

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE CRIMINOLOGIA

REFERÊNCIA: INDICAÇÃO Nº 35/2023

EMENTA: Projeto de Lei nº 1496/2021, que propõe a identificação de condenados através de perfil genético.

Palavras chave: identificação; amostra biológica; DNA e perfil genético de condenados.

1- Introdução

O presente parecer é construído a partir da indicação da Comissão de Criminologia para apreciação do Projeto de Lei de nº 1496/2021 do Senado Federal, que altera o artigo 9º da Lei nº 7210/84, Lei de Execução Penal, visando a identificação de perfil genético dos condenados por crimes que especifica no citado Projeto de Lei.

Menciona ainda a indicação, que a Lei 12.654/2012 já fez inserir na Lei de Execuções Penais o artigo 9º – A, que passou a obrigar o exame de DNA, para identificação do perfil genético aos condenados por crimes hediondos e os praticados com violência de natureza grave.

Finalmente, relata que pela Lei 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime”, promoveu a alteração no dispositivo e obriga a identificação do perfil genético aos condenados por crimes

dolosos praticados com violência grave contra a pessoa, por crime sexual contra vulnerável ou por crimes contra a vida e contra a liberdade sexual, além de outras previsões sobre questões relacionadas ao perfil genético.

O projeto de lei objeto da análise neste parecer tem o seguinte teor:

"O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 9º-A da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9º-A. O condenado à pena de reclusão em regime inicial fechado será submetido obrigatoriamente à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

.....

..

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética.

§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, guardando-se material suficiente para a eventualidade de nova perícia, nos termos do regulamento, vedada a sua utilização para qualquer outro fim.

§ 7º A coleta da amostra biológica será realizada por agente público treinado e respeitará os procedimentos de cadeia de custódia definidos pela legislação em vigor e complementados pelo órgão de perícia oficial de natureza criminal.

.....

..

§ 9º A elaboração do laudo da amostra biológica coletada nos termos do § 7º será realizada por perito oficial.

§ 10. Nos casos dos crimes hediondos e equiparados, o processamento dos vestígios biológicos coletados em locais de crime e corpos de delito e a inclusão dos respectivos perfis genéticos no banco deverão ser realizados, se possível, em até 30 (trinta) dias contados da recepção da amostra pelo laboratório de DNA." (NR)

Art. 2º Os arts. 3º e 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 3º

.....

..

VII – houver recebimento da denúncia pelo juiz por:

a) crime praticado com grave violência contra a pessoa;

b) crime contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável;

c) crimes contra criança ou adolescente previstos nos arts. 240, 241,

241-A, 241-B e 241-C da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

d) crime previsto no art. 2º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando a organização criminosa utilizar ou tiver à sua disposição armas de fogo.

.....” (NR)

“Art. 5º

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VII do caput do art. 3º, a identificação criminal incluirá a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

§ 2º Nos casos de prisão em flagrante em decorrência do cometimento dos crimes referidos no inciso VII do caput do art. 3º desta Lei, também será realizada a identificação criminal que incluirá a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial. Senado Federal, em 30 de agosto de 2023.”

QUESTÕES SUSCITADAS NA INDICAÇÃO

Da indicação infere-se que a proposta legislativa justifica que as amostras coletadas poderão ser utilizadas para fins de busca familiar; que não deverão ser descartadas, para não prejudicar o direito à contraprova inerente à garantia da ampla defesa; que poderão ser coletadas por qualquer servidor público devidamente capacitado.

A emenda substitutiva do Senador Sérgio Moro, que expande ainda mais a incidência da obrigatoriedade de extração do perfil genético, estende-a a todos os que forem condenados por qualquer crime doloso, independentemente de sua natureza.

Ademais, o projeto mantém as alterações inicialmente propostas aos §§ 5º, 6º e 7º, e permite a identificação do perfil genético da pessoa investigada, antes mesmo do oferecimento da denúncia. Segundo o texto da proposta, será coletado DNA dos investigados em caso de indiciamento, prisão em flagrante ou prisão cautelar pelos seguintes crimes: praticados com grave violência contra a pessoa; contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, contra criança ou adolescente previstos nos artigos 240 e 241-C do ECA; e organização criminosa que dispõe ou se utiliza de armas de fogo.

