



A OBRIGATORIEDADE DA COLETA DO PERFIL GENÉTICO DE CONDENADOS E A SUA MANUTENÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO NO BANCO DE DADOS

Thaiana Santos Rego de Andrade

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a obrigatoriedade da identificação criminal, mediante extração de DNA, a ser armazenado em um banco de dados, para os condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, é tema de profundo debate ante a possível colisão de direitos fundamentais, como a de presunção de inocência e o direito a segurança nacional. A essência do presente trabalho é enfrentar o conflito desses direitos fundamentais, abordar sua consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e apresentar uma proposta para maior eficácia da norma.

Palavras-chaves – Banco de perfil genético. Identificação criminal. Direitos fundamentais. Execução penal. Direito penal do inimigo. Suspeição criminal permanente.

Sumário – Introdução. 1. Identificação criminal e afetação dos direitos fundamentais. 2. Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. 3. A Suspeição criminal Permanente aos condenados pelos crimes previstos no art.9-A da Lei de Execução Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar a obrigatoriedade da coleta de material genético (DNA) de condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, por crimes contra a vida, crimes contra a liberdade sexual ou por crimes sexuais contra vulneráveis, bem como a sua manutenção por prazo indeterminado no banco de dados.

Instituto foi trazido pela Lei nº 12.654/12, tendo acrescentado o art. 9º-A à Lei de Execução Penal e sofreu alterações com o Pacote Anticrime.

Procura-se demonstrar que, mesmo com as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, este método de identificação criminal, não é inconstitucional, mas ainda pouco eficaz, uma vez que, ainda que o caput do artigo exprima que o condenado será submetido obrigatoriamente à identificação do perfil genético, o §8º sinaliza que essa submissão não será compulsória, uma vez que, se o condenado optar por se recusar a submissão de extração do perfil genético, está recusa constituirá falta grave.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir o princípio da preservação da segurança pública como um direito



fundamental, cuja proteção deve ser maior, uma vez que se tutela a proteção à coletividade, frente ao direito individual de não produzir provas contra si mesmo.

O tema ainda é controvertido na doutrina e jurisprudência, uma vez que ele versa sobre hermenêutica de princípios e garantias constitucionais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o que é a identificação criminal, prevista no art. 5º, inciso LVIII da CRFB/88, sua regulamentação pela Lei nº 12.037/09, as alterações promovidas pela Lei nº 12.654/12 e ainda, as recentes modificações trazidas pelo Pacote Anticrime, com destaque para os possíveis conflitos com os direitos fundamentais que esta medida pode gerar.

Segue-se, ponderando, no segundo capítulo, sobre a dicotomia do direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão, analisando sobre o punitivíssimo e seletividade penal na atual política criminal brasileira.

O terceiro e último capítulo da pesquisa levanta o debate sobre a possibilidade de suspeição criminal permanente do condenado submetido ao banco de perfil genético, analisando os aspectos relevantes sobre a natureza jurídica e a finalidade da norma, bem como apresentando uma proposta de alteração legislativa para a lei de Execução penal, no que se refere a identificação genética para fins criminais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E AFETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para uma completa compreensão do presente artigo, é fundamental conceituar brevemente o que é identificação criminal e explicar as últimas alterações legislativas ocorridas.

A identificação criminal está prevista no artigo 5º, inciso LVIII da CRFB/88¹, como sendo forma excepcional de individualização física do indivíduo, que já foi identificado civilmente, nos casos previstos em lei.

A identificação criminal do civilmente identificado é regulada pela Lei nº 12.037/09².

O art. 3º, da referida lei³, exemplifica que, embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer a identificação criminal quando, houver fundada suspeita quanto a validade e veracidade dos documentos civis apresentados, quando já se tem registro de que o indivíduo faz uso de nomes ou diferentes qualificações, ou quando for essencial para a investigação policial, independente do suposto crime praticado pelo investigado.

