

A OBRIGATORIEDADE DA CESSÃO DE DADOS GENÉTICOS POR PARTE DOS APENADOS PREVISTO NO ROL DO ART. 9º-A DA LEP E SEU IMPACTO SOBRE O PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Athílio Henzo Sena Carvalho Rocha¹

Maria Clara Silva Martins²

Juliano de Oliveira Leonel³

RESUMO: No Brasil, apesar do advento de sua Constituição e do fenômeno do Neoconstitucionalismo, ainda há certa resistência ao cumprimento dos ditames constitucionais, sobretudo os relacionados ao sistema penal. Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar os impactos da obrigatoriedade da cessão de dados genéticos por parte dos apenados previstos no rol do art. 9º-A da Lei de Execução Penal e a consequente falta grave prevista no §8º do referido artigo sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*. A metodologia de análise será a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, através da consulta de obras, legislações e jurisprudências brasileiras acerca da problemática. Ao fim, conclui-se submissão do apenados à coleta compulsória de seu perfil genético afronta a Constituição Federal de 1988, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez que viola o direito do indivíduo de não participar ativamente da produção de provas que lhe seja prejudicial, o *nemo tenetur se detegere*, além de transgredir outros princípios constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade do indivíduo, o que demonstra o caráter inquisitorial ainda vigente no ordenamento jurídico brasileiro, em contrassenso ao que é imposto pela constituição cidadã.

Palavras-chave: Nemo Tenetur se Detegere. Princípio da Não Autoincriminação. Prova Genética.

331

ABSTRACT: In Brazil, despite the advent of its Constitution and the phenomenon of Neoconstitutionalism, there is still some resistance to compliance with constitutional dictates, especially those related to the criminal system. Thus, this article aims to analyze the impacts of the mandatory transfer of genetic data provided by the convicts in the list of art. 9-A of the Criminal Execution Law and the consequent serious misconduct provided for in §8 of determined article on the *nemo tenetur se detegere* principle. The methodology of analysis will be the dogmatic-legal research of a bibliographical nature, through the consultation of Brazilian works, legislation and jurisprudence about the problem. In the end, it is concluded that the submission of the convict to the compulsory collection of his genetic profile is an affront to the Federal Constitution of 1988, as well as the American Convention on Human Rights, since it violates the individual's right not to actively participate in the production of evidence that is harmful, *nemo tenetur is detegere*, in addition to violating other constitutional principles, such as due process of law, ample defense, adversarial proceedings, the presumption of innocence, the dignity of the human person and the rights of the individual's personality, which demonstrates the inquisitorial character still in strength in the Brazilian legal system, on the contrary of what is imposed by the citizen's constitution.

Keywords: Nemo Tenetur se Detegere. Privilege Against Self-Incrimination. Genetic Evidence.

¹Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8385-8309>.

²Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-4522-1267>.

³Professor do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3012-0698>.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se volta ao estudo da inquisitorialidade do ordenamento jurídico vigente que, mesmo com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e do Neoconstitucionalismo, cujo teor consagrou o princípio acusatório no Processo Penal e a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro, mantém-se produzindo seus efeitos.

Esclarecido esse aspecto, tem-se como delimitador do tema a Lei de Execução Penal (LEP) à luz da CRFB/88 e a análise da obrigatoriedade da cessão de dados genéticos por parte do rol de apenados previsto no art. 9º-A da LEP, a consequente instituição de falta grave àquele que se recusar a fazê-lo, conforme art. 9º-A, §8, da LEP, e seus impactos sobre o princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, materializado através do princípio constitucional do direito ao silêncio e do direito de não depor contra si e nem declarar-se culpado, previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992).

Assim, o problema de pesquisa do presente estudo se materializa da seguinte forma: em que medida a obrigatoriedade da cessão de dados genéticos por parte dos apenados previsto no art. 9º-A da LEP e a constituição de falta grave na sua recusa, nos termos do art. 9º-A, §8º, da LEP, impactam o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*?

332

O desenvolvimento da pesquisa em voga se dará através de revisão bibliográfica acerca do tema compulsoriedade da cessão de dados genéticos, princípio acusatório e violação ao direito da autodefesa negativa, o *Nemo Tenetur se Detegere*, visando demonstrar que, apesar da entrada em vigor da CRFB/88, o sistema inquisitório ainda vige em nosso ordenamento jurídico, violando princípios atinentes ao Poder Originário Constituinte e suas regras de aplicabilidade.

