

ORIENTAÇÃO DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**CARTA DE AUTORIZAÇÃO DEPÓSITO DO ORIENTADOR/CO-ORIENTADOR**

Vitoria da Conquista, dia 21 do mês de junho de 2023

Eu, Prof.(a) **JOÃO XAVIER DOS SANTOS**, do colegiado de DIREITO, **autorizo** que as discentes ANDRESSA LIMA E GABRIELI SOUZA DE OLIVEIRA regularmente matriculadas na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, tendo seu artigo intitulado **(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO ARMAZENAMENTO DE ADN (DNA), NOS DELITOS HEDIONDOS**, depositem o trabalho no repositório dessa instituição.

Documento assinado digitalmente

gov.br

JOAO XAVIER DOS SANTOS

Data: 21/06/2023 22:19:31-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Assinatura do Orientador

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO ARMAZENAMENTO DE ADN (DNA), NOS DELITOS HEDIONDOS

Andressa Lima¹
Gabrieli Souza de Oliveira²
Prof. Ms. João Xavier dos Santos³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir acerca da aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* diante dos efeitos decorrentes da aplicação identificação criminal do condenado por consequência da obrigatoriedade da coleta de material de DNA. Ocorrendo assim uma grande mudança na Lei de Execução Penal que foi implantada pela Lei 13.964/19 a polêmica Pacote Anticrime, com o intuito de trazer uma legislação mais severa ao tratamento da coleta de material genética em condenados por crimes hediondos. A coleta fere totalmente o princípio constitucional da não autoincriminação, uma vez que colide com as prerrogativas estabelecidas por essa garantia fundamental prevista no rol exemplificativo dos direitos fundamentais, o atual Art.5º da Constituição Federal, tendo em vista que ao trazer a obrigatoriedade deixa de estabelecer ao acusado o seu direito e livre arbítrio em não gerar provas pré-constituídas futuras contra si mesmo.

PALAVRAS-CHAVE: Execução penal. Inconstitucionalidade. Princípio.

ABSTRACT

This article aims to discuss the application of the principle of *nemo tenetur se detegere* in the face of the effects arising from the application of the criminal identification of the convicted person as a result of the obligation to collect DNA material. Thus, a major change in the Penal Execution Law was implemented by Law 13.964/19, the controversial Anti-Crime Package, with the aim of bringing more severe legislation to the treatment of the collection of genetic material in convicted of heinous crimes. Collection completely violates the constitutional principle of non-self-incrimination, since it collides with the prerogatives established by this fundamental guarantee provided for in the exemplary list of fundamental rights, the current Art. establish to the accused his right and free will not to generate future pre-constituted evidence against himself.

KEYWORDS: Criminal execution. Uncostitutionality. Principle

¹ Bacharelanda do curso de Direito, 10º semestre pelo Centro Universitário UNIFTC – Campus de Vitória da Conquista – Bahia. E-mail: andpfvrrr@gmail.com

² Bacharelanda do curso de Direito, 10º semestre pelo Centro Universitário UNIFTC – Campus de Vitória da Conquista – Bahia. E-mail: gabi160701@gmail.com

³ Orientador do TCC, é MESTRE em Educação, pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, PÓS-GRADUANDO em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (UNIDERP).

INTRODUÇÃO

Conforme Zaffaroni (2007, p. 30) a origem do poder punitivo do Estado vem desde A.C. na antiga Grécia (ou muito antes dela) onde era estabelecido por homens em conjunto o título de “ostracizados”, ou seja, na linguagem de hoje, o culpado.

Muitas normas foram estabelecidas em nosso ordenamento, uma dessas é a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a famosa Lei de Execução Penal que foi modificada com o advento da nossa CF de 1988 onde se estabeleceu para si um tratamento digno e humanitário ao sistema prisional.

Porém o antigo Ministro da Justiça, Sergio Moro trouxe em 2019 uma mudança radical e polêmica o famoso Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/19 que modificou o total de 14 Leis vigentes no nosso ordenamento, entre elas a Lei de Execução Penal.

O Ex-Ministro nos surpreendeu quando trouxe a ilusão de que tal Lei iria modificar o ordenamento da noite para o dia, uma dessas mudanças é a que será retrata no presente artigo em relação a inconstitucionalidade presente no Art. 9º - A da Lei nº 7.210 onde se estabeleceu que para os crimes previstos na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos) a coleta de material genético deverá ocorrer de forma obrigatória.

Ou seja, o indivíduo que cumpre pena, ao sair do sistema carcerário estará com um alvo do Estado para todo e sempre. Uma vez que a coleta tem como finalidade as futuras investigações, estando presente uma prova pré-constituída de forma invasiva do Estado.

O que vai de confronto com o princípio e garantia da não autoincriminação, que diz que ninguém é obrigado a gerar prova contra si mesmo. Porém esta é uma garantia que está afetada por uma lei inferior à Constituição Federal.