Já o art. 5º, da mesma lei⁴, regula as formas de identificação criminal, que podem ocorrer por meio de processo datiloscópico e fotográfico ou por meio de obtenção do perfil genético, este último introduzido pela Lei nº 12.654/12⁵.

Em 28 de maio de 2012, foi promulgada a Lei nº 12.654⁶, que fez alterações na Lei nº 12.037/09⁷ e inseriu também o art. 9º-A da Lei de execução penal⁸, que impunha a obrigatoriedade de identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, para os condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou ainda por qualquer crime definido como hediondo⁹.

Desta forma, a identificação criminal passou a ter previsão não apenas para a fase investigativa, mas também para a fase de execução, quando o réu já está condenado, mas, neste último caso, limitada aos crimes previstos no referido art.9-A da Lei de Execução penal¹⁰.

Contudo, o Pacote Anticrime¹¹, inseriu parágrafos e alterou o caput do art. 9-A da Lei de Execução penal¹², que passou a prever a obrigatoriedade de identificação do perfil genético,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

² BRASIL. *Lei nº 12.037*, de 01 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

³Ibid.

⁴Ibid.

⁵ 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: 08 abr. 2021.

⁶Ibdi.

⁷BRASIL, op. cit., nota 02.

⁸ BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

⁹ BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 08.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.Ibid.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹²BRASIL, op. cit., nota 08.



mediante extração de DNA, a ser armazenado em um banco de dados, para os condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável.

Sendo assim, o Pacote Anticrime¹³, melhor regulamentou sobre o banco de dados de perfis genéticos, previu a constituição de falta grave para os condenados que se recusarem a se submeter ao procedimento de extração de DNA e limitou ainda mais o rol de crimes sujeitos a obrigatoriedade de identificação de perfil genético.

Apesar disso, da mesma forma que as alterações trazidas pela lei anterior¹⁴, o art.9-A, da Lei de Execução penal¹⁵, continuou sem prever por quanto tempo esses dados ficarão armazenados no banco de dados, sendo este, outro grande motivo de controvérsia acerca da violação do direito fundamental de presunção de inocência, direito de não produzir prova contra si mesmo e do direito a não discriminação.

O direito a não discriminação está previsto nos arts. 3º, inciso IV, e 5º, inciso XLI, ambos da CRFB/88¹⁶, que prescrevem que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, devendo a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Contudo, deve ser observado que os §§ 1º e 2º do art. 9-A, da Lei de Execução penal¹⁷, asseveram que o banco de dados terá caráter sigiloso, só sendo possível o acesso por meio de autorização judicial, logo, não há que se falar em tratamento diferenciado, capaz de levar a discriminação do indivíduo, frente a sociedade.

E ainda que assim não o fosse, Nelson Nery Júnior¹⁸ ensina que: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”, desta forma, uma vez que é assegurado que todos os condenados pelos crimes previstos no art.9-A, da Lei de Execução penal¹⁹ sejam submetidos a extração de material genético, para armazenamento em banco de dados, não há que se falar em tratamento desigual entre os que estão em situações semelhantes.

¹³BRASIL, op. cit., nota 11.

¹⁴BRASIL, op. cit., nota 05.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 08.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 01.

¹⁷BRASIL, op. cit., nota 08.

¹⁸NERY JÚNIOR, Nélson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 08.

O art. 5º, inciso LXIII e o art. 186, ambos da CRFB/88²⁰, que preconizam o direito ao silêncio do acusado, são desdobramentos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que garante proteção ao indivíduo contra os excessos estatais cometidos durante persecução penal.

Porém, conforme brilhantemente defende a doutrinadora Maria Elizabeth Queijo²¹, este princípio não pode ser visto de maneira absoluta, pois o princípio do *nemo tenetur se detegere* deve ser adequado a outros valores protegidos pelo sistema positivo brasileiro, tais como a segurança pública e a paz social, devendo ser admitidas restrições em caráter de excepcionalidade.

