

A inconstitucionalidade da coleta de material genético de condenados para formação de um banco de dados nacional**The unconstitutionality of collecting genetic material from convicts to form a national database**

DOI:10.34117/bjdv6n10-153

Recebimento dos originais:08/09/2020

Aceitação para publicação:07/10/2020

Juan Pablo Ilha da Silva

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Advogado no Wagner Advogados Associados
Endereço: Rua Erotildes Costa, 162, Jucelino Kubitschek, Santa Maria/RS
E-mail: juanilha@outlook.com

Miriam Cheissele dos Santos

Mestranda do Programa de Pós-Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM)
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Advogada no Cassel Ruzzarin Santos Rodrigues Advogados Associados
Endereço: Rua Coronel Niederauer, 1445, apto. 208, Centro, Santa Maria/RS
E-mail: micheissele@gmail.com

Sabrina Kamphorst

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Advogada no Bortolini e D'Avila Advogados Associados
Endereço: Rua Coronel Niederauer, 1445, apto. 208, Centro, Santa Maria/RS
E-mail: sabrina.kamphorst@gmail.com

Larissa Nunes Cavalheiro

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santo Ângelo (PPGD/URI)
Bolsista Capes-Taxa. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Professora do curso de Direito da URI São Luiz Gonzaga
Endereço: Rua José Ribeiro, nº 994, Centro, CEP 97670-000, São Borja/RS
E-mail: larissanunescavalheiro@gmail.com

RESUMO

A possibilidade da coleta de material genético de condenados para formação de um banco de dados, a fim de solucionar casos com autoria desconhecida, disposta no artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP), é uma discussão ainda recente no Brasil. A problemática encontra seu cerne na compulsoriedade da extração de material genético, ou seja, obrigando a pessoa a produzir prova contra si e a ter seu corpo violado. A constitucionalidade da matéria é pauta de discussão atual do Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do Recurso Extraordinário nº 973.837/MG. Nesse sentido, o objetivo desse artigo é analisar a constitucionalidade do artigo 9º-A da LEP, observando se a sua aplicação poderá violar direitos e garantias fundamentais dos

condenados, bem como analisar os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência quanto ao tema, com intuito de verificar a existência de afronta direta à Constituição Federal. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e métodos de procedimentos monográfico e o comparativo. Quanto às técnicas de pesquisas, optou-se pela bibliográfica e documental. No que se refere aos resultados, verificou-se a inconstitucionalidade do artigo 9º-A da LEP, pois apresenta conteúdo contrário aos fundamentos da Constituição, posicionando majoritariamente, nesse sentido, a doutrina. Quanto ao Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, até o momento, constata-se que há uma tentativa de afastar a inconstitucionalidade sob o fundamento de maior segurança. Todavia, a ponderação realizada neste conflito de direitos ressalta a importância daqueles que serão violados por meio da referida coleta, não havendo ainda posicionamento do STF.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade, Lei de Execução Penal, Material genético.

ABSTRACT

The possibility of collecting genetic material from convicted persons for the formation of a national database in order to solve cases with unknown authors, set forth in article 9º, of the Federal Law no. 7.210/84, is a recent discussion in Brazil. The problem lies at the heart of the compulsory extraction of DNA and consequent violation of the fundamental guarantees of the condemned, who are forced to produce evidence against themselves and have their bodies violated even without their consent. The doctrine and jurisprudence, however, do not yet have a unanimous position regarding the constitutionality of the matter, being the subject, even of the current discussion of the Supreme Court. In this sense, the purpose of this article is to analyze the (in)constitutionality of article 9º-A, of the Federal Law no. 7.210/84, observing if its application could lead to violation of the fundamental rights and guarantees of the condemned, as well as to analyze the different positions of doctrine and jurisprudence on the subject, in order to verify the existence of direct affront to the Federal Constitution. For this, the deductive approach method was used, as well as the method of monographic procedures and the comparative method. As for the research techniques, bibliographic and documentary techniques were used. Regarding the results, it was verified the unconstitutionality of article 9º-A of the LEP, as it presents content directly contrary to the foundations of the Constitution. This is, by the way, the positioning of the majority doctrine. Concerning the Extraordinary Appeal nº 973.837/MG, so far, it appears that there is an attempt to discredit unconstitutionality under the guise of greater security, however, this is not relevant given the violated rights of the convicted, but there is still no position of the Constitutional Court.