A LEGISLAÇÃO SOBRE O DNA E SUA EVOLUÇÃO

Já em 2012 ocorreram debates, sobre o assunto, com a promulgação da Lei 12.654/2012, em que se determinou que a coleta de DNA e elaboração de perfil genético seriam aplicadas nos casos estabelecidos, isto é: modificou-se a redação das Leis 7.210/84 e 12.037/09, estabelecendo sua utilização para fins de identificação criminal e coleta de material de pessoas condenadas pela prática de crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa ou pelo cometimento de crimes hediondos.

Ao criticar a medida, vários juristas se manifestaram no sentido de tratar-se de uma autoincriminação que atingia os Direitos Fundamentais e ainda questões éticas, mas principalmente a forma desumana como se age com os apenados. A questão é o uso do corpo como se fosse mais uma forma de punição.

Como reação foi intentado o Recurso Extraordinário nº 973.837 em que foram questionados o princípio constitucional da autoincriminação e que, na realidade, tratava-se de coleta de material de condenado, constituindo-se em identificação criminal compulsória.

O Relator do Recurso foi o Ministro Gilmar Mendes e o STF reconheceu ser a matéria constitucional e de repercussão geral.

No Recurso Extraordinário nº 973.837, originado no estado de Minas Gerais, duas foram as questões levadas ao Supremo Tribunal Federal: (1) a violação do princípio constitucional da não autoincriminação e (2) por se tratar de coleta de material de quem já foi condenado e, portanto, não diz respeito à investigação em curso, trata-se de uma identificação criminal compulsória fora das hipóteses descritas no art. 3º da Lei nº 12.037/2009. Ainda pendente de julgamento, o

recurso teve sua repercussão geral reconhecida pelo Relator do feito, Min. Gilmar Mendes

Para Jacques e Minervino (2007) a coleta de DNA afetava alguns princípios como da presunção de inocência em caso de utilização inadequada.

A segunda hipótese de inclusão de perfil genético no banco de dados, principal objeto de análise do presente estudo, ocorre no momento da execução da pena. A pretendida modificação à LEP atinge diretamente os apenados cuja condenação decorra do cometimento de: 1) crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa; 2) qualquer um dos tipos penais previstos no art. 1º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). Diferentemente do que ocorria na identificação criminal, não há previsão de qualquer prazo para a remoção do DNA dos apenados após sua inserção na plataforma de cadastro, fato que motivou a interposição do Recurso Extraordinário que recebeu o nº 973.837 e se encontra pendente de julgamento até a presente data.

A Lei 13.964/2019, denominada “pacote anticrime” alterou a Lei 12.037/2009, incluindo o art. 7ºA., que estabeleceu:

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá:

I - no caso de absolvição do acusado; ou

II - no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena.” (NR)

Em relação Projeto de Lei de 1496/2021 do Senado Federal, objeto deste Parecer, o mesmo visa alterar o artigo 9º da Lei nº 7210/84, Lei de Execuções Penais, visando à identificação de perfil genético dos condenados, por crimes que especifica no mencionado Projeto de Lei.

Temos a considerar:

- No Projeto de Lei, em comento, previa-se a coleta do DNA nos condenados nos crimes que especificava como: os crimes praticados com violência grave contra a pessoa; os crimes contra a vida; o estupro; os roubos com restrição da liberdade da vítima e uso de arma de fogo que resultem em lesão corporal grave ou morte; a extorsão mediante sequestro; o furto com uso de explosivo; e o crime de organização criminosa;

- O Senador Moro ampliou a coleta que deverá ser feita em todos os condenados "com penas de reclusão, em regime inicial fechado, assim que ingressarem na prisão";

- O Senador Paulo Paim, sugeriu que em caso de crime hediondo, seja a coleta feita no local do crime e no exame do corpo de delito sendo incluídos no banco de perfis genéticos, se possível, no prazo de 30 dias após a recepção da amostra pelo laboratório;

- O relator do projeto ainda estabeleceu que os investigados tenham a identificação do perfil genético em caso de recebimento de denúncia em crimes praticados com grave violência contra a pessoa, em crimes contra a liberdade sexual, em crimes sexuais contra vulneráveis, em crimes que envolvam pornografia infantil e em crimes de organização criminosa quando o grupo usar ou tiver armas de fogo.