O trabalho de conclusão de curso apresenta como propósito defender a não efetivação e a inconstitucionalidade do Art. 9º - A uma vez que se encontra em confronto com a Norma Máxima do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

1. A IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO

1.1 Surgimento e evolução histórica.

Primeiramente é importante lembrar que, todos nós seres humanos somos únicos em todo o planeta, justamente em razão de que cada pessoa contém o seu próprio DNA, individualizando assim cada um de nós.

Conforme o entendimento de Alvarez Gonzalez (2017, p.15-16) a identificação do perfil genético é um processo que envolve uma análise de DNA para determinar as características genéticas de indivíduos do ser humano. O DNA é uma molécula que contém as informações genéticas de um organismo, incluindo informações sobre características físicas, doenças hereditárias e suscetibilidade a certas condições de saúde. A análise do perfil genético é realizada por meio de técnicas avançadas de sequenciamento de DNA que permitem a identificação de variações específicas em certos genes. Essas variações são chamadas de polimorfismos de nucleotídeo único (SNPs) e são únicas para cada indivíduo. A identificação do perfil genético tem uma ampla gama de aplicações, incluindo a investigação de crimes, a investigação de paternidade, o rastreamento de doenças genéticas e a prevenção de doenças. Por exemplo, em investigação criminal, a amostra de DNA localizada na cena do crime pode ser detectada com a amostra de DNA de suspeitos para determinar se eles estiveram presentes na cena.

Embora a identificação do perfil genético tenha muitas aplicações úteis, também há preocupações com a privacidade e o uso indevido das informações genéticas.

O artigo 9º da declaração Universal sobre Bioética e direitos humanos refere-se expressamente à proteção da informação, conseqüentemente, neste cenário, a privacidade é entendida como o direito de não sofrer a divulgação de informações sobre sua privacidade sem o seu consentimento.

A origem da identificação do perfil genético aos estudos pioneiros de Alec Jeffreys, um geneticista britânico, na década de 1980. Jeffreys desenvolveu uma técnica de análise de DNA chamada de impressão digital de DNA, que permite a comparação de diferentes amostras de DNA para determinar a identidade genética de um indivíduo.

A técnica de impressão digital de DNA foi utilizada pela primeira vez em um caso criminal em 1986, quando a polícia britânica usou essa técnica para solucionar um caso de estupro. Uma análise do DNA encontrada na cena do crime permitiu a identificação do agressor, que foi condenado com base nessa evidência. A partir desse momento, a identificação do perfil genético se tornou uma ferramenta

fundamental na investigação criminal, permitindo a resolução de casos que antes eram considerados insolúveis. A técnica também tem sido utilizada em outras áreas, como a medicina forense e a identificação de pessoas desaparecidas.

Com o avanço e desenvolvimento da pesquisa humana, chegamos a um marco para a ciências forense criminológicas, o primeiro banco de dados de perfis genéticos, foi realizado na Inglaterra, com o passar dos anos os Estados Unidos se destacou com a criação do banco de dados do FBI, que se chama Sistema de Índice de DNA Combinado (CODIS Combined DNA Index System), o CODIS atualmente contém um banco de dados do nível nacional.

No Brasil no ano de 2012 foi sancionada pela Ex-Presidenta Dilma Rousseff a Lei nº 12.654/2012 no qual alterou as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e a 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 de outras providências.

Em 2019 com o sancionamento do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) trazida pelo Ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro, onde foi realizado uma radical mudança no Código Penal, no Código de Processo penal e em especial a Lei de Execução Penal, assim trazida essa crítica por Alberto Zacharias Toron e outros juristas liderados pelo Ministro Alexandre de Moraes em uma reunião de trabalho no qual foi analisada as propostas trazidas pelo Pacote Anticrime.

Em razão da LEP, foi drasticamente atingida transformando a coleta de material genética de forma obrigatória (conforme o texto previsto no art. 9º-A inserido pelo pacote anticrime).

1.2 A Finalidade e o Surgimento

Segundo Norma Sueli (BONACCORSO, 2010, p. 59) em sua tese de doutorado no a finalidade principal da técnica é identificar características genéticas únicas de um indivíduo, com base em seu DNA. Uma das principais aplicações da identificação do perfil genético é na área de investigação criminal.

Nos casos em que são encontrados, sangue, sêmen ou cabelos, em uma cena de crime, é possível coletar amostras de DNA e compará-las com o perfil genético de suspeitos ou de bancos de dados genéticos. Essa comparação pode ser usada para excluir ou incluir indivíduos como possíveis autores do crime.

A identificação do perfil genético também é usada em outras áreas, como na medicina diagnóstica e na pesquisa científica. Em medicina, uma análise do perfil genético pode ajudar a determinar a predisposição genética de um indivíduo para certas doenças e auxiliar no desenvolvimento de terapias personalizadas.

Na pesquisa científica, a identificação do perfil genético pode ser usada para estudar a evolução humana, a genética de populações e a diversidade genética em diferentes grupos étnicos.

