

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Melissa Gabrielle do Amaral

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº
12.654/2012: a identificação criminal por meio da
coleta de dados genéticos.**

Taubaté - SP

2021

MELISSA GABRIELLE DO AMARAL

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.654/2012: a identificação
criminal por meio da coleta de dados genéticos.**

Trabalho de Graduação apresentado
como exigência para a obtenção do
diploma de Bacharel em Direito no
Departamento de Ciências Jurídicas
da Universidade de Taubaté.

Orientador: Prof. Me. Dr. Robson
Flores Pinto.

Taubaté - SP

2021

NOME: MELISSA GABRIELLE DO AMARAL

TÍTULO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.654/2012: a identificação criminal por meio da coleta de dados genéticos.

Trabalho de Graduação apresentado como exigência para a obtenção do diploma de Bacharel em Direito no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté.
Orientador: Prof. Me. Dr. Robson Flores Pinto.

Data: _____ / _____ / _____.

Resultado: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Dr. Robson Flores Pinto - Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ - Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

“Dedico este trabalho a minha mãe Maria José Barbosa do Amaral, que nunca deixou de acreditar no meu potencial, e a mim por todos os esforços empreendidos para a conclusão desta graduação”.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, que me deu saúde e forças para superar todos os momentos difíceis que encontrei na graduação.

A minha família, em especial aos meus pais Maria José Barbosa do Amaral e Edson do Amaral, responsáveis por minha educação e agradeço imensamente pela paciência nesta etapa tão difícil, porém gratificante em minha vida.

Aos meus irmãos, Felipe Jones Barbosa do Amaral por todo apoio e torcida, e Eduardo Niels Barbosa do Amaral, minha imensa gratidão por toda cumplicidade, amor, apoio nos estudos e concluir o curso de Direito juntos é uma honra e privilégio.

Ao meu parceiro de vida Renan Pedro da Silva Carvalho, agradeço por toda força, paciência, amor, cumplicidade e torcida.

A minha Madrinha Leandra Barbosa, minhas primas Neiva Barbosa e Marcela Barbosa, por todo incentivo, por não me deixarem desistir e por vibrarem comigo a cada semestre ao longo do curso.

Ao meu orientador e Professor Robson Flores Pinto, por compartilhar todo seu conhecimento, apoio e disponibilidade ao longo da elaboração do meu trabalho.

Por fim, aos amigos que fiz nessa jornada, que direta ou indiretamente contribuíram com meu aprendizado ao longo da graduação.

“Diríamos que o Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais.”

Miguel Reale.

RESUMO

O presente instrumento contará com a análise das alterações trazidas pela Lei 12.654/12, por meio de pesquisas bibliográficas. A lei reflete diretamente nos ordenamentos de identificação criminal e de execuções penais. A pesquisa teve como temática a inconstitucionalidade da referida lei, à luz da Constituição Federal de 1988. Para elucidar o trabalho, foram abordadas perspectivas quanto à origem da identificação dos seres humanos e na sequência a identificação criminal, além de elencar os princípios constitucionais mais importantes a cerca da pessoa do acusado. A relevância do tema se dá através do questionamento: A lei 12.654/12 trás a obrigatoriedade da coleta de perfil genético, de pessoa condenada por crime de violência grave e/ou crimes hediondos, no entanto a alteração se dá para lei de identificação criminal, o que nos leva a indagar qual finalidade terá o arquivo do perfil genético senão para produzir prova a *posteriori* contra àquele que cedeu um dado tão íntimo, e por já se encontrar condenado por crime a lei esta mascarando de identificação um material que é utilizado para dado probatório. Portanto buscou constatar se a coleta de perfil genético instituída pela lei 12.654/12 possui anuência com os feixes constitucionais.

Palavras Chave: Inconstitucionalidade, Lei 12.654/12, Identificação Criminal.

ABSTRACT

The present instrument will be based on the analysis of the changes brought by Law 12.654/12, through bibliographical research. The law reflects directly on the criminal identification and penal execution systems. The theme of the research was the unconstitutionality of this law in light of the 1988 Federal Constitution. In order to elucidate the work, perspectives about the origin of the identification of human beings were approached, followed by the criminal identification, besides listing the most important constitutional principles about the person of the accused. The relevance of the theme is given by the following question: Law 12654/12 makes it compulsory to collect the genetic profile of a person convicted of a crime of serious violence and/or heinous crimes. Therefore, we sought to verify whether the collection of genetic profile instituted by law 12654/12 is in accordance with the constitutional bundles.

Keywords: Unconstitutionality, Law 12.654/12, Criminal Identification.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA IDENTIFICAÇÃO	11
2.1 NOTAS HISTÓRICAS SOBRE IDENTIFICAÇÃO	11
2.2 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	15
3 PRINCÍPIOS	19
3.1 PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE	19
3.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	21
3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	23
4 A CONSTITUIÇÃO	26
4.1 NOÇÕES	26
4.2 SUPREMACIA DA LEI CONSTITUCIONAL	29
4.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE	32
5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12	35
5.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE Nº 973.837	40
5.2 ALTERAÇÃO DE OUTROS DISPOSITIVOS	42
6 CONCLUSÃO	44
7. REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

A sociedade desde os primórdios busca meios para identificar seu povo e individualiza-los, de forma que foram criados processos de identificação humana para diferenciar as pessoas uma das outras, no sentido de individualiza-las e conseqüentemente foi preciso categorizar e identificar de igual modo àqueles que infringem os preceitos de uma convivência pacífica.

Nesse sentido a definição da palavra identificação é “reconhecer algo ou alguém como sendo os próprios, é um conjunto de características que torna a identificação possível”.

Uma das ferramentas utilizadas para a finalidade de identificação civil, em território brasileiro, por exemplo, são o registro geral (RG) e também o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), estes documentos tem potencial de comprovar e determinar quem nós somos.

Tendo em vista que a sociedade não detém apenas de bons cidadãos, torna-se inevitável não elaborar um meio específico de identificação para os infratores, considerando-se que estes poderiam informar dados falsos para que não fossem devidamente punidos.

Sendo assim, o presente instrumento tem por finalidade contemplar e analisar a lei 12.654, de maio de 2012, que acrescenta mais uma modalidade de identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta por meio da coleta de material genético, modificando então a lei identificação criminal de número 12.037/2009 e também a lei de execução penal. Além de trazeremos ao enalço a sua inconstitucionalidade.

A relevância do tema se configura ao passo de que a Constituição Federal trás em seu texto garantias que devem ser preservadas, acontece que, a lei 12.654/12, exaure tais limites constitucionais ao estabelecer a compulsoriedade da coleta do material genético do acusado.

O estudo se aprofunda ainda mais, ao que diz respeito ao princípio da não autoincriminação, sendo assim a obrigatoriedade imposta pela lei à torna controversa a Constituição e tal contradição apontada nos leva ao tema exposto: a inconstitucionalidade da Lei 12.654/12.

Deste modo, o presente instrumento de graduação se interpelará na esfera de direito constitucional e direito penal, concernente aos princípios que possuem garantias ao acusado de não produzir provas contra si mesmo, demonstrando os reflexos causados a partir do dispositivo em discussão.