Quanto ao direito fundamental de presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88²², também não há violação, uma vez que já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado.

Deste modo, o STJ, no julgamento do HC nº 536.114-MG²³, firmou entendimento que:

Com efeito, a adoção de tal medida se revela uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes. Dessa forma, deve prevalecer, no presente caso, o interesse da sociedade, sobretudo porque a coleta do material genético do condenado se destinada à proteção dos direitos fundamentais das vítimas, não colocando em risco a integridade física do acusado durante o processo penal.

Desta forma, uma vez que o art. 144, da CRFB/88²⁴ reafirma que a segurança pública é dever do estado, direito e responsabilidade de todos, não se pode olvidar que, ainda que houvesse violação a algum direito fundamental do condenado, o que não há, este direito não poderia ser absoluto, pois se assim o fosse, estaria cerceando direitos fundamentais de toda a sociedade, como o direito a segurança nacional, paz social e direito a uma prestação jurisdicional criminal eficiente, direitos esses de extrema importância para a construção do Estado Democrático de direito.

2. DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A concepção de direito penal do inimigo surgiu com Günther Jakobs, em 1985, em um congresso, na cidade Frankfurt, que se discutia a criminalização, em âmbito prévio à lesão de

²⁰BRASIL, op. cit., nota 01.

²¹QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio Nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 411.

²²BRASIL, op. cit., nota 01.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 536.114-MG*. Relator: Ministro: Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 15 set de 2021.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 01.



um bem jurídico, mas só passou a ter grande repercussão após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, às torres gêmeas do World Trade Center, na cidade em Nova York.

Para Jakobs, há a necessidade de se separar o direito penal do cidadão do direito penal do inimigo. Pacelli²⁵ explica que o direito penal do cidadão seria voltado para aqueles os quais se espera ainda os comportamentos devidos, já o direito penal do inimigo seria aquele voltado para os indivíduos que violam reiteradamente os tipos penais, que apresentam um estado de perigo latente para a sociedade, fazendo assim, referência aos autores de crimes sexuais violentos, terroristas, criminosos organizados, entre outros.

Ao discorrer sobre o direito penal do inimigo, Günther Jakobs²⁶ assevera que:

Quem não pode oferecer segurança cognitiva suficiente, de que se comportará como pessoa, não só não pode esperar ainda ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a trata-lo ainda como pessoa, pois de outro modo, estaria lesando o direito de outras pessoas à segurança.

É neste contexto que se faz a dicotomia ao direito penal do cidadão e ao direito penal do inimigo, uma vez que para este, o inimigo não deveria ser tratado como pessoa, também não seria sujeito de garantias e direitos individuais, como, por exemplo, o direito ao contraditório e a ampla defesa, admitindo-se ainda a aplicação de penas desproporcionais à gravidade do delito praticado.

Há de se ressaltar que, Jakobs²⁷ defende que “um direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, na ótica do estado de direito, do que impregnar todo o direito penal com regras específicas e duras próprias do direito penal do inimigo”.

Trazendo a possibilidade de aplicação da teoria do direito penal do inimigo para política criminal brasileira, esbarra-se em um dos pilares defendidos pelo próprio Günther Jakobs, uma vez que, para se verificar a concreta violação a norma, há de se verificar antes quais são as expectativas que são dirigidas a cada indivíduo, dentro do papel que cada um exerce dentro da sociedade.

Eugenio Pacelli²⁸ defende que, para Jakobs, a visão de inimigo não é e nunca foi direcionada aos excluídos sociais de sociedades desiguais, uma vez que, não há como exigir uma conduta conforme a norma daquele que jamais se beneficiou da sociedade e ainda indaga, não seria essa sociedade a verdadeira inimiga daquele por ela excluído?

²⁵ PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019. [e-book].

²⁶ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

²⁷ Idem; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 17.