No entanto, é importante lembrar que a identificação do perfil genético também traz consigo questões éticas e de privacidade. O uso indevido ou inapropriado dessas informações pode levar a uma demonstração genética ou violação de privacidade, assim resguardado e citado tanto pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), Art.5º, quanto o Código Civil de 2002 (CC/2002, Art.12).

Conforme o entendimento de Claudemir Rodrigues (RODRIGUES, 2022, Introdução à Biologia Forense 3ª Edição) é importante que medidas adequadas sejam tomadas para garantir a proteção dos dados genéticos e a privacidade dos indivíduos. A liberdade de ter seu material genético resguardado é algo crucial para assegurar as garantias individuais dos detentos, por mais que sua finalidade seja de analisar o culpado da conduta criminosa por meio de DNA, quando falamos da sua aplicação dentro da execução de pena e não na investigação criminal, se cria dentro do ordenamento jurídico um segundo tipo de punição, que seria a hipótese da autoincriminação, incluída de forma peculiar durante a aplicação do pacote anticrime dentro da Lei de Execução Penal em 2019.

Qualquer tipo de tecido ou fluido biológico pode ser utilizado como fonte de DNA, uma vez que são formados por células. Nas células, o DNA de interesse forense encontra-se tanto no núcleo como nas mitocôndrias (BEZERRA, 2004). A amostra é então processada para extrair o DNA, que é a molécula responsável pelo armazenamento das informações genéticas.

Essas técnicas permitem que os cientistas amplifiquem e separem os fragmentos de DNA de interesse, permitindo assim que os marcadores genéticos sejam identificados com precisão.

Após a análise, os marcadores genéticos do indivíduo são comparados com os de outras amostras biológicas ou perfis genéticos já existentes em um banco de dados, a fim de identificar correspondências ou diferenças entre eles. Em casos de investigação criminal, por exemplo, o perfil genético da amostra coletada no local do

crime pode ser comparado com os perfis genéticos de suspeitos ou de outras amostras encontradas na cena do crime.

É importante notar que a identificação do perfil genético pode levantar questões éticas e legais. Algumas pessoas podem se sentir desconfortáveis com o fato de suas informações genéticas serem coletadas e armazenadas em bancos de dados, e há preocupações sobre o uso indevido ou o acesso não autorizado a essas informações. Em geral, no entanto, a identificação do perfil genético é segundo a Ministra Laurita Vaz em uma decisão proferida (HABEAS CORPUS, nº 407627, em 2019) “uma ferramenta valiosa para a ciência e a justiça, permitindo que os investigadores tratem indivíduos com muita precisão e ajudem a resolver crimes e outras situações difíceis”.

À medida que a tecnologia avança, é possível que novas técnicas de análise de DNA sejam desenvolvidas e a identificação do perfil genético se torne ainda mais precisa e confiável.

No Brasil, o procedimento de identificação do perfil genético é regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução 213/2015, que estabelece as normas para a coleta, armazenamento e utilização de perfis genéticos em bancos de dados públicos e privados. No âmbito criminal, a identificação do perfil genético é realizada por meio do banco de dados nacional de perfis genéticos (CODIS), mantido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Esse banco de dados é usado para comparar os perfis genéticos de Recolha coletadas em cenas de crimes com os perfis genéticos de criminosos, vítimas e outras amostras armazenadas no banco de dados.

A coleta de amostras biológicas para a identificação do perfil genético é realizada por profissionais habilitados, como médicos, peritos e técnicos de laboratório, seguindo protocolos específicos. As amostras coletadas são mantidas em condições adotadas para preservar o DNA, e a análise dos perfis genéticos é realizada por laboratórios credenciados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O uso de perfis genéticos em pensamento criminal no Brasil é regulamentado por leis específicas, como a Lei nº 12.654/2012, que trata da coleta de DNA em inquérito criminal, e a Lei nº 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado.

A identificação do perfil genético também pode ser utilizada na execução penal no Brasil, com o objetivo de garantir a segurança dos agentes públicos

envolvidos e a integridade dos presos, além de auxiliar na identificação de pessoas responsáveis por crimes ocorridos dentro das unidades prisionais.

Nesse sentido, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) prevê a coleta de material biológico para a identificação do perfil genético de todos os condenados por crimes hediondos, mediante autorização judicial. Além disso, a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que os presos condenados por crimes hediondos devem ser solicitados à coleta de amostra para o banco de dados nacionais de perfis genéticos.

O procedimento de coleta de material biológico para a identificação do perfil genético na execução penal é realizado por meio de uma amostra de saliva, sangue ou fios de cabelo do preso. Essa amostra é conduzida por laboratórios credenciados e os dados obtidos são inseridos em um banco de dados nacional, que pode ser utilizado para identificação de crimes cometidos pela prisão no futuro, esse procedimento em razão da atualização sofrida pelo pacote anticrime se tornou obrigatória, estando o detento à mercê do Estado, uma vez que a sua negativa acarreta falta grave, assim previsto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84 Art.9-A) na qual consequentemente leva a interrupção do prazo para a progressão de regime, levando assim a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo, a presente conduta feita pelo Estado gera uma impotência perante o detento que mesmo saindo da unidade prisional se encontra com um alvo de culpado em suas costas uma vez que a presente coleta obrigatória gera um meio de auxílio e prova pré-constituída na identificação de crimes cometidos pelos presos no futuro.