2 DA IDENTIFICAÇÃO

2.1 NOTAS HISTÓRICAS SOBRE IDENTIFICAÇÃO

Sempre esteve presente entre os povos a necessidade de se identificar o indivíduo ou os grupos para distinguir-se dos outros. Por entre os anos a humanidade tratou de realizar, cada qual da sua forma, a identificação de seus povos.

A identidade se descreve como a soma de caracteres que individualizam uma pessoa, e o processo de identificação possui empregos e meios adequados para se realizar.

Os sistemas de identificação pelo mundo deram início através da diferenciação de culturas que se dá pela língua, religião, classe, arte e pinturas corporais.

E há indícios de primeiros registros de que o ser humano se interessava em identificar os seus através da impressão digital datado ainda na pré história, em um precipício na Nova Escócia onde há um desenho de uma mão com espirais desenhados e presumido que tenha sido feito por nativos.

O conceito da palavra identificação no dicionário é “ato ou efeito de identificar-se; documento comprobatório de identidade”. A necessidade de identificar o indivíduo na sociedade ocorre para que a ordem seja mantida entre os indivíduos frente às ações e orientações de se conviver num mesmo lugar.

O método mais antigo a ser utilizado para identificação é o Nome. A fim de classificar objetos, coisas à sua volta e animais, o homem tratou de intitular tudo o que se via e tocava por nomes.

Tendo em vista tais fatos, juntamente com a identificação do indivíduo surge-se a necessidade de identificar pessoas nocivas à sociedade.

E nesse liame, segundo ARAÚJO e PASQUALI (2012), a identificação de criminosos primitivamente ocorria através de marcações em seus corpos,

com instrumento de ferro aquecido, num processo denominado Ferrete, tais medidas eram adotadas na Roma, Grécia Antiga, na Índia com as Leis de Manu, na França até meados de 1562 e nos Estados Unidos até 1718.

Após o processo de marcação por ferrete, em simultânea penalidade, a mutilação surge como outro método de marcar e/ou identificar àquele que tenha cometido crime.

E somente no século XIX, com a invenção da fotografia, que se passou a arquivar fotografias de criminosos com um índice e breves informações sobre o criminoso.

Por se tratar de um ato mais humanitário, tornou-se mais aceitável e pacífico essa modalidade nos países. Assim, estudiosos passaram a difundir e estabelecer mecanismos de identificação além da fotografia, tendo em vista a facilidade em modificar características físicas.

Foi no ano de 1879 que o francês Alphonse Bertillon com o objetivo de amenizar os erros de identidade e provar com segurança o infrator, desenvolveu o sistema de identificação, denominado Antropometria ou Bertillonage, que consistia em medir partes físicas do corpo num procedimento meticulosamente descritivo, com fotos de frente e de perfil do indiciado, conforme bem menciona JOSÉ EDUARDO MARCICO (2002).

Foi então que o sistema de Bertillon foi adotado em toda a Europa e o resto do mundo, e com os avanços da aplicação científica, os britânicos Henry Faulds e Francis Galton por volta de 1870 trabalhavam em estudos sobre impressões digitais.

Tanto a fotografia quanto a impressão digital é um método utilizado para identificação civil e criminal.

Assim como em outros países, o Brasil adotou um sistema prático e rápido de identificação, momento que surge outra figura importante na história da identificação, sendo ele originado pelo estudioso Juan Vucetich.

O sistema de Juan Vucetich consiste em coletar as impressões digitais dos dez dedos das mãos e arquivar em planilhas, esse sistema foi intitulado de icnofalangometria, termo utilizado por seu criador, que foi posteriormente modificado por Francisco Latzina, um colunista argentino que publicou no jornal "La Nacion" propondo a modificação do nome para *datiloscopia*, e gerou grande repercussão.

No Brasil o sistema de identificação por meio da datiloscopia foi implantado oficialmente por José Felix Alves Pacheco através do Decreto 4.764 de 05 de fevereiro de 1903, que dispõe no artigo 57 o seguinte:

"Art. 57 - A identificação dos Delinqüentes será feita pela combinação de todos os processos actualmente em uso nos países mais adeantados, constando do seguinte, conforme o modelo do Livro de Registro Geral, anexo a este Regulamento:

Exame descriptivo (Retrato Falado);
notas chromáticas;
observações anthropométricas;
signaes particulares, cicatrizes e tatuagens;
impressões digitaes;
photographia de frente e de perfil.

Parapho Único - Estes dados serão na sua totalidade subordinados à classificação dactyloscopica, de accordo com o methodo instituído por D. Juan Vucetich, considerando-se, para todos os effeitos, a impressão digital como prova mais concludente e positiva da identidade do indivíduo, dando-se-lhe a primazia no conjuncto das outras observações, que servirão para corroboral-a."

A problemática em encontrar um sistema eficiente para a identificação criminal é aliar os quatro requisitos: a unicidade, imutabilidade, praticabilidade e a classificabilidade, que é muito bem desempenhado pela datiloscopia, por ser um método prático e eficiente, (SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 185).

Nesse interim RENATO BRASILEIRO DE LIMA, leciona que a identificação é um fator de segurança jurídica e faz a seguinte menção:

“A identificação humana é fato de segurança jurídica essencial à vida em sociedade. Sua ausência, imprecisão, falsidade ou dissimulação pode repercutir negativamente, notadamente em sede processual penal, quando, exemplificativamente, um inocente pode ser preso em virtude de o verdadeiro autor ter se identificado falsamente. Por conta disso, incumbe ao Estado desenvolver métodos e procedimento capazes de individualizar e distinguir a pessoa, sem que isso represente violação a direitos fundamentais.”. (LIMA, 2016, p. 112).

Por consequência, a necessidade do Estado em identificar as pessoas se relaciona ao fato de que o Estado requer controle sobre todo seu povo, para que assim ele possa garantir todas as medidas e ditames legais, assegurando harmonia e paz no convívio social entre as pessoas no Estado de Direito.

2.2 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

No capítulo anterior abordou sobre o aspecto histórico da identificação do homem, permitindo que se aprofunde na esfera penal, do qual o Estado precisou desenvolver um sistema para identificar não somente os civis, mas também os que infringem os ditames regulamentados à sociedade.

A identificação criminal é indispensável para reunir todos os dados da pessoa que praticou o fato delituoso, pensando que o principal objetivo é a correta identificação, para que nenhum indivíduo seja injustamente acusado ou condenado por um fato que não cometeu, a Constituição Federal trás em seu texto do artigo 5º a seguinte diretriz quanto à punibilidade:

Art. 5, inciso XLV - **nenhuma pena passará da pessoa do condenado**, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; grifo nosso.

Para RENATO BRASILEIRO DE LIMA (2020, p.142), a primeira parte do mencionado inciso direciona para a importância da assertividade da identificação criminal, por ser através dela que irá possibilitar o conhecimento da pessoa que irá, se o caso, sofrer as sanções impostas.

Posto isso, é preciso distinguir os indivíduos na sua individualidade, para que ninguém seja alvo de responsabilidade de outrem, em vista que cada ser humano vive sua própria história, na qual cada ser escolhe suas escolhas, cabendo penalizar somente aquele que cometeu atos infracionais.

