

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – UNOESC  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS

WAGNER VALDIVINO MEIRELLES

**DA OBRIGATORIEDADE DO CONDENADO POR CRIME DOLOSO  
DE NATUREZA GRAVE CONTRA A PESSOA FORNECER DNA DO  
SEU CORPO PARA O ESTADO ARMAZENAR EM BANCO DE  
DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO: ASPECTOS  
CONSTITUCIONAIS DA LEI Nº 12.654/2012.**

CHAPECÓ-SC

Dezembro/2014

WAGNER VALDIVINO MEIRELLES

**DA OBRIGATORIEDADE DO CONDENADO POR CRIME DOLOSO  
DE NATUREZA GRAVE CONTRA A PESSOA FORNECER DNA DO  
SEU CORPO PARA O ESTADO ARMAZENAR EM BANCO DE  
DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO: ASPECTOS  
CONSTITUCIONAIS DA LEI Nº 12.654/2012.**

Dissertação de Mestrado submetida à Universidade do  
Oeste de Santa Catarina – UNOESC, para o Curso de  
Mestrado Acadêmico em Direito, como condição para o  
título de mestre.

Orientador: Professor Dr. Cristhian Magnus de  
Marco

CHAPECÓ-SC

Dezembro/2014

WAGNER VALDIVINO MEIRELLES

**DA OBRIGATORIEDADE DO CONDENADO POR CRIME DOLOSO  
DE NATUREZA GRAVE CONTRA A PESSOA FORNECER DNA DO  
SEU CORPO PARA O ESTADO ARMAZENAR EM BANCO DE  
DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO: ASPECTOS  
CONSTITUCIONAIS DA LEI Nº 12.654/2012.**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, na área de concentração: Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais.

Banca examinadora:

---

**Presidente: Professor Doutor Cristhian Magnus De Marco**

---

**Membro: Professor Doutor Wilson Steinmetz**

---

**Membro: Professor Doutor Marcos Augusto Maliska**

---

**Coordenador do PPGD: Professor Doutor Narciso Leandro Xavier Baez**

Chapecó - SC, 05/12/2014

M499q Meirelles, Wagner Valdivino

Da Obrigatoriedade do condenado por crime doloso de natureza grave contra a pessoa fornecer DNA do seu corpo para o Estado armazenar em banco de dados de identificação do perfil genético: aspectos constitucionais da Lei nº 12.654/2012. [dissertação] / Wagner Valdivino Meirelles ; orientador Cristhian Magnus De Marco. – Chapecó, SC, 2014.  
98 f.

Dissertação de mestrado (Direitos Fundamentais) – Universidade do Oeste de Santa Catarina. Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais.  
Inclui referências.

1. DNA. 2. Intimidade. 3. Direitos Fundamentais.  
I. De Marco, Cristhian. II. Título.

MEIRELLES, Wagner Valdivino. **Da obrigatoriedade de fornecimento de DNA para identificação do perfil genético dos condenados por crimes violentos e hediondos: aspectos constitucionais da Lei número 12.654/2012.** 98 Folhas. Dissertação, Mestrado em Direitos Fundamentais. Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, Chapecó.

## RESUMO

O presente estudo versa sobre a análise da constitucionalidade da obrigatoriedade de fornecimento de material genético do corpo de pessoa condenada por crime hediondo ou crime doloso de natureza grave praticado com violência contra a pessoa, para o fim de armazenamento em banco de dados de identificação de perfil genético, destinado à investigação criminal, conforme previsão normativa contida na lei número 12.654/2012. Questões importantes sobre os limites da intervenção do Estado no corpo humano dos condenados são analisadas em face dos Direitos Fundamentais relacionados à intimidade, à integridade física, à presunção de inocência e à segurança pública, tendo a dignidade da pessoa humana como o núcleo central dessa discussão. A partir desses pontos, inevitavelmente surge a necessidade de se conhecer um pouco mais sobre o pensamento ocidental na proteção dos Direitos Humanos Fundamentais, a vinculação do Estado e dos particulares aos Direitos Fundamentais, e, notadamente, sobre a ponderação dos princípios constitucionais relacionados aos Direitos Fundamentais, que naturalmente surgem diante das modernas complexidades das relações intersubjetivas e sociais. Verificar a constitucionalidade da lei número 12.654/2012, que está voltada para o uso de técnicas modernas de investigação criminal por meio do DNA, o que possibilita para a polícia ter acesso a mais uma ferramenta de investigação de crimes, cuja autoria ainda não está evidenciada, certamente encontra pertinência temática, pois, com a determinação legal de retirada obrigatória de material genético do condenado para que o Estado forme um banco de dados de perfis genéticos, necessário se faz conhecer melhor os fundamentos dos principais pontos controversos.

**Palavras-chave:** DNA – Intimidade - Direitos Fundamentais.

Meirelles, Wagner Valdivino. **The obligation to supply DNA to identify the genetic profile of convicted violent and heinous crimes:** constitutional aspects of Law number 12.654/2012. 96 leaves. Dissertation, Master of Fundamental Rights. University of West Santa Catarina, UNOESC, Chapecó.

#### **ABSTRACT**

The present study focuses on the analysis of the constitutionality of the mandatory provision of genetic material from the body of person convicted of a felony or felony crime of a serious nature committed with violence against the person, for the purpose of storage in the database identification profile genetic, for the criminal investigation, according to legislative provisions contained in the law number 12.654/2012. Important questions about the limits of state intervention in the human body of the condemned are analyzed in light of Fundamental Rights related to privacy, physical integrity, the presumption of innocence and public safety, and dignity of the human person as the core of this discussion. From these points, inevitably comes the need to learn a little more about the evolution of Western thought in the protection of fundamental human rights, the linkage of individuals to Fundamental Rights, and, notably, on the weighting of constitutional principles relating to Fundamental Rights that naturally arise in the face of modern complexities of inter-subjective and social relations. Check the constitutionality of the law number 12.654/2012, which is focused on the use of modern techniques of criminal investigation through DNA, which allows the police to have access to more tools for investigating crimes, whose authorship is not yet evident certainly find thematic relevance, because with the legal requirement of compulsory set of genetic material from convicted for the state to form a database of genetic, profiles becomes necessary to better understand the foundations of the main controversial points.

**Keywords:** DNA - Intimacy - Fundamental Rights.



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO OCIDENTAL E SUA INFLUÊNCIA NOS DIREITOS HUMANOS .....	16
2.1 Considerações iniciais .....	16
2.2 Do pensamento grego (Aristóteles) .....	20
2.3 Do pensamento cristão.....	22
2.4 Do pensamento moderno (Immanuel Kant).....	28
2.4.1 A vontade na moral kantiana.....	28
2.4.2 Consequências do pensamento moderno kantiano .....	31
2.4.3 Da ruptura do pensamento de Kant com o pensamento cristão.....	33
2.5 Considerações gerais sobre humanidade .....	34
2.6 A visão histórica dos direitos humanos (Bobbio) .....	38
2.7 Considerações sobre a dignidade da pessoa humana.....	40
2.8 Do conceito de norma (Robert Alexy).....	45
2.9 Algumas considerações sobre os tratados de direitos humanos no Brasil .....	47
3 DA VINCULAÇÃO DO ESTADO E DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	50
3.1 Considerações iniciais.....	50
3.2 Características principais dos direitos fundamentais .....	51
3.3 Considerações sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais .....	53
3.4 Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais .....	60
3.5 Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição.....	61
3.6 Esferas de proteção da intimidade e da vida privada.....	62
3.7 Positivismo jurídico e direitos fundamentais.....	65
4 DA COLETA OBRIGATÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO DE CONDENADOS POR CRIMES VIOLENTOS E SUA PONDERAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	69
4.1 Considerações iniciais.....	69
4.2 Da finalidade do banco de dados de armazenamento de perfis genéticos .....	70

4.3 Do aprimoramento da ciência biológica na identificação do perfil genético.....	71
4.4 Princípio da não autoincriminação e Lei nº 12.654/2012.....	75
4.5 Aspectos constitucionais da Lei nº 12.654/2012 .....	79
5 CONCLUSÃO.....	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	94

## 1. INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo consiste em analisar os aspectos relacionados aos direitos fundamentais quanto à obrigatoriedade do fornecimento de material genético para identificação do perfil genético dos condenados por crimes violentos e hediondos, os limites constitucionais e processuais do Estado na produção da prova, bem como nos métodos invasivos do corpo humano.

O direito de não produzir prova contra si mesmo (*Nemo Tenetur se Detegere*) é considerado garantia constitucional fundamental no direito brasileiro (CF/88, Art. 5º, LVI e LXIII) e também com previsão na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica - Art. 8.2, da qual o Brasil faz parte desde 1992 (Decreto 678, de 06 de novembro de 1992).

Com a edição da lei número 12.654/2012, que prevê a criação de um banco genético para identificar pessoas condenadas por crimes violentos, as discussões sobre os limites da intervenção do Estado na autonomia privada foram reavivadas no campo dos direitos fundamentais, pois essa lei prevê a obrigatoriedade do fornecimento de material genético humano para o Estado formar um banco de dados para auxiliar a polícia nas investigações policiais.

Nesse sentido também é possível citar a lei número 11.705/2008, conhecida como “Lei Seca”, que tratava da obrigatoriedade da submissão do condutor de veículo automotor ao “teste do bafômetro” (O Art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro foi novamente alterado pela Lei número 12.760, de 20 de dezembro de 2012), caso fosse alvo de fiscalização na via pública por estar dirigindo veículo automotor sob efeito de álcool.

A intimidade das pessoas, nessas situações, inevitavelmente é invadida por obra do agente do Estado, que agiria com amparo legal, por isso, o tema de estudo proposto mostra-se interessante para o meio acadêmico, porque instiga ao aprofundamento dos conceitos e dos princípios fundamentais dos Direitos Fundamentais relacionados, por exemplo, à intimidade, à privacidade, à integridade física, à dignidade humana, ao direito

de não produzir prova contra si.

A finalidade deste trabalho consiste em conhecer melhor a aplicabilidade teórica e prática dos princípios, principalmente nos casos em que há notória colisão, tomando por base estudos sobre a teoria dos princípios. Neste caminho, pretende-se racionalizar a compreensão sobre a obrigatoriedade de fornecimento de material genético pelos condenados por crimes violentos, de modo a analisar quais seriam os parâmetros norteadores da ação do Estado neste tipo de situação e também e quais seriam os limites constitucionais.

Como se trata de tema polêmico no meio jurídico, com consequências penais, questionamentos surgem sobre a constitucionalidade da lei número 12.654/2012, que tem aplicação prática para os profissionais da área jurídica (juízes, membros do ministério público, advogados, defensores público, e delegados de polícia).

A legislação é o principal ponto de partida do problema apresentado. A lei número 12.654/2012<sup>1</sup> é a que neste momento concentra as maiores discussões sobre a exigência de retirada obrigatória de material genético do corpo da pessoa condenada por crime violento, que poderá servir ao Estado de meio investigativo para a polícia judiciária.

A problemática vista está na forma como se interpreta o princípio do **NEMO TENETUR SE DETEGERE** (que ninguém é obrigado a produzir prova contra si) e os direitos da personalidade (autonomia privada, intimidade, privacidade, integridade física, e honra).

Sabe-se que não existem direitos absolutos, dentro de um sistema pautado no

---

<sup>1</sup> Lei nº 12.654/12. 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.

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

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

sistema democrático. A própria palavra direito já significa a necessidade de limites para a boa organização social, por isso descobrir até que ponto se justifica a intervenção do Estado nos aspectos relacionados ao direito fundamental à integridade física, à intimidade e à honra do condenado é tarefa primordial.

Questões relacionadas à interpretação do dispositivo legal referentes ao fornecimento obrigatório de material genético merece atenção, principalmente para que os profissionais ligados diretamente à persecução penal ajam corretamente sobre os direitos da sociedade, que precisa de uma segurança pública eficiente, e também em respeito aos direitos fundamentais individuais.

Aspectos relacionados à autonomia da vontade, à intimidade, à privacidade, à integridade física, à honra, e a não obrigatoriedade de produção de prova contra si mesmo são premissas básicas para o estudo dos direitos fundamentais, pois estes são frutos de conquistas históricas por parte da humanidade, tomando como referências as revoluções burguesas, americana (1776) e francesa (1789). Neste aspecto, também é interessante citar como marco histórico a Carta da Organização das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), além da Magna Carta de 1215.

O Direito Internacional de proteção aos Direitos Humanos, calcado nos tratados internacionais de direitos humanos, assim como a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, são instrumentos imprescindíveis para o estudo, já que a própria constituição brasileira no seu artigo 5º, e seus parágrafos, determina a aplicação dos tratados internacionais.

Neste estudo, observa-se que os principais problemas práticos visualizados quanto à obrigatoriedade no fornecimento de material genético pelo condenado por crime violento consistem no seguinte:

- a) Diante de uma recusa veemente do condenado no fornecimento de material genético do seu próprio corpo, como os agentes do Estado invadirão o corpo humano, por exemplo, na retirada de sangue, saliva, corte de cabelo, etc.
- b) Quem e como será feito o armazenamento do material genético? Será feito pelo próprio Estado, por particular, ou por ambos?

- c) Seria possível ao Estado ampliar as hipóteses legais da obrigatoriedade do fornecimento de material genético, como, por exemplo, logo após o nascimento.

Como se sabe, os conceitos operacionais sobre direitos fundamentais dependem muito da visão de cada aplicador do direito, por se tratar de assunto que exige valoração quanto ao fato concreto. Nessa situação, é possível que surjam conflitos normativos que somente poderão ser solucionados à luz do caso específico, tomando como parâmetro a ponderação na aplicação dos princípios e regras, que são espécies normativas.

No constitucionalismo moderno, estudiosos procuram dar alternativas teóricas para solucionar os conflitos. Robert Alexy<sup>2</sup>, doutrinador alemão, trabalha com a ideia da normatividade dos princípios, conceituando-os como mandamentos normativos de otimização a serem cumpridos da melhor maneira possível.

Tradicionalmente, no positivismo jurídico, os princípios não eram vistos como normas, tanto é que a própria legislação brasileira lhes dava importância secundária de solução, como é o caso do Art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42), alterado pela Lei 12.376/2010 (que alterou o nome para “Lei de introdução às normas do direito brasileiro”).<sup>3</sup>

Doutrinadores brasileiros especializados no estudo dos Direitos Fundamentais, por exemplo, Ingo Sarlet<sup>4</sup>, afirma que é necessária a mínima proteção para o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando com isso de ser reconhecível como um direito fundamental, ou seja, deve-se tomar cuidado para não relativizar demais um direito fundamental, sob pena de abrir caminho para a arbitrariedade.

Os objetivos gerais deste trabalho consistem em possibilitar maior compreensão da aplicação das normas, princípios e regras relacionadas aos direitos à intimidade, privacidade, integridade física, dignidade humana, e de não se autoincriminar.

---

2 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008, p. 391-392.

3 Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 10ª ed., 2009, p. 402.

Também é objetivo reunir informações que sirvam de base para o estudo profissional dos agentes do Estado na correta aplicação da lei, dos princípios regentes das relações individuais, da validade da colheita da prova no Direito Processual, bem como dos aspectos constitucionais que envolvem a obrigatoriedade de fornecimento de material genético pelo condenado por crime violento.

Já em relação aos objetivos específicos, almeja-se responder racionalmente se a obrigatoriedade do condenado em fornecer material genético para alimentar o banco genético de informações respeita os direitos fundamentais constitucionais. Para tanto, o caminho a ser percorrido está no aprofundamento das doutrinas especializadas no tema, tendo como referencial teórico a doutrina de Robert Alexy.

A metodologia empregada foi a pesquisa qualitativa, que partiu da análise das leis acima mencionadas e da doutrina especializada no estudo da norma e dos princípios de direitos fundamentais.

As decisões dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) fazem parte deste estudo, principalmente para evidenciar o posicionamento e a tendência dessas cortes na interpretação e solução dos conflitos de regras e das colisões de direitos fundamentais.

Atenção também será dada sobre determinados aspectos dos tratados internacionais no direito brasileiro, pois não se pode perder de vista questões relacionadas a sua natureza jurídica, hierarquia, aplicabilidade e constitucionalidade, cujo referencial interno é o Recurso Extraordinário número 466.343-SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2006. Neste aspecto, também é levado em consideração os reflexos da Emenda Constitucional número 45/2004, mais especificamente quanto à inclusão dos parágrafos terceiro e quarto do Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Considerações sobre o pensamento ocidental na proteção dos direitos humanos, a vinculação vertical e horizontal dos direitos fundamentais e a discussão sobre os aspectos constitucionalidade da lei número 12.654/2012, são pontos fundamentais neste estudo, pois, além de estarem interligados, possibilitam compreender melhor a sistemática jurídica que envolve os direitos fundamentais.

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PENSAMENTO OCIDENTAL E SUA INFLUÊNCIA NOS DIREITOS HUMANOS**

### **2.1 Considerações Iniciais**

O objetivo de iniciar este trabalho científico com destaque nos principais pontos éticos do pensamento grego, cristão e moderno, é em razão dos atuais Direitos Fundamentais positivados na Constituição brasileira, e na maioria das constituições democráticas, terem se desenvolvido sob as suas égides éticas, onde, cada corrente de pensamento, de alguma forma, serviu de base para a seguinte, proporcionando verificar o papel do indivíduo na sociedade e também o aperfeiçoamento da sua individuação, que a cada dia ganha mais importância na era dos Direitos Fundamentais relacionados à intimidade, à liberdade e à integridade física.

Sabe-se que a liberdade dos antigos não é a mesma do pensamento dos modernos<sup>5</sup>. A partir do iluminismo, o Estado teve que se adequar aos anseios na nova geração social, eminentemente voltada para o tratamento igualitário de todos os indivíduos, que defendiam as suas liberdades e exigiam do Estado, principal violador dos direitos individuais, o respeito à legalidade.

O estudo da evolução do conceito de ética na cultura ocidental consiste na tarefa enaltecida do pensamento de importantes filósofos da antiguidade grega, do cristianismo, e da modernidade, dos quais não se pode prescindir as suas bases teóricas para a compreensão do pensamento moderno relacionado aos Direitos Humanos.

Não se desconhece que a influência do pensamento dos gregos, dos cristãos e dos iluministas na formação cultural dos povos ocidentais é intensa e de tal modo a possibilitar o desenvolvimento de várias teses, porém, neste trabalho, estabeleceu-se expor, mesmo que de forma breve, os principais fundamentos éticos de cada fase do pensamento ocidental, para melhor visualização e compreensão das raízes do atual sistema de proteção dos direitos dos cidadãos.

A virtude aristotélica é a base do pensamento ocidental, que procurou verificar

---

<sup>5</sup> CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos.

as condições para que o homem tivesse uma via boa (felicidade), compreendida como o livre desenvolvimento dos talentos tidos como dons naturais aptos a diferenciar os homens uns dos outros, simplesmente porque na natureza tudo tem uma finalidade previamente definida em razão da ordenação cósmica do universo.

Na filosofia cristã, Deus é o centro das coisas. A felicidade do homem depende do cumprimento do seu papel perante o Deus criador de todo o universo, que não se deixa ver e tocar, mas se revela por meio dos acontecimentos naturais, tendo a fé, a esperança e o amor como fundamentos centrais.

Os principais diplomas normativos internacionais (Declarações de Direitos Humanos) e as Constituições Modernas dos Estados (Brasil, por exemplo), trazem em seus textos princípios e regras de proteção da dignidade da pessoa humana, cujos atributos a cada dia vêm sendo aprimorados pelas conquistas sociais e consciência da humanidade.

Conhecer as principais ideias das bases da formação dessa consciência e suas consequências para os Direitos Humanos é tarefa primordial para compreender a lógica utilizada na positivação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e também nos ordenamentos internos dos Estados ocidentais. Para tanto, retomam-se os principais conceitos utilizados no pensamento grego, cristão e kantiano, pois, estes tiveram notável difusão na cultura ocidental, que de alguma forma ainda cultiva a fé cristã, a paz, o amor, a igualdade e a solidariedade.

Mesmo não sendo a única religião a pregar as boas virtudes humanas, nota-se que o Cristianismo teve importante reflexo nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Atualmente, sabe-se que a grande maioria dos Estados não divide o poder governamental com órgãos religiosos, muito embora respeitem a liberdade de crença e de culto religioso, ou seja, Estado e Religião atuam cada qual em campos separados. A lógica de estruturação dos Estados está centrada na razão, ao passo que a religião prima pela fé.

Muitos princípios cristãos foram assimilados e sedimentados pelo Estado como o respeito à autoridade, à dignidade da pessoa humana, e à proibição de discriminação, logicamente, numa perspectiva racional e não de fé.

A terceira base referencial para o Direitos Humanos consiste na exposição do pensamento de Immanuel Kant, filósofo alemão do século XVIII que revolucionou o pensamento moderno ao contrapor-se fundamentadamente aos pensamentos grego e

cristão. Para Kant, os dons naturais pensados pelos gregos e o temor a Deus pregado pelos cristãos, não servem de parâmetros para fundamentar a ética moderna, que deve estar livre dos desejos naturais do homem e da servidão divina. O parâmetro ético para Kant é o domínio dos desejos pela vontade, classificados pela razão.

Dimensionar historicamente a influência desses pensamentos na formação dos Direitos Humanos é fator de grande importância para os objetivos deste estudo, principalmente para verificar a visão histórica dos direitos humanos (Norberto Bobbio), o conceito de dignidade da pessoa humana, e a análise do conceito de norma na Teoria dos Direitos Fundamentais (Robert Alexy).