Para o Senador Moro não existe "contrariedade ao direito ao silêncio ou a não autoincriminação", entende que é semelhante a coleta de impressão digital.

O Projeto de Lei foi aprovado pela CCJ da forma acima explicitada.

DA COLHEITA DE DNA NA FASE INVESTIGATÓRIA

Tendo em vista que o projeto de lei cuida também de colheita de DNA da pessoa ainda na fase de investigação, breves palavras devem ser ditas acerca do inquérito policial.

O inquérito policial pela sua própria essência inquisitorial, parcial e unilateral, raríssimas vezes produzirá matéria ou subsídios capazes de embasar eventual tese defensiva, levando-se em conta que o suspeito não representa ali uma entidade apta a exercer em paridade de armas qualquer atividade de defesa e construir eventual prova que lhe favoreça. Como se inferir que a colheita de DNA cumprirá para o investigado uma função de garantia?

Tanto é verdade que o inquérito policial continua tendo como principal objetivo a investigação da autoria, materialidade e demais circunstâncias capazes de formar *opinio delicti*, para que o titular da ação penal possa exercê-la. Seus fins não favorecem o cidadão investigado.

Todas as diligências realizadas pela polícia judiciária visam criar terreno propício à cultura da pretensão condenatória da acusação oficial. Não representa qualquer garantia ao cidadão, tampouco garante igualdade de tratamento. A investigação defensiva acaba não passando de um mito na maioria das vezes.

Esta afirmação se baseia na experiência do cotidiano das delegacias policiais, que de forma majoritária professa a presunção de culpa exagerada à pessoa que lá chega como suspeito, antecipando um julgamento e criando indiscutível clima de prévia condenação. A regra é um juízo de valor negativo atribuído à pessoa.

Logo, a colheita de DNA para fins de perfis genéticos nessa fase amplia ainda mais a desigualdade das partes, já existente.

A POLÍTICA CRIMINAL

Quando se fala em política criminal no Brasil, não obstante a quantidade de escritos acerca do assunto, a primeira e maior observação é que o Estado não está preocupado em ter uma política criminal definida. Todo aparato legislativo de combate à criminalidade está apoiado na criminalização de tudo e de todos, principalmente da pobreza, que concentra muitas vezes os projetos de lei no atendimento do clamor público ou no radicalismo político promanado do discurso de ódio. É mais a vindita como ranço do que política criminal.

A necropolítica também se faz presente nesta pseudopolítica criminal. O Estado legiferante age como se pessoas e suas vidas, cuja dignidade alicerça e alimenta os direitos da personalidade e os direitos humanos, não existissem no mundo jurídico. E a face mais perversa de tudo isso se revela de forma hialina quando se percebe que projetos de lei como o em análise são decorrentes do mesmo sistema que potencializa a indiscriminada criminalização da pobreza desde o século XIX, ou talvez antes, com seu matiz racista e discriminatório com aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

Ao invés da criação de políticas públicas sociais destinadas a diminuir as flagrantes desigualdades que são determinantes para o aumento da violência, criou-se no Brasil uma forte demanda por “políticas criminais” que fazem promanar do poder do Estado respostas legislativas cada vez mais repressivas, criminalizadoras, discriminatórias, classistas, penalizadoras, em síntese, violadoras dos direitos daqueles que já não possuíam direito algum.

A falta de uma política criminal bem definida fez do sistema de justiça criminal no Brasil uma arma de destruição em massa contra pretos, analfabetos e pobres.

A colheita de DNA para criação de perfil genético nada acrescentará à política de combate à criminalidade, haja vista a ausência de políticas públicas que visem enfrentar o analfabetismo, os baixos salários, a insegurança alimentar, o racismo e tudo mais que insistem em olvidar em termos de garantia à dignidade humana.

O CONTROLE SOCIAL DA MISÉRIA PELO DIREITO PENAL

O poder sobre os corpos se apresentou de várias maneiras, no decorrer do tempo, embora sempre tenha existido. Foucault foi o pensador da contemporaneidade que desnudou as práticas de poder, no sentido de condução e gestão das pessoas.

