

20 - 48

Artigo

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA
IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO
EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL
FACE AO PRINCÍPIO DA NÃO
AUTOINCRIMINAÇÃO**

JEAN DOUGLAS SALDANHA E SANTOS

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IDENTIFICAÇÃO DO PERFIL GENÉTICO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL FACE AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

(UN)CONSTITUTIONALITY OF GENETIC PROFILE IDENTIFICATION
IN CRIMINAL EXECUTION REGARDING
THE PRINCIPLE OF NON-SELF-INCRIMINATION

JEAN DOUGLAS SALDANHA E SANTOS

Bacharel em Direito
Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte/Brasil)
jean.ssaldanha@gmail.com

RESUMO: Este trabalho científico se dedica à análise do instituto da identificação criminal por meio da coleta do perfil genético, em sede de execução penal, face ao princípio constitucional da não autoincriminação. Desta forma, a pesquisa se propõe ao estudo da modalidade de identificação criminal em epígrafe, bem como sua adequação à ordem constitucional vigente, especialmente no que tange às controvérsias advindas da obrigatoriedade de o condenado por determinados crimes ser submetido à identificação do perfil genético quando do ingresso no estabelecimento prisional. Ao final, verificou-se que a Lei nº 12.654/2012 e suas posteriores modificações, ao inserir o art. 9º-A, na Lei de Execução Penal, não padece de inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Identificação Criminal. Perfil Genético. Execução Penal. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This scientific work is dedicated to the analysis of the criminal identification process through the collection of genetic profiles in the context of criminal execution, in light of the constitutional principle of non-self-incrimination. Thus, the research aims to study the modality of criminal identification mentioned above, as well as its conformity with the current constitutional order, especially regarding the controversies arising from the obligation for individuals convicted of certain crimes to undergo genetic profile identification upon entering the prison system. In conclusion, it was found that Law No. 12,654/2012 and its subsequent modifications, by introducing Article 9-A into the Penal Execution Law, do not suffer from unconstitutionality.

KEYWORDS: Criminal Identification. Genetic Profile. Penal Execution. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A identificação do perfil genético na execução penal. 3. Considerações iniciais acerca do princípio da não autoincriminação. 4. A (in)constitucionalidade da identificação do perfil genético na execução da pena. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A Lei nº 12.654/2012, ao entrar em vigor no ordenamento jurídico, inovou substancialmente o Direito pátrio até então vigente: incluindo novos artigos nos diplomas legais que dispõem sobre a identificação criminal do civilmente identificado (Lei nº 12.037/2009) e a execução penal (Lei nº 7.210/1984 – LEP), passou a permitir a identificação criminal de investigados e condenados, desde que preenchidos alguns requisitos, por meio da coleta do perfil genético de tais pessoas, isto é, a partir da extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, nos termos dos arts. 5º, parágrafo único¹ e 9º-A, *caput*², (este com redação atual dada pela Lei nº 13.964/2019, também denominada “pacote anticrime”) dos citados comandos legais, respectivamente.

Tal previsão legislativa, que resultou na criação de um verdadeiro banco nacional de armazenamento de perfis genéticos³, buscou conferir maior capacidade técnica e resolutiva à atividade investigativa, sobretudo porque o legislador notou que, consumado um crime violento, era bastante comum o encontro, durante a atividade pericial, de materiais biológicos do possível autor do delito, tais como resquícios de sangue, fios de cabelos ou pedaços de pele sob a unha da vítima. Assim, em existindo um banco nacional de perfis genéticos, seria possível extrair informações precisas para se desvendar a autoria de determinado crime.

1 Art. 5ºA. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal. §1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

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

3 O Decreto nº 7.950/2013 instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Lado outro, ainda que o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009, incluído pela Lei nº 12.654/2012, em interpretação conjunta com o art. 3º, IV, do mesmo diploma legal, permita a coleta de material genético quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa” (BRASIL, 2012), o presente trabalho volta-se exclusivamente à hipótese prevista na Lei de Execução Penal. Dedicar-se este estudo à identificação criminal imposta no processo de execução da pena, leia-se, com o fim precípuo de abastecimento do supramencionado banco de dados sigiloso, que foi regulamentado por decreto pelo Executivo, e não ao subsídio de investigação criminal em curso.

O tema foi idealizado com base na identificação de um problema, que consistiu em indagar se a extração compulsória de material genético, ou seja, se a intervenção não consentida no corpo do condenado viola a ordem constitucional vigente, por ferir o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Com efeito, deflagrando-se desse ponto, exsurge como fundamental a análise da constitucionalidade do art. 9ª-A, da Lei de Execução Penal, que determina a submissão compulsória do condenado à extração de seu DNA, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional, frente ao princípio da não autoincriminação (ou *nemo tenetur se detegere*), este dotado tanto de envergadura constitucional⁴ quanto convencional (art. 8º, 2., “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/1992⁵).

⁴ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

⁵ Art. 8º, 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Considerando a importância de se chegar a uma resolução adequada para tal problemática, que se encontra em discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº. 973.837/MG, interposto pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, há que se ressaltar a relevância, originalidade e atualidade da pesquisa.