²⁸ PACELLI; CALLEGAR, op. cit.

Ao explicar a visão de direito penal do inimigo, de Jakobs, Pacelli²⁹ elucida que:

Nesse passo, talvez haja certa contradição no sistema articulado pelo douto penalista alemão. Ao definir o conceito de culpabilidade material, JAKOBS afirma que o monopólio dos bens e serviços por parte de uma minoria impediria a consolidação da igualdade entre os membros da sociedade, e, assim, a inexigibilidade do comportamento segundo aquele universo normativo (ilegítimo, então). Ora, se assim é, a sua percepção do inimigo em determinada sociedade, concretamente existente, deveria levar em conta tais fatores e respectivas consequências (a exclusão social). Ou seja, a sua ideia de inimigo é bem menos útil e pertinente que aparentemente pretende ser, aplicando-se apenas àquelas sociedades em que haja um alto nível de igualdade material entre seus membros.

É neste contexto que a teoria pura do direito penal do inimigo criada por Günther Jakobs jamais poderia ter aplicação no Brasil, pois conforme os dados revelados pelo IBGE³⁰, o Brasil está em 156^a lugar em nível de desigualdade mundial, situando-se entre os 10 países mais desiguais do mundo.

Contudo, apesar do Brasil viver em um profundo estado de desigualdade, ao qual não caberia a aplicação do direito penal do inimigo de Jakobs, no ordenamento jurídico brasileiro existem normas, com características de direito penal do inimigo, que levam a marginalização e exclusão de determinados indivíduos, considerados inimigos do Estado, como por exemplo, a lei de crime hediondos³¹, que por meio de política criminal, selecionou alguns crimes do ordenamento jurídico brasileiro de forma que fossem atribuídos tratamentos mais severos aos seus infratores.

Não é de se assustar que os crimes de responsabilidade e de improbidade, ou seja, crimes do colarinho branco em geral, que apesar de serem crimes não violentos do ponto de vista físico, são os grandes crimes que realmente atentam contra a sociedade e assolam toda a população, que se torna vítima da pobreza e da desigualdade desenfreada, não sejam crimes previstos como hediondos³² e, por isso, não são tratados com mais rigor pelo ordenamento jurídico.

Nesta linha de raciocínio, fica claro que as leis refletem apenas os interesses de quem as faz, sendo a seletividade penal um instrumento do controle social, exercida por aqueles que estão mais perto do poder, seja do poder político ou econômico.

²⁹ Ibid

³⁰ IBGE. *Tabela países relacionados por desigualdade de rendimentos*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 09.

³² Ibid.



Sendo assim, ficou evidenciada a seletividade penal, mas não se pode olvidar que a seletividade penal ocorre também sob o aspecto da igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei³³, contudo indivíduos que praticam infrações idênticas são criminalizados de formas diferentes.

É neste contexto que Fernando Galvão³⁴ ao citar o estudo feito por Denis Chapman, conclui que:

O estudo levado a efeito por Chapman constatou que, pela manipulação habilidosa do discurso institucional, propaga-se, por toda a sociedade, a ideia de que os delitos apenas são cometidos por indivíduos que, desprovidos de méritos, não conseguiram alcançar um lugar satisfatório na hierarquia social. Assim, a ideologia trabalha no sentido de convencer que o crime é coisa típica dos pobres, o que faz presumir-se que somente cometem crimes os indivíduos que necessitam praticá-los, até mesmo para garantir a própria sobrevivência.

Desta forma, conclui-se que a seletividade penal da política criminal brasileira tem como característica não só a criminalização primária, que é a criação das leis penais, mas também a seletividade incriminadora, que impõe rótulos, estereotipa os indivíduos e se direciona aos mais pobres, tidos como à margem da sociedade, uma vez que estes não estão nem perto do poder político, econômico ou social.

