

A IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO FRENTE AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

THE COMPULSORY CRIMINAL IDENTIFICATION OF THE GENETIC PROFILE FOR PRINCIPLES AND CONSTITUTIONAL WARRANTIES

¹ LOURENÇO, M. F.; ²KAZMIERCZAK, L.F

¹ Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO

² Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Professor Adjunto (Graduação e Pós-Graduação) do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

RESUMO

O presente trabalho buscou analisar, sob a ótica dos princípios e garantias constitucionais, a identificação criminal compulsória do perfil genético do condenado por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra as pessoas, ou crimes hediondos, prevista no art. 9º-A, da Lei Execução Penal. Para tanto, foi necessário apreciar institutos ligados ao tema, a fim de verificar se a coleta compulsória do perfil genético, usada como prova futura, respeita os preceitos legais. Assim, diante das considerações feitas, foi possível concluir que o art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, viola previsões constitucionais. Nesse sentido, a coleta compulsória do perfil genético do condenado, que será utilizada para compor Banco de Dados de Perfis Genéticos, servirão de prova para investigações futuras, fato esse que infringe, principalmente, o princípio da não autoincriminação.

Palavras-chave: Identificação Criminal. Não Autoincriminação. Perfil Genético.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze from the view of the principles and constitutional warranties the compulsory criminal identification for the convicted genetic profile for intentional crimes committed against victim's life using severe violence, or heinous crimes, as foreseen in Article 9 A of Law of Criminal Enforcement. For that purpose, it was necessary to analyze the entities linked to the theme of its components in order to check whether the compulsory data collection for the genetic profile used as a further evidence is according to the legal precepts. Thus, after taking all that into consideration related it was possible to conclude that the Article 9 A of Law of Criminal Enforcement violates constitutional provisions. In this sense, the compulsory data collection for the genetic profile of the convicted, that will make part of the Genetic Profile Database will serve as evidence for further investigations which in turn infringes primarily the principle of non self-incrimination.

Keywords: Criminal Identification. Non Self-incrimination. Genetic Profile.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.654/2012 introduziu o art. 9º-A na Lei de Execução Penal, permitindo a realização da coleta compulsória do material genético dos indivíduos condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou por crimes hediondos, a fim identificar criminalmente o condenado.

Mas, nota-se que na prática a finalidade do referido dispositivo é outra, qual seja catalogar o material genético desses condenados em Banco de Dados de Perfis Genéticos, com intuito de compará-los com os DNA's encontrados em cenas de crimes e usá-los como prova, para teoricamente, chegar à autoria dos delitos com mais agilidade.

Para realizar uma análise acerca do disposto no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, será necessário explorar os princípios relativos às provas no processo penal. Uma vez que o perfil genético coletado é utilizado de fato como prova no processo penal e não como identificação criminal, considerando que esta última tem a função de confirmar a identidade do indivíduo, e no caso da previsão do art. 9º-A não restam dúvidas acerca da identidade do condenado.

Dessa forma, para que uma prova seja produzida e apresentada em um processo ela deve estar de acordo com um conjunto de normas e princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o objetivo principal deste artigo é demonstrar vários motivos para que o art. 9º-A, da Lei de Execução Penal não seja aplicado, especialmente no que trata das violações aos princípios constitucionais, a exemplo do princípio da inocência, princípio da não autoincriminação, entre outros.

METODOLOGIA

Para o desenvolvimento desse trabalho, foi necessário apreciar institutos ligados ao tema, a fim de verificar se a coleta compulsória do perfil genético, usada como prova futura, respeita os preceitos legais. Assim, diante das considerações feitas, foi possível concluir que o art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, viola previsões constitucionais.

DESENVOLVIMENTO

A Obrigatoriedade da Coleta do Perfil Genético Frente aos Direitos e Garantias Fundamentais

A Lei nº 12.654/2012 estabeleceu duas hipóteses em que é autorizado a extração do perfil genético, sendo elas a coleta do material genético do acusado, que será realizada para auxiliar na investigação criminal em que o indivíduo seja suspeito e, do condenado, por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave à pessoa ou por crimes hediondos.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma que,

A finalidade da coleta do material biológico será diferenciada: para o investigado, destina-se a servir de prova para um caso concreto e determinado (crime já ocorrido); já em relação ao apenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos

e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida (2016. p. 330).