Nesse diapasão, a pesquisa foi desenvolvida pelo método indutivo, se concentrando no estudo da legislação e doutrina pertinentes, tendo sido delimitado como objetivo geral responder ao questionamento acerca da existência ou não de vício de inconstitucionalidade na lei *sub examine*. Por conseguinte, para o desenvolvimento e materialização da pesquisa científica, realizou-se levantamento bibliográfico do conhecimento produzido e aplicável ao objeto em análise, com vistas a constituir uma base sólida e crítica sobre o assunto.

Restaram delineados, como objetivos específicos, a análise dos pormenores da Lei nº 12.654/12, em sede de execução penal; a conceituação do princípio da não autoincriminação e a tessitura de algumas considerações a seu respeito e, por fim, a realização de incursão aos argumentos trazidos pela Defensoria Pública no Recurso Extraordinário nº. 973.837/MG, momento em que serão feitas as reflexões acerca da constitucionalidade ou não da novel modalidade de identificação criminal, durante a execução da pena, promovida pela Lei nº 12.654/2012.

2. A identificação do perfil genético na execução penal

Seguindo uma tendência mundial de desenvolvimento e implantação de banco de dados de perfis genéticos, foi sancionada, em 28 de maio de 2012 (com *vacatio legis* de 180 dias), a Lei nº 12.654/2012, cujo escopo era o de permitir a coleta do perfil genético de investigados e condenados como forma de identificação criminal.

O projeto de lei do Senado nº 93, de 2011, que originou o supracitado diploma legal, trazia como justificativa para a existência de tal previsão no ordenamento jurídico pátrio a premente necessidade de aprimoramento técnico e capacidade resolutiva das investigações promovidas pelo Estado, notadamente nos crimes praticados com grave violência, assim como a importância da determinação da identidade genética pelo DNA como forma de se estabelecer uma relação entre determinada pessoa e o local do crime. Nesse sentido, mister colacionar parte das razões apresentadas pelo Exmo. Senador Ciro Nogueira, à época, durante a apresentação de seu projeto:

O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (Combined DNA Index System) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para a implantação do CODIS começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele. [...] A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular humana. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal. [...] A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para muitos fins hoje em dia: demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica. (BRASIL, 2011)

Como cediço, a identificação criminal do civilmente identificado em tempos anteriores à edição da Lei nº 12.654/2012 era disciplinada pela Lei nº 12.037/2009⁶, esta por sua vez regulamentando

⁶ Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.

o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, que dispõe no sentido de que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 1988).

Se a regra era a não identificação criminal nos casos em que a pessoa já tivesse sua identidade civil esclarecida, previa a Lei nº 12.037/2009, em sua redação original, que a identificação criminal se daria exclusivamente pelo “processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação” (BRASIL, 2009).

Inovando no cenário jurídico, a Lei nº 12.654/2012 passou a prever, conforme aponta Lima (2022a, p. 58), a coleta do perfil genético como forma de identificação criminal em duas hipóteses diversas. A primeira se extrai do acréscimo de parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 12.037/2009, possibilitando, excepcionalmente, a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa” (BRASIL, 2012). A segunda hipótese, que interessa ao presente estudo, incluiu o art. 9º-A, na Lei de Execução Penal, passando a permitir, em sua redação originária, a coleta de material biológico nos seguintes termos:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (BRASIL, 2012)

Cumprе ressaltar, à luz dos ensinamentos de Lima (2022a, p. 59), que as novéis hipóteses de identificação criminal se distinguiriam entre si devido ao fato de que aquela prevista na Lei 12.037/2009

buscaria a identificação do perfil genético para sua utilização em um inquérito ou processo penal em andamento, isto é, por delito (seja ele qual for) já ocorrido, mediante autorização judicial. O comando legal instituído na Lei de Execução Penal, por sua vez, submeteria apenas os condenados por determinados crimes, nos termos do citado art. 9º-A, *caput*, à identificação de seu perfil genético, com o fim precípuo de abastecimento de um banco de dados sigiloso. Assim, tais informações ficariam guardadas para futuramente serem utilizadas, quer para se determinar a autoria de crimes já ocorridos, quer para se chegar à autoria de delitos que viessem a ocorrer, sem que houvesse vinculação entre a coleta do material biológico e uma investigação específica em curso. Ademais, a autorização judicial nessa circunstância seria necessária apenas para a autoridade policial ter acesso ao banco de dados em caso de inquérito instaurado, e não para a extração do DNA em si (consoante dispõe o art. 9º-A, §2º, da Lei 7.210/1984).

Atualmente, a redação do art. 9º-A, *caput*, da LEP, foi alterada pela Lei nº 13.964/2019⁸, também conhecida como “pacote anticrime”, ocasião em que foram incluídos alguns parágrafos ali. Seu *caput* vigora com a seguinte redação:

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2019).

Nessa toada, é possível tecer algumas considerações críticas quando se comparam as redações, antiga e nova, do art. 9º-A, da

7 Art. 9º-A [...] § 2º-A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

8 Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

LEP. De início, conforme leciona Nucci (2023, p. 62), o legislador, ao fazer menção na redação atual aos crimes contra a vida, não detalha se seria possível a extração de DNA somente aos delitos de natureza dolosa ou também aos culposos, embora a *mens legis* pareça ser voltada tão somente aos crimes especialmente graves. Também não reduziu o âmbito de incidência da norma apenas às espécies de homicídio.