1.3 O Banco Nacional de Perfis Genéticos como ferramenta eficiente para elucidação de crimes

O Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) é uma ferramenta extremamente importante na elucidação de crimes no Brasil. Criado em 2012, o BNPG consiste em um banco de dados contendo informações genéticas de pessoas condenadas por crimes violentos e de natureza sexual, bem como de vestígios coletados em cenas de crime, (BONACCORSO, 2010, P.62).

O objetivo principal do BNPG é ajudar a investigar criminosos para permitir a comparação dos perfis genéticos encontrados nas cenas de crime com os perfis de

pessoas que já foram condenadas anteriormente. Isso pode levar à identificação de suspeitos ou mesmo à confirmação da autoria de um crime.

Desde a criação do BNPG, muitos crimes foram solucionados graças à análise de DNA. Por exemplo, em 2019, a Polícia Civil de São Paulo utilizou o banco para solucionar um caso de estupro ocorrido em 2015, onde o detendo já se encontrava dentro do sistema carcerário por outro delito.

Além disso, o BNPG também pode ajudar a evitar que pessoas inocentes sejam condenadas injustamente. Se um suspeito for preso e houver dúvidas sobre sua culpabilidade, sua amostra de DNA pode ser detectada com a amostra presente no banco, permitindo uma análise mais precisa, (GARRIDO, 2009, p.39).

Vale ressaltar que a utilização do BNPG é feita de forma rigorosa e dentro das leis brasileiras. O acesso às informações é restrito e só é permitido às autoridades responsáveis pelos assuntos criminais. Além disso, a coleta de amostra de DNA é feita com autorização judicial e apenas em casos específicos.

2. A IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO E O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (*nemo tenetur se detegere*)

Com o avanço da tecnologia e da ciência, a identificação do perfil genético tem se tornado uma ferramenta cada vez mais importante para a solução de crimes e na justiça em geral.

A partir de uma amostra de material biológico, é possível identificar com alta precisão o DNA de um indivíduo e, a partir disso, inferir informações relevantes, como a presença ou não do seu perfil genético em uma cena de crime, por exemplo. No entanto, esse avanço tecnológico traz consigo questões éticas e jurídicas importantes, especialmente no que diz respeito ao direito fundamental da não autoincriminação.

O princípio da não autoincriminação é um direito fundamental previsto em diversas legislações, como a Constituição Federal brasileira e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ele estabelece que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado a confessar um crime ou a fornecer informações que possam incriminá-lo.

A relação entre a identificação do perfil genético e o princípio da não autoincriminação é complexa e controversa. Por um lado, a identificação do perfil

genético pode ser uma ferramenta extremamente útil para a solução de crimes e para a justiça em geral. Ela pode ajudar a identificar criminosos, a exonerar inocentes e a fortalecer como prova em um processo criminal.

Entretanto, a identificação do perfil genético também pode ser vista como uma forma de violação do direito fundamental de não autoincriminação. Isso porque, em casos como na execução penal a LEP obriga de forma coercitiva a coleta do material genético, isso como prever o art. 9º - A da Lei de execução penal, vejamos:

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, **obrigatoriamente**, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

Quando a redação traz a "obrigatoriamente" de forma expressa, há de se questionar a ocorrência de uma violação ao princípio da não autoincriminação previsto na Constituição Federal. Também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, o princípio da não autoincriminação prevê que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, logo o armazenamento de DNA de forma definitiva é uma clara violação do dispositivo.

A recusa de fornecimento de material genético que não seja de maneira voluntária acarretará o uso da força para que o DNA possa ser extraído, além do mais irá acarretar falta grave, conforme entendimento expresso da LEP Art. 9º - A, § 8º "Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético".

Ainda que esta coleta não seja invasiva ao entendimento do legislador, sua coleta forçada e obrigatória após condenação transitada em julgado parece possuir caráter de inconstitucionalidade. Embora o mecanismo de coleta não seja na prática invasivo, a sua recusa e coleta compulsória acaba por incidir na violação do direito de intimidade e personalidade conferido na Constituição Federal.

2.1. O princípio constitucional da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)

O princípio constitucional da não autoincriminação é uma garantia fundamental presente em diversas constituições ao redor do mundo, incluindo a

Constituição Federal brasileira. Ele estabelece que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, ou seja, ninguém pode ser forçado a confessar um crime ou a fornecer informações que possam incriminá-lo. sendo, portanto, uma cláusula pétrea, que apenas pode ser modificada para fins de aprimoramento e nunca para extinção dos direitos, o texto dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Este princípio é corriqueiramente encontrado nos Estados Democráticos de Direito e que possuem como base o Garantismo Penal, assim leciona Ferrajoli, vejamos:

Nemo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela "tortura espiritual", como a chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o "direito ao silêncio", nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.