Em obras como "Governo, território e população", "nascimento da biopolítica", "Vigiar e Punir", Foucault demonstrou como os Estados modernos alcançaram a chamada "governamentalidade" por exercerem o poder mediante práticas discursivas e não discursivas.

Neste sentido, o poder político seria a forma de controlar mediante práticas discursivas, em especial, as normas e o Direito. O poder pastoral seria a forma de condução mediante as práticas não discursivas, mediante a produção das subjetividades no indivíduo, a chamada produção do sujeito. Pode-se ver as duas formas de prática na modernidade – discursiva e não discursiva, a partir da dualidade entre direito penal e prisão.

A partir dos Estados modernos, duas racionalidades políticas alcançaram a "governamentalidade": o liberalismo e neoliberalismo. A estas, corresponderam dois diagramas sociais que desempenharam diferentes formas de controlar. Foucault estudou profundamente a chamada sociedade disciplinar no liberalismo. A sociedade de controle foi explorada por Gilles Deleuze, no contexto do neoliberalismo.

Ao início da modernidade, com a transição do mercantilismo ao capitalismo, a nova forma de produção de riqueza consistiu na exploração do corpo, que deveria estar pronto para utilização nas novas formas de trabalho social. As fábricas e as indústrias são os exemplos clássicos.

Considerando a transição, emergiu a biopolítica, descrita por Foucault como uma política de interferência na vida humana que buscou a normalização dos indivíduos e o aperfeiçoamento da espécie humana.

A biopolítica operou a transição do "fazer morrer" do período da monarquia, para o "fazer viver", no liberalismo. E aos que não se enquadravam aos objetivos do novo controle social, o "deixar morrer".

Na sociedade disciplinar descrita por Michel Foucault a normalização pretendeu normalizar os corpos, tornando-os "corpos dóceis", a partir de instituições fechadas, intituladas por Foucault de forma geral, como carcerário, nas quais se produziu o sujeito mediante disciplina, vigilância e punição, em espaços como a escola, hospital, a cadeia, o manicômio.

O racismo biológico de Estado foi descrito por Foucault, como o corte entre os corpos que serão alcançados pelo "fazer viver" e

os que serão incluídos nos ambientes de “deixar morrer”, como é o caso da prisão, no Brasil.

Sobre o tema Juarez Cirino dos Santos in *Disciplina e Biopolítica em Foucault – Política Criminal em Tempos Sombrios* (2021, p. 327) ao tratar do biopoder do Estado racista e classista se expressa como a seguir:

Ao contrário da **disciplina**, exercida como poder de vida e morte no sentido de fazer morrer e deixar viver, **a biopolítica** se exerce como poder de fazer e deixar morrer conforme processos biossociológicos sobre as massas humanas, para eliminar os inimigos porque constituem perigo biológico racial – e não porque são adversários políticos. E aqui a pergunta crucial de Foucault: se o biopoder tem por objetivo expandir a vida, então como explicar o poder político do Estado, de matar seus próprios cidadãos - e não apenas os inimigos? E a resposta: **o racismo** introduzido precisamente pelo biopoder do Estado, como *mecanismo fundamental do poder* nos Estados modernos, que produz a morte direta do cidadão, como a matança genocida da população pela polícia de Estado no Brasil, ou produz a morte indireta do povo pela exposição à morte, à multiplicação do risco de morte ou à morte política, mediante expulsão ou rejeição interna.

Nos dias atuais, sob a égide do neoliberalismo, os controles estão relacionados ao diagrama da chamada “sociedade de controle”. Segundo Deleuze, uma sociedade pautada no incessante convite à participação, na eterna inclusão em algo, em que o controle se exerce à céu aberto, mediante fluxos eletrônicos.

Na nova configuração do poder, não se trata mais do “normalizar”, mas de produzir o sujeito que se comporte como empresa, em uma sociedade informada como jogo econômico e concorrencial de mercado, o “capital humano”.

Segundo a “teoria do capital humano”, o ser humano passa a ser visto não como força de trabalho, mas como capital em si mesmo, fruto do investimento na condição biológica enquanto competência maquinímica.