Para Lima (2022a, p. 60-61), todos os crimes previstos no título I (dos crimes contra a pessoa), do capítulo I (dos crimes contra a vida), da parte especial do Código Penal, estariam abarcados pela previsão legal, ou seja, qualquer espécie de homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou automutilação, infanticídio e todas as formas de aborto, ainda que, com exceção do homicídio doloso, raramente os outros delitos resultem no encarceramento do agente.

Nucci (2023, p. 63) também aponta que o legislador, ao fazer menção, de modo genérico, aos crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulneráveis, acaba por englobar, novamente, além de delitos especialmente graves, como o estupro e o estupro de vulnerável, outros delitos que dificilmente levam seu autor à prisão (por permitirem benesses legais, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos). Assim, seria inócua a medida de identificação do perfil genético nesses casos, a exemplo de terem sido cometidos os delitos de importunação sexual, assédio sexual e corrupção de menores. No entanto, controversa ou não, pessoas condenadas por tais delitos deverão, obrigatoriamente, quando ingressarem no estabelecimento prisional, ser submetidos à identificação do perfil genético.

Além disso, a expressão “crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa”, mantida pela Lei 13.964/2019, “se refere a crimes dos quais resultem lesões graves, gravíssimas, ou a morte da vítima, tais como lesão corporal seguida de morte, homicídio simples ou qualificado etc.” (LIMA, 2022a, p. 60).

Em tempo, impende gizar que foi suprimida a expressão que determinava, outrora, a identificação obrigatória do perfil genético para qualquer dos crimes hediondos previstos no art. 1º da Lei 8.072/90⁹, ainda que alguns delitos hediondos, como o homicídio qualificado, continuem atraindo, obrigatoriamente, a incidência da atual redação do art. 9º-A, da LEP.

Outrossim, segundo Lima (2022a, p. 61-62), por mais que a redação do artigo *sub examine* não seja clara, a expressão “condenado” deve ser entendida como aquele que ostenta em seu desfavor sentença penal condenatória transitada em julgado, mormente diante do entendimento do Pretório Excelso de condicionar o início da execução penal ao trânsito em julgado do édito condenatório. Veda-se, portanto, a identificação de perfil genético, pelo menos nos termos da LEP, aos presos provisórios (lembrando-se que existe a outra hipótese de coleta de perfil genético na Lei nº 12.037/2009, voltada à investigação específica).

Com o trânsito em julgado da condenação, deverá o condenado, de forma compulsória, ser submetido à identificação de seu perfil genético, por técnica adequada e indolor, sendo tal informação, nos termos do §1º, do art. 9º-A, da LEP, “armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo” (BRASIL, 2012).

Nesse sentido:

Uma vez confrontado com outros perfis já armazenados nesse banco de dados, oriundos de cenas de crimes não elucidados, ou até mesmo extraído do corpo de vítimas de crimes violentos ou sexuais, eventual coincidência (“match”) poderá torná-lo suspeito de tal crime, cuja elucidação talvez jamais fosse possível sem a existência de um banco de dados de perfis genéticos (LIMA, 2022a, p. 62).

9 Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Esclareça-se que, segundo o §8º, do art. 9º-A, da LEP, “constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético” (BRASIL, 2019), assim como se impede, a partir da coleta de amostra biológica, nos termos do §5º¹⁰ do citado artigo, as práticas de fenotipagem genética e busca familiar, devendo a amostra biológica, após a identificação do perfil genético, ser imediatamente descartada, nos termos do §6º¹¹.

Válida a menção à preocupação da Lei nº 13.964/2019 com a segurança do procedimento de identificação do perfil genético, ao incluir os §§1º-A¹² e 3º, ao art. 9º-A¹³, da LEP, prevendo, respectivamente, garantias mínimas de proteção aos dados genéticos, bem como a possibilidade de seu titular ter acesso a esses dados e aos documentos da cadeia de custódia que o gerou.

Por fim, imperioso ressaltar a literalidade do §7º do mesmo artigo, prescrevendo que “a coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial” (BRASIL, 2019), norma especial em relação art. 158-C, do Código de Processo Penal¹⁴, como bem explica Lima (2022a, p. 66), que determina a coleta de vestígios preferencialmente por perito oficial, e não obrigatoriamente como no caso da LEP.

10 Art. 9º-A [...] § 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

11 Art. 9º-A [...] § 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do “caput” deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.

12 Art. 9º-A [...] § 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

13 Art. 9º-A [...] § 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

14 Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

3. Considerações iniciais acerca do princípio da não autoincriminação

Inicialmente, é de se notar que a Constituição da República, reconhecendo a importância da matéria, preocupou-se expressamente com o direito ao silêncio, ao prever, no art. 5º, inciso LXIII, que o “preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

No entanto, Lopes Jr. (2022, p. 129) reverbera que tal previsão constitucional e convencional (prevista no art. 8º, §2º, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) não pode ser encarada tão somente na possibilidade de o investigado ou réu permanecer em silêncio quando indagado sobre algo que possa lhe comprometer, uma vez que tal previsão se erige sob uma garantia mais ampla, qual seja, o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Segundo tal princípio, também nomeado pela doutrina como inexigibilidade ou vedação à autoincriminação:

[...] 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. Dessarte, o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc. Por elementar, sendo a recusa um direito, obviamente não pode causar prejuízos ao imputado e muito menos ser considerado delito de desobediência (LOPES JR., 2022, p. 129).

