizado aos 22 de novembro de 1969, integrado à legislação brasileira por meio do decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 8º, segundo tópico, versando sobre as garantias judiciais, prevê, com destaque para sua alínea g, que:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;** e
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. (grifo nosso).

É importante esclarecer em um primeiro momento, de forma objetiva, em que consiste o direito de não produzir prova contra si mesmo, conhecido no latim por “*Nemo Tenetur se detegere*”.

Expressões como “não se auto-incriminar”, “não se confessar culpado”, “direito de permanecer calado” estão abrangidas pela noção do princípio em exame.

Acerca do tema, esclarece Lima (2014, p. 76):

Trata-se de 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 ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório par obtenção de uma confissão ou para de colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.** (grifo nosso)

Ainda no que consiste ao conceito do princípio de não produzir provas contra si mesmo, Beck e Ritter (2015, n.p) lecionam:

O princípio *Nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo. Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem sua cooperação, como derivação da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal. O mencionado princípio consolidou-se como direito fundamental vinculado ao Estado de Direito, estritamente relacionado com outros direitos igualmente consagrados: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal.

Assim, nota-se que o indivíduo não tem por obrigação colaborar com o processo penal para esclarecimento da autoria do crime – direito de não produzir prova contra si mesmo, seja na fase investigatória, seja para futuros crimes – momento em que o material genético é recolhido após condenação transitada em julgado – pois, cumpre ao Estado o ônus probatório no processo penal, sendo indispensável a comprovação de autoria e materialidade delitiva.

Se o direito de não produzir provas contra si mesmo está expresso na Carta de San Jose, é fato que uma legislação que prevê a obrigatoriedade de fornecimento de material genético para a construção de um banco de dados com perfis criminosos fere frontalmente tal dispositivo que privilegia os direitos humanos.

Conforme se verificou da leitura do art. 9º-A, trazido no item 2.2 do presente estudo, existe a obrigatoriedade do fornecimento de material genético, ignorando o

que resta esculpido no art. 8º, tópico 2, alínea g, da Carta da Convenção Americana de Direitos Humanos, em clara opção pela via da imperatividade e da coerção no processo penal pátrio.

Sobre o tema, a lição de Cappellari (2016, n.p) é emblemática ao aduzir que:

(...) a Lei n.º 12.654/2012 ao inserir o artigo 9º A na Lei de execuções Penais (Lei n.º 7.210/1984), **obrigando de forma compulsória, portanto, sem atenção a qualquer mandamento constitucional e convencional, no que diz com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro, uma determinada parcela de condenados (apenas aqueles que cometeram crimes hediondos e dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa) a coleta de material genético a fim de alimentar a formação de um banco de dados genéticos, se aproxima sobremaneira de uma política criminológica determinista biologicamente** (...) (grifo nosso)

Pode-se verificar que a previsão do Princípio em estudo não apenas permite que o acusado/suspeito/indiciado/réu/condenado permaneça em silêncio, como também impede que ele seja obrigado/compelido a produzir ou contribuir para a produção de provas contrárias ao que é de seu interesse, qualquer participação do mesmo na produção de provas deve conter cautela para não afetar direitos fundamentais da pessoa, sendo qualquer previsão contrária a preceitos e normas de direitos fundamentais inconstitucionais (OLIVEIRA, 2006).

A coerção no fornecimento de material genético para construção de um banco de dados com perfis genéticos priva o sujeito de optar pela não colaboração na constituição probatória durante o processo penal, sendo que, ainda que se recuse a fornecer será compelido de forma coercitiva, podendo inclusive ser usado a força, para colhimento do material.

Um exemplo vigente na realidade brasileira, acerca do direito de não produzir prova contra si mesmo, é o caso do “bafômetro”, em um primeiro momento entendeu-se que a negativa de realizar o teste levava o sujeito à presunção de sua alcoolemia, porém, ao ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal, apurou-se que à luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, a negativa do sujeito em realizar o exame não poderia resultar em presunção de embriaguez, uma vez que não pode ser o acusado obrigado a colaborar ativamente na produção de prova em seu desfavor (FERREIRA, 2016).

No âmbito do processo penal, o exemplo retromencionado preservou o direito de não produzir provas contra si mesmo, porém, a legislação em comento no presente

trabalho não teve o devido cuidado em preservar tal postulado, e se aventurou, com a devida vênia, de forma perigosa, prevendo em suas linhas a obrigatoriedade do fornecimento de material genético, ensejando dúvidas quanto à constitucionalidade e o respeito às normas de direitos humanos que regem o direito nacional e internacional.

2.3.1.1 A Garantia de dados genéticos para crimes eventuais e futuros

Outro ponto importante, e para este estudo eivado de maiores preocupações, guarda consonância com a coleta de material genético para crimes eventuais e futuros, configuração que se constitui em espécie de pré-prova contra o acusado.

Nestes moldes, também consignados na norma em estudo, estará guardado o perfil genético de um cidadão, e, se e quando praticado um crime com características que podem ser comparadas ao já cometido pelo indivíduo este poderá ter seu material comparado com o encontrado no local de realização da infração.