No Brasil, capital humano são as pessoas, que se qualificam para o mercado de trabalho, com ensino superior, ou se preparando para alcançá-lo, os clientes das incessantes pós-graduações em algo para inserir no mercado, com conhecimento de línguas, inseridos em esquemas de saúde, os vitaminados, com “dietas fit”, que frequentam academias e participam ativamente das redes sociais.

Não existe este perfil na prisão. Na prisão estão os que não são, ou não atingirão a condição de capital humano. Para autores da criminologia crítica e do abolicionismo, o direito penal já é produzido como instrumento que possibilita a gestão destas pessoas pelo sistema penal.

Não há dúvidas, basta compulsar os dados das populações carcerárias no Brasil, onde a maioria está no seguinte perfil: jovem, preto, pobre, concedendo as nuances da necropolítica. O próprio crime de tráfico é apontado pelo criminólogo Nils Christie como forma de gestão das classes menos favorecidas.

É esta, a orientação teórica e reflexão sobre o corpo humano, que deve orientar qualquer raciocínio e reflexão sobre os projetos que propõe a utilização de bancos de dados de DNA para incursos no sistema penal. Direito ao corpo é direito humano e direito da

personalidade por excelência e o Estado tem o dever legal de protegê-los e não contribuir para sua violação.

É preciso considerar a complexidade para analisar o discurso em profundidade. Apesar destes projetos, apresentarem como verdade, a narrativa de que o controle via DNA, é uma forma de assegurar Justiça e segurança, é somente mais uma forma de aperfeiçoamento do controle sobre os considerados corpos indesejáveis, dos pobres e daqueles que não se adaptam às forças de poder de mercado.

Este contingente de pessoas pobres que sofrerá esse monitoramento que se dá sobre seus corpos e seus rastros biológicos é somente uma nova forma de expor a situações de estigmatização, como mostra teorias acerca do interacionismo simbólico e do etiquetamento.

Uma vez ingresso no sistema penal, como mostra o interacionismo, não haverá mais "retorno" à sociedade, por conta da estigmatização. Mas agora, com a nova proposta, a ampliação das possibilidades de estigmatização se dá mediante o DNA humano, coletado.

Uma vez coletado, nada garante que estas informações serão um dia retiradas dos bancos de dados da polícia, e dos órgãos de segurança pública. Além disso, significa a seleção por parte do Estado, de pessoas que ficam expostas a uma série de práticas criminosas como crimes de falsificação de identidade, fraude genética, clonagem, manipulação de provas em cenas de crime.

Se antes do advento do capitalismo a pena recaia única e exclusivamente sobre o corpo dos condenados, a partir da consolidação do sistema capitalista há uma mudança no objeto da ação punitiva. Agora o corpo do condenado é útil, como no exemplo do projeto de lei que visa estabelecer a doação de órgãos duplos para remição de pena.

A PESSOA E O DIREITO

Antes de se cuidar de prova, matéria de natureza processual, a questão envolve a pessoa humana, ser com existência concreta, protegida pelo que é e não pelo que possui, na dicção dos direitos da personalidade e no amparo dos direitos humanos. É justamente esse ser, com sua personalidade, o amparado pelos direitos humanos, que deve ser analisado antes das questões que envolvem o direito processual penal ou a execução penal.

A palavra pessoa, desde o Direito Romano, até adquirir a significação de alguém que possuía capacidade jurídica, percorreu um longo caminho.

Os princípios formulados pelos jusnaturalistas acabaram consagrando uma igualdade formal entre os homens, alcançando assim um conceito jurídico de pessoa que tem como suporte fático a condição humana e a certeza de que nenhum ser humano pode ser excluído da vida jurídica, ou inferiorizado por atividades legislativas desumanas.

Apesar de tal formulação teórica jusnaturalista merecer elogios, a mesma não foi imediatamente incorporada aos ordenamentos jurídicos. Até meados do século XVIII predominava o particularismo, princípio segundo o qual a pessoa era considerada de acordo com a etnia a qual pertencia, a família na qual nascera, a classe social que integrava, a atividade laboral exercida etc. Tal princípio era decorrente do fato de o direito não possuir uma estrutura ordenada, de caráter geral e aplicável a todos. Havia uma pluralidade de ordenamentos, com direitos oriundos de várias fontes e que poderiam, dentro do mesmo espaço, ser aplicados a determinados grupos particularmente. Desse modo surgiu também no século XVIII, por influência dos jusracionais, a tentativa de sistematização do ordenamento jurídico com caráter unitário, cujo

objetivo era situar todas as pessoas da mesma forma em determinado espaço.