Embora seja possível deduzir, pela leitura da citação acima, a posição de Aury Lopes Jr. acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, tal problemática será estudada com maior profundidade em tópico posterior.

Desta feita, pode-se afirmar que o princípio *nemo tenetur se detegere* funciona, pois, como verdadeira autodefesa passiva, impedindo que o investigado ou réu seja compelido a praticar atos que contribuam para sua própria condenação.

Nessa senda, Lima (2022b, p. 70, *apud* Queijo, 2003, p. 55) escancara a motivação histórica para a existência de tal princípio, que converge à necessidade indispensável de proteção do indivíduo contra os abusos do Estado em sua atividade investigativa e de perseguição penal, mormente quando se pensa que em tempos anteriores ao surgimento do Estado Democrático de Direito já foi permitido inclusive o uso de tortura como meio de obtenção de provas.

No mesmo sentido, Távora e Alencar (2017, p. 96) relembram que a vedação à autoincriminação guarda profundos laços com o “Aviso de Miranda” (ou *Miranda warnings*), extraído do julgamento *Miranda versus Arizona*, nos Estados Unidos, cenário em que a Suprema Corte daquele país, em 1966, entendeu que era indispensável o aviso feito pelos policiais, à pessoa, no momento de efetuarem a prisão, acerca de seu direito de permanecer em silêncio, bem como no tocante à possibilidade de o detido constituir advogado para assisti-lo. Entendeu-se que os policiais também deveriam avisar ao preso que, caso resolvesse se explicar após a cientificação de seus direitos, tudo poderia ser utilizado em seu desfavor. No entendimento daquela Corte de Justiça, a inobservância desses procedimentos resultaria na invalidade de eventual confissão.

No âmbito do Poder Judiciário pátrio, essa temática envolvendo o direito ao silêncio e a necessidade de aviso prévio ganha contornos controversos, sobretudo quando envolve delitos em que a prova testemunhal, somada à confissão informal do réu durante a prisão em flagrante delito, é decisiva para a prolação de um édito condenatório (como no caso daqueles crimes tipificados na Lei 11.343/2006¹⁵).

15 Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para

Tanto assim que tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 1.177.984/SP, sob relatoria do Min. Edson Fachin, nos seguintes termos:

Tema: 1185. Título: Obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não autoincriminação e do devido processo legal. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, LIV e LXIII, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, da advertência ao preso do direito ao silêncio, no momento da abordagem policial – quando frequentemente ocorre o denominado interrogatório informal –, sob pena de ilicitude da prova, e considerando-se os princípios da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e do devido processo legal (BRASIL, 2022).

No entanto, é possível encontrar decisões do próprio Pretório Excelso entendendo que a falta de advertência ao preso, no momento em que recebe voz de prisão por policial, leva à nulidade de eventual confissão informal – STF, RHC 192.798/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 24/02/2021¹⁶.

Ao arremate de tais breves considerações, conforme lição de Lopes Jr (2022, p. 122-123), por mais que a Constituição, ao explicitar uma faceta do princípio da não autoincriminação, transmita a ideia de que apenas o indivíduo preso teria esse direito, é de se ressaltar que tal previsão se estende também ao indivíduo em liberdade, quer ele seja suspeito, indiciado, acusado ou condenado; abarca, também, tanto os inquéritos policiais quanto proce-

prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

16 Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Agravo da PGR. 3. Aviso de Miranda. Direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal impõe ao Estado a obrigação de informar ao preso seu direito ao silêncio não apenas no interrogatório formal, mas logo no momento da abordagem, quando recebe voz de prisão por policial, em situação de flagrante delito. 4. Inexistência de provas independentes no caso concreto. Nulidade da condenação. 5. Condenação por tráfico de drogas mantida. Absolvção do crime de associação para o tráfico. 6. Agravo improvido.

dimentos administrativos, processos cíveis ou criminais em que subsista a possibilidade de autoincriminação.

4. A (in)constitucionalidade da identificação do perfil genético na execução da pena

A obrigatoriedade de se submeter o condenado por crimes violentos, por ocasião de seu ingresso no estabelecimento prisional, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, tem causado grandes celeumas desde a entrada em vigor da Lei nº 12.654/2012.

Muito tem se argumentado que a novel espécie de identificação criminal, ao obrigar o condenado a tolerar a coleta de seu próprio material biológico para fins de obtenção do perfil genético, incorre em erros gravíssimos, sendo, por isso mesmo, inconstitucional.