Acerca deste assunto Souza (2017, n.p) explica que:

(...) o armazenamento de dados genéticos em um processo já finalizado, é destinado exclusivamente ao esclarecimento de crimes futuros. Ou seja, torna-se uma medida destinada à produção de prova em processos que se instaurem no futuro, configurando uma espécie de “prova pré-constituída”, ofendendo de forma clara o princípio da presunção de inocência.

Traz-se à baila, apenas com a finalidade de ilustração do exagero desta previsão legal, o enredo da produção cinematográfica estadunidense “Minority Report: A Nova Lei”, com direção de Steven Spielberg, onde se daria o auge da expansão do direito penal e processual penal, com a atuação estatal e a privação da liberdade do cidadão antes mesmo que o crime viesse a ser perpetrado por seu autor, pelo simples fato de se ter indícios dessa autoria. Na trama espetacular, a tecnologia daria ao Estado o poder de atuar, pois anteveria onde, quando e quem praticaria uma ação criminosa – cerceando a liberdade deste sujeito pelo fato de que viria a cometer um crime futuro.

Nesta situação, pela análise de Tangerino (2017, n.p):

(...) o conceito de crime e de criminoso, necessariamente, precisará ser remodelado, pois, nos moldes atuais, todos somos criminosos em potencial, mas nem por isso, podemos ser cerceados em nossa liberdade – de

pensamento e locomoção – sem ter, ao menos iniciado um ato criminoso que gere, minimamente, perigo a um bem jurídico.

Por óbvio a menção à produção cinematográfica supra serve somente para guiar o entendimento de que direitos humanos fundamentais não podem ser violados a pretexto do uso de quaisquer tecnologias se não coexistirem na análise fática outros elementos de convicção – o que não pode ser pré condicionado à suspeição imputada ao autor de um delito anterior, como que se um rótulo pudesse identificá-lo para após o cumprimento de sua pena – isto é seletividade penal.

O sistema processual penal edificado e em vigência estabelece que com o esclarecimento de sua autoria e materialidade, resta “resolvido” o crime, partindo-se para as etapas posteriores até o efetivo julgamento e aplicação de sentença penal.

Se já fora objeto de questionamento em linhas pretéritas deste trabalho, a obrigatoriedade trazida pela Lei 12.654 de 2012, de ainda no início, na fase investigação criminal, o indivíduo produzir provas contra si mesmo, não há motivos para uma coleta compulsória que se dirija a um armazenamento de material genético para futuros e hipotéticos eventos criminosos.

Nesta senda, Tangerino (2017, n.p) expõe que:

A utilização de qualquer ferramenta tecnológica como meio exclusivo de prova para a privação de liberdade – e mesmo para a simples definição do que seria crime – é um processo que deve ser evitado a todo custo e, se adotado, que o seja com a máxima cautela possível e sempre sob a ótica do asseguramento e da observância estrita dos direitos e garantias fundamentais, sob pena de ser utilizada como método de segregação, exclusão e até mesmo extermínio social de grupos, raças, movimentos e pessoas “indesejadas”.

O mais alinhado ao defendido neste estudo é que em caso de crimes futuros o indivíduo tenha novamente o direito de não manifestar-se e não contribuir com as provas contra si, sendo que o ônus probatório será mais uma vez do Estado e não do indivíduo, e, isto merece grifo ao se expor que este indivíduo não pode ser compelido a no tempo presente deixar uma prova pré-constituída, para situações onde, porventura, possa vir a cometer futuros delitos.

Nesta linha de raciocínio, Machado (2012, n.p) leciona que:

Na verdade, esse banco de perfis genéticos para criminosos já condenados, cujo crime, obviamente já foi esclarecido e definitivamente julgado, é uma providência de constitucionalidade no mínimo duvidosa. Note-se que, por

ocasião de execução da pena, em que já existe uma decisão condenatória definitiva, não há mais nada que esclarecer nem que provar no processo findo. Assim, o armazenamento de dados genéticos do condenado só pode ser mesmo uma providência destinada a esclarecer a autoria de crimes futuros, isto é, medida destinada à produção de prova em processos que venham a ser instaurados futuramente, o que configura uma espécie de “prova pré-constituída”, em clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Ante a tal mudança de paradigma a presunção de inocência e o direito de não produzir provas contra si mesmo encontrar-se-ão esquecidos e o modelo processual penal pautado na Constituição Federal e nos Tratados preconizadores de direitos humanos do qual o Brasil é signatário também restará deixado de lado

2.3.2 A violação à integridade física e corporal

A Constituição Federal em seu art. 5.º, inciso XLIX, prevê que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, presumindo-se, dessa forma, que não deve ser aplicada ao acusado medidas atentatórias à sua integridade física e moral.

O respeito a determinação constitucional é debatido quando a legislação infraconstitucional prevê, conforme o já exposto, a extração compulsória de dados genéticos.

