

ANÁLISE DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO DO CONDENADO APÓS ALTERAÇÕES DO ART. 9-A DA LEI Nº 7.210/84 PELO PACOTE ANTICRIME

Corina Pitombo

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo – As modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/19 no art. 9-A da Lei nº 7.210/84 intensificaram controvérsias que já existiam na doutrina em relação à constitucionalidade da identificação criminal durante a execução penal. O objetivo da pesquisa consiste em expor argumentos pelos quais deve ser declarada a inconstitucionalidade do supracitado art. 9-A, em virtude de violações à garantias e direitos fundamentais dos condenados, além dos princípios norteadores da execução penal, partindo da atecnia do *caput* do dispositivo em razão de veto pelo Poder Executivo, passando pela utilização do material genético com finalidade probatória e finalizando com a nova hipótese de falta grave em razão da recusa do preso em fornecê-lo. Para a construção do raciocínio, apresenta-se as controvérsias sobre o tema, os entendimentos jurisprudenciais e possíveis soluções para a adequação do dispositivo ao ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave – Direito processual penal. Execução Penal. Identificação do perfil genético do condenado. Alterações do pacote anticrime.

Sumário – Introdução. 1.A atecnia do veto do *caput* pelo Executivo: extirpação da norma de conduta e manutenção das sanções. 2. Da inconstitucionalidade da inovação introduzida pelo pacote anticrime no que tange à utilização do material genético com finalidade probatória. 3. Recusa do preso tipificada como falta grave: há violação ao direito do preso de não produzir provas contra si mesmo? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar alguns aspectos relativos à identificação do perfil genético do condenado, mais especificamente no que tange às modificações do artigo 9-A da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) introduzidas pela Lei nº 13.964/19, denominada de Pacote Anticrime, levando-se em consideração os direitos e garantias fundamentais dos condenados, além dos princípios constitucionais norteadores da execução penal.

Busca-se esclarecer que a Lei nº 12.037/09 veio com o escopo de disciplinar a identificação criminal, estabelecendo os métodos datiloscópico e fotográfico. Em 2012, foi alterada pela Lei nº 12.654, que incluiu o art. 9-A da LEP, inserindo a coleta de material biológico para identificação de perfil genético, gerando críticas doutrinárias acerca da inconstitucionalidade da alteração em virtude de violação à garantia da não autoincriminação.

É importante destacar que o material genético seria utilizado apenas para fins de identificação criminal. No entanto, a Lei Anticrime alterou novamente a matéria, explicitando uma



finalidade probatória, fato que acirrou o debate acerca da inconstitucionalidade da identificação criminal, robustecendo a controvérsia a respeito da segurança jurídica.

Ademais, a coleta de material biológico foi alterada de forma a esmiuçar o procedimento e, sobretudo, estabelecer que a recusa do apenado em se submeter a este método resultaria em falta grave, fato que gerou diversas críticas não só acerca da violação do direito do preso de não produzir provas contra si mesmo, como também em relação às diversas consequências negativas ao apenado.

É importante destacar que havia ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 9-A da Lei de Execução Penal. No entanto, com as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019, houve veto pela Presidência da República em relação ao *caput* do dispositivo, razão pela qual a referida ação teve seu objeto de análise prejudicado.

Assim, o primeiro capítulo pretende discutir a existência de atecnia no art. 9-A da Lei de Execução Penal após o veto do *caput* pelo Poder Executivo durante o processo legislativo de criação da Lei nº 13.964/19. Observa-se que o preceito primário, referente à conduta, foi retirado do dispositivo, mantendo-se as sanções, fato que se demonstra contrário ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que não é admitida a existência de penalidades sem que haja uma regra de conduta correspondente.

No segundo capítulo é analisado se há inconstitucionalidade na utilização do material genético do condenado com finalidade probatória. Defende-se que há violação às garantias da intimidade e da dignidade da pessoa humana, além do entendimento dos tribunais superiores sobre o tema, destacando a possibilidade de o STF fazer uma interpretação conforme à Constituição para dirimir a controvérsia.

Por fim, no terceiro capítulo, sustenta-se que a tipificação da recusa do condenado em se submeter à coleta de material biológico viola a garantia da não autoincriminação, além de resultar em diversas consequências negativas aos presos em sede de execução penal, como a perda de benefícios e, conseqüentemente, um maior tempo de encarceramento, por exemplo.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende chegar a uma conclusão sobre o conflito em questão, utilizando-se de dados a partir de pesquisa bibliográfica de material publicado, composto de livros e material disponibilizado na internet. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, tendo em vista que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a sua tese.