Keywords: Inconstitutionality, Federal Law, Genetic material.

1 INTRODUÇÃO

A extração de material genético para obtenção de provas no Direito Penal Brasileiro foi instituída por meio da publicação da Lei nº 12.654/2012 - a qual alterou a Lei 12.037/2009 -, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, e inseriu o artigo 9º-A na Lei de Execução Penal - LEP¹. Nesse sentido, a Lei nº 12.654/2012 alterou a LEP para prever que os

¹ 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

condenados por crimes dolosos, praticados com violência de natureza grave contra pessoa, serão compulsoriamente submetidos à identificação do perfil genético, para criação de um banco de dados nacional.

Essa medida surge no Brasil como uma ferramenta para que se consiga solucionar um maior número de crimes e com uma maior certeza de quem é sujeito ativo, na medida em que, diante da análise da compatibilidade do DNA coletado na cena de crime com o perfil genético existente nos bancos de dados, seria possível, facilmente, identificar o culpado. Ocorre que tal medida reforça a criação de um estereótipo de criminoso que, mesmo após cumprir sua pena, é identificado pelo Estado como alguém que possui uma tendência a cometer crimes.

Ora, se a presunção de inocência é um direito fundamental no Estado Democrático de Direito, há razões para que uma pessoa seja submetida a análise do seu material genético sempre que um crime com autor desconhecido ocorra? Existe, para o legislador, a presunção da existência de uma periculosidade dos condenados, o que é um equívoco, vez que significa uma discriminação e estigmatização dos apenados no Brasil (LOPES JR., 2018, pág. 438).

Para além disso, a discussão doutrinária quanto à constitucionalidade da extração do material genético para criação de um banco de dados é ampliada quando analisada sob a perspectiva do princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Isso porque, tanto a Constituição Federal, quanto a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, preveem que nenhuma pessoa é obrigada a produzir provas contra si próprio.

Além disso, outro objeto de análise desse artigo é a obrigatoriedade da extração de DNA, prevista no artigo 9^a-A da LEP, e a consequente violação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1^o da Constituição Federal². A análise sobre a violação dessa garantia, permeia a possibilidade da extração compulsória do DNA, mesmo diante da negativa do condenado, sendo possível a utilização de coação por parte da autoridade judicial.

Trata-se de questão complexa que, inclusive, é objeto de discussões no Supremo Tribunal Federal (STF), que alternou entre a constitucionalidade e inconstitucionalidade da norma em questão em suas decisões. Assim, além da possível violação decorrente do artigo 9^o-A da LEP aos

indolor. § 1^o A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2^o 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)

² Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...] III - a dignidade da pessoa humana;

princípios constitucionais da não autoincriminação e da dignidade da pessoa humana, o presente trabalho analisa o posicionamento do STF sobre o tema, visto que é quem possui competência constitucional para julgar a matéria³.

Por fim, para o desenvolvimento da pesquisa, será utilizado o método de abordagem dedutivo, pois parte de uma análise da doutrina e de argumentos apresentados no Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, o qual ainda não teve decisão de mérito, para verificar a possível inconstitucionalidade do artigo 9º-A da LEP. No que se refere aos métodos de procedimento, serão empregados o monográfico e o comparativo. O primeiro será utilizado em razão da análise do caso selecionado que ainda será julgado no STF. Ainda, no intuito de verificar a possível violação a princípios constitucionais, será aprofundado o estudo doutrinário.

O segundo será utilizado para estabelecer as semelhanças entre os posicionamentos já registrados na tramitação do Recurso Extraordinário nº 973.837/MG e a doutrina consultada, de forma a apontar quais garantias constitucionais são violadas em razão da obrigatoriedade da extração de DNA, prevista no artigo 9ª-A da LEP. As técnicas de pesquisas utilizadas, por sua vez, foram a bibliográfica e a documental, isso porque, respectivamente, analisou-se o entendimento de autores sobre o tema, bem como documentos públicos extraídos do Recurso Extraordinário supracitado e a legislação sobre o tema.

2 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 9º – A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O *nemo tenetur se detegere*, ou direito de não produzir prova contra si próprio, embora não esteja expressamente previsto no rol do artigo 5º da Constituição Federal, é uma garantia fundamental do Estado de Direito, isso porque o § 2º do artigo 5º assegura que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros inseridos nos tratados internacionais que o Brasil seja parte. Desse modo, em razão do Brasil ser signatário da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos que, em seu artigo 8º - g⁴, veda a autoincriminação, o Direito Penal brasileiro não poderá obrigar ninguém a depor ou produzir provas contra si (MAGALHÃES, 2018, p. 83).