A integridade física e moral dizem respeito à inviolabilidade do corpo humano, ainda que essa invasão seja mínima ou necessária, se contrária a vontade do indivíduo fere sua integridade. O exame de DNA pode ser extraído por meio de um fio de cabelo ou, ainda, por meio da saliva, porém se contrário ao consentimento do indivíduo viola sua integridade física (FRAGA, 2010).

A lei n. 12.654/12 não traz de forma específica como será realizada a coleta material do indivíduo, lacuna extremamente perigosa que pode resultar na violação da integridade física do indivíduo.

A esse respeito, expõem Beck e Ritter (2015, n.p) que:

A lei apresenta questões passíveis de pertinentes críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade, além de conter lacunas que podem ocasionar graves violações a direitos fundamentais. Assim, não se pode sustentar que o Direito Penal e Processual Penal fiquem alheios às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado. Notadamente, o poder punitivo precisa ser constantemente limitado e criticado, de uma forma racional e fundamentada, sob pena de uma

expansão sem limites de arbitrariedade e do autoritarismo. Assim, é o grande “suspense” quanto à regulamentação específica da técnica da extração “adequada e indolor” do perfil genético, o que resta reservado ao Comitê Gestor.

Sendo assim, ainda que a lei preveja que a técnica a ser utilizada para extração do perfil genético deva ser adequada e indolor, tais condições de “adequação” e de “indolor” devem ser analisadas a partir do princípio da integridade física e moral, e, ainda, com a previsão de como essas condições de dignidade vão ser preservadas.

A segurança pública deve ser melhorada, porém, não por meios que desrespeitem direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, nem por meio de técnicas que venham a ferir a integridade física, moral ou/e psíquica do indivíduo, devendo ser estrita a observância de seus direitos. (OLIVEIRA, 2017)

A expansão do direito processual penal com normas violadoras de direitos e garantias fundamentais com intenção de solucionar problemas sociais parece ser o caminho mais fácil aos agentes públicos, dado o simbolismo às quais normas penais e processuais penais se filiam. Porém, como explica Machado (2012, n.p):

Esse banco de dados parece ser mais uma daquelas “medidas de efeito”, uma espécie de “pirotecnia processual repressiva”, criada pelo legislador para dar impressão de que a criminalidade esta sendo eficazmente combatida, com rigor e com auxílio da ciência (tal como supostamente ocorre nos países desenvolvidos), enquanto que as causas reais do crime permanecem intocadas, alimentando e fazendo crescer os índices de violência e insegurança pública.

A etapa vindoura desta pesquisa, em complementação à problemática apresenta no presente capítulo, tem por objetivo demonstrar a imprescindível limitação à atuação do Estado na persecução criminal, com pleno destaque para a Lei 12654 e seus desdobramentos, expondo a forçosa necessidade de restrição ao fenômeno de expansão, no afã de oportunizar o debate acerca da salvaguarda dos direitos humanos que também merecem primazia no âmbito processual penal.

3 EM BUSCA DE UM PROCESSO PENAL DO EQUILÍBRIO

Após a exposição nos capítulos anteriores, de caracteres da Lei n. 12.654 de 2012, consequência do fenômeno de expansão do direito penal e processual penal, violador de direitos humanos e de preceitos fundamentais, cumpre, nesta fase da pesquisa, explanar acerca da tentativa de se estabelecer um equilíbrio no processo penal, como uma das possíveis alternativas de solução a toda problemática apresentada.

Nesta senda, cabe questionar qual deveria ser o posicionamento estatal, ante a inegável demanda de insegurança social, com a salvaguarda dos direitos humanos na persecução criminal?

Os tópicos a seguir intentarão oferecer resposta ao questionamento supra.

3.1 A Primazia dos Direitos Humanos

Uma sociedade em pânico e ansiosa justifica a supressão dos direitos humanos de um indivíduo em prol do que é considerado de interesse público, sendo que, utilizam diversos modos da persecução penal.

Mas será que nos dias atuais há conhecimento por parte dos indivíduos que pugnam por flexibilizações ou supressões de direitos humanos, do que tais pleitos podem ocasionar à ordem jurídica à qual são subordinados?

Em resposta à indagação formulada acima, traz-se a lição de Ramos (2014, p.24), para quem:

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são direitos essenciais e indispensáveis à vida digna. Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais à uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista de direitos humanos.

No mesmo sentido Mazzuoli (2015, p. 897) leciona que os “Direitos Humanos – são, por sua vez, direitos inscritos (positivados) em tratados ou decorrentes de costumes internacionais (...) que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público.

A Constituição Federal de 1988 adota a primazia dos direitos humanos para reger-se, sendo que os direitos ali positivados foram importantes instrumentos de proteção aos direitos humanos e preservação dos mesmos, sendo qualquer norma que disponha ao contrário expressamente violadora de tais preceitos.

Para que o Direito Processual Penal nacional possa ser aplicado em total consonância com as diretrizes de proteção internacional dos Direitos Humanos, torna-se forçosa a recepção de tais princípios pelo ordenamento jurídico interno, dotando-os de caráter diferenciado, como princípios fundamentais previstos no corpo da própria Carta Magna.