Nesse contexto, pretende-se analisar a identificação do perfil genético do condenado e as alterações recentes sobre a matéria, utilizando o entendimento dos tribunais superiores e as críticas doutrinárias acerca do tema, a fim de expor argumentos pelos quais deve ser discutida a inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei de Execução Penal, em virtude de violações a garantias e direitos fundamentais dos presos.

1. A ATECNIA DO VETO DO *CAPUT* PELO EXECUTIVO: EXTIRPAÇÃO DA NORMA DE CONDUTA E MANUTENÇÃO DAS SANÇÕES

A Lei nº 13.964/19¹ introduziu diversas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, modificando o Código Penal, o Código de Processo Penal e diversas leis penais especiais, como a Lei de Execução Penal², por exemplo, cujo artigo 9-A será objeto de análise deste trabalho. Deve-se observar que tais modificações não só geraram novas discussões como também intensificaram controvérsias e críticas doutrinárias já existentes sobre o tema.

A primeira crítica diz respeito ao veto promovido pelo Presidente da República ao *caput* do art. 9-A da Lei nº 7.210/84³. Inicialmente, deve-se lembrar que o veto é modalidade de controle de constitucionalidade preventivo pelo Poder Executivo, que se dá quando há discordância do Presidente da República com determinado projeto de lei aprovado pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional, previsto no art. 66 da CRFB/88⁴ e no Regimento Comum do Congresso Nacional.⁵

Trata-se de veto político, na medida em que nas razões do veto afirma-se que a modificação seria contrária ao interesse público, por não prever essa possibilidade para todos os condenados por crimes hediondos.⁶

Observa-se que o Poder Executivo vetou o *caput* do art. 9-A da Lei de Execução Penal⁷, que trazia uma regra de conduta, qual seja a obrigatoriedade de identificação do perfil

¹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

² BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021.

³ Ibid.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Regimento comum: Resolução nº 1, de 1970-CN (texto consolidado até janeiro de 2019) e normas conexas. – 2. ed., rev. e atual. – Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/567297/Regimento_comum.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁶ BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 726, de 24.12.2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm Acesso em: 20 jun. 2021.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.



genético do condenado nas hipóteses de crimes dolosos com violência e crimes hediondos, mantendo, no entanto, os parágrafos, que se destinam a impor as sanções, esvaziando-se o referido dispositivo legal.

Tal conduta é contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que este não admite a imposição de penalidades sem que haja uma norma de conduta correspondente. O fato é que o *caput* dos dispositivos normalmente corresponde ao preceito primário, o qual deve descrever a infração penal com objetividade, clareza e precisão, enquanto os parágrafos têm a função de excepcionar ou detalhar as regras estabelecidas no *caput*.

É importante destacar, que o princípio da legalidade é formado por diversos subprincípios, dentre os quais está a vedação à normas penais vagas, imprecisas ou indeterminadas. O fato é que, antes da modificação, o dispositivo já era criticado por diversos autores em razão da obrigatoriedade de fornecimento de material genético, havendo discussão sobre o tema no Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário com repercussão geral.⁸

Marcos Paulo Dutra Santos⁹, defensor público no Estado do Rio de Janeiro, explica que o Supremo Tribunal Federal poderia ter entendido pela constitucionalidade do referido artigo, a partir de uma interpretação conforme à Constituição, uma vez que o texto original dizia que a coleta se daria por meio de técnica adequada e indolor, bastando adequar a esta técnica um procedimento evasivo, que demandasse uma postura passiva do condenado [informação verbal].

Isso, porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁰, no que tange à garantia da não autoincriminação, decidiu pela impossibilidade de utilização de métodos invasivos, como compelir uma pessoa a coletar sangue e métodos evasivos que exijam uma conduta ativa do condenado, como assoprar um bafômetro, por exemplo. Assim, o melhor cenário seria adequar o dispositivo ao entendimento adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob pena de violação aos direitos dos condenados.

No entanto, o referido autor¹¹ destaca que a partir do momento em que o dispositivo não mais existe, a Ação Direta de Inconstitucionalidade teve seu objeto de análise prejudicado.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno. RE nº 97383*. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018> Acesso em: 07 mai. 2021.

⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Episódio 25 do Supremocast*. Disponível em: <https://blog.supremotv.com.br/supremocast-lei-anticrime-inconstitucionalidades-e-incongruencias/> Acesso em: 09 jun. 2021.

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC 71373*, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno do STF, DJ 22-11-1996 e BRASIL, STF. *Rel 2040 QO*, Rel. Min. Néri da Silveria, Pleno do STF, DJ 27-06-2003.

¹¹ SANTOS, op. cit., nota 9.



Esclarece, ainda, que não se pode pretender repriminar uma regra atentatória aos direitos do apenado [informação verbal].

Segundo o professor Renato Brasileiro de Lima¹²:

[...] o Supremo já se manifestou no sentido de que o acusado não é obrigado a fornecer material para realização de exame de DNA. Todavia, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva (v.g., exame de DNA realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão). Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto à identificação do perfil genético: desde que o acusado não seja compelido praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco a se sujeitar à produção de prova invasiva, há de ser considerada válida a coleta de material biológico para a obtenção de seu perfil genético.

Assim, deve-se observar que há a necessidade de aprimorar e modernizar os mecanismos de investigação criminal brasileiros, respeitando-se, contudo, os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Ora, a alteração do *caput* do art. 9-A ignora temas que estão pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e busca ampliar o alcance do cadastro de perfil genético dos condenados, sem atentar para princípios e garantias constitucionais que serão melhor abordados nos próximos capítulos, como a garantia da não autoincriminação e os princípios da intimidade e dignidade da pessoa humana.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELO PACOTE ANTICRIME NO QUE TANGE À UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO COM FINALIDADE PROBATÓRIA

Inicialmente, cumpre contextualizar que com a entrada em vigor da lei 12.654/12¹³, que modificou o art. 9-A, da Lei de Execução Penal¹⁴, a identificação do perfil genético dos condenados por crime praticado dolosamente, com grave violência contra a pessoa ou por crimes hediondos, passou a ser obrigatória e feita por meio de extração de DNA, devendo, necessariamente, ser utilizada técnica indolor e adequada para tanto.

É importante esclarecer que a identificação criminal, na fase de execução da pena, tem como finalidade principal abastecer banco de dados sigiloso, a ser regulamentado pelo Poder Executivo, podendo servir para investigação futura, o que será criticado. Assim, a identificação

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 129-130.

¹³ BRASIL. *Lei nº 12.654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.



criminal, neste momento, não serve para subsidiar investigações penais em curso nem esclarecer dúvidas advindas da identificação civil.

Já no que tange à coleta de perfil genético durante a fase de investigação policial, devem ser observadas as regras constantes na Lei 12.037/09¹⁵, que dispõe sobre a identificação criminal de civis, permitindo a extração de material genético quando for de caráter essencial para as investigações, devendo, contudo, haver decisão judicial fundamentada.

Rogério Sanches Cunha¹⁶ destaca que há duas possibilidades nas quais são permitidas a coleta de material genético: identificação genética determinada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, seguindo as disposições previstas na Lei 12.037/09 e a coleta de material genético dos presos com condenação definitiva por crime doloso com violência grave contra a pessoa ou por crime hediondo. Deve-se observar que o art. 5º, LVIII da Constituição Federal¹⁷ veda a identificação criminal da pessoa civilmente identificada, ressalvando tais hipóteses.

É importante destacar que o material genético seria utilizado apenas para fins de identificação criminal. No entanto, a Lei Anticrime¹⁸ alterou novamente a matéria, explicitando uma finalidade probatória, fato que acirrou o debate acerca da inconstitucionalidade da identificação criminal, robustecendo a controvérsia a respeito da segurança jurídica.

O §4º do art. 9-A da Lei de Execução Penal¹⁹, inserido pelo Pacote Anticrime, dispõe que o condenado pelos crimes previstos no *caput* do citado artigo que não tenha sido submetido à identificação do perfil genético antes de entrar no sistema prisional, deverá ser submetido à coleta durante o cumprimento da pena.

Neste ponto, a divergência que já havia na doutrina foi acirrada, uma vez que a identificação criminal, que já era criticada, passou a ser retroativa. Professores como Aury Lopes Jr²⁰, Lênio Streck²¹, Marcos Paulo Dutra²², por exemplo, entendem que a inovação é inconsti-

¹⁵ BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador. Editora JusPodvm, 2020. p. 342.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁰ LOPES JUNIOR., Aury. Lei 12.654/2.012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, jul. 2012.

