

INSTITUTO DAMÁSIO DE DIREITO – IDD
FACULDADE IBMEC SP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**MONIQUE ELOUISE LOPES
GERALDO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IDENTIFICAÇÃO
COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DE TODOS OS
CONDENADOS PROPOSTA PELO PACOTE ANTICRIME
(Alteração do art. 9º da LEP)**

Londrina - PR

2020

INSTITUTO DAMÁSIO DE DIREITO – IDD
FACULDADE IBMEC SP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MONIQUE ELOUISE LOPES
GERALDO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IDENTIFICAÇÃO
COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DE TODOS OS
CONDENADOS PROPOSTA PELO PACOTE
ANTICRIME (alteração do art. 9 da LEP)**

Monografia apresentada ao Instituto Damásio de Direito – IDD da Faculdade IBMEC SP, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob orientação do professor Ms. Ronny Max Machado.

Londrina - Pr

2020

MONIQUE ELOUISE LOPES GERALDO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO
PERFIL GENÉTICO DE TODOS OS CONDENADOS PROPOSTA PELO PACOTE
ANTICRIME (ALTERAÇÃO DO ART. 9º DA LEP)**

TERMO DE APROVAÇÃO

Esta monografia apresentada no final do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional, no Instituto de Damásio de Direito da Faculdade IBMEC SP, foi considerada suficiente como requisito parcial para obtenção do Certificado de Conclusão. O examinado foi aprovado com a nota_____.

São Paulo, 24 de abril de 2020.

Dedico mais este trabalho a minha família, ao meu companheiro, ao Lu, a meu falecido pai, a meus amigos e a todos os professores que marcaram minha jornada até aqui, em especial àqueles do curso online que nem sabem que cativaram esta aluna com seu trabalho de excelência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu professor Orientador, todos os monitores, corretores e pessoas do suporte do curso Damásio.

A todos os professores que tive em minha vida, da pré-escola até a terceira pós-graduação. Afinal mesmo que lá atrás não soubesse quais caminhos trilharia cada um foi capaz de apoiar, incentivar, encorajar, construir algo para hoje estar aqui. Isto me remete ao célebre discurso de Steve Jobs, no qual ele conta que um dos diferenciais de sua marca era ter feito curso de caligrafia. E acredito nisso todos os dias da minha vida, pois por menor que pareça ser um aprendizado ele constrói nossa história, ele abre caminho para outros, para sonhos, e só saberemos disso muitos anos depois como resumiu Jobs.

“You can't connect the dots looking forward; you can only connect them looking backwards. So you have to trust that the dots will somehow connect in your future. You have to trust in something - your gut, destiny, life, karma, whatever. This approach has never let me down, and it has made all the difference in my life”.

Claro que não podem faltar agradecimentos a Deus, a minha família, aos meus nobres colegas, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram com a realização de mais este trabalho ou que me apoiaram em realizar este curso.

“A sabedoria começa na reflexão”.

Sócrates

RESUMO

O presente trabalho trás à tona a ampliação da coleta de material genético dos indivíduos condenados por crimes dolosos, de grave natureza contra a pessoa ou hediondos, conforme previsão no artigo 9º-A da Lei 12.654/2012 para agora a totalidade daqueles que foram condenados pela prática de quaisquer delitos dados a promulgação à Lei 13.962/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime. Ocorre que desde 2016 foi reconhecida a Repercussão Geral em torno do tema, se seria constitucional ou não realizar a coleta compulsória e guarda deste material para criar o perfil genético dos apenados em um Banco Nacional de Perfis Genéticos a fim de comparar com outros locais de crimes, confrontar ao material decorrente de delitos sexuais, bem como supostamente auxiliar na localização de pessoas desaparecidas. A extração de parte do DNA, ainda que pressuponha que seja realizada de modo indolor, pode contrariar a vontade do sentenciado o que colocam em xeque vários princípios fundamentais e constitucionais como os da presunção de inocência, não autoincriminação (*Nemo Tenetur se Detegere*), da dignidade da pessoa humana, da privacidade, igualdade, intimidade, do devido processo legal e da segurança pública. Após profunda análise bibliográficas das doutrinas e jurisprudências abre-se espaço para o debate desta questão, até onde se estende o papel do Estado sobre seus cidadãos, se seria constitucional ou não as duas leis, quais são as implicações destas em nosso ordenamento jurídico e no caso negativo como se daria o controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Perfil Genético; Dignidade da Pessoa Humana; *Nemo Tenetur se Detegere*; Pacote Anticrime.

ABSTRACT

The present work brings to the fore the expansion of the collection of genetic material from individuals convicted of intentional crimes, of serious nature against the person or heinous crimes, as provided in Article 9-A of Law 12.654 / 2012, for now all those who were convicted for the practice of any offenses, given the promulgation of Law 13,962 / 2019, popularly known as the Anti-Crime Package. It happens that since 2016 the General Repercussion around the theme was recognized, whether it would be constitutional or not to carry out the compulsory collection and storage of this material to create the genetic profile of the inmates in a National Bank of Genetic Profiles in order to compare with other crime sites, confront material from sexual offenses, as well as supposedly assist in locating missing persons. The extraction of part of the DNA, even if it assumes that it is performed painlessly, can contradict the sentenced person's will, which puts in question several fundamental and constitutional principles such as the presumption of innocence, not self-incrimination (*Nemo Tenetur se Detegere*), human dignity, privacy, equality, intimacy, the legal process and public security. After an in-depth bibliographic analysis of the doctrines and jurisprudence, the space for the debate of this issue opens up, as far as extending the State role on its citizens, whether it is constitutional or not both laws, what are the implications of these in our legal system and if not, how would the constitutionality control be given.

Keywords: Constitutional Law; Genetic Profile; Dignity of human person; *Nemo Tenetur se Detegere*; Anti-crime package.

LISTA DE SIGLAS, ABREVIACÕES E SÍMBOLOS

art.	- Artigo
ADI	- Ação Direita de Inconstitucionalidade
Atual.	- Atualizada
BNMP	- Banco Nacional de Monitoramento de Prisões
BNPG	- Banco Nacional de Perfis Genéticos
CC	- Código Civil
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
Cit.	- Citado(a)
CF	- Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil
CP	- Código Penal Brasileiro
CPC	- Código de Processo Civil
CPP	- Código de Processo Penal
CODIS	- Combined DNA Index System (Sistema Combinado de Índices de ADN)
Coord.	- Coordenador(a)
DEPEN	- Departamento Penitenciário Nacional
Ed.	- Edição
n.	- Número
Org.	- Organizador
RIBPG	- Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos
s/d	- Sem data
STF	- Supremo Tribunal Federal
Trad.	- Tradução
Vol.	- Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1: A CONSTITUIÇÃO, O ESTADO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	12
1.1 Considerações Preliminares.....	12
1.2 O Estado	14
1.3 Do Controle de Constitucionalidade	24
CAPÍTULO 2: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, CONSTITUCIONAIS E PENAIS... 33	
2.1 Direitos Fundamentais e Princípios Constitucionais.....	33
2.2 Da Dignidade da Pessoa Humana	35
2.3 Das Violações	40
2.3.1 Da Igualdade.....	40
2.3.2 Do Devido Processo Legal.....	42
2.3.3 Da Personalidade	44
2.3.4 Da Privacidade e Intimidade:.....	45
2.3.5 Do Princípio Da Presunção De Inocência, Não Culpabilidade Ou Estado De Inocência (<i>Nemo Tenetur Se Detegere</i>).....	49
CAPÍTULO 3: O BANCO GENÉTICO, O PACOTE ANTICRIME, SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E IMPLICAÇÕES.....	57
3.1 O Banco Nacional de Perfil Genético (BNPG).....	57
3.2 A Lei de Execução Penal e a nova redação dada pelo Pacote Anticrime.....	70
3.3 A Eficácia e a Segurança Jurídica e suas Implicações para a Sociedade	76
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	84
ANEXO	89
Anexo I - Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019.....	90

