

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VICTOR HUGO FRANCISCO

**FORNECIMENTO COMPULSÓRIO DE MATERIAL GENÉTICO SOB DIREITO DE  
NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO: (IN) CONSTITUCIONALIDADE  
DO § 8º DO ART. 9º-A C/C ART. 50, VIII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

VITÓRIA

2023

VICTOR HUGO FRANCISCO

**FORNECIMENTO COMPULSÓRIO DE MATERIAL GENÉTICO SOB DIREITO DE  
NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO: (IN) CONSTITUCIONALIDADE  
DO § 8º DO ART. 9º-A C/C ART. 50, VIII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA

2023

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente ao senhor Jesus, aquele que é digno de toda honra e adoração e, que até aqui, tem me ajudado. Posteriormente, à minha família, vocês são a minha base, aqueles que me apoiaram, me ajudaram e, muitas vezes, me suportam nos piores dias, amo cada um de vocês. Agradeço, também aos amigos, vocês são essenciais para trazer leveza aos dias tão desgastantes e colocar um sorriso em meio a esse caos que chamamos de mundo. Por fim, mas não menos importante, agradeço minha namorada que coloca um sorriso no meu rosto a cada dia que se passa. Cada um de vocês moram no meu coração.

## RESUMO

Buscou responder ao questionamento: a punição prevista no § 8º do art. 9º-A c/c art. 50, VIII da Lei de Execução Penal está em conformidade com o direito fundamental a não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, o qual está ancorado no art. 5º, LXIII, da Constituição da República? Para isso, primeiramente apresentou o conteúdo normativo do direito fundamental a não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Posteriormente, estudou a regulação da punição prevista no § 8º do art. 9º-A da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84). Por fim, contrastou a regulação com o direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo. Utilizou como marco teórico as considerações de Maria Elizabeth Queijo. A pesquisa utilizou o método dedutivo, tipo teórico, fontes primárias (Constituição da República, Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal) e secundárias (pesquisas científicas do Direito e livros). Concluiu-se que a alteração, com acréscimo do § 8º do art. 9º-A c/c art. 50, VIII da Lei de Execução Penal, afronta o direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo e, portanto, é evado de inconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; princípio; *nemo tenetur se detegere*; inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

It sought to answer the question: the punishment provided for in § 8 of art. 9°-A c/c art. 50, VIII of the Criminal Execution Law is in accordance with the fundamental right to not produce evidence against himself, which is anchored in art. 5°, LXIII, of the Constitution of the Republic? To do this, it first presented the normative content of the fundamental right to not produce evidence against himself. Subsequently, it studied the regulation of punishment provided for in § 8 of art. 9°-A of the Criminal Execution Law (Law 7,210/84). Finally, it contrasted regulation with the fundamental right to not produce evidence against himself. It used Maria Elizabeth Queijo's considerations as a theoretical framework. The research used the deductive method, theoretical type, primary sources (Constitution of the Republic, Penal Code, Code of Criminal Procedure and Criminal Execution Law) and secondary sources (scientific legal research and books). It was concluded that the modification, with the addition of § 8° of art. 9th-A c/c art. 50, VIII, of the Criminal Execution Law, is against the fundamental right to not produce evidence against himself and, because of this, is null.

**Keywords:** fundamental rights; principle; nemo tenetur se detegere; unconstitutionality.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 06 |
| <b>1 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO: DA TEORIZAÇÃO UNIVERSAL AO DIREITO BRASILEIRO</b> ..... | 08 |
| <b>2 A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL ...</b>  | 15 |
| 2.1 A REGULAÇÃO ANTES DO PACOTE ANTICRIME .....  | 16 |
| 2.2 A REGULAÇÃO COM O PACOTE ANTICRIME .....   | 18 |
| <b>3 A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO SOB O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO</b> .....              | 20 |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....  | 29 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | 32 |

## INTRODUÇÃO

Com o avanço social, bem como com o neoconstitucionalismo, houve uma maior preocupação com os direitos humanos e dignidade da pessoa humana, como a maneira em que o Estado exercerá o *jus puniendi*. Nesse contexto, é imprescindível a existência de um processo para executar a sentença prolatada pelo juiz na fase de conhecimento. Surge, portanto, o processo de execução penal, que, além de efetivar as disposições da sentença, propicia as condições para a harmônica integração social do sentenciado (MIRANDA, 2022).

A fase executória da pena é regida pela Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), que deveria, em tese, respeitar os princípios constitucionais, penais e processuais penais, entre eles de não produzir prova contra si (*nemo tenetur se detegere*), ancorado no art. 5º, LXIII, da CR, que traz o direito de permanecer em silêncio (BRASIL, [2023]).

Ocorre que o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) acrescentou o §8º no art. 9º-A da LEP, assim como o inciso VIII no art. 50, que estabelece como falta grave a recusa, pelo apenado/reeducando/preso, em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Ante o exposto, a proposta de pesquisa visa responder ao questionamento: a punição prevista no § 8º do art. 9º-A c/c art. 50, VIII da Lei de Execução Penal está em conformidade com o direito fundamental a não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, o qual está ancorado no art. 5º, LXIII, da CR/88?

Será utilizado o método dedutivo nesta pesquisa, com tipo teórico, motivo pelo qual será analisado o conteúdo normativo do direito fundamental a não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, bem como estudar a regulação da punição prevista no § 8º do art. 9º-A da Lei de Execução Penal (LEP). Por fim, será contrastada a regulação com o direito fundamental.

As estratégias de coleta de dados a serem utilizadas são levantamento bibliográfico e coleta e análise de legislação. Para isso, as fontes a serem utilizadas para esse

trabalho serão primárias (Constituição da República, Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal) e secundárias (pesquisas científicas em direitos e livros jurídicos). Os dados serão abordados qualitativamente.

Adota-se para esta pesquisa como marco teórico as considerações realizadas pela professora Maria Elizabeth Queijo (2012), em sua obra “O direito de não produzir provas contra si mesmo”.