Dessa forma, o presente estudo se justifica pelo fato de buscar demonstrar os resquícios inquisitoriais ainda presentes na em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o rol de apenados previsto no art. 9º-A da LEP é obrigado a submeter-se à “identificação do perfil genético” sob pena de sua recusa caracterizar-se como falta grave, tal como é exposto no §8º do referido artigo da LEP, violando o princípio da ampla defesa estabelecido como um direito e garantia fundamental, no art. 5º, LVIII, da CRFB/88.

A fim de alcançar a conclusão deste trabalho, em um primeiro momento, à luz do art. 9º-A da LEP, do art. 5º, LVIII, da CRFB/88 e da própria gramática brasileira, o presente trabalho propõe-se a diferenciar a referida obrigatoriedade por parte desses apenados como meio de identificação criminal ou como meio de produção de provas antecipada. Em um segundo

momento, haverá a análise do princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, a fim de sequenciar os impactos no referido dispositivo, além de discorrer acerca dos princípios relacionado ao privilégio da não autoincriminação. Em seguida, buscar-se-á discutir a problemática enfocada na obrigatoriedade da cessão de dados genéticos por parte dos apenados e a instituição de falta grave àqueles que se recusarem sobre o princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*, com enfoque na Gestão da Prova, à luz do Sistema Acusatório, consagrado pela CRFB/88, visando investigar os referidos impactos sob à óptica do sujeito como pessoa, não objeto de direito. Por fim, buscaremos averiguar os impactos jurídicos e, conseqüentemente, sociais que o referido Banco de Dados gera ao apenado, uma vez que não lhe resta alternativa senão contribuir com produção de provas contra si próprio.

No trabalho, será utilizado como metodologia de análise a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, através da consulta de obras, legislação e jurisprudências brasileiras acerca da problemática. A presente pesquisa tem como objetivo principal a análise da compulsoriedade da cessão da dados genéticos por parte dos condenados previstos no rol do art. 9º-A da LEP à submissão obrigatória ao perfilamento do perfil genético, bem como contribuir com o desenvolvimento do debate acerca do mencionado tema, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia.

2 DO USO DO TERMO “IDENTIFICAÇÃO” COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA DE UM POSSÍVEL DELITO FUTURO

Com a finalidade de facilitar a compreensão acerca do que será abordado no presente estudo, este tópico terá como finalidade distinguir a identificação criminal da prova penal, bem como apontar a finalidade da coleta do material genético no processo penal.

Ao partirmos da conceituação básica de “identificar”, este verbo é definido como o ato de determinar a identidade de um sujeito (FERREIRA, 1999, p. 1071). Já o substantivo “identidade” tem como um de seus conceitos o agregamento de fatores que distinguem um sujeito dos demais, portanto, “suas características próprias e exclusivas.” (FERREIRA, 1999, p. 1070). Logo, pelo menos gramaticalmente, chegamos à conclusão de que o termo se refere ao ato de provar ou reconhecer a identidade de alguém, com o objetivo de distinguir um indivíduo dos demais.

Tendo esclarecido a finalidade da identificação, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, LVIII, que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 1988). Partindo dessa premissa, extraímos duas informações: a primeira refere-se ao fato de que aquele civilmente identificado, em regra, não se

submeterá à identificação criminal; a segunda, que a identificação criminal somente será necessária de acordo com as hipóteses que forem determinadas em lei.

Em decorrência do referido artigo constitucional, a Lei 12.037/2009 foi publicada, trazendo em seu art. 2º os documentos que servirão para comprovar a identidade civil de um sujeito e, em seu art. 3º, expõe as hipóteses em que a identificação criminal poderá ocorrer (BRASIL, 2009). Partindo de uma leitura crítica, é perceptível que o rol desse artigo é taxativo, logo, somente pode haver identificação criminal em duas hipóteses: quando houver dúvida quanto à identidade civil ou necessidade da investigação (BADARÓ, 2021).

Contudo, um dos objetivos desse estudo é abordar sobre aspectos da mencionada lei, em relação à coleta de dados genética. Nesse liame, o art. 5º, parágrafo único, da Lei 12.037/2009, indica que, quando “a investigação for essencial às investigações policiais”, a coleta do material genético do investigado poderá ocorrer (BRASIL, 2009). É perceptível que não foi indicado um rol de crimes para a aplicação dessa hipótese, ao contrário do que determina a Lei de Execução Penal, art. 9º-A, cujo rol da coleta do DNA é taxativo (BRASIL, 1984), logo, é possível que na investigação de qualquer crime, desde que seja “essencial”, possa haver a coleta do material genético do investigado (LOPES JÚNIOR, 2023).

