

A COLETA COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS: O RESGUARDO DA SEGURANÇA PÚBLICA FRENTE A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO OBRIGATORIEDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO

Wilker Medeiros Bento¹

Caique Ribeiro Galícia²

RESUMO

Com o objetivo de compreender e elucidar sobre o princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação, o presente trabalho busca lançar bases para a discussão sobre a inconstitucionalidade da coleta e armazenamento de material genético de forma compulsória, disposto no artigo 9-A da LEP. Em 2012, através da Lei nº 12.654/2012, o sistema brasileiro passou a prever a coleta de material genético como um mecanismo de processamento de identificação, tanto para os investigados, quanto para condenados por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, contra a vida e contra a liberdade sexual, estipulando assim sua submissão obrigatória, sem a possibilidade de influência sobre seu consentimento. Questiona-se se essa modificação legislativa não viola o princípio constitucional da não autoincriminação, visto que o indivíduo será compelido a cooperar positivamente com Estado para sua própria acusação, produzindo provas contra si mesmo. Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo analisar através do método dedutivo e abordagem dialética, o fenômeno da violação da garantia da não autoincriminação, ocasionado pela previsão da coleta compulsória do perfil genético, pormenorizando as consequências que essa violação causa no devido processo legal e no exercício da defesa pessoal negativa, e consequentemente a dissonância que vem sendo criada no sistema da execução penal, além das prováveis inferências em relação à inconstitucionalidade desse mecanismo frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Como resultado, observou-se, por meio da abordagem qualitativa, que o instituto da submissão compulsória do material genético para fins criminais trouxe diversas violações às garantias constitucionais, principalmente em relação a garantia da não autoincriminação, além de influir de forma negativa no regime de cumprimento de pena, impulsionando a manutenção dos problemas no sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: princípio da autoincriminação; defesa pessoal negativa; coleta compulsória de material genético; artigo 9-A, LEP.

¹Graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) E-mail: wilker_medeiros@ufms.br

² Professor orientador do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutorado (PUCRS), com período sanduíche na *Università degli Studi di Bologna* (bolsa PDSE/CAPES) e Mestrado em Ciências Criminais (PUCRS). Estágio de pós-doutorado em Antropologia Social (PPGAS/UFMS). E-mail: caique.ribeiro@ufms.br.

ABSTRACT

In order to understand and elucidate the principle of non-mandatory self-incrimination, this paper seeks to lay the basis for discussion on the unconstitutionality of the collection and storage of genetic material in a compulsory way, as provided in article 9-A of LEP. In 2012, through Law No. 12,654/2012, the Brazilian system began to provide for the collection of genetic material as a mechanism for identification processing, both for those investigated and for those convicted of felony crimes committed with serious violence against the person, against life and against sexual freedom, thus stipulating their mandatory submission, without the possibility of influencing their consent. The question is whether this legislative modification does not violate the constitutional principle of non-self-incrimination, since the individual will be compelled to cooperate positively with the State for his own accusation, producing evidence against himself. In this sense, the present study aims to analyze, through the deductive method and dialectical approach, the phenomenon of violation of the guarantee of non-self-incrimination, caused by the provision of compulsory collection of genetic profile, detailing the consequences that this violation causes in the due legal process and in the exercise of negative self-defense, and consequently the dissonance that has been created in the system of criminal execution, besides the probable inferences in relation to the unconstitutionality of this mechanism in front of the Brazilian legal system. As a result, it was observed, through a qualitative approach, that the institute of compulsory submission of genetic material for criminal purposes has brought several violations of constitutional guarantees, especially in relation to the guarantee of non-self-incrimination, besides influencing negatively on the regime of penalty compliance, driving the maintenance of problems in the Brazilian prison system.

Key-Worlds: principle of self-incrimination; negative self-defense; compulsory collection of genetic material; article 9-A, LEP.

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, é possível notar um avanço da criminalidade no Brasil, marcado pela difusão de novas formas e instrumentos para a prática criminosa a serviço de criminosos, fato que desafia as ações do Estado na persecução penal, principalmente na identificação e punição desses indivíduos, diante desse cenário, as deficiências do Estado na contenção dos crimes, bem como a busca de soluções imediatistas para os problemas de segurança pública ensejaram um sistema criminal falho, marcado pelo sentimento de impunidade, justamente pelo fato que muitos desses crimes demoram anos para serem solucionados.

Tal problema acabou se voltando contra o próprio sistema, atingindo a própria funcionalidade do Estado, e por consequência, o Poder Estatal particularmente afetado pela má infraestrutura do sistema criminal, e as ineficientes formas de investigação que não se prestaram a proteger de forma suficiente os bens da vida mais relevantes, passou a ser conduzido em nome da

segurança pública, há utilizar uma política criminal caracterizada pelo desrespeito aos mais importantes princípios que fundamentam o direito penal constitucional, legitimando assim, a implementação de mecanismos apresentados originalmente como ferramentas da política de segurança pública para a redução e repressão da criminalidade. Mas que na verdade, sem o necessário debate social e jurídico, ensejaram no recrudescimento da lei penal, o alargamento da punição, além da diminuição das garantias processuais e constitucionais, que passaram a ser vistas como obstáculos à persecução criminal.

Um desses mecanismos diz respeito a coleta compulsória do perfil genético para fins criminais, previsto na Lei 12.654/2012, modificou a Lei 7.210/1984, que agora passava a dispor sobre a possibilidade da coleta e armazenamento de dados genéticos de forma obrigatória nos casos de pessoas condenadas por crimes contra a pessoa, bem como por crimes contra a vida e liberdade sexual.

Inicialmente previsto como um instituto que melhoraria a identificação criminal de indivíduos, é utilizado também para a manutenção do banco de dados genéticos, servindo assim, como meio de prova na administração da justiça penal, com intuito de dirimir crimes pretéritos e futuros, através do armazenamento desses dados que posteriormente servirão como elementos probatórios de compatibilidade genética.

Por conta dessa segunda utilidade, essa nova lei passou a ser debatida tanto de forma doutrinária, quanto nos tribunais, tendo como principal controvérsia a análise da finalidade dessa legislação, dado que esse instituto da forma que ele previsto estaria colidindo com princípios constitucionais, sobretudo o direito a não obrigatoriedade da autoincriminação, do latim *Nemo Tenetur se Detegere*, que diz respeito a garantia de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo, especialmente nos casos de coleta compulsória.

Dessa forma, no intuito de estudar a relação da obrigatoriedade da concessão de material genético de forma compulsória, previsto no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, a partir de um viés de contraposição entre os fins para qual o dispositivo foi criado e sua ofensa à garantia da não obrigatoriedade da autoincriminação, e assim alcançar a finalidade dessa pesquisa, o artigo será estruturado em quatro tópicos.

O primeiro deles considera como debate propulsor, o regramento que disciplina, no ordenamento jurídico brasileiro, a obtenção dos perfis genéticos para fins criminais, conforme as Leis nº 12.654/2012 e nº 13.964/2019, e sua relação com o chamado direito penal do inimigo. O

segundo se debruça a partir da abordagem analítica sobre o princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação e as demais garantias que influem nesse direito, em contraposição ao instituto da coleta compulsória de material genético, tratando, por fim das violações que esse mecanismo representa ao sistema das garantias constitucionais, principalmente no que diz respeito a sua agressão ou ofensa ao princípio mencionado.

Outrossim, busca-se demonstrar de forma qualitativa no terceiro tópico a contraposição entre o interesse público e individual relacionado ao confronto entre a proteção da sociedade e o resguardo da produção de provas em oposição à mitigação do princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação.

Por fim, no último tópico busca-se dispor sobre a possível incompatibilidade da submissão compulsória do perfil genético para fins criminais com sistema constitucional, tendo como referência o Recurso Extraordinário n. 973.837- MG, que trata da inconstitucionalidade desse mecanismo. Além de analisar os efeitos e repercussões que esse instituto ocasiona na Execução Penal, levando-se em consideração o art. 50, VIII da LEP, incluído pela Lei 13.964/2019, que passou a prever a aplicação da falta grave para aqueles indivíduos que recusem se submeter à coleta do perfil genético.

Assim, o problema não se reduz, portanto, à discussão sobre a inconstitucionalidade desse mecanismo, visto que, a pesquisa também se propõe a analisar as possíveis consequências que esse mecanismo reverbera no sistema da execução penal, principalmente em relação à rotatividade dos presos. Para alcançar os objetivos propostos, a metodologia adotada pauta-se na análise de entendimentos normativos e doutrinários a respeito do tema, seguindo o método dedutivo e uma abordagem dialética mediante a coleta de dados bibliográficos, com levantamento de obras doutrinárias e produções científicas de estudiosos do direito, além da análise de enunciados e julgados.

1. A COLETA COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO E SUA RELAÇÃO COM DIREITO PENAL DO INIMIGO

A pretensão de acusar do Estado surge a partir do cometimento de uma infração penal, permitindo assim ao Poder Estatal, sob o manto da garantia da segurança pública, repreender o autor do crime e restringir alguns direitos com aplicação da reprimenda em forma de pena. Esse poder de punir é regido por códigos, por leis extravagantes esparsas e demais mecanismos penais

que representam a pretensão punitiva do Estado brasileiro, buscando reprimir condutas criminosas do seio da sociedade hodierna, promovendo assim a segurança da sua população e a normalização da ordem pública (LEAL; GILIOLI, 2018).