Conhecer essas bases filosóficas, que nos fornecem sabedoria sobre os princípios fundamentais adotados pelos Estados ocidentais, nos proporciona compreensão adequada sobre a lógica dos tratados internacionais de Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais positivados nas Constituições dos Estados.

Também é possível verificar com maior cautela os limites da intervenção do estado no corpo humano, no que diz respeito à obrigatoriedade de fornecimento de material genético pelos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes classificados pelo legislador como hediondos (Art. 1º da Lei nº 8.072/90) que, no presente caso, é a principal.

Destacar a disposição do Estado brasileiro no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tendo como parâmetro o Pacto de São José da Costa Rica e a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados aos direitos brasileiros nos proporciona conhecer a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil e, ainda na temática deste estudo, possibilita ao estudioso dimensionar o alcance da proteção jurídica que a pessoa condenada criminalmente tem em face do Estado que forçosamente invade o seu corpo para colher material genético destinado à identificação do seu perfil genético e também para a manutenção desse material genético em banco de dados sigilosos, conforme previsão contida na Lei nº 12.654/2012<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Lei nº 12.654, de 28/05/2012. 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

A investigação acadêmica é considerada complexa em razão da colisão de princípios de direitos humanos fundamentais relacionados à intimidade e à supremacia do interesse público, que entram em rota de colisão, já que a Lei nº 12.654/2012 exige que a pessoa do condenado criminalmente permita que seja retirado material genético do seu próprio corpo, sujeitando-se às consequências penais.

Além disso, não se pode olvidar que a repercussão jurídica da intervenção do Estado no corpo humano, nos casos previstos em lei, é fator que também desperta interesse na relação dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro.

A partir daí, inevitavelmente, surgem questionamentos sobre a constitucionalidade da lei nº 12.654/2012, que tem aplicação prática para os profissionais da área jurídica (juízes, membros do ministério público, advogados e defensores públicos, e delegados de polícia).

Para o delegado de polícia, autoridade de polícia judiciária, que normalmente é o primeiro profissional da carreira jurídica do Estado a sofrer com a resistência do condenado no fornecimento do material genético, pois, muitas vezes, a investigação fica na pendência da resposta pericial dos exames laboratoriais, não há dúvida de que a definição dos contornos jurídicos lhe proporcionará melhores condições de cumprimento e aprimoramento do seu dever profissional de investigação e de proteção dos direitos humanos fundamentais.

Como a Constituição brasileira adota expressamente nos parágrafos do seu Art. 5º o alinhamento com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, não se pode fugir do conhecimento mínimo sobre os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interamericano, cujo Pacto de São José da Costa Rica é o principal instrumento normativo de referência para a primeira parte dos propósitos deste trabalho dissertativo.

---

submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. “

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

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

Sabe-se que não existem direitos absolutos. A própria palavra direito já significa a necessidade de limites para a boa organização social, por isso, descobrir até que ponto se justifica a intervenção do Estado nos aspectos relacionados ao direito fundamental à integridade física, à intimidade e à honra do condenado é tarefa primordial.

As interpretações que se pode dar sobre o fornecimento obrigatório de material genético merece atenção, principalmente para que os profissionais ligados diretamente à persecução penal tenham segurança jurídica na correta aplicação da lei e do direito como um todo.

Aspectos relacionados à autonomia de vontade, à intimidade, à privacidade, à integridade física, à honra, e a não produção de prova contra si são premissas básicas para o estudo dos direitos humanos fundamentais.

## **2.2 Do pensamento grego (Aristóteles)**

O pensamento grego possui muita influência no mundo ocidental, principalmente por fornecer importantes bases teóricas para a filosofia e a ciência. Como marco teórico para o presente estudo, parte-se dos ensinamentos daquele que é considerado um dos maiores filósofos da humanidade, Aristóteles (SEYMOUR-SMITH, 2009, p. 82), cujas bases filosóficas são fundamentais para o entendimento das éticas cristã e moderna (Kant).

O pensamento moral grego tem em Aristóteles o seu principal expoente sobre a ética das virtudes (Ética a Nicômaco). Observa-se que este pensador parte da certeza de que o universo é ordenado, cósmico e finito. Neste universo ordenado, cada coisa tem uma finalidade na natureza, ou seja, a razão de ser das coisas está na sua finalidade (*telus*), havendo uma relação de causalidade. Exemplo: o vento existe para refrescar; a causa do sapo está na finalidade de comer moscas.

Explicam-se as coisas a partir da sua finalidade no mundo. No sentido ético do pensamento grego, o estudo inclina-se em identificar o que a vida precisa para ser boa. Segundo Aristóteles, a vida terá sido boa se a pessoa cumpriu com a sua finalidade

cósmica, pois na natureza não há nada inútil, tudo existe para uma finalidade (ARISTÓTELES, 1991, p. 09).

Partindo-se desse pressuposto filosófico, de que na natureza não há nada inútil, para o homem saber se cumpriu com o seu papel cósmico, nada melhor do que ele se conhecer bem, identificando os seus próprios atributos. Para o assunto em questão, o aforismo grego “conhece-te a ti mesmo” é pertinente, pois é a forma que o homem tem de conhecer quais são os seus próprios atributos, características, que o destaca de melhor no mundo, porquanto se pode chamar também de talentos, dons naturais, vocação, ou na linguagem de Aristóteles, de virtudes (ARISTÓTELES, 1991, p. 11).

Para Aristóteles o homem somente viverá bem se descobrir, exercitar, e desenvolver com excelência as suas virtudes, entendidas como uma mensagem cósmica que o direciona para o seu lugar no universo. Do contrário, quando o homem não consegue descobrir quais são as suas virtudes, não terá desempenhado o seu papel cósmico e, portanto terá vivido mal por não cumprir com o seu papel no mundo natural (ARISTÓTELES, 1991, p. 29).

Nessa perspectiva grega, a dignidade moral é viver bem, de tal modo que haja uma coincidência entre a dignidade moral e o pleno desenvolvimento das próprias virtudes. O fato de o homem não desenvolver as suas virtudes com excelência, pode ser considerado uma afronta ao universo, uma indignidade moral. Nota-se, então, que a preocupação do pensamento grego é com a natureza e não com o outro, o que torna o homem um ser notoriamente individualista.

A moral para o pensamento grego pode ser considerada como uma contemplação da natureza, a maximização das virtudes que a natureza oferece ao homem. Aristóteles presta mais atenção na vida como um todo, e não se dedica ao estudo das condutas individuais. A ética aristotélica é a construção de condições de vida que permitam a exuberância natural de cada um no seu pleno desenvolvimento (ARISTÓTELES, 1991, p. 23).

O lugar onde nós vivemos é finito e organizado, este é o paradigma aristotélico. As pessoas, os animais, e as plantas já nasceriam destinadas para executar um papel no mundo cósmico, que teria uma ordem para cada um. No caso das pessoas, os talentos são as características que diferenciam umas das outras. Não se fala em igualdade entre pessoas.

### 2.3 Do pensamento Cristão

Cristianismo é uma religião monoteísta que tem como fundamento a vida e a doutrina de Jesus de Nazaré, considerado o Cristo, filho de Deus, Salvador e Senhor do Universo. A Bíblia, dividida em Velho e Novo Testamento, é a principal fonte de pesquisa sobre os ensinamentos de Jesus Cristo, notadamente a partir do Novo Testamento, pois relata fatos históricos que proporcionam aos cristãos crerem que Jesus é o messias que veio para salvar o mundo dos pecados, sendo julgado, condenado, sacrificado numa cruz, e ao terceiro dia ressuscitado dentre os mortos.

Cristão é o nome dado ao seguidor da doutrina de Jesus Cristo. Cristianismo é o nome da religião dos seguidores da doutrina Cristã, que teve grande repercussão no governo do imperador Constantino, século IV (a partir do ano 312), que adotou oficialmente no império romano o Deus dos Cristãos como o Deus dos romanos, ou seja, a autoridade do imperador, chefe de Estado, passou a legitimar-se também pela religião.

A fé é o principal pilar da religião cristã. A partir dela o homem passa a ter um contato mais próximo com Deus, a acreditar nos milagres divinos e na virtuosa renovação da humanidade por meio do amor, da bondade, da esperança, cabendo ao homem amar ao próximo como a si mesmo, já que ele foi feito à imagem e semelhança de Deus.

A civilização ocidental, desde o século IV, no Império Romano (Constantino), assimilou profundamente o cristianismo, tornando-o religião oficial em alguns Estados, pois a sua aceitação ocorreu de forma intensa, duradoura e, principalmente, além das limitadas fronteiras dos Estados.

Jesus de Nazaré concretizou na história o modelo ético de pessoa, e tornou aos homens mais acessível a sua imitação (COMPARATO, 2008, p. 18). A Justiça Cristã prega valores morais de respeito ao próximo, ao livre arbítrio, à benevolência, à tolerância, e que a salvação divina não está adstrita apenas ao povo judeu, mas a todos que pela fé crerem e se arrependem dos seus pecados, conforme difundido pelo apóstolo Paulo (Epístola aos Gálatas, 3, 28). Isso pode ser considerado um grande avanço para os direitos humanos, pois, de certa forma, rompe com alguns preceitos judaicos e universaliza o princípio da

igualdade para todas as pessoas.

Jesus Cristo é considerado para a doutrina cristã como Homem e Deus ao mesmo tempo. Como Homem, teve o seu nascimento normal como todos os seres humanos, pelo ventre materno (Mateus 1.25; Lucas 2.7; e Gálatas 4.4), além de se desenvolver fisicamente como qualquer outra pessoa (Lucas 2.40-50). Também teve limitações físicas como fome (Mateus 21.18), sede (João 19.28), cansaço (João 4.6), alegria (Lucas 10.21). Como Deus, além dos milagres realizados, deixou clara a sua divindade na Terra (Romanos 9.5; Hebreus 1.8; João 1.1-3; Atos 20.28).

A tolerância cultural dos ensinamentos cristãos é uma característica importante e o exemplo começa pela presença de Jesus Cristo no meio dos homens, pois ao deixar o céu para servir na terra, demonstrou ser tolerante para com a cultura dos homens, marcada pelo pecado e pela imperfeição. Jesus também demonstrou interesse em alcançar outras culturas por meio do testemunho como, por exemplo, aproximou-se da mulher samaritana (João 4) pertencente a um grupo étnico desprezado pelos judeus da época.

Simão Pedro, ou simplesmente Pedro, líder da igreja primitiva, dentro da doutrina cristã, pode ser considerado o segundo referencial para o pensamento cristão, com especial destaque também para a tolerância cultural de outros povos. Como muitos dos judeus da sua época, ele evitava o contato com os gentios (pessoas não judias, consideradas pagãs pelos judeus). No entanto, por meio de uma visão, Deus lhe mostrou o erro de seu preconceito, conforme se percebe na passagem bíblica de Atos dos Apóstolos 10, que relata a sua viagem para a cidade de Cesareia para testemunhar e hospedar-se na casa de Cornélio, um oficial do exército romano.

Paulo de Tarso (Antes Saulo de Tarso) é outro referencial muito importante para a tolerância transcultural. Foi educado para segregar-se dos gentios, mas encontrou Jesus na estrada para Damasco e foi chamado para ser o missionários entre os gentios (Atos 9.15). Após a sua conversão, doutrinou pelo resto da sua vida sobre o exemplo cristão e, especialmente, de não se fazer acepção de pessoas que, na linguagem moderna, consiste no dever de não discriminar pessoas (Romanos, 2.11 e Atos, 10, 34), ou seja, proibiu o *apartheid*, que significa política de segregação racial.

O primado pelo respeito ao Princípio da Legalidade, à autoridade humana e aos deveres de cidadão também é destacado nos ensinamentos cristãos, notadamente quando Jesus Cristo disse aos fariseus “Dai, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus” (Mateus, 23. 15-22). “Assim, o preceito remete a dois juízos diversificados: um juízo acerca das coisas humanas, de acordo com o qual a obediência às leis humanas aparece como indispensável; um juízo acerca das coisas divinas, de acordo com o qual a obediência à lei divina aparece como imperativo.” (BITTAR, 2010, p. 201). Trata-se da compreensão de que todo cidadão deve obediência às leis do Estado, sem prejuízo do respeito devido a Deus, e que a ninguém é dado o direito absoluto de desrespeitar o poder institucional humano em nome de preceitos religiosos.

O Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade também pode ser visto no ensinamento do apóstolo Paulo quando escreveu à igreja de Colossos “Vós, senhores, fazei o que for justiça e equidade a vossos servos, sabendo que também tendes o senhor nos céus” (Colossenses, 4, 1).

Para os gregos, a natureza das coisas é perfeita, pois o universo é finito e ordenado. No pensamento cristão, o que importa não é a ordem das coisas mas o criador dessa ordem, que é Deus.

Como para os cristãos o que interessa é conhecer Deus, então, necessário se faz mudar o método de conhecimento, pois, ao contrário dos gregos, não dá mais para aplicar o método contemplativo (resultados óbvios), pois Deus não se deixa contemplar, ser visto pelo homem.

O método cristão é dialógico, feito por meio da oração “E tudo o que pedirdes em oração, crendo, o recebereis” (Mateus 21:22), que é a iniciativa de comunicação do homem com o Deus transcendente. Como se trata de um diálogo, Deus se manifesta de forma indireta, por meio das coisas que acontecem no mundo. Nessa situação, o problema que surge é saber se Deus se manifesta por todas as coisas que acontecem, mesmo quando sejam contraditórias entre si (resultados não óbvios) e, ainda, saber quando é que Deus está falando com o homem e qual o significado da mensagem.

A compreensão sobre como Deus se manifesta para o homem é tarefa complexa que exige do intérprete capacidade de entender e revelar o sobrenatural. Mas quem entre os

homens seria o legitimado a revelar as mensagens de Deus? Segundo a doutrina cristã, seria aquele escolhido por Deus. Como Deus não se mostra ao homem de forma física, mas por meio de acontecimentos no mundo, identificar quem é o intérprete autorizado a revelar o significado das coisas é uma atividade de fé (crença) por parte do destinatário dos desígnios de Deus. Nota-se que no pensamento cristão o paradigma é totalmente diferente do grego. O método de estudo não é mais a contemplação, mas a dialógica; o objeto de estudo não é mais a natureza, mas o seu criador (Deus).

A ética para o pensamento grego está ligada à felicidade (*eudaimonia*), à vida boa, à excelência dos talentos. Para o cristão a ética tem a ver com o alinhamento à vontade de Deus, que é o ser supremo que temos que conhecer, e isso não significa que o caminho a seguir seja sempre pautado pela felicidade, ou seja, no pensamento cristão há uma separação entre ética e felicidade. Na ética cristã, propõe-se um modelo de conduta que muitas vezes gera sofrimento ao homem, quando no caminho da salvação para a vida boa, a vida eterna. “Tenho-vos dito isto, para que em mim tenhais paz; no mundo tereis aflições, mas tende bom ânimo, eu venci o mundo.” (João 16:33)

Assim, é possível que um cristão tenha pautado irretocavelmente toda a sua vida nos preceitos cristãos e passado por sofrimento, que terá sido compensado pela sua crença na felicidade da salvação para a vida eterna.

"O mal e a dor não existem porque Deus os ignora, mas porque Deus os permite operar como formas de redenção da experiência humana. Tarefa inglória seria a existência da alma se seu percurso não estivesse marcado por um processo contínuo de aprendizado, que só se faz pelo conhecimento do bem e do mal, do justo e do injusto." (BITTAR, 2010, p. 196)

Para os gregos nem todas as pessoas têm condições favoráveis para descobrir e exercitar os seus talentos com excelência, o que as tornam diferentes entre si e infelizes; há uma hierarquia entre elas, isto é, a vida boa para os gregos (desenvolvimento dos talentos) é privilégio para poucos.

A vida boa é o objeto de preocupação dos gregos, o desenvolvimento dos talentos. Criar e estudar modelos de condutas não faz parte da atenção dos gregos. Já para os cristãos, ao contrário, percebe-se preocupação em estabelecer modelos de condutas individuais que estejam de acordo com a vontade de Deus e que de certa forma

possibilitem às pessoas, ao final, serem felizes na vida divinal, “Portanto, vede prudentemente como andais, não como néscios, mas como sábios” (Efésios 5:15).

Mais a frente, verificar-se-á que a ética moderna não mais terá como objeto de estudo a felicidade, mas apenas as condutas morais das pessoas, ou seja, o cristianismo terá servido como transição do pensamento grego para o pensamento moderno kantiano.

A conduta individual ganha relevância no estudo da ética cristã, coisa que os gregos não se preocupavam, já que o valor maior para eles está no conjunto da vida, no que ela precisa para ser boa. A ética aristotélica consiste em saber quais são as condições para se ter uma vida boa de modo geral, e não para se ter uma conduta individual boa.

A ética cristã inova ao se preocupar com a conduta individual das pessoas, coisa que não havia no pensamento grego. O pecado, que é transgressão à lei de Deus, é considerado modelo de conduta de baixo valor moral para os cristãos.

A partir do momento em que a conduta individual passa a ter importância para a vida boa, preocupação essa que os gregos não tinham agora se faz necessário identificar o que uma conduta precisa para ser moralmente aceitável, principalmente porque a liberdade de agir do cristão é fundamental no seu processo de desenvolvimento pessoal de escolhas.

"A liberdade de agir do cristão reside no fato de que, conhecendo a Palavra revelada, não precisa de outra crença senão a crença no ensinamento de Jesus para governar-se a si próprio. Assim, não se ilude com as tentações de acordo com o que pode fazer para melhorar sua condição pessoal e de seu semelhante, vive na carne tendo em vista o que é do espírito. Aí está a liberdade de agir do cristão para além de se considerar que o cristianismo constrange, sufoca, oprime, predetermina, deve-se dizer que liberta a alma para ser conforme a regra cristã. A liberdade está, nesse sentido, em oposição à ideia de determinismo ou seja, de um Deus que predeterminou o destino das almas. O fiel é livre para governar-se a si próprio, e discernir o que deve e o que não deve ser." (BITTAR, 2010, p. 193)

Se uma vida boa para os gregos é o pleno desabrochar dos talentos (virtudes), para os cristãos a vida boa também é uma vida virtuosa, porém, nada tendo a ver com o desabrochar dos talentos, mas com as virtudes cristãs teológicas estabelecidas na Fé, na Esperança e no Amor (BITTAR, 2010, p. 204-205).

A Fé é uma virtude de conhecimento, que tem a ver com o que a pessoa pensa das coisas. Age bem quem tem algum tipo de conhecimento, pois a fé é uma certeza

daquilo que se considera verdadeiro. É um tipo de conhecimento específico que não decorre de nenhum tipo de comprovação empírica, matemática, filosófica, que não se presta à demonstração. Toda tentativa de demonstração empírica de Deus é um desvirtuamento da fé. “Ora, a fé é o firme fundamento das coisas que se esperam, e a prova das coisas que se não veem” (Hebreus 11:1).

A Esperança não é uma certeza, uma virtude de ordem cognitiva, mas um sentimento, um afeto que gera um aumento na expectativa de viver melhor, de alegria. É um ganho de potência que tem na imaginação (ilusão) da pessoa, capaz de produzir felicidade, que no caso do cristão é a vida eterna.

O Amor é a consagração da doutrina cristã. Sendo Deus a suma perfeição, toda a sua criação tende a ser imperfeita, para que haja diferenciação de si próprio, pois, do contrário, seria extensão perfeita de si mesmo. O amor cristão é a consagração da humildade de Deus para com o homem, que se afasta da sua criação e permite ao homem agir por si só, por seu livre arbítrio. Portanto, para que o homem pudesse ter o livre arbítrio foi necessário que Deus, por seu amor, se afastasse da sua criação e aceitasse a imperfeição, o mal, o pecado, que é o fator de separação entre o Deus supremo e o homem pecador.

Para que o homem aja conforme o Amor de Deus é preciso que ele se afaste do mal, abstando-se de praticar condutas contrárias à vontade de Deus, tais como menosprezar as boas ações do próximo.

Nota-se que os ensinamentos cristãos têm raízes em Jesus Cristo e difusão por meio do apóstolo Paulo, os quais procuram dar bons exemplos de fé, tolerância, solidariedade, obediência à lei humana e divina e, principalmente, no dever de respeito ao próximo, independentemente da sua condição social e cultural.

Esses valores cristãos podem ser percebidos nos textos dos principais documentos internacionais de Direitos Humanos como, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

No fundo a doutrina cristã tem por objetivo valorizar a dignidade da pessoa humana, tema do qual é dado destaque nos próximos tópicos.

## 2.4 Do pensamento moderno (Immanuel Kant)

A filosofia conserva três preocupações, entender o que significa conhecer (quais são os limites do conhecimento), o que é o belo (beleza), e o que é o comportamento humano (como o homem deveria agir, comportamento moral).

A compreensão do pensamento moral de Kant depende da identificação de duas rupturas importantes, que fazem dele um marco revolucionário no pensamento ocidental, quais sejam: da ideia de que os talentos naturais seriam o critério moral de diferenciação dos homens (pensamento grego), e da ideia de que Deus seria o fundamento ético das condutas humanas (pensamento cristão). Ou seja, antes da moral kantiana o mundo ocidental pautava-se em dois grandes paradigmas morais, o grego e o cristão.

Somente é possível entender Kant se houver uma compreensão do pensamento grego e cristão. A obra de Kant denominada "Fundamentos da Metafísica dos Costumes" aborda de forma introdutória os temas relacionados aos limites do conhecimento, da beleza e do comportamento moral. Trata-se de uma espécie de guia feito pelo próprio autor.