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso advém da importância temática para o ordenamento jurídico brasileiro, da repercussão da coleta de material genético prevista pela Lei 12.654/2012 e ampliada pela Lei 13.964/2019, a qual tem provocado grandes discussões desde 2012 acerca da constitucionalidade da conduta compulsória, mas, no entanto ainda enfrenta uma lacuna por não ter definido a questão até a presente data. Outro ponto é a importância do legislador ter promulgado mais leis referentes ao tema sem antes ter definido se o assunto viola ou não os princípios fundamentais e constitucionais.

Parte da doutrina, dos interessados, julgadores e estudiosos entendem que os avanços da tecnologia biológica atrelada ao DNA estão além das proteções previstas no ordenamento brasileiro, sendo este incapaz de acompanhar e proteger adequadamente o emprego do DNA como prova o que feriria a Magna Carta. Todavia, outros defendem que a alta da criminalidade e o baixo índice de resolução de casos podem ser facilmente solucionados com a utilização desta tecnologia, que é supostamente simples e eficaz.

Contudo importa compreender que independente da tecnologia aceita nunca será possível alterar as normas ao passo de cada descoberta científica e ainda que fosse pertinente isto implicaria num processo que demanda muito tempo entre o estudo, criação da lei e promulgação, o que inviabiliza que seja aplicada em tempo hábil para que não esteja próximo de estar defasada quando entrasse em vigor.

Portanto, o objetivo deste trabalho é questionar a coleta compulsória de material genético para fins de identificação criminal e coincidência de perfis é constitucional? Quais são os limites da atuação do Estado quando em choque os direitos individuais e coletivos? No caso de inconstitucionalidade da norma quais seus efeitos e consequências na sociedade atual.

A discussão é necessária, pertinente e precisa ser fomentada a fim de auxiliar o Supremo Tribunal Federal a decidir adequadamente sobre a in(constitucionalidade).

A metodologia empregada foi o estudo exploratório, a pesquisa bibliográfica e a revisão da literatura. Isto possibilitou a construção e fixação de os conceitos teóricos, os métodos e instrumentos de análise, que aparecem no presente trabalho por meio de referências bibliográficas praticadas em fonte originária ou secundária de citações de parágrafos da doutrina, jurisprudências, de artigos acadêmicos e trabalhos afins com utilização similar, bem como de processos judiciais, dissertações, livros, jornais, revistas, notícias, e mídia eletrônica que possuam conteúdo relativo ao objeto da pesquisa.

Portanto, este trabalho está dividido em três capítulos:

No primeiro capítulo abordam-se as considerações preliminares; são eles a definição e o conceito de Constituição, quais são os tipos e a rigidez da atual Carta do Brasil; tem-se também o conceito de Estado, seu papel, a divisão de poderes, os limites da atuação da hierarquia do normal e para finalizar o primeiro tópico pontua-se sobre o controle de constitucionalidade contemplando seus tipos, legitimidade e efeitos.

No segundo capítulo relata-se sobre o que são os princípios fundamentais e constitucionais; quais destes são abarcados pela Constituição Brasileira, com ênfase no Princípio da Dignidade Humana e do *Nemo Tenetur se Detegere* (manifesto como o a presunção e estado de inocência, não autoincriminação ou não culpabilidade). Examinados esses pontos segue-se para a colisão de direitos, a técnica de proporcionalidade e sopesamento e a consequente utilização do material genético a ser coletado do indivíduo como meio de identificação e no caso dos apenados com meio de prova com fins de comparar a novos locais de crimes e absolvição. Diante destes conceitos argumentam-se quais são as possíveis violações que tais garantias podem ou não sofrer com o emprego da conduta.

O último capítulo contempla o que é o Banco Nacional de Perfis Genéticos, como se deu sua criação e desenvolvimento; como é realizada a extração de DNA, criação dos perfis genéticos e guarda do material. Novamente quais violações a preceitos fundamentais e penais ocorreriam com a utilização e armazenamento do material. Dito isso analisa-se a previsão e coleta do DNA frente às Leis de Execução Penal (12.654/2012) e o Pacote Anticrime (Lei 13.964), a contrariedade aos princípios constitucionais, a ampliação dos indivíduos abarcados, a eficácia da lei e por último a segurança jurídica.

Finalmente chegam-se as considerações finais do trabalho resumindo os resultados, expondo as conclusões obtidas por meio da análise dos dados e das obras pesquisadas, ressaltando-se a pertinência e repercussão geral do tema já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e a necessidade de declarar a sua in(constitucionalidade).

CAPÍTULO 1: A CONSTITUIÇÃO, O ESTADO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Considerações Preliminares

No dicionário Michaelis Constituição é definida como:

4 JUR: Conjunto das leis fundamentais que regulam a organização política de uma nação, geralmente proposto e votado por um congresso constituído por representantes do povo, impondo regras de ação inflexíveis quanto aos limites das atividades e competências dos poderes públicos e estabelecendo direitos, deveres e garantias individuais de seus cidadãos, buscando assegurar a ordem social, a paz e a justiça para todos; carta constitucional, carta magna, lei básica, lei maior.

5 POR EXT: Coleção de leis ou preceitos que regem uma corporação, uma instituição; ordenação, estatuto, regulamento, regimento.

6 JUR: Ato de estabelecer juridicamente.¹ (grifo nosso).

Apesar da definição básica dada pelo dicionário Michaelis não ser incorreta, a Constituição não é um simples conjunto, emaranhado de leis e princípios quaisquer, são leis que determinam deveres e versam sobre direitos e garantias fundamentais destinados a todos, sejam brasileiros ou estrangeiros que aqui residam, cujo fundamento maior é a Dignidade da Pessoa Humana e a prevalência dos direitos humanos.

Isto está definido no art. 4º do próprio texto constitucional, tanto na primeira parte como no parágrafo único:

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

¹ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=CONSTITUI%C3%87%C3%83O>. Acesso em: 20.03.2020.

Complementarmente a isso, José Afonso da Silva² conceitua a Constituição como sendo também um conjunto não só de normas jurídicas, mas também daquelas derivadas dos costumes, do poder de um povo, para organizar toda a estrutura de um país e do Estado:

[...] considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias; em síntese, é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. A constituição é algo que tem, forma, um como complexo de normas; conteúdo, a conduta como humana motivada das relações sociais; fim, a como realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo; não podendo ser compreendida e interpretada, se não tiver em mente essa estrutura, considerada como sentido, conexão de como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.”