Por último, é importante ressaltar que essa seletividade penal, revestida de toda forma de preconceito, só afasta a vigilância sobre os ricos, com poderio político e empurra para a marginalidade os indivíduos assim já rotulados, pois estes já são os papéis que lhes foram atribuídos, é para eles que as duras leis foram criadas.

3. A SUSPEIÇÃO CRIMINAL PERMANENTE AOS CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO ART.9-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O artigo 9-A, da Lei de execução penal³⁵, que não prevê prazo para exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados, dos condenados por crimes dolosos praticados com violência grave contra pessoa, crimes contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, gera grande discussão na doutrina e jurisprudência interna quanto a sua constitucionalidade.

³³BRASIL, op. cit., nota 01.

³⁴CHAPMAN apud GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 [e-book].

³⁵BRASIL, op. cit., nota 08.

Da mesma forma, existem severas divergências quanto ao posicionamento majoritário da doutrina interna brasileira e da jurisprudência internacional do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Suprema Corte norte-americana, quanto a *ratio* do tempo de armazenamento do perfil genético para fins forenses, essas cortes preveem que a norma é constitucional e perfeitamente compatível com o estado democrático de direito.

A doutrina majoritária brasileira defende ser uma espécie de estigma de natureza perpétua ou suspeição criminal permanente e sustenta ostensivamente pela inconstitucionalidade da norma, ao argumento de que obrigar o condenado a fornecer material genético para eventuais investigações, constrange o indivíduo a produzir prova contra si mesmo, violando os princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação.

Nesta linha, Eugenio Paccelli³⁶, sustenta que haveria uma incompatibilidade com o Estado de direito e as liberdades públicas, em que as pessoas passariam do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição.

E ainda, Aury Lopes Jr.³⁷, defende que “[...]haveria uma absurda e indeterminada subordinação ao poder de polícia do Estado, uma injustificável estigmatização, violadora da presunção de inocência e demais direitos da personalidade”.

Contudo, apesar dos contundentes argumentos trazidos pela doutrina supracitada, que pugna pela inconstitucionalidade da norma, não deve ser este o entendimento a ser seguido, uma vez a medida não tem finalidade punitiva, mas sim de prevenção e repressão, contribuindo para a resolução mais rápida dos crimes.

Com efeito, ainda que se entendesse que a medida tem natureza de sanção, a finalidade do ato ser de prevenção e repressão do crime, está em perfeito compasso com a legislação criminal brasileira. Isso porque, o Código Penal, em seu artigo 59³⁸, é expresso ao afirmar que a fixação da pena será a suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Guilherme de Souza Nucci³⁹ explica a natureza jurídica da pena no Brasil:

[...] a pena possui caráter multifacetado, implicando retribuição, o que continua a imperar no inconsciente coletivo da sociedade, bem como no próprio texto legal (art. 59, CP), além de significar prevenção geral positiva (reafirmação dos valores e da efetividade do direito penal) e negativa (intimidação à sociedade) e prevenção individual positiva (reeducação) e negativa (retirada do condenado do convívio social quando necessário).

³⁶PACELLI; CALLEGAR, op. cit.

³⁷LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 [e-book].

³⁸BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

³⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. 3. ed.. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [e-book].



Sendo assim, do ponto de vista de prevenção individual positiva, a ciência do indivíduo de que seu perfil genético está incluindo em um banco de dados, pode desestimulá-lo a cometer mais crimes, contribuindo, desta forma, para uma menor taxa de reincidência e, conseqüentemente, a sua ressocialização, o que se coaduna perfeitamente com o estado democrático de direito.

Ademais, não haverá nenhuma atuação ativa do estado contra o infrator, uma vez que se ele não cometer mais nenhum crime, a norma não terá nenhuma ingerência sobre ele e ainda, se for suspeito, quanto a outro crime, que o não tenha cometido, poderá se beneficiar dela, visto que, pode ser rapidamente retirado da lista de pessoas suspeitas, cuja investigação criminal tenha encontrado DNA.