No aspecto da identificação, nosso ordenamento, rogado pela Constituição Federal no inciso LVIII, do artigo 5º, dispõe o seguinte: “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo hipóteses previstas em lei;”.

Com isso, a Carta Magna deixa uma autorização para o legislador de que quando a identificação civil não for suficiente poderá realizar a identificação criminal, porém devemos lembrar que o objetivo desta identificação é apenas identificar o acusado.

Em paralelo, de forma extensiva e regulamentadora ao art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, foi promulgada a Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009, para dispor sobre a identificação criminal do civilmente identificado.

Assim, a referida lei, apresenta hipóteses em que poderá ou não ocorrer à identificação criminal, sendo elencados quais os documentos serão aceitos como identificação civil, bem como o legislador se preocupou em reproduzir o inciso constitucional, demonstrando tais hipóteses, para a compreensão façamos a leitura dos artigos 2º e 3º da norma supracitada:

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

~~II – carteira de trabalho;~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 905, de 2019)

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

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

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

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

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

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

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

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

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

A pessoa humana, dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro, para representar a sua imagem deve se socorrer do disposto do artigo segundo supracitado, considerando que este rol é exemplificativo, e demonstram quais documentos prestam para a identificação civil, possibilitando que este exerça todas as suas atividades cívicas e políticas dentro do país.

Por conseguinte, já no artigo terceiro, o legislador demonstra as hipóteses que suscitam dúvidas e pelos motivos expostos será realizada a identificação criminal. Com intuito de discernir melhor o assunto, o doutrinador Guilherme De Souza Nucci, expõe em sua obra com riqueza de detalhes os incisos, vejamos:

I - **Rasura ou indício de falsificação**: rasura consiste em raspar ou riscar parte do documento tornando sua leitura inviável, e falsificar é alterar de modo que o faça passar por autêntico, podendo ser construído um novo documento ou

alterando o verdadeiro, provocando-se a alteração de conteúdo.

II – **Insuficiência do documento apresentado:** constata-se falta de dados pertinentes à exata identificação, como por exemplo, documento sem foto, ou mera cópia de certidão de casamento, gera motivo para que se realize a colheita datiloscópica e fotográfica.

III – **Documentos conflitantes:** não se trata apenas de portar dois documentos distintos (dois RGs), mas documento diverso com dados igualmente diferenciados, como por exemplo, um RG e uma Carteira de Habilitação, com data de nascimento diversa.

IV – **A identificação for essencial às investigações policiais:** a autoridade judiciária competente designará de ofício ou por provocação da autoridade policial, Ministério Público ou defesa, se a datiloscopia ou a fotografia é necessária para averiguar os fatos. No entanto, esta é uma hipótese aberta e não há especificação de elemento necessário para sua realização.

V – **Constar registros policiais de uso de outros nomes:** Pessoa que tem anotado em sua folha de antecedentes criminais, diferenciados nomes, apelidos, nomes de família, dentre outros nomes utilizados perante os órgãos públicos, precisa ser criminalmente identificado, pois a chance de erro incrementa-se em demasia.

VI – **Do estado de conservação do documento:** nesta hipótese compreendem-se três situações, o péssimo estado de conservação, a emissão do documento for muito antiga, ou foi emitido em localidade distante. (NUCCI, 2020, p. 547/548)

Agregando ao artigo terceiro estudado detalhadamente, o mesmo diploma legal, dispõe em seu artigo quinto sobre o meio técnico para o procedimento de identificação criminal, sendo eles o datiloscópico e fotográfico.

3 PRINCÍPIOS

3.1 PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Diversos são os princípios constitucionais inerentes à pessoa do acusado, todavia para um melhor proveito desta obra será singularizado os mais relevantes à identificação criminal e a sua não autoincriminação.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais não são ilimitados, de forma que estes precisam se coexistir entre si com os demais, em busca de uma solução harmoniosa.

Desta forma, neste tópico iremos tratar do princípio nemo tenetur se detegere, e partindo da premissa conceitual, este é um princípio que tem por garantia resguardar o direito da não produção de provas contra si mesmo.

No ordenamento jurídico brasileiro este princípio está consagrado pela Carta Magna de 1988, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, com o intuito de proteger o indivíduo de exprimir atos que possam incriminá-lo.

O princípio nemo tenetur se detegere pode ser evidenciado através do direito ao silêncio elencado no artigo 5º da constituição federal, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”, garantindo assim ao acusado que o seu silêncio não será usado para incriminá-lo.

A estrutura de pensamento sobre o princípio é de que ninguém é obrigado a descobrir-se, embora o acusado - caso queira - possa cooperar na investigação do processo, no entanto a legislação lhe oferta uma tutela de dignidade e então o acusado pode silenciar-se para que constitua um defensor que irá falar por ele.

Nota-se que AURY LOPES JUNIOR, descreve muito bem sobre o tema:

“O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, inculpada no princípio nemo tenetur se

detegere, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.” (JUNIOR, 2020, p. 713).

Ressalta-se também que o *nemo tenetur se detegere*, encontra-se presente também na Convenção de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) em seu artigo 8º, II, alínea g, como assim transcreve-se:

Artigo 8º - Garantias judiciais

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

[...]

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

Dentro deste contexto, este princípio é de grande valia para evitar que as palavras sejam utilizadas contra o acusado, considerando que no ordenamento jurídico brasileiro só houve previsão desta garantia com a promulgação da constituição mais recente, e com o propósito de protegê-los dos excessos praticados pelo Estado.

Nesse interim, um questionamento se aflora, o Estado estaria exagerando em realizar a coleta obrigatória do perfil genético do acusado? Tendo em vista que o indivíduo tem direito a recusa, e esta recusa estar pautada nos feixes constitucionais brasileiros.

Ademais, outros desdobramentos do *nemo tenetur se detegere* serão tratados a seguir, como o princípio do contraditório e ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.

3.2 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Em detrimento do princípio anterior, o acusado tem a opção de resguardar sua idoneidade para não se incriminar e também o direito ao silêncio a fim de que seja promovido a sua defesa por outrem.

Por demais, dentre os direitos que cabe ao acusado, de modo geral, considerando a matéria processual, as partes são dotadas de defesa quando lhe são imputadas acusações, permitindo que manifestem a sua versão sobre a situação litigiosa, nesse sentido, cabe à leitura do inciso LV, do artigo 5º da Constituição de 1988:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

É neste momento que algumas conclusões precisam ser entendidas, sendo a primeira de que o contraditório não se confunde com a ampla defesa, pois são eles princípios correlatos, mas que possuem significados distintos.

O princípio do contraditório, sob o olhar de REIS e GONÇALVES (2016, p. 96) se compreende no que segue:

“[...] as partes devem ser ouvidas e ter oportunidades de manifestação em igualdade de condições, tendo ciência bilateral dos atos realizados e dos que irão se realizar, bem como oportunidade para produzir prova em sentido contrário àquelas juntadas aos autos.”. (REIS E GONÇALVES, 2016, p. 96).

A possibilidade de utilizar todos os mecanismos legais previstos para defender-se condiz à ampla defesa, e esta situação só ocorre se houver

primeiramente o contraditório que irá apresentar todas as informações concernentes ao processo.