Muito embora a constitucionalidade questionável do art. 3º, IV e 5º, parágrafo único, 334 ambos da Lei 12.037/2009, não sejam o objeto de estudo deste artigo, servem como parâmetro para a fundamentação deste, afinal, como mencionado, o objetivo da identificação é individualizar o sujeito. Nas palavras de Junqueira e Martins (2021), se a coleta do material genético do investigado é imprescindível para a investigação policial, a finalidade desta medida não é a identificação, mas a comprovação de que o sujeito praticou o crime, ou seja, serve como coleta de provas.

Tendo esclarecido esse aspecto, partimos ao teor da Lei de Execução Penal, que já em seu art. 1º dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). Tal dispositivo legal já determina que o indivíduo sujeito à Lei de Execução Penal é, justamente, o condenado. Ora, e quem é o condenado? O sujeito que já figurou no polo passivo de todo o processo, desde a denúncia, até a sentença criminal condenatória transitada em julgado.

Assim, nas palavras de Roig (2021), a execução penal é, contra a vontade do apenado, a colocação em prática do que foi determinado pelo comando contido na sentença. Logo, é um

contrassenso pensar na hipótese de identificar um sujeito condenado, uma vez que esse sujeito condenado já passou pela fase de identificação, seja civil ou criminal, antes mesmo da existência do processo, durante o Inquérito Policial.

Mas, o supracitado contrassenso começa a alinhar-se, voltando a fazer sentido quando observamos o art. 9º-A, §2º, da Lei de Execução Penal, descrever que “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” (BRASIL, 1984).

Da leitura do mencionado dispositivo, é visível, nas palavras de Giamberardino (2021), que o objetivo real por trás da identificação do perfil genético dos condenados mencionados no rol do art. 9º-A, *caput*, da Lei de Execução Penal, nada mais é que desincumbir o Estado do papel de busca ativa pela autoria de um delito, tornando um ônus do condenado, com identificação realizada ainda no curso do inquérito, anterior a existência de qualquer condenação contra si.

Ademais, quando consta no art. 9º-A, §8º, e art. 50, VIII, da Lei de Execução Penal, que constitui falta grave a recusa do apenado em fornecer seus dados genéticos (BRASIL, 1984), o Estado-Legislador afrontou a própria Constituição Federal da República do Brasil de 1988, que em seu art. 5º, LV, consagrou o direito ao contraditório e a ampla-defesa, e no art. 5º, LXIII, o Direito ao Silêncio, corolário do *Nemo Tenetur se Detegere*.

Debatendo ainda o que foi tratado, tal violação da norma constitucional pela norma infraconstitucional, além de ir contra o próprio Estado de Direito, expõe o caráter inquisitorial contemporâneo, uma vez que o sujeito de direito está sendo colocado em um papel de objeto de direito, o que resulta em violação aos direitos e garantias fundamentais, além de afrontar o interesse público (LOPES JÚNIOR, 2023).

Assim, tendo em vista todo o escopo fático abordado, evidencia-se, portanto, que o art. 9º-A da Lei de Execução Penal não exige uma identificação criminal do sujeito condenado, mas sim, uma prévia produção probatória da possível prática de um ilícito penal do apenado, fazendo com que o supradito indivíduo assuma a função que compete ao Estado fornecer, qual seja, a prova penal.

3 O PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Como mencionado, o real objetivo da coleta de dados genéticos é a produção antecipada de um possível crime futuro, assim, deve o condenado ter direito ao silêncio, consagrado pela Constituição de 1988 e pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

Tal direito é uma das manifestações do princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, que assegura ao indivíduo a faculdade não produzir provas contra si, uma vez que, como leciona Lopes Júnior (2023), é uma possibilidade do sujeito. Além disso, este é, também, uma decorrência do próprio princípio da dignidade humana, visto que, a partir de então, com a consagração de deste instituto jurídico, nas palavras de Queijo (2012) e de Lopes Júnior (2023), o indivíduo que é alvo do processo penal, passa a ser considerado como um sujeito de direito, não mais um mero objeto.

Tendo esclarecido esses breves aspectos, é importante consignar brevemente quais circunstâncias históricas promoveram o desenvolvimento do presente princípio e suas implicações no direito moderno, sobretudo o brasileiro.