Para responder ao problema de pesquisa, no primeiro capítulo será apresentado o conteúdo normativo do direito fundamental a não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

No segundo capítulo, será estudada a regulação da punição prevista no § 8º do art. 9º-A da Lei de Execução Penal (LEP), analisando sua redação com as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime.

No terceiro capítulo, será contrastada a regulação com o direito fundamental, bem como avaliar se a punição prevista no § 8º do art. 9º-A da Lei de Execução Penal (LEP) está em conformidade com o direito fundamental a não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

## 1 O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO: DA TEORIZAÇÃO UNIVERSAL AO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, adota-se, para este capítulo, o conceito e abordagem histórica do princípio *nemo tenetur se detegere* elaborado pela professora Maria Elizabeth Queijo (2012), em sua obra “O direito de não produzir provas contra si mesmo”. Segundo a autora:

O princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar. Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal (QUEIJO, 2012, p. 25, grifo do autor).

A expressão *nemo tenetur se detegere* quer dizer “ninguém é obrigado a se descobrir”, todavia, ao passar do tempo, esse princípio assumiu vários significados. Não há consenso quanto à origem de tal princípio, sendo nas palavras de Queijo (2012, p. 29), impossível identificar suas raízes.

No entanto, em busca de identificar na história qual foi sua origem, constata-se que foi no período Iluminista que o referido princípio se firmou, sendo associado como garantia relativa do acusado no interrogatório, apesar de não ser o único momento em que este possa valer-se do direito de não produzir provas contra si mesmo.

Nas civilizações clássicas, como na Grécia e República Romana, era aplicada a tortura, não apenas para obtenção de confissão, mas também para delação de possíveis cúmplices.

Assim, alguns autores, afirmam que o princípio *nemo tenetur se detegere* ainda era desconhecido e, por conseguinte, não pode ser atribuído sua gênese nas civilizações clássicas.

Nessa toada, durante a Idade Média, o interrogatório era visto como meio de prova, logo, não se justificando o direito ao silêncio. Nesse período, vigorava o sistema inquisitório, de modo que a confissão era considerada a prova máxima e, nesse

contexto, empregava-se a tortura, como meio de obtenção da confissão do acusado (QUEIJO, 2012, p. 31).

De acordo com Queijo (2012, p. 31), a tendência era a busca de provas por meio do acusado ou com a sua cooperação. Dessa maneira, assim como nas civilizações clássicas, não pode ser atribuída a origem do princípio *nemo tenetur se detegere* na Idade Média.

Como dito anteriormente, foi no período iluminista que houve uma maior preocupação com direitos e garantias individuais do acusado. Dessa maneira, foi na Idade Contemporânea que se atribui o surgimento do direito a não produzir provas contra si, haja vista que alguns diplomas internacionais passaram a mencionar, de forma expressa ou tácita, o aludido princípio. Não obstante, a construção conceitual do referido princípio foi heterogênea.

Isso porque o próprio Beccaria (*apud* QUEIJO, 2012, p. 33-34)., sustentava a ideia de que seria impossível ao indivíduo jurar tendo como consequência malefício próprio. Por conseguinte, sendo veementemente contrário ao emprego de tortura, ainda defendia que, caso o acusado se negasse a responder ao interrogatório, de forma obstinada, deveria sofrer pena fixada nas leis, das mais graves.

Outros autores, como Bentham (*apud* QUEIJO, 2012), sustentavam que o interrogatório é acima de tudo meio de instrução, sendo vedado o direito ao silêncio. De qualquer maneira, apesar das distinções conceituais, a evolução do princípio *nemo tenetur se detegere*, aos poucos, findou a presunção de culpabilidade em face do acusado que exercesse o direito ao silêncio.

A partir dessa teorização, alguns diplomas internacionais sobre direitos humanos reproduziram o aludido princípio, mesmo que de forma tímida, ou seja, sem fazer menção expressa do *nemo tenetur se detegere*.

Exemplo disso, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que não só proibiu o emprego de tortura (art. 5º), como também fez alusão à presunção de inocência (art. 11) (ONU, [1948]).

Seguindo essa linha de proteção aos direitos e às garantias individuais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, apesar de aderir a presunção de inocência e o princípio do contraditório, também não trouxe expressamente o princípio (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, [2013]).

Foi somente em 22 de novembro de 1969, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, que foi reconhecido de forma expressa dentre as garantias mínimas a serem resguardadas em relação aos acusados de um delito, conforme artigo 8, parágrafo 2º, alínea “g”:

Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; (BRASIL, [1992]a).

No mesmo sentido, em 16 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que entrou em vigor apenas em 23 de março de 1976, trouxe de forma expressa o princípio em voga, estabelecendo em seu art. 14, n. 3, alínea “g” que:

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada (BRASIL, [1992]b).

Dessa forma, ante esse cenário de tratados internacionais imprescindíveis para um processo penal mais justo, o Brasil foi influenciado, é o que se extrai ao analisar que a Constituição Federal de 1988, preceitua em seu art. 5º, LXIII, que:

art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIII o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (BRASIL, [2023]).

Não obstante, o Código de Processo Penal em seu art. 186, parágrafo único, dispõe que:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.  
Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (BRASIL, [2022]a).

Observa-se que embora a Lei Fundamental e o Código de Processo penal expressem apenas de maneira literal o direito ao silêncio, *stricto sensu*, verifica-se que o *nemo tenetur se detegere* não se resume a isto, uma vez que este é apenas uma vertente à não autoincriminação. Assim, pode-se dizer que o direito ao silêncio é decorrente do direito do acusado de não se autoincriminar (CARVALHO, 2022).

Assim, também, é o entendimento de Américo Bedê Júnior e Igor Luz Carminat (2020):

Esse direito ao silêncio é íntimo do princípio que veda a obrigação à autoincriminação, podendo este até mesmo ser extraído daquele. Se ninguém poderá ser forçado a produzir prova contra si mesmo, logo não se pode obrigar o réu a falar em um interrogatório, podendo ele dizer algo que o incrimine.