Conhecido o significado de constituição e sobre o que seu conteúdo trata, é necessário saber que tudo que a compõe está ali agrupado após um processo rígido, o qual não permite que as modificações sejam corriqueiras e fáceis de serem realizadas. A Constituição demanda um processo excessivamente mais rígido e dificultoso para a realização de mudanças ou reformas, sendo geralmente feita pelas denominadas Emendas Constitucionais ou a recepção de Tratados.

Historicamente, as Constituições brasileiras até o momento sempre foram essencialmente rígidas como pode ser visto na explanação de Pedro Lenza:

[...] à exceção da Constituição de 1824 (considerada semirrígida) todas as Constituições brasileiras foram, inclusive a de 1988, rígidas! A rigidez constitucional da CF/88 está prevista no art. 60, que, por exemplo, em seu § 2.º estabelece um quórum de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Em contraposição, apenas para aclarar mais a situação lembrada, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art. 65), com quórum de maioria simples (art. 47) e absoluta (art. 69), respectivamente para lei ordinária e complementar. Outra característica definidora da rigidez da CF/88 está prevista nos incisos I, II e III do art. 60, que estabelecem iniciativa restrita: a) de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) do Presidente da República; e c) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, enquanto a iniciativa das leis complementares e

² SILVA, José Afonso - **Curso de direito constitucional positivo** . 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39-40.

ordinárias é geral, de acordo com o art. 61.³

Já para Alexandre de Moraes⁴, a Constituição brasileira de 1988 é super-rígida pois tem um processo legislativo característico de efetuar alterações de suas normas. O mesmo afirma:

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como super-rígida, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável (CF, art. 60, § 4.º - cláusulas pétreas).

Independente da classificação dada pelos dois autores, o processo de modificação do texto constitucional é dividido em duas partes, como prevê o art. 60 da Constituição Federal.

No tocante a alterar matéria rígida demanda uma votação realizada no Congresso Nacional, de iniciativa restrita, em dois turnos, em suas duas casas, contendo 3/5 dos votos uma vez que implica em mudar uma matéria que é imutável, denominada cláusula pétrea, como dispõe o art. 60, § 4.º da Constituição Federal:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais.

Já sobre a matéria menos rígida representada por leis ordinárias e complementares, necessitam de uma única votação, de um só turno, com aprovação por maioria simples e absoluta.

Além de conhecer sobre conteúdo da Constituição, sua rigidez, seu processo de modificação, é de fundamental importância conhecer acerca do conceito de Estado, se a Magna Carta permite modificações, se sempre são pertinentes, ou de fato constitucionais e como estas se dão.

1.2 O Estado

O conceito contemporâneo de Estado varia conforme cada doutrina. Para Jellinek⁵ é a “corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder

³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012. p.209 – E-book.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2003. p. 32 - PDF

originário de mando”. Enquanto que Dallari⁶ o conceitua com outro elemento constitutivo “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõe o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste o certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, estão presentes na menção a determinado território”.

Enquanto que um dos conceitos mais tradicionais é o de Max Weber⁷, que o coloca como o detentor legítimo do poder de polícia:

“O Estado moderno é uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os **funcionários** feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas. (...) **o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (o 'território' é elemento definidor) reclama (com êxito) para si o monopólio da violência física legítima.** E específico do nosso tempo que a todas as outras associações e indivíduos só é concedido o direito à violência física na medida em que o Estado o **permite**. O Estado é a única fonte do 'direito' à violência” (grifo nosso)

Extrai-se dos conceitos acima a presença de três fatores comuns, uma nação politicamente organizada constituída por povo, território e governo sendo estes, uma população homogênea, o território certo e inalienável e o governo independente com monopólio do poder com a finalidade de promover o bem comum.

Gilmar Mendes⁸ conceitua o Estado em relação ao Direito como:

[...] à luz do normativismo jurídico concreto de Miguel Reale — como um conjunto de normas que, em determinada sociedade e num dado momento da sua história, mediante a interferência decisória do Poder, ordena os fatos sociais em conformidade com certos valores, entendendo-se tais normas não como simples proposições lógicas, abstratas ou formais, mas como substratos que dialeticamente integram e superam que sintetizam, portanto, as tensões entre fatos e valores, os quais, nelas e por elas, tornam-se fatos e valores especificamente jurídicos.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.70

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P.118

⁷ WEBER, Max. 1982. **Ensaio de sociologia**. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar. p.98

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009.p.63

Ou seja, é a estrutura que pondera os fatos sociais aos fatos e valores jurídicos, mantendo a ordem jurídica. Como pode ser visto nos ensinamentos de Orrutea⁹: “o Estado é nascedouro e o mantenedor da nova ordem positiva, que o faz através de funções estatais, aquelas atividades necessárias, indispensáveis para o concretismo que podemos reconhecer como sendo a ordem jurídica.” Essa organização se divide ainda nos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que cada um possui uma função específica, para atuar de forma separada, independente e harmônica sem deixar sua unicidade, indivisibilidade e indelegabilidade de lado.

O papel do legislativo se resume a “dizer e escrever o direito”, ele é formado vereadores, deputados e senadores, incumbidos de elaborar ou modifica as leis conforme as necessidades do povo, da nação. Neste sentido Orrutea¹⁰ explica a função legislativa:

Não subsiste qualquer dúvida acerca da afirmação das funções estatais quanto a uma providência do fenômeno jurídico no plano terceiro, com as peculiaridades que lhe são próprias. Com a função legislativa, onde acontece a sua primeira manifestação, o que se verifica é aquela atividade por parte do Estado no sentido de escrever e dizer o Direito, e uma consagração ontológica do Direito no sentido da necessidade de, em uma certa ou determinada comunidade, reger-se ela pelo caráter do Direito Escrito, o chamado Direito posto, particularidade da qual não podem fugir de maneira alguma as sociedades hodiernas que se pretendem civilizadas ou cívicas. Ademais, a evolução histórica da função legislativa mostrou-se necessária ao longo do tempo visto que o órgão parlamentar, saindo de uma mera atuação consultiva, passou para uma atuação com função legislativa imperativa envolvendo a ordem jurídica, e cujo sintoma tornou-se percebido neste sentido porque “as leis são as formas mais perfeitas de comando do Estado.

Entende-se então que o Legislativo, a partir das demandas do povo, cria as leis para assim comandar o Estado, mas para isso é necessário preservar os princípios fundamentais (direitos e garantias) previamente acatados mundos a fora. Para Orrutea¹¹ dentre os mais basilares princípios esta o Devido Processo legal e a Lei da Terra (propriedade), um representa o direito do homem enquanto que outro representa os direitos do povo como uma totalidade. A criação desse direito decorre método indutivo, isto é, da observação dos fatos, sua consequencialidade e o fenômeno produzido.