3.1 Breve Contexto Histórico

O princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, ao ser reconhecido, transformou-se em uma norma classificada como imprescindível ao estudo teórico acerca da justiça criminal (SILVANO, 2017). Nessa linha, aponta Queijo (2012) que o princípio em questão se trata de um instituto que promove as garantias do indivíduo, tratando-o como sujeito de direitos. Essa visão deve ser compreendida como um marco de superação do obsoleto sistema inquisitorial, marcado pela valoração do réu como um objeto de provas, tendo como objetivo principal a busca da “verdade real”, independentemente dos meios empregados.

336

Historicamente, vale-se dos registros da Idade Média como um marco do desrespeito às garantias do sujeito como pessoa humana, detentora de dignidade, marcada especialmente pelo desrespeito ao que hoje foi consagrado em nosso ordenamento jurídico como *nemo tenetur se detegere*, em que se valia de qualquer meio para apurar a “verdade real” dos fatos, inclusive a tortura, uma vez que o acusado era culpado até que se provasse o contrário (QUEIJO, 2012). Ressalta-se, contudo, que o referido período é uma parte da evolução civilizatória da sociedade, acerca, especialmente, daquilo que não se quer mais, mas traz-se à baila uma vez que, apesar de ter sido superado pela idade “moderna” e “contemporânea”, os ideais inquisitórios permanecem produzindo efeitos.

Com o advento da idade moderna, e o florescimento do iluminismo, solidificou-se uma oposição à produção de provas contra si, reconhecendo a existência do antinaturalismo, que era a “declaração autoincriminativa” (QUEIJO, 2012, p. 28). Beccaria (2015) já se opunha à tortura, em seu clássico, uma vez que admitia que uma pessoa não poderia ser sua própria acusadora, aduzindo que é insidioso um indivíduo fazer surgir a verdade por meio deste meio, uma vez que

a verdade não está em seus músculos. Nesse sentido, a verdade sequer pode ser alcançada, uma vez que ocorreu no passado e este já não o é, sendo impossível reproduzi-la, por ser abstrata (LOPES JÚNIOR, 2023).

Além disso, a construção iluminista do princípio *nemo tenetur se detegere* apresentava divergência, tendo em vista que era muito recente a superação da “idade das trevas”. No Brasil, os resquícios inquisitoriais perduram até hoje, em que o condenado é obrigado, a nível de exemplificação, a passar pelo crivo da cessão compulsória de material genético para “identificação criminal”, cujo objetivo, já esclarecido, é o de produzir prova de um possível delito futuro.

Dessa forma, feito este breve introito às circunstâncias que trouxeram à lume o direito à não autoincriminação, passemos a esclarecer os princípios relacionados ao referido direito.

3.2 Princípios Relacionados ao *Nemo Tenetur se Detegere*

Tendo esclarecido que o princípio da não autoincriminação é uma consequência da evolução civilizatória e da superação do marco histórico do homem como objeto e não sujeito de direito, se faz mister demonstrar a quais princípios o direito de não produzir provas contra si está relacionado.

Decorre, como sugere Millani (2015), do privilégio da não autoincriminação o princípio da presunção de inocência, uma vez que este relaciona-se à distribuição da carga probatória e, como o sujeito é inocente até a sentença condenatória transitada em julgado, assevera Lopes Junior (2023) que o silêncio do acusado não pode gerar presunção de culpabilidade acerca da conduta apontada, sendo um ônus exclusivo da acusação comprovar a autoria e um delito. Assim, defende Silvano (2017), que o homem é um ser racional e, como tal, não pode ser colocado em um papel ativo na produção de provas, devendo esta ser uma faculdade, uma decorrência da sua presunção de inocência e do princípio acusatório. Ademais, embora esteja sendo abordado sobre os sujeitos já condenados, estes são, para todos os efeitos, inocentes ante acusações de práticas delituosas futuras, até que uma sentença confirme a situação de condenado, ônus exclusivo, como assinala Junqueira e Martins (2020), da acusação. Nesse viés, Nader Neto (2017) afirma que ao acusado não compete a comprovação de sua inocência, posto que o é.

Assevera ainda Millani (2015) que não é possível dissociar o privilégio da não autoincriminação do devido processo legal, nesse sentido, tanto esse quanto àquele, são direitos previsto na Constituição Federal de 1988 em seu título II, que trata dos direitos e garantias

fundamentais. Aponta o art. 5º, LIV, da Constituição Federal que o devido processo legal é uma obrigação para privar um sujeito de sua liberdade ou de seus bens (BRASIL, 1988). Além do mais, Silvano (2017), ao fazer alusão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, defende que o conjunto dos direitos previstos no rol do art. 8º, da CADH, conforme interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, são um rol exemplificativo, sendo sua obediência um mínimo obrigatório para que se respeite o devido processo legal. Aduz, ainda, Junqueira e Martins (2020) que o princípio *nemo tenetur se detegere* é uma das dimensões do devido processo legal.