Para o pensamento moderno, perspectiva kantiana, obviamente não é o pleno desenvolvimento dos talentos naturais, virtudes, que tornam o homem um ser moralmente digno, mas o uso da razão, entendida como o domínio consciente da vontade sobre os desejos naturais que impulsionam instintivamente o homem, tais como libido, ódio, ganância, piedade.

Como os desejos naturais podem levar o homem à práticas boas ou ruins, Kant entende que somente o uso da boa vontade é capaz de conferir dignidade moral ao homem, ou seja, o caminho moderno para verificação da dignidade moral do homem é analisar a sua boa vontade e não mais apenas as suas virtudes em si mesmas, entendidas como a busca pelo pleno desenvolvimento dos próprios talentos.

A dignidade moral na projeção kantiana dar-se-á pelo bom uso dos talentos, guiados pela boa vontade, que é o domínio pessoal dos desejos. Nesse ponto, observa-se que a dignidade moral na perspectiva de Kant é analisada no momento da tomada de decisão sobre o uso dos talentos e não propriamente nos seus desenvolvimentos naturais. (KANT, 2008, p. 22)

Essa nova forma de avaliar a dignidade moral do homem, além de romper com o pensamento aristotélico, produz consequências importantes para o mundo moderno, como reavaliar a ideia moral de trabalho.

No pensamento grego, para o bom desenvolvimento dos talentos, recomenda-se contínuos exercícios, desvinculados de toda e qualquer preocupação com outras atividades que possam desvirtuar o desabrochar das aptidões naturais do homem ou, em outras palavras, que impeçam o homem de atingir a excelência dos seus talentos.

Mas como nem todos os homens possuem condições favoráveis para apenas exercitar os seus talentos, seja por que precisam conquistar os seus próprios sustentos, seja por que ainda não descobriram por si mesmos quais são as suas aptidões naturais, os homens no pensamento aristotélico são considerados naturalmente diferentes e inferiores àqueles que somente exercitam e, por isso, devem trabalhar para que os homens talentosos possam atingir as suas excelências que a natureza lhes proporcionou.

O trabalho na sociedade grega é visto como uma atividade indigna para os talentosos e destina-se tão somente aos homens inferiores, considerados incapazes de descobrir e exercitar os seus talentos.

#### **2.4.1. A vontade na moral kantiana**

Kant tem por premissa as condutas singularmente consideradas. Uma conduta para ser boa não pode ser inclinada para os desejos de cada um (apetites, pulsões etc.). Deve haver uma desconfiança profunda da natureza, que dificulta ao homem agir moralmente ético, devendo o homem agir na contramão dos desejos naturais (KANT, 2008, p. 23-24).

Também parte da premissa de que o universo não é finito nem organizado, conforme descobrira Copérnico e Galileu Galilei, e que a natureza não pode servir de paradigma para fundamentar as condutas morais das pessoas.

O que tem de mais importante para o homem não é a felicidade (contrariedade ao pensamento utilitarista), mas a capacidade de pensar, argumentar, ponderar e deliberar sobre a própria conduta, de dominar os seus desejos, e isso não é adequado para a busca da

felicidade.

Quem tem mais condições de aumentar o prazer e diminuir a dor são os animais irracionais, que agem apenas por instinto. Se o homem tiver como meta apenas a busca pelo prazer (felicidade) terá que dar prevalência aos seus desejos e deixar a razão de lado (KANT, 2008, p. 24). O homem não está naturalmente vocacionado para a felicidade, porque ele não foi feito para isso. O homem é um ser pensante.

O pensamento seria um obstáculo para a busca da felicidade. Tem mais condições de atingir o prazer quem não pensa, ou seja, a técnica utilitarista não seria o paradigma moral kantiano. É possível para o homem agir bem e produzir tristeza; agir mal e produzir felicidade; ou seja, o agir racional nem sempre produzirá felicidade.

A beleza, a coragem, a força física, por si só não são boas. O único atributo do homem que é bom em si mesmo é a boa vontade, não é a felicidade. O que existe de mais fundamental para o homem é o aperfeiçoamento da boa vontade em si mesma (KANT, 2008, p. 25).

Vontade é tudo aquilo que o homem faz além do seu instinto; é o uso da razão para viver melhor; é o saber a serviço da vida; é o pensamento utilizado para viver melhor. O homem não vive apenas pelo instinto, basta imaginar como seria a sobrevivência de uma criança recém-nascida (ROUSSEAU, 2005, p. 172).

Kant não nega o instinto, a pulsão, a inclinação, os desejos, mas afirma que essas características os animais também têm. O que faz o homem diferente dos animais é a vontade. Os animais não controlam os seus instintos, enquanto os homens, pela vontade (razão), conseguem controlar os seus instintos, os seus desejos. A liberdade é fazer o que não se quer (instintos). É agir na contramão dos seus desejos, pois quem não consegue dominar os seus desejos, torna-se escravo deles. Nesse ponto, verifica-se que a razão prática (vontade) se descola da natureza (instintos). A liberdade é a soberania da competência deliberativa do homem sobre as suas próprias inclinações. Ser livre é deliberar contra os desejos.

Na teoria kantiana há uma diferença entre agir por dever e agir segundo o dever, onde se leva em consideração a motivação, o momento da decisão, o motivo moralmente mais elevado.

O agir por dever significa o bom uso da vontade desinteressada em exclusiva satisfação pessoal, de tal maneira que a sua conduta possa se tornar uma lei de tratamento universal entre os homens, ou seja, devo agir da mesma forma que gostaria que outras pessoas agissem comigo, independentemente dos resultados. Deve-se viver de tal maneira que a sua vontade pretenda se tornar o princípio que rege o seu comportamento e que também possa reger o comportamento de qualquer um. Tal premissa kantiana demonstra que o mais importante é levar em consideração a intenção do agente, independentemente dos resultados. Nota-se, então, que se está diante de uma teoria intencionalista, da qual o direito penal brasileiro, por exemplo, adotou no estudo da conduta.

O núcleo duro do pensamento kantiano não é exatamente a conduta mas as razões que levaram a pessoa a praticar determinado comportamento (intencionalismo). O critério da boa conduta é a boa razão que está a serviço da existência humana, independentemente dos desejos e dos resultados (consequencialismo).

O dever é uma etapa do pensamento moral que se traduz em imperativos (mandamentos) destinados à aplicação do dever a uma situação que toda pessoa precisa observar para que a convivência social seja viável.

Os imperativos podem ser hipotéticos e categóricos. Imperativos hipotéticos são condicionados pelo interesse do homem e não podem se tornar leis universais porque dependem de variáveis, que muitas vezes não solucionam questões para todas as pessoas. No imperativo categórico, o objetivo é criar leis morais capazes de solucionar questões uniformes, independentemente do lugar e das pessoas (universalidade). Trata-se, na verdade, de um princípio muito semelhante ao princípio cristão previsto no novo testamento, “Porque toda a lei se cumpre numa só palavra, nesta: Amarás ao teu próximo como a ti mesmo” (Gálatas 5:14).

#### **2.4.2 Consequências do pensamento moderno kantiano**

Diante das bases filosóficas do pensamento kantiano, modificou-se profundamente a forma de pensar e agir da sociedade, principalmente por apresentar novos valores à ideia de trabalho, igualdade e humanidade, das quais se passa a expor.

### **1) Da redefinição da ideia de trabalho**

No paradigma kantiano o trabalho deixa de ser visto como uma atividade destinada exclusivamente aos não talentosos (pensamento grego) e passa a servir de base para uma boa execução de decisões morais, entendidas como o uso racional da vontade sobre os desejos, pois o que importa não são mais os talentos em si mesmos, mas a destinação que lhes é dada na sociedade. Não há, portanto, primazia natural das virtudes que possa servir de sustentação moral para diferenciar pessoas na sociedade, já que o valor moral agora entendido está centrado na boa decisão que o homem dá sobre os seus desejos. O que importa, então, é o trabalho, agora visto como forma do homem atingir a dignidade moral.

O trabalho no pensamento moderno é uma redenção para aquele que não foi feliz no desenvolvimento dos seus talentos, antes considerados dádivas da natureza somente para os nobres. A dignidade moral do trabalho agora é universalizada de modo a permitir que todos partam do mesmo pressuposto dignificante, que é o esforço pessoal e a boa vontade na tomada de decisões quanto as suas aptidões, independentemente da sua condição social e se isso lhe trará efetivamente felicidade. O nobre não é afeto ao sofrimento, por isso, no paradigma grego, não trabalha para não sofrer.

### **2) Da ideia moral de igualdade.**

No mundo grego não se fala em igualdade, pois esta não faz parte da moral. O que conta para os gregos é a diferença, tendo em vista que os talentos naturais são desigualmente distribuídos entre as pessoas pela natureza. Nessa ótica, percebe-se que a desigualdade natural de talentos é também uma desigualdade moral. Existe, portanto, uma identidade entre o talento (natureza) e a moral, que serve de fundamento para conceder e restringir direitos às pessoas. Assim, no pensamento grego, a desigualdade de natureza é fundamento para a desigualdade moral. Parando-se para pensar um pouco mais, nota-se que tal fundamento discriminatório foi utilizado pelos nazistas alemães na segunda guerra mundial, cujos resultados foram desastrosos para a humanidade.

Na modernidade houve um descolamento entre a natureza e a ética (que tem por objeto de estudo o comportamento humano no seu dever ser), não havendo uma correspondência entre a distribuição de talentos naturais e a dignidade moral, por isso, alguém pode ser talentoso e indigno ou pouco talentoso e digno, na medida em que todos

são iguais no uso da razão. A moral está no uso da razão, onde todos os homens são capacitados para decidir sobre o que fazer com os seus talentos, eis, então, a igualdade moral que não existia no pensamento grego. A igualdade decorre da liberdade que temos para decidir racionalmente sobre o melhor uso dos nossos talentos.

A partir dessa igualdade kantiana, que se torna um atributo da moral, os resultados serão diversos a depender da decisão tomada individualmente, pois o que importa é a intenção e não os resultados. Assim, os talentos se equivalem do ponto de vista moral quando a moral não está nos talentos.

### **3) O surgimento da ideia de humanidade**

A ideia de humanidade surge a partir do novo paradigma moral de Kant, em que o homem percebe que faz parte de um só grupo, que tem a igualdade de agir de acordo com a razão, com a boa vontade, no sentido da conduta compatível com o dever moral. Nesse ponto, como todos nós temos a capacidade de pensar racionalmente, de identificar aquilo que nos é devido fazer, então, todos nós pertencemos ao grupo daqueles que podem deliberar mesmo na contramão da natureza. A vida moral é desatrelada das inclinações naturais do homem (desejos). O que reúne o homem à humanidade é o fato dele perceber que é livre quanto a sua natureza, de transcender aos seus desejos naturais por meio da razão, tida como o domínio do homem sobre os desejos naturais. (KANT, 2008, p. 43)

De certa maneira a antropologia de Rousseau e a moral de Kant são condições filosóficas para o surgimento da ideia de humanidade, que é única.

#### **2.4.3 Da ruptura de Kant com o pensamento cristão**

O pensamento filosófico de Kant se distanciou do ideal cristão no momento em que ele não adota a teologia como fundamento ético, pois Deus é uma questão de fé e não de razão. Fé significa certeza em coisas que não podemos demonstrar ou, como o próprio apóstolo São Paulo diz, fé “é o firme fundamento nas coisas que não se esperam, e a prova das coisas que se não veem” (Hebreus 11:1). Assim, ter fé em Deus é ter certeza em coisas que não se pode demonstrar fisicamente.

A ética (o dever ser), ao contrário de fé, é a certeza nas coisas que se pode

demonstrar, ou seja, Deus é certeza sem demonstração, e ética é certeza com demonstração. O fundamento da ética, nesse caminho, não pode ser Deus, porque isso seria uma contradição ao pensamento humanista. Na visão de Kant, não se pode admitir tentativas de demonstração de Deus, que, como já dito, não pode ser provado dentro da razão humana, pois se Deus se deixasse demonstrar, ele deixaria de ser uma questão de fé (Religião nos limites da simples razão, p. 195).

A obediência em Deus, segundo Kant, tem como fundamento a salvação eterna no reino de Deus ou o temor do inferno, tido como um lugar destinado para aqueles que não foram obedientes aos preceitos divinos, ou seja, obedece-se a Deus por esperança ou por temor. Nessa direção, pode-se dizer que o homem age por interesse de se ver bem na vida eterna celestial. (Religião nos limites da simples razão, p. 135), o que contraria a moral kantiana, que é desinteressada de toda e qualquer vantagem.

Postas essas bases filosóficas, que culminaram na ideia de humanidade formulada pelo pensamento kantiano, já é possível compreender melhor os princípios fundamentais positivados nos tratados internacionais de Direitos Humanos e nas Constituições dos Estados, bem como seus fundamentos históricos, que doravante serão destacados.

## **2.5 Considerações gerais sobre humanidade**

Kant é o principal teórico moderno que teve as suas ideias incutidas na formulação dos ordenamentos internos dos Estados e também do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pois, ao criar o projeto da paz perpetua em que todo indivíduo deve ser tratado com dignidade e ter respeitado os seus direitos pelo Estado, pelo simples fato do indivíduo pertencer à humanidade, tornando-se cidadão cosmopolita (universal).

Ao expor o seu pensamento com base na razão, retirando o fundamento religioso cristão da ética normativa, Kant possibilita aos Estados organizar um sistema de proteção internacional dos direitos humanos arraigado na universalidade de tratamento normativo positivista.

Os Direitos Humanos são decorrentes de conquistas históricas por parte da humanidade, tendo como base grandes referenciais filosóficos do pensamento ocidental, e também grandes acontecimentos revolucionários burgueses ocorridos nos Estados Unidos da América no ano 1776 (Independência das treze colônias inglesas) e na França no ano de 1789 (Revolução francesa). Também é interessante citar como marco histórico a Magna Carta de 1215 (Carta inglesa do Rei João Sem Terra), a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O Direito Internacional de proteção dos Direitos Humanos, instrumentalizado nos tratados internacionais de direitos humanos, e também a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, são importantes vetores norteadores do Direito comprometido com a Dignidade da Pessoa Humana.

O Direito Internacional Público tem sido fonte normativa imprescindível para a formação dos direitos humanos fundamentais dos Estados, os quais têm adotado em seus textos constitucionais princípios e regras de proteção da pessoa humana.

A Carta da Organização das Nações Unidas de 1945 (ONU) pode ser considerada uma das principais tratativas internacionais de criar condições favoráveis para que Estados soberanos se relacionem com igualdade e tenham condições de dar maior proteção para todas as pessoas que estejam em seus territórios, tendo a dignidade da pessoa humana como a base irrenunciável dos Direitos Humanos.

O primeiro instrumento normativo criado pela ONU foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, apesar de não ser tratado internacional, pois é uma resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (Resolução 217-A), também adota como fundamento normativo a dignidade da pessoa humana.

Tal resolução tem por objetivo orientar, e até mesmo comprometer, os Estados a não praticarem indevidas violações contra as pessoas que estiverem sob os seus mantos soberanos, já que muitos deles são os primeiros a desrespeitar os direitos fundamentais das pessoas em seus territórios, conforme se verificou durante a segunda guerra mundial, período nazista.

Sobre a necessidade das pessoas terem maior proteção em face das violações

dos seus direitos por parte do Estado, Flávia Piovesan destaca que os acontecimentos históricos conduziram a humanidade para o caminho da internacionalização dos direitos humanos, de modo a inibir a repetição indesejada de atrocidades praticadas por agentes públicos que de alguma forma procuravam se homiziar na soberania dos Estados para não serem responsabilizados internamente.

"A investigação a respeito da incorporação dos tratados de direitos humanos pelo Direito brasileiro conduzirá ao exame do sistema internacional de proteção de direitos humanos, suas peculiaridades, limites e possibilidades. A análise adotará como ponto de partida a reflexão sobre os antecedentes históricos do movimento de internacionalização dos direitos humanos. Este estudo permitirá compreender o discurso contemporâneo de direitos, a partir do processo de universalização dos direitos humanos, deflagrado no pós-guerra. Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos. Consolida-se o movimento do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos'." (PIOVESAN, 2010, p. 04 e 05)

As tentativas de justificação das ações violadoras dos direitos humanos com base na soberania estatal, sob o pretexto de mero cumprimento da lei, no caso dos nazistas alemães, não serviram de base para convencer a justiça internacional (Tribunal de Nuremberg) dos atos bárbaros aniquiladores da vida e das pessoas, pois, "legalidade" extremada, que não tem compromisso com a justiça, não pode ser concebida como Direito válido.

Com o pós-segunda guerra mundial, o sistema positivista (baseado no predomínio da lei) começa a ser repensado pela doutrina, que procura encontrar justificativas racionais justas para formar um novo sistema que contenha meios adequados de proteção dos Direitos Humanos.

Nessa perspectiva, o positivismo apartava o Direito da justiça, da ética e da moral, pretendendo evitar juízo de valor, até então considerado incompatível com a objetividade buscada pelos positivistas.

"O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. O positivismo comportou algumas variações e, no mundo romano-germânico, teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen." (BARROSO, 2010, p. 239 e 240)

O fundamento positivista destacado por Kelsen no livro "Teoria Pura do Direito" pressupõe que a lei seja considerada a principal fonte do Direito, que é visto como uma disciplina isolada, e o Estado possuidor de todo o monopólio legitimador, imune de influência de valores éticos e morais, ou mesmo de justiça.

Esse rigor legalista, evidentemente, comprometeu direitos básicos das pessoas no pós-primeira guerra mundial, onde Estados nazifascistas (ditatoriais) passaram a legislar de forma odiosamente discriminatória em face daqueles que eram considerados "raça inferior" ou mesmo inimigos do Estado, bastando conferir os resultados desastrosos do governo nazista.

A partir das atrocidades praticadas pelos nazistas, que foram julgados por um tribunal internacional (Tribunal de Nuremberg), observou-se que o indivíduo deveria ser considerado também sujeito de direito internacional (PIOVESAN, 2010, p. 113), cidadão universal.

A doutrina comprometida com os direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 07) passa a reinterpretar o sistema positivista (legalista), não no sentido de simplesmente superá-lo, mas de reavivá-lo com parâmetros de valores morais, éticos e sociais, postos na sociedade internacional e nos ordenamentos internos dos Estados, agora com racionalidade engajada nos propósitos de justa proteção dos Direitos Humanos e também na melhoria dos estudos das bases do novo sistema "pós-positivista".

"O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica." (BARROSO, 2010, p. 242)

Os ordenamentos internos dos Estados também passaram a levar em consideração os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, os quais, muitas vezes, chegam a conflitar com as Constituições dos Estados. O Brasil pode ser considerado um exemplo de Estado que procurou alinhar-se ao sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, integrando-se, por exemplo, ao sistema interamericano de Direitos Humanos, e adotando em seu texto constitucional princípios considerados fundamentais nas relações internacionais (Art. 4º, Constituição Federal).<sup>7</sup>

## 2.6 Visão histórica dos Direitos Humanos (Bobbio)

“A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio, é uma obra que nos possibilita ter uma visão histórica das conquistas da humanidade em relação aos Direitos Humanos nas questões internacionais e políticas. (BOBBIO, 2004)

Na primeira parte da obra, Bobbio discute os temas relacionados aos Direitos do Homem, Democracia e Paz, demonstrando que no cenário internacional e interno dos Estados, de alguma forma, já existe proteção normativa sobre os direitos do homem, onde

---

<sup>7</sup> CF/88. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

basta aos Estados observarem as “regras do jogo” da democracia, que consiste em respeitar a vontade democrática do povo, pois, assim, consegue-se proteger os direitos em questão. (BOOBIO, 2004, p. 63)

O respeito à legalidade e à justiça, consiste no fator de legitimação daqueles que ocupam cargos importantes no Estado, em razão das responsabilidades que assumem ao exercer o poder com tolerância e também ao observar os deveres imprescindíveis na consecução das “regras do jogo” democrático, de modo a compreender que todos têm direitos e obrigações na democracia.

A tolerância é também destacada justamente para demonstrar a importância que cada indivíduo ocupa no novo cenário internacional, onde a paz é fundamento kantiano (O projeto de Paz Perpétua) capaz de fundamentar a necessidade de a humanidade ter um sistema internacional adequado para se defender de ataques que prejudiquem as regras de hospitalidade entre as pessoas. (BOOBIO, 2004, p. 86)

A razão é o eixo central do dos Direitos Humanos, a qual deve ser incentivada como medida de tolerância na sociedade multicultural, pois, nesta, não se tem um pensamento homogêneo. As atividades políticas e culturais devem estar centradas na ideia de respeito aos diferentes, os quais sofrem com preconceitos, discriminações indevidas, bem como têm as suas relações interpessoais afetadas pela falta de tolerância. Não se trata de obrigar as pessoas a se amarem, mas simplesmente possibilitá-las compreender que não existe uma única forma de pensar e agir, e que é preciso respeitar posicionamentos divergentes, pois na democracia essa atividade faz parte das “regras do jogo”.

Os direitos humanos, para Bobbio, fazem parte de uma construção histórica, tendo como fundamentos conquistas revolucionárias da humanidade como as revoluções francesa e americana. A declaração universal dos direitos do homem de 1789 não é o único documento internacional histórico fundamentador dos direitos humanos. Tem-se, também, a Declaração Universal de 1948 (ONU) como referencial normativo. Neste ponto, Bobbio chega a afirmar que a Declaração Universal é fruto do “consenso” dos Estados, pressupondo não haver importância discutir a legitimidade dos participantes da convenção de Viena, pois, pela quantidade de representantes, não se pode questionar a legitimidade dos participantes (BOBBIO, 2004, p. 17 e 18).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto de São

José da Costa Rica de 1969, o Estatuto de Roma de 1998 – que cria o Tribunal Penal Internacional -, são outros exemplos de documentos normativos fundamentadores das conquistas históricas da humanidade quanto à proteção dos direitos humanos.