Entretanto, em busca desse ideal de segurança, o Estado por meio do direito penal, passou a acreditar que a busca pela proteção da sociedade estaria aliada a apreensão da verdade real, da qual seria emanada pelo judiciário, no papel do juiz. Tal ato seria possível através da mais perfeita reconstituição dos fatos, mesmo que para esse ato, o Poder Estatal tivesse que empregar mecanismos penais incriminadores não compatíveis com o seu próprio sistema constitucional e o afastamento de determinadas garantias processuais. (SALAH, 2016)

Tais ferramentas representariam uma resposta à ineficiência da política criminal do Estado, mas que, no entanto, em alguns casos corresponde também há uma forma de mitigar as prerrogativas e garantias individuais, tanto em relação à Constituição, quanto em relação a tratativas internacionais, pois essas configurariam obstáculos à persecução criminal.

Um desses mecanismos surgiu a partir da Lei Ordinária Federal 12.654 de 2012, advinda do projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011, de autoria do Senador Ciro Nogueira, o sistema penal brasileiro inaugurou uma nova forma de processar a identificação criminal por meio do perfil genético. Alterando assim, a Lei n. 12.037/2009, que passou a prever a possibilidade da coleta de material biológico do investigado mediante requisição e condicionada à decisão de autoridade judiciária.

Essa mudança, porém, não ficou adstrita às primeiras fases da persecução penal, visto que também trouxe um mecanismo de intervenção corporal na Execução Penal, com a alteração da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução penal), passando a vigorar 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.

Sendo assim, a Lei de Execução Penal passou a determinar a obrigatoriedade de submissão a identificação criminal através do perfil genético para todos aqueles indivíduos condenados por crime doloso com violência ou grave ameaça, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei n.º 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

Essa legislação, segundo Torres (2011), teve como ponto central promover a identificação criminal e a manutenção do banco genético para uma maior efetividade na identificação criminal

dos investigados. Mas de forma implícita também previu um mecanismo para suprir questões processuais, primeiro relacionada a otimização do trabalho investigativo futuro e o segundo relacionado com o resguardo da produção de provas. Além das questões de segurança pública, tais como a diminuição da criminalidade, promoção da justiça e combate à impunidade, sendo esses fatores determinantes para sua implantação no Brasil (TORRES, 2011).

Entretanto, embora esse mecanismo seja apresentado na política criminal como um instituto que geraria benesses, parte da doutrina não o encara como benefício, mas como uma nova forma de punição, pois apresenta como base fundante o chamado direito penal do inimigo, expressão trazida pelo professor alemão Günter Jakobs em 1985, é uma teoria que divide a aplicação norma jurídica entre o direito penal para o cidadão, para qual estaria assegurado todas as garantias e direitos constitucionalmente reconhecidos e o direito penal para inimigo, sujeito que traz perigo a segurança social, e por conta disso não merece ser considerado um sujeito de direitos, para este indivíduo, não estaria assegurado garantias e direitos, inclusive processuais.

Ao interpretar o tema, Prado Amaral (2003) explica que, Jakobs, por meio dessa expressão, desenvolveu uma distinção entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, aquele, por meio de uma visão garantidora, asseguraria a observância de todos os princípios fundamentais pertinentes aos indivíduos, já o último seria um Direito Penal despreocupado com seus princípios fundamentais, pois neste caso não estaríamos diante de cidadãos, mas sim indivíduos inimigos do Estado.

Essa forma de pensar o direito, trazida durante a segunda metade da década de 80, não é atual e remonta governos autoritários, no qual por derradeiro, as garantias constitucionais eram afastadas em busca de um ideal de segurança pública e ao indivíduo dito como inimigo, por representar perigo a funcionalidade da sociedade, não lhe restariam direitos, mas sim o dever de se submeter ao Estado. Sendo assim, segundo Lopes Junior (2020) a outra faceta do instituto de extração do material genético de forma compulsória, disposta no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, advém de uma herança histórica marcada pelo direito penal autoritário.

Nesse modelo, o sistema penal brasileiro mantinha o réu e até mesmo o suspeito, ainda na fase pré-processual, como um mero instrumento ou objeto do qual se deva ser extraído a verdade, ato que demonstrava o processo inquisitório na sua forma mais pura, diferente do modelo acusatorial, marcado pelo equilíbrio entre as partes, resguardo da ampla defesa e a produção das

provas baseada na imparcialidade e no contraditório. Corroborando com esse pensamento Gorete Jesus, dispõe que:

No modelo inquisitorial, o acusado submete-se ao processo numa condição de sujeição. Ele é mais objeto da persecução do que sujeito de direitos. O modelo acusatorial é baseado nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, que orientam todo o processo. (JESUS, 2016, p. 62)

Diante desse panorama, a disposição acerca da submissão obrigatória do indivíduo à coleta de material genético, bem como a utilização desse material colhido para resolução de crimes pretéritos e futuros, criaram uma série de questionamentos do ponto de vista doutrinário, principalmente em relação aos princípios constitucionais, ante a ausência de parâmetros e limites para o funcionamento desse mecanismo.

De fato, o mecanismo trazido pela Lei 12.654/2012 apresenta conflitos em relação ao resguardo da autonomia privada desse indivíduo e sua própria capacidade de se autodeterminar frente ao Estado, tanto em relação ao princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação, como também pelo fato de negar o direito fundamental da dignidade humana ao manter esse indivíduo como um sujeito ao qual deva se extrair a verdade, ou comumente dito “sujeito como elemento de prova”, ficando assim completamente coagido pelo arbítrio estatal.

Nessa perspectiva, além da supressão de direitos fundamentais e constitucionais, há outras características basilares do direito penal do inimigo que lhe associam a submissão compulsória de material genético, a primeira diz respeito “ampla antecipação da punibilidade, desloca-se a atenção do fato ocorrido para o fato vindouro [...] e a pena resta ao asseguramento contra fatos futuros, não à punição de fatos consumados” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 103).

Tal fato se manifesta no mecanismo em comento, dado que, a identificação criminal na fase de execução penal, seria utilizada para contribuir com produção de provas para investigações de outros crimes pretéritos ou futuros, visto que, levando-se em conta que o condenado já se encontra na fase de cumprimento de pena, não se faz necessário à sua identificação.

A segunda característica faz referência relativização das garantias constitucionais e processuais, visto que o “objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um perigo” (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 104), e para assegurar isso, determinadas garantias serão mitigadas ou mesmo suprimidas.

Esse ponto, faz alusão a base dessa pesquisa, uma vez que o Estado com o objetivo de prevalecer a segurança pública, e partindo da falsa percepção que o inimigo deve ser contido a

partir da mitigação garantias, criou o mecanismo da coleta e armazenamento de material genético para fins criminais, que de forma reiterada causa a supressão de algumas garantias constitucionais e processuais penais.

Assim, por mais benevolente que sejam os motivos invocados para a criação desse instituto, o fato é que algumas garantias constitucionais, tais como o direito da não obrigatoriedade da autoincriminação, vem sendo afastado em função dos ideais de segurança pública, uma maior repressão de crimes e até mesmo para a identificação criminal de crimes futuros. E nesse aspecto, observa-se que a coleta compulsória de material genético se torna um mecanismo de uso indiscriminado, tornando-se um iminente risco sua utilização, o que de forma legítima ampara a contestação quanto a constitucionalidade da referida legislação.

Sobre esse aspecto Mello (2018, p. 60) leciona que:

Não restam dúvidas de que a criminalidade deve ser combatida, porém, para tanto, os direitos e garantias penais constitucionais não podem ser negligenciados. O que se quer enfatizar, é que o direito penal não é o instrumento adequado à prevenção de crimes, à contenção da violência. Outros mecanismos devem ser pensados antes de se optar por transformar o direito penal de garantias num direito penal de combate à periculosidade e de prevenção contra risco futuro, afrontando o próprio Estado Democrático de Direito.

Ademais, o autor também reforça que a atuação Estatal deve ser mínima e sujeita a limites, dado que “o direito penal significa *ultima ratio*, não a resposta natural e primária ao crime, deve-se buscar na pessoa do infrator uma real ressocialização e não o transformar num indivíduo que destila seu ódio contra um sistema que o estigmatiza.” (MELLO, 2018, p. 34).

Dessa forma, é incontroverso que a partir do cometimento de um delito, o Estado adentra em um confronto dialético entre a tutela da segurança pública e a justiça traduzida na necessidade de acusar determinado indivíduo respeitando garantias individuais fundamentais estabelecidas e até então resguardadas pelo próprio Estado. Contudo, o direito penal, em um Estado Constitucional, “há de orientar-se por critérios de proporcionalidade e de imputação, preservando as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou seja, sua consideração como pessoa, como ser humano, como cidadão, e não como um irracional” (JAKOBS; MELIÁ, 2012, p. 15)

Sendo assim, diante dessas controvérsias relacionadas com direito penal do inimigo, principalmente no que concerne a supressão de direitos individuais, o mecanismo trazido pela lei 12.654/2012, criou uma oposição tanto doutrinária, como jurisprudencial, que abarca a discussão sobre a necessidade de normas mais imperativas para assegurar a segurança pública que não mitiguem certas garantias constitucionais.

Concebendo assim, faz-se necessário a discussão desse mecanismo no âmbito da sua constitucionalidade, principalmente no que diz respeito à violação da garantia da não obrigatoriedade da autoincriminação, princípio que será exposto no capítulo seguinte.

2. O PRINCÍPIO DA NÃO OBRIGATORIEDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO E OS DEMAIS DIREITOS QUE INFLUEM NA SUA COMPREENSÃO

Após a Constituição Federal de 1988 consagrar o perfil político-constitucional do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito, o direito processual penal, passou a prever e implementar garantias constitucionais que tinham como parâmetro a superação da coisificação do réu, suprimindo de forma gradativa a sua utilização como instrumento arbitrário de repressão. Nesse sentido, o processo penal passou a funcionar como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado, a partir da legítima instrumentalização de direitos e garantias fundamentais contra o arbítrio do Estado (MOREIRA, 2010).