Há de se ressaltar que este tipo de norma, que prevê efeitos perpétuos da condenação não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a lei de improbidade administrativa⁴⁰, mesmo tendo natureza de ação cível, prevê a pena de perdimento da função pública, sem prazo final.

Ou seja, uma lei de natureza cível tem a previsão expressa de uma pena perpétua, ainda que seja o direito penal o detentor do princípio da fragmentariedade, pois o legislador, imbuído do seu poder de política legislativa, consagrou que os crimes previstos na lei de improbidade administrativa são crimes contra coletividade e, deste modo, seus infratores estão eternamente vetados de se ressocializar moralmente e voltar a exercer um cargo público.

Desta forma, estaria aí o verdadeiro significado de suspeição permanente, com atuação ativa do estado contra o infrator, que não reconhece a capacidade de ressocialização do indivíduo.

Neste diapasão, é também interesse de toda a coletividade ver crimes tão abjetos, como os previstos para legitimação de extração do perfil genético⁴¹, serem mais rapidamente solucionados, bem como que a repressão e prevenção sobre os mesmos sejam mais ostensivas.

Por último, é importante ressaltar que, apesar das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime⁴², que prevendo a necessidade de efetividade da referida norma, constituiu ser falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético, este ainda é pouco eficaz, uma vez que, se o condenado estiver iniciando o cumprimento de sua pena, não há que se falar em regressão de regime, perda de um terço dos dias de pena

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

⁴¹BRASIL, op. cit., nota 08.

⁴²BRASIL, op. cit., nota 11.



remidos, tampouco em interrupção do prazo para progressão de regime, uma vez que estes são os institutos do cometimento de falta grave.

Sendo assim, é importante que o poder público aprimore os meios para que o condenado concita a se submeta ao procedimento de identificação criminal.

Jamais se desfazendo da necessidade de consentimento prévio informado, mas é salutar que o poder público legisle sobre benesses a esse condenado para incentivar o seu consentimento, o que poderia ocorrer por meio de uma melhora nas condições de progressão de regime ou de forma mais enérgica, que a autoridade judiciária ordene sua condução coercitiva, sob pena de crime de desobediência, como ocorrem países europeus, nos Estados Unidos e também na Argentina.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de conflitos de direitos fundamentais que regem o ordenamento jurídico brasileiro. O conflito se verifica pelo direito fundamental de presunção de inocência, direito à privacidade, bem como o direito de não produzir provas contra si mesmo, em contraponto ao direito fundamental da segurança pública, paz social, prevenção do crime e proteção aos direitos e liberdades da sociedade.

De um lado, a doutrina garantista, que defende a inconstitucionalidade do banco de dados dos perfis genéticos aos condenados por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra a pessoa, por crime contra a vida, crime contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, com fundamento em uma possível discriminação ao condenado, violação a presunção da inocência e estado de suspeição criminal permanente; e do outro a jurisprudência, que busca a prevenção ao crime, a segurança nacional e ao bem-estar econômico do país.

Diante dos fundamentos desenvolvidos ao longo do artigo, foi possível chegar à conclusão de que, apesar de ambas as partes trazerem eloquentes argumentos, mostrando que a problemática está longe de ser pacificada, não existe direito fundamental absoluto.

Desta forma, é forçoso dizer que a coleta de um cotonete bucal – swab bucal-, de forma adequada e indolor, com o objetivo de obter o perfil genético do condenado, é uma forma de intervenção corporal capaz de violar a dignidade da pessoa humana.

Sendo também forçoso defender que, a norma contida no artigo 9-A da Lei de execução penal, de manter o perfil genético dos condenados, armazenado, de forma sigilosa,



em banco de dados, seria uma afronta a presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si mesmo, uma vez que tais institutos têm como fundamento a proteção do indivíduo contra os excessos estatais cometidos durante a persecução penal, o que não se coaduna com a questão debatida no presente artigo, uma vez que para o condenado já se tem reconhecida a sua culpabilidade em decisão transitada em julgado.