Para Bobbio, a fase de conquistas de direitos já está superada (BOBBIO, 2004, p. 26). O que precisa agora é um sistema que efetive o cumprimento e o respeito aos direitos do homem já positivados. A primeira etapa consiste na “positivação”; a segunda é a “generalização” (sem discriminação); e a terceira consiste na “internacionalização”, proveniente do reconhecimento dado na Declaração Universal de 1948.

As observações sobre as conquistas da sociedade quanto ao reconhecimento dos direitos humanos são importantes para se ter parâmetros de proteção dos diversos direitos, como à privacidade, à igualdade e à liberdade, e com principal destaque a dignidade da pessoa humana, que será analisada no tópico a seguir.

## **2.7 Considerações sobre a Dignidade da Pessoa Humana**

A dignidade da pessoa humana é um assunto por demais relevante para o estudo dos direitos humanos e fundamentais, pois, juridicamente, ainda carece de definição precisa e de compreensão uniforme na doutrina dos ordenamentos contemporâneos.

Uma obra importante sobre o estudo da dignidade da pessoa humana é a organizada pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet, cujo título é “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível” (SARLET, 2009). Serve de base para compreender as dimensões da dignidade, que é expressão de várias concepções interpretativas (conceito aberto) e que depende do contexto jurídico-social de um determinado momento e espaço territorial para a sua aplicação.

Por ser expressão aberta, de conteúdo amplo e complexo, a dignidade da pessoa humana tem grande peso valorativo na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, havendo, nesse aspecto, grande impacto nas liberdades das pessoas e na atuação do Estado, visto atualmente como garantidor e protetor dos direitos fundamentais, e norteado pelo fundamento constitucional de impedir toda e qualquer violação desse direito.

O problema na definição de dignidade surge quando se discute a origem de tal valor, se decorrente apenas da condição humana, onde, basta ter essa qualidade (direito natural), e aí surge a dificuldade de catalogar quais seriam esses direitos mínimos, já que existem diferentes culturas, ou se o momento histórico-cultural é que daria os contornos do rol de direitos considerados de proteção mínima da dignidade (direito positivo).

Aliás, se partir por esse viés (direito natural e direito positivo), mantém-se a polêmica sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, qual seja, se os direitos seriam criados ou apenas reconhecidos pelo Estado. O certo é, independentemente das indefinições conceituais, que todos devem respeitar uns aos outros.

O ser humano não pode ser tratado como mero objeto, pois, por ser dotado de atributos morais, éticos e racionais. Deve ter os seus direitos respeitados pelo Estado e por todas as pessoas da sociedade. A dignidade humana tem que ser vista como um valor a ser respeitado pelo Estado, o qual não pode adotar parâmetros discriminatórios na proteção das pessoas, independentemente de sua condição social.

Kant na sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, assim asseverou que o homem jamais pode ser tratado como um meio para consecução dos ideais da sociedade, mas sempre como um fim em si mesmo, pois, possui o atributo de ser um animal racional.

"A natureza racional distingue-se das demais por antepor a si mesma um fim. Esse fim seria a matéria de toda a boa vontade. Mas como na ideia de uma vontade absolutamente boa, sem condição limitativa (como o fato de alcançar esse ou aquele fim), se tem de abstrair inteiramente de todo o fim a realizar (o que tornaria toda a vontade apenas relativamente boa), o fim aqui não deverá ser concebido como fim a alcançar, mas sim como fim independente e, portanto, só de maneira negativa, isto é, jamais se deverá agir contra ele, e ele não deverá nunca ser avaliado como simples meio, mas sempre, simultaneamente, como fim em todo o querer. Ora, esse não pode ser outra coisa que não o sujeito de todos os fins possíveis, já que ele é igualmente sujeito de uma possível vontade absolutamente boa; pois esta não pode sem contradição ser posta a nenhum outro objeto. O princípio: ‘age com respeito a todo o ser racional (a ti mesmo e aos demais) de tal modo que ele em tua máxima valha ao mesmo tempo como fim em si’ é assim, no fundo, idêntico ao princípio: ‘age segundo uma máxima que contenha ao mesmo tempo em si a sua própria validade universal para todo ser racional’. Pois se no uso dos meios para qualquer fim devo restringir minha máxima à condição de sua validade universal como lei para todo o sujeito, isso equivale exatamente a dizer: o sujeito

dos fins, isto é, o ser racional mesmo, não deve jamais ser posto como fundamento de todas as máximas das ações como simples meio, mas como condição suprema restritiva no uso dos meios, isto é, sempre ao mesmo tempo como fim." (KANT, 2008, p. 68)

O ser humano não pode servir como mero objeto de satisfação de terceiros. Trata-se da proibição de se comparar o a pessoa humana a objetos, que não possuem dignidade, mas preço.

"Intenta-se a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados 'coisas', substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados 'pessoas', porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como meio." (PIOVESAN, 2010, p. 29)

Mesmo diante da dificuldade conceitual sobre o que seria dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet contribui com a seguinte ideia:

"Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos." (SARLET, 2005, p. 37)

O conceito acima exposto, mesmo sendo de conteúdo aberto, indefinido, traz a ideia central do respeito ao ser humano. Tal premissa é básica para a proteção fundamental da dignidade humana, tendo em vista a necessidade de evidenciar contornos mínimos de

proteção à pessoa, a ser dada pelo Estado Democrático de Direito. “Encontrar a definição de dignidade humana não é tarefa fácil porque ela comporta respostas que vão desde a esfera religiosa e filosófica até a científica” (BAEZ, 2011, p. 32).

A vida é o principal fundamento da dignidade. É titular de direito todo ser humano, o qual deve ter garantido pelo Estado o respeito e a consideração quanto a sua dignidade, não podendo jamais permitir interferências abusivas e ofensivas por quem quer que seja, pois a dignidade é vista como garantia irrenunciável do indivíduo, que não pode ser tratado como instrumento ou mero objeto de descarte (fórmula do homem-objeto).

"Isso ocorre porque os seres humanos possuem certas características que os distinguem da natureza impessoal, pois têm a capacidade de tomarem consciência de si mesmos e de alterarem a sua inserção no meio em que vivem. Para ilustrar a situação, veja-se que um objeto qualquer, para servir às vontades alheias, pode facilmente ser removido de um lado para outro, alterado em sua forma, adaptado às finalidades diversas e até mesmo ser descartado, pois ele não tem o atributo inato possuído pelos seres humanos de serem um fim em si mesmo. Um objeto não vai reagir ao descarte por parte de seu proprietário que decidiu jogá-lo no lixo, por entender que não tem mais serventia. Contudo, um ser humano, por ser dotado de capacidade de decisão e de consciência, esboçará diferentes reações diante de qualquer processo que implique sua redução a mero instrumento do arbítrio de terceiros. É justamente nessa característica inerente à espécie humana que se encontra o atributo chamado dignidade." (BAEZ, 2011, p. 33).

Assim, a premissa básica consiste em tratar o ser humano como sujeito de direitos, dotado de atributos morais, éticos, sentimentos, personalidade e dignidade, que o diferencia das coisas e dos animais irracionais (sem afastar-se aqui, em certo sentido, a possibilidade de atribuir-se dignidade a todos os seres vivos).

É preciso destacar também que os principais documentos internacionais modernos procuram dar ênfase à dignidade da pessoa humana, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos de 1981, Carta Árabe dos Direitos Humanos de 1994. Além disso, as religiões têm como ensinamento básico o respeito ao ser humano que, de certa forma, consiste também na defesa da dignidade da pessoa humana.

Nesse mesmo sentido, pode-se citar a Constituição da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III), importante instrumento normativo interno do Estado. A compreensão sobre a dignidade humana, mesmo que ainda pendente de definição precisa, encontra fundamento na filosofia, religião, no direito, e nas mais variadas culturas.

A dignidade da pessoa humana, como se vê, é um valor intrínseco ao ser humano, que tem a cada dia a sua importância sendo reconhecida na religião, nos tratados internacionais, e nas constituições dos Estados. Isso é fruto de um processo histórico de formação que a cada momento vem se sedimentando na nos ordenamentos da humanidade.

Como o conceito de dignidade humana não é tarefa fácil, uma nova dinâmica interpretativa surge na contemporaneidade jurídica, onde os princípios passam a serem tratados como o centro das atenções da doutrina e dos tribunais, tendo que serem utilizados na solução adequada do caso concreto, já que a lei, na maioria dos casos, não oferece mais resposta satisfatória para a solução dos problemas levados ao Poder Judiciário.

Nesse aspecto, as decisões do Poder Judiciário devem estar pautadas na fundamentação razoável, capaz de legitimar o poder decisório do Estado que, agora, utiliza-se de argumentações de ordem moral, ética, social, e jurídica, que, ao contrário do que foi idealizado e aplicado pelos positivistas clássicos, depende de técnicas apuradas de justificação da argumentação utilizada. A ponderação entre os princípios é tarefa necessária para o juiz solucionar a demanda que lhe é posta em juízo. (BARROSO, 2010, p. 260)

Como os Princípios dos Direitos Fundamentais não possuem hierarquia e muitas vezes entram em rota de colisão no sistema normativo, necessário se faz ter também uma noção sobre a aplicação válida da norma, princípios e regras, que, no presente estudo, toma-se por base a doutrina de Robert Alexy, na Teoria Geral dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2008).

O conhecimento sobre como aplicar validamente a norma, os princípios e as regras serão de grande valia para o momento da análise da Lei nº 12.654/2012, no que diz respeito à obrigatoriedade de fornecimento de material genético por parte dos condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes classificados pelo legislador como hediondos (Art. 1º da Lei no

8.072/90), onde, necessariamente, haverá conflito entre princípios como Intimidade e Segurança Pública, Integridade Física e Interesse Público.

## **2.8 Do conceito de norma (Robert Alexy)**

Conhecer conceitos jurídicos, a complexidade do caso concreto e o direito positivo, são premissas importantes para uma decisão jurídica válida, pois os Direitos Humanos Fundamentais retratam conquistas constitucionalmente estabelecidas na proteção da pessoa.

A lógica nas decisões judiciais é almejada por meio de critérios que favoreçam a compreensão do problema a ser solucionado. Os valores que circundam determinado fato devem ser aplicados com parcimônia, pois estão relacionados a interesses divergentes entre as partes.

Conceito de Normas de Direitos Fundamentais (mandamento) é diferente de enunciado normativo (texto). Norma é o gênero que comporta duas espécies, princípios e regras. As normas são mandamentos jurídicos, comandos aptos a determinar a aplicação do direito ao caso em análise. Princípios, espécie de norma, é conceituado como mandamento de otimização a ser cumprido da melhor maneira possível, observadas as circunstâncias fáticas. São mandamentos de otimização que permitem entrar em rota de colisão, ou seja, é possível que princípios manifestamente contrapostos entrem em colisão. (ALEXY, 2008, p. 90)

Para melhor esclarecer o que significa “colisão” de princípios, é necessário pressupor que um princípio não anula o outro ou mesmo, em tese, tenha valor superior ou outro. Tudo vai depender do caso concreto. Ou seja, somente é possível falar em colisão de princípios havendo um caso real a ser decidido, pois variáveis devem ser consideradas na decisão. (ALEXY, 2008, p. 93)

A análise dos princípios possibilita ao julgador valorar o fato com maior amplitude, onde a decisão final deverá ser racionalmente fundamentada com base em argumentos lógicos, coerentes e válidos. Eles, os princípios, podem estar positivados ou não, mas, inevitavelmente, devem ser válidos no ordenamento jurídico.

Os enunciados normativos (textos) podem conter normas expressas ou não (princípios e regras). A partir deles, tenta-se identificar, no caso em estudo, normas de Direito Fundamental, cujas bases são complexas e dependem da estrutura que se adota, seja considerar Direito Fundamental aquele positivado na Constituição como, por exemplo, o Direito ao Mínimo Existencial. Normativo, então, seria tudo aquilo que determina a direção do caso a ser decidido, seja por meio de um enunciado permissivo ou afirmativo. (ALEXY, 2008, p. 56 e 57)

Princípios e Regras são espécies normativas que servem de base para solucionar questões práticas. Os Princípios e as Regras não podem ser analisados sem que haja um caso concreto, pois, necessário se faz conhecer circunstâncias e situações de problemas para se tomar uma decisão racionalmente válida.

Para isso é preciso ter bem clara a distinção entre Princípios e Regas. Princípios carregam em si valores de uma sociedade, que, muitas vezes, podem ser contrapostos a tal ponto de dificultar a tomada de decisão (exemplo: direito à informação - imprensa - e direito à imagem). Nessa situação, somente é viável ao intérprete manifestar a sua disposição diante de um problema real, já que em abstrato lhe falta informações seguras para solucionar a questão.

Não existe uma hierarquia de princípios, por isso, no caso concreto, cabe ao aplicador da norma fundamental racionalmente a sua decisão, levando em consideração as circunstâncias que lhe são apresentadas.

Quando dois Princípios Fundamentais, que estão na mesma hierarquia, apresentam-se como possíveis soluções do conflito, mas somente um deve prevalecer, então, diz-se que eles entram em “rota de colisão”, ou seja, a decisão que prefere um princípio a outro, não significa que aquele que foi afastado seja inválido, muito pelo contrário, é sinal que a sua aplicação, naquele caso, não comporta uma solução adequada, mas, em outra situação, a depender das variáveis, pode ser adequado. (ALEXY, 2008, p. 94 e 95)

Princípios de Direitos Fundamentais comportam cargas valorativas que merecem toda a atenção na sua aplicação. Trata-se da chamada “lei de colisão”, conforme denominada por Robert Alexy. Para solucionar os conflitos há que se levar em consideração também o chamado sopesamento, que consiste na análise da situação de

tensão existente entre as partes com razoabilidade. (ALEXY, 2008, p. 99 e 100).

O sopesamento é uma técnica de decisão proposta pelo autor como meio de se encontrar a solução possível para o fato. A tomada de decisão em determinado tema, não significa que haja uma verdade absoluta ou única, muito pelo contrário, existe uma solução possível, fundada em argumentos racionais e lógicos.

Já a regra, espécie de norma, possui a disciplina diferente dos princípios. A regra é analisada sob a ótica do conflito e não da colisão, que é própria dos princípios. Também é vista sob o aspecto da validade e no conflito entre regras, a solução se dá com base no “tudo ou nada”, salvo se houver previsão de exceção no enunciado normativo.

Um bom sistema é formado por princípios e regras, onde se abre margem para decisões adequadas para os diversos problemas da sociedade, complexos pelas diversidades sociais que a modernidade proporciona às pessoas.

Todas essas questões até aqui levantadas contribuem para uma melhor aplicação prática dos direitos, sejam eles positivados na Constituição ou incorporados no ordenamento jurídico constitucional pelo chamado "Bloco de Constitucionalidade"<sup>8</sup>, que inclui os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Nessa linha de estudo, vale a pena tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, com especial destaque para o Pacto de São José da Costa Rica.

---

<sup>8</sup> A doutrina majoritária defende que o bloco de constitucionalidade surgiu na França a partir da decisão de 16 de julho de 1971 que elevou a liberdade de associação ao patamar de princípios fundamentais. O bloco francês é formado pela Constituição de 1958, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da constituição de 1946 e os Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República, sendo as disposições constitucionais, direitos, liberdades publicas e direitos fundamentais expandidos. O bloco de constitucionalidade é o conjunto de normas de nível constitucional que tem o papel de ampliar o paradigma do controle de constitucionalidade. Acontece que, tais normas com nível constitucional, não necessariamente, precisam está expressa na Constituição, uma vez que a Carta Magna deve ser interpretada em função da realidade. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9241](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9241). Acessado em 20/11/2014.

## 2.9 Algumas considerações sobre os tratados internacionais de Direitos Humanos no Brasil

Os tratados internacionais de direitos humanos, assinados, ratificados e devidamente incorporados ao direito brasileiro, a partir da incorporação do Pacto de São José da Costa em 1992 (Convenção Americana de Direitos Humanos – Decreto 678, de 06/11/1992), passou por um processo de discussão doutrinária e jurisprudencial muito importante quanto a sua hierarquia no ordenamento interno.

O Supremo Tribunal Federal (STF), antes da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica, não adotava distinção entre os tratados internacionais, ou seja, não fazia diferenciação se comum ou de direitos humanos, dando-lhes a natureza jurídica de lei ordinária, conforme se verifica na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 1.480/97.

Embora o STF não fizesse diferenciação quanto à natureza jurídica dos tratados internacionais, tal postura da suprema corte sofreu sempre questionamentos por parte da doutrina, a qual afirma que os tratados internacionais de direitos humanos não podem gozar da mesma hierarquia da lei ordinária, dada a importância especial para os acordos internacionais dirigidos à proteção da dignidade da pessoa humana. (MAZZUOLI, 2011, p. 374)

A discussão sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais teve o seu ápice no Recurso Extraordinário número 466.343/2006 que, após a incorporação do Pacto de São José da Costa, discutia sobre a compatibilidade da prisão civil do infiel depositário (Art. 5º, LXVII) e a omissão do Pacto de São José da Costa Rica sobre tal medida restritiva, qual seja: teria o tratado internacional revogado a previsão constitucional que permite a prisão civil do infiel depositário?

O STF, no RE 466.343, decidiu que o referido tratado internacional tem hierarquia de supralegalidade (acima da lei e abaixo da constituição) dando, assim, preferência para a Constituição.<sup>9</sup> Do mesmo modo, também é importante mencionar parte

---

<sup>9</sup> EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas.

do voto do ministro Gilmar Mendes, cujos fundamentos influenciaram a maioria dos membros da suprema corte constitucional.<sup>10</sup>

Mesmo hoje estando assentada a tese da suprallegalidade pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, também é de bom alvitre destacar o voto dissidente do ministro Celso de Mello, o qual entendeu que o Pacto de São José da Costa Rica tem natureza jurídica de constituição (bloco de constitucionalidade).<sup>11</sup> De todo o modo, convém destacar que o Pacto de São José da Costa Rica tem natureza jurídica de suprallegalidade.

Também é importante mencionar que existe a possibilidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos serem equivalentes à emendas constitucionais, se aprovados por três quintos dos membros de cada casa do congresso nacional em dois turnos de votação, conforme previsto no Art. 5º, § 3º, CF/88 (incluído pela Emenda Constitucional 45/2004).

Por derradeiro, apesar de o Supremo Tribunal Federal ter inovado o sistema hierárquico das normas brasileiras com a suprallegalidade, deve-se destacar que a divergência doutrinária quanto ao tema deve perdurar por muito tempo, dada a importância dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

No próximo capítulo, será dada continuidade ao estudo dos Direitos Humanos

---

Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

<sup>10</sup> Ministro Gilmar Mendes. "Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de suprallegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial no ordenamento jurídico. Equipará-lo à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana." ( STF. RE 466.343 – trecho do voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 46). Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em 15/10/2014.

<sup>11</sup> Ministro Celso de Mello (RE 466.343). "É preciso ressaltar, no entanto, como precedente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebrados antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhe confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de *bloco de constitucionalidade*." (trecho extraído do voto do ministro Celso de Mello no RE 466.343, p. 159). Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em 15/10/2014.

Fundamentais, notadamente quanto à teoria geral dos direitos fundamentais e aos princípios relacionados à problemática dos limites da intervenção do estado no corpo humano, tendo a Lei número 12.654/2014 como parâmetro de discussão.

### 3 DA VINCULAÇÃO DO ESTADO E DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 Considerações iniciais

A proteção constitucional dos Direitos Fundamentais construída no Estado brasileiro tem como premissa básica o respeito à Dignidade da Pessoa Humana, orbitada por princípios e regras, que serve de suporte mínimo para evitar interferências indevidas e abusivas na vida e na liberdade das pessoas, seja por parte do Estado ou mesmo de particulares.

O núcleo essencial do ordenamento jurídico brasileiro consiste na observância de princípios, que, na teoria geral dos Direitos Fundamentais, são “*mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 90). Nessa esteira, é preciso considerar que as possibilidades jurídicas estão relacionadas à existência de colisões de princípios e conflitos entre regras.

O fundamento dos Direitos Fundamentais é a Dignidade da Pessoa Humana. Muito embora ainda não haja uma definição precisa sobre o significado de Dignidade da Pessoa Humana, o certo é que tal núcleo deve ser protegido da melhor maneira possível. “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. (BOBBIO, 2004, p. 23). Ou seja, para concretização jurídica dos Direitos Fundamentais é indispensável também a concorrência de condições sociais e **históricas** na sua maximização.

Para que os Direitos Fundamentais sejam cada vez mais aprimorados, não se pode prescindir do conhecimento das suas principais características e dos seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, notadamente quanto à questão da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, à dimensão objetiva, à relação especial de sujeição de algumas pessoas, e aos impactos na proteção dos direitos referentes à privacidade e à intimidade das pessoas, temas dos quais serão analisados nos próximos tópicos.

### 3.2 Características principais dos Direitos Fundamentais

A proteção dos Direitos Fundamentais não significa que eles estejam circundados por uma redoma jurídica absoluta, que os tornem intangíveis frente às ações do Estado, pois, numa sociedade pós-moderna apresenta constantes conflitos entre pessoas e instituições, ainda é muito prematuro afirmar que a Dignidade da Pessoa Humana e os demais Direitos Fundamentais gozam da característica de serem absolutos, pois, nem mesmo o direito vida na Constituição brasileira é considerado absoluto, já que há previsão expressa de pena de morte (Art. 5º, XLVII, “a”, CF/88). “Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los”. (BRANCO, 2009, p. 275).