Frise-se, ademais, que esta salvaguarda no sentido de se vincular o Direito à lei explica-se ainda por dois princípios básicos e fundamentais já consagrados e agasalhados pelo Constitucionalismo Universal – que se percebem através das Cartas e Declarações de Direitos a partir da Magna

⁹ ORRUTEA, Rogério Moreira. Curso de Filosofia do Direito, Juruá Editora, 2012, p. 273.

¹⁰ Idem. Op. Cit.p.275

¹¹ Idem. Op. cit, p. 276

Carta Inglesa de 1215, também conhecida como Magna Charta Libertatum. Um primeiro princípio, que podemos denominar de law of land (lei da terra), e o segundo, que é o princípio do due process of law (devido processo legal, com origem no artigo 39 da Magna Carta Inglesa de 1215 – “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”). Com o primeiro se reconhece a lei como algo fundamentado na comunidade (ou na sociedade), e com o segundo se providencia uma garantia ou uma proteção da pessoa (do indivíduo) contra o Estado e contra o governante, sendo que neste caso se procede sempre mediante uma observância rígida da lei. Ressalte-se que, ao reconhecermos uma vinculação do Direito à lei, não há dúvida que sob a proteção desses princípios essa vinculação está a cargo e na conformidade da atuação da função legislativa. (...) Todos os integrantes de uma comunidade existem sob as regras de um estatuto escrito, ou algo previamente promulgado, sem acontecimento às escuras e ao mesmo tempo com transparência, o que constitui o processo de legitimidade do Direito. Portanto, a função legislativa traz como providência algo que é responsável pela legitimidade do Direito perante a consciência coletiva. Pelo desenrolar do papel de elaboração e constituição do Direito, devemos reconhecer na atuação da função legislativa uma prática onde se utiliza o método indutivo (vide tópico 4.4.4.2). Este método acontece na medida em que se procede mediante uma observação dos fatos responsáveis por fornecer os casuísmos relevantes, cuja consequencialidade será a indução racional percebendo inclusive a causa contumaz responsável por produzir o fenômeno; em seguida culmina-se com a generalização e a lei. O seu sentido, pela sua natureza procedimental é sempre partir dos particulares para o geral. (grifo nosso).

Ou seja, Orrutea de imediato coloca o princípio do Devido Processo Legal em destaque no ordenamento jurídico, mas assegurar sua legitimidade ele deve estar em consonância com o conjunto de crenças e sentimentos comuns a essa totalidade de cidadãos, sendo os direitos tutelados numa ordem que parte do indivíduo para a totalidade.

Merece destaque dois pontos para adentrar ao tema do Banco Genético de Perfis Genéticos e sua (in)constitucionalidade. O sentido máximo do ordenamento jurídico reside em organizá-lo, proteger os direitos fundamentais partindo sempre do indivíduo para o todo, legitimar a propriedade, o devido processo legal e a atividade de poder de polícia do Estado.

O Segundo poder do Estado é o executivo, constituído por administradores, que executam as leis e as políticas sociais. O Autor¹² destaca que diferente da primeira função estatal, essa não consiste em “diz o direito”, mas sim dever respeito a ele, agir sempre estritamente como este manda para assim aplicá-lo corretamente as situações concretas.

Em seguida à função legislativa, temos a função executiva que se destaca de maneira significativa da primeira em razão de que o seu papel não é dizer o

¹²ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**, Juruá Editora, 2012, p. 278.

Direito, mas com uma conduta marcada por uma lealdade aos preceitos previamente descritos, cuidará de aplicá-los às situações concretas no exercício da administração. A função executiva cuidará de aplicar o Direito aos casos concretos. Se na primeira forma se vivencia situações abstratas do ponto de vista normativo, diferentemente na segunda forma o que se verifica é uma vivência com situações concretas, que se caracterizam pelos acontecimentos fáticos ou ocorrências que acontecem marcados pela condição de equacionamento diante de uma hipótese passível de aplicação da norma. Neste caso, o agente vai agir sempre na conformidade do enunciado da norma, em relação à qual a pretensão de realização do concreto deve subsumir-se. Frise-se que na função executiva a aplicação do Direito, pelo seu caráter de administração, acontece sempre em circunstâncias onde não se constata a ocorrência de conflitos entre indivíduos ou pessoas, ou entre estes e as instituições públicas. Em resumo, trata-se de uma atividade de governabilidade com observância ao Direito. (grifo nosso).

Complementado, o último poder do Estado é o Judiciário, único cujo os membros não são escolhidos pelo povo. Ele tem o dever de julgar os crimes e avaliar a obediência das leis à Constituição. O ponto a ser destacado pelo Autor¹³ é sua neutralidade e o papel interpretativo na hora de aplicar a lei sem permitir conflitos de interesse sendo qualquer desvio a interpretação teórica identificada como erro.

A terceira categoria onde se manifestam as funções estatais é a função judiciária. Também à função jurisdicional não se outorga competência para assumir a tarefa de por ou colocar o Direito, ou seja, escrever o Direito com alcance geral e abstrato. A sua atribuição é restrita a um papel interpretativo, pelos recursos que a linguagem científica propicia, e isso se explica porque não se reconhece à função judiciária legitimidade para um alcance constitutivo a ponto de ela preencher todas as condições de caráter ontológico do Direito, ou seja, o seu ser em plenitude. Ela não reúne elementos para isso na medida em que a sua índole não chega, pela sua composição, a representar os seguimentos da sociedade na sua forma plena. Requisito assim é algo que apresenta suficiência apenas na função legislativa. Não pode, então, um órgão neutro quanto à participação popular, trazer para si a titularidade de algo que não lhe pertence. Toda construção teórica com entendimento fora disso é um erro, sendo que uma tentativa de compreensão outorgando esta titularidade à função jurisdicional pode explicar o Direito por outros pontos ou aspectos que lhe aprouverem, menos por uma resposta ontológica munida de significação filosófica ou por uma resposta munida de explicação científica. Nesse caso estaria o Direito marcado por um vício de origem quanto à sua fundamentação etiológica. (...) Estas figuras foram deixadas de lado de há muito pela consciência popular, sobretudo com a assunção da vida cívica, e principalmente nos moldes atuais com os padrões de sociedades complexas acontecendo. Registre-se, por isso, que a atuação da função jurisdicional tema sua missão exercida com o papel interpretativo, complementado por um papel aplicativo. A interpretação e aplicação acontecem sempre na esteira de uma situação onde se verifica a ocorrência de um conflito de interesses, e é exatamente nisto que a diferencia da função executiva. Com isso, a missão do juiz consiste na

¹³ ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**, Juruá Editora, 2012, p. 278-279.

solução dos litígios com a aplicação das regras de Direito já existentes, onde, numa definição muito peculiar de Montesquieu, o julgador constitui a boca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar alterar-lhe ou modificar-lhe a força ou o rigor³⁴⁹. E isso se explica porque a compreensão do juiz não tem a abrangência e o alcance da compreensão da lei, que ressoa o aspecto ontológico do Direito em plenitude.