²¹ STRECK, Lênio Luiz. O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

²² SANTOS, op. cit., nota 9.

tucional, destacando que configura norma que remonta ao direito penal do autor, além de relembrar o conceito de criminoso nato proposto por Enrico Ferri, razão pela qual afirmam que viola a segurança jurídica, a garantia da não autoincriminação, dentre outros.

Outra crítica a ser levantada neste ponto é o fato de que a inovação legislativa afeta condenados já em cumprimento de pena, que serão obrigados a oferecer seu material genético retroativamente para alimentar banco de dados. É questionável a validade do dispositivo, na medida em que uma lei nova estaria afetando negativamente pessoas já condenadas. O professor Fernando Capez²³ destaca que, “de forma objetiva, a lei afronta o princípio da segurança jurídica, que garante que uma lei não poderia retroagir para prejudicar o réu/apenado [...]”.

Há autores que destacam, ainda, que a modificação não leva em conta a necessidade de despacho da autoridade judiciária, conforme ensina Guilherme Madeira Dezem²⁴:

[...] No entanto, há um problema que neste aspecto torna a lei inconstitucional: a regra constitucional continua sendo a de que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. Ou seja, a regra é a não identificação criminal quando houver a identificação civil. Deve, ao nosso ver, ser interpretado como não podendo haver de maneira automática a coleta deste material, bem como excluir, em regra, o civilmente identificado dela.

Contudo, há autores, como Rogério Sanches²⁵, Cleber Masson e Vinicius Marçal²⁶, que entendem pela legalidade e constitucionalidade da medida, destacando que seria eficiente ao combate da criminalidade e já foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Cleber Masson e Vinicius Marçal²⁷ destacam que:

Encampamos amplamente a crítica feita à demasiada extensão que se tem dado em nosso país ao direito ao silêncio, que, em verdade, deve ficar restrito aos lindes do direito de não ser obrigado a se autodeclarar culpado (não depor contra si) e servir como uma garantia individual de proteção contra intervenções corporais ilegítimas, o que não é o caso, particularmente, das modalidades de identificação criminal. Por essa razão, rechaçamos a pecha de que a identificação criminal – em qualquer de suas modalidades (fotográfica, datiloscópica e pelo perfil genético) – confronta com o brocardo *nemo tenetur se detegere*.

É interessante observar que, neste ponto, as instituições possuem entendimentos divergentes. Os membros do Ministério Público têm a tendência a considerar a medida constitucional e válida, enquanto os membros da Defensoria Pública entendem pela violação a princípios e

²³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 21, Ed, São Paulo, Saraiva, 2014. p. 683.

²⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. DE SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo, Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 151/152.

²⁵ CUNHA, op. cit., nota 16. p. 344.

²⁶ MASSOM, Cleber. MARÇAL, Vinicius. *A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hipérbole do Direito ao Silêncio*. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-hiperbole-do-direito-ao-silencio/#_ftnref20 Acesso em: 06 mar. 2021.

²⁷ Ibid.



garantias constitucionais importantes, principalmente, a garantia do preso de não produzir provas contra si mesmo, conhecida como “*nemur tenetur se detegere*.”

A primeira corrente apresentada parece mais adequada, uma vez que busca privilegiar princípios e garantias fundamentais dos apenados, que não podem ser deixadas de lado em um Estado Democrático de Direito. Isso porque, a garantia da não auto incriminação, a inviolabilidade corporal e a presunção de inocência são garantidos não só pelo art. 5º, LXII e LVII da Constituição Federal²⁸ como também pelos art. 8,2, “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁹ e art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU³⁰. Deve-se observar, ainda, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, conforme preconiza o art. 1º, III da CRFB.³¹

Sobre o tema, as professoras Soraia Mendes e Ana Maria Martínez³² ensinam que:

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, em seu artigo 14, 3, g, e o Pacto de San Jose da Costa Rica, no artigo 8º, 2, g, tutelam o princípio da não autoincriminação, portanto, recordando que as pessoas presas também são titulares de garantias, de modo que a identificação forçada viola o direito de não produzir provas contra si mesmo. [...]