Além de tratar o condenado como mero objeto de direito, coisificando-o, Lopes Jr. (2022, p. 564-565) aponta que o art. 9º-A, da LEP, acaba por fulminar um dos mais nobres de todos os direitos, de índole e previsão eminentemente constitucional, qual seja, o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Não obstante Aury Lopes Jr. reconheça o papel fundamental das provas genéticas no mundo hodierno, inclusive não se opondo à colheita e perícia de células corporais deixadas pelo agente no local do delito, voluntária ou involuntariamente, ou mesmo na identificação do perfil genético nos casos em que o condenado consinta com a extração de seu DNA, assim argumenta nas hipóteses de expressa negativa do sujeito passivo em relação ao exame pericial:

O sujeito passivo encontra-se protegido pela presunção de inocência e a totalidade da carga probatória está nas mãos do acusador. O direito de defesa, especialmente sob o ponto de vista negativo, não pode ser limitado, principalmente porque a seu

lado existe outro princípio básico, muito bem apontado por CARNELUTTI: a carga da prova da existência de todos os elementos positivos e a ausência dos elementos negativos do delito incumbe a quem acusa. Por isso, o sujeito passivo não pode ser compelido a auxiliar a acusação a liberar-se de uma carga que não lhe incumbe.

Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita) (LOPES JR., 2022, p. 564-566).

No mesmo sentido, Marcão (2023, p. 86-88) leciona que a submissão compulsória do condenado à coleta de seu material genético, ainda que por técnica adequada e indolor, quando tal pessoa se negue a permitir tal ato, é intervenção violenta por natureza, sendo, portanto, vedada pela Constituição da República. Afirma, para além, que o armazenamento do perfil genético coletado só poderia resultar em prejuízos ao condenado, já que tais dados serviriam como uma prova pré-constituída para a apuração de delito que viesse a ser cometido ou para se desvendar a autoria de crime consumado no passado, o que iria novamente de encontro ao princípio que veda a autoincriminação.

Bebendo, de certa forma, de tais fontes, e inconformada com o acórdão exarado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos autos do agravo em execução nº 1.0024.05.793047-1/001¹⁷, que deu provimento ao recurso do Ministério Público

17 AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DO APENADO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RETROATIVIDADE. ISENÇÃO DE CUSTAS. DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO. - A Lei nº 12.654/12 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. - A criação de banco de dados com material genético do apenado não viola o princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), vez que decorre de condenação criminal transitada em julgado. Não se cogita violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, ainda, por se tratar de norma que prevê mero procedimento de identificação criminal. - Concede-se a isenção do pagamento das custas e despesas processuais ao réu

do Estado de Minas Gerais, para determinar a coleta do perfil genético de um apenado (MINAS GERAIS, 2014), a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais interpôs recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Referido recurso, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, autuado com o número 973.837/MG¹⁸, ainda encontra-se pendente de julgamento, tendo sido delimitada a seguinte temática, ao ser reconhecida repercussão geral:

Tema: 0905.

Título: Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do princípio constitucional da não autoincriminação e do art. 5º, II, da Constituição Federal, a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei 7.210/1984, introduzido pela Lei 12.654/2012, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos (BRASIL, 2016).

Conforme se extrai da descrição acima e da leitura das razões recursais juntada aos autos pela Defensoria Pública, os argumentos defensivos convergem basicamente à violação ao princípio *nemo tenetur se detegere* e ao art. 5º, II, da Constituição, que assim dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Em que pesem os argumentos lançados por qualificada parcela da doutrina nacional rechaçando a constitucionalidade do art. 9º-A, da LEP, incluído pela Lei nº 12.654/2012 e com redação atu-

assistido pela Defensoria Pública, nos termos da Lei estadual no 14.939/03 (2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Catta Preta, j. 04/09/2014, p. 15/09/2014).

18 Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>>. Acesso em: 30 dez. 2023.

al, ao menos de seu *caput*, dada pela Lei nº 13.964/2019, entende-se estar em plena consonância com a ordem constitucional vigente a identificação do perfil genéticos de condenados, mediante a extração do DNA por técnica adequada e indolor, mesmo nos casos em que houver recusa por parte do sujeito passivo.

Isso porque, conforme bem ensina Lima (2022a, p. 67-68), o procedimento a ser realizado para a coleta de material biológico com vistas à identificação do perfil genético não reclama nenhum comportamento ativo por parte do condenado, isto é, ninguém é obrigado, durante o procedimento realizado por perito oficial, a participar ativamente no fornecimento de provas que o incriminará em investigação ou processo penal em curso. Pelo contrário: a técnica envolve tão somente a introdução de um *swab* (“cotonete”) na boca do condenado, de modo superficial, buscando a coleta de células da mucosa oral.

Desta feita, se por um lado a jurisprudência dos Tribunais pátrios se consolidou no sentido de afastar a possibilidade de se obrigar alguém a participar ativamente na produção de provas que posteriormente poderá incriminá-lo, por violação ao *nemo tenetur se detegere*, entendimento semelhante não ocorre no caso de condutas meramente passivas, em que o condenado, sem praticar nenhuma ação, simplesmente tolera a ação de um terceiro.

Não fosse assim, dever-se-ia ser considerada ilegal, *a priori*, quaisquer revistas pessoais, buscas e apreensões e até mesmo vedada a possibilidade de se submeter alguém ao raio X em aeroportos. Definitivamente não é o que ocorre.