Dessa forma, percebe-se, que na hipótese prevista no art. 9-A, da Lei de Execução Penal, a coleta do material genético será do indivíduo já condenado por sentença transitada em julgado, e a extração do DNA de nada servirá para a ação penal a qual houve a condenação, sendo o perfil genético coletado com intuito de servir como prova de crime e investigações futuras.

Inicialmente, é possível verificar que a catalogação do material genético do indivíduo já condenado, para utilização futura, fere o princípio da presunção de inocência, veja-se:

A partir do momento em que conste num banco de dados informações sobre indivíduos já condenados, por certo que futura utilização dessas informações gerará uma efetiva presunção de culpabilidade, o que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito (RABELO; CARVALHO, 2015. p. 33).

Além disso, nota-se que a utilização do material genético do condenado como prova futura também contraria o princípio da não autoincriminação. E, de acordo com o referido princípio, o Estado não pode compelir qualquer pessoa a auxiliar na investigação realizando comportamentos ativos, muito menos produzir prova contra si mesmo.

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar fazem a seguinte afirmação:

O perfil genético do apenado identificado não pode ser utilizado para investigações futuras, como uma espécie de prova pré-constituída, antes mesmo da prática de novo delito, toda vez que o apenado não tiver consentido o uso de técnicas invasivas (2015. p. 137-138).

Renato Brasileiro de Lima reafirma tal posicionamento quando declara que “não se pode impor ao investigado que contribua ativamente com as investigações, sobretudo mediante o fornecimento de material biológico que possa vir a incriminá-lo em ulterior exame de DNA” (2016. p. 163).

E, nas palavras de Paulo Rangel,

a Lei esbarra em um óbice constitucional: ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 8º, item 2, g, da Convenção

Americana dos Direitos Humanos c/c art. 5º, § 3º da CF). Logo, a previsão legal de que o condenado será, obrigatoriamente, submetido à identificação do perfil genético, visando à extração de DNA, é manifestamente inconstitucional. A coleta de material genético por extração de DNA somente será admissível com manifesta concordância do condenado, sob pena de flagrante violação ao princípio da não autoincriminação (*nemotenetur se detegere*) (2015. p. 175).

Dessa forma, mostra-se clara a divergência existente entre a obrigatoriedade da coleta do perfil genético do condenado, prevista no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, e o princípio da não autoincriminação, previsto na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, Renato Marcão conclui que quando a extração de DNA não é consentida pelo investigado, ainda que realizada por técnica adequada e indolor, com a finalidade de coletar material genético que servirá como prova criminal futura, esse ato será considerado uma violação da ordem constitucional vigente (2015. p. 47-48).

Desse modo, Renato Brasileiro de Lima afirma que,

por conta do princípio do *nemotenetur se detegere*, a jurisprudência tem considerado que o suspeito, indiciado, preso ou acusado, não é obrigado a se autoincriminar, podendo validamente recusar-se a colaborar com a produção da prova, não podendo sofrer qualquer gravame em virtude dessa recusa. Em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o acusado não está obrigado a se sujeitar a exame de DNA (2016. p. 65).

Ademais, verifica-se que, caso a extração do perfil genético seja requisitada pela defesa ou haja a concordância por parte do condenado, esta será plenamente válida, considerando o princípio da ampla defesa. No mesmo prisma, Renato Brasileiro de Lima afirma que “evidentemente, se acaso a defesa solicitar a esta forma de identificação, com o objetivo de, eventualmente, excluir sua responsabilidade, não haverá qualquer ilegalidade” (2016. p. 162).