Assim, pode-se dizer que:

O princípio *nemo tenetur se detegere* se fortalece diante dos demais princípios constitucionais na esfera penal. A Constituição Federal de 1988 resguardou esse mencionado princípio que ganha base por intermédio dos demais princípios: devido processo legal, da inocência e da ampla defesa, além de sua expressa incorporação ao Texto Constitucional por meio da homologação do Pacto de São José da Costa Rica (MALAQUIAS, 2014, grifo do autor).

Ademais, apesar da Constituição não fazer alusão expressa ao *nemo tenetur se detegere*, este se sustenta mediante tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

Isso porque estas são incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, com status constitucional após serem assinados pelo Presidente da República e aprovados pelo Congresso Nacional com o *quórum* qualificado de 3/5 (três quintos) dos votos dos

membros de cada Casa do Congresso, em dois turnos, nos termos do §3º do art. 5º da CF/88 ou status supralegal (MENCER, 2020).

Dessa forma, o direito de não produzir provas contra si mesmo, embora não mencionado de forma expressa, como já dito, não apenas foi acolhido pela Constituição, como também possui hierarquia constitucional, uma vez que em julho de 1922 o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político foi ratificado e, em setembro do mesmo ano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também foi ratificada, senão vejamos o art. 5º, §2º da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, [2023]).

Ante a cláusula aberta de direitos e garantias fundamentais e o reconhecimento expresso do direito ao silêncio no art. 5º, LXIII, é indubitável que a CF/88 elevou o princípio *nemo tenetur se detegere* ao status de garantia fundamental.

Dessa maneira, é imprescindível discorrer acerca da importância do direito fundamental. Nesse aspecto, o autor Nelson Camatta Moreira (2007, p. 175) esclarece que:

Nessa perspectiva, a preocupação com os direitos do homem passa a ocupar um lugar de destaque para os Estados, ou seja, juntamente com o processo de normatização do Direito, descrito alhures, aparece a preocupação com a afirmação normativa dos direitos fundamentais, consagrados pelas Constituições e pelos tratados internacionais, culminando, a partir da segunda metade do século XX, com o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Esses direitos, vistos como imemoriais, devem ser recordados mais que promulgados. Além disso, os direitos fundamentais apareceram na modernidade, principalmente na metade do século XX, como questionamentos de determinadas atos (atrocidades) que marcaram o convívio humano.

Nesse sentido, pode-se distingui-los em formal e material, enquanto aqueles são especificados na Constituição e são dotadas por esta de segurança ou garantia, uma vez que possuem alterações dificultadas, normalmente somente via emenda

constitucional, sendo que alterações tendentes a suprimi-las não são admitidas, pois recebem o *status* de cláusula pétrea. Estes, por sua vez, são aqueles valores esculpidos na Constituição, a forma do Estado e sua ideologia, ou seja, no sentido material cada Estado possui seus direitos fundamentais.

No tocante ao tema, Queijo (2012, p. 77-78, grifo do autor) leciona que:

Como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado. Conforme Paulo Bonavides, os direitos de primeira geração traduzem-se em direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Inclui-se entre as liberdades negativas: por meio dele, assegura-se uma esfera de liberdade ao indivíduo que não deve sofrer vulnerações por parte do Estado. Cabe a este abster-se de interferir nessa esfera.

Todavia, a autora também aponta que, os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, haja vista que em um ordenamento jurídico, é indubitável a imprescindibilidade da simultaneidade dos direitos entre si, logo, algumas restrições surgem (QUEIJO, 2012, p. 75).

Por conseguinte, resta claro a possibilidade do surgimento de restrições a direitos fundamentais e, em caráter excepcional, surgirem restrições quanto ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, desde que reguladas por lei e não sejam tamanha ao ponto de esvaziar o seu conteúdo. Portanto, as restrições devem ser claras, determinadas e precisas.

Nesse contexto, é *conditio sine qua non* a aplicação do postulado da proporcionalidade, que segundo Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 68), é avaliado na medida da "rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador". Logo, deve-se observar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pode-se perceber, portanto, que o princípio *nemo tenetur se detegere* não diz respeito apenas a não produzir provas contra si mesmo, tendo em vista que o princípio decorre vários dispositivos insculpidos na Constituição, como por exemplo, ampla defesa, devido processo legal, contraditório, presunção de inocência, etc.

Nesse íterim leciona o autor Aury Lopes Júnior (2020):

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

O doutrinador Nestor Távora e Rosmar Alencar (2022, p. 1584) também aponta que:

O direito a não autoincriminação, corolário do direito ao silêncio sediado na Constituição (art. 5º, LXIII), guarda pontos de contato com institutos que podem ser manejados quando já em curso a execução penal, tal como a revisão criminal (onde há dilação probatória e não é impossível a oitiva do condenado na sua instrução) e o procedimento administrativo para apuração de falta disciplinar (no âmbito do qual o apenado tem o direito de não narrar fato de que o desfavoreça).

Dessa maneira, não restam dúvidas quanto à importância desse princípio, uma vez que tenta equalizar o *ius puniendi* com os direitos fundamentais, acarretando em uma proteção do indivíduo contra abusos que podem ocorrer durante a persecução penal e, *in casu*, durante o cumprimento de pena.

## 2 A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é regida pela Lei 7.210/84, popularmente conhecida como Lei de Execução Penal (LEP). No entanto, houve reformas em seu texto ao longo de sua vigência, como acréscimo do art. art. 9º-A pela Lei 12.654/12.

O referido dispositivo estabelece que os condenados por crimes mais severos, como por exemplo aqueles cometidos dolosamente com emprego de violência de natureza grave contra pessoas ou aqueles previstos na Lei 8.072/90, devem ser submetidos ao perfilamento genético, onde ocorrerá a extração obrigatória do seu DNA, que deverá ser extraído de forma indolor, para armazenamento em bancos de dados, que deverão ser mantidos em um banco de dados sigiloso. Nesse sentido, o parágrafo 2º do art. 9º-A estabelece que:

Art. 9º-A [...]

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (BRASIL, [2022]b).

Percebe-se, portanto, que o escopo da referida coleta é viabilizar a identificação de autores anônimos de crimes que não apenas ocorreram, mas que também poderão ocorrer.