O professor Wilson Steinmetz, também ao considerar que não existem direitos absolutos, destaca que as colisões de direitos fundamentais devem ser ponderadas no caso concreto, tomando por base o Princípio da Proporcionalidade.

Por que há colisões? [...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano de interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando da sua realização ou concretização da vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*. (STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.63.)

Se o exercício de um Direito Fundamental não pode ser de forma absoluta, do mesmo modo a sua disposição encontra limites no ordenamento jurídico como a proibição de venda de órgãos do próprio corpo. A inalienabilidade dos Direitos Fundamentais consiste na exclusão de determinados direitos do âmbito de disposição voluntária por parte do seu titular, de modo a garantir-lhe condições mínimas de sobrevivência digna ao limitá-lo da ação de si mesmo. Ou seja, a liberdade (que não é absoluta) que a pessoa tem de escolha, a sua autonomia da vontade, é limitada pela dignidade.

Como todo homem nasce com dignidade, e ela é um atributo inerente à humanidade, não é dado ao seu titular dela dispor livremente, pois, “As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta

Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como meio.” (PIOVESAN, 2010, p. 29).

Nesse aspecto da inalienabilidade, toca-se em um ponto muito importante do presente estudo, que consiste na identificação dos limites de disposição voluntária de Direitos Fundamentais, já que o conceito de dignidade é aberto, e, ainda, do outro lado, em saber até que ponto o Estado pode interferir nos Direitos Fundamentais das pessoas contra a vontade delas, valendo-se de meios coercitivos permitidos pela legislação.

Não se trata de assunto de fácil descoberta da resposta, porque *inalienabilidade são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial*. (AFONSO, 2009, p. 58).

Do ponto de vista prático, muitas das situações deverão ser analisadas no caso concreto, tendo em vista que, por exemplo, a disposição de parte do próprio corpo por meio de contrato, ou a interferência forçada do Estado, neste caso por meio de lei, geram sérias repercussões na regulação da vida social. Identificar os limites da intervenção forçada do Estado no corpo das pessoas condenadas por crimes violentos ou mesmo a liberalidade contratual dos particulares nesse campo, sem dúvida, é medida que exige do pesquisador muita cautela, dada a repercussão das conclusões.

A constitucionalização dos Direitos Fundamentais é uma das suas principais características, principalmente por torna-los normas jurídicas de maior importância no ordenamento jurídico do Estado. Essa característica, verticalização, gera para os órgãos constituídos (Executivo, Legislativo, Judiciário) o dever de respeitá-los e protegê-los, pois, historicamente, o Estado foi o maior violador dos Direitos Fundamentais das pessoas, culminando em grandes revoluções no século XVIII (Americana e Francesa).

Antes da Revolução Francesa a maioria dos indivíduos eram tratados como súditos, subordinados ao mando do rei. Com a hegemonia do pensamento iluminista a ideia de indivíduo passou a ser aprimorada, passando-se a dar mais importância para a sua individuação, que é a valoração dos seus atributos individuais, principalmente daqueles referentes à liberdade de expressão, intimidade e integridade física, devendo o Estado se abster de interferir nessas questões de modo arbitrário. Trata-se do Estado liberal abstencionista, que protege as liberdades do cidadão.

A verticalização dos direitos fundamentais consiste na obrigação do Estado não

interferir abusivamente nas liberdades dos cidadãos, protegendo-os de toda ação que perturbe o livre desenvolvimento das pessoas no modelo liberal, cujo fundamento principal é o livre desenvolvimento da personalidade jurídica dos cidadãos.

Além do Estado, sabe-se que particulares também podem figurar como violadores dos Direitos Fundamentais, muitas vezes até mais implacáveis que o próprio Estado, visto acreditarem que o sistema liberal, baseado na livre iniciativa do particular, os imunizam do arbítrio do poder público nos seus negócios privados.

Nesse norte, a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição é tema que merece considerações a serem destacadas no próximo tópico, como é o caso da eficácia e suas implicações nas relações privadas.

### **3.3 Considerações sobre a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**

Não há maiores problemas em se dizer que os poderes públicos estão limitados pelos Direitos Fundamentais previstos na Constituição, que eles têm o dever de abstenção em face dos seus cidadãos titulares, pois, historicamente os Direitos Fundamentais foram positivados nos textos constitucionais justamente para proteger os cidadãos do poder do Estado autoritário, conforme se verifica nas declarações burguesas do século XVIII, ocorridas nos Estados Unidos (1776) e na França (1789).

“Se, no plano das relações verticais (particulares-Estado), os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais como proibição de intervenção (função de defesa), combinada com a proibição de excesso, aferida pelo princípio da proporcionalidade, no plano das relações horizontais (relações entre particulares), os poderes públicos, mais precisamente o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, estão vinculados aos direitos fundamentais como imperativos de tutela, combinada com a proibição de insuficiência.” (STEINMETZ, 2005, p. 291)

A discussão sobre os destinatários da vinculação dos Direitos Fundamentais adquire maior destaque quando se procura incluir nesse rol os particulares, os quais, tradicionalmente, tiveram as suas relações jurídicas tratadas no âmbito do Direito Civil, onde os princípios da Livre Iniciativa e da Autonomia da Vontade são vetores da liberdade.

Aplicar aos particulares, nas suas relações privadas, o mesmo regime jurídico que é imposto ao Estado na proteção dos Direitos Fundamentais dos cidadãos (Eficácia vertical), fomenta o debate justamente porque no Estado liberal (ou burguês) não se dedicava estudo e atenção sobre a opressão praticada pelo particular, que, na realidade contemporânea, cada vez mais vem se tornando evidente e voraz, principalmente nas questões de domínio econômico.

Classificar o particular, assim como o Estado, na condição de potencial violador dos Direitos Humanos fomenta cada vez mais a necessidade de se repensar a ampliação de proteção desses direitos no âmbito das relações privadas (Eficácia horizontal).

“Neste contexto, assume especial relevo a discussão em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Com efeito, se tais direitos foram concebidos, no constitucionalismo liberal burguês, como limitações erigidas ao poder estatal em prol da liberdade dos governados, torna-se evidente que, no mundo contemporâneo, eles devem ampliar seu campo de incidência. De fato, como o poder e a opressão são capilares, estando disseminados por toda a parte, os direitos humanos também devem assumir a mesma onipresença, para proteger o homem em todos os quadrantes da sua vida. Enfim, numa sociedade em que, tal como na fazenda dos bichos de George Orwell, ‘todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros’, proteger os ‘menos’ iguais dos ‘mais’ iguais tornou-se uma das principais missões dos direitos fundamentais. Sob esta perspectiva, os direitos humanos deixam de ser vistos como deveres apenas do Estado, na medida em que outros atores não-estatais são convocados para o mesmo palco, chamados às suas responsabilidades para a construção de uma sociedade mais justa, centrada na dignidade da pessoa humana.” (SARMENTO, 2006, p. xxv).

A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, com fundamento direito a própria Constituição, assim como o Estado, por mais que socialmente encontre os seus fundamentos, ainda não possui aceitação uniforme na doutrina e na jurisprudência quanto aos seus efeitos.

Sobre a possibilidade de aplicação dos Direitos Fundamentais também aos particulares (Eficácia horizontal), bem como os seus consequentes efeitos, é possível identificar três correntes de pensamentos:

1. A que não admite a vinculação dos particulares: *State Action* (ação estatal - EUA);

2. A que admite a vinculação, desde que haja Lei regulamentando (Eficácia Indireta);

3. A que admite, independentemente da existência de Lei intermediadora (Eficácia Direta).

A compreensão da extensão dos efeitos da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas tem inicialmente o direito alemão como referência, que, na década de 50 do século XX, enfrentou o dilema no caso levado ao Tribunal Constitucional Alemão conhecido como caso Luth. Trata-se de um caso julgado pelo referido tribunal no dia 15 de janeiro de 1958, envolvendo conflito relacionado à liberdade de manifestação do pensamento entre particulares e os danos daí decorrentes.

O fato analisado pelo Tribunal Federal alemão se refere ao boicote iniciado na década de 50 na Alemanha pelo senhor Erich Luth, então presidente do clube de imprensa de Hamburgo, o qual pressionou distribuidores e donos de cinemas a não incluírem nas suas divulgações o filme “Amada Imortal”, do diretor Veit Harlan, que teria apoiado o antissemitismo durante o regime nazista instalado no Estado alemão.

O senhor Erich Luth propagou ainda que, caso o filme entrasse em cartaz, os alemães comprometidos com a decência não deveriam assistir, pois a mensagem que o filme transmitia era os ideais do regime totalitário nazista, já que o diretor Veit Harlan era comprometido com o antissemitismo.

“A apresentação dos fatos por Veit Harlan seguiu a risca o desejo da ditadura nacional-socialista, que encomendou e prestigiou o filme com as suas contínuas exibições na Alemanha, com o objetivo de desacreditar o judaísmo de maneira geral, a fim de preparar e motivar os espectadores em favor da campanha de repressão e de perseguição aos judeus. O caráter propagandístico do filme era tão evidente, que as autoridades de ponta do regime ordenaram a sua exibição perante os seus subordinados, sendo que o filme foi exibido, inclusive, para os soldados que estavam estacionados fora do território alemão. Por sua vez, os aliados proibiram a exibição do filme nas chamadas zonas de ocupação na Alemanha, erguidas após 1945, proibição que perdurou até o ano de 1990. Todavia, mesmo após esse período a exibição pública do filme permanecer sujeita a reservas, como a proibição de comercialização e obrigatoriedade de exibição mediante comentários esclarecedores sobre a verdade dos fatos que levaram à produção.” (DUQUE, 2013, páginas 68-69).

A Suprema Corte Alemã analisou a questão e entendeu que o boicote iniciado por Erich Luth era legítimo e não constituiria ilícito civil, já que a sua conduta não contrariava a cláusula geral dos bons costumes prevista no Código Civil alemão, pois tal normativa prevista na lei deveria ser conformada com o Direito Fundamental de Liberdade de Expressão (efeito irradiante dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico).

A aplicação dos efeitos dos direitos fundamentais no direito alemão na relação privada se deu de forma indireta, já que apenas fez a conformação da cláusula geral do Código Civil alemão com a Constituição. Trata-se, assim, de um caso onde uma corte constitucional reconheceu pela primeira vez que os Direitos Fundamentais previstos na Constituição também gerariam efeitos sobre as relações privadas, não ficando mais restritos aos atos praticados pelos agentes do Estado, historicamente vistos como os principais violadores dos Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Além da Alemanha, os Estados Unidos da América também já se manifestaram sobre o tema, porém, negando a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas (*State Action*), salvo se um dos particulares estiver agindo na condição de “agente estatal”. No Brasil, por exemplo, seria o caso dos concessionários.

Daniel Sarmiento, sobre a *State Action* (ação estatal), explica que:

“A partir da década de 40 do século passado, a Suprema Corte americana, sem renegar a doutrina da *state action*, começa a esboçar alguns temperamentos a ela. Com efeito, passou a Suprema Corte a adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais. Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos.” (SARMENTO, 2006, p. 190).

Nos Estados Unidos, percebe-se, o individualismo liberal ainda é muito forte, de modo que a aplicação objetiva dos Direitos Fundamentais nas relações privadas ainda encontra resistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência daquele país. Um dos raros exemplos da aplicação direta da Constituição estadunidense nas relações privadas foi a promulgação da 13ª Emenda Constitucional, que proibiu a escravidão.

A forte tradição dos Estados Unidos de preservar o rígido modelo de Estado Liberal Clássico tem gerado claras resistências na evolução da irradiação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, o que, de certa forma, não serve de parâmetro comparativo para o Estado brasileiro.

“Portanto, a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominantemente na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.” (SARMENTO, 2006, p. 237).

No Brasil, a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais tem se mostrado muito mais direcionada para a aplicação direta, conforme se verifica em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, a seguir destacados.

No Recurso Extraordinário número 201.819-RJ, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005, a Suprema Corte brasileira analisou a questão da aplicação do Direito Fundamental da Ampla Defesa e do Contraditório numa relação privada que envolvia a expulsão de sócio da sociedade civil União Brasileira de Compositores, decidindo que a eficácia dos Direitos Fundamentais, nesse caso, aplicar-se-ia de forma direta, anulando-se, assim, o ato jurídico de expulsão do sócio.

Nesse aspecto, vale a pena apenas destacar que a União Brasileira de Compositores (Recurso Extraordinário número 201.819-RJ)<sup>12</sup> também age na condição de agente

---

<sup>12</sup> EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DE AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por

delegado do Estado, por isso, o tratamento que ela deve dispensar aos sócios, de certa maneira, à semelhança do Estado, tem de observar diretamente os preceitos constitucionais do Devido Processo Legal, quando nos atos de expulsão de sócio. O STF, nessa situação, parece mais ter aplicado a *public function theory*, originariamente dos Estados Unidos da América. Trata-se de decisão de grande relevância para estudo da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.

Não se pode ignorar que o ordenamento jurídico brasileiro também dá amostras de aplicação indireta da Constituição nas relações privadas por meio das chamadas cláusulas gerais, como se observa no Art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Também existe a intermediação do legislador de forma evidente nas relações contratuais privadas, como é o caso da Lei número 9.029, de 14/04/95, que proíbe a adoção por particulares de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor estado civil, situação familiar ou idade.

---

fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III – SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV - RECURSO EXTRADORDINÁRIO DESPROVIDO.

Indubitavelmente, existe no texto constitucional brasileiro a aplicação direta da Constituição nas relações privadas de emprego, como é o caso da obrigatoriedade de se respeitar o direito do empregado gozar férias anuais com o pagamento da gratificação de pelo menos 1/3 a mais do que o salário normal (Art. 7º, XVII, CF/88).

A aplicação direta e imediata das normas constitucionais, segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, deve ser observada pelos juízes independentemente da existência de lei, pois a Constituição é norma superior de eficácia imediata (Art. 5º, §1º, CF/88).

“Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não conformar ao sentido constitucional daqueles.” (BRANCO, 2006, p. 286).

O professor Wilson Steinmetz explica que a teoria da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais independe de intermediação necessária do direito privado para produzir a eficácia jurídica, conforme se percebe a seguir:

“Desde o princípio da tematização, concorrem a teoria da eficácia imediata e a teoria da eficácia mediata. Segundo a teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais vinculam imediata e diretamente os particulares. Assim, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares independe da mediação das normas do direito privado. A inexistência de normas de direito ordinário concretizadoras de direitos fundamentais não afasta a eficácia jurídica desses direitos nas relações de sujeitos de direito privado sob as modalidades deonticas da obrigação, proibição e permissão de condutas ou comportamentos. Inversa é a posição da teoria da eficácia mediata, segundo a qual os direitos fundamentais não são imediata e diretamente aplicáveis às relações interprivadas.” (STEINMETZ, 2005, p. 291)

Muito embora esse seja o posicionamento ideal, não se pode esquecer que existem normas constitucionais relativas a Direitos Fundamentais que não são autoaplicáveis, como é o caso daquelas de cunho social (BRANCO, 2006, p. 286). Nesse ponto, não se pode olvidar

### 3.4 Da Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais

A partir dessa compreensão da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, pode-se avançar no estudo da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, que significa que todos os princípios constitucionais devem sobrepor às demais normas do ordenamento jurídico, de modo a prestigiar os valores estabelecidos na Carta Magna. Essa sobreposição de princípios reflete nitidamente na perspectiva subjetiva dos Direitos Fundamentais, possibilitando fundamentar restrições aos direitos subjetivos individuais em face dos próprios titulares, isso, sempre tomando por base o Princípio da Proporcionalidade (Alemanha) ou da Razoabilidade (EUA).

Um exemplo interessante é a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança pelo motorista e pelos passageiros de um veículo automotor, os quais devem cumprir o mandamento legal de efetivar a medida de proteção das suas próprias vidas, sob pena de serem penalizados administrativamente pelo descumprimento da norma legal prevista no Código de Trânsito Brasileiro.

A objetividade dos Direitos Fundamentais nas situações de proteção do titular é verificada também na proibição do porte de drogas para uso próprio (Art. 28 da Lei nº 11.343/2006), que, a rigor, não afetaria direito de terceiro (alteridade), mas tão somente da pessoa usuária da substância ilícita.

Esse dever de proteção do Estado sobre as pessoas mostra também que a Autonomia da Vontade da pessoa humana sofre grandes restrições quanto ao seu exercício, não podendo de forma alguma violar princípios constitucionais protetores da vida, liberdade, saúde, segurança etc, mesmo que o agente violador aja contra si próprio, ou seja, a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais transcende a perspectiva da garantia de posição puramente individual.

Destaca-se que a irradiação objetiva dos Direitos Fundamentais pode ser dosada pelo legislador na normatização das relações jurídicas dos cidadãos, de modo a não aniquilar completamente a autonomia individual, ou seja, a não gerar uma completa eliminação da liberdade contratual nas relações particulares.

Nesse azimuth, também vale a pena mencionar a questão das relações especiais de sujeição que algumas categorias de pessoas estão submetidas, tais como os servidores

públicos, os militares, os internados em estabelecimentos públicos, e os presos em estabelecimentos prisionais, de acordo com o tópico a seguir.

### **3.5 Direitos Fundamentais e relações especiais de sujeição**

A limitação de alguns Direitos Fundamentais dos sujeitos pertencentes aos grupos acima destacados (servidores públicos, militares, internados em estabelecimentos públicos, e os presos em estabelecimentos prisionais) existe expressamente na Constituição e de modo geral enseja análises mais apuradas em determinadas situações concretas. É o que se tem, por exemplo, na limitação da liberdade de expressão dos servidores públicos quanto às questões hierárquicas, sigilo profissional; quanto à limitação do direito de liberdade dos militares, que podem ser presos administrativamente por questões meramente disciplinares; quanto à liberdade e à privacidade dos presos por infrações penais, os quais devem observar a disciplina interna dos estabelecimentos prisionais.

Essas situações ensejam um tratamento especial quanto às soluções dos casos concretos, pois, por mais que haja um estado de sujeição do titular dos Direitos Fundamentais, a restrição legal ou administrativa deve estar sempre pautada nos objetivos fundamentais da norma constitucional, que, em análise mais acurada, não admite arbitrariedades por parte do legislador e também da própria Administração Pública.

O Estado brasileiro, no primeiro artigo da Constituição da República, lançou em suas bases o Princípio Democrático (*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*), que vai muito além do significado de mera participação política do cidadão nas escolhas dos seus representantes para os cargos de direção do Poder Executivo e Legislativo.

O Princípio Democrático, no viés que aqui se insere, significa que todas as decisões dos agentes públicos administrativos devem ser fundamentados com base nos princípios administrativos e constitucionais, não podendo jamais uma restrição aos Direitos Fundamentais das pessoas que se encontram sujeitas a um regime especial de tratamento (presos, por exemplo) se aplicada sem a devida fundamentação legal e constitucional, sob pena de o ato administrativo ser anulado por vício de legalidade e de inconstitucionalidade.

Os atos do poder público sobre essas pessoas jamais podem exacerbar o limite do razoável, e também não podem afetar injustificadamente a intimidade e a vida privada daqueles que estão sujeitos ao regime jurídico de limitação de Direitos Fundamentais em razão de circunstâncias relacionadas ao cargo público ou à aplicação de pena criminal imposta pelo Estado aos infratores da lei penal, por isso, destaque especial deve ser dado aos principais aspectos da proteção da intimidade da pessoa.

### **3.6 Esferas de proteção da intimidade e da vida privada**

Os fundamentos da proteção da intimidade e da vida privada podem ser analisados pela perspectiva histórica, principalmente na forma retratada por Hannah Arendt (“A Condição Humana”), a qual destaca a vida *activa*, que é a valorização da individualidade do ser humano, caracterização das aparências diferenciadas na sociedade, onde a relação do homem com a natureza e as coisas exige respeito à individualidade, à valorização do espírito do homem, à necessidade de respeitar o seu momento de pensar e também de compartilhar experiências em sociedade.

Nesse aspecto, a visão dos antigos na distinção entre público e privado é muito importante para compreensão da discussão sobre os limites das liberdades na atual ótica constitucional.

A família, num primeiro momento, é vista como simples associação comunitária de indivíduos em razão das necessidades de convívio, de forma a garantir a própria subsistência individual.

Para os gregos, nas chamadas “cidade-estado”, a esfera da *polis* (pública) tem como destaque a participação política dos cidadãos livres, considerados aqueles que já tinham superado questões de simples sobrevivência, ou seja, cidadãos livres eram aqueles que haviam conseguido desenvolver os seus talentos, as suas virtudes, que estavam de acordo com o seu papel no universo, e por isso poderiam ter participação na política da cidade.

Ao contrário da esfera pública, tem-se a esfera privada (*oikos*), onde se concentrava a vida em família (sobrevivência da espécie), que gerava hierarquia para aqueles que conseguissem superar os desafios da vida privada e atingissem o estágio contemplativo da natureza (desenvolvimento dos talentos). A economia escravagista estava concentrada exclusivamente na esfera privada, o que impedia o desenvolvimento da proteção individual daqueles que estavam submetidos ao estado de sujeição, pois os escravos eram considerados coisas.