Aliás, em se tratando de exames de raios X em aeroportos, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela sua validade:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PACIENTES SUBMETIDOS A EXAME DE RAIOS-X. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PROVA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO

AUTO-INCRIMINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA. 1. A Constituição Federal, na esteira da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, consagrou, em seu art. 5º, inciso LXIII, o princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si. 2. Não há, nos autos, qualquer comprovação de que tenha havido abuso por parte dos policiais na obtenção da prova que ora se impugna. Ao contrário, verifica-se que os pacientes assumiram a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional da cocaína apreendida para a Angola, o que denota cooperação com a atividade policial, refutando qualquer alegação de coação na colheita da prova. 3. Ademais, é sabido que a ingestão de cápsulas de cocaína causa risco de morte, motivo pelo qual a constatação do transporte da droga no organismo humano, com o posterior procedimento apto a expeli-la, traduz em verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento. 4. Mesmo não fossem realizadas as radiografias abdominais, o próprio organismo, se o pior não ocorresse, expeliria naturalmente as cápsulas ingeridas, de forma a permitir a comprovação da ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes [...] 9. Ordem denegada (BRASIL, 2011).

Pela constitucionalidade do art. 9º-A, da LEP, Avena (2014, p. 44) afirma que:

Consideramos, enfim, que a proibição de que o indivíduo seja obrigado a produzir prova contra si alcança unicamente situações nas quais se pretenda constrangê-lo a uma postura ativa, por exemplo, o fornecimento de DNA no curso de uma investigação em andamento para comprovar a autoria de um crime pelo suspeito. Isso não pode ser feito. Contudo, na situação prevista no art. 9º-A da L. 7.210/1984, o que se estabelece é a obrigação legal de que indivíduos já condenados pela prática de determinados crimes (graves, pela própria natureza) forneçam material biológico a fim de compor banco de dados, a fim de subsidiar

futuras investigações em relação a delitos diversos dos que motivaram a extração. A situação, como se vê, não envolve um comportamento ativo no sentido do fornecimento de provas para uma investigação ou processo em andamento, mas simplesmente o abastecimento de banco de dados que permanecerá inerte (passivo), podendo ser acessado pelas autoridades policiais para fins de investigações de crimes apenas por ordem judicial.

Lima (2022a, p. 68) ainda relembra que a jurisprudência do Pre-
tório Excelso é firme no sentido de validar as provas produzidas a partir de materiais biológicos colhidos no ambiente, também de maneira não invasiva, a exemplo do famoso caso da cantora Glória Trevi¹⁹, cujo exame de DNA fora realizado na placenta coletada após tal objeto já ter sido expelido durante o parto.

Nucci (2023, p. 65), ao se manifestar pela constitucionalidade da medida, além de reforçar o caráter não invasivo do comando legal insculpido na LEP, sustenta não saber o motivo pelo qual ainda hoje não ocorre a identificação criminal de todos os indicados ou réus, guardado, evidentemente, o sigilo do ato, dado que referida medida traria enorme segurança jurídica, impedindo que uma pessoa fosse processada e eventualmente condenada no lugar de outra, gerando erro judicial gravíssimo.

Na mesma toada, conquanto não se ignore que a Carta Política de 1988 previu expressamente, em seu art. 5º, X, como “[...] invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988), não se pode afirmar, sem antes proceder à análise sistemática de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que a medida em estudo feriria frontalmente direitos fundamentais do ser humano, sepultando a própria ideia de autonomia corporal que o indivíduo teria sobre si, como aponta Aury Lopes Jr.

¹⁹ Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99366/false>>. Acesso em: 30/12/2023.

A bem da verdade, fato é que própria condenação penal transitada em julgado tem o condão de tolher, ao menos temporariamente, alguns direitos fundamentais do indivíduo, como a liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/88²⁰) e os direitos políticos (art. 15, III, CF/88²¹), sem que isso importe em ilegalidades ou inconstitucionalidades.

Ademais, se por um lado a vida privada e a intimidade são, de fato, direitos da personalidade tutelados pela Constituição em posição de destaque, conclusão semelhante se extrai quanto ao direito fundamental à segurança, insculpido não apenas no *caput* dos arts. 5º e 6º²², como direitos individual e social, respectivamente, mas também no art. 144²³, *caput*, da nossa Carta Magna, sob a roupagem de preservação da ordem pública.

Esclareça-se que, consoante lição de Silva (2015, p. 791):

Na teoria jurídica, a palavra “segurança” assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que o qualifica. “Segurança jurídica” consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantêm-se estável, mesmo se se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. “Segurança Social” significa a previsão de vários meios que garantem aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como

20 Art. 5º [...] XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

21 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

22 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

23 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...].

conjunto de direitos sociais [...]. “Segurança Pública” é manutenção da ordem pública interna.

À vista disso, partindo-se da premissa de que inexistente direito absoluto, forçoso concluir que o suposto conflito existente entre o direito à intimidade e à vida privada *versus* o direito à segurança (aqui analisado em suas múltiplas facetas, especialmente em sua dimensão de segurança pública), conforme aponta parcela da doutrina, dever-se-ia ser resolvido em prol deste último, à luz da técnica da ponderação de princípios há muito consagrada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de modo a permitir a submissão compulsória do condenado à identificação de seu perfil genético.