Aponta Queijo (2012) que o princípio da não autoincriminação está intimamente ligado à ampla defesa, defendendo, nessa linha, que se manifesta através da autodefesa negativa, caracterizada, como leciona Lopes Júnior (2023), pela não produção de provas que possam prejudicar a defesa do acusado. Nesse sentido, Badaró (2021) instrui que o direito de defesa, de onde se extrai a ampla defesa, possui duas vertentes: a primeira, relacionada à autodefesa, e o segundo, à defesa técnica. A autodefesa, nesse sentido, é a prerrogativa do próprio acusado poder influenciar no convencimento do juízo, assim, Millani (2015) discorre que é uma garantia do acusado utilizar-se da ampla defesa da maneira que lhe seja mais proveitosa, renunciando-a se assim lhe for mais favorável.

338

Há também o direito ao contraditório, que Badaró (2019) é o meio necessário para que a prova tenha validade, uma vez que somente há prova se respeitado o contraditório. Ainda defende que processo sem contraditório não é processo, mas sim procedimento (BADARÓ, 2021). Nesse sentido, abaliza Millani (2017) que este princípio confere à parte a sua participação no processo propriamente dita, além de abranger o princípio da paridade de armas. Giacomolli (2014, p. 149) orienta que a “democracia processual humanitária” só é possível com a compreensão de contraditório como “igualdade de oportunidades” e paridade de armas.

Outrossim, o princípio *nemo tenetur se detegere* está também associado à dignidade da pessoa humana, uma vez que, como ilustra Queijo (2012), o referido princípio é um limite constitucional intransponível. No mesmo raciocínio, assevera Silvano (2017), que a dignidade é um dos fatores essenciais do Estado Democrático de Direito Moderno, endossando o conteúdo constitucional, que, em seu art. 1º, III, aponta como um dos fundamentos deste a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Mendes (2018), em seu voto no julgamento da ADPF 444/DF, ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, indica que este, ao estar elencado nos

princípios fundamentais do estado democrático de direito, “orienta seus efeitos a todo ordenamento jurídico”.

Além disso, ao se abordar sobre o fornecimento do material genético de um sujeito, esta informação está intimamente ligada aos direitos da personalidade de um indivíduo, tais como a intimidade, integridade física, liberdade e, como consideram Cunha e Schiocchet (2021), a autodeterminação informativa, uma vez que a informação genética de um sujeito pode revelar informações sensíveis de alguém. De igual modo, Maroubo (2019) aponta que o condenado, para ter coletado seu material genético, deve este ter consentido de forma livre, após ter sido esclarecido das implicações da referida coleta, bem como deve-se ter respeitada sua autonomia corporal, devendo ser cientificado do direito ao silêncio, sem que este enseje em qualquer consequência ao apenado.

Logo, como já aduzido, a coleta compulsória do material genético do apenados nos moldes do art. 9º-A da Lei de Execução Penal trata-se da produção antecipada de provas de um possível delito futuro, logo, um fato pelo qual o sujeito ainda não foi condenado e que urge a obediência dos princípios inerentes ao processo penal, em especial aos princípios elencados. Ainda, é importante salientar que, como se extrai do preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os direitos do homem são uma qualidade intrínseca deste, independente da condição que este se encontre ou que detenha, sendo estes direitos essenciais um atributo da sua condição humana, logo, tornando todos titulares dos direitos humanos (BRASIL, 1992).

339

4 DA COMPULSORIEDADE DA COLETA DE DADOS GENÉTICOS E O BANCO NACIONAL DE PERFIS GENÉTICOS

Conforme aduzido, a princípio *nemo tenetur se detegere* é uma garantia de toda pessoa contra os abusos do Estado. Em suma, os direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988 caracterizam-se como normas restritivas do poder estatal, uma vez que, como já suscita Lopes Júnior (2023), o Estado não pode se eximir de sua função jurisdicional, devendo cumpri-la conforme as determinações elencadas na Constituição e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, defende que a acusação não pode se desincumbir de sua obrigação de demonstrar cabalmente a existência de um delito e sua autoria, uma vez que a carga probatória, no processo penal, compete a quem acusa (LOPES JÚNIOR, 2023).

Contrário a isso, o art. 9º-A da Lei de Execução Penal estabelece que é obrigatória a realização de identificação genética dos condenados por crime praticado dolosamente com

violência de natureza grave, bem como crimes contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável (BRASIL, 1984). Contudo, o art. 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu texto que a intimidade e a vida privada dos indivíduos são invioláveis (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, o referido artigo aponta em seu inciso LXIII que o preso será informado do seu direito de permanecer em silêncio (BRASIL, 1988).