É importante destacar que a coleta compulsória e retroativa de material genético viola também o princípio da especialidade da prova, uma vez que autoriza a utilização do material genético em ações penais e investigações que não tem qualquer vínculo com o processo no qual foi obtida a prova. O professor Aury Lopes Junior³³ explica que: “[...] a prova genética somente poderá ser utilizada naquele caso penal e o material poderá ser utilizado até a prescrição (daquele crime). [...] o uso está relacionado a este crime e a disponibilidade temporalmente regulada pela prescrição”.

O professor³⁴ segue explicando brilhantemente que:

à luz do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 08 mar. 21.

³⁰ BRASIL. Decreto 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 08 mar. 2021.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

³² MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964*. Atlas: São Paulo, 2020. Pág. 173.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 436-437.

³⁴ Ibid.



É imprescindível verificar que a conduta de recolher material genético em uma cena de crime ao longo de uma investigação policial é completamente diferente da conduta de colher material genético de forma compulsória, com o fim de obrigar o condenado a oferecer prova contra si mesmo, violando os princípios e garantias supracitados aos quais tem direito. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, tem jurisprudência no sentido de que é inconstitucional a extração obrigatória de DNA, afastando a incidência do art. 9-A da Lei de Execução Penal.³⁵

Nesse contexto, defende-se a concepção segundo a qual a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético deve, obrigatoriamente, ser lida à luz do princípio da vedação à autoincriminação e dos demais princípios citados, de forma que, em caso de haver recusa do condenado, não há a possibilidade de ser obrigado a fornecer, em razão do princípio da presunção de inocência, devendo o órgão ministerial produzir provas que evidenciem a autoria e materialidade.

3. A RECUSA NO FORNECIMENTO DE MATERIAL GENÉTICO TIPIFICADA COMO FALTA GRAVE: HÁ VIOLAÇÃO AO DIREITO DO PRESO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO?

A Lei 13.964/19³⁶, acrescentou também o §8º ao art. 9-A e modificou o art. 50 da Lei de Execuções Penais³⁷, inserindo o inciso VIII, segundo os quais a recusa pelo apenado em fornecer seu material genético enseja a caracterização de falta grave. A nova hipótese de falta grave configura, nitidamente, violação ao direito do preso de não produzir provas contra si mesmo, conforme será observado a seguir.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

É importante destacar que, neste tema, a divergência entre Promotores e Defensores Públicos não mais existe de forma latente, uma vez que é mais corriqueiro achar posicionamen-

³⁵BRASIL, op. cit., nota 2.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 2.



tos de membros do Ministério Público pela inconstitucionalidade da medida. O professor Rogério Sanches Cunha³⁸, por exemplo, promotor de justiça do Estado de São Paulo, critica a punição com falta grave nestes casos, sustentando parecer inconstitucional e inconveniente por ferir o direito da pessoa presa de não produzir prova contra si mesma, sua integridade física e privacidade.

É imprescindível observar que há uma situação na qual o apenado será punido por exercer um direito constitucional, o que não parece razoável. Além disso, a caracterização de falta grave enseja severas consequências que irão repercutir na execução penal, como a interrupção da contagem de prazo para progressão de regime, a regressão, a revogação de até um terço do tempo remido por trabalho, a perda do direito de saída temporária, livramento condicional, dentre outros reflexos.

Tais reflexos, certamente, aumentarão, e muito, o tempo de encarceramento daqueles selecionados pelo sistema penal, incrementando a política denominada de encarceramento em massa, estudada pela criminologia. Deve-se destacar, neste ponto, texto feito pela Coalisão Negra de Direitos, publicado em livro elaborado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro sobre o Pacote Anticrime³⁹, segundo o qual:

A punição com falta grave pela negativa de coleta de material genético e o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, íris, face, voz etc. têm públicos-alvo definidos. Pessoas negras, preferencialmente jovens, são aquelas e aqueles que inauguram o mais nefasto período no que se refere aos resquícios de estigmatização com o pensamento de Cesare Lombroso, o qual no século XIX taxava de criminoso/delinquente através de suas características físicas e acreditava ser possível definir os caracteres morfológicos e comportamentais dos “criminosos natos” propensos à prática de crimes.

É importante observar que impor uma pessoa condenada criminalmente a disponibilizar seu DNA para um banco de dados afronta diversos direitos fundamentais, como o direito à intimidade, o direito à integridade física, o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo, princípios analisados no capítulo anterior.