Não há entre os antigos qualquer sinal evidente de proteção à vida privada frente ao Estado. A liberdade é vista como forma de participação na polis. Apenas para exemplificar, na cidade-estado de Esparta, punia-se o homem que permanecesse celibatário ou que se casasse tardiamente (COULANGES, 2007, p. 54 e 248). Também chegava-se ao ponto de se regular o penteado das mulheres, ou seja, pela onipotência do Estado, os antigos não chegaram a conhecer a liberdade individual

"A cidade havia sido fundada como uma religião, constituindo-se como uma igreja. Daí sua força, daí também sua onipotência, e o império absoluto que exercia sobre seus membros. Em uma sociedade estabelecida sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão ficava submetido, em tudo e sem reservas, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. A religião, que dera origem ao Estado, e o Estado, que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente, sustentavam-se um ao outro, e formavam um só corpo; esses dois poderes associados e perfeitamente unidos constituíam um poder quase sobre-humano, ao qual alma e o corpo submetiam-se igualmente. O homem nada tinha de independente. Seu corpo pertencia ao Estado, e destinava-se à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos; em Atenas e Esparta o era por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade tivesse necessidade de dinheiro, podia mandar às mulheres que lhe entregassem as joias, aos credores que privassem de seus créditos, aos proprietários de olivais que lhe cedessem gratuitamente o óleo que haviam fabricado. A vida privada não escapava a essa onipotência do Estado. Muitas cidades gregas proibiam ao homem o celibato. Esparta punia não somente quem não se casava, como também quem se casava tarde. O Estado podia prescrever, em Atenas, o trabalho, e em Esparta, a ociosidade. O Estado exercia sua tirania até nas menores coisas; em Locres, a lei proibía aos homens beber vinho puro; em Roma, em Mileto e em Marselha, fazia o mesmo com as mulheres. A moda, comumente, era fixada pelas leis de cada cidade; a legislação de Esparta dava regras para os penteados das mulheres, e a de Atenas proibía-lhes levar em viagem mais de três vestidos. Em Rodes a lei proibía que se fizesse a barba; em Bizâncio, punia com multa quem possuísse uma navalha; em Esparta, pelo contrário, a lei exigia que se raspasse o bigode." (COULANGES, 2007, p. 248-249)

Para os antigos, a atividade de pensar (contemplativa) era destinada apenas àqueles que se encontravam libertos das amarras da condição de escravo e de meros associados para a sobrevivência da espécie. Nesse período da história do pensamento ocidental, observa-se que não havia a igualdade formal entre as pessoas, já que o critério diferenciador estava centrado no “pleno desenvolvimento dos talentos” daqueles que tivessem condições favoráveis para tanto, que, somente era conquistado por pessoas que tivessem condições materiais para subsidiar o desabrochar das virtudes.

Quando se avança um pouco mais na identificação dos parâmetros diferenciadores das esferas pública e privada, agora na Idade Média, já é possível observar que a sociedade ocidental é organizada economicamente em feudos (espaços de terras onde o senhor feudal – dono da terra – exercia o seu domínio sobre a família, servos e escravos), tendo o domínio fundiário como o centro do poder patrimonial.

A esfera política perde notoriedade porque o público fica reservado àqueles que gozassem de privilégios especiais. A coragem é tida como um meio de se atingir a superioridade, o *status* público na sociedade. Nesse período medieval a ideia de administração do feudo é tida como parte da esfera privada, que não sofria a interferência de leis externas, praticamente não havendo a interferência do Estado nessa constituição de sociedade, o que possibilitou o surgimento de várias culturas (visigodos e ostrogodos, conhecidos como bárbaros) e a valorização da propriedade.

No período moderno ocorre um esforço da sociedade para proteção dos seus interesses privados (econômicos e familiares), tendo a literatura (“opinião pública”) como a única fonte legítima das leis, capaz de legitimar o poder público. A coragem destacada na Idade Média não mais é vista como o meio de ascensão social, mas agora o pensamento estruturado em ideias fundamentadas na razão.

Por isso da importância do pensamento kantiano na perspectiva da organização da sociedade, a qual tem o desafio de estruturar o sistema jurídico de forma a regulamentar as esferas públicas e privadas, pautadas em princípios e regras, onde o direito à privacidade e à intimidade ganha prestígio a partir do momento em que a humanidade leva em consideração a necessidade de se valorizar o pensamento e suas condições de evolução, notadamente quanto ao direito de liberdade de expressão.

Os efeitos da mudança do paradigma medieval para o moderno, onde a lei

passa a ser vista como a principal fonte legitimadora do poder público, que deve agir em respeito à vontade do povo, tratando-o de forma igualitária, traz resultados de valorização da individualidade das pessoas.

De certa maneira, o indivíduo não tinha espaço de respeito aos seus direitos fundamentais na esfera privada, pois o que prevalecia era o espaço público, delineado nos interesses políticos da sua época.

Na modernidade, com a mudança de paradigma sobre os espaços público e privado, o chamado positivismo jurídico ganha relevância, principalmente por dar importância ao rigorismo formal das leis vinda do parlamento, conforme se verifica no tópico a seguir.

### **3.7 Positivismo Jurídico e Direitos Fundamentais**

Positivismo Jurídico significa a supremacia da lei sobre as demais normas do ordenamento jurídico, onde o Estado exerce o papel de fonte primordial de organização das relações públicas e privadas da sociedade. Significa regular a vida em sociedade com soberania de modo a não entrar em questões de cunho valorativo no campo da filosofia, da moral, da ética, da sociologia, etc.

Hans Kelsen, um dos representantes do positivismo jurídico, na sua obra chamada “Teoria Pura do Direito”, retrata bem o significado da teoria positivista:

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a este questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É uma ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. (KELSEN, 2000, p. 01)

O principal objetivo do positivismo jurídico é desvincular-se das demais

ciências humanas, deixando bem claro que o Direito deve adotar como metodologia fundamental o dever ser.

Luís Roberto Barroso, ao comentar sobre o positivismo de Kelsen assim diz:

“O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. O positivismo comportou algumas variações e, no mundo romano-germânico, teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen.”. (BARROSO, 2009, p. 239 e 240).

A Teoria Pura do Direito, obra clássica de Kelsen, tem por fundamento o primado da lei. A fonte exclusiva do Direito é o Estado, havendo, inclusive, uma hierarquia das fontes (lei; analogia – que é a lei; os costumes; e, por último os princípios gerais do direito). Dentro desse sistema positivista, o Direito é visto como uma disciplina isolada. Não há interferência dos valores, como a justiça, a ética e a moral.

A partir do momento em que o indivíduo passou a ser considerado sujeito de direito internacional (Tribunal de Nuremberg - final da segunda grande guerra mundial), a doutrina contemporânea (PIOVESAN, 2010, p. 07) passa a fazer uma reinterpretação do sistema positivista, não negá-lo, mas adaptá-lo a uma nova realidade mundial preocupada com os Direitos Humanos. Dá-se, então, o nome de sistema pós-positivista ao estudo do Direito à luz dos valores éticos, morais, dos princípios, e das questões de sociologia jurídica.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos vem ganhando muita força jurídica nos ordenamentos internos dos Estados, fazendo, inclusive, mudanças profundas e inovadoras que chegam até a conflitar com as Constituições.

O Brasil é um dos Estados da sociedade internacional que vem se integrando democraticamente ao sistema global e regional de proteção dos Direitos Humanos, tendo adotado em seu texto constitucional princípios considerados fundamentais para o

desenvolvimento de todo o seu ordenamento jurídico interno. As principais consequências estão relacionadas às mudanças das formas de se resolver os conflitos normativos, pois a lei não mais é o referencial supremo de solução.

A Constituição, pela sua estrutura calcada em princípios, tem nestes a raiz fundamentadora de todos os valores democráticos, os quais devem influenciar todos os órgãos responsáveis pela aplicação do direito.

A tensão entre os direitos fundamentais individuais com o interesse público é um desafio jurídico que as autoridades e os interessados na proteção dos direitos fundamentais atualmente enfrentam quanto à legitimidade das ações do poder público.

Naturalmente o acesso à justiça entra em cena como um dos principais temas do ordenamento jurídico constitucionalizado, considerando a imprescindibilidade da maior participação dos órgãos judiciais na solução das demandas que são postas em juízo pelas partes interessadas.

Essa questão é importante na medida em que se espera do Poder Judiciário uma resposta definitiva da demanda levada a juízo, e também que o meio de acesso seja possível a todos, independentemente da sua condição econômica e social. Eis, então, a relevância da aplicação da lei sob a ótica dos direitos fundamentais, que não podem ser subjugados pelo formalismo do positivismo jurídico.

É preciso priorizar o Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade nas ponderações das normas que entram em conflito ou em rota de colisão (regras e princípios), para que não se perca de vista a supremacia da Constituição sobre as leis infraconstitucionais, dado o novo paradigma contemporâneo que não prestigia cegamente a lei formal, mas procura solucionar os problemas postos em juízo em respeito aos valores da constituição e dos direitos humanos.

Direitos Fundamentais intrinsecamente voltados para a proteção da intimidade e a vida privada das pessoas possuem carga valorativa intensa no Direito Civil, como é o caso da proteção da integridade física das pessoas no caso de investigação de paternidade, onde o meio de identificação moderno (DNA) tem servido de base para as discussões sobre a obrigatoriedade do investigado em fornecer o material genético. Cita-se, por exemplo, as decisões do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 71373/RS e no Recurso Extraordinário nº 363889/DF.

Nessa mesma linha, mas no campo processual penal, tem-se a discussão sobre a obrigatoriedade do fornecimento de material genético por parte do condenado por crime violento para a identificação do seu perfil genético (Lei nº 12.654/2012), assunto este que será analisado em outro momento.

Percebe-se, de toda a dinâmica aqui apresentada, que não se pode desconsiderar que a intimidade, a privacidade e integridade física das pessoas cada vez mais ganham importância na evolução histórica da sociedade e do ordenamento jurídico constitucional.

O legislador não mais deve se afastar dos valores morais e éticos, e, principalmente, do respeito à Dignidade da Pessoa Humana, pois a interpretação da eficácia dos direitos fundamentais está cada vez mais a se sedimentar na vinculação dos particulares, mesmo que ainda não se tenha uniformidade no direito brasileiro quanto à forma de vinculação, se direta ou indireta.

O certo é que tanto o poder público quanto os particulares devem respeito à constituição e aos seus valores postos a serviço da Dignidade da Pessoa Humana.

## **4 DA COLETA OBRIGATÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO DE CONDENADOS POR CRIMES VIOLENTOS E SUA PONDERAÇÃO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **4.1 Considerações iniciais**

O desenvolvimento dos Direitos Humanos Fundamentais no Estado brasileiro teve grande avanço normativo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, apesar de muitas de suas normas ainda não terem sido implementadas da forma desejada pela sociedade, seja por falta de vontade legislativa ou mesmo de corretos investimentos na melhoria de políticas públicas sociais, e também de adequado aparelhamento dos meios de investigação da segurança pública, não se pode desconsiderar que no campo da biossegurança tem havido muita ousadia, como se pode ver, por exemplo, com a edição da Lei nº 11.105/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo a sua constitucionalidade julgada procedente pelo STF na ADI 3.510.

No ano de 2012, por meio da Lei nº 12.654, mais uma vez tratando do tema biossegurança, porém, com viés voltado para a segurança pública (investigações policiais), o legislador brasileiro estabeleceu diretrizes para a criação do banco de dados de materiais genéticos colhidos, obrigatoriamente, de condenados por crimes hediondos e violentos contra a pessoa, bem como estabeleceu a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal (Alterou as Leis números 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execuções Penais).

O objetivo principal da Lei nº 12.654/2012 é proporcionar às polícias judiciárias do Brasil a criação de uma ferramenta avançada de investigação de crimes considerados difíceis, já que depende de pesquisas laboratoriais para a identificação da autoria, e, de certa forma, melhorar a eficiência do trabalho policial na solução de ilícitos violentos que geram grandes repercussões sociais. Referida Lei foi regulamentada no dia 12 de março de 2013 por meio do Decreto Presidencial nº 7.950, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos.

## 4.2 Da finalidade do banco de dados de armazenamento de perfis genéticos

Nos Estados Unidos da América, por meio do *software* CODIS, ou *Combined DNA Index System* (Sistema Combinado de Índices de DNA), que é um sistema informático, que contém uma base de dados de DNA fundada pela polícia federal estadunidense (FBI - *Federal Bureau of Investigation*), onde são armazenados perfis de DNA coletados por laboratórios criminais (municipais, estaduais e federais), podem-se realizar buscas no banco de dados armazenados no sistema informático laboratorial, destinado à elucidação de crimes cuja autoria ainda seria desconhecida, ou no caso das provas até então produzidas serem insuficientes para a formação da culpa ou da inocência do investigado.

Nessa linha de trabalho pericial ganha muita importância a participação dos institutos de criminalísticas forenses especializados em exames laboratoriais de perfis genéticos, os quais exercem fundamental contribuição no auxílio às polícias judiciárias e ao próprio órgão judicial na identificação da autoria de crimes que deixam vestígios genéticos no cenário criminoso. Trata-se de uma evolução tecnológica posta a serviço do Estado para dar mais segurança e agilidade nas investigações policiais e, ainda, proporcionar ao magistrado melhores condições de decidir sobre a culpa ou a inocência de determinada pessoa colocada na condição de acusada em um processo criminal.

A identificação criminal por meio do DNA, é uma grande ferramenta investigativa que possibilita individualizar pessoas com mais garantias de certeza, sendo, atualmente, a melhor maneira de se evitar graves erros judiciais na imposição de culpa a determinada pessoa investigada e acusada criminalmente e que contra si tenha apenas elementos indiciários.

Sobre a relevância da pesquisa criminal do perfil genético de investigados, o Instituto de Criminalística do Paraná trouxe em sua página oficial uma notícia sobre a constante preocupação dos Estados em identificar pessoas e, modernamente, a revolução investigativa por meio do DNA.

Muito se passou desde a proposta de Bentham, em 1832, nos Estados Unidos, em empregar a tatuagem como processo de identificação civil, ou nos tempos mais

ou menos remotos, quando, premidos pela necessidade de identificar seus semelhantes, empregavam-se os mais bárbaros e desumanos processos de identificação. Destituídos de quaisquer recursos científicos, tais 'tratamentos' consistiam na marcação com ferro em brasa em indivíduos que houvessem praticado, por exemplo, um roubo, ou se tratasse simplesmente de um escravo em fuga. Já neste século, com a descoberta dos antígenos eritrocitários, tornou-se possível a ideia de discriminar indivíduos através de análises sanguíneas. Mas em agosto de 1986, na Inglaterra, um caso criminal envolvendo o estupro e homicídio de duas adolescentes foi solucionado com a determinação da autoria do delito após toda a população masculina de dois vilarejos do condado de Leicester ter contribuído com a doação de amostras de sangue para confronto com vestígios de sêmen coletados do corpo das vítimas. Estava assim inaugurada uma nova página no emprego da biologia molecular e sua utilização na identificação humana criminal. Apontada como a maior revolução científica na esfera forense desde o reconhecimento das impressões digitais como uma característica pessoal, as técnicas de identificação fundamentadas na análise direta do ácido desoxirribonucléico (significado da sigla DNA, de *Deoxyribonucleic Acid*) ostenta pelo menos duas vantagens sobre os métodos convencionais de identificação: a estabilidade química do DNA, mesmo após longo período de tempo, e a sua ocorrência em todas as células nucleadas do organismo humano, o que permite condenar ou absolver um suspeito com uma única gota de sangue ou através de um único fio de cabelo encontrado na cena do crime. (Disponível em <http://www.ic.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=7>. Acessado em 19/08/2014).

### **4.3 Do aprimoramento da ciência biológica na identificação do perfil genético de pessoas**

O aprimoramento da ciência biológica na identificação do perfil genético de pessoas, certamente é uma das maiores revelações científicas contemporâneas, por permitir individualizar com mais segurança cada pessoa, e também por superar paradigmas discriminatórios sobre a errônea ideia de superioridade genética de determinados grupos de seres humanos sobre outros, que somente resultou tragédias sociais (racismo científico).

“Os ensaios pioneiros de uma ciência das raças situavam-se num quadro puramente descritivo, que excluía o conceito de evolução. O ‘racismo científico’ propriamente dito nasceu junto com o evolucionismo moderno, na segunda metade do século XIX, quando a polêmica entre monogenistas e poligenistas perdeu interesse. A publicação da obra clássica de Darwin, em 1859, praticamente cancelou os argumentos criacionistas e estabeleceu o conceito da unidade da espécie humana. O triunfo do monogenismo foi a base sobre a qual desenvolveu-se uma antropologia que afirmava as diferenças inatas entre as ‘raças’ e insistia nas hierarquias raciais formuladas pelos naturalistas da etapa anterior.” (MAGNOLI, 2009, p. 25-26)

Ao contrário do que se imaginava no final do século XIX, que a biologia poderia explicar a “superioridade” natural de determinados grupos de seres humanos por meio da genética, a ciência contemporânea, após estudar melhor o genoma humano, provou que a espécie humana é monotípica (da mesma “raça”).

“A Biologia reconhece espécies monotípicas, nas quais todos os indivíduos fazem parte da mesma raça, e espécies politípicas, nas quais é possível identificar raças distintas. A espécie humana é monotípica: daí a impossibilidade, experimentada historicamente, de se alcançar uma classificação racial consensual. A genética provou que as variações no interior das populações humanas continentais são muito mais expressivas do que as diferenças entre populações. Também revelou que as alardeadas diferenças entre as ‘raças’ humanas não passam de características físicas superficiais, controladas por uma fração insignificante da carga genética humana. A cor da pele, a mais icônica das características ‘raciais’, é uma mera adaptação evolutiva a diferentes níveis de radiação ultravioleta, expressa em menos de dez dos cerca de 25 mil genes do genoma humano.” (MAGNOLI, 2009, p.21)

“As raças se apresentam, invariavelmente, como entidades muito antigas, com raízes fincadas na primavera dos tempos. De fato, elas são construções identitárias modernas ou, no mínimo, reelaborações recentes de identidades difusas de um passado mais profundo - como sabem os indianos, os malasianos e os bolivianos. A raça é fruto do poder de Estado que rejeita o princípio da igualdade entre os cidadãos.” (MAGNOLI, 2009, p. 16)

O Supremo Tribunal Federal já foi obrigado a se manifestar sobre o conceito de “raça”, quando no Habeas Corpus nº 82.424/RS<sup>13</sup> teve que decidir sobre a caracterização

---

<sup>13</sup> Habeas Corpus nº 82.424 - Diário da Justiça - 19/03/2004  
*A construção da definição jurídico-constitucional do termo ‘racismo’ requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. O crime de racismo constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência.*

Habeas corpus impetrado perante o Supremo Tribunal Federal em favor de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que fora condenado em instância recursal pelo crime de antissemitismo e por publicar, vender e distribuir material antissemita. O art. 5º, inciso XLII, da Constituição brasileira, estabelece que ‘a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível’. Os impetrantes, baseados na premissa de que os judeus não são uma raça, alegaram que o delito de discriminação antissemita pelo qual o paciente fora condenado não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo art. 5º, XLII, da Constituição Federal, teria ficado restrita ao crime de racismo.

O Plenário do Tribunal, partindo da premissa de que não há subdivisões biológicas na espécie humana, entendeu que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse processo, origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. Para a construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo”, o Tribunal

de crime de racismo praticado por Siegfried Ellwanger contra judeus, tendo adotado como meio de discriminação a edição, publicação e venda de livros antissemitas. Para o STF “raça”, no sentido jurídico, deve levar em consideração fatores históricos, políticos e sociais, mas, jamais biológico.

Essa notícia publicada na página do STF sintetiza bem o entendimento da suprema corte brasileira, a qual não admite qualquer tipo de discriminação fundada em preconceitos “raciais”, não admitindo, repita-se qualquer classificação de pessoas com base em fatores genéticos, conforme se destaca a seguir em um trecho da sua decisão inédita proferida no HC n° 82.424/RS.

“(…) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...)” (HC n° 82.424/RS)

O objetivo de destacar assunto relacionado à discriminação “racial” no presente trabalho consiste em demonstrar que os estudos da genética humana já tiveram por finalidade discriminar pessoas em razão de suas características físicas. Não há dúvida de que essa odiosa tentativa de justificar a superioridade de determinado grupo de pessoas por meio da biologia não mais encontra sustentação no meio racional.

Quando uma sociedade tenta usar indevidamente as ciências biológicas para servir de base para o Direito discriminar absurdamente pessoas, negando-as garantias

---

concluiu que é necessário, por meio da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição, conjugar fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. Apenas desta maneira é possível obter o real sentido e alcance da norma, que deve compatibilizar os conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos e biológicos. Asseverou-se que a discriminação contra os judeus, que resulta do fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas, é inconciliável com os padrões éticos e morais definidos na Constituição do Brasil e no mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático de Direito. (Disponível em [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms). Acessado em 23/08/2014)

mínimas de cidadão, como foi o exemplo da Alemanha nazista, fundada em teses racistas como a de Joseph Arthur Gobineau, diplomata francês que trabalhou no Rio de Janeiro (1869), Brasil, inevitavelmente, surgem questionamentos ponderáveis sobre a legitimidade do Direito, que não pode servir ao interesse de grupos de poder.