Insta salientar que antes do art. 9º-A ser incluído na Lei de Execução Penal, já havia a possibilidade de ser coletado material genético de condenados para utilização em investigações, todavia, tal coleta não era feita de forma obrigatória, uma vez que era necessário o consentimento expresso e livre do réu para que fosse realizada.

Dessa maneira, nota-se que o artigo acrescentado na LEP, diferente do que ocorria antes de sua vigência, estabelece a compulsoriedade da coleta de material genética de condenados por crimes que o legislador considera graves, como aqueles praticados com grave violência contra pessoas ou aqueles hediondos, conforme já mencionados.

É imperioso destacar que, no caso de condenados por crimes parecidos com os hediondos, em que não haja o cometimento de violência grave contra alguém, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê qual seria o correto procedimento a ser adotado.

Por fim, faz-se mister ressaltar que apesar da lei não trazer de forma expressa que a coleta genética deverá ser exigida somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, assim o deveria, em respeito ao princípio da presunção de inocência, que decorre do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Segundo a Carta Magna: “[...] LVI - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, [2023]).

Dessa forma, é imprescindível que haja a confirmação da sentença condenatória em última instância antes de ser realizada a coleta obrigatória do material genético, uma vez que conforme o artigo supra transcrito, é nesse momento que o indivíduo passa a ser considerado culpado, ou seja, quando não há mais a possibilidade de recorrer da sentença condenatória.

## 2.1 A REGULAÇÃO ANTES DO PACOTE ANTICRIME

A fase executória da pena, como dito anteriormente, é regido pela LEP, que deveria, em tese, respeitar os princípios constitucionais, penais e processuais penais, entre eles o princípio de não produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*).

Todavia, o anseio punitivista ensejou em 2019 a Lei 13.964, popularmente chamada de Pacote Anticrime, que é composta por diversas alterações na legislação processual/penal brasileira, objetivando uma maior eficácia contra organizações criminosas, crimes violentos e corrupção. Importante ressaltar que o idealizador do referido projeto, foi o ex-ministro da Justiça e juiz da operação Lava Jato, Sérgio Moro.

A aprovação da referida lei foi marcada por uma série de polêmicas, dentre elas a possibilidade do apenado ser punido, com falta grave, caso recuse ser submetido obrigatoriamente à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA. Dessa

maneira, insta salientar como era regida a LEP antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime.

No que diz respeito ao perfilamento genético, a Lei de Execuções Penais era redigida da seguinte maneira:

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 (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012) (BRASIL, [2022]b).

Ademais, as faltas graves previstas no art. 50 possuíam 07 (sete) incisos, quais sejam:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (BRASIL, [2022]b).

Nesse contexto, percebe-se que a legislação anterior não incluía como falta grave a negativa de fornecimento de material genético.

Tal incremento, que será abordado adiante, parte da premissa idealizada pelo autor do projeto, Sérgio Moro, em artigo intitulado “Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais”. Conforme o autor: “[...] o direito à privacidade ou ao resguardo da esfera privada não é absoluto, havendo possibilidade de restringi-lo para fins de proteção de outros direitos ou interesses fundamentais, dentre eles a investigação ou persecução criminal” (MORO, 2006, p. 430).

## 2.2 A REGULAÇÃO COM O PACOTE ANTICRIME

Entre várias mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), especialmente na Lei de Execuções Penais, que é objeto desta pesquisa, é importante verificar aquelas relacionadas à coleta de material genético do acusado.

Dessa maneira, o art. 4º do Pacote Anticrime alterou a redação do art. 9º-A da LEP, senão vejamos:

Art. 9º-A. O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, [2022]b).

Percebe-se que a nova redação delimitou com mais precisão os crimes previstos em que o apenado é submetido à identificação do perfil genético, visto que no capítulo anterior, a lei se referia em abstrato aos crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer crime previsto no art. 1º da Lei de Crime Hediondos (Lei 8.072/90).

Ademais, como dito anteriormente, antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, o art. 50 da LEP, que estabelece quais são as faltas graves, indicava apenas 07 incisos. Todavia, agora há uma nova regulamentação, qual seja:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

- I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
- II - fugir;
- III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- IV - provocar acidente de trabalho;
- V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

**VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.** (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, [2022]b, grifo nosso).

Dessa maneira, vislumbra-se que tais incrementos trazidos pela Lei 13.964/19, objetificam uma maior severidade quanto à regulamentação do fornecimento de material genético. Todavia, nas palavras de Bedê Júnior e Senna (2009, p. 46): “Não há dúvida que a aplicação do princípio dificulta a punição de um eventual culpado. Todavia, reconhecer tal situação não legitima uma atuação do Estado que pretende restringir o princípio”.

Assim, o que se extrai deste capítulo, é que a possibilidade de ocorrer uma violação ao princípio da não autoincriminação, com essas novas alterações, aumentou consideravelmente, tendo em vista que agora há uma espécie de punição para aqueles acusados/condenados que se recusarem a fornecer seu material genético, o que denota sua compulsoriedade.

### 3 A COLETA DE MATERIAL GENÉTICO SOB O DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVAS CONTRA SI MESMO

Ante o exposto, o “Pacote Anticrime” foi repleto de polêmica desde o seu autor até suas modificações legislativas, entre elas o recorte do presente estudo. Dentro desse contexto está inserido o debate acerca da inconstitucionalidade dos referidos artigos acrescidos na LEP.

Isso porque ao mesmo tempo que é necessária uma maior efetividade jurisdicional, no que tange à persecução penal, também é necessário que os indivíduos possuam seus direitos fundamentais respeitados, entre eles o direito de não produzirem provas contra si mesmos, de forma a não serem obrigados a fornecerem seu DNA, que poderá ser usado como meio de prova.

Por conseguinte, é possível aferir que o direito de não produzir provas contra si mesmo elucidada o debate controverso e polêmico, a saber, a predominância do interesse individual do acusado em detrimento do interesse público e vice-versa. Entende-se, portanto, que:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório (QUEIJO, 2012, p. 27, grifo do autor).