Dentro desta concepção, Lima (2020, p. 655), dispõe que:

No Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, em fiel observância aos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) (BRASIL, 1988).

E assim, o Direito Penal Processual, bem como as normas constitucionais que se constituíram no âmbito de um Estado de Direito, passaram a prever instrumentos para minimizar e controlar o poder punitivo estatal, visando assegurar os direitos fundamentais do cidadão contra a arbitrariedade e abusos no uso da força por parte do Estado. (AZEVEDO, 2005).

Entre esses direitos, tem-se o princípio constitucional da não obrigatoriedade da autoincriminação, do latim *Nemo Tenetur se Detegere*, segundo o qual (ninguém está obrigado a descobrir-se), refere-se ao direito possuído por todo acusado de não cooperar com a persecução penal contra ele instaurada, abstendo-se de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua incriminação (HADDAD, 2005).

Sobre esse princípio, ainda surgem dúvidas quanto à sua origem, visto que além do direito romano, a manifestação desta garantia também encontra-se amparada no direito Europeu Medieval, com o chamado *Ius Commune*, que prescrevia a “[...]vedação de exigir que alguém respondesse a perguntas específicas sobre seu comportamento ou atos da sua vida privada, submetendo-o a risco de infâmia ou persecução penal. (QUEIJO, 2012, p. 36).

Ademais, a partir da metade do século XVII, o desenvolvimento dessa garantia contra a autoincriminação foi instaurada no direito anglo-americano, através do brocardo *privilege against self incrimination* (McINERNEY, 2014), trazendo assim, da mesma forma que as outras manifestações, o privilégio do indivíduo em não ser compelido a produzir provas contra si mesmo.

No entanto, apesar dessas disposições, cabe salientar que essa garantia já tinha assumido diferentes contornos ao longo das décadas, dado que sua ideia central já era reproduzida desde a antiguidade através do direito hebreu e a chamada regra talmúdica, ao dispor que:

Ninguém é dado tirar a própria vida, entendia-se que o acusado não podia ser levado a depor contra si mesmo, pois sua confissão em relação a um crime punível com a sanção capital permitiria uma forma indireta de suicídio. (TROIS NETO, 2011, p. 80)

De forma bem literal, o ditado hebreu “*a máxima ein Adam se ipsum tenetur*” trazia que o ser humano não poderia de forma alguma se apresentar como culpado, assim ao investigado era proibido formular qualquer meio de prova auto incriminatória, mesmo que de forma voluntária. (ZAINAGHI, 2004, p. 134, apud JANUÁRIO, 2008).

Essa regra hebraica partia do direito natural, ao elencar que o homem não podia dispor da sua própria vida, dado que segundo a religião, essa pertencia a Deus, e dessa forma, o indivíduo também não poderia produzir meios probatórios que demonstram uma confissão de sua culpabilidade, visto que, o cometimento desse crime o sujeitaria à pena capital (morte). Entendia-se assim, que os “homens deveriam confessar suas faltas a Deus, mas não deveriam ser compelidos a confessar seus crimes a ninguém mais”. (QUEIJO, 2012, p. 36).

Assim sendo, tem-se que “na perspectiva de sua origem, pode-se concluir que o nascimento do *Nemo Tenetur se Detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo, estatal ou eclesiástico, que ao longo da história submeteram o homem ao exercício do poder” (OLIVEIRA, 2008, p. 188-189).

No entanto, de forma mais específica tem-se que a evolução propriamente dita desse princípio teve como ponto partida o advento dos ideais iluministas, tendo como base a mudança de paradigma em relação ao acusado, dado que, nas doutrinas anteriores esses indivíduos eram vistos exclusivamente como um meio de prova. Havendo agora o reconhecimento de garantias penais e processuais penais, o indivíduo sob a tutela do Estado passa a ser um sujeito dotado de garantias mínimas. (QUEIJO, 2012).

À vista disso, tem-se que a partir do período iluminista, há uma transformação da justiça penal, por meio da separação das funções entre acusar, defender e julgar. (TROIS NETO, 2011).

Além da superação da prática de coação sofrida pelo acusado para dispor de ações positivas com o intuito submeter esse indivíduo a cooperar para sua incriminação. Nesse sentido, conforme Mello (2018, p. 103):

Na Alemanha, o direito ao silêncio foi verdadeiramente reconhecido somente durante o século XIX. O Código de Processo Penal de Braunschweig (1849) [...]. Na Itália, o princípio foi previsto em alguns diplomas antes da unificação e, após, foi inserido nos dois primeiros Códigos de Processo Penal (1865 e 1913), [...]. Na França, o juramento foi abolido em 1789, logo após a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A abrangência do princípio *nemo tenetur se detegere*, entretanto, oscilou em várias legislações [...].

Entretanto, embora o objetivo dessa garantia já estivesse prevista em diversas legislações europeias com diferentes formas de manifestação, foi em 1791 que esse direito foi inaugurado no sistema jurídico americano por meio da V emenda da Constituição Americana, incorporando assim aos Estados Unidos da América, o direito à não autoincriminação (QUEIJO, 2012), dispondo de forma literal que:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; **nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo**; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (Emenda V, 1791) (grifo do autor)

Por outro lado, tem-se que essa garantia constitucional surgiu no plano internacional a partir do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1956, garantindo assim em seu artigo 14, n. 3, “g” o direito de toda pessoa acusada de um delito: “[...] de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”, sendo este diploma incorporado no ordenamento jurídico brasileiro em 1992 por meio do decreto n.º 592.

Outro diploma muito importante para o reconhecimento dessa garantia é a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, conhecido popularmente por Pacto de San José da Costa Rica, que contemplou entre os diversos direitos, algumas garantias mínimas para os indivíduos que estão sob a tutela criminal, elencando assim nos termos do o § 2º do art. 8º, item 2, alínea g, que: “2. [...] Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”

Entretanto, apesar de tais legislações, foi somente com o advento da nova ordem constitucional em 1988, que esse princípio alcançou o status de garantia constitucional, disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, como um princípio implícito que se

manifesta vinculado ao direito ao silêncio, ao dispor 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). Nesse sentido, Livia de Maman Sanguiné (2011, p. 2) elenca que, a manifestação dessa garantia no Brasil:

Mais conhecida é o direito ao silêncio, consagrado na Carta Magna e no Pacto Internacional de São José da Costa Rica. Contudo, possui outras diversas, e importantes para nosso estudo, formas de manifestação, tais como o direito de não declarar contra si mesmo e o direito de não ceder seu corpo contra sua vontade para realização de perícias, dentre outras.

Dessa maneira, o princípio *Nemo Tenetur se Detegere* advém no sistema constitucional brasileiro com diferentes formas de manifestação, em um primeiro momento é aplicado na ordem processual constitucional por meio do resguardo do acusado no interrogatório e o direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, CF/88), dado que o indivíduo utilizando do seu direito de defesa negativo pode se manter em silêncio, e esse gesto não pode ser interpretado como culpa, como também não pode ser forçado a confessar ou prestar informações desfavoráveis contra si em seu interrogatório.

Já em sua segunda abrangência, elencada de forma mais ampla, tem-se a garantia da não obrigatoriedade da autoincriminação, que se refere ao direito do acusado ou até mesmo do condenado de não ser compelido de forma compulsória a produzir provas contra si mesmo, em outras palavras, diz respeito a não obrigatoriedade do indivíduo em praticar condutas positivas de modo a cooperar no exercício da atividade persecutória e probatório do Estado, que assim possam contribuir para sua própria incriminação.

No entanto, é importante dispor que a difusão desse princípio no Brasil somente se deu após a reestruturação do sistema constitucional, ao qual implementou garantias individuais em face do sistema tradicional arbitrário, assim foi a partir da “Constituição Brasileira, em vigor, datada de 1988, que o sistema inspirou-se em ideais democráticos, nos quais as liberdades públicas têm presença marcante e constituíram limitações impostas ao próprio Poder Estatal” (MOURA e MORAES, p. 135 apud JANUÁRIO, 2008).

Nessa perspectiva, reputa-se que essa garantia representa uma mudança de paradigma entre um modelo no qual o Estado tinha poderes irrestritos com intuito de alcançar a punição, para um modelo que assegura ao investigado e acusado inúmeros direitos em sua esfera individual, fazendo com que esse indivíduo assuma a posição de um sujeito direitos, e não um mero instrumento do Estado do qual se deve extrair a verdade. Além disso, cria “instrumentos destinados a controlar as

ingerências exercidas sobre os direitos fundamentais, evitando ao máximo a sua fragilização”. (SARLET, 2018, p. 397). Dessa forma tem-se que esse princípio é a:

Primeira máxima do garantismo processual acusatório, o seu acolhimento denota o compromisso de um ordenamento jurídico com a proteção da dignidade humana e da liberdade do indivíduo em face do Estado, em momento em que se vê em situação de particular vulnerabilidade. (FERRAJOLI, 2014, apud. MELLO, 2018, p. 115).

Em vista disso, embora esse princípio não esteja adstrito somente no ordenamento jurídico brasileiro, dado que está presente em outros sistemas jurídicos, bem como tratados e convenções internacionais já mencionadas, ele só foi reconhecido como tal, a partir do momento que os sistemas jurídicos asseguraram como base das suas normas constitucionais, os direitos individuais.