Merece destaque também a frase de Montesquieu apontada pelo autor, a qual orienta o papel dos juízes. Estes estão ali para apenas “ler”, citar o direito e assim aplicar a lei, não compete a eles o juízo de opinião, já que são humanos e assim possuem emoções, interesses particulares, preconceitos que os impediriam de ponderar sobre a verdade devidamente.

De posse disso é necessário analisar a composição da Teoria Geral do Direito. Bobbio explica que num universo tão amplo é necessário saber quais normas podem ser admitidas no mundo do Direito assim, “o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e aprender seus traços característicos é considerar o Direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta”. Orrutea¹⁴ analisa assim que na visão de Bobbio a norma jurídica não seria apenas a que emana do Estado:

Acrescenta ainda o filósofo italiano que o mérito da teoria da instituição sobressai pelo fato de que dela é possível se extrair o Direito como um complexo de normas que formam um ordenamento, o que dá a ele a ideia de um conjunto coordenado de normas. Neste caso, Direito não é apenas norma, mas um conjunto coordenado de normas, uma ideia apregoada pela teoria da instituição por uma das suas características ou requisitos básicos, que é a necessária presença de uma organização. Depois de firmada a sua concepção normativista, Norberto Bobbio lembra que a teoria da norma jurídica pode se deparar com três tipos de problemas básicos, e que é aquilatar se a norma é justa ou injusta, se a norma é válida ou inválida e se a norma é eficaz ou ineficaz. Quanto ao problema da justiça, isso tem a ver com a “correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico”, ou seja, uma correspondência aos valores supremos de forma que a norma atenda ou realize estes valores, independentemente se absolutos ou históricos. Já o problema da validade da norma jurídica está relacionado com a “existência da regra enquanto tal”, isto é, pertencendo a um determinado sistema jurídico, sem que se faça uma consideração se ela é justa ou não. Para isso, três pontos devem ser observados sendo que é considerar se o órgão que expediu a norma tinha o poder legítimo para fazê-lo, o segundo é considerar se a norma não foi ab-rogada, e ainda, o terceiro é considerar se a norma é compatível com as demais normas do sistema. Quanto ao problema da eficácia, está relacionado com o fato da norma “ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida”, ou seja, pelos destinatários da norma, aliando--se a isso ainda o fato de em caso de violação ser ela imposta de forma coercitiva pelo órgão competente.

¹⁴ ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**, Juruá Editora, 2012, p. 365

Ou seja, o direito é um complexo coordenado de normas que constituem um ordenamento que necessita de organização e de averiguação se a mesma é justa, válida e eficaz, ou não. Esta verificação consiste em confirmar a legitimidade do órgão que expediu a norma, se a mesma foi ou não ab-rogada – teve sua obrigatoriedade cessada-, se ela coexiste harmonicamente com as demais normas do ordenamento, ainda se ela é eficaz (aceita pelo seus destinatários) e no caso negativo se a mesma é imposta coercitivamente.

Admitindo isso é necessário compreender que as normas constitucionais estão hierarquicamente no topo do ordenamento jurídico em razão dos bens jurídicos tutelados por estas vez que são “formadas” por costumes e princípios fundamentais da própria estrutura do ordenamento do estado logo as demais normas abaixo da mesma devem seguir o estabelecido pela norma superior pois estas são os pilares constitucionais e protegem consequentemente os bens jurídicos de maior complexidade. Nesse sentido Orrutea¹⁵ afirma:

As normas constitucionais pela significação valorativa que representam, materializadas e manifestadas pelos bens jurídicos que retratam, são colocadas no patamar superior da estrutura hierárquica da organização sistêmica do ordenamento jurídico. Elas constituem o ápice da valoração jurídica com os bens jurídicos que procuram estabelecer à Sociedade. Por esta ótica, a Sociedade está como que conduzida e ao mesmo tempo determinada pelos valores e bens jurídicos que a norma constitucional alberga. Ao buscar qualquer modelo para isso, temos que no anteposto das normas constitucionais, e como fonte de valor jurídico numa acepção geral, comparecem, por exemplo, os costumes e os princípios fundamentais da estrutura do ordenamento estatal.

(...) A norma jurídica constitucional é um condutor de alcance amplo que envolve não só a sociedade com suas perspectivas e expectativas, mas também o próprio mundo jurídico de forma especial com relação às normas jurídicas que a elas comparecem em seguida. Dessarte, do ponto de vista valorativo, tanto a expectativa da sociedade como de outras categorias normativas abaixo da Constituição, seguem aquilo que a norma maior estabelece, e, no caso específico da sociedade, todo o seu processo de fundamentação está abrangido por isso. Assim, como um fenômeno exposto, é a norma jurídica que estabelece a vida social na conformidade de um finalismo que esta, em determinado momento, possa pretender.

(...) Das normas constitucionais saem as vigas maiores de sustentabilidade social e que retratam os bens jurídicos maiores. Então, os bens jurídicos constitucionais apresentam um alcance de substanciação na condição de vetores ou retores sociais maiores, cujas indicações são responsáveis por indicar, pelas acepções gerais, os mecanismos da organização tanto individual (da pessoa física) como social ou coletivo (da sociedade). Sob uma visão geral em primeiro momento, os bens jurídicos que as normas constitucionais procuram retratar são responsáveis por delimitar, no arcabouço de uma Constituição, aspectos fundamentais que estabelecem, por um lado, valores inerentes à conformação da pessoa e do indivíduo, e por outro valores que são inerentes ao próprio Estado enquanto uma organização

¹⁵ ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**, Juruá Editora, 2012. 440-442

coletiva e que transcende aos indivíduos. Há uma necessidade conformativa; neste sentido o segredo é equacionar estes dois pontos fundamentais da convicção constitucionalista. Com isso, é possível, conforme racionalizou de forma proficiente o Constitucionalismo Clássico, concretizar a necessária distinção entre o Estado e o indivíduo, firmando-se neste modelo um aspecto fundamental em se estabelecer as fronteiras tanto para o Estado como para o Governante, reconhecendo-se até onde esses últimos podem ir diante do indivíduo, ou da pessoa humana. (...)Ao lado desses pontos fundamentais (indivíduo e Estado) inauguradores de uma acepção geral, comparecem também do ponto de vista dos valores os bens jurídicos casuísticos, que acontecem sob uma especificidade na caracterização do que constitui matéria constitucional, ou não. Isso, evidentemente, conforme demonstra a análise por um critério material, é sintomático ao se considerar, por exemplo, aspectos como a ideia de poder naquilo que ele pode e deve significar, a ideia de pessoa com os seus direitos fundamentais (direitos individuais e direitos sociais), a ideia de funções estatais com os respectivos poderes e atribuições, a ideia de órgãos com suas atribuições, os programas e objetivos estatais, etc.