Quando se observa a conduta do legislador em incluir de forma indiscriminada a coleta de DNA em investigados e condenados, onde predominam jovens negros e pobres, há a nítida sensação de retorto ao particularismo, num ranço medieval que ainda hoje impregna as condutas daqueles ávidos em produzir provas para a condenação. Ademais, essas condutas prejudicam diretamente o direito de defesa, o acesso à justiça e conseqüentemente aos direitos humanos.

O que primeiro deve ser enfrentado é justamente saber se o projeto de lei colide com os direitos humanos e os direitos da personalidade e se, por isso, não representa um retrocesso e se, também, por cegueira deliberada, omite no seu cerne o ser humano como princípio axiológico.

O direito é, entre várias acepções possíveis, uma forma de expressão da pessoa natural. O direito acompanha as pessoas desde o mais primitivo estágio da civilização, aperfeiçoando-se no tempo, embora não simultaneamente no espaço. Por esse motivo a palavra direito pode ter vários significados, com variações no tempo e no espaço. A conduta das pessoas, no tempo e no espaço, vem sendo disciplinada tanto pela lei quanto por outras situações objetivas que obrigam da mesma forma que o comando estatal. Pode, entretanto, o direito determinar a conduta das pessoas e transformar atos que, em tese, seriam voluntários, em compulsórios contra a própria pessoa, como no projeto de lei em análise? A resposta há de ser negativa, em face da hialina violação do princípio da dignidade humana.

Como ciência o direito corresponde a um conjunto ordenado de conhecimentos acerca de determinado objeto. Esses objetos da ciência jurídica são as normas jurídicas, seus elementos, sua

interpretação e sua aplicação. O direito, nessa perspectiva científica, necessita sempre de instrumental teórico, princípios, dentre outros elementos, e por outro lado acaba por cumprir um papel político-ideológico pelos interesses que promove e pelos valores que protege. O direito ainda protege mais o patrimônio do ser do que o próprio ser, valendo-se de teorias e princípios ainda hoje difíceis de serem suplantados ou suprimidos, tendo-se como grande exemplo a política neoliberal, verdadeira fonte de iniquidades legislativas.

Dependendo do papel que se pretenda desempenhar, o “direito” pode se prestar tanto à positivação de valores inerentes à dignidade humana ou ser mero instrumento das classes dominantes. Ou ainda, a pretexto de ser “direito”, violar direitos, como no projeto em análise.

É necessária sempre uma análise crítica das Leis. É necessário investigar a quem as leis aproveitam, quais são os objetivos visados pelas mesmas e, principalmente, se não violam ou escondem direitos. Da análise das leis e das codificações em vigor ao longo do tempo resulta a conclusão de que estas se preocuparam mais com a pessoa dotada de patrimônio do que com a pessoa natural enquanto existência concreta, ou seja, com o ser que possui valores psicofísicos reconhecidos pelos direitos humanos, pelos direitos da personalidade, pela doutrina e pela jurisprudência. A consequência é a menor proteção de negros e pobres, e, de um modo geral, de todos aqueles que sofrem com as desigualdades sociais. É hialina a existência do racismo estrutural, do racismo institucional e da aporofobia nessa indelével inobservância de normas para proteger aqueles que são socialmente marginalizados.

A sociedade hierarquizada definiu os padrões legais e, do ponto de vista axiológico, os que já eram menos favorecidos socialmente tiveram menos valor nas proteções jurídicas. São humanos com menos

direitos que os demais. Norma existe, basta para tanto invocar o princípio da dignidade humana, algo que o legislador neoliberal faz questão de negar a existência. A partir dessa constatação é possível asseverar que nem todo direito está contido na Lei, no direito positivo. O PL 1496/2021, aqui em análise, atende aos direitos humanos, aos direitos da personalidade, preserva a dignidade da pessoa? Coloca a pessoa como primeiro valor no universo do direito processual penal e na execução penal? Preocupa-se com o retorno do apenado à sociedade? É o que deve ser enfrentado, uma vez que as respostas são negativas.