O entendimento que chegou está pesquisadora é de que tal medida é uma espécie de efeito secundário da condenação e está fundamentada no Estado Democrático de Direito, uma vez que o exercício da cidadania está relacionado ao direito fundamental de segurança pública.

Quanto à questão abordada no segundo capítulo, se verifica que, Günther Jackobs, que é o pai da teoria do direito penal do inimigo, sustenta que o autor de crimes graves deve ser expurgado do seu status de cidadão, devendo ser punido como inimigo do estado, desde haja previsão legal para tanto.

É certo que tal teoria não se amolda a realidade brasileira e por isso, não poderia ser aplicada a sua política criminal, uma vez que ela pressupõe uma sociedade com igualdade de conhecimento, informação e oportunidade, o que por motivos óbvios e dados assustadores, trazidos ao longo do segundo capítulo, não se verifica na realidade da sociedade brasileira.

Ainda assim, existem, no ordenamento jurídico brasileiro, crimes que são punidos com maior severidade, uns de forma proporcional a gravidade da conduta cometida e outros tão graves quanto, mas que não são punidos da mesma forma, o que deixa claro o aspecto da seletividade penal em que se encontra o ordenamento jurídico.

Contudo, o tempo ilimitado em que os perfis genéticos podem ser armazenados no banco de dados, não se consubstancia em uma dessas normas com características de direito penal do inimigo, pois, apesar da previsão ser para crimes de extrema gravidade, tal medida em nada agrava a situação do condenado e nem na forma do cumprimento da pena.

Entender que tal medida é uma espécie de pena perpétua, é estigmatizar o condenado e afirmar que ele será um reincidente contumaz, visto que os efeitos da permanência no banco de dados só terão relevância para o condenado se ele vier a delinquir novamente, logo, se ele cumprir a principal função social da pena, que é a de ressocialização, tal medida não terá nenhum impacto na sua vida, não gerando nenhuma discriminação em sociedade.

Sendo assim, esta pesquisa sustenta que a falta de prazo para que o perfil genético dos condenados pelos crimes praticados no art.9-A, da Lei de Execução penal, está em conformidade com os princípios fundamentais de direito, não afrontando a presunção de



inocência, tão pouco ao direito de não produzir provas contra si mesmo, e esclarece que apesar da constitucionalidade e importância da norma, ela ainda encontra pouca efetividade.

Em que pese o *swab* oral ser uma técnica indolor e de não afrontar a dignidade da pessoa humana, é uma forma de intervenção corporal invasiva, só podendo ocorrer por meio de consentimento do condenado, e a simples previsão trazida pelo Pacote Anticrime de que a sua recusa constitui falta grave, não é suficiente para estimular os condenados a cooperem.

Um instituto tão importante, e eficaz na percussão penal, que auxilia na identificação da autoria criminosa e proporciona diminuição de erros judiciários, deveria ter, por parte do legislador, meios de coerção direta, em caso de recusa, ou ainda de institutos que propiciassem benesses aos condenados que cooperassem, como, por exemplo, uma melhora nas condições de progressão de regime, não sendo, portanto, a falta grave instituto suficiente para estimular a cooperação do condenado.

REFERENCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

_____. *Lei de crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 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: 08 abr. 2021.

_____. *Lei nº 8.429*, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

_____. *Lei nº 12.037*, de 01 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 08 abr. 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: 08 abr. 2021.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.Ibid.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 536.114-MG*. Relator: Ministro: Nefi Cordeiro. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 08 abr. 2021.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 [e-book].

IBGE. *Tabela países relacionados por desigualdade de rendimentos*, p. 52. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 [e-book].

NERY JÚNIOR, Nélon. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*. 3. ed.. rev. e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [e-book].

PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019, [e-book].

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