3.2 A Dignidade Humana como Princípio de limitação à atuação do Estado na Persecução Criminal

É preciso trazer à baila a lembrança de que o país passou por um longo período de ditadura militar, onde a busca por provas incontestáveis violava todas as garantias de um ser humano, expondo-o a tortura e tratamento degradantes em busca da verdade real dos fatos como prova única na persecução criminal.

Após anos de luta, com o advento da Constituição Federal de 1988, priorizaram-se os direitos e garantias fundamentais, e a persecução criminal não ficou afastada de tais preceitos.

A Constituição de 1988 foi a primeira a reconhecer, no seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, o que denota a preocupação do legislador-constituente com o ser humano, oferecendo a este o principal papel na relação Estado-cidadão.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui conceito extremamente amplo, esclarece Favoretto (2012, p.36) que “a dignidade da pessoa humana ostenta *status* de princípio fundamental, de modo a constituir diretriz obrigatória a todos os operadores do Direito”.

O cuidado especial dedicado à dignidade da pessoa humana no texto constitucional pátrio leva à certeza de que tal princípio se perfaz como o que goza de maior hierarquia axiológico-valorativa no ordenamento jurídico brasileiro, sendo na visão da doutrina majoritária um “super princípio” com aplicação e desdobramentos

sobre todas as áreas de atuação estatal, incluindo a persecução criminal, cerne do estudo em tela.

Como leciona Greco (2016, p. 73):

(...) a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana.

Nota-se, portanto, que no período “pós-ditadura” a atuação do Estado no campo penal e processual penal não passa a gozar de uma autonomia, como poderia ser o pensamento de muitos. Agora, em um Estado Constitucional, as ações são realizadas dentro de balizas constitucionais erguidas com o desígnio de impedir criações contrárias às conquistas em sede de direitos humanos, tendo o super princípio da dignidade humana como guia valorativo.

É o que corrobora Sarlet (2007, p. 45):

(...) não se deverá olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra José Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana (mas não propriamente inerente à sua natureza, como se fosse um atributo físico!) e expressar o seu valor absoluto, é que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração.

Desta forma, não há que se falar em intervenção de forma absoluta do Estado na persecução criminal, muito menos em inobservância de normas e preceitos fundamentais de direitos humanos que se pautam no respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira assevera Júnior (2011, p.11):

O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não o contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas da nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritário do Código de Processo Penal de 1941.

No entanto, há que se destacar que um dos motivos pelos quais se entende ter de existir uma presença maior do Estado no que diz respeito a efetivação do Direito Penal por meio do Direito Processual Penal é no que concerne à demanda da política criminal voltada para a satisfação de um sentimento de segurança social. Em outras palavras, a resposta a uma sociedade estagnada pelo medo e pela insegurança, seria a criação de leis sem a observância dos princípios constitucionalizados (LADEIRA, 2014).

Acerca do quadro elencado, Araújo, Passos e Santos (2016, n.p) expõem que:

A dignidade da pessoa humana, valor básico embasador de todos os outros direitos humanos, vem sendo incessantemente violada em prol de uma tão sonhada segurança e da pela busca da verdade real na esfera do processo penal. Dentro dessa linha de raciocínio, imprescindível se faz reconhecer que os direitos existenciais componentes da dignidade humana, pertencem aos indivíduos na mesma proporção. Assim sendo, não há que se falar em mais ou menos dignidade, ou seja, um homem não perde a sua dignidade por pior que seja a sua conduta.

O perigo iminente de se ofertar à sociedade um “remédio” com eficácia muito mais simbólica do que real torna ainda mais valiosa a constitucionalização dos direitos humanos, que refletidos em princípios, trouxeram à tona a necessidade de limitação do poder Estatal na persecução criminal, sob pena de se ferir as dignidades humanas de quaisquer indivíduos.

ROSELLÓ (2005, p. 51), a esse respeito ensina que:

(...) la dignidad jurídica debe ser contemplada, también, en las personas que han cometido graves delitos. En un Estado de Derecho, la ley debe ser el garante de la justicia y de la paz y debe prevalecer siempre a los sentimientos hostiles y al espíritu de venganza colectiva que, a menudo, puede sentir la comunidad con respecto a determinados colectivos. Corresponde al Estado velar por los derechos de todos los sujetos, aun de aquellos que han atentado gravemente contra los derechos de otros.

A lei 12.654/2012, em conformidade com o que já fora exposto neste estudo, ao impor a obrigatoriedade do indivíduo de ceder material genético para constituição

de um banco de dados, é um dos exemplos de corpo normativo edificado no Brasil no afã de se oferecer rápida resposta ao sentimento de insegurança social, que se alinha em posição diametralmente oposta aos postulados de direitos humanos internacionais, pois confere ao Estado poderes ilimitados para que este possa contrariar valores como a integridade física e moral, o contraditório, a intimidade, a ampla defesa, e principalmente o direito humano de não produzir provas contra si mesmo, atentando contra a dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Garcia (2004, n.p) ressalta que:

Neste contexto, a persecução criminal deve reger-se pelos padrões normativos constitucionais, observando os ditames assegurados pela Lei Maior ao consagrar os direitos e garantias fundamentais, substancialmente representados pelos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do estado de inocência, da publicidade, do juiz natural, entre outros.