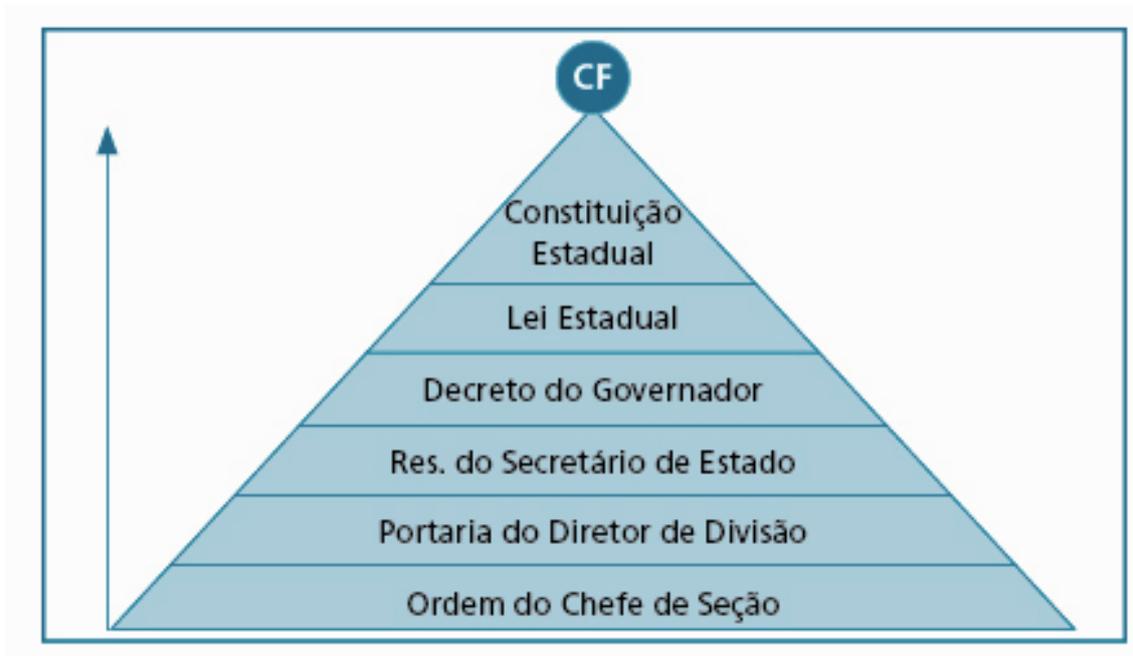
(...) Na esteira das normas constitucionais, temos também as normas infraconstitucionais, que serão responsáveis por albergar e assegurar bens jurídicos. Mas toda a tratativa aqui reflete um aspecto fundamental para a sua salvaguarda que não pode ser deixada de lado, e que é perseguir e ao mesmo tempo cuidar sempre de um fundamento de validade com alcance valorativo. O fundamento de validade implica um caráter valorativo, e não significa um caráter meramente formal, que normalmente se admite do ponto de vista lógico-normativo. É, frise--se, um fundamento lógico-valorativo, na medida em que as normas infraconstitucionais comparecem como um reflexo dos valores e bens jurídicos idealizados pela norma constitucional ou norma superior. Existe uma hierarquia. Assim, por exemplo, se a norma constitucional pretende a preservação da vida como um valor sob uma preservação de caráter absoluto, não admitindo a pena de morte excepcionando esta tutela, não poderá por seu turno a norma infraconstitucional fazê-lo.

Ou seja, destes pilares maiores, saem mecanismo que organizam os indivíduos e o coletivo, mas para isso é fundamental definir os limites da atuação do estado para balizar os dois devendo assim as normas infraconstitucionais ecoar os bens jurídicos e valores concebidos pela norma superior.

Melhor explicando esta ideia Pedro Lenza¹⁶ versa que: *“Uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.”* como pode ser visto na imagem a seguir exemplificando o que ficou mundialmente conhecido como Teoria de Kelsen.

¹⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012., p.158. E-book.

Figura 1. Teoria de kelsen



Fonte: Lenza, 2012, p.160.

Segue esta corrente também, Gilmar Mendes¹⁷ *“falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico — seja ele normativo ou de efeito concreto, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição. Não há como leis ou atos normativos que desrespeitem os requisitos formais ou materiais constitucionais e a hierarquia permanecerem no ordenamento jurídico. Ou seja, uma vez que reconheça a organização, é imperioso antes de cogitar flexibilizar o texto constitucional por meio de lei ordinária verificar se esta não irá desrespeita estes princípios básicos de hierarquia, do contrário a mesma não deverá ser tolerada.*

1.3 Do Controle de Constitucionalidade

O Controle de Constitucionalidade é um mecanismo objetivo de proteção judiciário cujo fim é proteger os interesses gerais; ele é distinto pela generalidade, impessoalidade e abstração; e procura prevenir ou até mesmo reparar lesões a seus preceitos. Este conceito é resumido por Alexandre de Moraes¹⁸:

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso De Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009., p.14.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997. P.468..

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.

Enquanto isso, Gilmar Mendes¹⁹ utiliza Jorge Miranda para explicá-lo e enfatizar a importância deste procedimento, que sem ele a Constituição não teria o mesmo valor:

[...] a constituição que não possuir uma garantia para anulação de atos inconstitucionais deixaria mesmo de ser obrigatória. Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, "a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido". Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectual, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo.

O referido mecanismo além de ter previsão no artigo 102 e 103 da Magna Carta possui Lei própria, 9.868 de 1999:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada à inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade,

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 5ª edição, Saraiva, 2010, p.69

em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Percebe-se que são passíveis do controle tanto as leis quanto os atos normativos (bloco de constitucionalidade), podendo ser federais, estaduais, distritais. Contudo não se admite a propositura frente à atos concretos como dispõe MENDES²⁰

A ação direta de inconstitucionalidade pode ser proposta pelos entes e órgãos arrolados no art. 103 e tem por objeto a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102,1, a, da CF/88). A ação declaratória de constitucionalidade destina-se a obter a declaração de constitucionalidade de lei federal e pode ser proposta pelos legitimados previstos no art. 103 (art.102,1, a, da CF/88).

Ou seja, no sistema brasileiro apenas as normas constitucionais positivadas poderão ser utilizadas como padrão para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais, mas antes de propor qualquer adequação é necessário buscar a técnica da interpretação.

Para que o controle de Constitucionalidade aconteça são necessários dois requisitos sendo eles: formais e materiais. O primeiro – requisito formal -diz respeito a como a nova lei é feita, se não partir do órgão que tem competência para postular sobre esta ainda que seu texto esteja em consonância com o os demais textos do ordenamento jurídico esta será inconstitucional devido ao vício no procedimento legislativo. Já o requisito material advém do conteúdo da lei, se este for contra o texto da Constituição será nulo.

Ademais este pode ocorrer em dois momentos. Quando anterior a elaboração de uma lei ou ato normativo recebe o nome de prévio ou preventivo. Ele é feito por meio de veto podendo ser por voto do legislativo ou do executivo, excepcionalmente compete ao STF julgar a questão quando chega ao Tribunal por meio de mandado de segurança. O segundo momento é aquele posterior ao ato ou lei, logo é chamado de controle repressivo.

Além disso, o controle pode ser difuso ou concentrado. No difuso quando o judiciário deixa de aplicar a lei ao caso concreto por acreditar que ela seja inconstitucional, haverá a abertura para interpor recurso em instância superior, sendo devidamente observados os requisitos do artigo 97 da Constituição: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” Nesse tipo é necessário

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 5ª edição, Saraiva, 2010,p.590.

observar o interesse subjetivo, já que advém de um caso concreto existindo assim partes envolvidas no processo sendo o efeito incidental.