Nesse sentido os autores ALEXANDRE CEBRIAN ARAÚJO REIS E VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES, (2016, p. 97) preceituam: “o principio da ampla defesa obriga o juiz a observar de pleno o direito de defesa aos acusados em ação penal. Razão disso, ainda que o réu diga que não quer ser defendido, o juiz deverá nomear lhe defensor.”.

Os princípios analisados tem por objetivo dupla proteção no âmbito processual, assegurando o direito à informação, concernente ao principio do contraditório; outrossim, e o meio necessário para que se façam as alegações, em outras palavras, utilizar meios técnicos para produzir e sustentar a defesa do acusado, vinculando ao principio da ampla defesa.

Nesta seara, é possível compreender que o acusado tem direito de estar ciente de todas as particularidades processuais que lhe envolve, bem como protestar por todos os meios de provas que se fizerem necessários e for obtida licitamente para a sua defesa, evidenciando os princípios do contraditório e ampla defesa.

3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A pessoa humana quando introduzida em sociedade, sucede de valores como a moralidade, a ética, a espiritualidade e a honra, assim como as prerrogativas de direito existentes, entre todos esses aspectos, o primordial, incumbe o dever de proteger a dignidade deste indivíduo.

A terminologia dignidade empregada neste princípio confere a um compilado de valores, como acima descrito, garantindo que estes abarquem todas as pessoas humanas. O dever de defender a pessoa humana deste instituto pode aparentar um pleonasma, todavia dentro do ordenamento jurídico a categoria de pessoas se subdivide em pessoa física e jurídica, sendo que as pessoas jurídicas são figuras abstratas que não são dotadas dos valores intrínsecos dos seres humanos, logo alcançando este princípio tão somente as pessoas físicas, por outro lado, humana para enfatizar a condição humana, o aspecto social e filosófico do ser humano, assim redundante para que não haja dúvidas quanto o aspecto do sujeito que é dotado desta incumbência.

No tocante a definição deste princípio, a doutrina possui dificuldade em conceitua-lo, aprofundando em fatores sociais, históricos e filosóficos para alcançar a máxima do entendimento, para facilitar, extraí os conhecimentos que com sabedoria leciona FLÁVIA BAHIA:

“A definição do princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais fáceis de ser compreendido, mas, sem dúvida, um dos mais difíceis de ser conceituado. Talvez por ser o mais carregado de sentimentos. Como unidade mais fundamental de valor do sistema jurídico, esse princípio universal funciona como paradigma, fundamento, limite e desiderato de um ordenamento jurídico, de um Estado e de uma sociedade aos quais confere legitimidade. Apesar de difícil conceituação, podemos compreender que o conteúdo do princípio diz respeito ao atributo imanente a todo ser humano e que justifica o

exercício da sua liberdade e a perfeita realização de seu direito à existência plena e saudável.” (BAHIA, 2017, p. 102).

Destarte, a principal reflexão sobre o princípio em epígrafe é de que a vida humana é inviolável, e a Carta Magna tratou com maior cautela dos direitos que possuem um maior valor, portanto, nessa ótica compete diretamente sobre vida, em específico no zelo e cuidado que deve ser atribuída a vida e sua vivência em sociedade, garantindo que isso ocorra de maneira saudável e digna, sendo imprescindível o manto constitucional para tanto.

Observa-se que, o constituinte se preocupou em garantir tal direito na abertura da Constituição, como se visualiza textualmente a seguir:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

(grifo nosso)

Com relação à extensão do princípio da dignidade da pessoa humana este alcança todos os campos e meios jurídicos possíveis, visto que é um direito basilar atinente a todos os indivíduos, com influência e impacto no prisma central do Estado Democrático de Direito, pois garante que as pessoas humanas possam ter dignidade em suas vidas particulares.

Em termos de matéria penal, tal princípio exerce tamanho dever, partindo do pressuposto de que o ofendido também figura como pessoa e

merece um processo ético pautado na legalidade, sendo assim, Guilherme de Souza Nucci bem descreve isso em seu artigo:

“Assimilando a importância da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal a inseriu como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). Refletindo sobre o relevo desse princípio fundamental, a cercar todas as áreas do Direito, pode-se encontrar no termo dignidade algo inerente também à matéria Penal? Pensamos que sim. E, nesta seara, não se pode visualizar a dignidade penal por um só prisma – o da dignidade da pessoa humana, quando se tornar acusada em processo-crime –, mas também a dignidade da pessoa humana de quem foi ofendido e teve o seu bem jurídico perdido ou danificado. Assim sendo, a dignidade penal favorece uma via de mão dupla: há de se punir o agente do delito, respeitando-se a dignidade humana, do mesmo modo que é preciso cessar a notória abstração da vítima do cenário penal e processual penal. Noutros termos, dedica-se muito pouco, especialmente em processo, à pessoa ofendida.”.

(JUS BRASIL, 2016.)

Com efeito, por mais cruel que tenha sido o crime, o direito a ser tratado com dignidade humana não se declina. Havendo ponderação entre o interesse do Estado na investigação do delito, o poder de punir e os direitos do sujeito indiciado.

4 A CONSTITUIÇÃO

4.1 NOÇÕES

A reunião de grande número de pessoas para o convívio no mesmo lugar em um determinado território para que haja ordem e paz social é necessário centralizar o poder de controle, pois se houver o controle da sociedade espalhada e com diversas autonomias, há instabilidade nas decisões e não haverá paz social, nos remetendo as situações pré-históricas, aonde cada um se manifesta sem nenhuma imposição e de qualquer maneira, pelo simples fator do instinto animal do '*homo sapiens*'.

Neste propósito, comumente as pessoas se juntam e entregam seus “poderes” ao Estado, esta figura se responsabiliza para controlar toda a sociedade e o povo, de modo a promover a convivência de forma harmônica entre todos, sendo que cada país por meio de seus eleitos ou da população escolhe os modelos de Estado e formas de atuação deste Estado.

No Brasil, foi adotado o sistema presidencialista, com o regime de governo sendo o Estado Democrático de Direito, promulgando a primeira Constituição Federal em 1824, que durante anos se aperfeiçoou até a Constituição Federal existente, ou seja, a Carta Magna de 1988.

A palavra constituição se define por ação ou resultado de constituir. No sentido jurídico, configura-se na lei maior do Estado, a qual ira reger as demais normas jurídicas, conferindo um sistema de regras primário, no qual todos devem seguir para manter a ordem social daquela comunidade, bem como todos os demais ditames jurídicos devem respeitá-la por se tratar do pilar central daquele Estado.

ARI FERREIRA QUEIROZ (2016, p. 127) preceitua que “O conceito de constituição varia conforme o objeto de estudo, a formação do intérprete ou a classificação que se adote.”. Levando esta ponderação em consideração, para o presente instrumento iremos utilizar do sentido em que a Constituição é o texto que da estrutura ao Estado para que determine a formação dos poderes públicos, forma de governo e os limites da supremacia, sem adentrar em todas

as suas especificidades, pois são extensas e não traduzem na temática central desta obra, desviando a sua finalidade.