Sendo que essa garantia só conquistou o status constitucional a partir da implementação de normas que de fato reconheceram os direitos fundamentais básicos do ser humano, com a consequente relativização do absoluto interesse punitivo estatal, tendo como principal ideia, a autopreservação da sociedade e a implementação da política criminal de reintegração, neste caso de todos os indivíduos que estejam sob a tutela do Estado. À vista disso, Ferrajoli, dispõe que:

A função específica das garantias no direito penal, [...], na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. (FERRAJOLI, 2014, p. 90)

Enfim, observa-se que o princípio que veda à autoincriminação, encontra-se disposto tanto no ordenamento jurídico internacional, quanto no ordenamento jurídico nacional, afastando, desse modo, a persecução arbitrária do Estado, com intuito de coagir o indivíduo na produção de quaisquer provas que possam lhe auto incriminar.

No entanto, embora o princípio *nemo tenetur se detegere* seja uma garantia relativamente atual no sistema brasileiro, o mesmo pode ser extraído de outras garantias, tais como devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e dignidade da pessoa humana (JANUÁRIO, 2008), evidenciando-que muito antes de ser reconhecido pelas legislações internacionais e internas, a doutrina já elencava esse direito sob as garantias mencionadas.

Nessa perspectiva, Queijo (2012) dispõe que dentro do âmbito principiológico, o princípio da não autoincriminação não decorre somente da sua previsão expressa em tratados internacionais e normas de direito interno, mas decorre também de alguns princípios constitucionais que serviram de base para a construção e compreensão desse instituto.

Preliminarmente em relação às garantias processuais que garantem um devido processo legal, Queijo (2012) elenca que para que haja um processo criminal efetivo é necessário que esse

transcorra normalmente a feição de todos os direitos, de modo que desenvolva sob o manto do contraditório e da ampla defesa, com o objetivo de resguardar a isonomia processual entre os indivíduos que estão sob a tutela punitiva do Estado, que inegavelmente é a parte mais fraca da relação processual. Sendo que, segundo a autora, o direito à não autoincriminação está inserido no âmbito das garantias que constituem o princípio do devido processo legal, tendo como objetivo atribuir legitimidade à atuação jurisdicional.

Outrossim, na esteira da Constituição Federal de 1988, no qual passaram-se a resguardar alguns direitos e liberdades individuais, Sarlet e Marinoni (2018) pontuam que o princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação advém como uma defesa pessoal ou autodefesa que denota uma forma de elevação constitucional do direito de liberdade do acusado em face da pretensão punitiva do Estado, visto que tal direito é atrelado às liberdades negativas dos direitos humanos de primeira geração.

Sendo assim, elenca-se que o direito à não autoincriminação está diretamente ligado ao princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, o qual garante que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, desdobrando-se na autodefesa e defesa pessoal negativa. Partilhando dessa concepção, o jurista Nucci, dispõe que:

[...] Assegura-se a imunidade à autoacusação, sob o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*): da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e ampla defesa (art. 5º, LV) como direito humano fundamental permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, [...] é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. (NUCCI, 2016, p. 16)

De forma mais abrangente, Queijo (2012) elenca ainda que o princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação decorre também do princípio da dignidade da pessoa humana. Em tese, a dignidade humana é uma garantia que veda ao Estado prever medidas de caráter degradante ao indivíduo, ou seja, medidas inconsistentes com a própria Constituição Federal que garante logo nos seus primeiros artigos o respeito à dignidade humana.

Por fim, mas não menos importante, temos o princípio da presunção de inocência como outra garantia que está intimamente ligada ao direito de não se autoincriminar, isso porque a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Dessa forma, tem-se que por conta dessa garantia o ônus da prova deve estar adstrita a acusação, isso significa que a imputação do crime e a demonstração da culpabilidade desse ser feita exclusivamente pela acusação, dado que o indivíduo não poderá cooperar com a produção probatória, pelo simples fato que o mesmo junto com sua defesa técnica presumem sua inocência. (QUEIJO, 2012)

Por todo o exposto, vislumbra-se que o conteúdo desse princípio está interligado em diversos âmbitos da Constituição Federal de forma sistemática, sendo que o mesmo não é um direito que se exaure no artigo 5º LXIII desse diploma, mas alcança o direito de se recusar a cooperar na produção de quaisquer provas que sejam capazes resultar em sua autoincriminação e como consequência a sua mitigação atinge o próprio devido processo legal e o direito à ampla defesa e ao contraditório (QUEIJO, 2012).

Por fim, reputa-se que atualmente a extensão desse princípio vai muito além do direito ao silêncio, pois “[...] se funda no dever natural de autopreservação, uma conquista dos tempos modernos e das democracias liberais” (COUCEIRO, 2004, p.25), sendo que, nas últimas décadas, o princípio da não autoincriminação “[...] assumiu um caráter garantístico no processo penal, resguardando a liberdade do acusado para decidir, conscientemente, se coopera ou não com os órgãos de investigação e com a autoridade judiciária” (QUEIJO, 2012, p. 27).

E por esse ângulo, a Lei nº 12.654/2012 ao elencar a coleta de dados genéticos compulsória dos condenados para fins criminais, viola de forma reiterada esse princípio constitucional, acarretando no eventual constrangimento desse indivíduo a produzir provas a seu próprio prejuízo, que poderão ser utilizadas em ações penais futuras que venha eventualmente ser incriminado.

No entanto, tal fato que tem como parâmetro a mitigação do direito à não autoincriminação, compromete também o ordenamento jurídico no que diz respeito às demais garantias elencadas, visto que o sistema de forma implícita cria um verdadeiro meio de prova penal, isso porque os dados genéticos compulsoriamente coletados e armazenados, poderão ser aproveitados em outros processos criminais.

Assim, o princípio da não autoincriminação, é um direito individual que limita uma atuação arbitrária do Estado e garante ao investigado ou condenado a não obrigação da “apresentação de elementos de prova que tenham ou possam ter futuro valor incriminatório” (HADDAD, 2005, p. 69, apud JANUÁRIO, 2008)

Nessa esteira, a mensurável discussão está inserida na inconstitucionalidade da submissão obrigatória do condenado no fornecimento desse material genético, visto que é um mecanismo que não influi de maneira alguma sobre o consentimento do indivíduo, ocasionando assim, sua involuntária participação na produção de provas que possam lhe incriminar, ato que mitiga de forma direta o princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação.

Posto isso e com o intuito de encadear essa discussão, cabe analisar o interesse público do Estado em relação à incidência da coleta compulsória de material genético para fins criminais e a consequente mitigação do princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação.

3. DA COLISÃO ENTRE O DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA NÃO OBRIGATORIEDADE DA AUTOINCRIMINAÇÃO

Por princípio, é notório que a prática de crimes, taxada no século passado como algo praticado de forma particularizada por certos indivíduos, atualmente pode ser manejada de forma indescritível. Nessa vertente, o Estado que não soube lidar com tais mudanças viu o direito penal repressivo como uma ferramenta útil contra esses indivíduos que ameaçavam o próprio estado de direito (JAKOBS; MELIÁ, 2007).

Contudo, na esteira desse direito, a Constituição Federal também trouxe um sistema constitucional com inúmeros direitos e garantias individuais aos cidadãos, instrumentos fundamentais para estabelecer a autonomia e os limites do poder punitivo.

Perfazendo esse cenário, o poder público sempre enfrentou diversos entraves relacionados a harmonização e proporcionalidade entre a política criminal do Estado e a garantia dos direitos individuais, criando assim, uma imensurável dicotomia entre o resguardo da segurança pública, neste específico caso apoiado ao instituto da submissão compulsória do perfil genético para fins criminais, e a observância dos princípios constitucionais como o da não obrigatoriedade da autoincriminação. Sob essa conjuntura, elenca-se que:

Respeitar os direitos do indivíduo, inclusive do indivíduo delinquente, garantindo, ao mesmo tempo, os direitos de uma sociedade que vive com medo, às vezes real, às vezes suposto, à criminalidade, constitui uma espécie de quadratura do círculo que ninguém sabe como resolver. A sociedade tem direito a proteger seus interesses mais importantes, recorrendo à pena se isso for necessário; o delinquente tem direito de ser tratado como pessoa e de não ficar definitivamente apartado da sociedade, sem esperança de poder reintegrar-se à mesma (TORON, 1996. p. 17).

Nessa perspectiva e tendo como panorama a Lei 12.654/12, constata-se que uma das motivações do Poder público para instituição da coleta compulsória de material biológico para

obtenção de perfil genético, foi justamente a preocupação com o interesse público voltado ao resguardo da segurança pública e a necessidade de se desvendar um maior número de crimes em que a autoria seja desconhecida. (TORRES, 2011).

E como consequência o Estado se volta à grande dicotomia dentro do aspecto do direito penal, tendo que pontuar seus limites ao direito de punir, para que tal forma de atuar não se sobressaia a ponto de violar a manutenção das garantias individuais e fundamentais dos condenados, ou seja, uma verdadeira contradição “entre a lei e a ordem”.

Assim, o debate contemporâneo com forte influência entre o interesse público e individual, se mantém entre quem sustenta que é necessária uma efetiva intervenção do Estado para impor pena a quem viola direitos alheios, e quem, a partir de diferentes vertentes, questiona a utilização desse mecanismo como forma de violação de direitos, situação que justificaria sua expansão como resposta jurídica aos problemas de segurança frente ao paradigma do direito penal destinado à proteção do indivíduo.

Nessa vertente, quem sustenta a efetiva intervenção do Estado, elenca que o interesse coletivo para garantir a segurança pública deve ter prevalência sobre os interesses particulares, dado que esse modelo é condição para a própria sobrevivência dos indivíduos e manutenção de uma ordem social estável, no qual todos possam ter seus direitos garantidos e resguardados.