O fato é que, conforme explica Adriana Espíndola Corrêa⁴⁰, as informações genéticas são dados pessoais, razão pela qual integram a esfera da intimidade, protegida pelos direitos da personalidade. Explica a autora que, de tal qualificação “emergem duas questões: a exigência

³⁸ CUNHA, op. cit., nota 16. p. 343.

³⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: pacote "anticrime": a visão da Defensoria Pública*. Centro de Estudos Jurídicos, Coordenação de Defesa Criminal, 2020. Disponível em: <87b9030aeb6a4cca8dae4fc6c822d347.pdf>. Acesso em: 9 mar.2021.

⁴⁰ CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, p. 6/7. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 16 jun. 21.



do consentimento da pessoa de quem serão coletados os dados genéticos e a centralidade da garantia de confidencialidade.”

Assim, a obrigatoriedade de fornecer material genético, sob pena de incorrer em falta grave configura um retrocesso ao Estado Democrático de Direito, parecendo haver inconstitucionalidade clara na modificação introduzida pelo Pacote Anticrime, que acaba por recrudescer as penas e aumentar o tempo de encarceramento sem que haja políticas públicas paralelas capazes de garantir o funcionamento do sistema, incorrendo em violação de direitos e garantias fundamentais dos condenados.

Da mesma forma, entende o professor e defensor público, Marcos Paulo Dutra Santos,⁴¹ que esclarece em um episódio de podcast, que a falta grave pela negativa de fornecimento de material genético é inconstitucional, atentando contra a proporcionalidade, razão pela qual sustenta haver manifesto excesso legislativo, ainda mais quando se observa a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema. [informação verbal]

Desse modo, demonstra-se patente a violação de direitos da medida ora analisada, revelando-se inadequada. Uma melhor alternativa poderia se dar com a concessão de benesses aos presos que optassem e consentissem em fornecer material genético para o abastecimento dos bancos de dados. Ora, a própria Lei de Execuções Penais, em sua subseção III, trata das sanções e recompensas, quando houver bom comportamento do preso, o que poderia ser adaptado para a matéria relativa à identificação criminal.

Tal alternativa se mostra em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, que admite, no processo civil, por exemplo, as denominadas sanções premiais. Como visto, é também compatível com o processo penal, respeitando todas as garantias e direitos fundamentais dos condenados, dando ensejo a produção de uma prova de fato lícita.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo propor uma análise crítica de questões polêmicas modificadas pelo Pacote Anticrime no que tange à identificação do perfil genético dos condenados previstas no art. 9-A da Lei de Execuções Penais, trazendo as principais controvérsias sobre o tema. De um lado, verifica-se que parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade do referido artigo, enquanto outros doutrinadores entendem pela sua validade e compatibilidade

⁴¹ SANTOS, op. cit., nota 9.



com o ordenamento jurídico, havendo, inclusive, questões pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Analisou-se que, durante o processo legislativo, o *caput* do dispositivo foi vetado pelo Poder Executivo, resultando em uma ausência de técnica, uma vez que, como explanado, o preceito primário, referente à conduta, foi retirado do dispositivo, mantendo-se as sanções, contrariando o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que não é admitida a existência de penalidades sem que haja uma regra de conduta correspondente. O resultado do veto viola, ainda, o subprincípio do princípio da legalidade segundo o qual é vedada a criação de normas penais vagas, imprecisas ou indeterminadas.

Neste ponto, foi apresentada como solução a ponderação do professor Marcos Paulo Dutra Santos, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal poderia ter realizado interpretação conforme à Constituição em relação ao dispositivo, uma vez que o texto original dizia que a coleta se daria por meio de técnica adequada e indolor, bastando adequar a esta técnica um procedimento evasivo, que demandasse uma postura passiva do condenado, adequando o dispositivo ao entendimento adotado pela Corte sobre o tema.

Em seguida, foi analisada a controvérsia no que tange a utilização do material genético coletado para fins de identificação criminal com finalidade probatória e a compulsoriedade no fornecimento, chegando-se à conclusão de que, não obstante a divergência na doutrina, o melhor entendimento é aquele que se coaduna com a manutenção dos importantes princípios e garantias constitucionais conferidos às pessoas presas.

Sustentou-se que a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético deve, obrigatoriamente, ser lida à luz da garantia da não autoincriminação, da inviolabilidade corporal, do princípio da presunção de inocência, da especialidade da prova, da intimidade, dentre outros, que são imprescindíveis ao processo penal de um Estado Democrático de Direito e garantidos pela Constituição Federal e pela normativa internacional, de forma que, em caso de haver recusa do condenado, não haveria a possibilidade de coleta compulsória.