Adiante, para GOMES CANOTILHO (1993, p. 12), constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, fundada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e organizam-se de acordo com o princípio da divisão de poderes. Nesse sentido, o ordenamento jurídico Brasileiro subdivide em três poderes, o primeiro consiste no poder Legislativo, que promove novas leis e fiscaliza o poder executivo; o segundo poder, é o Executivo, este dirige e administra o Governo e representa o país no exterior; e por fim, o poder Judiciário, tem finalidade de aplicar as leis, decidindo os litígios do Estado e resguardando o direito.

Ainda sobre a contextualização da Constituição, de forma magnífica FLAVIA BAHIA catequiza seus conhecimentos com encanto, nos seguintes dizeres:

“A Constituição, lei fundamental que é, coração de todo o ordenamento jurídico, tem como papel mais importante o de caracterizar as singularidades de um país, reunindo as suas principais feições, como por exemplo: a sua forma de Estado e de Governo, a Organização dos poderes do Estado, os direitos e garantias fundamentais que devem ser protegidos ao seu povo ou até mesmo as metas que devem ser cumpridas pelos governantes . É conhecendo a Constituição de um Estado que aprendemos um pouco mais sobre os seus costumes, políticas e a sua própria história.” (BAHIA, 2017, p. 41).

Diversas são as classificações que permite definir uma Constituição, de maneira prática, abordaremos os quatro principais, que corrobora pela origem, forma, estabilidade e conteúdo.

No tocante a origem, a Constituição pode ser outorgada ou promulgada, a primeira categoria ocorre quando é imposta por um líder daquela sociedade, sem intervenção direta do povo, e, por outro lado, promulgada, diferentemente

da primeira, há intervenção do povo, ou melhor, é elaborada mediante participação popular, aonde o povo escolhe seus representantes para assegurar sua representatividade, este vincula a origem democrática.

Em continuidade, classifica pela sua forma, que pode ser escrita ou também chamada de instrumental, oriunda do modelo romano-germânico "*civil law*" que consiste na formalização solene e codificada da Constituição; em paralelo, existe a forma não escrita, ou seja, não codificada ou solene, esta existe pelo costume e moral da sociedade, advinda do sistema "*common law*".

Quanto à estabilidade, pode ser imutável, ou seja, não sendo passível de alteração, bem como pode ser rígida, ou seja, exige um procedimento complexo e difícil para a alteração do texto da lei, mas não impossível, também pode ser semirrígida, ou seja, exige um procedimento complexo para a alteração de certos dispositivo do texto da lei e para outros dispositivos um procedimento mais simples, e, a última possibilidade de estabilidade é a flexível, pelo próprio nome já se traduz, ou seja, permite a modificação do texto da lei de forma simples.

A última classificação refere-se ao conteúdo, podendo ser material (também conhecido como substancial) ou formal (também conhecido como procedimental); o conteúdo material trata de um dispositivo normativo costumeiro, apresentando seu regramento na mesma intensidade de que qualquer outro dispositivo legal, por sua vez, o conteúdo formal, trata de um dispositivo dotado de hierarquia, no qual este possui uma densidade normativa a frente de qualquer outro dispositivo legal, devendo ser respeitado, pois é atribuído a este o mais alto grau da hierarquia política jurídica.

Portanto, entre os elementos que caracteriza e define uma Constituição, podemos afirmar que os elementos definidores da Constituição Federal do Brasil de 1988 perfazem de ser promulgada, pois foi elaborada em conjunto da população, possui a forma escrita, por estar codificada e possuir solenidade, trata-se de estabilidade rígida, apesar de existir fortes correntes doutrinárias que sustentam a estabilidade semirrígida, e de conteúdo formal, considerando a sua hierarquia, que será adiante estudada.

4.2 SUPREMACIA DA LEI CONSTITUCIONAL

Para devida compreensão da obra, cumpre frisar a diferenciação entre a lei constitucional da lei comum, nesse aspecto no capítulo anterior de maneira breve abordou sobre tal diferenciação, ao passo de que, a Constituição Federal de 1988 em sua classificação possui o elemento do conteúdo formal, ou seja, rogada de hierarquia e estando acima de todos os demais dispositivos jurídicos. Nessa esteira, sobre a lei constitucional assevera que:

“A lei constitucional, ou constituição propriamente dita, diferencia-se da lei comum, lei ordinária ou complementar por pelo menos duas razões: pelo órgão de onde emana, que, em se tratando de constituição, é um poder constituinte, superior, inicial, ilimitado, enquanto em se tratando de lei comum vem de poder constituído, secundário, limitado; a outra razão é o conteúdo de suas normas. Em regra, a constituição contém normas que estruturam o Estado e definem os direitos e garantias fundamentais das pessoas; a lei comum vem sempre de forma esparsa, assim também considerados os códigos.”.
(QUEIROZ, 2016 p.127)

Posto isso, duas são as correntes argumentativas que garantem a máxima da Constituição, de maneira exaustiva, para que o Estado crie e administre a sociedade se faz necessário que haja imposição legal de dispositivos normativos que regem a vivência da população em sociedade, por este motivo a Constituição Federal traz consigo a primazia em ser a primeira lei regulamentada para atribuir os regramentos básicos para a população, sendo o poder constituinte mais puro, digo mais, inicial e ilimitado, que será norte de toda a legislação da sociedade.

Deste ponto, partimos para a aceção de que a Constituição é detentora da lei máxima no Estado, com princípios que irão regular as demais normas. Abrindo espaço para a segunda corrente argumentativa, tem consigo o caráter da sua classificação em ter o conteúdo formal, logo à hierarquia e sua supremacia, nesse ínterim, considerando a grande maioria de pensadores e doutrinadores, elevam os conhecimentos de Hans Kelsen que inovou em sua obra “A Teoria Pura do Direito” colocando a Constituição Federal no mais alto

grau da hierarquia jurisdicional e apresentando a famosa e denominada Pirâmide de Hans Kelsen, no qual extrai a hierarquia das normas legais.

Para Hans Kelsen, entende que a estruturação do Estado inicia pela Constituição Federal, conduzindo toda força normativa a partir dela, decorrendo um sistema unitário e harmônico de todas as normas jurídicas, estando ela no ápice dessa pirâmide, descendo a pirâmide se encontra as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, lei delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, decretos regulamentares, e na base da pirâmide estão às resoluções e portarias, ou, melhor dizendo, as normas complementares que consiste em quaisquer outros dispositivos não elencados anteriormente, seguindo essa lista respectivamente para formação da pirâmide hierárquica jurisdicional, sendo que desta pirâmide a base e todo seu desenvolvimento até o seu ápice subsiste em ordem e respeito à Carta Magna, para que haja harmonia jurídica e segurança jurídica.

Ainda sobre a supremacia da lei constitucional, cumpre destacar os pensamentos de NATHALIA MASSON (2016, p. 735), adiante:

Como a disciplina jurídica do processo de formação das leis tem matriz essencialmente constitucional – pois residem, no texto da Constituição os princípios que regem o procedimento de elaboração das espécies normativas – [...], a desobediência às regras do processo legislativo constitucionalmente delineado resulta inequívoca inconstitucionalidade formal da lei ou do ato normativo elaborado. (MASSON, 2016, p. 735).

Deste modo, aduz que a Constituição é dotada de supremacia, ou seja, possui densidade normativa superior a qualquer outro dispositivo legal, em vista de que o poder constituinte originário cria tal dispositivo e a partir deste se originam todos os demais, com a devida cautela para que não haja contradições.