No Código de Processo Penal (CPP), o princípio da não autoincriminação traduz-se por meio do direito de permanecer em silêncio sem que isso importe a confissão do réu, previsto no artigo

³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

⁴ 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;

186⁵. Trata-se de um avanço trazido pela Lei nº 10.792/2003, dado que anteriormente o silêncio do réu poderia importar em prejuízo da defesa ⁶. A modificação, assim, permitiu que o CPP e a Constituição Federal estivessem em consonância sobre o *nemo tenetur se detegere*, o que não poderia ser diferente (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, ESMAF, 2012, p.430).

É nesse sentido a discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade do artigo 9º-A da LEP, dado que expressa a obrigatoriedade do condenado, em crimes dolosos praticados com grave ameaça, dispor do seu material genético em um banco de dados, para, futuramente, poder ser usado contra ele na solução de outros crimes. Assim, encontra-se diante de um paradoxo, isto é, ao mesmo tempo em que todos os cidadãos possuem o direito fundamental de não produzirem provas contra si mesmos, são obrigados a dispor do seu DNA que, talvez, seja posteriormente, usado como meio de prova contra si.

Para Aury Lopes Jr., o advento da Lei 12.037/2009 é demonstração da existência de um “ranço histórico de tratar o imputado (seja ele réu ou mero suspeito, ainda na fase pré-processual) como um mero “objeto” de provas”, tratando-se, portanto, de resquícios de um direito processual fundado no período inquisitorial. No mesmo sentido, para o autor, a extração compulsória do DNA significa a violação do direito a não autoincriminação (LOPES JR., 2018, p. 432-433).

Não é diferente o entendimento de Rodrigo Roig que, além de destacar a grave ofensa ao princípio da não autoincriminação com a extração compulsória do DNA, lembra que em outras situações, como, por exemplo, no exame do “bafômetro”, o agente não é compelido a realizá-lo. Assim, também não haveria o porquê de os condenados por crimes dolosos fornecer o seu material genético para formação de base de dados nacional (ROIG, 2018, p. 161).

A problemática, portanto, encontra-se na extração coercitiva de material genético, vez que, embora o artigo 9º – A da LEP estabeleça que o processo acontecerá de maneira indolor, nenhuma intervenção corporal não consentida pode ser chamada de indolor. Nesse sentido, alguns autores entendem que quando o condenado voluntariamente se submete ao processo de coleta de DNA, não poderia, em tese, reclamar prejuízos depois (NUNES, 2016, p. 34).

Aury Lopes Jr., por exemplo, explica que a problemática não está no fornecimento em si do material genético, visto que, tendo opção de escolha, o suspeito poderia renunciar à autodefesa, mas

⁵ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

⁶ Redação anterior à Lei nº 10.792/2003: Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

sim quando o Estado compele uma intervenção corporal recusada pelo acusado. Assim, seria preciso dar ao condenado o poder de decidir se quer ou não abdicar do seu direito de autodefesa fornecendo seu material genético, sendo que a recusa não poderia lhe implicar nenhuma sanção ou prejuízo processual (LOPES JR., 2018, p. 433).

No entanto, atualmente, não é isso o que acontece, pois, mesmo que o condenado se recuse, é compelido a fornecer seu DNA ao banco de dados, e, posteriormente, poderá ser usado contra ele. Assim, à luz da Constituição, a extração do material genético, embora enaltecida como um avanço no Direito Processual Penal para a solução de crimes, significa um retrocesso das garantias fundamentais dos condenados, que ficam impotentes diante atuação arbitrária do Estado sobre os seus corpos.

Ademais, a Lei, ao criar o banco de dados aos condenados por crimes dolosos praticados com grave ameaça contra a pessoa, presume que esses condenados, mesmo após cumprida a sua pena, são perigosos, visto que terão seu material genético comparado em crimes de autoria desconhecida. Tem-se, assim, a violação de mais uma garantia constitucional, demasiadamente, ligada ao princípio da não autoincriminação, qual seja, a presunção de inocência⁷.