Por fim, houve a análise de nova modalidade de falta grave introduzida pelo Pacote Anticrime quando houver recusa do condenado em fornecer seu material genético, na qual ficou latente a sua inconstitucionalidade, uma vez que não só tem o condão de trazer diversas consequências negativas aos presos, aumentando significativamente o tempo de encarceramento, conforme explanado, como também impõe punição ao apenado que optar por exercer um direito que lhe é constitucionalmente assegurado, o que, certamente, não parece razoável.

Em relação a esta problemática, foi proposta alternativa no sentido de que poderia ser alterada a subseção III da Lei de Execuções Penais, que trata de sanções e recompensas aos



presos, para inserir a concessão de alguma benesse àqueles que consentirem com o fornecimento de seu material genético, com a finalidade de compatibilizar o dispositivo com o ordenamento jurídico pátrio e garantir a realização de uma prova lícita e legítima.

Nesse contexto, a pesquisa buscou trazer alguns motivos pelos quais o art. 9-A da Lei de Execuções Penais deve ter sua constitucionalidade questionada e, posteriormente, declarada a inconstitucionalidade dos §4 e §8, além da necessidade de ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal a técnica de interpretação conforme a constituição no que tange ao *caput* do dispositivo.

Isso porque, a pesquisa constatou que há a necessidade de aprimorar e modernizar os mecanismos de investigação criminal brasileiros, respeitando-se, contudo, os limites impostos pelo ordenamento jurídico e que a Lei nº 13.964/19 acabou por recrudescer penas e aumentar o tempo de encarceramento sem que haja políticas públicas paralelas capazes de garantir o funcionamento do sistema penal, incorrendo em violação de direitos e garantias fundamentais dos condenados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 mar. 2021.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

_____. *Lei nº 12.037*, de 1º de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

_____. *Lei nº 12.654*, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pleno. RE nº 97383*. Rel. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018> Acesso em: 07 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 71373*, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno do STF, DJ 22-11-1996 e BRASIL, STF. Rcl 2040 QO, Rel. Min. Néri da Silveria, Pleno do STF, DJ 27-06-2003.



Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravos em Execução Penal* sob números originários: 1.0024.07.521170-6/001, 0339962-32.2014.8.13.0000 e 10144130018064001. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessio-nid=524AFB18C032D655216D914148954640.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.521170-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 14 set. 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 12.654/2012 (coleta de material biológico do investigado ou condenado)*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126542012-coleta-de.html>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CONJUR, *STJ admite coleta de material genético para identificação criminal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-07/stj-admite-coleta-material-genetico-identificacao-criminal> Acesso em: 6 mar. 2021.

CORRÊA, Adriana Espíndola. *O corpo digitalizado: bancos de dados genéticos e sua regulação jurídica*. Tese (Doutoramento em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19426/Tese_Adriana_Correa.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 14 jul. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador. Editora JusPodvm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOPES JUNIOR., Aury. *Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?* In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, jul. 2012.

_____. *Direito processual penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Projeto "anticrime" e Banco Nacional de Perfil Genético: nem tudo que reluz é ouro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policia-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>. Acesso em: 9 mar. 2021.

MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. *A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hiperbole do Direito ao Silêncio*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/06/01/identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-hiperbole-do-direito-ao-silencio/>. Acesso em: 6 mar. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964*. Atlas: São Paulo, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 08 jun 2021.



Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública. *Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019: pacote "anticrime": a visão da Defensoria Pública* / Organização: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos, Coordenação de Defesa Criminal - Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <[87b9030aeb6a4cca8dae4fc6c822d347.pdf](https://www.defensoria.org/portal/images/stories/2020/08/87b9030aeb6a4cca8dae4fc6c822d347.pdf)>. Acesso em: 9 mar. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. Rio de Janeiro. Forense. 2020.

_____. *Episódio 25 do Supremocast*. Disponível em: [https://blog.supremotv.com.br/supremocast-lei-anticrime-inconstitucionalidades-e incongruencias/](https://blog.supremotv.com.br/supremocast-lei-anticrime-inconstitucionalidades-e-incongruencias/) Acesso em: 09 jun. 2021.

STRECK, Lênio Luiz. *O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em: 9 mar. 2021.