“Logo, ninguém pode ser obrigado, tanto por qualquer autoridade, como por particular, a fornecer de forma involuntária qualquer tipo de informação, dado, objeto ou prova que incrimine direta ou indiretamente” (LIMA; VÉRAS, 2016. p. 409). Além disso, caso o condenado se negue a submeter-se ao procedimento de coleta do perfil genético, a autoridade não poderá fazê-la coercitivamente, sob risco do perfil genético ser considerado prova ilegal e, conseqüentemente, estará violando o princípio da

inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, contido no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Desse modo, deve ser levado em consideração o fato de que toda e qualquer regulamentação ligada à utilização de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil deve ter como ponto de partida o consentimento do titular dos referidos dados, a fim de preservar os direitos e garantias fundamentais inscritos em nossa Constituição (LIMA; VÉRAS, 2016. p. 412).

Assim, verifica-se que submeter coercitivamente o condenado à extração de DNA, para fins de catalogá-lo em Banco de Dados de Perfis Genéticos, sem seu consentimento, configurará grave violação de garantias fundamentais diversas. Uma vez que, todos os indivíduos são considerados inocentes até a sentença penal condenatória, e, é garantido a todos eles o direito a não autoincriminação, direito de não produzir prova contra si mesmo e, caso o condenado não concorde com a extração de seu perfil genético, este se colhido sem sua concordância, poderá ser considerado prova ilícita.

Dessa maneira, George Maia Santos e Pedro Durão discorrem:

Se é direito da pessoa não produzir provas contra si mesma, o sujeito não estaria obrigado a participar de uma atividade que lhe possa ser prejudicial. Ora, a intervenção corporal demanda a participação física da pessoa em um procedimento cujo resultado pode ensejar futura condenação, já que o seu perfil genético ficaria cadastrado em um banco de dados para futuro confronto, de maneira que o indivíduo estaria cooperando coercitivamente com uma atividade conflitante com os seus interesses (2015. p. 130).

Assim, nota-se, que a aplicação do art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, afasta a garantia do sujeito passivo no processo penal de exercer o direito da não autoincriminação, além de violar outras previsões constitucionais.

Da Inconstitucionalidade do Art. 9º-A, da Lei de Execução Penal

A Lei nº 12.654, que entrou em vigor em 28 de maio de 2012, acrescentou o art. 9-A na Lei de Execução Penal, que permite a coleta obrigatória do DNA de indivíduos condenados por crimes cometidos com violência grave contra pessoa ou qualquer crime considerado hediondo, com objetivo de armazenar o DNA em Banco de Dados de Perfis Genéticos. Assim, “introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a

possibilidade de se colher materiais genéticos e utilizá-los no âmbito da persecução criminal” (RABELO; CARVALHO, 2015. p. 25).

Com a promulgação desse dispositivo surgiram várias críticas doutrinárias acerca do tema, uma vez que o mesmo obriga o condenado a fornecer material genético para ser armazenado e utilizado, posteriormente, em investigações criminais até então inexistentes, a partir do cruzamento de dados, de crimes diversos ao que o indivíduo foi condenado. É inegável que o referido dispositivo traz dúvidas acerca da sua aplicabilidade, tendo em vista, que fere o princípio constitucional da não autoincriminação, a partir do momento que submete o condenado a fornecer obrigatoriamente seu DNA, sem seu consentimento. Dessa forma, o condenado estará fornecendo prova que poderá incriminá-lo futuramente.

Veja-se, que o Supremo Tribunal Federal reconhece, em manifestação da Repercussão Geral 973.837 Minas Gerais, exarada pelo Ministro Gilmar Mendes, a discussão existente relacionada a esse assunto.

Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos (BRASIL, 2016. p. 2).

Dessa forma, conforme o disposto acima é evidente que o referido dispositivo traz divergências sobre a sua aplicação e relevância jurídica, pois o mesmo é tema abordado em Repercussão Geral.

E nesse sentido, Francis Rafael Becker e Ruiz Ritter afirmam que “parte expressiva da doutrina vem sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que implica violação ao direito de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo” (2015. p. 334).

Ademais, verifica-se que é fácil visualizar a violação existente às garantias constitucionais no momento em que o Estado impõe ao condenado a fornecer material genético, para que esse material sirva de prova futura contra si mesmo.