O debate quanto a constitucionalidade da norma que permite a coleta de DNA para a criação de um banco de dados, não se restringe a violação ao princípio da não autoincriminação e presunção de inocência, vez que grande parte da doutrina entende que a submissão compulsória dos condenados a extração do seu material genético viola o princípio base do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Isso porque o artigo 9º - A da LEP obriga o fornecimento desse material, mesmo sem consentimento do condenado, assim, o texto normativo permitiu a violação dos seus corpos, sem o direito do apenado se opor a tal medida.

Violar a dignidade da pessoa humana é violar um direito fundamental previsto no texto constitucional e nos tratados internacionais que o Brasil é signatário. Diante disso, torna-se simples entender o porquê parte considerável da doutrina entende como inconstitucional o artigo 9º - A da LEP, tendo em vista que a permissão à violação de corpos é nítida afronta à dignidade da pessoa humana e, assim, carece de constitucionalidade.

Todavia, embora a dignidade humana seja considerada um direito fundamental na maioria dos ordenamentos jurídicos, Maria Elizabeth Queijo ressalta que, quando se trata de intervenção

⁷ 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: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

corporal para obtenção de provas, esses mesmos ordenamentos entendem, de forma majoritária, inexistir violação ao referido princípio (QUEIJO, 2012, p. 358).

A questão a ser levantada, diante disso, é razão de parte da doutrina e jurisprudência ainda considerar constitucional essa norma, que visivelmente afronta a dignidade humana. Para isso, é importante estabelecer um quadro comparativo entre duas pessoas, um cidadão sem antecedentes criminais e o outro que se enquadra no perfil para coleta de material genético, instituída pelo Lei 12.037/2009 e inserida no artigo 9º –A da LEP.

Obviamente, quando se pensa que todas as pessoas poderiam ser submetidas a extração do DNA, mesmo as que não cometeram nenhum um tipo de crime, a violação a dignidade humana é nítida. Afinal, nenhum cidadão defenderia a intervenção obrigatória de seus corpos pelo Estado. Ocorre que, quando se trata de cidadãos que cometeram algum crime, mesmo que já tenham cumprido sua pena, a tendência é tentar relativizar essas garantias fundamentais.

Isso nada mais é, se não, que a resposta da estigmatização da população carcerária, bem como a criação de categorias de pessoas puníveis, aquelas que são vistas como não cidadãos e que podem, portanto, não ter suas garantias constitucionais asseguradas. É o denominado direito penal do inimigo que, para Aury Lopes Jr., "nega o réu como sujeito processual e, por conseguinte, todos os seus direitos e garantias fundamentais" (LOPES JR., 2018, p. 348).

Acontece que essa categoria de pessoas puníveis construída pelo Estado, e, principalmente, pela mídia, é, majoritariamente, a população pobre, negra e periférica, isto é, são os que possuem menos recursos para lutar contra as arbitrariedades do Estado, que terão seus corpos violados por ele. Nesse sentido, a coleta de material genético significa, além de um retrocesso para o direito penal, a aniquilação das garantias fundamentais, principalmente, das pessoas mais pobres.

Em uma análise da coleta de material genético em outros tipos de crimes, que não os determinados no artigo 9º-A da LEP, pode-se perceber com maior nitidez a falta de fundamento para extração do material genético dos condenados. Isso porque, ao dispor sobre extração de DNA nos crimes dolosos, com violência contra pessoa, para a solução de casos futuros, o legislador parece crer que existe uma probabilidade maior do condenado, mesmo após cumprida sua pena, cometer um novo crime.

Por outro lado, na hipótese de extração de DNA para crimes de lavagem dinheiro, sonegação de impostos ou corrupção, por exemplo, para criação de um banco de dados, a fim de que se análise a compatibilidade em crimes de autoria desconhecida, não parece uma medida adequada. Nesses crimes, além de parecer inviável, a extração compulsória do DNA parece desmotivada, pois essas pessoas não teriam, necessariamente, a tendência de cometer um crime novamente.

Além disso, não há um banco de dados das pessoas que cometeram esses crimes, todavia, caso se use a mesma premissa que fundamenta a extração compulsória do DNA prevista no artigo 9º-A da LEP, qual seja, a possibilidade de reincidência, tem-se que a criação de um banco de dados para os crimes de “colarinho branco” poderia evitar esse tipo crime, bem como fiscalizar essas pessoas. Ora, essas pessoas não representam uma periculosidade ou uma chance de reincidência para a sociedade? Em verdade, a única diferença é que esses crimes, geralmente, não são cometidos por pessoas categorizadas pelo direito penal e pela mídia como o “inimigo”, mas sim por pessoas com um alto poder aquisitivo e bem instruídas.