Quando há discordância entre a matéria abordada pelas normas comuns onde ataca frontalmente a Constituição Federal, necessário que seja colocado em prática a análise do controle de constitucionalidade, para que seja

reformado o dispositivo legal, em observância da supremacia da Constituição. Ocorre que, o controle de constitucionalidade será o meio pelo qual se adequará a lei comum a Constituição, conferindo a um reexame da norma e adequação para seguir os ditames Constitucionais, para ofertar uma unicidade e harmonia ao sistema jurídico Brasileiro, de modo que garanta a Segurança Jurídica do ordenamento.

Entretanto, dependendo do contexto da norma comum, disposta de acordo com a situação fática atual da sociedade, está pode existir de modo a não ferir necessariamente o texto constitucional, mas a interpretação que lhe é colocada; nessa pegada, o fator histórico da interpretação constitucional poderá ser reformulado, e por assim ser, compreendido por todos através do efeito "*erga omnes*" na sua nova interpretação, isto quer dizer, corrobora com a situação prevista da mutação constitucional, nela não há alteração do texto constitucional, mas tão somente alteração na interpretação do texto à vista do fator histórico e desenvolvimento da sociedade.

Por derradeiro, quando a norma comum conflita diretamente a norma constitucional, dentro do ordenamento há previsões para que haja a devida adequação, ou da norma comum ou movimentar o procedimento de reformulação constitucional, isto quer dizer, a emenda a Constituição, para que todas as legislações coincidam em suas determinações, porém enquanto conflitantes as normas, estamos diante da inconstitucionalidade da lei comum, que será amplamente abordada no tópico posterior.

4.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE

Neste momento o que se busca é abordar sobre quando uma norma padecerá por inconstitucionalidade. De maneira breve e geral, diz-se que uma lei é inconstitucional aquela vai contra os preceitos pautados na Constituição.

Antes de tudo, para configurar ou determinar a inconstitucionalidade, existe um instituto chamado Controle de Constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade possui princípios que o norteiam, conforme aponta FLAVIA BAHIA:

São princípios norteadores do controle de constitucionalidade:

- (1) princípio da supremacia da constituição;
- (2) presunção relativa de constitucionalidade das normas constitucionais derivadas e das normas infraconstitucionais;
- (3) presunção absoluta de constitucionalidade das normas originárias;
- (4) princípio da rigidez constitucional.

BAHIA (2017, p 365).

O controle de constitucionalidade é um instituto que pretende proteger a supremacia da constituição, os direitos e garantias fundamentais, com a devida fiscalização, tendo em vista verificar a compatibilidade material e formal das normas produzidas no país. Na visão de ARI QUEIROZ:

Constitucionalidade e inconstitucionalidade são conceitos antagônicos que residem no plano de validade das normas jurídicas infraconstitucionais. As normas compatíveis com o conteúdo expresso ou implícito da constituição e que não violem nem mesmo as regras do processo legislativo são

valida-se, por isso, constitucionais; ao contrario, as que se chocarem com a constituição sob quaisquer de seus aspectos são inconstitucionais e, por isso, invalidas. (QUEIROZ, 2016, p. 220).

A doutrina classifica algumas formas de controle de constitucionalidade, Flávia Bahia em apertada síntese, demonstra a classificação pelas modalidades quanto ao momento: de maneira preventiva quando o objeto ainda se encontra como projeto de lei ou proposta; repressivo quando o objeto já esta na forma de lei ou emenda. E quanto ao órgão: político ou judicial.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, leciona sobre a inconstitucionalidade quanto aos seus vícios, senão vejamos:

O vicio de inconstitucionalidade formal se refere ao procedimento ou forma de elaboração da norma. A inconstitucionalidade ocorre pelo desrespeito das regras previstas na constituição para a criação de uma Lei ou norma (processo legislativo).

O vício formal que ocorre com mais frequência é o vício de iniciativa, no qual o projeto de lei sobre matéria privativa ou reservada a uma determinada autoridade é proposto por pessoa que não tem a competência exigida. Ex: parlamentar que propõe lei de competência privativa do governador do Estado.

O vício de inconstitucionalidade material refere-se ao conteúdo da lei ou norma. A inconstitucionalidade ocorre devido à matéria tratada contrariar os princípios ou violar os direitos e garantias fundamentais assegurados em nossa Constituição Federal. Ex: lei que venha a instituir pena de morte no Brasil. TJDFT (2020).

Quanto ao conceito de inconstitucionalidade, o Procurador PAULO SEREJO, buscou definir da seguinte forma:

O Direito, se afastado da vida social, não faz sentido. E a vida humana são as escolhas que fez ao longo da história, as opções que fez e que fará amanhã. O que queremos no controle de constitucionalidade é o impedimento de atualizações de valores contrários àqueles constitutivos, ou, noutras palavras, contribuir para a máxima eficácia da Constituição.

O conceito de inconstitucionalidade, na dogmática, ensejará a garantia da Constituição.

[...], esta noção de inconstitucionalidade: é a relação contrária entre um valor atualizado e um valor constitutivo; a constitucionalidade, o inverso. (Revista Jurídica, 2000, p.4 e 5).

Em vista do que foi pautado sobre inconstitucionalidade, é essencial dizer que o que não estiver sob o óbice da Constituição, e confrontar atos do poder público, há inconstitucionalidade.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.654/12

A Lei 12.654/12 foi publicada na data de 28 de Maio de 2012, e consigo trouxe alterações significativas no ordenamento jurídico, com o advento não houve demora em surgir questionamentos sobre sua inconstitucionalidade.

Uma de suas alterações ocorre na Lei de identificação Criminal de nº 12.037/09, no qual prevê a coleta de dados genéticos para fins de identificação, no entanto há duas situações em que pode ocorrer a colheita.

Das duas situações levantadas para realizar a coleta de dados genéticos, a primeira ocorre ainda em sede de investigação, quando for essencial para apurar a autoria delitiva, conjecturada na hipótese do art. 3º, IV, da lei 12.037/09, que, no entanto depende da autoridade judicial para decidir de ofício, ou se, requerida por autoridade policial, membros do Ministério Público e da defesa.

Já na segunda situação, prevê a coleta obrigatória de dados genéticos de condenados por crime doloso, com violência de natureza grave ou por crimes hediondos.

A lei determina ainda a criação de um banco nacional de perfil genético, e especifica sobre quais informações poderá conter no cadastro do dado coletado, além evidenciar quanto ao seu sigilo.

Ao falar da pessoa do investigado, a coleta de dados genéticos, será para o caso concreto e atual, e neste impasse entende-se que estará cedendo prova cabal para a investigação. E quanto à pessoa do condenado, haverá inserção de seus dados ao banco de perfis genéticos, podendo instituir prova de crimes futuros.

Em fase de investigação, seguindo os estudos de RENATO BRASILEIRO DE LIMA (2016, p.131), quando a solicitação for em prol da defesa do investigado, não há evidencia de violação ao princípio nemo tenetur se detegere, pois o objetivo em tela é afastar sua responsabilidade. O autor

conclui que a problemática esta na hipótese em que o individuo se negue a fornecer seu material, visto que não esta pautada na Lei 12.654/12.