E, em relação a essa violação, George Maia Santos e Pedro Durão afirmam que:

Não é difícil vislumbrar que submeter alguém a obrigatoriedade de ser identificado pelo seu perfil genético, mediante extração de DNA –

ácido desoxirribonucleico, ainda que por técnica adequada e indolor, é não reconhecer direitos e garantias previstas no Texto Constitucional, e, como consequência, a própria dignidade da pessoa humana (2015. p. 126).

Júlio Cesar do Nascimento Rabelo e Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho acrescentam, discorrendo que:

Além da violação desses preceitos que têm sido respeitados pelo Supremo Tribunal Federal, a lei chega a ser inconstitucional por ser lacunosa, quando tratar-se de procedimento de antecipação de prova, porque não traça as regras básicas para tal procedimento e não prevê solução para a recusa do indiciado em fornecer o material genético (2015. p. 27).

Nesse prisma, não há motivos para realizar a coleta e o armazenado do perfil genético do condenado, se de nada colaborará para o processo em que o indivíduo já foi julgado culpado. Somente estará discriminando os condenados, tratando-os como criminosos em potencial. Assim, “verifica-se que o legislador desprezou princípios fundamentais, ensejando uma interferência cada vez maior na esfera privada do indivíduo” (RABELO; CARVALHO, 2015. p. 27).

E com isso, nota-se, que o funcionamento do Banco de Dados de Perfis Genéticos viola o princípio do estado de inocência, já que toda vez que houver um crime em que forem encontrados vestígios genéticos, o DNA presente na cena do crime será comparado com todos os perfis genéticos presentes no referido banco. Dessa forma, pressupõe-se, que o Estado sempre considerará os indivíduos já condenados como eternos delinquentes, trazendo uma discriminação em relação aos indivíduos que já foram condenados. Nesse sentido, Júlio Cesar do Nascimento Rabelo e Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho afirmam que “nos deparamos aqui com uma versão moderna daquilo que em tempos mais remotos Lombroso logrou fazer, quando, estudando características de indivíduos encarcerados, quis traçar um perfil dos criminosos da época” (2015. p. 28).

Muito importante destacar que esse tratamento discriminatório em relação às pessoas já condenadas, pode ser considerada uma quebra do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de George Maia Santos e Pedro Durão:

A criação de banco de dados de perfis genéticos apenas de condenados por crimes dolosos com violência grave contra a pessoa ou por crimes hediondos, favorece a política do etiquetamento penal, já levando a sociedade a chamá-los de criminosos, no contexto lombrosiano, dando tratamento policiais a problemas sociais (2015. p. 129).

Ademais, não se discute a chance de realizar a coleta de material genético do condenado, desde que, esta seja realizada com seu consentimento. Mas, obrigar alguém a fornecer material genético, tão somente, com intuito de integrar Banco de Dados para servir como prova para incriminá-lo futuramente, é prejudicial ao indivíduo, revelando-se contrários aos direitos e garantias previstos na Constituição Federal. Assim, Renato Marcão reafirma tal apontamento, quando dispõe que “não se desconhece a possibilidade jurídica de se coletar material genético do investigado ou réu, para o fim de produzir prova de natureza criminal, desde que a providência seja precedida de seu livre convencimento” (2015. p. 47).

E com igual ponto de vista, Júlio Cesar do Nascimento Rabelo e Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho defendem que

não se trata de negar, absolutamente, a possibilidade de utilização de padrão genético em processo criminal, mas sua admissão deve lastrear-se na excepcionalidade da medida, na preferência pela obtenção de material sem violar o *nemotenetur se deterege* e na regulamentação das consequências quando houver recusa (2015. p. 33).

Entende-se que a utilização do Banco de Dados é válida e benéfica em alguns pontos. Porém, desaprova-se a forma que o legislador quis impor a coleta do material genético aos condenados, prevista no art.9^a-A, da Lei de Execução Penal, e nesse ponto não é admissível, por esse dispositivo violar garantias constitucionais que são asseguradas a qualquer pessoa.

Assim, como menciona Aury Lopes Jr.:

não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, visto que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo) (2016. p. 108).