Portanto, com esse simples paralelo, pode-se concluir que a extração do DNA, prevista na LEP, serve, tão somente, para reforçar os estigmas do direito penal do inimigo para parte específica da população. Nas palavras de Rodrigo Roig, essa delimitação de classes serve para consagrar “o direito penal do inimigo e a culpabilidade de autor, em favor de uma assombrosa política repressiva e nulificante do ser humano” (ROIG, 2018, p. 162-163).

O argumento da resolução de um maior número de casos, portanto, não justifica a intervenção do Estado sobre os corpos dos condenados, violando seus direitos e garantias constitucionais, até porque, como demonstrado, essa medida traz outra consequência, qual seja, o reforço de estigmas sobre uma parcela da população específica, que historicamente já foi (e continua sendo) oprimido pela atuação arbitrária do Estado.

Assim, parece que nenhuma justificativa, tão pouco a de maior certeza da prova obtida por DNA, é suficiente para violar os direitos humanos, logo imperioso concluir que o artigo 9º-A da LEP não está em consonância com os preceitos estabelecidos pela Carta Magna brasileira (QUEIJO, 2012, p. 67).

3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 973.837/MG

A constitucionalidade do artigo 9º-A da Lei nº 7.210/1984, cuja redação, incluída pela Lei nº 12.654/2012, prevê a obrigatoriedade dos condenados pela prática de crime doloso com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos), de submeterem-se a coleta de material genético para armazenamento em banco de dados, é objeto do Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 10/10/2016.

O relator, ministro Gilmar Mendes, entendeu que a controvérsia suscitada é matéria constitucional, por possível violação a direitos de personalidade, sobretudo no que tange à integridade física e à privacidade, e ao princípio da não autoincriminação. Salientou, ainda, que

questões semelhantes vêm sendo debatidas em cortes supremas pelo mundo, extraíndo-se, de suas decisões, que, de fato, há conflito entre direitos.

Assim, o Recurso Extraordinário nº 973.837/MG passou a ser o caso paradigma da controvérsia consubstanciada no Tema 905, do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual, para uma melhor compreensão do tema, é pertinente que se analise, de forma crítica, os principais argumentos trazidos à lide.

A incompatibilidade da coleta e armazenamento de material genético do apenado com as garantias constitucionais vigentes não é unanimidade. No curso do processo, diversas partes manifestaram-se acerca de seu mérito. Foram ouvidos especialistas em áreas correlatas ao tema, como as ciências forenses e a medicina, bem como houve manifestações da Procuradoria Geral da República, da Advocacia Geral da União e do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Focaremos nos argumentos apresentados pelos últimos três, cujo teor é pela constitucionalidade do artigo 9º-A, da Lei nº 7.210/1984.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais integra a lide por ter requerido, no caso concreto, a aplicação do artigo 9º-A, da Lei nº 7.210/1984, a fim de que o condenado tivesse de fornecer material genético para a formação de banco de dados. A Advocacia Geral da União e o Ministério Público Federal foram ouvidos por força do rito do Recurso Extraordinário. As referidas partes apresentaram suas manifestações, respectivamente, nos dias 24 de novembro de 2016, 22 de fevereiro de 2017 e 18 de dezembro de 2017. Dessas, se extraem os seguintes argumentos favoráveis à constitucionalidade da matéria controvertida: a) a identificação por material genético é a evolução do paradigma de identificação civil e criminal; b) a manutenção de banco de dados com o perfil genético de condenado permite a solução de crimes impossíveis de serem desvendados; c) o condenado não colabora ativamente com a produção da prova (cooperação passiva); d) a identificação criminal é direito do Estado voltado à promoção da segurança pública.

Quanto ao argumento “a”, as partes sustentaram que identificação por DNA é a evolução natural da realizada por meio da impressão digital, afirmando que, em um futuro próximo, aquela substituirá esta como padrão na sociedade. Por tal motivo, aduziram que a coleta compulsória de DNA se assemelha a coleta de datilograma, de modo que sua obrigatoriedade é manifestamente legal.