Destarte, a limitação do poder do Estado na persecução criminal é questão necessária para que prevaleçam os direitos humanos na aplicação da Lei Penal por meio do Direito Processual Penal e de seus princípios informadores, sem que se transgrida o guia valorativo constitucional – dignidade humana.

3.3 O respeito aos princípios informadores do processo penal e às Garantias Processuais Individuais

A Constituição Federal e os Tratados Internacionais trazem um rol de princípios implícitos e explícitos que regem o Direito Processual Penal, inserindo limites e objetivando máxima preservação do indivíduo como sujeito de direitos.

Nesta senda, esclarecer o papel dos princípios processuais penais no que diz respeito às violações trazidas pela lei 12.654/2012 é tarefa de suma importância.

Os princípios são fontes mediatas do Direito Processual Penal, e, desta forma, caso não haja solução clara na legislação o juiz utilizará da analogia, dos costumes e princípios para norteá-lo.

Constata-se na própria Constituição Federal o alicerce do Direito Processual Penal, uma vez que ali se encontram legitimados os princípios que regem toda a sociedade de Direito, com destaque à valorização da pessoa humana, no que diz

respeito a aplicação prática do Direito Penal, principalmente por não tratar-se de esfera que julga apenas um fato, mas sim a condição existencial de um cidadão.

Os princípios processuais penais buscam resguardar a dignidade humana do indivíduo, equilibrando a aplicação razoável do devido processo legal, sem infringir direitos a ele inerentes.

Sobre a aplicação de tais princípios, discorre Rocha (2013, p.46):

O princípio não foi constituído para representar diretamente o bem jurídico a ser protegido, mas funciona de maneira eficiente como modo de proteção aqueles bens jurídicos que integram a sociedade com um alto nível de valor (vida, liberdade, integridade física e psíquica, etc.), no princípio não há valoração positiva em atos de se calar ou omitir um fato, eles apenas ganham essa característica para impedir a ofensa de direitos, quanto a sua definição (...).

A autora ainda salienta que:

Não é possível que seja estabelecida uma hierarquia entre direitos fundamentais, já que eles não se encaixam em níveis de importância, sacrificando aqueles que são considerados inferiores, pois “a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico. Em vez disso, deve-se estabelecer uma conciliação entre princípios, dando maior relevância a um, mas sem descartar o outro. (ROCHA, 2013, p. 46)

O Direito Processual Penal em um Estado Democrático de Direito, afirma Prudêncio (2010, n.p), “deve pautar-se pela aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição Federal, de cunho nitidamente garantista. Nenhuma regra processual pode estar em desacordo com a Letra Maior”.

Considerando a importância dos princípios processuais penais, cumpre destacar em específico que o Processo Penal deve ser pautado no princípio da dignidade humana, intrínseco à Justiça, conforme o já demonstrado neste estudo, do que se extrai o entendimento de que também as provas produzidas no curso processual devem guardar consonância com a dignidade humana.

As provas, porventura, conseguidas por meio de arbitrariedades e violações não constituem o processo penal previsto e defendido na Constituição Federal, ou seja, afrontam o “super princípio”.

E, no que se relaciona aos métodos previstos pela Lei 12.654 de 2012, há uma flexibilização do princípio da dignidade humana, uma “ignorância” quanto aos

princípios anotados nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como, um descaso com o previsto na Carta Magna, o legislador infraconstitucional se fundou apenas na busca da verdade real para imputar autorias delitivas de forma rápida e segura – logicamente a forma segura é somente para os anseios da sociedade, pois, a legislação em comento aponta para uma coisificação do sujeito que, neste novo modelo, não conta mais com a proteção de sua dignidade.

3.4 A Posição dos Tribunais ante a Lei n. 12.654/2012

Embora tenha sido reconhecida a repercussão geral do tema, tendo em vista tratar-se de legislação que pode violar preceito fundamental da Constituição Federal, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, bem como, do Direito Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o RE 973837, oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais o qual entendeu que a aplicabilidade da legislação em comento não viola o princípio da não autoincriminação.

Para efeito de conhecimento, segue a ementa da decisão que deu origem ao Recurso Extraordinário:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 9ºA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DO APENADO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RETROATIVIDADE. ISENÇÃO DE CUSTAS. DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO. 1. A lei n.º 12.654/2012 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. 2. A criação de bancos de dados com material genético do apenado não viola o princípio da não autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere*), vez que decorre de condenação criminal transitada em julgado. Não se cogita violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, ainda, por se tratar de norma que prevê mero procedimento da identificação criminal. 3. Concede-se a isenção do pagamento das custas e despesas processuais ao réu assistido pela Defensoria Pública, nos termos da lei estadual n.º14.939/03.