Entre os autores que elucidam essa posição, Pierobom Ávila (2014), reconhece à segurança pública como um verdadeiro direito fundamental e social que transcende os demais direitos fundamentais. Para esse autor, embora haja controvérsias, a discussão acaba por ser infrutífera, visto que a própria Constituição Federal Brasileira enuncia o direito à segurança, seja sob o ponto de vista de direito individual em seu art. 5º, seja como direito social, no art. 6º. Sendo que:

Em perspectiva coletiva (transindividual), o direito à segurança não corresponde ao direito a uma ação concreta e específica, mas o direito à existência de uma política pública de segurança que seja minimamente eficiente para assegurar a legítima expectativa de proteção dos direitos dos cidadãos (...). (ÁVILA, 2014 p.173-174.)

Com efeito, essa teoria essencialmente favorável à atual configuração da atuação repressiva do Estado, demonstra que sob a análise do direito contraposto, a supremacia do interesse estatal na proteção da sociedade e no resguardo da produção de provas deve prevalecer sobre os interesses individuais. Sendo que, é a partir da obtenção legítima do Estado sobre o perfil genético do condenado, que a utilidade dessa informação poderá ser utilizada na persecução penal de crimes futuros, como um verdadeiro inibidor de crimes, além de tornar mais célere a investigação de possíveis reincidências penais.

Em tese, se diante de um aspecto, a coleta compulsória de material genético coloca óbice os direitos individuais, sobretudo o direito à integridade física, à intimidade e o direito de não produzir prova contra si mesmo, sob outro aspecto, pontuam que a segurança pública também é um direito constitucionalmente reconhecido, sendo um direito difuso de titularidade da sociedade, imprescindível para manutenção do próprio Estado.

A sustentação desse pensamento exsurge do reconhecimento da segurança pública como um direito fundamental, além do fato que esse direito proporcionaria a garantia de fruição de outros direitos. Assim, leciona Ávila (2014, p. 7), ao dispor que a “[...] segurança pública se trata de um pré-requisito essencial para o exercício dos demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente”. Visto que, a grave inefetividade desse direito pode colocar em xeque a própria justificação da existência do Estado.

No entanto, esse pensamento, que considera de forma basilar a necessidade de assegurar à população o direito fundamental à segurança pública, abre mão de discutir as demais vertentes do instituto que o fazem entrar em conflito com o próprio sistema penal e constitucional brasileiro.

Entre esses conflitos, tem-se o próprio respeito aos direitos constitucionais inseridos no rol das garantias fundamentais da pessoa (art. 5º da CF/88), entre os que defendem esse direito, Sarmiento (2016), dispõe que a partir do modelo constitucional disposto no Brasil, a elevação do interesse público sobre o interesse particular não é totalmente adequada, isso porque nem sempre a sociedade acompanhada de forma efetiva a evolução dos direitos constitucionalmente e internacionalmente reconhecidos, ou até mesmo entendem a sua questão axiológica.

Sendo que, um dos interesses públicos relacionados à segurança pública mencionados por Wermuth (2017) é o resguardo da produção de provas, postulado como um imenso avanço no âmbito das práticas processuais, pois viabiliza consideravelmente a economia processual e o gasto de tempo para a conclusão do procedimento em comparação ao investimento essencial para uma investigação tradicional. Posto que, segundo o autor, o armazenamento de dados genéticos retirados compulsoriamente aprimoraria o sistema processual investigatório e probatório, por meio da utilização desses perfis genéticos para resolução de crimes.

Nessa vertente, Ciro Nogueira (2011), autor do projeto de lei, pontuou que, esse novo mecanismo tinha por base criar um banco de identificação genética de criminosos, que conteria o material de condenados, tendo como inspiração o sistema americano CODIS (*Combined DNA Index System*), que vai muito além do banco de vestígios genéticos abastecido por perícias oficiais

dos Estados, pois“ [...] uma coisa é o banco de dados operar apenas com vestígios; outra é poder contar também com o material genético de condenados, o que otimizaria em grande escala o trabalho investigativo”. (NOGUEIRA, 2011, p. 2).

No entanto, em contraponto a esse argumento, tem-se que sob o manto do princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação, o indivíduo sob a tutela do estado não está obrigado a garantir meios de prova, visto que a prova da alegação, conforme artigo 156 do Código de Processo Penal “incumbirá a quem a fizer”, assim como “[...]a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta para a autoria e a materialidade; logo, incumbe ao Ministério Público o ônus total e intransferível de provar a existência do delito” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 357)

Nesse sentido, elenca-se que:

A extração compulsória de material genético viola o direito constitucional de não se autoincriminar, que impõe à acusação o ônus da prova do crime imputado, pois ao ter seu DNA extraído sem consentimento o condenado poderá estar produzindo provas que podem ser utilizadas contra ele num futuro processo criminal, considerando que as suas informações genéticas ficarão no banco de dados por um longo período após o cumprimento da pena, desonerando o Estado de sua carga probatória (BORGES; NASCIMENTO, 2021, p. 160, apud QUEIJO, 2012, p. 242-243).

Dessa forma, tem-se que o ônus probatório à luz do Código de Processo Penal é todo do acusador, com exceção dos poderes instrutórios do magistrado, ou seja, “cabe ao acusador apresentar detalhadamente os fatos imputados ao acusado e provar a autoria, a materialidade e a ausência de causas de justificação, sob pena de improcedência do pedido condenatório” (LOPES JUNIOR, 2017, p.341-359)

Assim, o ponto central desse fenômeno é a flexibilização de garantias individuais, neste caso, a garantia da não obrigatoriedade de se autoincriminar, dado que é uma maneira extremamente adiantada da punibilidade, no qual se faz menção a fato futuro e ainda não cometido. Nessa mesma vertente, concebe-se que:

Na retirada compulsória de dados genéticos para inclusão do perfil genético no banco de dados, há apenas uma expectativa que isso poderá auxiliar na resolução de crimes futuros e poderá reduzir a criminalidade, porque sujeitos com o perfil genético no banco estariam menos sujeitos a cometer novos crimes (ainda que não exista comprovação científica disso). Nesse caso, há apenas uma expectativa de que aquele perfil genético será necessário no futuro. (CUNHA e SCHIOCCHE, 2021, p. 22)

Em verdade, segundo Mello (2018) a Lei 12.654/2012, ao elencar esse benefício, não previu somente a identificação genética para os condenados, mas criou um instrumento que guarneceu o combate à criminalidade e a impunidade, além de subsidiar a atuação investigativa para resguardo de provas, diante dos altos índices de crimes não esclarecidos. Fato mencionado por Ciro Nogueira

(2011), ao dispor a época, que o agrupamento de dados genéticos alimentaria a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que seria implantada no Brasil, onde a identificação genética ficará à disposição da Justiça para facilitar a solução de novos crimes. Dessa forma, tem-se que:

Se a finalidade da coleta de DNA fosse mesmo somente a identificação não haveria aplicabilidade da nova Lei, constatando-se assim uma finalidade oculta que seria a de servir de meio de prova da autoria de novos crimes e não apenas mais um meio de identificação, em dissonância com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, a não obrigação de produzir prova contra si mesmo. (CARVALHO; CORAZZA, 2014, p. 19)

Nessa perspectiva, elenca-se que a retirada obrigatória do material genético dos condenados por crimes praticados de maneira dolosa com violência contra a pessoa, inicialmente trazido como um procedimento técnico-científico que facilitaria a individualização do indivíduo por meio das características genéticas que os diferencia, é utilizado no âmbito da execução penal, para elucidar a autoria de delitos que podem vir a ocorrer, em violação ao princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação.

Assim, o sentido da lei é suprir as demandas da política criminal do próprio Estado, fato esse que não corrobora com a efetividade do devido processo legal e implica de forma clara na degradação das garantias e princípios basilares de uma democracia que preza em seu primeiro capítulo da Constituição, pelos direitos e liberdades individuais.

Dado que, o Estado assegurar a coleta compulsória do perfil genético como uma produção de provas de um crime que ainda não ocorreu, demonstra além de um enorme retrocesso do sistema penal em relação ao respeito aos princípios constitucionais e processuais penais, um processo de retomada de postulados do punitivismo penal, que por muito restringiu a criminalidade a fatores patológicos (SUXBERGER; FURTADO; 2018).

Corroborando com esse pensamento, Oliveira (2017, p. 35) dispõe que:

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, à não autoincriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse. Nessa última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação dos direitos fundamentais da pessoa, o mesmo não pode servir às demandas do estado.

Sendo assim, é notório que a violação gerada pela Lei 12.654/2012, especialmente no que diz respeito ao artigo 9-A da Lei de Execução Penal, está relacionada à própria obrigatoriedade em fornecer os dados do perfil genético, mediante extração de DNA. Ato este que retira a oportunidade

da utilização do princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação como um meio de defesa pessoal negativa. Sendo que, para isso, o poder público alega benefício da segurança pública para a coletividade.

Por meio dos elementos acima expostos, fica evidente o conflito estabelecido entre essa política criminal contemporânea com o objetivo de prover proteção social e a garantia da não autoincriminação, direito este que limita o *jus puniendi* estatal, e protege o sistema constitucional contra institutos que mitiguem tais prerrogativas, servindo assim de obstáculos contra a materialização de instrumentos estatais que buscam desrespeitar as garantias mínimas em relação ao acusado. Nesse sentido, Melo (2019, p. 27) dispõe que:

Em uma perspectiva de Estado Democrático de Direito, em que o Estado é uma instituição forjada para a proteção dos direitos dos cidadãos e promoção dos direitos humanos, não há mais espaço para a resolução de conflitos baseando-se em um princípio que determina a sujeição completa do indivíduo ao poder e interesse estatais.

Em suma, para um Estado que defende na base da sua Constituição à tutela dos direitos individuais, o poder público deve ter como objetivo proteger os direitos e garantias constitucionais, principalmente o direito a não obrigatoriedade da autoincriminação, pois é um dos pilares do direito penal democrático, para que de forma concreta e efetiva as garantias elencadas na constituição passem de simples direitos simbólicos para alcançar de fato os indivíduos.