Nesse mesmo prisma, sob o olhar de JULIO FABBRINI MIRABETE acrescenta uma ressalva à referida lei, e aponta que há permissão para que essa identificação seja realizada também naqueles que estão sendo apenas investigados, senão vejamos:

“Prevê o artigo 9º-A da LEP que será submetido à identificação por perfil genético o condenado por crime hediondo ou por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa. A providência é prevista como consentimento do condenado ou de autorização judicial. Referindo-se a lei aos condenados, estão excluídos aqueles que ainda ostentam a condição de réus em razão da ausência do trânsito em julgado do decreto condenatório, mesmo que se tenha admitido a execução provisória.” (MIRABETE, 2018, p.47)

Já no que corresponde a obrigatoriedade da coleta, o artigo preceitua que será realizado em condenados, no entanto não há previsão sobre a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para que seja imposta a coleta. Na leitura do artigo 3º da Lei 12.654/12, podemos verificar tal imposição legal:

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

“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 nº 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.

Embora o legislador tenha se preocupado em enfatizar que o método para coleta do material seja indolor, ainda sim o alvo configura-se no corpo da pessoa do acusado, seguindo na contramão dos princípios da dignidade da pessoa humana e a integridade física do sujeito. Além do mais o referido diploma ainda reprime o princípio da garantia da não autoincriminação quando instituiu a compulsoriedade da extração do perfil genético.

Como visto os materiais coletados, serão arquivados no Banco Nacional de Perfis Genéticos, com a finalidade de identificação genética e como forma de armazenamento de dados, a lei ainda refere-se que o acesso será restrito permitindo acesso mediante requerimento prévio.

Cumprido colocar a vista o artigo 2º, do mesmo ordenamento jurídico, que trata da análise do material genético coletado:

Art. 2º A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos **não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero**, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. *grifo nosso*

Demonstra-se pelo citado acima que com a criação dos bancos de dados genéticos, será armazenado os materiais coletados, no entanto há ressalva para que não revele traços somáticos ou de comportamento do sujeito, se limitando apenas à informação genética de gênero do sujeito.

Neste ponto, torna-se discutível o seguinte, a pessoa figurada no condenado já há de ter sido identificada, uma vez que se encontra sentenciada - por crime doloso, praticado com violência de natureza grave, ou por crime hediondo, - não havendo mais que se falar em identificação criminal, e sim de integrar seu perfil genético no banco de dados.

Neste encaixe, verifica-se que além de presumir discriminadamente que, os autores de determinados tipos penais, irão reincidir o crime, há falta de um procedimento mais rígido ao acesso, tendo em vista que com um simples requerimento, qualquer autoridade policial, estadual ou federal os tem em mãos, comprometendo assim sua legalidade devido ao dispositivo encontrar – se incompleto.

Por conseguinte, mesmo o legislador dispondo da possibilidade da coleta com a justificativa de ser essencial para investigação, não cabe obrigatoriedade em ceder os dados quando na condição de suspeito, e sua recusa encontra prisma constitucional, pautado nos direitos fundamentais, sendo um deles o princípio da não autoincriminação.

Além do mais, o ato de identificar alguém deve ser realizado pela polícia investigacional, e o Estado possui um órgão especializado em acusação, cabendo tão somente à autoridade policial averiguar a possibilidade de produzir a prova por outros meios. De forma que, se realizada após a condenação não se tipifica como identificação, e sim como dado probatório.

Nesse sentido, o promotor de justiça ROGÉRIO SANCHES DA CUNHA dispõe:

“Deve ser lembrado que a mesma discussão foi travada com a edição da ‘Lei Seca’, tendo o STJ decidido (seguindo precedentes do STF) que o motorista não pode ser obrigado a participar do teste do bafômetro ou

fornecer material para exame de sangue, sob pena de violar a garantia da não autoincriminação. Conclusão: o condenado (ou investigado, acusado) pode recusar a fornecer o material para identificação do seu perfil genético.” (Jus Brasil, 2012)

Perante todo exposto, é possível afirmar que a lei 12.654/12 trás consigo a matéria de inconstitucionalidade promovida perante dois aspectos, a da pessoa condenada pelos crimes previstos no dispositivo e o suspeito de crime.

No âmbito do sujeito que se encontra condenado pelos crimes pautados no diploma supracitado, é obrigado a ceder o dado genético para fins de integralizar o banco nacional de perfis genéticos, com intuito das autoridades exercerem um comparativo em crimes futuros, no entanto, o artigo que dispõe deste meio, se choca contra os princípios basilares da Constituição, sendo ele o da não autoincriminação.

Além do mais, a coleta do perfil genético, conforme descrito na letra de lei, não pode conter traços somáticos, devendo se manter apenas e restritamente para identificação de gênero. Ora, percebe-se que a finalidade de arquivar o dado biológico é para utilizar como documento probatório contra o individuo em momento futuro. Cabendo salientar que o objetivo da identificação criminal, é a reunião de dados que apenas qualifiquem uma pessoa.

E no que diz respeito ao suspeito por crime, consolida-se que sua recusa é totalmente aceitável perante os feixes constitucionais que se enquadram pelo direito ao silêncio, presunção de inocência, não autoincriminação e dignidade da pessoa humana.

Cumpra-se demonstrar nesse momento que tal imposição é intolerável perante o bojo constitucional, porque esta caracterizada a aniquilação de direitos de cunho essencial.

5.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE Nº 973.837

Em sede de decisões do Supremo Tribunal Federal, o tema quanto à inconstitucionalidade, foi abordado pelo Recurso Extraordinário nº 973.837, cenário em que o condenado por prática de crime hediondo alegou a impossibilidade de coleta devido à lei 12.654/12 ser inconstitucional.

A argumentação da defesa se pautou no mérito de não ser plausível coagir alguém que já está cumprindo condenação, à coleta de material genético, sendo que não há dúvidas quanto a sua identidade, violando assim a garantia da não autoincriminação.

O Recurso foi interposto no ano de 2016, e o relator é o Ministro Gilmar Mendes, que, com efeito, tendo o Plenário, por unanimidade reconheceu a repercussão geral para analisar sua constitucionalidade.

Ponderando-se quanto à pertinência jurídica e social do tema, e da necessidade de delinear os limites dos poderes do Estado na extração do material genético de suspeitos ou condenados por crime. Como pode se vislumbrar do julgado a seguir:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84,

introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.

(RE 973837 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

O Recurso Extraordinário, até o presente momento ainda encontra-se pendente de julgamento com objetivo de analisar a constitucionalidade da norma questionada 12.654/12.

Em suma, é nítido que o assunto analisado no presente instrumento não é a primeira e não será a última a levantar discussões sobre o conflito entre direitos fundamentais, ainda mais por se tratar de questão relacionada à esfera penal. Apesar de a evolução buscar melhores resultados no âmbito do ordenamento jurídico, a obrigatoriedade na coleta de material genético para fins de identificação criminal pode infringir os certames de direitos individuais e fundamentais e carece de análise cuidadosa por parte do Supremo Tribunal Federal.