Conclui-se, dessa maneira, que os princípios e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal, possuem o escopo de limitar as arbitrariedades empregadas na persecução penal. Por conseguinte, pode-se dizer que tais limitações ao poder-dever punitivo do Estado é o que legitima qualquer espécie de sanção aplicada ao indivíduo. Segundo o autor italiano, Luigi Ferrajoli (2010, p. 74): “A função específica das garantias no direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva”.

O eminente autor também traça uma consideração essencial, destacando a crescente complexidade que envolve a análise das normas à medida que nos afastamos do

princípio que originou sua concepção. Essa ponderação revela a intrínseca relação entre os preceitos normativos e os princípios fundamentais que os fundamentam, demonstrando que, à medida que nos distanciamos dessas bases primordiais, o processo de interpretação e aplicação das normas se torna mais intrincado e desafiador.

Tal constatação ressalta a importância de manter uma ligação sólida e consciente com os princípios que decorrem do ordenamento jurídico, a fim de orientar de forma eficaz a análise e a compreensão das normas e garantir a coerência e a integridade do sistema jurídico como um todo. Senão vejamos:

Os vícios internos obviamente não são apenas de direito penal, sendo em qualquer medida legados da estrutura mesma do Estado de direito. Na passagem dos níveis mais altos aos níveis mais baixos do ordenamento - da Constituição à legislação ordinária, da legislação à sua aplicação judiciária e ainda policialesca quando se verifica de forma irrefutável um décalage, isto é, uma perda de fato das garantias normativas estabelecidas em via de princípio. Disto resulta um desencontro mais ou menos profundo entre normatividade e efetividade que se manifesta sob a forma de antinomias entre normas e princípios de nível superior e norma e práxis de nível inferior. Esta antinomia, que em qualquer medida existe sempre entre os diversos níveis de normas, depende do fato de que qualquer um desses níveis se configura como normativo em respeito àquele inferior e como que fatural em respeito àquele superior, e que faz parte da natureza deontológica das normas, ainda que dirigidas ao legislador, a possibilidade de serem violadas. A imagem ofertada por um ordenamento é, conseqüentemente, distinta da segunda, que extrai do topo a condição apenas normativa de validade ou, ao invés, da base, a condição apenas fatural de efetividade. Visto a partir dos planos mais altos, o edifício penal, como de resto qualquer edifício jurídico, apresenta indubitavelmente uma imagem de racionalidade e de justiça que é bem distinta daquela de irracionalidade e de injustiça oferecida freqüentemente pelos seus planos mais baixos (FERRAJOLI, 2010, p. 561-562).

Portanto, não apenas o direito penal deve possuir completa atenção à aplicabilidade de princípios constitucionais, como também o direito processual penal. Nesse ínterim, pode-se concluir que tal direito está vinculado a uma nova uma nova hermenêutica constitucional, segundo a qual os direitos e garantias individuais estão no âmago do Ordenamento Jurídico, vinculando, por conseguinte, o Estado de Direito.

Outrossim, especificamente, para este projeto, faz-se necessário trazer à tona que há provas que dependem da cooperação do acusado, entendendo-se como tais aquelas que exigem intervenção corporal do acusado. Como explica Angel Gil Hernández (*apud* QUEIJO, 1990, p. 37):

[...] medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas sem necessidade de seu consentimento e por meio de coação direta se for preciso, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse do processo, em relação às condições ou estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele. São requisitos para sua admissibilidade não expor a perigo a saúde do examinado e a realização por médico. Entretanto, a realização mesmo sem consentimento do acusado não é nota característica das intervenções corporais.

Assim, a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA estabelecido pela LEP, pode ser classificado como uma prova que depende de sua cooperação. Ainda nessa temática, é importante ressaltar a diferença entre as provas invasivas e não invasivas. Para a autora compreende-se como prova invasiva: “[...] as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não” (QUEIJO, 2012, p. 290).

Já as provas não invasivas são as demais perícias, como os exames de matéria fecal, exames de DNA realizados com fio de cabelo e pelos, radiografia, etc. Não obstante, é essencial imiscuir o assunto referente a tais provas, especificamente, ao DNA, pois a forma pela qual a identificação do perfil genético é realizada, é mediante a extração de DNA.

O DNA passou a ser utilizado com maior veemência durante a década de 80, tornando-se não só um marco tecnológico, como um marco para o Direito, visto que passou a ser usado como uma “superprova”. Por esse motivo, dentro do campo processual penal, gerou-se o questionamento acerca da infalibilidade de tal meio probatório, haja vista a possibilidade coincidência de dados genéticos. Tanto é que nos Estados Unidos o juiz analisa a admissibilidade da prova de DNA com suporte na oitiva do perito, como explica Queijo (2012, p. 294):

Por isso, no ordenamento norte-americano, v. g., o juiz analisa a admissibilidade da prova de DNA com suporte na oitiva do perito, para que este demonstre: a aprovação do exame pela comunidade científica; a cientificidade e confiabilidade do método de investigação adotado no DNA; o correto emprego das técnicas de investigação conhecidas e a racional interpretação dos dados obtidos no caso examinado, em particular, naquele processo. Somente depois da referida oitiva é que o juiz se pronunciará acerca da admissibilidade da prova de DNA.

Pode-se dizer, portanto, que o conceito de intervenção corporal não é pacífico, senão vejamos:

O conceito de intervenção corporal, portanto, não é pacífico. Com base nos doutrinadores expostos anteriormente, vê-se uma tendência de conceituar as intervenções corporais como diligências investigativas que visam retirar do corpo do sujeito passivo elementos de prova necessários à investigação da ocorrência de um fato delituoso e de sua autoria, importando em afetação da integridade física do indivíduo a elas submetido (CARVALHO, 2022).