A CADEIA DE CUSTÓDIA DO DNA COLHIDO

O PL 1496/2021, além de não sanar problemas já apontados em leis anteriores, falha novamente ao não promover amplo debate público sobre as consequências éticas e jurídicas da manipulação de material genético. A justificativa do texto não traz dados científicos amplos e atualizados sobre a eficácia do uso do banco genético na elucidação de crimes, nem de possíveis efeitos de dissuasão à prevenção ou reincidência de novos crimes. Além disso, o PL também não apresenta, como projetos passados, estudo de impacto financeiro quanto à sua implementação e manutenção.

É mentiroso e irresponsável afirmar que qualquer pessoa vinculada a equipes de saúde, desde que capacitada, possa realizar a coleta do material genético. Tal afirmação ignora por completo a realidade precária do sistema prisional brasileiro, já reconhecido por seu estado de coisas inconstitucional. É amplamente sabido que a maioria dos estabelecimentos prisionais não conta sequer com equipe de saúde, sendo lugares altamente insalubres e sem fiscalização adequada.

A resolução nº 9 de 2018, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, sob tutela do Ministério da Justiça, padronizou os procedimentos relativos à coleta compulsória do material genético. Nela não há previsão de que a coleta seja de responsabilidade das unidades prisionais, o que além de ignorar o que dita a lei, desconsidera a realidade de cada estado brasileiro, onerando os executivos estaduais. Além disso, a prova obtida mediante perícia técnica deve seguir padrões formais rigorosos, sem os quais há risco de condenações equivocadas, sobretudo pela ausência de previsão de salvaguardas e mecanismos de responsabilização contra a contaminação e mistura de materiais genéticos, adulterações e imprecisões, dentre outras exigências.

UMA DECISÃO EM HC SOBRE COLHEITA DE DNA

Princípio *nemo tenetur se detegere*

Recentemente a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) concedeu habeas corpus a um homem denunciado por suposto envolvimento em um crime de furto qualificado aos correios e que teve a coleta do material genético determinado pelo Juízo de 1º grau para identificação criminal, mesmo já estando identificado civilmente. Segundo o Colegiado, a coleta deve ser suspensa, pois se trata de uma prova ilícita.

A defesa do detento entrou com um pedido de liminar alegando o constrangimento ilegal do denunciado visto que “a Constituição Federal estabelece que a identificação criminal é subsidiária da identificação civil e deve limitar-se pelos contornos legais e, assim, deve ser realizada apenas se for essencial à investigação policial mediante decisão judicial”. Afirmou, ainda, que o paciente já se encontrava devidamente identificado, com todos os seus dados civis,

quando do interrogatório policial feito logo após a sua prisão em flagrante.

Ao analisar o caso, a relatora, desembargadora federal Maria do Carmo Cardoso, destacou que art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal dispõe que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, o que não foi a hipótese do acusado.

Nesse mesmo sentido, a magistrada destacou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afirma: “se, como no caso concreto, não demonstrada a menor nesga de dúvida acerca da identidade do réu, (...), não há razão para deferir, a pedido da autoridade policial, identificação criminal com colheita de material genético”.

Com essas considerações, a Turma concedeu o habeas corpus, suspendendo a decisão que determinou a coleta de perfil genético por se tratar de prova ilícita e contrária à legislação específica.

Processo: 1013869-81.2019.4.01.0000

Data do julgamento: 31/05/2023

Esta decisão trazida à colação coloca a questão no devido lugar de garantia da inviolabilidade da pessoa e serve para ilustrar que decisões judiciais em sentido contrário, ou sejam, que obrigam a pessoa investigada a se submeter ao fornecimento de seu DNA, contrariam também o princípio *nemo tenetur se detegere*.

É o caso, por exemplo, de decisões judiciais que, após a recusa expressa do investigado em fornecer material biológico para a investigação policial que pretende auferir a presença de álcool no sangue, defere medidas cautelares pleiteadas pelo ente investigativo e determina

a realização de busca e apreensão de material biológico do mesmo, o que viola o princípio *nemo tenetur se detegere* e impõe o reconhecimento de nulidade daquele *decisum*.