Enquanto que o concentrado é aquele de natureza objetiva. Acontece direto no Supremo Tribunal Federal por meio da propositura de uma ação específica, como por exemplo, a Ação Direita de Inconstitucionalidade, cuja competência é exclusiva.

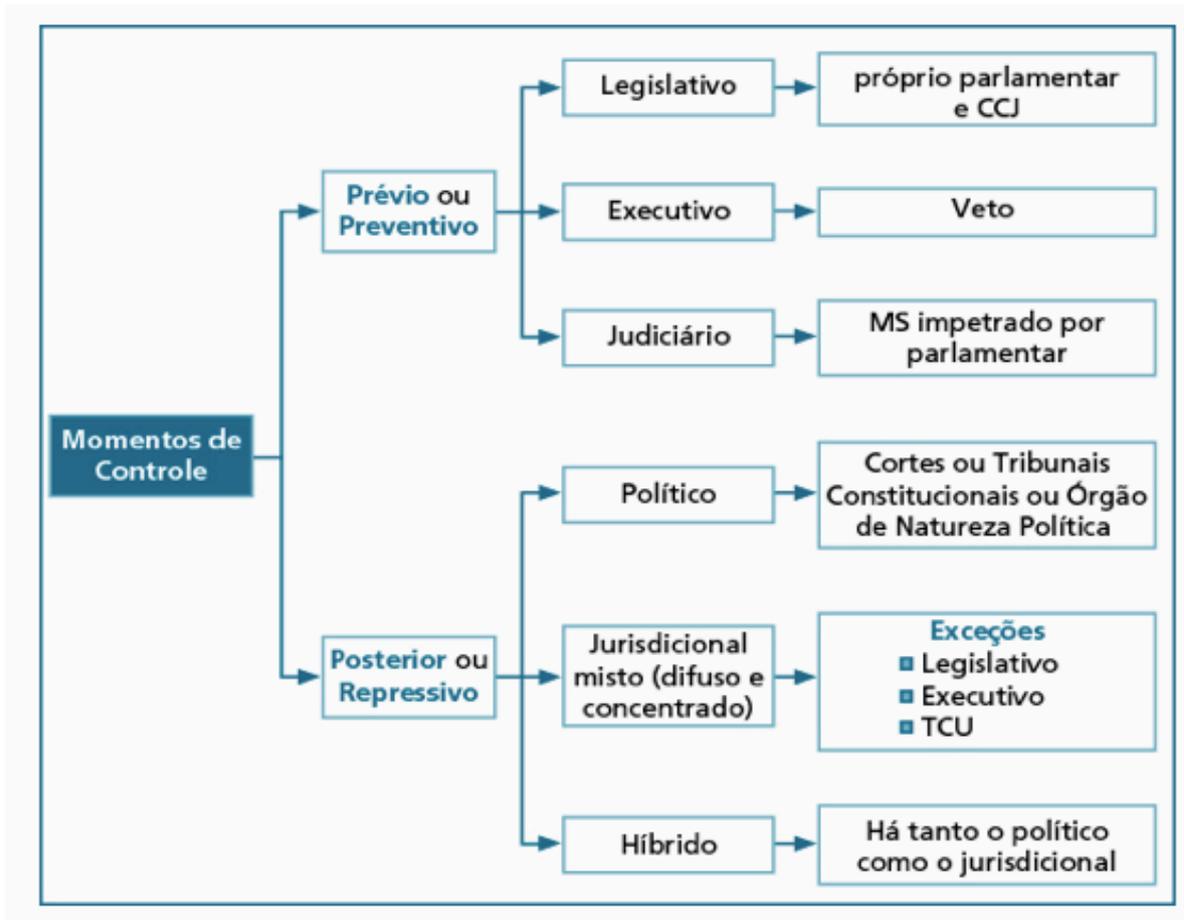
Sabendo disso, Pedro Lenza²¹ abrevia o assunto da seguinte forma e ainda o esquematiza:

[...] vale dizer, os órgãos de controle verificarão se a lei, ou ato normativo, ou qualquer ato com indiscutível caráter normativo, possuem um vício formal (produzido durante o processo de sua formação), ou se possuem um vício em seu conteúdo, qual seja, um vício material. Mencionados órgãos variam de acordo com o sistema de controle adotado pelo Estado, podendo ser político (Cortes ou Tribunais Constitucionais ou Órgão de Natureza Política), jurisdicional (difuso ou concentrado), ou híbrido (há tanto o político como o jurisdicional)

(...)Por meio do recurso extraordinário (nas hipóteses do art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”), a questão poderá chegar até o Supremo Tribunal Federal, que também, assim como o tribunal de segunda instância, realizará o controle difuso, de forma incidental (e não principal), observadas as regras do art. 97 da CF/88.

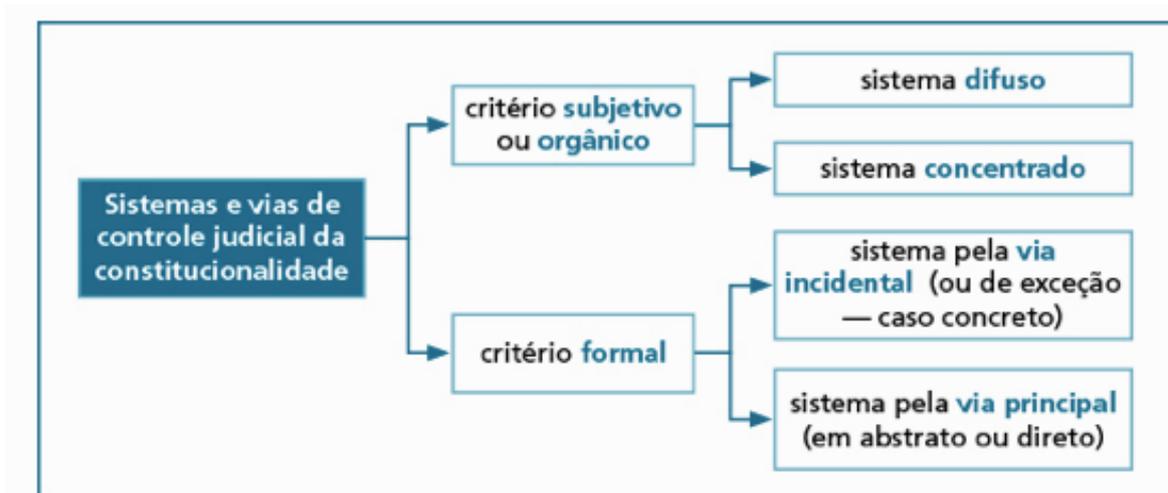
²¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. E-book, p.577.

Figura 2: Esquema prévio



Fonte: Lenza, 2012, p. 577

Figura 3: Sistema e via de controle judicial e constitucional



Fonte: Lenza, 2012, p.577.