Perante o exposto, resta analisar a possível incompatibilidade desse instituto com sistema constitucional, a partir do Recurso Extraordinário 973.837- MG, além dos desdobramentos dessa discussão devido às alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que passaram a suscitar novos questionamentos envolvendo a constitucionalidade desse mecanismo.

4. A POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE DA COLETA COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS COM SISTEMA CONSTITUCIONAL E A INCLUSÃO DA FALTA GRAVE COMO MEIO DE COAÇÃO

Desde a promulgação da Lei nº 12.654 de 2012, a submissão compulsória do material genético para fins criminais trouxe algumas controvérsias entre os operadores de direito no que diz respeito a sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro.

Sendo que, o parâmetro dessa discussão diz respeito a “obrigatoriedade” na concessão do material genético, dado que o instituto não influi de maneira alguma no consentimento do investigado, mitigando sobretudo o seu direito à não autoincriminação, além de outros direitos

relacionados com sua integridade pessoal, que vai desde a perda da intimidade, perpassa pela presunção de inocência, até o sistema da ressocialização.

Confirmando essa controvérsia debatida na doutrina, a discussão passou a ser mencionada nos tribunais, tendo como principal tese a não obrigatoriedade do condenado em produzir prova contra si mesmo, principalmente pelo fato que a coleta do material genético na fase de execução penal não teria por princípio a identificação criminal, mas sim, o abastecimento dos bancos de dados, a fim contribuir com as investigações de crimes pretéritos ou futuros, diverso do crime ao qual foi condenado.

Consolidando esse cenário, no ano de 2016 a discussão sobre a inconstitucionalidade desse instituto passou a ser pautada no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário n. 973.837- MG com repercussão geral (tema 905), tendo como ponto central do debate, a análise da “Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal”. (BRASIL, 2016)

Em sua manifestação no Recurso Extraordinário, a Defensoria Pública de Minas Gerais alega como tese principal, a inconstitucionalidade da submissão compulsória de material genético para fins criminais, sustentando haver conflito entre a norma alterada (artigo 9-A da LEP) e algumas garantias constitucionais, tais como a presunção de inocência e a garantia de que a ninguém será imposta conduta ativa ou passiva em favor do Estado, sem que esta esteja prevista em lei e em conformidade com os princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição (BRASIL, 2016)

Sendo que, a discussão sobre a inconstitucionalidade do artigo 9-A da LEP está baseado na supremacia da Constituição, teoria está trazida por Hans Kelsen, na qual elenca de forma objetiva que o ordenamento jurídico de um determinado sistema deve estar estruturado sob o manto da sua Constituição Federal, norma que trará forma para todo o sistema jurídico, dado que essa norma servirá de modelo para a elaboração das demais. Nessa vertente, tem -se que:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Logo, a validade há de ser compreendida no sentido da compatibilidade entre uma norma inferior e outra que lhe é imediatamente superior. (KELSEN, 2009, p. 215).

Portanto, o objeto dessa ciência do direito é demonstrar que normas devem ser encadeadas em um ordenamento jurídico de mútua validação, por meio da correspondência de juridicidade

entre a lei superior e as leis inferiores, criando assim um sistema hierarquicamente estruturado. Visto que, partindo da conjectura de que uma norma fundamenta a existência de uma outra norma, sendo esta inferior à primeira, tem-se que a validade se situa no âmbito de adequação de uma norma inferior em face da outra superior. (LEITE, 2020)

E nessa perspectiva, a Constituição como norma superior fundamental, passa a ser o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, visto que uma norma jurídica, para ser válida, necessita estar em perfeita harmonia e consonância com os parâmetros estabelecidos pela norma imediatamente superior, ou seja, por conseguinte, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional está subordinado aos critérios de validade formal e material trazidos pela Constituição da República (LEITE, 2020).

Tal argumento faz contraposição a alegação de legalidade da submissão compulsória de material genético, dado que, seguindo esse princípio, a extração compulsória seria totalmente válida e sem nenhuma ressalva, isso porque a mesma está prevista na norma de forma imperativa e impositiva. Contudo, a discussão baseia-se no fato da legalidade ter sido corrompida pelo fato da lei estar em confronto com mandamentos constitucionais, ferindo assim a supremacia constitucional.

Nesse aspecto, surge a dúvida sobre a validade de um dispositivo que está em desconformidade com os princípios e garantias fundamentais previstos tanto no ordenamento constitucional brasileiro, quanto em normas internacionais. E como resposta, utiliza-se como parâmetro o jurista Bobbio (2008), na medida em que, segundo esse doutrinador, o ordenamento jurídico é um conjunto de normas que se interligam entre si, tendo como base a Constituição interna, formando assim um sistema jurídico unitário e coerente.

Dessa forma, como argumento principal, o autor elenca que as normas não existem de maneira isolada, mas são correlacionadas umas às outras, formando a partir disso um sistema normativo, “ [...] uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem” (BOBBIO, 2011, p. 61). Logo, nesta lógica o cerne da questão se encontra justamente pelo fato que o instituto da coleta compulsória do perfil de condenados está violando o sistema constitucional brasileiro.

E por mais que as normas de um ordenamento não estejam num mesmo plano, dado que há normas superiores e inferiores, essas são dependentes e devem ser acolhidas pela norma superior, visto que é sobre essa norma que repousa a unidade do sistema constitucional, chamada por Kelsen

de norma fundamental. Sendo que, um sistema que não contenha uma norma fundamental que agregue todas as outras normas de um ordenamento jurídico, apenas constituiria um aglomerado de normas que se contradizem em direitos e garantias a serem assegurados. (BOBBIO, 2011)

Nesse ínterim, a possível inconstitucionalidade do instituto está relacionada à própria unidade do sistema jurídico, uma vez que a norma instituidora desse instituto não estaria sistematizada no ordenamento jurídico brasileiro da forma que foi posta, justamente pelo fato de mitigar a garantia da não obrigatoriedade da autoincriminação, além de outros direitos que se relacionam de maneira implícita com essa garantia.

Assim, para que uma norma jurídica esteja de acordo com o ordenamento jurídico e não seja inconstitucional, a mesma deve fazer parte de uma unidade sistemática, de modo que haja coerência entre essa norma e os demais componentes do sistema constitucional de determinado Estado.

Por outro prisma, em sua manifestação a então Procuradora-Geral da República Raquel Elias Dodge (2017) elencou que norma mencionada não tem vícios de inconstitucionalidade, uma vez que a obrigação de dispor do material genético para fins criminais encontra-se amparada em lei, em consonância com o princípio da proporcionalidade, além do fato que a identificação da pessoa é direito estatal voltado à preservação da segurança pública e esclarecimento de diversos crimes.

Entretanto, em que pese esse Recurso Extraordinário ainda esteja pendente de julgamento, um novo capítulo foi acrescido na discussão em 2019, a partir da Lei 13.964/2019, que proporcionou significativas mudanças nesse assunto, prevendo agora de forma literal uma obrigatoriedade mais incisiva na coleta de dados genéticos, visto que, o condenado que se negar a ceder o seu material genético, incorrerá em falta grave.

Inicialmente para um melhor entendimento do assunto, é importante ressaltar que a Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), ao estabelecer normas no cumprimento de pena, adotou disposições sobre a disciplina e infrações disciplinares, que dizem respeito a um conjunto de normas que devem ser observadas pelo recluso.

Contudo, diante da inobservância das regras ou mesmo a recusa na prática de algumas condutas previstas em lei, os indivíduos sob a tutela do estado incorrem nas chamadas faltas disciplinares, que, de acordo com a gravidade do ato praticado, poderão ser classificadas como faltas graves, médias e leves. As faltas leves e médias são definidas pela legislação local, que

especificará as respectivas sanções. Já as faltas graves foram elencadas taxativamente pelo legislador nos artigos 50 a 52 da LEP, dado que representam condutas com tratamento mais rigoroso.

Nessa vertente, embora a submissão compulsória do material genético para fins criminais já trouxesse várias discussões, tanto na seara doutrinária como jurisprudencial, o fator da obrigatoriedade de forma literal tinha seu alcance relativizado, dado que não previa nenhum mecanismo concreto de sanção ao descumprimento dessa obrigação, fato que passou despercebido pelos legisladores e tornou-se a lei pouco efetiva para os fins para qual o mecanismo foi criado.

No entanto, com a recente Lei 13.964/2019, o mecanismo disposto no artigo 9-A da LEP, tornou-se ainda mais controverso, dado que a partir da inclusão do inciso VIII do artigo 50 e §8º no artigo 9-A na Lei de Execução Penal, a norma passou a prever a falta grave como uma sanção para aqueles indivíduos condenados que não se submeterem ao fornecimento do material genético.

Essa mudança pode ser elencada como uma clara maneira de coação estatal, dado que antes da sua criação não havia um mecanismo concreto que alterava a situação do indivíduo que se recusasse a fornecer seu material genético. Portanto essa figura trazida pelo pacote Anticrime “consiste em uma perversa coação, que visa forçar a cessão de mapa de informações orgânicas únicas, projetando uma futura reincidência e impondo a colaboração com uma suposta investigação de um crime que a pessoa ainda não cometeu” (SILVA, 2019, n.p)

Assim, além das violações já mencionadas, a Lei 13.964/2019 traz agora um fato substancial para a discussão, dado que, além do instituto prever a submissão do condenado ao uma intervenção corporal sem o seu consentimento, ultrapassando sua função de identificação, a partir da criação de um mecanismo de condicionamento de provas, o instituto agora prevê uma infração disciplinar.