Passado tais premissas, é necessário explicar o funcionamento das faltas no espectro da execução penal. O art. 49 da LEP estipula que “as faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves” (BRASIL, [2022b]). Quanto às faltas graves, o art. 50 da LEP, traz as hipóteses, entre elas o objeto da pesquisa, todavia, é interessante observar que a lei não traz as hipóteses das demais faltas, sendo permitido ao Executivo legislar (BRASIL, [2022b]), no magistério de Nucci (2023, p. 95):

Em nosso entendimento, reserva-se à lei, como se pode observar nos arts. 49 a 51 da LEP, a definição de faltas leves, médias e graves. Estas devem estar previstas na Lei de Execução Penal, porque assim já foi feito no art. 50 e, portanto, devem continuar a ser estabelecidas por lei federal, válida de maneira igualitária a todo o território nacional. As outras duas (leves e médias) podem fazer parte da legislação estadual (art. 24, I, CF). Esta expressão (legislação estadual) merece um conteúdo emanado de um Poder apropriado, que é o Legislativo, no âmbito dos Estados da Federação. A parte final do caput do art. 45 deve ser interpretada de maneira harmônica ao princípio da legalidade estrita e de modo teleológico. Os regulamentos podem estabelecer normas de organização e funcionamento do estabelecimento em podem gerar sanções específicas, sem gerar reflexos diretos na individualização executória da pena.

Entretanto, sob variados argumentos, tem-se permitido que órgãos do Poder Executivo legisle em matéria de execução penal (ou, como usou o constituinte, no referido art. 24, I, da CF, direito penitenciário).

A diferenciação quanto às faltas (leve, média, grave), é imprescindível para compreensão da presente pesquisa, haja vista que às faltas graves possuem sanções mais graves, por exemplo: perda dos dias remidos, mudança da data-base para progressão de regime, conduta suspensa, etc.

Sobre essa temática, leciona de maneira precisa a autora Soraia Mendes e Ana Maria Martínez (2020, p. 175, grifo do autor):

Realizadas as devidas ponderações sobre o artigo 9º-A da LEP, passemos ao que diz a redação trazida pelo Lei 13.964/2019 em seu § 8º deste mesmo artigo: “Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético”. O novo dispositivo sujeita a pessoa que cumpre pena a um verdadeiro somatório de violações de direitos humanos. Elevar a recusa do exercício de um direito (*nemo tenetur se detegere*) ao status de falta grave implica diversos prejuízos ao apenado, tais como a possibilidade de regressão de regime e a perda dos dias remidos pelo estudo ou trabalho.

Por fim, entendemos que a identificação criminal obrigatória para os condenados apenas por determinados crimes revela-se apenas em mais um constrangimento, que propriamente um auxílio prático em investigações futuras.

Logo, é demonstrado as nuances acerca da constitucionalidade do artigo em tela, uma vez que a falta prevista para ela é considerada “grave”, cabendo, respectivamente, as sanções mais severas.

O debate doutrinário é assíduo, uma vez que alguns autores não só entendem ser plenamente constitucional a vigência de tais artigos em nosso ordenamento jurídico, como também defendem a ideia que o fornecimento compulsório do material genético é favorável ao acusado.

Nesse contexto, insta salientar que a coleta de material genético representa não apenas um elemento de prova que pode ser utilizado para incriminar um acusado, mas também uma ferramenta a ser utilizada para sua defesa, o que de fato, por meio do perfil genético, é possível estabelecer a inocência do réu/acusado de forma evidente.

Isso significa que a evolução da ciência, o aperfeiçoamento da perícia e as inovações legislativas que a acompanham podem, em algumas circunstâncias, oferecer um meio eficaz para proteger os direitos e a inocência do réu perante o estado-juiz.

Todavia, apesar de tais considerações é indubitável que não se pode utilizar tal procedimento de maneira obrigatória, ou seja, é faculdade do acusado fornecer tais elementos genéticos, não cabendo qualquer hipótese de sanção contra este.

Nota-se que, até o momento, a doutrina jurídica brasileira ainda não se debruçou de forma adequada sobre esse aspecto específico da utilização do perfil genético como uma ferramenta de defesa.

Há exemplo disso Nucci (2023, p. 105): “A falta grave do inciso VIII do art. 50 foi inserida pela Lei 13.964/2019: ‘recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético’. Não se trata de autoincriminação, mas da formação de banco de dados para eventuais delitos futuros”.

Não obstante, os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Alencar (2022, p. 1604) apontam que:

[...] se por um lado essa técnica viabiliza que o material genético aponte, de forma segura, o possível criminoso, sendo factível, vale reforçar, até mesmo nos casos em que ainda não exista um único suspeito, por outro, ela também opera como um sistema de proteção ao acusado, porque é capaz de excluir, com igual precisão e certeza, a possibilidade de sua autoria no fato.

Dentro dessa perspectiva doutrinária, não há como não trazer o entendimento do autor do Pacote Anticrime, Sérgio Moro. O autor, em artigo intitulado “Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais”, parte da compreensão de que não existe fundamento normativo expresso que confira ao indivíduo o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Assim, conforme salientado por Moro, a Constituição assegura de forma inequívoca o “direito ao silêncio”, o qual naturalmente abrange a proibição de obter informações de forma coercitiva que possam ser utilizadas contra o indivíduo em um processo penal (MORO, 2006, p. 432).

Moro traz à tona o direito comparado, estadunidense, no qual há a Quinta Emenda, norma constitucional, que nada diz acerca do direito de não produzir provas contra si mesmo, salienta apenas que “*nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tradução nossa: “ninguém poderá ser compelido, em casos criminais, a ser testemunha contra si mesmo”.

Ante o exposto, compreende o autor que:

[...] todos esses exemplos de leis e decisões do Direito Comparado revelam, a toda evidência, que um direito geral e irrestrito de não produzir prova contra si mesmo não é usualmente reconhecido, sem prejuízo do reconhecimento apropriado do direito ao silêncio. (MORO, 2006, 437).

E, por fim, chega à conclusão de que não há argumentos jurídicos, históricos, morais e de direito comparado que autorizem a ampliação do direito ao silêncio para um direito genérico de não produzir provas contra si mesmo (MORO, 2006).

Ademais, insta salientar que Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 41) também apontam para a existência de duas correntes acerca do tema. A primeira, que será abordado a seguir, entende ser impossível a submissão do réu a qualquer perícia contra sua vontade, não se podendo extrair da recusa nenhuma presunção de culpa.