Acerca do ponto “b”, afirmaram que a existência de arquivo de perfis genéticos permitiria a solução de crimes que não seriam resolvidos de outra forma, citando, a título exemplificativo, que a polícia federal estadunidense obteve êxito em mais de 300 mil casos utilizando técnica semelhante. Ainda, citaram os baixos índices de resolução de homicídio no Brasil (casos em que houve denúncia

pelo Ministério Público), como demonstrativo de que tal falha poderia ser solucionada ou atenuada com a criação do referido banco de dados.

Sobre a justificativa “c”, arguíram que a manutenção de banco de dados com perfis genéticos de condenados não viola o princípio da não autoincriminação, pois a coleta não é realizada com o objetivo de instruir uma investigação específica ou ação penal em curso, aduzindo que, em uma futura investigação, a prova será produzida unilateralmente pela acusação, que comparará o DNA coletado no local do crime com o constante no banco de dados genético.

A respeito do argumento “d”, salientaram que o Estado tem direito a identificação criminal de seus cidadãos como mecanismo da segurança pública. Ainda, que a coleta de material genético proveniente diretamente do corpo do condenado é feita somente nos casos em que houver anuência do sujeito, isto é, os peritos não usam de coação física para tal. Contudo, informaram que outros procedimentos de coleta podem ser adotados, como por meio de objetos pessoais ou por material genético coletado em exames feitos no indivíduo custodiado.

Expostos os principais fundamentos favoráveis a constitucionalidade do artigo 9º-A, da Lei nº 7.210/1984, dados, sobretudo, do ponto de vista estatal, é necessário que se faça alguns apontamentos. Primeiramente, determinados argumentos apresentados pelo *parquet* federal, não possui sustentação lógica. O arazoamento de que o fornecimento compulsório de material genético não fere o princípio da não autoincriminação não considera que, independentemente do momento da coleta, ao utilizar dados genéticos compulsoriamente obtidos como prova no processo penal, terá, invariavelmente, forçado o acusado a produzir prova contra si pelo simples fato dele ter sido condenado em processo anterior, mesmo que já tenha cumprido sua pena.

Além disso, tem-se que a identificação por DNA não pode ser confundida com a efetuada com outras técnicas, como, por exemplo, a por meio de datilograma, a ponto de que sejam analogamente aplicados à primeira os entendimentos consagrados acerca da segunda. Ocorre que as peculiaridades da identificação por material genético a colocam em lugar único, sobretudo em razão de seu caráter invasivo e pelo fato de não ser o paradigma da identificação civil. Destaca-se que a possibilidade de o Estado manter banco com danos genético de seus cidadãos ou dessa informação ser usada como forma universal de identificação é remota e controversa, justamente pelas especificidades supramencionadas, de modo que não é possível afirmar se tratar de mero avanço tecnológico.

Quanto à necessidade da manutenção de banco de dados de condenados como forma de combater a criminalidade e impedir a impunidade, tem-se que, sob a égide da Constituição Federal, é incabível que alguém tenha seu direito tolhido em razão da simples possibilidade de solução de

futuros crimes de autoria desconhecida ou pela incompetência estatal em solucioná-los. Na verdade, o Estado falha em promover a reintegração social do condenado, motivo pelo qual busca a aplicação de métodos que facilitem seu novo aprisionamento, arrazoando que o faz como forma de garantir a segurança pública, quando, na verdade, um dos objetivos da pena é, justamente, a prevenção da reincidência.

O direito do Estado à identificação criminal, mesmo enquanto forma de promover a segurança nas ruas, não pode se sobrepor a outras garantias. Salienta-se que, por óbvio, o condenado não pode ser coagido fisicamente a fornecer seu material genético, sob pena de violação à sua integridade física e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, esse fato não impede que haja coação de outras formas, tendo em visto que o artigo 9º-A, da Lei nº 7.210/1984 dispõe que tal medida é obrigatória.

Quando à adoção de método de coleta diverso, tem-se que, mesmo quando executada por especialista, é passível de contaminação do material, a ponto de esvaziá-la de sua força probatória. Já a utilização de material proveniente de exames de saúde feitos no indivíduo sob custódia implica em coação física, já que o condenado terá de fornecê-lo a fim de ter acesso ao seu direito à assistência médica, e, de certa forma, à vida.

4 CONCLUSÃO

O artigo teve intuito, exclusivamente, de analisar, com base na doutrina e no Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, a constitucionalidade do artigo 9º-A da LEP, que, expressamente, dispõe sobre a possibilidade da coleta compulsória do material genético de condenados, por crimes dolosos de natureza grave contra a pessoa, para a criação de um banco de dados nacional. Isso porque, como demonstrado, há um grande debate sobre a violação de princípios e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.