Esse princípio é fundamental para a proteção dos direitos individuais e para garantir que as pessoas não sejam alvo de abusos ou arbitrariedades por parte do Estado. Ele está presente em diversos momentos do processo penal, como na fase de investigação, na produção de provas e no julgamento em si.

O impacto constitucional desse princípio é enorme, uma vez que ele está diretamente relacionado à proteção dos direitos fundamentais e à garantia de um julgamento justo. Ele assegura que as provas produzidas durante o processo penal sejam de forma lícita e não violando os direitos dos acusados.

Além disso, o princípio da não autoincriminação também tem impacto na forma como as autoridades conduzem os inquéritos criminais. Ele impede que os investigadores usem táticas coercitivas ou intimidatórias para obter confissões ou informações dos acusados, garantindo que o processo penal se desenvolva de forma

justa e equilibrada.

"O princípio da não autoincriminação representa a **garantia de que o acusado não será obrigado a produzir prova contra si** mesmo. Ele implica a **proteção à tortura, ao constrangimento físico ou moral, à ameaça, à promessa de vantagem e a qualquer outra forma de violência ou coação psicológica**" (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 248).

2.2 A colisão entre a obrigatoriedade da identificação do perfil genético e o princípio da não autoincriminação

A aprovação do Pacote Anticrime do sistema judiciário brasileiro trouxe diversas alterações, inclusive a alteração do art.9º-A da Lei de Execução Penal.

Sabe-se que o Brasil não possui recursos financeiros suficientes para lidar com a gestão de serviços públicos tendo em vista a sua situação atual financeira. De acordo com Patrick Cacicedo, Defensor Público do Estado de São Paulo, em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) 2019:

"Há três décadas, o sistema penitenciário brasileiro sofre com um aumento populacional sem precedentes em nossa história, o qual vem acompanhado de sensível piora nas condições de aprisionamento. O processo de encarceramento em massa que vive o Brasil e suas deletérias consequências deveriam pautar todos os projetos de reformas penais com responsabilidade constitucional; afinal, o quadro que se apresenta contrasta com os objetivos fundamentais da República ao reproduzir as desigualdades sociais, a marginalização e a pobreza, além de promover preconceitos, especialmente o de raça, e violar de forma cada vez mais acentuada a dignidade humana."

A ampliação da extração obrigatória de perfil genético prevista no Pacote Anticrime, contém uma visão equivocada de redução de criminalidade traduz o chamado "fetiche normativista", assim nomeado por Alberto Binder (Fundamentos para uma reforma da Justiça Penal, 2017), segundo o qual as autoridades públicas utilizam o sancionamento de leis como tentativa de coibir as práticas criminosas.

No entanto, a realidade é que esse tipo de legalidade é utilizado para mascarar o fracasso do estado com relação a não implementação de instrumentos de políticas públicas efetivas.

Há de se questionar o conflito legislativo entre o novo texto normativo previsto no Art.9º - A da LEP trazida pelo pacote anticrime se tratando diretamente sobre a coleta de perfil genético do indivíduo que está cumprindo pena no conjunto penal.

Uma vez que traz a obrigatoriedade por parte do agente que deve ceder a esse meio coercitivo no qual o Estado o opõe em disponibilizar o seu material genético ao banco de dados, acarretando sua negativa em falta grave.

As consequências que a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de extração do perfil genético como uma falta grave o podem causar danos que refletem em seu cumprimento de sua pena, em casos de condenados, a coleta compulsória de material genético pode ser vista como uma violação desse princípio, uma vez que obriga o acusado a fornecer um elemento probatório que pode ser usado contra ele em futuros processos criminais.

A obrigatoriedade de submissão do condenado à identificação do perfil genético, prevista no artigo 9-A da Lei de Execução Penal, deve ser interpretada à luz do princípio da não autoincriminação, que garante ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo. Nesse sentido, é importante ressaltar que a coleta de material genético deve ser realizada de forma voluntária, sem qualquer tipo de pressão ou constrangimento ao condenado, sob pena de violação desse importante princípio constitucional. (GONÇALVES, Víctor Eduardo Rios. Execução penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 292).

Logo, fica evidente os prejuízos que podem ser alcançados aos condenados que se recusarem a ceder o material genético, pois a lei está atuando, portanto, como forma de punição, visto que de forma disfarçada tenta inibir a recusa dos mesmos.

Nesse contexto, é importante garantir que a coleta de material genético seja realizada de forma voluntária, sem qualquer tipo de pressão ou constrangimento ao condenado, sob pena de violação do princípio da não autoincriminação. Além disso, é necessário estabelecer a proteção dos dados genéticos coletados, a fim de evitar que sejam usados de forma ilimitada ou para fins discriminatórios, vejamos:

O direito à não autoincriminação tem como finalidade resguardar a liberdade humana e a liberdade individual do acusado, impedindo que este seja constrangido a produzir provas contra si mesmo, em uma clara violação ao princípio do in dubio pro reo. A coleta compulsória de material genético, em casos de condenados, pode entrar em conflito com essa garantia fundamental, o que torna necessário equilibrar a necessidade da identificação do perfil genético com o respeito aos direitos fundamentais, garantindo que a coleta seja realizada de forma voluntária e sem qualquer tipo de coerção ou pressão ao acusado. (SILVA, Marco Antonio Marques da. Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 230).