Nessa vertente, a controvérsia, no momento, não está apenas adstrita na violação a aplicação do princípio da não autoincriminação. Em tese, agora o condenado seria de fato obrigado a colaborar com sistema probatório, visto que sua não autorização representa uma forma de punição por meio da aplicação da falta grave. (SILVA, 2019, n.p).

Diante desse aspecto, evidencia-se que tal determinação, embora seja menos explícita e disposta em lei, tem resquícios na utilização da punição como forma de obter provas, como por exemplo na confissão de um crime, o que demonstra um enorme retrocesso ao sistema criminal brasileiro.

Dessa forma, a discussão que tem como base o respeito ao direito constitucional da não obrigatoriedade da autoincriminação, pressupõe também uma violação dos direitos dispostos na Lei de Execução Penal, dado que, a não disponibilização do material genético ocasionará em consequências coercitivas e procedimentais no cumprimento de pena. Logo, tem-se que a falta grave reflete de forma direta na execução penal, trazendo inúmeros prejuízos ao condenado, entre as consequências que mais afetam o condenado, cita-se a regressão do regime de cumprimento de pena e a interrupção do prazo para obtenção da progressão de regime.

A primeira diz respeito à transferência do condenado de um regime mais brando para um dos regimes mais rigorosos, mecanismo inverso do sistema progressivo de cumprimento da pena, que pressupõe a passagem do condenado, de um estabelecimento penal mais severo para outro menos rigoroso. Já a segunda refere-se à interrupção do prazo para obtenção da progressão de regime, ou seja, interrupção do lapso temporal necessário para obter a progressão de regime (MARCÃO, 2022)

Ademais, elenca-se que a imposição de falta grave também pode gerar entre outras consequências, a revogação da autorização de saída temporária (art. 125 da LEP), a revogação de até 1/3 (um terço) dos dias remidos (art. 127 da LEP), a não conversão de pena (art. 180 da LEP), e a impossibilidade da prestação de trabalho externo (art. 37, parágrafo único da LEP).

Sendo assim, não se pode ignorar os efeitos incisivos que uma falta grave gera para o condenado, dado que compromete diretamente o lapso temporal daquele indivíduo dentro do sistema carcerário, uma vez que modificam, direta e explicitamente, como a pena de prisão será cumprida e lhe retira qualquer possibilidade de melhorar esse cumprimento. (JÚNIOR; MOSCATELLI, 2021)

Por outro lado, a aplicação da falta grave cria obstáculos à efetividade das políticas criminais, uma vez que, as condenações pela prática de faltas disciplinares de natureza grave possuem íntima interferência e contribuem com o problema da rotatividade dos presídios (MENDES, 2020). Tal fato, tem como consequência, o crescimento no índice de condenados no regime fechado de cumprimento de pena, contribuindo dessa forma, para a superlotação carcerária, que “em 2021 apresentou um aumento de 7,3% na taxa da população prisional, chegando a mais de 820 mil pessoas sob custódia estatal, com um déficit 24,9% de vagas” (FBSP, 2022, p. 5).

Sobre esse panorama geral, tem-se que um quarto desses indivíduos estão presos por terem cometido crimes dolosos praticados com violência grave contra a pessoa, contra a vida e contra a

dignidade sexual, crimes esses abarcados pelo instituto da submissão compulsória do material genético. (SISDEPEN, 2022)

Nessa vertente, embora a Lei 13.964 de 2019 de forma analítica tenha percebido os indícios da recusa do condenado em ceder seu material genético, trazendo assim uma dúvida sobre o aspecto da obrigatoriedade da coleta, preferiu reafirmar a obrigatoriedade sob a ameaça de uma punição objetiva, posto que “o temor do isolamento, dos obstáculos à progressão de regime e ao livramento condicional, quase não deixa escolha ao condenado e transforma em auto sacrifício o direito de se recusar, considerando-se as condições dos cárceres brasileiros” (ABRAMOVAY; BATISTA, 2010, apud BORGES; NASCIMENTO; 2021, p. 7).

Sendo que, essa imposição objetiva surge devido a interpretação literal do inciso VIII do artigo 50 da LEP, ao passo que, esse dispositivo menciona que a falta grave será aplicada pela simples recusa do condenado em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético, demonstrando assim, que ao apenado não será assegurado a ampla defesa, ao qual inclui a chamada de defesa negativa, tornando a aplicação da falta grave ilegal.

Nesse sentido, elenca-se que antes da aplicação da falta grave “[...]é imperioso providenciar o necessário com o objetivo de proceder à oitiva do condenado, permitindo-lhe o exercício pleno de sua defesa, observando, ainda, o contraditório constitucional” (MARCÃO, 2022, p. 86). Sendo que o desrespeito aos princípios da ampla defesa e contraditório ocasiona o constrangimento ilegal, tornando o procedimento ineficaz, visto que:

Não se admite, por conseguinte, perda ou redução de direitos sem que sejam observados tais princípios, absolutamente irrenunciáveis no Estado de Direito Democrático. Eventual decisão violadora de tais dogmas estará fulminada de nulidade.(MARCÃO, 2022, p. 99)

Enfim, essa consequência secundária, acaba por demonstrar uma imposição estatal totalmente negligente, precipitada e com caráter de coação, uma verdadeira retaliação que o condenado sofrerá durante o cumprimento de pena caso se recuse a fornecer seu perfil genético.

Sendo que, a aplicação dessa falta grave da maneira que ela foi imposta, torna-se impensável diante de um sistema procedimental como a execução penal, que tem caráter jurisdicional, e como qualquer outro procedimento criminal, deve resguardar e garantir ao condenado a ampla defesa e o contraditório sob pena de ofensa à própria legalidade. Assim, embora a execução penal exerça um papel voltado a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, o magistrado deve conservar os princípios que norteiam o Direito Penal e o Processo Penal.

À vista disso, questiona-se: se a simples recusa do condenado em fornecer seu material genético sob o manto do princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação seria causa suficiente, coesa e proporcional a determinar a aplicação de falta grave, que tem como principal consequência, a regressão de regime?

Enfim, desde a promulgação da Lei 12.654/2012 que alterou a Lei n.º 7.210/1984, para tornar possível a coleta compulsória do perfil genético de condenados para fins criminais, houve muitas controvérsias, tanto doutrinárias como também jurisprudências, inclusive por meio do Recurso Extraordinário n.º 973.837/MG, que elevou a discussão em torno das violações de constitucionalidade deste instituto ao plenário do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, se ainda existiam dúvidas acerca da finalidade da coleta e armazenamento do perfil genético para fins criminais, agora com a inclusão do VIII do artigo 50 e §8º no artigo 9-A na Lei de Execução Penal, fica evidente a coação sobre o sujeito, dado que o mecanismo adquire status de punição, com uma tentativa de impor a colaboração desse indivíduo para uma suposta investigação de um crime futuro (SILVA, 2019)

Em síntese, pontua-se que promulgação da Lei n.º 13.964/2019, agravou a discussão sobre a inconstitucionalidade desse mecanismo, dado que embora já houvesse controvérsias que mereciam ser discutidas, o Poder Estatal entendeu por bem ressaltar a submissão obrigatória do condenado ao sistema criminal. Sendo que, esse fato não é isolado e advém de um movimento do Poder Público, que tem por intuito transformar o direito penal em uma arma contra seus inimigos, subvertendo a lógica das suas demais funções para além de punir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz das informações expostas, o presente artigo se propôs a tensionar as principais questões em relação a submissão compulsória do perfil genético para fins criminais, tendo como vertente a análise do resguardo da segurança pública frente a mitigação do princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação. A complexidade do tema é atual, e padece ainda de resolução, sendo que a proposta foi exatamente buscar suscitar o debate mediante a elucidação dos principais pontos de colisão entre a alteração promovida pela Lei 12.654/2012 e seu possível atentado ao sistema constitucional brasileiro, principalmente em relação a garantia da não autoincriminação.

A partir disso, pôde-se observar que apesar das diversas mudanças que ocorreram após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, marcado pela ruptura do

protótipo modelo arbitrário do direito penal do inimigo, para um modelo totalmente voltado ao resguardo de direitos e garantias constitucionais.

O Estado utilizando da sua função de punir, criou incessantemente mecanismos que colidem com tais garantias, o que demonstra de forma implícita que o poder público se manteve apoiado ao direito penal do inimigo, desenvolvendo uma barreira entre o “cidadão” que teria reservado todas as garantias penais e constitucionais, e o “inimigo” para qual essa garantia seria atenuada ou mesmo suprimida, nesse caso o mecanismo da coleta e armazenamento de material genético de forma compulsória para fins criminais, disposto no artigo 9-A da LEP, instituto que viola para além de outros direitos, o princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação.

Esse princípio, que tem-se desenvolvido e obtido um espaço de proeminência no sistema jurídico brasileiro, é visto como um direito do indivíduo que esteja sob a tutela do estado, exercendo de forma efetiva um papel essencial contra os arbítrios estatais, limitando assim a aplicação de normas que influem diretamente sobre o direito individual de não produzir provas contra si mesmo.

Isso porque, embora por um lado, sob viés punitivista, a coleta compulsória de material genético é legal, pois tem como objetivo além da identificação criminal, o resguardo da segurança pública e a efetividade da persecução penal. De outro lado, tem-se que essa ferramenta tem como base na fase de execução penal, a manutenção dos bancos de dados de perfil genético, a fim contribuir com as investigações de outros crimes pretéritos ou futuros, diversos daquele que motivou a condenação, ou seja, um mecanismo que de maneira implícita tem como parâmetro obrigar o condenado a colaborar com produção de provas para sua própria incriminação.