5.2 ALTERAÇÃO DE OUTROS DISPOSITIVOS

A lei de nº 12.654/12 alterou dois dispositivos, sendo um deles a lei de execução penal (7.210/84), com a adição do art. 9º-A, o qual versa sobre a identificação por perfil genético, obrigatória àqueles que possuem condenação por crimes cometidos por dolo com violência de natureza grave ou nos crimes hediondos previstos em lei própria de nº 8.072/1990.

Este é um dos pontos em que ocorre o debate jurídico, quanto à extração forçosa aos condenados nos tipos penais descritos no referido artigo que confronta os preceitos fundamentais e foi pauta de argumentação no presente trabalho.

A segunda alteração verificada foi na Lei de nº 12.037/2009, que trata da identificação, momento em que a identificação adquire uma nova modalidade, sendo ela por meio do perfil genético. A alteração trazida se deu com a inclusão do paragrafo único no artigo 5º-A, que dispõe “a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”.

De modo que, os materiais coletados deverão ser inseridos em banco de perfil genético, o legislador ainda menciona que a gestão deverá ocorrer através de unidade oficial de pericia criminal.

Sem dúvida alguma, a mais recente alteração se perfaz na Lei 13.964/19 – denominada entre os doutrinadores por Pacote Anticrime – que acresceu nova redação e parágrafos ao artigo 9º-A. E nesta ocasião, dentre os parágrafos o que merece destaque é o “§8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”. Deixando evidente a coação sob o sujeito, levando em conta que o procedimento adquire forma de punição.

Cabe salientar, que o material genético é tratado como um dado sensível, e de fato é, e por este motivo possui caráter sigiloso, e nos artigos que tratam do armazenamento dos dados coletados, reivindica um requerimento próprio para ter acesso ao arquivo.

O que nos move ao último ponto da Lei 12.654/12, que expressou sobre o dever de se criar um Banco Nacional de Perfis Genéticos para fins criminais, e o prazo para excluir os materiais até então acondicionados, preceituados aos artigos 7º-A e 7º-B inclusos à lei de identificação criminal. E por fim, determinando ainda que ficará sob os cuidados do órgão de especialidade da perícia criminal.

6 CONCLUSÃO

A inconstitucionalidade da lei 12.654/12 é o tema central desta monografia, tem a intenção de regularizar e incluir uma nova modalidade de identificação criminal, sendo esta por coleta de perfil genético.

A Constituição Federal prevê que o identificado civilmente não será submetido à identificação criminal, trazendo ressalvas. Ao abordar a questão o ordenamento jurídico tratou de especificar que quando necessário para instruir a investigação, que seja feita a identificação criminal do acusado. Os meios utilizados para a identificação criminal são por fotografias de frente e de perfil, e por datiloscopia (impressão digital). Com a introdução da referida lei, inclui-se a coleta do dado genético.

O principal objetivo é identificar criminalmente, isto quando a identificação civil for insuficiente à investigação ou restarem dúvidas. Partindo do pressuposto que para identificar é preciso apenas coletar dados, que seja possível reconhecer alguém, qual seria a necessidade do órgão investigador em coletar o perfil genético do acusado?

A finalidade desta coleta de perfil genético cai no âmbito de formular prova acusatória. E vale ressaltar ainda que há feixes constitucionais, no qual oferecem ao indivíduo o direito de não produzir prova contra si mesmo, ou de permanecer calado e não colaborar com a investigação, tendo em vista que o Estado conta com uma polícia judiciária que é especializada em acusação que figura na pessoa do Ministério Público.

Ademais, o órgão investigador pode valer-se de outros meios para produzir a prova, caso entenda necessário.

Diante de princípios garantidos pela Constituição Federal, a lei 12.654/12 tem emblemáticas impactantes, ao mesmo tempo em que auxilia na solução de crimes, trás consigo indagações sobre a sua constitucionalidade.

Há que se falar que, o Banco Nacional de Perfis Genéticos, não pode associar o dado com traços somáticos do indivíduo, sendo assim o dado genético arquivado contém apenas informações quanto ao gênero da pessoa, o que pode muito bem ser avaliado através da identificação civil. Mais uma vez mostrando que a compulsoriedade da coleta, é para reunir dados probatórios e não para qualificação.

Entende-se, portanto, que a Lei 12.654/12 procede a sua inconstitucionalidade pelo fato de obrigar o indivíduo a ceder algo íntimo que pode ser utilizado contra ele posteriormente.

Contudo, pudemos observar no decorrer da obra a importância da temática em questão, pois mesmo quando o indivíduo está na posição de infrator, ele pode e deve usufruir dos direitos, além de ser tratado acima de tudo com humanidade.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: RT, 1973.

AMICCI, Priscila. **Identificação Criminal**. 2015. 22 f.- Curso de Técnico de Serviços Jurídicos, Escola Técnica Professor Fausto Mazzola de Avaré, Avaré, 2015. Disponível em: <<https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/05/artigo2.pdf>> Acesso em: 28 set. 2021.

ARAUJO, Marcos Elias Claudio de; PASQUALI, Luiz. **Histórico dos Processos de Identificação**. 2012. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

BAHIA, Flavia. **DESCOMPLICANDO DIREITO CONSTITUCIONAL**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal : Centro Gráfico, 1988. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.654**, de 28 de Maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm > Acesso em: 22 ago. 2021

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. p.57. Coimbra: Almedina, 1993.

DECRETO LEI 4764 de 1903. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4764-5->

[fevereiro-1903-506801-publicacaooriginal-1-pe.html](#)> Acesso em: 26 ago. 2021.

Leis de Manu. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/manu2.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Bahia: Juspodivm, 2016.

MASSON, Nathalia. **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 4. ed. Pituba: Juspodivm, 2016.

MARCICO, Jose Eduardo. **Papiloscopia**. A história da identificação. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.papiloscopia.com.br/historia.html>> Acesso em: 24 ago 2021

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Curso de Execução Penal. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, Gabriella Moreira. **Limites Impostos a Lei nº 12.654/12 em face ao princípio nemo tenetur se detegere**. 2017. 21 f.- Curso de Direito. 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/ACER/Downloads/1223-1-4320-1-10-20170126.pdf>> Acesso em: 29 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Dignidade Penal**. Jusbrasil. São Paulo. 2019. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/703528426/dignidade-penal>> Acesso em: 29 set. 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – vol. 2 – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2016. 5. Ed.

ROCHA, Lia de Vasconcelos et al.. **MÉTODOS PRIMÁRIOS DE IDENTIFICAÇÃO HUMANA**. In: Anais da I Jornada Odontológica da Unichristus. Anais...Fortaleza(CE) Unichristus, 2016. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/IJOU/49004-METODOS-PRIMARIOS-DE-IDENTIFICACAO-HUMANA>>. Acesso em: 24 ago 2021 21:44

SEREJO, Paulo. **Conceito de inconstitucionalidade**. Revista jurídica Virtual. Brasília. Vol 2, 2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/964/949>> Acesso em: 18 set. 2021.

SOBRINHO, Mario. **A identificação Criminal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 973837**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 12 out. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DISTRITO FEDERAL DOS TERRITÓRIOS. **Vício de Constitucionalidade**. Brasília: TJDF, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/vicio-de-inconstitucionalidade>> Acesso em: 28 set 2021.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2012.