3. O PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO VIOLA O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O procedimento em si não viola o princípio da não autoincriminação quando estamos relacionando com a investigação e no momento da instrução, que a coleta de dados é feita de forma não incisiva, respeitando o direito do acusado.

Na investigação por exemplo pode ser feita por meio do estudo forense do local do crime e se assim o acusado quiser fornecer de forma livre seu material genético para a colaboração da investigação.

A falta de permissão ou ação do Estado de forma coercitiva na investigação e até mesmo na instrução acarreta prova ilícita, que deve ser retirada de imediato dos autos do processo, tendo em vista que é expressamente uma forma de anulação da ação, “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

Caso venha afetar a justa causa, ou seja, os indícios de autoria e materialidade pode ser considerada uma causa de nulidade de toda ação.

Ao princípio da não autoincriminação, encontra-se associada a vedação da prova ilícita. Tal princípio exigiu ao Estado o dever de não exigir dos indivíduos a produção de provas que podem vir a incriminá-los, resguardando assim sua proteção e liberdade. A prova ilícita é aquela cumprida com violação aos direitos e garantias fundamentais, devendo ser excluída do processo, uma vez que sua admissão significaria a legitimação do desrespeito aos direitos individuais, fragilizando assim o sistema de proteção dos direitos humanos. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62)

É possível enxergar que o procedimento de coleta do material genético durante essas etapas, tanto no procedimento administrativo (investigação) quanto no procedimento da ação garante a constitucionalidade de defesa ampla ao suposto réu, não ocorrendo assim uma coação estatal e sim uma efetivação constitucional de se defender e garantindo também ao Estado o *jus postulandi*.

Mas quando falamos da coleta de material genética prevista no Art.9º-A da Lei de Execução Penal prevemos uma inconstitucionalidade visível trazida pelo Pacote Anticrime, onde prever de forma coercitiva a coleta de tal material.

O indivíduo que se encontra cumprindo pena, terá seu DNA coletado e a presente recusa acarreta falta grave, afetando assim vários benefícios previstos na própria LEP, além de afetar diretamente o princípio constitucional, uma vez que o agente quando sair do conjunto penitenciário já se encontrara com uma “mira do

estado” em suas costas, ou seja, uma prova pré-constituída de forma ilícita, colhida no momento de fragilidade do indivíduo.

A forma que o Estado procura solucionar crimes futuros é irônico, uma vez que até mesmo os delitos cometidos no momento presente da instrução criminal há tantos erros procedimentais, processuais e materiais apenas por ter tamanha cede em apontar um culpado.

Não há de se aceitar a normalidade de tamanha divergência legislativa, o presente art. 9º-A viola tanto a própria LEP, o Código de Processo Penal, mas também a Constituição do nosso País. O retrocesso que vemos aqui hoje trata-se de mais uma injustiça do Estado democrático de Direito, onde prega a ressocialização, mas adota para si uma forma de pena perpétua ao povo.

3.1 Existe violação Constitucional quanto ao procedimento de identificação do perfil genético?

Apesar de ainda ser considerada constitucional a referida lei, que entrou em vigência com o pacote anticrime nº 13.964/2019, já existem discussões acerca da possível inconstitucionalidade da mesma, entretanto o Supremo Tribunal Federal, (STF) ainda não se pronunciou especificamente sobre o tema.

A análise que devemos fazer a respeito da determinação que impõe de forma obrigatória o armazenamento de DNA, é a respeito da violação ao princípio da não autoincriminação, também conhecido como *nemo tenetur se detegere*, previsto no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal.

Se tal princípio constitucional permite que o acusado tenha o direito de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, lhe garantindo o direito de ficar em silêncio, é certo que o mesmo não deve tomar nenhuma conduta positiva para contribuir com o processo, que tem por fim lhe auto prejudicar.

Afinal de contas no direito penal, a colheita de provas é uma tarefa que geralmente cabe às autoridades responsáveis pela investigação criminal, que têm o dever de coletar todas as evidências relevantes para esclarecer os fatos e determinar a autoria de um crime. Ocorre que todo o trâmite de obtenção de provas deve ser feito de acordo com os princípios legais, respeitando os direitos fundamentais dos envolvidos, como o direito à privacidade e o tão comentado princípio da não autoincriminação.

A determinação obrigatória do armazenamento do material genético, em tese viola o princípio da não autoincriminação, pois o acusado se vê coagido a fornecer o seu material, visto que a sua recusa configura a prática de falta grave o que acarretaria inúmeros prejuízos na execução da sua pena, como por exemplo, a interrupção da contagem de prazo para progressão de regime, a regressão do regime, revogação de até 1/3 do tempo de remido, dentre outros reflexos.