Sendo que, conforme exposto, o princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação não é um direito isolado, pois antes mesmo da sua previsão nas normas internas e internacionais, sua base axiológica permeava por todo o sistema constitucional, através das outras garantias, entre elas o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Ademais, observou-se através da ponderação do interesse público que, no contexto atual o direito penal contemporâneo enfrenta a difícil tarefa de conciliar a proteção da segurança pública com a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos. No caso em comento, o Poder Público através da coleta e armazenamento de material genético de forma compulsória, buscava explicitamente o melhoramento da identificação criminal, e implicitamente garantir a proteção da sociedade com resguardo de provas para resolução crimes, e como consequência disso deixou de garantir alguns direitos individuais, através da sua mitigação ou relativização.

Nesse aspecto, elenca-se que embora seja assegurado ao Estado o poder punitivo, por meio da criação de mecanismos que reflitam seu compromisso assecuratório, esse direito há de ter balizas, para que não ocorra arbitrariedades persecutórias que anulem as garantias constitucionais indispensáveis, para que assim, nesse específico contexto, seja possível resguardar o princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação em relação às leis que, direta ou indiretamente buscam enfraquecê-lo.

Cabe ressaltar que tal fato, não diz respeito à impossibilidade do Poder Estatal atuar na sociedade por meio de seus mecanismos, mas sim, à necessidade de se resgatar e fazer prevalecer a aplicabilidade dos princípios e garantias constitucionais como fundamento de preservação do próprio Estado de Direito.

Por fim, no que diz respeito às alterações realizadas pela Lei nº 13.964/2019, observou-se que com a tentativa de tornar mais eficaz o mecanismo da submissão compulsória do perfil genético para fins criminais, a lei mencionada passou a prever a imposição de falta grave para aqueles indivíduos que se recusem a se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético. Tal ato acaba por representar uma punição ao condenado que não deseja fornecer elementos probatórios contra si mesmo.

Contudo, observou-se que a problemática não envolve apenas o ato de constranger o indivíduo para que forneça o seu perfil genético, violando seu direito de defesa negativo. Mas consagra também os diversos impactos que a imposição da falta grave ocasiona no andamento da execução penal, tanto em relação ao cerceamento de benefícios da execução penal, tais como a progressão de regime, quanto às consequências jurídicas aos sentenciados, tais como, a regressão de regime e a perda de até 1/3 dos dias remidos, situações que acabam por agravar diretamente o tempo e modo de cumprimento da pena dos sentenciados.

Por outro lado, existem ainda as consequências sobre a sistemática do sistema carcerário, influenciadas pelo problema da rotatividade dos presos, fato este que ocasiona a manutenção dos graves problemas carcerários do Brasil, entre eles o encarceramento maciço de indivíduos sob a tutela do Estado e a necessidade da criação de mais vagas em detrimento de outras políticas.

Dito isso, percebe-se que a aplicação de falta grave como forma de punição a quem está juridicamente assegurado por normas constitucionais e internacionais de direitos humanos representa além de uma violação do princípio da não obrigatoriedade da autoincriminação, uma

ameaça ao Estado Democrático de Direito, visto que a mitigação de qualquer garantia constitucional abre precedentes para demais violações.

Em virtude dos fatos mencionados, tem-se que é necessário e de extrema importância o respeito aos direitos assegurados constitucionalmente, principalmente os que envolvem o processo criminal, uma vez que são essas garantias que impõem ao Poder Público limites ao seu próprio poder punitivo, bem como determina que o mesmo implemente medidas que promovam o respeito a esses direitos e condições que estimulem o pleno exercício e fruição destes, tendo como intuito a própria promoção de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS FINAIS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, Brasília, 6, v. 4, p. 159-189, anual, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e Justiça Penal na América Latina. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, nº 13, ano 7, p. 212-241, já-/jun 2005.

BRASIL. **Lei nº 7.210, 11 de julho de 1984**. Brasília, DF, 11 jun. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 de dez. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, Brasília. Acesso em: 17 de dez. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.654, 28 de maio de 2012**. Brasília, DF, 28 mai. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em: 17 de dez. de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 93, de 2011**. Brasília, DF, 18 mar. 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias//materia/99463#:~:text=Projeto%20de%20Lei%20do%20Senado%20n%C2%B0%2093%2C%20de%202011&text=Ementa%3A,contra%20pessoa%20ou%20considerado%20hediondo>. Acesso em: 20 de dez. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.037 de 2009**. Brasília, DF, 01 out. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 20 de dez. de 2022.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF, 06 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 27 de dez. de 2022.

BRASIL. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**. Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 27 de dez. de 2022.

BRASIL. **Lei 13.964, 24 de dezembro de 2019. Altera a legislação penal e processual penal**. Brasília, DF, 14 dez. de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 05 jan. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 973.837**. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 12.973837 RG, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2016, Processo eletrônico. DJe-217 divulg. 10-10-2016, public. 11-10-2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991018>. Acesso em: 05 de jan. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer nº 07/2017 – AJCR/SGJ/PGR Sistema Único n.º PGR-8121/2018**. Procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE973837_coletamaterialgentico.pdf. Acesso em: 03 de fev. de 2023.

BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. Ed. Trad.: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad.: Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CORAZZA, Thaís Aline Mazetto. A identificação Genética dos Civilmente Identificáveis como Meio de Prova de Autoria. **Revista Jurídica Cesumar**, Paraná, v. 14, n.2 p. 413-434, jul/dez. 2014.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Anita Spies da. SCHIOCCHET, Taysa. A constitucionalidade do DNA na persecução penal: o direito à autodeterminação informativa e o critério de proporcionalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p.529-554, maio/ago. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal)**, 4 ed. – São Paulo, RT, 2014.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública: as 820 mil vidas sob a tutela do Estado**, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuariobrasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 08 de out. 2022.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. 1º Edição, Campinas: Bookseller, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JANUÁRIO, D. A evolução histórica do princípio contra a auto-incriminação no cenário mundial e no direito brasileiro. Umuarama. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**. v. 11, n. 1, p. 45-52, jan./jun. 2008.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **“O que está no mundo não está nos autos”**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo (USP). 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8º ed. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

LEAL, Rogério Gesta; GILIOLI, Volnete. **A segurança pública como direito fundamental social na sociedade de riscos: qual a função do direito penal?** Chapecó, Editora Unoesc, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único, 8ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES Junior, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal** – 19. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

McINERNEY, Pat. **The privilege against self-incrimination from early origins to Judge’s Rules: challenging the ‘orthodox view’**. International Journal of Evidence & Proof, Jornal Internacional de Evidências e Provas. 2014, vol. 18, issue 2, Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1350/ijep.2014.18.2.446>, Acesso em: 10 de dez. 2022.

MELLO, Bernardo Carvalho de; DORNELLES, João Ricardo W. **Princípio *nemo tenetur se detegere* : vedação à autoincriminação e direito ao silêncio na ordem processual penal constitucional**. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=36159@1>. Acesso em: 10 de dez. 2022.

MELO, Bricio Luis da Anunciação. **A submissão obrigatória à identificação de perfil genético para fins criminais: uma reflexão crítica sob a luz da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, SE, 2019. Disponível em: <http://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/10734>. Acesso em: 12 de dezembro de 2022.

MENDES, Bruno Barros. Falta grave e sua interferência na rotatividade dos presídios do Estado de São Paulo: uma análise a partir das decisões do DEECRIM – 2ªRAJ. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 2311-2338, set./dez. 2020.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal - processo penal como instrumento de democracia**. 2ª Juruá Editora; 2ª edição, 2010.

NOGUEIRA, Ciro. **Projeto de Lei do Senado n. 93/2011**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4105271&ts=1630412130855&disposition=inline>. Acesso em: 05 de mar. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 10ª edição, 2008.

PEIXOTO JÚNIOR, Hélio; MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Lei Anticrime e o banco de dados genéticos: a expansão da vigilância e a falta grave na execução penal. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 01, p. 252-280, 2021.

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. Ed. Saraiva. 2012.

SALAH, H. Khaled Jr., **A busca da verdade no processo pena: para além da ambição inquisitorial**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANGUINÉ, Livia de Maman. **O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere***. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 18, n. 221, 2011. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/5249/>. Acesso em 20 de fev. 2023.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SENADO FEDERAL. **Rede integrada de Bancos de Perfil genético**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=93018>. Acesso em 28 de fev. 2023.

SISDEPEN. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário (Quantidade de Incidência por Tipo Penal)**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depn/ptbr/servicos/sisdepen/sisdepen>. Acesso em 18 de janeiro de 2023.

SILVA, Mariana Lins de Carli. **Capital genético da miséria: a proposta de expansão do Banco Nacional de Perfil Genético**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, 09 de out. 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7181/>. Acesso em 25 de jan. 2023.

SUXBERGER, Antonio H. G. FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018.

TORRES, Demóstenes. **Parecer nº 951, de 2011 da CCJ sobre o projeto de Lei nº 93 de 2011**. Brasília, Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/docum ento? dm=4105316&ts=1630412131261&disposition=inline>. Acesso em 28 de fev. 2023.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1 ed. Livraria do Advogado, 2011.

TORON, Alberto Zacarias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal : um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

UEL. **A Constituição dos Estados Unidos da América 1791**. Paraná, . Disponível em: <http://www.uel.br/pess oal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 10 de mar. 2023.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. **Política criminal atuarial, bancos de perfis genéticos e investigação criminal no Brasil: contornos biopolíticos da tensão entre a eficácia na persecução criminal e as garantias fundamentais do acusado**. São Paulo. 2017. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/politica-criminal-atuarial-bancosde-perfis-geneticos-e-inv estigacao-criminal-no-brasil-contornos-biopoliticos-da-tensao-entre-a-eficacia-napersecucao-cri minal-e-as-garantias-fundamentais-do-acusado>. Acesso em: 06 de fev. 2023.