Tendo em vista a supramencionada divergência, será discorrido a seguir sobre a cessão obrigatório dos dados genéticos dos apenas elencados no rol do art. 9º-A da Lei de Execução Penal e, posteriormente, será tratado sobre os impactos sociais e jurídicos da referida submissão à “identificação” do perfil genético e do banco nacional de perfis genéticos.

4.1 A Obrigatoriedade de Cessão de Dados Genéticos e a violação à Constituição da República Federativa do Brasil

Os Tribunais brasileiros têm admitido que o direito ao silêncio não é absoluto, como, em realidade, nenhum direito o é. Entretanto, a fim de que se possa admitir sua relativização, são necessários o cumprimento de alguns requisitos. Nessa senda, segundo leciona Junqueira e Martins (2020), admite-se a cooperação passiva do sujeito, desde que haja observância ao princípio da proporcionalidade que, como apontam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2020), é um critério de interpretação constitucional que se divide em três níveis: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

340

Como destacam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2020), no âmbito constitucional, a dignidade da pessoa humana tem grande relevância. Nesse sentido, este é um dos fundamentos da Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, razão pela qual há, nas palavras de Lopes Júnior (2023), uma necessidade de ponderar acerca da dignidade da pessoa humana quando houver a necessidade de imposição de alguma sanção.

Além disso, Silvano (2017) destaca que, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o privilégio contra a não autoincriminação tem duas características principais: a primeira é que os Estados não podem determinar, visando obter provas, que os acusados cedam qualquer informação e, conseqüentemente, se submetam ao processo de coleta de dados genéticos; a segunda, por sua vez, é a inadmissibilidade da prova obtida mediante coação. Todavia, conforme se extrai do art. 9º-A, LEP, a coleta do material genético dos apenados prevista no rol do referido dispositivo é compulsória e, como esclarecido, embora se chame de

“identificação criminal”, trata-se de um meio de obtenção de provas de um possível fato que venha a ocorrer no futuro.

Ainda mais, o mesmo dispositivo aponta no §8º que a recusa do apenados em fornecer seus dados genéticos constitui falta grave, o que é endossado pelo art. 50, VII, da mesma lei (BRASIL, 1984), logo, contrária à Constituição Federal de 1988, à Convenção Americana de Direitos Humanos, recepcionada pelo Brasil como norma supralegal, e, conforme aponta Silvano (2017), o supradito apenado, nos termos do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, tem que se submeter à coleta compulsória de seu material genético, tendo a recusa punida como falta grave, o que se caracteriza coação.

4.2 Impactos Jurídicos e Sociais da Coleta Compulsória do Material Genético e do Banco Nacional de Perfis Genéticos

O Neoconstitucionalismo consagrou a constitucionalização do ordenamento jurídico, assim, na literatura de Lenza (2023), todas as normas infraconstitucionais deveriam passar pelo crivo da constitucionalidade, em que aquelas normas anteriores à Constituição promulgada em 1988 seriam ou não recepcionadas, e as normas posteriores, constitucionais ou não

Ao tratar sobre a matéria, Cunha e Schiocchet (2021, p. 532) apontar que o legislador, ao 341
tratar da coleta do material genético, em apenas quatro artigos passou a admitir a “coleta, manutenção e utilização de dados genéticos para fins de persecução penal”, o que se caracteriza como uma lei infraconstitucional afrontando o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988. Nessa linha de raciocínio, Lopes Júnior (2023) defende que o processo penal é o instrumento necessário para se fazer valer o direito penal, uma vez que este não existe fora d’aquela.

Ademais, como abaliza Roig (2021), a submissão de um sujeito à coleta compulsória de seu material genético caracteriza-se como evidente retrocesso civilizatório, uma vez que se está diante da violação de instrumentos de proteção dos direitos humanos já consagrados. Além do mais, como já asseverado, mas sempre bom reforça, Junqueira e Martins (2020) apontam que se a medida é necessária para o curso das investigações ou necessárias para “identificar” um sujeito que já foi condenado em um processo, tal coleta de dados não pode se caracterizar como um meio de identificação, senão um meio de investigação ou coleta de provas.