Em que pesem todos os argumentos utilizados no decorrer do presente trabalho na tentativa de demonstrar que a legislação em comento é totalmente contrária a preceitos fundamentais pautados, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa

humana, a jurisprudência de Tribunais Estaduais vem se edificando no sentido de dotar de constitucionalidade os dispositivos da norma em exame.

Em anos anteriores o Tribunal de Minas Gerais também se manifestou favorável pela aplicabilidade da lei 12.654/2012, conforme pode ser visto a seguir:

AGRAVO EM EXECUÇÃO – DIREITO DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – LIMITES – DECISÃO DE RETRATAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A LEI 12.654/12 – RESPEITO AO ART. 5º, INCISO LVIII DA CF – RECURSO IMPROVIDO – 1. Não há o que se falar em desrespeito ao inciso LVIII do art. 5º da Constituição Federal quando a decisão proferida pelo Magistrado Primeiro se deu com base em hipótese prevista em lei. 2. Existem limites até mesmo para os princípios constitucionais, quando estes se encontram em colisão com outras garantias constitucionais. Neste sentido, o princípio constitucional da não autoincriminação pode ser flexibilizado frente à garantia da segurança pública e individual, também previstas constitucionalmente. 3. Negado provimento ao recurso. (TJ-MG – AGEPN:10024057930505001 MG, Relator: Karin Emmerich, Data de julgamento: 07/07/2015, Câmaras Criminais/ 1ª Câmara Criminal, data de publicação: 17/07/2015).

O Distrito Federal também já se manifestou no seu Tribunal demonstrando que entende pela procedência da aplicabilidade da lei em debate, segue a ementa:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 9º-A DA LEI 12.654/2012. BANCO DE PERFIL GENÉTICO. RESTRIÇÃO DO ALCANCE DA NORMA. CONDENADOS EM DEFINITIVO. CRIMES HEDIONDOS OU EQUIPARADOS. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO REJEITADA. 1. A coleta de material genético do condenado definitivo só se dá quando a condenação se refere a crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, crime hediondo ou equiparado a hediondo. 2. Não há que se falar em violação do princípio da presunção da inocência, eis que a coleta, nos termos do art. 9º-A da LEP, pressupõe condenação em definitivo pelos crimes mais graves na legislação penal. 3. Também não se verifica vulneração do princípio da não autoincriminação se a garantia guarda relação com a investigação ou persecução penal em curso, a qual reclamará decisão judicial fundamentada para acesso ao banco de dados, de caráter sigiloso. 4. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada. (TJ-DF – ARI: 20150020135028, Relator: Mario-Zam Belmiro, Data de Julgamento: 20/10/2015, Conselho Especial, Data de Publicação: Publicado no DJE: 06/11/2015. Pág.:41).

Pode-se inferir, mesmo diante da argumentação tecida no decorrer deste estudo, defensora da primazia dos direitos humanos e do respeito à dignidade da pessoa humana, que os Tribunais ao se posicionarem pela aplicabilidade dos métodos de coleta previstos pela lei 12.654 de 2012, firmam entendimento pautado em uma possível flexibilização de direitos humanos, o que, para nós, não merece acolhida, por tratar-se

de inegável quebra às regras internacionais das quais o Brasil se tornou signatário ao assinar e ratificar a Carta de San Jose da Costa Rica.

De todo o exposto, o equilíbrio processual penal que intitula este derradeiro capítulo tem por pauta o respeito à chancela de valores democráticos superiores, dos quais um Estado Democrático não pode se furtar por ocasião de demandas sociais distorcidas. Desta feita, qualquer leitura acerca da atuação do Estado em matéria de direito, e aqui se grifa o campo penal e processual penal, não pode ser levada a efeito sem uma análise bastante detida de suas diversas limitações que têm início na própria sistemática de proteção internacional dos Direitos Humanos e continuam a gerar efeitos na ordem jurídica interna com o respeito às disposições materiais inseridas na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou buscar no cientificismo jurídico, fundamentações teóricas para o debate de um problema, qual seja a violação praticada por dispositivos contidos na Lei 12.654/2012 a postulado de direitos humanos sob o prisma do fenômeno da Expansão do Direito Processual Penal em uma sociedade apossada pelo medo.

O estudo se conduziu no sentido de realizar explanação sobre a oposição apresentada pelo respeito à dignidade da pessoa humana como guia valorativo do ordenamento jurídico brasileiro, e, os preceitos introduzidos no país a partir da Lei 12.654/2012 prevendo a obrigatoriedade/compulsoriedade do indivíduo em “colaborar” na produção de provas para auto incriminar-se, por meio da cedência não voluntária de material genético para um banco de dados com finalidade de investigação criminal e produção probatória.

Nesta trilha, a pesquisa firmou entendimento que o diploma legal em estudo viola o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo – princípio *Nemo tenetur se detegere* – previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, considerado pela doutrina majoritária como princípio balizador do Direito Processual Penal.