Referida conclusão, a propósito, garante a segurança não só do corpo social, que tem interesse em ver o autor de determinado crime, devidamente identificado, ser processado e eventualmente segregado do convívio social, mas também do próprio condenado, que com o seu perfil genético devidamente identificado, tem a possibilidade de não vir a ser acusado injustamente quanto à prática de determinado delito.

Colaciona-se em tal sentido ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça em que foi concedida a ordem de *habeas corpus* a um condenado após ser constatado em laudo pericial de confronto genético que o material biológico coletado na vítima, à época dos fatos, não coincidia com seu perfil genético, e sim com o de outro homem:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. AUTORIA ESTABELECIDA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. LAUDO PERICIAL DE EXAME DE DNA QUE CONCLUIU QUE O PERFIL GENÉTICO OBTIDO DO MATERIAL COLETADO EM EXAME SEXOLÓGICO FEITO NA VÍTIMA NÃO É PROVENIENTE DO

PACIENTE. PROVA CIENTÍFICA DA INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 3. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de estupro tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico feito pela vítima na fase policial, porém sem observância das disposições do art. 226 do CPP. 4. Além disso, cabe ainda ressaltar que, por meio de exame de DNA realizado pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, constatou-se no “Laudo Pericial de Confronto Genético” que o material genético (espermatozoides), coletado em exame sexológico feito na vítima à época dos fatos, não coincide com o perfil genético do paciente e sim com o perfil genético de outro homem, suspeito de cometer outros crimes de estupro, cujo material genético também foi apresentado para a confrontação. 5. No âmbito do processo penal, em que com mais vigor se busca a verdade real, as provas científicas têm se revelado meios seguros para a elucidação de crimes e identificação dos seus autores. À vista disso, inegável o valor probante do laudo pericial. 6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente do crime de estupro de vulnerável (BRASIL, 2021).

Ademais, a flexibilização do direito à privacidade do condenado traz enormes ganhos à sociedade em termos de ordem pública, em troca de mínimo sacrifício individual, uma vez que com o aprimoramento da capacidade investigativa do Estado não só o apenado se veria, depois de reinserido à sociedade, desestimulado a praticar crimes, especialmente aqueles de natureza violenta, mas também outros potenciais infratores. Busca o Estado, de modo proporcional, desincumbir-se do seu ônus de investigar, processar e punir, por meio de sanções previamente estabelecidas, os infratores da lei penal, funcionando a coleta do material genético como efeito extrapenal da condenação.

Reforçando o cuidado do legislador com a intimidade das pessoas submetidas à identificação do perfil genético, além de os dados afetos ao procedimento serem gerenciados por unidade oficial de

perícia criminal, segundo art. 5º-A, §1º, da Lei nº 12.037/2009, “as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos” (BRASIL, 2012).

Outrossim, quanto à afirmação de parcela da doutrina no sentido de que a identificação do perfil genético funcionaria como prova pré-constituída, apta a incriminar o condenado por delitos já ocorridos ou que viessem a ocorrer, Lima (2022a, p. 68) salienta que os dados constantes no banco nacional de perfis genéticos geralmente se prestam à exclusão de autoria e, mesmo nos casos em que ocorresse um *match* entre o material colhido no local do crime e aqueles armazenados, seria necessário individualizar eventual conduta criminosa do agente, não bastando a mera informação de que os perfis genéticos coincidem.

A propósito, cumpre citar que atualmente a Resolução nº 10/2019, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos é o normativo responsável pela “padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos” (BRASIL, 2019).

Entre outras coisas, é prevista a necessidade de o condenado ser apresentado aos responsáveis pela coleta de seu material genético (art. 6º²⁴), ficando ciente da fundamentação legal que alicerça o procedimento, na presença de uma testemunha (art. 7º²⁵). Em havendo recusa por parte do sujeito passivo à extração de seu DNA,

24 Art. 6º O condenado, devidamente identificado civil ou criminalmente, deverá ser apresentado aos responsáveis pela coleta, não consistindo o exame genético em um método de identificação civil.

25 Art. 7º Antes da realização da coleta de material biológico, a pessoa submetida ao procedimento deverá ser informada sobre sua fundamentação legal, na presença de pelo menos uma testemunha, além do responsável pela coleta.

tal controvérsia deverá ser levada ao conhecimento da autoridade judiciária, que decidirá sobre a coleta compulsória (art. 8º²⁶).

Ao arremate argumentativo, mister salientar que, segundo Marteleto Filho (2012, p. 126-133), países europeus como Alemanha, Espanha, Portugal e Itália permitem intervenção corporal coercitiva, desde que autorizadas judicialmente e que não ultrapassem a mera cooperação passiva do investigado ou réu, pelo que a legislação brasileira em análise em nada estaria fora da realidade.

Portanto, entende-se não ser eivada de inconstitucionalidade a Lei nº 12.654/2012, dada a ausência de violação ao princípio que veda a autoincriminação, devendo, por conseguinte, ser negado provimento ao Recurso Extraordinário 973.837/MG e declarado, de modo incidental, a constitucionalidade do diploma em questão.