“Uma obra crucial na articulação do pensamento racial é Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas, do aristocrata e diplomata francês Arthur de Gobineau. Publicado entre 1853 e 1855, o Ensaio postula que a história deriva, antes de tudo, da dinâmica das raças. A humanidade se dividiria em três grandes complexos raciais - branco, amarelo e negro - e o progresso histórico dependeria da ação direta ou indireta das raças brancas. Todas as grandes civilizações teriam origem, direta ou indireta, nas raças brancas e, em particular, na "família ariana". A miscigenação entre raças conduziria à degeneração racial, com impactos desastrosos sobre as civilizações e os Impérios. Essa noção gobineauiana de pureza racial inspirou os proponentes de leis antimiscigenação nos eua e na Alemanha nazista. Gobineau reivindicava a ciência, mas não deixava de apoiar suas conclusões em interpretações bíblicas. Na sua obra, ele afirma: ‘Que Adão é o fundador de nossa espécie branca, é preciso admitir certamente. É bem claro que as Escrituras querem que compreendamos assim, pois dele descendem as gerações que têm sido, incontestavelmente, brancas.’ A ideia de que as raças humanas originaram-se de ancestrais diferentes inspirou o americano Josiah Clark Nott, tradutor da obra de Gobineau para o inglês, a cerrar fileiras com os poligenistas no ambiente científico dos Estados Unidos.” (MAGNOLI, 2009, p. 24-25)

Novamente é preciso destacar que as ciências biológicas, com base em perfis genéticos, não se têm prestado para fundamentar discriminações odiosas de pessoas na sociedade contemporânea, pois, não proporcionam a estabilidade social, a paz, e a preservação de Direitos Fundamentais relacionados à igualdade à dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal brasileira proíbe qualquer tipo de discriminação relacionada à cor e à raça (Art. 3º, IV, e Art. 5º, incisos XLI e XLII).

O Estado brasileiro, por ter uma Constituição que estabelece garantias individuais, coíbe qualquer tipo de discriminação racial, sem, todavia, deixar de prestigiar as pesquisas científicas, desde que, logicamente, sejam pautadas na ética da segurança e, especialmente, para fins de promoção do bem estar da sociedade, conforme se verifica nos artigos 199, § 4º, 207, § 2º, 218, e 225, § 1º, II, da Constituição Federal.

Se o uso das pesquisas genéticas para fins discriminatórios é vedado pelo

ordenamento jurídico pátrio, o mesmo não se pode dizer quando a finalidade da pesquisa é primordialmente destinada ao desenvolvimento tecnológico da educação, da saúde e da segurança das pessoas, sempre com viés ético.

Segundo entendimento do STF no julgamento da ADI 3.510, que analisou dispositivos da Lei nº 11.105/2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, o legislador brasileiro respeitou os princípios constitucionais, pois agiu com ponderação<sup>14</sup>.

Superada pelo STF a discussão sobre a constitucionalidade da lei da biossegurança (Lei nº 11.105/2005), que foi julgada constitucional, nota-se que a Lei nº 12.654/2012, por também tratar de assunto referente à pesquisa de perfil genético humano, agora voltado para o campo probatório das investigações criminais e de segurança pública, já que institui o banco de dado de perfis genéticos, também está a sofrer questionamentos sobre a sua constitucionalidade quanto ao dispositivo que prevê a obrigatoriedade de fornecimento de material genético por parte do condenado 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, para fins de identificação e investigação criminal.

#### **4.4 Princípio da não autoincriminação e Lei nº 12.654/2012**

A Lei nº 12.654/2012 refere-se apenas à coleta de material biológico do investigado durante a fase pré-processual, não mencionando uma questão importante que seria a coleta na fase processual. Neste ponto, considerando que o objetivo das investigações é proporcionar ao Estado obter informações capazes de auxiliá-lo na

---

<sup>14</sup> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. (Ementa da ADI 3.510, julgada em 29/05/2008)

manutenção da ordem pública, tendo, na fase processual, obviamente, a atuação do juiz, então, possível é fazer a interpretação ampliativa do momento da coleta de material genético, sem que com isso configure, necessariamente, prejuízos para os direitos fundamentais do acusado.

Outro ponto interessante diz respeito à necessidade ou não de se esperar o trânsito em julgado da condenação do réu para a realização da coleta de material biológico do condenado, já que lei menciona apenas condenação. Trata-se de questão relevante, tendo em vista que o Princípio da Presunção de Inocência (Art. 5º, LVII, CF/88), nesse aspecto, entra na ponderação. Como a coleta de material genético, por si só, não gera efeitos penais imediatos para o processo em que o réu foi condenado, principalmente porque a regra da proibição da *reformatio in pejus* (proibição de agravamento da condenação do réu, quando somente ele tenha recorrido da decisão) serve de fundamento limitador, então, possível é proceder à coleta desde já, considerando que o objetivo da medida é apenas proporcional ao Estado na elucidação de outros crimes cuja autoria ainda permanece sem comprovação.

Outra questão que merece destaque é saber qual o procedimento a ser adotado quando da recusa do condenado em fornecer o seu material genético para o Estado, considerando que a Lei 12.654/2012 não lhe dá faculdade de recusa, mas impõe-lhe obrigação de fornecer material genético.

Sobre colaboração do investigado/acusado na investigação/processo criminal, o Supremo Tribunal Federal (HC 77.135/SP e HC 83.096/RJ)<sup>15</sup> tem entendimento de que não

---

<sup>15</sup> **Ementa:** HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. O privilégio contra a autoincriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia. (STF HC 83.096/RJ).

**Ementa:** HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação

se trata de obrigatoriedade, tendo em vista que o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) é uma garantia do investigado/acusado a ser respeitada pelo Estado, como, por exemplo, de permanecer em silêncio, ou, nas situações onde o investigado não é obrigado a fornecer padrão vocal ou padrão de escrita para que sejam realizadas perícias que possam de algum modo lhe gerar prejuízos a sua defesa.

De outro lado, ainda sobre o brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, é preciso diferenciar situação em que se exige uma conduta positiva do investigado, como foram os exemplos mencionados nos julgados do STF acima citados (HC 77.135/SP e HC 83.096/RJ), daquele em que o Estado atua na passividade do investigado, não se exigindo dele uma conduta ativa, como, por exemplo, no caso da realização de uma busca pessoal para verificar a posse de objetos ilícitos, ou no uso de recursos para identificar e expelir drogas do organismo humano (STJ HC 149.146/SP). Aliás, se o investigado reagir à ação dos agentes do Estado com grave ameaça ou violência à pessoa, sua conduta pode configurar o crime de resistência (Art. 329 do Código Penal), já que ele acaba por criar embaraços indevidos na atividade do Estado de buscar a responsabilização de autor de crime investigado<sup>16</sup>.

Nesse mesmo sentido, de permitir ao Estado a produção de prova que possa incriminar alguém, sem que se exija do investigado uma atuação positiva (um fazer), observa-se ser o entendimento de Hugo Barbosa Torquato Ferreira, juiz de direito do Tribunal de Justiça do Acre, o qual expos o seu entendimento no artigo publicado na página do TJ/AC sob o título “Embriaguez ao volante e a realização compulsória de

---

gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (STF HC 77.135/SP).

<sup>16</sup> “O princípio que veda seja alguém compelido a produzir prova contra si próprio consubstanciado no brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, diz respeito à impossibilidade de coagir alguém a performar atitude positiva em seu desfavor. É evidente que ninguém pode ser obrigado a fazer algo que o incrimine, mas isso não quer dizer, em absoluto, que não possa suportar investigação contra si, caso contrário não seriam possíveis revistas pessoais, buscas e apreensões, ou mesmo máquinas de raio-x em aeroportos.” (Trecho do voto do ministro relator do HC 149.146/SP, STJ, ministro Og Fernandes).

exame de sangue como extensão da revista pessoal”, onde faz observações e comentários sobre a decisão do STJ no Resp. 1.111.456<sup>17</sup> (Averiguação do índice de alcoolemia em condutores de veículos).

Nessa linha de raciocínio, pode-se citar também o disposto no artigo 32 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), onde se afirma que *toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade*, e ainda, no item 2, que *os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática*. Ou seja, a ideia transmitida é de que não existem direitos fundamentais absolutos, conforme destacado a seguir por Paulo Gustavo Gonet Branco.

“Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal ideia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo. Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. Prieto Sanchis noticia que a afirmação de que 'não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusula de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos'. Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações 'que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros'. A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente prevista no Texto. Até o elemento direitos à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.” (BRANCO, 2009, p. 274-275).

---

<sup>17</sup> “Sob este prisma, não há diferença entre constranger uma pessoa suspeita de se encontrar em flagrante delito a se postar de modo a permitir a realização segura de revista pessoal, a se submeter a pequenas quantidades de radiação, a sofrer uma picada de agulha para retirada de sangue, a permitir-se fotografar ou a permitir sua identificação papiloscópica. Em todos esses casos, o que se exige é a **colaboração passiva** do investigado, sem a prática de atos especificamente direcionados à produção da prova. Frise-se que as duas últimas hipóteses encontram, ainda que a *contrario sensu*, previsão constitucional (art. 5º, LVIII da Constituição da República). Concluindo a reflexão, parece-me razoável que, diante de fundada suspeita de embriaguez, não querendo o motorista realizar o teste bafométrico, seja feita a **coleta compulsória** de amostra sanguínea para exame pericial.” (disponível em <http://www.tjac.jus.br/noticias/noticia.jsp?texto=14234>. Acessado em: 25/09/2014).

Na esfera cível, o Supremo Tribunal Federal também já foi chamado para se manifestar sobre casos envolvendo o fornecimento de material biológico humano para a realização de exames de DNA, como foram os casos dos Habeas Corpus números 71.373 e 76.060-4, onde se decidiu que *a recusa do acusado deve ser resolvida no plano jurídico e não por meio de coação física*;

Nesse azimute, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 301, que assim dispõe: *Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*. Tal súmula está alinhada com o disposto na Lei nº 12.004, de 29/07/2009, que acrescentou o artigo 2º-A, da Lei nº 8.650/92, estabelecendo que *a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório*.

Já o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação nº 2.040-DF (extradição da mexicana "Glória Trevi"), ainda sobre a obrigatoriedade do fornecimento de material biológico humano, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda Glória Trevi, pois, neste caso, o entendimento foi de que não haveria a invasão da integridade física da extraditanda, já que esse material biológico, após a realização do parto, não mais pertenceria a sua esfera corporal.

Todas as situações acima mencionadas servem de base para compreensão e a análise da constitucionalidade das disposições legais previstas na Lei nº 12.654/2012, que trata da obrigatoriedade do fornecimento de material biológico humano dos condenados por crimes violentos, cuja finalidade será para auxiliar o Estado nas investigações criminais.

#### **4.5 Aspectos constitucionais da Lei nº 12.654/2012**

Não há dúvida de que o estudo da constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012 deve passar pelo filtro da proporcionalidade, principalmente por se tratar de tema relacionado a direitos fundamentais, pois, na solução dos conflitos dos casos concretos, os direitos devem passar pelo crivo da ponderação, devendo a solução ser pautada pelos

Princípios da Proporcionalidade ou da Razoabilidade. Neste ponto, não se desconhece, entretanto, que Proporcionalidade e Razoabilidade, para alguns autores, possuem significados diferentes, como é o caso de Humberto Bergmann Ávila (*Teoria dos Princípios - da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3. ed. São Paulo: 2004, Malheiros, p. 109-111) e de Virgílio Afonso da Silva (*O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798, 2002, p. 23-50), que classificam a Razoabilidade mais como subprincípio da Proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito).

"Embora não seja essa a opção feita por este trabalho, pelas razões já apontadas, é plausível enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto e outros equivocados." (ÁVILA, 2005, p. 111).

Em que pesem os entendimentos de Humberto Ávila e de Virgílio Afonso da Silva, neste trabalho dissertativo adotar-se-á a linha de entendimento que não faz diferenciação entre Razoabilidade e Proporcionalidade, como é o caso, por exemplo, do professor Wilson Antonio Steinmetz (*Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, p. 148), pois o objetivo deste estudo consiste em analisar aspectos relacionados aos limites da intervenção do Estado no corpo humano dos condenados por crimes violentos contra a pessoa, onde, analisa-se os limites dessa intervenção sob a ótica da Proporcionalidade da Lei nº 12.654/12, sem, como já dito, ater-se ao rigorismo da diferenciação feita pelos eminentes autores, porém, dando preferência para o uso da expressão Proporcionalidade.

Os limites da intervenção do Estado no corpo humano, no que se refere à aplicação da Lei nº 12.654/12, merece uma análise sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade, para se aferir se o legislador, dentro do seu poder de conformação dos

direitos fundamentais, teria agido em respeito ao Princípio da Proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal tem se servido do Princípio da Proporcionalidade para declarar a invalidade de muitos atos legislativos, principalmente daqueles que não têm conformação com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais serão analisados logo a frente.

Não basta que uma lei seja formalmente constitucional, ou seja, que o seu rito de formação tenha se dado de acordo com as regras previstas na Constituição, mas é preciso que também tenham conformidade com os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, do Estado Democrático, e, em especial, da Proporcionalidade.

Uma lei que restringe direitos fundamentais, mesmo que formalmente constitucional, será materialmente constitucional quando passar pelo filtro da Proporcionalidade, que requer adequação dos meios utilizados, a demonstração da necessidade do meio escolhido pelo legislador para a consecução dos fins almejados. A adequação do meio se dará quando a sua utilização puder alcançar o fim pretendido. Será necessário se for o único meio menos restritivo aos direitos fundamentais, ou seja, se não houver outra ferramenta que agrida menos os direitos fundamentais.

Além disso, não basta que um ato legislativo seja pautado pelos subprincípios da adequação e da necessidade, mas também deve passar pelo filtro da proporcionalidade em sentido estrito.

Como parâmetro da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se observar os valores em conflito, a relevância dos princípios e também o grau de interferência que a realização de um Princípio gera sobre o outro na ordem jurídica, e, ainda, a existência de situações a fundamentar racionalmente a prevalência de um sobre o outro.

No caso da Lei nº 12.654/12, assim como todas as demais leis da ordem jurídica brasileira, a análise da proporcionalidade deve ser feita com base nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, principalmente por envolver notória colisão de direitos fundamentais (Integridade Física, Intimidade e Segurança Pública).

Essa lei tem por escopo auxiliar o Estado na solução de crimes graves, por meio de tecnologia moderna de exames de DNA, cujo objetivo é a identificação de autores

de crimes.

Com isso, espera-se que os reais criminosos sejam devidamente responsabilizados na forma e no momento previsto em lei, diminuindo-se a sensação de insegurança pública ocasionada pela morosidade ou pela deficiência dos órgãos de segurança pública, do ministério público e do poder judiciário.

Além disso, com a Lei nº 12.654/12, inaugura-se também mais uma possibilidade jurídica de coleta de perfil genético, hábil para a identificação criminal, onde, ao acrescentar o parágrafo único no art. 5º da Lei nº 12.037/09, possibilita o uso de mais uma técnica eficiente na identificação criminal por meio do DNA. A identificação criminal da pessoa civilmente identificada está regulamentada no Art. 3º da Lei número 12.037/2009.<sup>18</sup> Neste ponto, destaca-se a integral revogação da Lei número 10.054/2000.

Por mais que o objetivo da lei nº 12.654/2012 seja melhorar os resultados dos órgãos de investigações policiais, no combate aos crimes que afligem a sociedade com a sensação de impunidade, e também proporcionar ao poder judiciário decidir com menos chances de equívocos, o certo é que a sua constitucionalidade pode ensejar questionamentos referentes aos direitos dos réus de não produzirem provas contra si (*nemo tenetur se detegere*), de serem considerados presumidos inocentes e de não terem as suas intimidades e integridades físicas violadas.

Acreditamos que todas essas questões podem ser respondidas com base no Princípio da Proporcionalidade, já que os principais problemas estão a relacionar com conflitos de interesses dos condenados por crimes violentos e hediondos, com os interesses do Estado em buscar solucionar crimes cujas autorias são desconhecidas, ou sequer há elementos e provas suficientes para a promoção do indiciamento dos investigados na fase investigativa, ou mesmo para a formação da culpa dos réus nos processos penais.

---

<sup>18</sup> Art. 3º da Lei nº 12.037/2009: “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.”.

Primeiramente, não se pode olvidar de que o sistema brasileiro de resposta aos autores de crimes ainda depende muito de investimento público nos aparatos de prevenção, investigação, prisional e judiciário, conforme se pode observar nas constantes matérias publicadas nos principais jornais do país.<sup>19</sup>

Não é objeto do nosso estudo a discussão setorizada de problemas estruturais de segurança pública, ou mesmo de deficiências do ministério público e do poder judiciário na resposta dos casos delituosos que lhes são submetidos. Entretanto, não se pode ignorar que o objetivo da Lei nº 12.654/2012 é possibilitar ao poder público, por meio da polícia judiciária e do ministério público, instruir melhor os autos dos Inquéritos Policiais e dos processos criminais, com elementos informativos e provas que possibilitem ao juiz formar a sua convicção com mais segurança e decidir com base em prova constituída sob o crivo de tecnologia avançada, como é o caso do exame de DNA.

Considerando que a demanda de crimes graves não resolvidos pelo sistema do Estado (Polícia Judiciária, Instituto Geral de Perícias, Ministério Público e Poder Judiciário) são elevados, na grande maioria por falta de provas capazes de evidenciar a autoria<sup>20</sup>, então, percebe-se que a referida lei é adequada para atingir o fim almejado.

Quanto à necessidade da lei, levando-se em consideração que a forma de coleta do material genético dos condenados por crimes graves será feita pelo método indolor, como, por exemplo, pela retirada de um fio de cabelo ou pela coleta de saliva com *swab*, nota-se que a lei passa pelo filtro da necessidade. Além do mais, é preciso destacar que dentro dos presídios o preso deve respeitar a disciplina por questões de segurança, saúde e higiene, tendo para tanto que cortar os cabelos, as unhas e tomar banhos regulares, sob pena de receber sanções disciplinares caso não cumpra a ordem interna do estabelecimento

---

<sup>19</sup> “SÃO PAULO — A meta 2 da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Enasp) — parceria do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Ministério da Justiça — previa concluir até abril de 2012 todos os inquéritos abertos até dezembro de 2007 para investigar casos de homicídio. Mas, do total de 136,8 mil inquéritos, apenas 10.168 viraram denúncias e 39.794 foram arquivados. Outros 85 mil inquéritos ainda estão em aberto”. Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/no-brasil-so-5-dos-homicidios-sao-elucidados-7279090>. Acesso em 03/09/2014.

<sup>20</sup> “Estimativas, inclusive da Associação Brasileira de Criminalística, indicam que a quantidade de assassinatos cujos culpados são descobertos e punidos no país é muito baixa. Nos Estados Unidos, o índice é de 65%. Na França, 80%. No Reino Unido, 90%. Já, no Brasil, não passa de 8%.” Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/pericia-policial-nao-consegue-identificar-assassinos-no-brasil.html>. Acesso em 03/09/2014.

prisonal, conforme se depreende das disposições da Lei de Execução Penal.<sup>21</sup>

A autonomia da vontade do preso, seja condenado ou segregado cautelarmente, sofre limitação legal, onde, nos estabelecimentos prisionais, cabe ao preso respeitar as regras internas, pois a sua condição de sujeição frente à disciplina é condição necessária para a manutenção da estabilidade administrativa e social do sistema prisional. Obviamente, não está o Estado com poderes ilimitados sobre a pessoa do preso, muito pelo contrário, deve respeitá-lo na proporção da sua dignidade e dos seus direitos fundamentais.

Submeter-se o preso à disciplina de corte de cabelo, unhas, ao banho regular, ao uso de uniformes, por exemplo, são situações que não ferem direitos fundamentais, mas, apenas reforçam a manutenção dos valores sociais cultivados por questões de higiene e saúde. Por isso, como pedaços de unhas e fios de cabelos são materiais biológicos, normalmente descartados do corpo humano por questões de higiene, podem ser utilizados na realização de exames de DNA.

No subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, onde se deve ponderar os conflitos de interesses, que, no caso da Lei nº 12.654/2012, tem de um lado a vontade do Estado na coleta de material biológico humano para alimentar banco de dados de DNA de condenados por crimes violentos, para possibilitar a identificação da autoria de crimes ainda não esclarecidos, e do outro o interesse individual do condenado de preservação da sua intimidade e integridade física.

Na ponderação dos interesses em conflito, pode-se observar que as hipóteses de coleta de material genético para fins de identificação criminal trazidas pela Lei nº 12.654/12, referem-se à primeira fase da persecução criminal (investigação), quando tal prova técnica for imprescindível para a identificação da autoria de um delito, sendo que, nesta fase, há necessidade de autorização decisão judicial devidamente fundamentada, seja

---

<sup>21</sup> Lei nº 7.210/84. Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal. Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

por representação do delegado de polícia ou por requerimento do ministério público, ou, após a condenação definitiva do réu por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na lei dos crimes hediondos.

Na primeira situação (investigação criminal), a lei prevê o controle judicial na conveniência da utilização do material genético para a análise comparativa com os vestígios dos cenários delituosos. O armazenamento dessas informações em banco de dados deve ser sigiloso.

Como o objetivo maior é não deixar autores de crimes permanecerem no anonimato no seio da sociedade, correndo-se o sério risco de ocorrências de novos fatos criminosos que aumentariam a sensação de impunidade e de insegurança, então, nesse aspecto, há que se dar um peso maior para o interesse da sociedade em detrimento da autonomia da vontade do investigado, que também pode ser beneficiado com o resultado da prova, já que ela pode comprovar não só a sua eventual participação em fato criminoso, mas também excluído do rol de suspeitos.

Como existe o controle judicial das situações onde o delegado de polícia civil representa ao juiz criminal pelo uso da ferramenta investigativa e probatória de coleta coercitiva de material genético de pessoas suspeitas de participação em determinados crimes, normalmente os mais graves, como estupro, homicídio, roubo etc, e, ainda, considerando que é possível realizar coleta do material genético de forma indolor, como, por exemplo, pela retirada ou corte de cabelos, ou mesmo pela saliva, então, nesta questão, pondera-se pela prevalência da constitucionalidade da lei número 12.654/12.