Restou exposto, nas linhas pretéritas, que o momento social contemporâneo, onde há um direito processual penal que cada vez mais “coisifica” o indivíduo, com certas “flexibilizações” a direitos e garantias conquistados ao longo de décadas de lutas, contribui para a contenda acima, uma vez que o Estado no âmbito da persecução criminal ainda deve agir de forma limitada e respeitando a Constituição Federal e os Tratados Internacionais, aos quais é signatário.

Em uma demonstração dos fatos, sem a ideia de se mascarar a realidade atual, o estudo expôs a manifestação dos Tribunais a respeito do assunto, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, ainda não se manifestou de forma definitiva sobre o tema, tendo reconhecido a repercussão geral do assunto em análise de um Recurso Extraordinário no sentido de ser adotada ou não a validade da legislação em comento.

Ante o problema exposto, em sede de via de solução cabível, obviamente sem pretender esgotar os debates acerca de tema tão intrigante e espinhoso, optou-se por rogar pelo o que já se tem, mas não vem sendo observado – a primazia dos direitos humanos e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana também no campo

processual penal, como ferramentas de desenvolvimento da necessária limitação estatal, em prol do equilíbrio das relações Estado-Indivíduo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mayara. Princípio da Intervenção Mínima e o Direito Penal Simbólico. In: **Jurídico Certo**, 2017. Disponível em <<https://juridicocerto.com/p/mayara-almeida/artigos/principio-da-intervencao-minima-e-o-direito-penal-simbolico-3732>> Acesso em 25/07/2018.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal**. Uma perspectiva jurídico-criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

ARAÚJO, Savio Pinheiro; PASSOS, Indira Mariana Cunha; SANTOS, Paula Vasconcelos Cortes dos. O processo penal e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Jus.com.br**: set, 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/52228/o-processo-penal-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>> Acesso em 20/07/2018.

BARROSO, Darlan; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antonio de. **VadeMecum: legislação selecionada para OAB e concursos**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A Coleta de Perfil Genético no Âmbito da Lei n.º 12.654/2012 e o Direito à não Autoincriminação: uma necessária análise. In: **Revista da AJURIS**. Rio Grande do Sul: 2015. Disponível em <[file:///C:/Users/NOTEBOOK/Downloads/387-623-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/NOTEBOOK/Downloads/387-623-1-SM%20(1).pdf)> Acesso em 07/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo em Execução. In: **JusBrasil**, Minas Gerais. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/209967725/agravo-em-execucao-penal-agepn-10024057930505001-mg/inteiro-teor-209967866>> Acesso em 02/08/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Arguição de Inconstitucionalidade. In: **JusBrasil**, Minas Gerais. Disponível em <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/252939830/arguicao-de-inconstitucionalidade-ari-20150020135028>> Acesso em 01/08/2018.

CAMPANELLA, Luciano Magno Campos. Princípios do Processo Penal. In: **Jurídico Certo**, Pouso Alegre MG, nov 2013. Disponível em <<https://juridicocerto.com/p/lucianocampanela/artigos/principios-do-processo-penal-169>> Acesso em 10/05/2018.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. A Lei 12.654/12 e o banco de dados genéticos. In: **Canal Ciências Criminais**: 2016. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-lei-12-65412-e-o-banco-de-dados-geneticos/>> Acesso em 06/06/2018.

NETO, Silvio Couto. **O movimento de “Lei e Ordem” e a Iniquidade do Controle**

Social pelo Sistema Penal no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FAVORETTO, Afonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais.** 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização , “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal.** Coimbra: Editora Livraria Almeida, 2001.

FERREIRA, Carla Danielle Lima Gomes. A influência da mídia no Processo Penal brasileiro e a ruptura dos Direitos Fundamentais sobre o acusado. In: **Jurisway:** 2014. Disponível em <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13766> Acesso em 04/05/2018.

FRAGA, Renata Jardim. A necessidade do consentimento na produção de provas que implicam intervenção corporal no acusado. In: **Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: 2010. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduação/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/renata_fraga.pdf>. Acesso em 10/05/2018.

GARCIA, Flávio Carnelle Oliveira. Os limites constitucionais do poder punitivo do Estado. In: **Revista Jus Navegandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, n.09 , n.291, abril 2004. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/4994/os-limites-constitucionais-do-poder-punitivo-do-estado/1>> Acesso em 28/07/2018.

GOMES, Marcus Alan de Melo. A Prisão Provisória: aspectos constitucionais e infraconstitucionais. In: **Marques da Silva, Marco Antônio (coordenador). Tratado temático de processo penal.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 338-339.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 7ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2013.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** Niterói: Editora Impetus, 2016.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 3. Ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LIMA, Carlos Eduardo Martins. **A criação e a utilização dos bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: uma análise através da bioética e do advento da Lei 12.654/2012.** In: Revista do Biodireito e Direito dos Animais, Minas Gerais, v.1, n.2, p.54-77, jul/dez 2015. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/322596553_A_Criacao_e_a_Utilizacao_dos_Bancos_de_Perfis_Geneticos_para_fins_de_Persecucao_Criminal_no_Brasil_Uma_Analise_Atraves_da_Bioetica_e_do_Advento_da_Lei_126542012/fulltext/5a61f96d4585158bca4a2b88/322596553_A_Criacao_e_a_Utilizacao_dos_Bancos_de_Perfis_Geneticos_para_fins_de_Persecucao_Criminal_no_Brasil_Uma_Analise_Atraves_da_Bioetica_e_do_Advento_da_Lei_126542012.pdf?origin=publication_detail> Acesso em

05/08/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. V. único. 2. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2014.