Nota-se que mesmo para essa corrente, o reconhecimento de tal direito não implica em impunidade, sendo na realidade apenas uma limitação de um meio de prova. A segunda corrente, por sua vez, defende a possibilidade de submetimento do acusado a exames compulsórios, segundo os quais os autores são signatários.

Nesse entendimento Pacelli Oliveira (2004, p. 216) aponta que:

Nos Estados Unidos e em praticamente toda a Europa são permitidas determinadas ingerências corporais, variando apenas a necessidade de previsão legal e/ou de ordem de autoridade judiciária. Na Alemanha, o art. 81 do StPO autoriza expressamente a extração de sangue para teste de alcoolemia, dispensando ordem judicial, e exigindo a presença de um médico. Na Espanha, o Tribunal Constitucional permite também determinadas intervenções corporais, como anota Ruiz, em coletânea de jurisprudência daquela corte, cuidando de fazer a necessária distinção entre a prova pericial-técnica da prova obtida pelo depoimento, de modo a apontar a possibilidade de se submeter a intervenção corporal ao contraditório, e, assim, ao controle judicial.

Em outro giro, há argumentos completamente contrários no sentido de que o incremento do §8º ao art. 9º-A, bem como o incremento do inciso VIII ao art. 50, todos da LEP, seriam uma prévia produção probatória da possível prática de um ilícito penal do apenado, fazendo com que o indivíduo assumira a função que compete ao Estado fornecer, a saber, a prova penal (ROCHA; MARTINS; LEONEL, 2023).

O cerne desse argumento reside na ideia de que a imposição da coleta compulsória de material genético aos apenados representa uma inversão dos princípios fundamentais do processo penal e dos direitos individuais. Por esse prisma, argumenta-se que essa medida transfere aos indivíduos, não apenas de forma arbitrária, como também desproporcional, a obrigação de fornecer provas que possam ser utilizados contra si mesmos.

Assim, tal transferência de ônus probatório aos condenados entra em conflito direto com o direito de não produzir provas contra si mesmo, o qual é garantido não apenas pela Constituição Federal, mas também por tratados internacionais de direitos humanos.

Além disso, os críticos argumentam que a coleta compulsória de material genético sem uma justificção específica e individualizada representa uma violação frontal dos direitos fundamentais do apenado, uma vez que a medida não leva em consideração a necessidade de proporcionalidade e a preservação dos valores democráticos que norteiam o sistema jurídico brasileiro.

Há exemplo do doutrinado e defensor público Rodrigo Roig (2021, grifo do autor):

A identificação do perfil genético coativa produziria ainda grave ofensa ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), tutelada pelo art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU e art. 8o, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). De fato, se o indivíduo não está obrigado a realizar o exame de alcoolemia pelo “bafômetro”, tem o direito de permanecer em silêncio no enfrentamento de Comissões Parlamentares de Inquérito, não está obrigado a fornecer os padrões vocais para perícia de confronto de voz em gravação de escuta telefônica e não pode ser compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho para instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documento, da mesma forma que não há razão para que seja obrigado a fornecer material genético para o armazenamento em banco de dados.

Nesse sentido, é o entendimento do doutrinador Renato Marcão (2023, p. 32):

Apesar da insistência do poder legiferante, é inconstitucional punir com falta grave a recusa ao fornecimento de material genético.

O fornecimento compulsório de DNA determinado pelo art. 9º-A da LEP é inconstitucional, posto que vulnera o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Sendo a recusa o exercício de

um direito constitucional, certamente não pode ser sancionada como falta disciplinar de qualquer natureza.

Ninguém pode ser punido por exercer um direito.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, o renomado jurista Aury Lopes Júnior (2020) também compartilha desse posicionamento. Senão vejamos:

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

Percebe-se, portanto, que o problema reside na coercitividade da extração do material genético, visto que, quando o Estado impõe qualquer espécie de intervenção corporal de forma compulsória, há a violação de um direito previsto na Constituição Federal, qual seja, o de não produzir provas contra si mesmo.

Dessa maneira, faz-se mister fornecer ao acusado a possibilidade de decidir entre fornecer ou não seu material genético, sendo que sua recusa não deve de maneira alguma resultar em qualquer espécie de prejuízo ou sanção processual.

Todavia, após as alterações já informadas, verifica-se que na hipótese em que o apenado se recusar a fornecer seu próprio DNA ao banco de dados, que poderá *a posteriori* ser usado contra ele, este ainda sim é forçado a fornecê-lo, haja vista que caso contrário será punido com a sanção mais grave prevista na LEP, falta grave.

Assim, embora pareça ser um avanço do Processo Penal Brasileiro no combate e resolução de crimes, ainda mais daqueles considerados “mais graves”, a extração de material genético realizado de maneira coercitiva trata-se de uma degeneração dos direitos e garantias fundamentais essenciais dos indivíduos condenados, que se encontram em uma situação de vulnerabilidade perante a atuação discricionária do Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo possui o escopo de responder: a punição prevista no § 8º do art. 9º-A c/c art. 50, VIII da Lei de Execução Penal está em conformidade com o direito fundamental a não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, o qual está ancorado no art. 5º, LXIII, da CR/88?

Para isso, no primeiro capítulo foi apresentado não somente a teorização universal do direito de não produzir provas contra si mesmo, abordando sua origem e conceitos ao decorrer da história, como também seu desenvolvimento e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, no segundo capítulo foi abordado como o aludido princípio foi manejado na fase de execução penal Além disso, foi observado como era a redação da LEP antes e depois do Pacote Anticrime, especificamente quanto à possibilidade do apenado ser punido com a recusa de fornecer seu material genético.

No terceiro capítulo, foi observado se a nova redação dada a LEP, relacionado à coleta de material genético possui, inserida pelo Pacote Anticrime, está em conformidade com a Constituição Federal. Para isso, foi utilizado o direito de não produzir provas contra si mesmo, como prisma para averiguar tal conformidade.