Neste mesmo contexto, o direito à intimidade é, também, gravemente violado pelas intervenções corporais, uma vez que todos os indivíduos têm o direito de impedir que alguém se insira na sua esfera particular. Ninguém pode ser obrigado a abrir a sua intimidade a estranhos ou em razões que não sejam as do seu desejo. René Ariel Dotti destaca que a intimidade equivale ao isolamento, mas também ao resguardo das interferências de fora, especialmente aquelas decorrentes da sociedade de massa. Por isso, sustenta-se que coagir pessoas a realizar essas medidas é violar a sua intimidade. Embora entendamos que um fio de cabelo ou um pouco de saliva, entre outros, não causam danos à saúde do destinatário da medida, não é concebível que ao direito à prova seja dado valor superior ao direito à intimidade. Somente em pouquíssimos casos poder-se-ia pensar em tal restrição.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> FIORI, Ariane Trevisan. Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: a necessária releitura

Com o edição do decreto federal número 7.950, de 12 de março de 2013, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos, tem-se demonstrada a preocupação do poder público no controle das informações e dos profissionais que atuarão na gestão da rede integrada no âmbito do Ministério da Justiça.

Apesar do decreto federal número 7.950, também não trazer em seu bojo a descrição da forma como o material genético será coletado do corpo da pessoa alvo da investigação ou condenada criminalmente pelos crimes dolosos graves ou hediondos, já que deixa para o comitê gestor a atribuição de *promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos* (Art. 5º, I), o certo é que não se vislumbra ofensa a direitos fundamentais porque o mandamento central está na coleta de forma indolor, no sigilo das informações, e, principalmente, com finalidade específica que é auxiliar a polícia nas investigações criminais e na identificação de pessoas desaparecidas.

Também é importante destacar que a gestão da coleta, análise, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos é feita pelo poder público (Ministério da Justiça), podendo haver a participação de especialistas particulares convidados pelo comitê de gestor. Neste ponto, permitir a participação de especialistas particulares no auxílio às pesquisas e no uso de tecnologias de identificação do DNA também contribui para o aprimoramento das técnicas do comitê, que tem a possibilidade de atualização e desenvolvimento de suas ferramentas laboratoriais.

Se na fase investigativa é possível a coleta de material genético de pessoas investigadas criminalmente, desde que com autorização judicial, do mesmo modo é possível interpretar pela constitucionalidade da lei número 12.654/12 na obrigatoriedade da coleta de material genético dos condenados por crimes violentos praticados dolosamente, considerando que também não haverá a coleta dolorosa do material genético do corpo humano, principalmente porque é obrigação do Estado preservar a ordem pública e solucionar crimes cuja autoria não esta evidenciada.

Não se pode engessar o Estado na sua imprescindível missão de garantidor da paz social com fundamentos exclusivamente de interesse particular e que não contribuem para a harmonia da sociedade. Obviamente, não se pode também prestigiar todos os métodos de ação do Estado na preservação do interesse público, mas somente aqueles que forem proporcionais, devidamente ponderados pelo legislador e pelo poder judiciário, conforme a situação.

A forma como o Estado quer melhorar os serviços de prestação de segurança pública para a sociedade, coleta indolor de material genético de corpo de suspeitos e condenados por crimes, violentos e hediondos, não se apresenta como violadora de Direitos Fundamentais na medida em que tem evidente objetivo de solução crimes, demonstrando a culpa ou a inocência de investigados, sempre por meio de um procedimento que de alguma maneira teve o controle judicial (durante as investigações: Art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/09; ou, após a condenação: Art. 9º-A, Lei nº 7.210/84). Nessas condições, então, não se vislumbra violação indevida no corpo humano, porque não há o uso de métodos abusivos por parte do Estado.

Outro ponto interessante a ser analisado consiste em saber se haveria alguma responsabilização do investigado/condenado no caso da sua recusa em fornecer material genético do seu próprio corpo para o Estado promover a investigação por meio de DNA. As leis números 12.037/09 e 12.654/12 são omissas nesse ponto, porém, seguindo uma coerência lógica, entendemos que é possível haver consequências administrativas ou penais para o investigado/condenado, a depender da situação.

No caso do investigado/condenado preso, como está ele sob a custódia prisional do Estado, é possível a aplicação de sanções disciplinares, conforme já mencionado alhures (Artigos 38 e 39 da Lei nº 7.210/84), tendo em vista que, sendo a lei é constitucional, não se pode deixar de responsabilizar juridicamente aquele que desobedece ou resiste ativamente ao ato legal e constitucional, sob o pretexto de preservar exclusivamente a sua intimidade, pois, como já estudado, a intimidade não é um direito absoluto, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (HC 70.814-SP, 1ª Turma, rel. Ministro Celso de Mello, 01/03/1994, DJ de 24/06/1994, RT 709/418) no caso de violação de cartas de presidiários por parte da administração prisional.

Sobre a incidência da infração disciplinar, por ser ato administrativo, observa-

se que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, ocorrendo desobediência à infração administrativa, sem que a lei preveja expressamente qualquer tipo de ressalva em relação ao crime de desobediência, não haverá responsabilização penal (HC 88452 RS) <sup>23</sup>. O mesmo, entretanto, não pode ser dito quando a desobediência for qualificada pela ameaça ou violência contra a pessoa, que, neste caso, haverá o crime de resistência (Art. 329 do Código Penal).

De todo o modo, do ponto de vista prático, como é possível a coleta de material genético por meio de saliva, fios de cabelos, pedaços de unhas etc, não vislumbramos tanta dificuldade dos agentes públicos em coletar esses materiais humanos do corpo dos investigados e condenados de maneira tão invasiva e constrangedora, tanto é que a lei deixa bem claro que o método de coleta deve ser indolor.

Outro ponto importante para a análise consiste em verificar se seria possível ao Estado ampliar as hipóteses legais quanto à obrigatoriedade do fornecimento de material genético humano, como, por exemplo, durante ou logo após o nascimento.

Para essa questão, partindo-se do pressuposto de que a finalidade exclusiva do armazenamento de banco de dados de material genético seria apenas para identificar pessoas, nada mais, e, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da mexicana Glória Trevi (Reclamação nº 2.040-DF), onde ficou assentado o entendimento de que não haveria a invasão da integridade física daquela mulher, pois o material biológico (placenta), após a realização do parto, não mais pertenceria a sua esfera corporal, então, abre-se margem para o Estado se valer da coleta de material genético de recém-nascidos para tal fim.

Além disso, não se pode ignorar que o registro e a identificação de pessoas é um direito de o Estado de exercer a sua soberania territorial sobre as pessoas.

Quando o Estado dispõe de meios tecnológicos eficientes de identificação das

---

<sup>23</sup> HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. MOTORISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exhibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238). Ordem concedida (HC 88452 RS). Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acessado em 02/10/2014.

peças (biométrico<sup>24</sup> ou de DNA, por exemplo), certamente há maior controle do fluxo de pessoas em seu território, proporciona à polícia ter mais ferramentas na solução de crimes, bem como ter maior certeza na imputação de autoria de infrações penais, ou mesmo possibilitar ao juiz criminal fundamentar a sua convicção de isenção de culpa de determinada pessoa processada criminalmente com base em resultado probatório de maior evidência.

A análise da Lei 12.654/12, no que se refere ao princípio da Proporcionalidade, encontra manifestação favorável pela sua validade frente ao ordenamento constitucional.

Diante do exposto, a nosso sentir, a afirmação de que a Lei 12.654/12 invoca ofensa contra a garantia da não autoincriminação não procede, pois à luz do princípio da proporcionalidade, toda restrição dirigida aos direitos fundamentais do acusado – e consequentemente ao *nemo tenetur se detegere* – serão legítimas se alicerçadas na preponderância do interesse social na persecução penal sobre o interesse particular do suspeito/condenado na proteção dos seus direitos fundamentais. Ainda que se reconheça que a Lei 12.654/12 apresente algumas brechas e omissões, e que em vista disso lhe seja recomendável proceder à realização de complementos ou inclusões de trato legislativo<sup>181</sup>, é notório que o seu conteúdo não viola o *nemo tenetur se detegere*, uma vez que restrições a direitos e garantias fundamentais são plenamente justificáveis quando visarem ao interesse coletivo na segurança pública, e que a Lei cumpriu, na sua essência, os requisitos atinentes à produção de provas invasivas.<sup>25</sup>

Destarte, feitas as considerações referentes à obrigatoriedade de fornecimento de material genético de pessoas condenadas por crimes dolosos violentos ou hediondos, entendemos que a Lei nº 12.654/12 respeita o Princípio da Proporcionalidade.

---

<sup>24</sup> TSE. “A biometria garante ainda mais segurança aos eleitores brasileiros na hora de votar. Nas Eleições 2014, mais de 22 milhões serão identificados pelas digitais. Por isso, de 2012 a 2014, o Programa de Identificação Biométrica da Justiça Eleitoral recadastrará cerca de 14 milhões de eleitores (até o momento, 14,4 milhões de eleitores já foram convocados), que se juntarão a outros 7 milhões já recadastrados. O recadastramento biométrico dispõe de recursos para atendimento às pessoas com dificuldades ou limitações para identificação digital. A marcação pode ser feita por todos os cidadãos, independentemente de suas condições.” Acessado em 02/10/2014. Disponível em <http://www.tse.jus.br/eleitor/recadastramento-biometrico>.

<sup>25</sup> GAVA, Gabrielle Gasperin. A GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO FRENTE À BIOÉTICA E À GARANTIA DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. Trabalho de Conclusão de Curso. In. [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013\\_1/gabrielle\\_gava.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/gabrielle_gava.pdf). Acessado em 15/12/2014.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo sobre os aspectos constitucionais do dispositivo legal que estabelece a obrigatoriedade de fornecimento de material genético do corpo de condenado por crime doloso praticado com violência contra a pessoa ou por crime hediondo, por se tratar de notório conflito de interesses entre Estado e cidadão, certamente exige do pesquisador muita responsabilidade na exposição das suas conclusões.

A intervenção do Estado nas questões de segurança pública normalmente gera repercussões na esfera de direitos fundamentais de seus cidadãos, pois restringe o exercício da autonomia de vontade, faz nascer expectativas sociais de solucionar com mais agilidade e eficiência os problemas relacionados aos crimes e, principalmente, aflora intensos debates jurídicos e sociais sobre os limites e a validade das suas ações no cumprimento dos mandamentos normativos.

Por afetar direitos fundamentais do cidadão, cabe ao pesquisador buscar respostas racionais e coerentes para fundamentar as suas conclusões sobre a validade do ato normativo, como, a lógica do sistema jurídico, a influência de pensamentos filosóficos, a visão dos principais doutrinadores de destaque sobre o tema, o posicionamento dos tribunais superiores e internacionais, e os fundamentos legislativos.

Nesse aspecto, destaca-se que a metodologia empregada neste estudo foi a pesquisa qualitativa, a qual teve com fonte de pesquisa bibliografias e artigos de doutrinas especializadas na análise de princípios de direitos fundamentais, com especial destaque para a ponderação dos princípios da Intimidade, Integridade Física, Proporcionalidade ou Razoabilidade, Segurança, Dignidade da Pessoa Humana, Não Autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere*), os quais servem de base para a sustentação de todo e qualquer sistema jurídico destinado a proteger direitos fundamentais de todas as pessoas que estejam sob o manto de atuação do Estado Democrático.

Buscou-se neste trabalho analisar questões históricas sobre os fundamentos morais que norteiam o pensamento ocidental, tendo sido demarcado três correntes de pensamentos estruturais para o desenvolvimento das sociedades ocidentais: o pensamento

aristotélico, cristão, e o moderno, onde se observou que a virtude da conduta humana no pensamento aristotélico teve como cerne de sustentação o desabrochar natural dos talentos; no pensamento cristão a fé, a caridade, a esperança e o livre arbítrio; e no pensamento moderno kantiano a autonomia da vontade foi marcada como a condição necessária para o uso da razão humana, situação essa que perdura até hoje nos estudos contemporâneos.

Conhecer as concepções do pensamento ocidental proporciona ao pesquisador ter uma visão melhor sobre a forma como o Estado disciplina o seu regramento jurídico interno e internacional de proteção da dignidade dos seus cidadãos. O Brasil é um Estado evidentemente voltado para o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana e também ao bem estar da sociedade, tendo a dignidade humana como um dos fundamentos do próprio Estado.

A dignidade da pessoa humana, por ser o núcleo central de todo o ordenamento jurídico brasileiro, tem servido de fundamento para a defesa de muitos interesses individuais ameaçados pela intervenção do Estado, ou mesmo pela ação de particulares, nas questões relacionadas à liberdade, à integridade física, à privacidade e à intimidade. Por isso, sabendo-se da importância desse tema, procurou-se o conceito de dignidade para facilitar na solução dos casos. No entanto, muito embora tenha ocorrido o esforço, verificou-se que ainda não há um conceito fechado sobre o significado de dignidade, e, ainda, pelo que se percebeu, dificilmente haverá a precisão desejada objetivamente, pois, os constantes conflitos de interesses na sociedade demonstram que cada vez mais a solução dos casos dependem de análises complexas e de fundamentações estruturadas.

Os direitos fundamentais, inicialmente, estiveram relacionados na proteção do cidadão contra as ingerências indevidas do Estado, conforme se verificou nas revoluções burguesas do final do século XVIII (1776 e 1789). Com a modernidade e a evolução das relações sociais, notou-se que o particular também passou a ocupar posição de violador dos direitos fundamentais de outros particulares, visto que o Estado abstencionista, de certa forma, proporcionou maior liberdade no exercício da autonomia de vontade do particular, que, muitas vezes, em razão da concentração de poder econômico, acabou por assumir notória posição de supremacia econômica sobre os demais indivíduos, tratando-os como meros objetos para o seu exclusivo interesse econômico, o que fere a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que o pensamento moderno kantiano tem como premissa fundamental a autonomia de vontade da pessoa humana, que serve de sustentáculo racional para que a pessoa não seja escrava de desejos instintivos. O domínio dos instintos humanos pela pessoa detentora de autonomia de vontade é condição para o desenvolvimento racional da vida em sociedade, tornando-a, conseqüentemente, diferente dos demais animais. Ser livre é andar na contramão dos desejos, é conseguir ter o domínio consciente da vontade, não se deixar levar pelos instintos naturais.

Muito embora as pessoas tenham a liberalidade de exercer a sua autonomia da vontade, sabe-se que esse exercício encontra limites jurídicos e sociais, necessários para o bom convívio. Neste ponto, surgem as constantes intervenções do Estado na limitação de direitos dos seus cidadãos, que não podem agir livremente em todas as questões do seu exclusivo interesse, pois, do contrário, surgiriam sérios conflitos de interesses e nocivas instabilidades nas relações interpessoais, que são baseadas em princípios jurídicos, éticos e morais.

É com fundamento em normas de controle social que a autonomia da vontade recebe limitações. Quando o Estado, principal regulador dos direitos fundamentais dos cidadãos intervém nos direitos fundamentais, necessariamente deve apresentar razões de interesse público, e, principalmente, que respeitem a dignidade da pessoa humana, que é núcleo essencial de todo o ordenamento jurídico. Não se admite em um Estado Democrático que limitações legais atinjam arbitrariamente a dignidade da pessoa.

Por isso, quando o Estado cria uma norma de repercussão direta nos direitos fundamentais das pessoas, inevitavelmente está a gerar conflitos de interesses que normalmente serão levados aos tribunais do Poder Judiciário para a solução final. A obrigatoriedade de fornecimento de material genético do corpo do condenado por crimes dolosos praticados com violência contra a pessoa é um exemplo de notório conflito de interesses, tendo o Estado o dever de prestar segurança pública e justiça com qualidade, eficiência, ética e legalidade, e do outro o cidadão investigado que está escudado em direitos e garantias fundamentais que lhe protegem contra ações violadoras da sua liberdade, intimidade e integridade física etc.

A obrigatoriedade de o cidadão investigado fornecer material genético do seu

próprio corpo para o Estado alimentar um banco de dados de perfis genéticos, certamente deve ser visto com muita cautela, pois atinge diretamente direitos fundamentais. Do mesmo modo, com a cautela necessária, não se pode deixar a sociedade prejudicada com a impunidade de criminosos, seja pela falta da descoberta da autoria, seja pela falta de provas convincentes para a formação da culpa.

No caso em estudo, não se vislumbra excesso do legislador na limitação da liberdade, intimidade e integridade física do investigado, visto que o método de coleta do material genético humano deve ser indolor, e, ainda, está restrito aos crimes graves (hediondos ou dolosos praticados com violência contra a pessoa) em que houve condenação do réu. Nessas condições, observa-se a presença dos requisitos necessários da proporcionalidade do ato normativo analisado (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), que sustenta a constitucionalidade da lei número 12.654/2012.

Afirmar, por exemplo, que a simples retirada do corpo humano de um fio de cabelo ou da coleta de uma saliva, nas condições até aqui estudadas, por si só já violaria direitos fundamentais, não corresponde aos ideais de harmonia e de segurança que a sociedade necessita, mas apenas serviria de escudo protetor intransponível que agiria em prejuízo do aparelhamento do Estado na descoberta da autoria de crimes que atormentam a sociedade e muitas vezes se encontram impunes pela falta de prova adequada. Agora, se o método de retirada de material genético fosse invasivo a tal ponto que pudesse gerar danos à saúde, obviamente, deveria ser rechaçado de plano.

Destarte, tomando por base os posicionamentos jurídicos citados neste trabalho, concluímos pela constitucionalidade da Lei número 12.654/2012, que, após as análises feitas, além de passar pelo filtro da proporcionalidade, contribui consideravelmente para o melhor resultado das investigações policiais e também proporciona ao juiz formar a sua convicção sobre a culpa ou a inocência do réu com apoio em provas periciais de maior certeza.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana* – 11. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco: Poética/Aristóteles*: seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; v.2). Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross, p. 09. Disponível em <http://portalgens.com.br/portal/>

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (orgs.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

BÍBLIA ONLINE. Versão João Ferreira de Almeida. Disponível em [www.bibliainline.net.br](http://www.bibliainline.net.br). Acessado em 26/07/2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 6. Reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 12.654, 28/05/2012. 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. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil].

BRASIL. Lei nº 12.037, 01/10/2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil].

BRASIL. Decreto Federal nº 7.950, 12/03/2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil].

CODIS. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Martin Claret, 2007. Eberhardt, Marcos e Scalon, Rodrigo. *Comparação de perfis genéticos como prova no processo penal: entre o sucesso dos métodos tecnológicos e a relativização de garantias*. In. <http://www.marcoseberhardt.com.br/artigo8.pdf>.

FIORI, Ariane Trevisan. Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: a necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica\\_ariane\\_trevisan\\_fiori.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_ariane_trevisan_fiori.pdf). Acesso em 06/12/2014.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social – 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade? Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>. Acesso em 15 de novembro de 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KANT, Immanuel. *Religião nos limites da simples razão*. Tradução: Artur Morão. Covilhã, 2008. Disponível em: [www.lusofia.net](http://www.lusofia.net). Acesso em 28/01/2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOUREIRO, Maria Fernanda Battaglin. Da Colônia Penal aos corpos biopolíticos na Lei n. 12.654/2012. In: <http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/11/Jornada-7%C2%BA-lugar.-Maria-Fernanda1.pdf>. Acesso em 05/01/2015.

LUIZ, SHENIA ANTUNES MATOS. *BANCO DE PERFIS GENÉTICOS: ANÁLISE DA COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO COMO FORMA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, DIANTE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA*. Trabalho de Conclusão de Graduação. In: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/handle/1/2751/Shenia%20Antunes%20Matos%20Lui%20z.pdf?sequence=1>. Acesso em 05/01/2015.

MALISKA, Marcos Augusto. *Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1*. *Revista Espaço Jurídico*. V. 9, jul/dez 2008.

MARTINS, Celso Ricardo. *A lei 12.654/2012 em face da Constituição da República de 1988*. Trabalho de Conclusão de Graduação. In: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5251/1/RA20888873.pdf>. Acesso em 05/01/2015.

MATOS, MARGARETH CARVALHO DE ANDRADE. *A POLÊMICA FORMA DE INVESTIGAÇÃO COM A OBRIGATORIEDADE DA COLETA DE MATERIAL*

*GENÉTICO COM BASE NA LEI 12.654/2012*. Trabalho de Conclusão de Graduação. In.[http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/\\_20121219171354.pdf](http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/_20121219171354.pdf). Acesso em 05/01/2015.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da pesquisa no direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PHILIPPI, MAIARA NUERNBERG. *COLETA DE PERFIL GENÉTICO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO Análise da Lei nº 12.654/2012*. Trabalho de Conclusão Graduação. In.<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/104362/MONOGRAFIA%20-%20Maiara%20Nuernberg%20Philippi%20-20PDF%20A.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 05/01/2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZO, Mariane Vieira. O USO DA BIOTECNOLOGIA COM O DEVIDO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO SER HUMANO - UMA ANÁLISE CRÍTICA NECESSÁRIA. In.<http://revistas.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/3006/2290>. Acesso em 05/01/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Schiocchet, Taysa. *A REGULAMENTAÇÃO DA BASE DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL NO BRASIL: REFLEXÕES ACERCA DO USO FORENSE DO DNA*. In.<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5137>. Acesso em 05/01/2015.

SEYMOUR-SMITH, Martin. Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade: a história do pensamento dos tempos antigos à atualidade/Martin Seymour-Smith; tradução: Fausto Wolff. 8. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição - 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798, 2002.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Direitos Fundamentais e Relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. Revista de Direito Privado | vol. 23 | p. 291 | Jul/2005DTR\2005\466.

STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *DADOS GENÉTICOS NO PROCESSO PENAL: TENTANDO TRAÇAR LIMITAÇÕES ÀS HIPÓTESES DA LEI 12.654/12*. In.<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/13.pdf>. Acesso em 05/01/2015.