LUPARELE, Isadora. As controvérsias da identificação genética compulsória no Processo Penal. In: **Jurisway**: 2017. Disponível em <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18995> Acesso em 10/05/2018.

MACHADO, Antônio Alberto. Identificação criminal pelo DNA. In: **Avesso e Direito: entre a lei e o pelourinho**: 2012. Disponível em <<https://avessoedireito.wordpress.com/2012/06/26/identificacao-criminal-pelo-dna/>> Acesso em: 08/05/2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Denis. Garantias Constitucionais no processo. In: **Jus.com.br**: 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/51093/garantias-constitucionais-do-processo>> Acesso em 10/05/2018.

MONTEIRO. Midiã. A influência da mídia na expansão da legislação penal no Brasil. In: **Jus.com.br**: 2015. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/38271/a-influencia-da-midia-na-expansao-da-legislacao-penal-no-brasil>> Acesso em 20/04/2018.

NASCIMENTO, Flávia Lourenço da Silva. **As Polêmicas Inovações Advindas da Lei 12.654/12**. In: Universidade Católica de Brasília, Taguatinga/DF, 2013. Disponível em <<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2160/2/FI%C3%A1via%20Louren%C3%A7o%20da%20Silva%20do%20Nascimento.pdf>> Acesso em 20/06/2018.

NETO, Cândido Furtado Maia. **Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso do Poder**. In: Conteúdo Jurídico: 2009. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direitos-humanos-individuais-fundamentais-no-processo-penal-democratico-blindagem-das-garantias-constitucionais,22926.html>> Acesso em 20/04/2018.

OLIVEIRA, Felipe. A (in) constitucionalidade da extração compulsória de perfil genético no âmbito da Lei n.º 12.654/2012 frente à violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*. In: **Jus.com.br**: 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/61996/a-in-constitucionalidade-da-extracao-compulsoria-de-perfil-genetico-no-ambito-da-lei-n-12-654-2012-frente-a-violacao-ao-principio-nemo-tenetur-se-detegere>> Acesso em 10/05/2018.

PERAZZONI, Franco. Investigação Criminal e Prova na CF/88: objetivos, destinatários e limites da atividade probatória no curso do inquérito policial. In: **Conteúdo Jurídico**, out, 2012. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,investigacao-criminal-e-prova-na-cf88-objetivos-destinatarios-e-limites-da-atividade-probatoria-no-curso-do-in,40098.html>> Acesso em 20/07/2018.

PRUDENCIO, Simone Silva. Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal. In: **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p.297-320 jul/dez. 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, Carla Santana Aires da. O Princípio da não auto-incriminação diante da Lei n.º 12.654: uma discussão a respeito da implementação do sistema do banco de dados genético brasileiro. In: **UNICEUB**, Brasília, 2013. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5213/1/RA20864774.pdf>> Acesso em 10/06/2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSELLÓ, Francesc Torralba. **Ideas de dignidad: una exploración filosófica**. In; MARTÍNEZ, Julio; PERROTIN, Catherine; TORRALBA ROSELLÓ, Francesc. Repensar la dignidad humana. Lleida: Editorial Milenio, 2005.

SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. Ed. rev e atual. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCRIBONI, Marília. Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão. In: **ConJur**: 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidade-banco-dna>> Acesso em 10/05/2018.

SILVA, Thiago Paixão. Os princípios do direito processual penal através de uma interpretação sistêmica e evolutiva. In: **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a.13, nº1451. Disponível em <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4221/os-principios-direito-processual-penal-atraves-interpretacao-sistemica-evolutiva>> Acesso em 23/07/2018.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. In: Revista Brasileira de Ciência Criminais, n.º31, p.102-136, jun-set. 2016.

SOUZA, Brenda Silva de. **Da (in) constitucionalidade da Identificação Genética para Fins Criminais e a Problemática de sua Aplicação no Brasil: uma análise da Lei 12.654/2012**. In: Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Edição 04. Ano 02, vol.01. pp 248-328, 2017. Disponível em <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/identificacao-genetica-fins-criminais#_ftn156> Acesso em 08/05/2018.

SOUZA, Luciano Anderson. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

TANGERINO, Dayane Fanti. **Coisa de cinema ou vida real: Minority Report e a criminalidade do futuro.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/minority-report-criminalidade-futuro/>. Acesso em: 27/08/2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Dados Genéticos no Processo Penal: tentando traçar limitações às hipóteses da Lei 12.654/12. In: **Pontifícia Universidade Católica**, rio Grande do Sul, 2012. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>> Acesso em 22/07/2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.