Em relação ao Banco Nacional de Perfis Genéticos, como afirma Suxberger e Furtado (2018, p. 813), um banco de perfis genéticos é um “repositório de impressões digitais do DNA”, cujo objetivo é a “identificação ou individualização do sujeito”. Como implicam Magraf, Castro e Oliveira (2019), tal banco de dados, em uma sociedade que já vive o terror da violência, tende

a desenvolver o sentimento de ódio e vingança contra criminosos, sem, contudo, discutir os motivos da prática delituosa. É inquestionável que a investigação do perfil genéticos se trata de uma nova forma de investigação que contribui para a solução de crimes, mas, como aduz Lopes Júnior (2023), está não pode ser vista uma “rainha das provas”, vez que depende de outros parâmetros para chegar-se a uma conclusão. Nesse sentido, Garrido (2018) aponta que a referida investigação, por si só, não tem o condão de reduzir a criminalidade, vez que, para tanto, são necessárias ações mais complexas, não sendo possível limitá-la ao âmbito da investigação genética.

Além disso, como reflexo da cultura vingança apontada, Souza e Souza (2020) verificam que há uma busca cada vez maior de um direito penal menos garantista, sendo aplicada como solução para a criminalidade a política de encarceramento e a defesa de punições mais severas. Ainda mais, afirma Souza e Souza (2020) que há uma estigmatização do sujeito condenado que, mesmo com o cumprimento de sua pena, terá seus dados genéticos disponíveis no Banco Nacional de Perfis Genéticos, caracterizando-se como um suspeito *ad eternum*.

Nessa linha, como está descrito no gráfico abaixo, há uma evidente evolução no cadastro de perfis genéticos, sobretudo no período de maio de 2019 a novembro de 2022, em que houve mais de 144.000 novos registros na referida base de dados.

Gráfico – Evolução de Cadastros no Banco Nacional de Perfis Genéticos



Fonte: MJSP - Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília (DF). Brasília: MJSP (2022) Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2022/12/banco-nacional-de-perfis-geneticos-conta-com-mais-de-175-mil-perfis-cadastrados>. Acesso em: 22 maio 2023.

Nesse liame, do total de 175.503 perfis genéticos cadastrados até novembro de 2022, 132.539 referem-se aos condenados, conforme consta na tabela abaixo.

Tabela – 16º Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos

CATEGORIA DE AMOSTRA X NÚMERO DE PERFIS GENÉTICOS	
VESTÍGIOS DE CRIME	25.872
CONDENADOS	132.539
IDENTIFICADOS CRIMINALMENTE	1.252
RESTOS MORTAIS IDENTIFICADOS	442
DECISÃO JUDICIAL	770
RESTOS MORTAIS IDENTIFICADOS, FAMILIARES DE PESSOAS DESAPARECIDOS, PESSOA DE IDENTIDADE DESCONHECIDA, REFERÊNCIA DIRETA DE PESSOA DESAPARECIDA	14.628
TOTAL DE PERFIS GENÉTICOS CADASTRADOS	175.503

Fonte: MJSP - Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília (DF). Brasília: MJSP (2022) Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2022/12/banco-nacional-de-perfis-geneticos-conta-com-mais-de-175-mil-perfis-cadastrados>. Acesso em: 22 maio 2023

Outrossim, como já afirma Roig (2021), o sistema penal é seletivo, logo, não seria anormal que a maior parte das informações genéticas fornecidas fossem de pessoas pretas e pobres.

Tal questão trata-se, como aponta Mendes (2016) em seu voto no Recurso Especial 973.837/MG, de uma relevante questão jurídica e social, que teve reconhecida sua Repercussão Geral, de acordo com a literatura de Roig (2021), ante a possível violação do princípio *nemo tenetur se detegere* e dos direitos da personalidade, como apontados anteriormente.

343

CONCLUSÃO

O objetivo primário teve seu cumprimento, uma vez que foi demonstrado como o art. 9º-A da Lei de Execução Penal e a consequente falta grave da recusa do apenado em se submeter à dita “identificação” impacta no princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nessa linha, o primeiro tópico deste artigo buscou distinguir o conceito de identificação criminal e de coleta de prova, o que, como demonstrado, a referida coleta do perfil genético do apenado caracteriza-se como a segunda, uma vez que o sujeito que foi condenado já foi individualizado no processo.

No segundo tópico foi tratado propriamente do direito à não autoincriminação, onde foi realizada uma breve abordagem histórica do princípio em questão, que teve sua relevância marcada, principalmente, no iluminismo, ante o combate aos ideais absolutórios até então presentes. Posteriormente foram apontados os princípios aos quais o *nemo tenetur se detegere* está intimamente ligado, sendo eles a presunção de inocência sobre o fato futuro, o devido processo

legal, a ampla defesa, o contraditório, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade do sujeito.