Portanto, ao determinar a colheita obrigatória do material genético do acusado, e ao coagir o mesmo a atuar de forma positiva no processo, que por consequência irá prejudicar ele mesmo, visto que contribuirá a produzir elementos probatórios para sua eventual e futura condenação, o Estado estaria claramente violando o princípio da não autoincriminação, pois age de forma contraditória ao que o referido princípio defende.

3.2 Entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a tema

Neste momento iremos analisar alguns doutrinadores que argumentam e defendem que a imposição de armazenamento de DNA na Lei de Execução Penal de forma obrigatória viola o princípio da não autoincriminação pois entra em contradição com o instituto de proteção dos direitos individuais e constitucionais.

Uma das vozes importantes sobre o tema acerca de sua relação com o princípio da não autoincriminação é do jurista e professor brasileiro Luiz Flávio Gomes, onde argumenta que o armazenamento obrigatório de DNA de condenados, previsto na Lei de Execução Penal (LEP), viola o referido princípio.

Segundo Luiz Flávio Gomes (2011), a coleta compulsória de material genético para o armazenamento de DNA fere a não autoincriminação porque obriga o condenado a produzir provas contra si mesmo. Ao ser forçado a fornecer seu DNA, o indivíduo estaria sendo obrigado a contribuir para sua própria condenação ou agravamento de sua pena em casos futuros.

Ele argumenta que a não autoincriminação é um direito fundamental que visa proteger o acusado ou condenado de qualquer obrigação de se autoincriminar, seja por meio de declarações ou pela produção de provas. Portanto, a coleta obrigatória de DNA, que pode ser utilizado como prova incriminadora em futuros processos, estaria em conflito com esse princípio.

Luiz Flávio Gomes destaca que o armazenamento compulsório de DNA não é adotado em todos os países e que sua eficácia na solução de crimes ainda é objeto de debate. Além disso, ele enfatiza a importância de se buscar um equilíbrio entre a eficiência investigativa e a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Também há de se falar do doutrinador brasileiro Aury Lopes Jr, renomado na área do Direito Processual Penal, onde também se posiciona de forma positiva quando o questionamento é sobre a violação do princípio da não autoincriminação e armazenamento compulsório de DNA na LEP (Lei de Execução Penal).

Professor Lopes Jr. (2013) argumenta que a coleta forçada de material genético para fins de armazenamento e uso posterior como prova em investigações criminais representa uma forma de autoincriminação, pois obriga o indivíduo a produzir provas contra si mesmo.

Sabendo-se que o princípio da não autoincriminação é uma garantia fundamental do indivíduo, que visa proteger sua dignidade e sua liberdade de não ser forçado a colaborar com sua própria incriminação, o armazenamento compulsório de DNA sem o consentimento prévio seria contrário a esse princípio, uma vez que impõe a coleta e o uso de informações genéticas contra a vontade do indivíduo. O mesmo destaca a importância de equilibrar a investigação criminal com os direitos e garantias fundamentais do acusado, a fim de evitar abusos e violações de direitos. Ele ressalta que a coleta de DNA deve ser feita de forma proporcional, com respeito aos direitos individuais e à presunção de inocência, evitando o uso indiscriminado e desproporcional dessa técnica de investigação.

A respeito das jurisprudências sobre o tema uma grande parte dos julgados adota o entendimento que a coleta de DNA de forma obrigatória para crimes hediondos é plenamente constitucional, sendo plenamente contrário à nossa tese vejamos a ementa do julgado do TJ-MG:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - COLETA DE MATERIAL GENÉTICO DO APENADO - PREVISÃO NO ART. 9º-A, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - INSERÇÃO PELA LEI 12.654/2012 OBRIGATORIEDADE - IMPOSSIBILIDADE-MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO MAGISTRADO AQUO - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. Não há como compelir o condenado a fornecer material que entenda lhe ser desfavorável, ainda que por técnica indolor, sob pena de violação da garantia de não autoincriminação e em obediência ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. V.: A coleta de material genético, prevista no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, obrigatória para aqueles condenados por crimes dolosos cometidos com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos não viola o princípio da não autoincriminação. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Agravo em Execução Penal: AGEPN XXXXX-64.2014.8.13.0000 Belo Horizonte).

Decisões como essas foram alegadas em todos os Tribunais do País, entretanto é de se duvidar dessa avalanche de decisões judiciais, uma vez que não estão agindo de forma garantista perante a Constituição Federal vigente no Brasil, além do mais agindo de forma inconstitucional uma vez que uma norma inferior está ferindo a norma máxima de superioridade.