Assim, não se nega a possibilidade de utilizar-se do procedimento da coleta do perfil genético como prova. Porém, a utilização de tal procedimento deve ser

precedida de expressa concordância do indivíduo, respeitando os princípios e garantias constitucionais assegurados a todos.

Assim, não se pode sustentar que o Direito Penal e Processual Penal fiquem alheios às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado (BECKER; RITTER, 2015. p. 337).

Dessa forma, conclui-se, que o contido no art. 9º-A, da Lei de Execução Penal não deve ser aplicado, visto que o referido dispositivo viola vários preceitos constitucionais. Considerando, que todas as normas devem ser criadas e aplicadas dentro dos limites impostos pela Constituição Federal, a coleta compulsória do material genético do condenado não deve ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressalta-se que a identificação criminal é realizada para sanar dúvidas quanto à identidade de um indivíduo. Dessa forma, não há sentido realizá-la naqueles indivíduos devidamente identificados e penalmente punidos. Assim, nota-se que o referido dispositivo perdeu a razão de ser, uma vez que desviou-se da sua finalidade, ou seja, identificar criminalmente o indivíduo.

Ora, se tal dispositivo não foi criado com intuito de identificar criminalmente alguém, fica claro que sua finalidade é servir como prova para incriminar os indivíduos que já foram condenados, conforme prevê o art. 9º-A, da Lei de Execução Penal.

Nesse contexto, tem-se que todos os indivíduos já condenados sempre serão tratados como culpados, pois cada vez que houver um crime com dados genéticos presentes como evidência, estes serão cruzados com os perfis genéticos constantes no banco de dados.

Deve-se considerar que o condenado já recebeu punição em relação ao crime que cometeu e foi julgado. Mas o funcionamento do banco de dados traz a ideia de que o condenado sempre será um criminoso em potencial, mesmo quando já tiver cumprido sua pena; pois, seus dados sempre serão cruzados com dados genéticos encontrados em cenas de crimes, trazendo a presunção de culpa àqueles que tem cadastros no Banco de Dados de Perfis Genéticos.

Quanto ao princípio da não autoincriminação, concluiu-se que este foi violado no momento em que impôs-se ao condenado a obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo, uma vez que obriga-o a fornecer seu material genético para compor banco de dados, e seus dados servirão como prova em investigações futuras.

Assim, é notório que aplicação do referido dispositivo viola, gravemente, o princípio da não autoincriminação, e conseqüentemente, infringe o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, considerando, que o Estado está impondo a coleta do perfil genético ao condenado, sem seu consentimento.

Conclui-se, portanto, que o art. 9º-A, da Lei de Execução Penal, deverá ser inaplicável, pois viola gravemente princípios e garantias constitucionais, que são a base que irradiam e regem o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BECKER, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A coleta do perfil genético no âmbito da Lei nº 12.654/2012 e o direito à não autoincriminação: uma análise necessárias. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, RS. v. 42, n. 137, p. 321-341, mar. 2015. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/issue/view/9>>. Acesso em 03.nov.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837 Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=973837&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25.set.2016.

LIMA, Carlos Eduardo Martins; VÉRAS, Kelly Rodrigues. A utilização dos bancos de dados de perfis genéticos frente aos direitos e garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito. **XXV Encontro Nacional do CONPEDI**. Brasília, DF, p. 406-425, 2016. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/u3iu29o2>>. Acesso em 04.fev.2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RABELO, Júlio Cesar do Nascimento; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. A Lei 12.654/12 e o Processo de escolha dos novos inimigos pelo Estado. **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS**. Florianópolis, SC, p. 22-36, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/23r885k0/lc8KaVvtx2EoCk7b.pdf>>. Acesso em 18.set.2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

SANTOS, George Maia; DURÃO, Pedro. Submissão obrigatória à identificação do perfil genético para fins criminais: uma abordagem à luz do direito à intimidade e da dignidade da pessoa humana. **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFMG**. Florianópolis, SC, p. 115-133, 2015. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26>>. Acesso em 23.mar.2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.