Nesse sentido, se a medida exige uma colaboração ativa do apenado, este deve estar desonerado de qualquer punição ante a sua recusa, uma vez que ele deve consentir de forma livre pela prática da coleta de material genético, sendo dever do Estado esclarecer o sujeito acerca de todas as implicações da coleta.

Já em relação ao terceiro tópico, foram feitos apontamentos sobre a coleta compulsória do material genéticos desses sujeitos, da criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos e seus impactos sociais e jurídicos. Nessa linha, constatou-se que a referida coleta de material genético afronta a constituição federal, uma vez que uma lei ordinária determinou que houvesse a coleta compulsória do material genético do sujeito e a recusa implica em falta grave, em sentido diverso do que a Constituição da República Federativa do Brasil impõe, uma vez que esta consagra o direito ao silêncio e aos demais princípios já apontados.

Ainda foi objeto do presente artigo apontar sobre os impactos jurídicos e sociais da referida medida, oportunidade em que foi apontado que o banco nacional de perfis genéticos não tem o condão de diminuir a criminalidade e, ainda, não deve servir como “rainha das provas”, vez que tem que ser submetida ao contraditório e a ampla defesa. Além disso, o sujeito que tem seus dados genéticos colocado no Banco Nacional de Perfis Genéticos acaba se tornando um eterno suspeito, uma vez que não há previsão de exclusão desses dados do referido banco.

Na abordagem, foi juntado o Anexo – A, que trata de evolução dos cadastros contidos no Banco de Perfis Genéticos supradito, em que se verificou um aumento significativo nos cadastros, superando a marca de 170.000 perfis genéticos cadastrados, dos quais, conforme Anexo – B, mais de 130.000 são de sujeitos condenados.

Dessa forma, conclui-se submissão do apenados à coleta compulsória de seu perfil genético afronta a Constituição Federal de 1988, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez que viola o direito do indivíduo de não participar ativamente da produção de provas que lhe seja prejudicial, o nemo tenetur se detegere, além de transgredir outros princípios constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade do indivíduo, o que demonstra o caráter inquisitorial ainda vigente no ordenamento jurídico brasileiro, em contrassenso do que é imposto pela constituição cidadã.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 mar 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1 jun. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013**. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília: Presidência da República, 1 jun. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm. Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 1 de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1 out. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 1 jun. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 4 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444/DF**. 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em

conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrario sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404263/false>. Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 973.837 RG/MG – Minas Gerais**. Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2016. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8684/false>. Acesso em: 20 maio 2023.

CUNHA, A. S. da; SCHIOCCHET, T. A constitucionalidade do DNA na persecução penal: o direito à autodeterminação informativa e o critério de proporcionalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 529-554, maio/ago. 2021.

FERREIRA, A. B. de H. **Novo Aurélio Século XXI**: O dicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GARRIDO, R. G. Crítica Científica de “Investigação criminal genética -banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados” – Apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Lei 12.654/2012. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 889-900, maio/ago, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

GIAMBERARDINO, A. R. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MARTINS, Rodrigo de Azevedo. A Inconstitucionalidade do Art. 9º-A, §8º, da Lei de Execução Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, LexMagister, v. 100, p. 67-89, fev/mar. 2021.

347

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2023.

MAGRAF, A. F.; CASTRO, L. P.; OLIVEIRA, M. G. de. Banco de Dados Genético e o Princípio *Nemo Tenetur se Detegere*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. vol. 161, p. 75-99, nov. 2019.

MAROUBO, F. P. Direitos Fundamentais e Condicionantes Argumentativas: A controvérsia constitucional não resolvida sobre o banco de dados com material genético de condenados. **Revista Eletrônica de Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 14, n. 1, p. 207-237, jan./maio 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 23 maio 2023.

MILLANI, M. R. **Direito à não autoincriminação. Limites, conteúdo e aplicação. Uma visão jurisprudencial**. Orientador: Dr. Thiago Lopes Matsushita. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

NADER NETO, J. M. **Comportamento do acusado no processo e consequências penais.** Orientador: Vicente Greco Filho. 2017. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVANO, A. R. **O Conteúdo do Princípio *Nemo Tenetur se Detegere* na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu De Direitos Humanos.** Orientador: Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho. 2017. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SOUZA, R. F. de; SOUZA, H. F. de. Da (in)constitucionalidade do Banco de Dados com Perfil Genético de Condenados no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. vol. 165, p. 159-185, mar. 2020.

SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética - banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, maio/ago. 2019.