O princípio em comento consiste, em linhas objetivas, na inexistência de obrigação do investigado produzir quaisquer provas contra si mesmo, tratando-se de autodefesa passiva com a proibição do uso de medidas coercitivas ou intimidatórias para que se obtenha confissão ou para que colabore em atos que eventualmente ocasionem condenação.

CONCLUSÃO

A história brasileira se caracteriza pela exclusão social e racial, marcada por um passado não tão distante de teorias pseudocientíficas usadas para chancelar uma política de eugenia. O mal uso dos dados genéticos de condenados poderá fomentar um banco de suspeitos preferenciais que ficarão por tempo indeterminado com o estigma de “possíveis culpáveis”, reforçando, assim, a estigmatização e seletividade do sistema carcerário brasileiro, que atinge prioritariamente jovens, pobres e negros.

Diante do até aqui exposto, verifica-se que o projeto de lei em análise viola vários princípios de direito e preceitos constitucionais e legais, pois a pessoa humana é olvidada do ponto de vista axiológico.

Se aprovado, o referido projeto de lei criará uma extensão cruel da pena, que diminuirá o valor e a dignidade do ser humano, algo que é obrigação do Estado proteger.

Na fase de investigação a colheita de DNA para fins de criação de perfil genético seria fato gerador de produção de prova contra

a própria pessoa. Às pessoas presas preventiva ou provisoriamente há de se aplicar o princípio da presunção de inocência, o que não se coaduna com os fins da colheita do DNA. Por outro lado, não se pode olvidar que a autoincriminação viola direitos humanos e direitos da personalidade, haja vista que o corpo humano estará sendo utilizado como forma de punição.

Se a pessoa estiver condenada, haverá uma identificação compulsória e desnecessária fora das hipóteses previstas no artigo 3º da Lei 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado.

A execução da pena deve, entre outros fatores, assegurar ao recluso um regresso progressivo à vida em sociedade. A colheita de DNA para perfil genético, ao contrário, aumenta o estigma daquele que, culpado ou inocentado, deveria ter todos os auxílios eficazes para diminuir os preconceitos aos quais é submetido ao ser privado da liberdade.

O projeto é omissivo no que diz respeito ao custo financeiro e ao impacto orçamentário para a implementação do mesmo. Os custos financeiros não previstos para um projeto de viés punitivista e de desdobramentos nefastos para a pessoa humana, como o presente, poderiam ser mais bem utilizados como investimentos em políticas públicas preventivas ou em políticas públicas destinadas àqueles egressos do sistema prisional.

Há de se rechaçar também o argumento de que o projeto de lei almeja aprimorar a segurança pública. Com efeito, o artigo 6º da Constituição da República preceitua como direito social a segurança. Todavia, a colheita de DNA nos moldes propostos viola o direito à privacidade da pessoa natural. Neste caso, havendo cotejo entre dois

direitos constitucionalmente garantidos, segurança e privacidade, há de prevalecer este último, por atender ao princípio da dignidade humana.

Não pode prevalecer, conforme proposta do PL, a falta grave em decorrência da recusa ao fornecimento de material genético, em face da violação dos princípios acima mencionados, principalmente o da dignidade humana, da autodefesa, da não incriminação, todos alcançados pelo princípio *nemo tenetur se detegere*.

O projeto de lei de número 1496/2021 promove o etiquetamento da massa carcerária, composta em sua maioria por jovens negros e pobres, fere o princípio da humanidade, uma vez que cria uma pena indelével e violadora da incolumidade física e moral das pessoas naturais desde a fase investigatória, o que é flagrantemente inconstitucional. Portanto, trata-se de mais um projeto de lei com gênese aporofóbica e com ranço do racismo de estado.

Por estes motivos, o parecer é pela rejeição integral do projeto de lei 1496/2021.

Sugere-se o encaminhamento do referido parecer ao Senado Federal e requer-se a habilitação do IAB como *amicus curiae* no Recurso Extraordinário nº 973.987, cuja Repercussão Geral já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

18 de setembro de 2023.

Maria Nazareth P. Vasques Mota
Comissão de Criminologia

Paulo Castro
Comissão de criminologia