Vale ressaltar que houve um entendimento também no TJMG a respeito do tema aqui debatido na 6ª Câmara Criminal pela relatora Luziene Barbosa Lima onde a MM. Concedeu parcialmente o pedido da Defensoria Pública, que solicitava a negativa da coleta do material genético do detento e o Ministério Público contrário a esse pedido alegou a obrigatoriedade, desta maneira foi decidida pela ilustríssima MM. que o apenado só deveria conceder seu material genético por vontade própria, sem se submeter de forma obrigatória a esta coleta, vejamos a Ementa do julgado:

EMENTA: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL - ARTIGO 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DO APENADO - CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO DESDE QUE ASSEGURADO O DIREITO DE RECUSA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO - RECURSO DESPROVIDO. A Lei nº 12.654/2012 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. Não há como compelir indivíduo a fornecer material que entenda lhe ser desfavorável, sob pena de violação da garantia de não- autoincriminação e em obediência ao princípio do "*nemo tenetur se detegere*". (Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Agravo em Execução Penal: AGEPN XXXXX-59.2014.8.13.0000 Patrocínio)

Concordamos plenamente com o posicionamento aqui estabelecido, uma vez que a MM. agiu de forma garantista sobre o caso concreto e introduziu exatamente o que foi discutido em todo o artigo aqui exposto, ou seja, a efetivação da não obrigatoriedade da coleta deste material genético.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao aqui exposto, conclui-se que as mudanças trazidas pela Lei 13.964/19 nas quais afetou diretamente a lei de Execução Penal encontra-se viciada, em vista que afeta diretamente o princípio e garantia constitucional de não gerar prova contra si mesmo, ou seja, é vedado a autoincriminação.

Importante salientar que é de entendimento comum que o Brasil não possui recursos financeiros suficientes para lidar com a gestão de serviços públicos tendo em vista a sua situação atual financeira, tema este que deixamos para outra discussão.

Portanto, o argumento utilizado para alegar a efetividade da coleta de perfil genético como forma de elucidar a prática de novos crimes torna-se ilógica, tendo em vista que os crimes dolosos cometidos com violência contra pessoa previstos no art., 9º-A na Lei de Execução Penal são os delitos que possuem o menor índice de reincidência.

Fica evidente durante todo o artigo científico que a reforma feita no Art.9º-A da Lei de Execução Penal, por consequência da Lei nº 13.964/2019 traz uma ação falha do estado em tentar repelir futuros delitos, gerando assim uma inconstitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro visto que viola princípios constitucionais e garantias fundamentais previstos no Art.5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVARES GONZALEZ, Susana. **Direito à privacidade e informação** em: ALVARES GONZALEZ, Susana; GARRIGA DOMINGUEZ, Ana (dir.). Um novo desafio para os direitos fundamentais: dados genéticos. Madri: Dykinson, 2017.

BINDER, Alberto. **Fundamentos Para a Reforma da Justiça Penal** (Volume 1). Tirant Lo Blanch Brasil; 1ª edição, 1 de janeiro de 2017. Acesso em: 15/06/2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei nº Lei N° 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 25/02/2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 26

de outubro de 2022.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-04102010-141930/>>. Acesso em: 27 de outubro de 2022.

CACICEDO, Patrick. **Notas críticas sobre a execução penal no Projeto “Anticrime”**. Instituto Brasileiro De Ciências Criminais, 2019. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6318-Notas-criticas-sobre-a-execucao-penal-no-Projeto-Anticrime>. Acesso em: 20 junho de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Revista Livraria Almeida Coimbra. 1993.

CROCE, Delton, JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de Medicina Legal**. 7. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2012

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 292. Acesso em: 03/04/2023.

GOMES, Luiz Flavio. **Banco de dados de DNA é aprovado pelo Senado**. G1-Globo, 2011. Disponível em: <<https://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/09/banco-de-dados-de-dna-e-aprovado-pelo-senado.html>> Acesso em: 03 de março de 2023.

JUSBRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Agravo em Execução Penal: AGEPN XXXXX-59.2014.8.13.0000 Patrocínio**. Acesso em: 17/05/2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/939951724>>

JUSBRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Agravo em Execução Penal: AGEPN XXXXX-64.2014.8.13.0000 Belo Horizonte**. Acesso em: 17/05/2023. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/939925461>>.

LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62. Acesso em: 25 de agosto de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 248. Acesso em: 20/01/2023.

RODRIGUES, Claudemir, Pablo Abdon Da Costa Francez. **Introdução à Biologia**

Forense 3ª Edição. 2022. Editora: Millennium. Acesso em: Janeiro de 2022.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Farias. **Os impactos do pacote anticrime no banco nacional de perfis genéticos.** Disponível em: <<http://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/40/296>>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

SILVA, Mariana Lins de Carli. **Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético.** Disponível em: <<http://ibccrim.org.br/noticias/exibir/215>>. Acesso em: 26 de outubro de 2022.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Curso de processo penal.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 230). Acesso em: 11/03/2023.

STJ, VAZ Laurita. **Coleta de material genético não afronta garantia de proibição de autoincriminação.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-08-01_10-09_Coleta-de-material-genetico-nao-afronta-garantia-de-proibicao-de-autoincriminacao.aspx>

ZAFFARONI, E. R. **O Inimigo no Direito Penal.** Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Acesso em: 05 de janeiro de 2023.