De todo exposto, conclui-se, em que pese haja uma justificativa apresentada para aplicação do referido artigo, qual seja, resolver um maior número de crimes com autoria desconhecida, tal dispositivo não está em consonância com a ordem constitucional vigente. De tal modo, sabe-se que a Constituição Federal é Lei maior do Estado brasileiro, logo não se admite que nenhuma norma infraconstitucional, como o artigo 9º-A da LEP, venha a lhe contrariar.

A inconstitucionalidade, nesse sentido, acontece no momento em que a norma obriga os condenados a dispor do seu DNA, produzindo prova futura contra si próprio, pois poderá ser usada pelas autoridades policiais para solucionar crimes, comparando o DNA obtido na cena do crime com perfil genético disponível no banco de dados nacional. Acontece **que** tal medida viola a

Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, a qual desobriga as pessoas de produzir provas contra si, do mesmo modo contraria o Código de Processo Penal, que, visando a não autoincriminação do acusado, permite que ele se mantenha em silêncio sem que isso seja usado para incriminá-lo.

Não fosse suficiente, a compulsoriedade na extração do material reflete a violação de outra garantia constitucional, pois, mesmo diante da negativa do condenado, há a violação do seu corpo para extração do material genético, fato contrário, portanto, ao princípio base do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana. Assim, embora exista a previsão de que a coleta do DNA deverá acontecer de maneira indolor, conclui-se que não há justificativas para violar o corpo de uma pessoa sem sua autorização, ainda, quando isso acontece é o contrário de “indolor”.

Percebe-se, da análise dos argumentos favoráveis a essa medida extraídos do Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, uma tentativa de relativização dos direitos do condenado, visto que, em nome da segurança pública, ignoram-se princípios, demasiadamente, importantes. No mesmo sentido, sustentam que a coleta do DNA, daquele que negasse o fornecimento voluntário, poderia ser adquirido de seus objetos pessoais ou em exames realizados.

Assim, além de violar o princípio da não autoincriminação e dignidade da pessoa humana, limita-se o direito à saúde do condenado que se negue a fornecer seu material genético ao banco de dados, isso porque, ao realizar exames médicos, poderá ter seu material colhido, embora sem seu consentimento. Ou seja, ao condenado não é lhe dado opção, terá seu material genético coletado compulsoriamente e, caso se negue, seu DNA será coletado quando fizer suas consultas. A única escolha, portanto, é entre o direito a não autoincriminação ou o direito à saúde.

Não há como ter conclusão diferente que a inconstitucionalidade do artigo 9-A da LEP, pois apresenta conteúdo diretamente contrário aos fundamentos da Constituição, esse é, inclusive, o posicionamento da doutrina majoritária. Quanto ao Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, ainda aguarda decisão do STF e, até o momento, as partes debatem a matéria. Acontece que, diante dos fundamentos apresentados, conclui-se que há uma tentativa de afastar a inconstitucionalidade sob o fundamento de maior segurança, todavia, isso não é relevante face aos direitos violados dos condenados

Nota: Esse trabalho já foi publicado nos Anais da 16ª Entrementes, referente à Semana Acadêmica da Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Disponível em: <http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2020/04/a-inconstitucionalidade-da-coleta-de-material-genetico-de-condenados-para-formacao-de-um-banco-de-dados-nacional.pdf>.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 4 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 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. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 4 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.792, de 1 de dezembro de 2003. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.792.htm. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 973837. Brasília, 04 nov. 2015. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s_eqobjetoincidente=4991018. Acesso em: 2 set. 2019.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAGALHÃES, Natália de Andrade. A instalação de bancos de dados genéticos para fins criminais no Brasil: instrumento de redução criminal ou controle social na sociedade do risco?. 2014. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4933/Nat%C3%A1lia%20de%20Andrade%20Magalh%C3%A3es_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 2 set. 2019.

NUNES, Adeildo. Comentários à Lei de Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (Ed.). I Jornada de Direito Penal. Brasília: Esmaf, 2012. Disponível em: http://portal.trf1.jus.br/data/files/8F/E4/11/58/BD8EF3102BB109F3B42809C2/Livro_Jornada_direito_penal.pdf. Acesso em: 2 set. 2019. [livro eletrônico]