Nessa toada, a premissa central da preocupação em assegurar o respeito aos direitos constitucionais ao longo da execução penal é a garantia de um processo penal justo e equitativo. A afirmação de que o processo deve ser justo implica, intrinsecamente, que ele deve ser estruturado de acordo com um conjunto de normas que garantam de maneira integral e intransigente as garantias fundamentais do indivíduo (PRESOTTI; SANTIAGO NETO, 2013). Dentro deste contexto, uma dessas garantias essenciais e indispensáveis é a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Nesse contexto, o direito de não produzir provas contra si mesmo é um dos pilares de uma aplicação justa do processo penal e dos direitos humanos em um Estado democrático de direito, pois assegura que nenhum indivíduo pode ser compelido a produzir provas que o incriminam, protegendo, dessa maneira, a dignidade e às

liberdades individuais. Este princípio é claramente refletido na Constituição, mormente o artigo 5º, inciso LXIII, que estabelece que o preso tem o direito de permanecer calado, não podendo ser compelido a produzir provas contra si mesmo.

Por conseguinte, em consonância com os princípios fundamentais da Constituição Federal, entre eles o princípio do devido processo legal e o direito à não autoincriminação, verifica-se que a análise detalhada dos dispositivos legais em questão, quais sejam, o art. 50, inciso VIII c/c art. 9º-A, § 8º, da Lei de Execução Penal, revela sérios questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

Nesse contexto, os dispositivos da LEP colendo, ao permitirem a utilização compulsória do material genético do condenado, especialmente ante a possibilidade de aplicação de sanções disciplinares e, por conseguinte, acarretando em um agravamento de sua situação carcerária, apresentam um conflito direto com o princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*.

A inconstitucionalidade desses dispositivos resta evidente na contrariedade ao direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo, uma vez que ao forçar o condenado a produzir provas que possam ser contra ele utilizadas, tais dispositivos acabam por comprometer a equidade, que muitas vezes no processo penal não é assegurado, e afrontam os valores fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Ante o exposto, pode-se dizer que os artigos 50, inciso VIII, e 9º-A, parágrafo 8º, da LEP são inconstitucionais e incompatíveis com os princípios e direitos consagrados na Constituição.

É possível inalar tal constatação, uma vez que o direito a não produzir provas contra si mesmo deve ser preservado como um dos fundamentos do sistema jurídico brasileiro e não restringido com o pseudo escopo de combater a criminalidade, uma vez que na busca de efetivação penal barbáries foram cometidas.

Infere-se, portanto, que o *nemo tenetur se detegere* garante não apenas a dignidade da pessoa humana, com o respeito dos direitos fundamentais de todos os cidadãos,

incluindo aqueles que estão privados de liberdade, como também garante uma limitação ao *ius puniendi* estatal.

Logo, é imprescindível não apenas revisar, como também adequar tais dispositivos normativos para que seja empregado interpretação conforme a Constituição, objetivando assegurar a coexistência harmônica entre a persecução penal e os direitos fundamentais no Brasil.

Nesse contexto, apesar da pretensa aparência de representar um progresso no que diz respeito ao Processo Penal, especialmente no que tange ao combate e à resolução de delitos considerados de maior gravidade, é *conditio sine qua non* observar que a extração compulsória de material genético configura, na realidade, um comprometimento significativo dos direitos e garantias fundamentais que são inerentes, como dito anteriormente, a todos os indivíduos, *a fortiori* aos condenados.

Tal procedimento coloca os acusados em uma posição de nítida vulnerabilidade, perante a atuação do Estado. Dessa maneira, apesar da obtenção compulsória de material genético, em um primeiro momento, pareça ser “justificado” por legítimos objetivos no contexto de investigações criminais, não deve ser realizada de forma a comprometer a integridade e os direitos fundamentais.

Essa prática traz à tona questões cruciais relacionadas à preservação dos direitos à privacidade, à não autoincriminação e à dignidade dos indivíduos. A extração de material genético mediante coerção pode facilmente resultar em abusos e violações desses direitos fundamentais, ameaçando bases da tão frágil e recente redemocratização brasileira.

Conclui-se que apesar do procedimento de extração genética ser considerado uma ferramenta nova e importante no âmbito investigativo, sua implementação deve ser estritamente regulamentada e controlada para garantir que os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos condenados não sejam comprometidos, preservando, por conseguinte, o equilíbrio entre o *ius puniendi* e a proteção dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BEDÊ JÚNIOR, Américo; CARMINAT, Igor Luz. A (in)validade das provas obtidas através do lixo sob a ótica do direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 174, p. 119-149, dez. 2020.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 4 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 4 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 4 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 7219, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 4 nov. 2023.

CARVALHO, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, nemo tenetur se detegere e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 188, p. 281-336, fev. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. France: ECHR, [2013]. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_por](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_por). Acesso em: 6 nov. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. Traduzido por Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**: de acordo com as Lei n. 13.869/2019 e n. 13.964/2019. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.
- MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio nemo tenetur se detegere no Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 941, p. 145-176, mar. 2014.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 20. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.
- MENCER, Abraham Hand Vargas. **O controle de constitucionalidade político repressivo de tratados e convenções internacionais**. 2020. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/876>. Acesso em: 31 out. 2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.
- MIRANDA, Rafael de Souza. **Manual de execução penal**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Juspodvim, 2022.
- MOREIRA, Nelson Camatta. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 2, p. 163-191, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i2.45>. Acesso em: 4 nov. 2023.
- MORO, Sérgio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 95, v. 853, p. 429-441, nov. 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S. l.]: ONU, [1948]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 6 nov. 2023.

PRESOTI, Fábio Passos; SANTIAGO NETO, José de Assis. O processo penal constitucional e o devido processo legal como garantia democrática. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 291–320, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/401>. Acesso em: 4 nov. 2023.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Athílio Henzo Sena Carvalho; MARTINS, Maria Clara Silva; LEONEL, Juliano de Oliveira. A obrigatoriedade da cessão de dados genéticos por parte dos apenados previsto no rol do art. 9º-a da LEP e seu impacto sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v. 9, n. 6, p. 331-348, jun. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.51891/rease.v9i6.10135>. Acesso em: 4 nov. 2023.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2022.