5. Conclusão

Buscando aprimorar a capacidade estatal de se investigar e punir autores de crimes violentos, o legislador brasileiro, seguindo uma tendência mundial de implantação de bancos de dados de perfis genéticos, editou a Lei nº 12.654/2012.

Tal diploma legal, incluindo o art. 9º-A, na Lei de Execução Penal, tornou obrigatória a submissão de indivíduos condenados por determinados crimes à identificação de seu perfil genético, mediante extração de DNA, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. Criou-se, assim, nova espécie de identificação criminal do civilmente identificado, ao lado daquelas hipóteses já previstas na Lei nº 12.037/2009, quais sejam, a partir do processo datiloscópico e fotográfico.

26 Art. 8º Em caso de recusa, o fato será consignado em documento assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta. Parágrafo único. O responsável pela coleta comunicará a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012.

Identificado o perfil genético do condenado, referidos dados são armazenados em banco de dados sigiloso, conforme regulamento expedido pelo Executivo, podendo vir a serem utilizados em perseguições criminais indeterminadas, mediante autorização judicial.

Diante do caráter cogente da norma jurídica estatuída no bojo da LEP, parte da doutrina, tão logo a Lei nº 12.654/2012 entrou em vigor, começou a questionar sua constitucionalidade, eis que afrontaria o princípio que veda a autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Tal argumentação levou, inclusive, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais a interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal em caso no qual o egrégio Tribunal de Justiça mineiro determinou a coleta de material biológico para fins de identificação do perfil genético de um apenado. O mérito de tal recurso (RE nº 973.837/MG) ainda não foi julgado.

Dessarte, entende-se que a novel forma de identificação criminal em nada viola o direito constitucional que veda a autoincriminação, mesmo nas hipóteses em que o condenado não concorde com a extração de seu DNA e consequente identificação do perfil genético.

Também não há violação à privacidade ou consentimento do condenado, funcionando a medida como um proporcional efeito extrapenal da condenação.

Isso porque o procedimento, realizado por perito oficial, não é invasivo: apenas colhe-se células da mucosa oral do apenado por meio de um *swab* estéril (“cotonete”), sem que se precise injetar algo ou fazer perfurações no corpo da pessoa (a exemplo da extração de sangue por agulhas).

Além disso, o apenado é mero sujeito passivo durante o exame, não sendo forçado a praticar ações tendentes a incriminá-lo, o que, de fato, violaria o princípio *nemo tenetur se detegere*, sendo certo que os Tribunais pátrios permitem, em casos que envolvem o mesmo raciocínio, a prova colhida, a exemplo de pessoas que

são presas em flagrante delito portando drogas após serem submetidas ao raio X em aeroportos.

Conclui-se, desse modo, que a Lei nº 12.654/2012 não padece de nenhum vício, pelo que se espera seja negado provimento ao recurso extraordinário 973.837/MG e declarada, incidentalmente, sua constitucionalidade.

6. Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal*: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014. 368p.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 26 dez. 2023.

_____. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 dez. 2023.

_____. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 29 dez. 2023.

_____. *Decreto n. 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 27 dez. 2023.

_____. *Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 29 dez. 2023.

_____. *Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009*. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. *Projeto de Lei do Senado n. 93, de 17 de março de 2011*. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=618717&ts=1630412130699&disposition=inline>>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. *Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012*. Altera as Leis n. 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm>. Acesso em: 25 dez. 2023.

A (in)constitucionalidade da identificação do perfil genético em sede de execução penal face ao princípio da não autoincriminação

Jean Douglas Saldanha e Santos

_____. *Decreto n. 7.950, de 12 de março de 2013*. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em: 27 dez. 2023.

_____. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em: 25 dez. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus 149.146/SP*. Rel. Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 5 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901918430&dt_publicacao=19/04/2>. Acesso em: 30 dez. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus 694.791/SP*. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103016041&dt_publicacao=10/12/2021>. Acesso em: 11 fev. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 2.040/DF*. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99366/false>>. Acesso em: 30 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 973.837/MG*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 23 jun. 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>>. Acesso em: 28 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em habeas corpus 192.798/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344850756&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário 1.177.984/SP*. Rel. Edson Fachin. Brasília, DF, 2 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349475234&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2023.

COMITÊ GESTOR DA REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. *Resolução n. 10, de 28 de fevereiro de 2019*. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2200/2/RES_SENASP_2019_10.html>. Acesso em: 30 dez. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Execução penal*. São Paulo: JusPodivm, 2022a. 576p.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 11 ed., rev. atual. ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022b. 1648p.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 1272p.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 20 ed., rev. atual. ampl. São Paulo: SaraivaJur, 2023. 272p.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 248p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo em execução penal n. 1.0024.05.793047-1/001*. Rel. Catta Preta. Minas Gerais, MG, 4 set. 2014. TJMG. Disponível em: <<https://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=100240579304710012014997697>>. Acesso em: 30 dez. 2023.

Artigo

A (in)constitucionalidade da identificação do perfil genético em sede de execução penal face ao princípio da não autoincriminação

Jean Douglas Saldanha e Santos

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 6 ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 326p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. 936p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. 1.840p.

Artigo recebido em 02/01/24.

Artigo aprovado em 06/02/24.

DOI: 10.59303/dejure.v23i42.518