Este processo é imprescindível porque embora os direitos individuais e sociais sejam considerados como absolutos, o judiciário por muitas vezes acaba por ultrapassá-los, negligenciá-los, e instituem novos limites que nem sempre estão em harmonia com a Constituição, tampouco permite uma relação saudável entre os interesses individuais *versus* os coletivos. Para Lazzaretti, Cunha e Schiocchet²² a constitucionalidade ou das leis que instituíram a coleta de material genético para gerar o Banco Nacional de Perfis Genético, possui pertinência temática já que o judiciário tem cada vez mais criado a lei em vez de apenas aplicá-la.

[...] A Constituição de 1988 é a mais avançada em termos de direitos individuais e sociais, contudo apesar de positivados, esses direitos fundamentais não são absolutos e sua aplicação é modelada pela jurisprudência.

(...)pode-se dizer que hoje, no Brasil, os juízes não somente aplicam o direito (entendido como as fontes primárias: Constituição Federal e legislação infraconstitucional) mas também “criam” direitos” jurisprudencial será essencial para assegurar a devida utilização desse banco de perfis genéticos, equilibrando interesses públicos (segurança pública e tutela judicial efetiva) e individuais (não autoincriminação, privacidade, entre outros).

(...) O Poder Judiciário, além de aplicar a Lei aos casos concretos, é também responsável – por meio do Supremo Tribunal Federal – pelo controle de constitucionalidade das normas vigentes. Desse modo, criam-se precedentes, jurisprudências e súmulas (vinculantes ou não), todos utilizados amplamente pelos operadores do Direito.

(...) O papel do STF, juntamente com o Superior Tribunal de Justiça, é, cada vez mais, o de reconhecimento ou de denegação de direitos. O uso de informação genética para fins de persecução criminal é uma questão delicada, por envolver conflitos entre direitos individuais e coletivos.(...) o direito de não produzir provas contra si mesmo, o direito à intimidade, autodeterminação ou outros direitos individuais, e os direitos à tutela judicial efetiva e à segurança pública.

Conforme decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a pertinência temática é um pressuposto da legitimidade ativa para a ação de inconstitucionalidade já que a questão possui abrangência e ao considerar os ensinamentos de Maria Elizabeth Queijo a autora conclui que o papel do judiciário ao analisar o assunto é fundamental pois implica na consequencialidade cíclica que essa possível (in)constitucionalidade pode desencadear.

A resposta destas perguntas depende da delimitação da abrangência do direito a não autoincriminação, considerando que, como escreve Queijo (2012, p. 27), prevalecendo o interesse individual, de forma absoluta, a persecução penal seria inviabilizada. Mas prevalecendo o interesse público, de modo exclusivo, não haveria qualquer freio para a persecução penal,

²² Disponível em:

<http://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%2C%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf>, p.4. Acesso em:20.03.2020.

abrindo-se espaço para arbitrariedades e violações de direitos.

Tanto que neste sentido o Ministro Gilmar²³ já votou que ainda que não seja consenso se os direitos sociais são ou protegidos por Cláusulas Pétreas, além dos direitos individuais já previstos no artigo 60, § 4º da Constituição, tudo aponta para que estes sejam pilares do nosso Estado sendo assim necessária essa discussão.

No tocante aos direitos e garantias individuais, mudanças que minimizem a sua proteção, ainda que topicamente, não são admissíveis. Não poderia o constituinte derivado, por exemplo, contra garantia expressa no rol das liberdades públicas, permitir que, para determinada conduta (e. g., assédio sexual), fosse possível retroagir a norma incriminante.

(...) Há polêmica quanto a saber se além dos direitos individuais, expressamente referidos no art. 60, § 4º, da CF, também os direitos sociais estariam protegidos como cláusula pétrea.

(...) Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de serem consideradas cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma "lacuna de formulação", devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais.

Razão pela qual em 2016, julgou o Recurso Extraordinário número 973837 e reconheceu a Repercussão Geral do tema. “Ante o exposto, voto por reconhecer a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.” De tal maneira que nos autos do referido recurso, há diversas manifestações de *amicus curiae* (“aquele que atua como colaborador informal da Corte, não configurando, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum” - Ministro Maurício Corrêa, no julgamento da ADI 2.581 AgR/SP, AGRADI 748-RS, Celso de Mello, DJ de 18.11.1994) que desaprovam a lei e ainda veem a aprovação do Pacote Anticrime como uma conduta inoportuna, vez que já era sabido sobre a repercussão geral do tema.

Por exemplo, impacto tem-se que o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)²⁴ tratou o projeto como “*tecnicamente frágil por trazer previsões já declaradas*

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 5ª edição, Saraiva, 2010, p.257-259.

²⁴ Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/05/juristas-e-entidades-alertam-para-inconstitucionalidade-de-pacote-anticrime-de-moro/>. Acesso em: 20.03.2020.

inconstitucionais”. “Ao contrário de garantir a segurança pública, o projeto, se aprovado, aprofundará a crise na segurança, fortalecendo facções prisionais, pelo fomento ao aprisionamento indiscriminado de sujeitos vulneráveis”. Em complemento a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro²⁵ também teceu críticas negativas ao projeto ao apontar que “como medidas violam frontalmente os princípios constitucionais da presunção de inocência, da individualização da pena e do devido processo legal”. Ao mesmo tempo Cristiane Lemos²⁶ dispõe que “conforme mandamento constitucional compete privativamente à União – por meio de lei federal legislar sobre matéria de direito penal. Assim, não deveria o Presidente da República instituir a criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPD), por meio de um Decreto. E por fim da manifestação número 16128/2019 do mesmo Recurso suscita-se que: “Em que pese a ausência de coerção física, em tese, ainda estamos diante da violação de Direitos Humanos. Conforme ressaltado alhures, a Corte Europeia de Direitos Humanos entende que a coleta de material celular e sua respectiva retenção constituem verdadeiras interferências no respeito à privacidade, conforme preconiza o artigo 8º, §1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.”

A partir da compilação de manifestações acima é possível deduzir que o controle de constitucionalidade é uma forma de checar se as leis e atos normativos se amoldam a Constituição e seus preceitos fundamentais (individuais e sociais), resultando no plano da validade da norma ou não. Merece destacar ainda que uma vez reconhecida a inconstitucionalidade esta produz efeitos que não serão apenas inter partes, como de quando se aplica a lei em um caso concreto. Logo faz jus analisar os possíveis resultados de uma provável ADI.

Pedro Lenza²⁷ explica os efeitos da ADI como:

A ação em comento tem caráter dúplice ou ambivalente, pois, conforme estabelece o art. 24 da Lei n. 9.868/99, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória e, no mesmo passo, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória. De modo geral, a decisão no controle concentrado produzirá efeitos contra todos, ou seja, erga omnes, e também terá efeito retroativo, ex tunc, retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de ato nulo.

²⁵ Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/8724-Nota-Publica>. Acesso em:20.03.2020.

²⁶ Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf p.23
Acesso em:20.03.2020.

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012. E-book. p.729-730.

Logo, conforme o artigo 24 da Lei 9.868/99 uma vez proposta a ADI ela terá caráter dúplice, isto é, se julgada procedente a lei anterior não mais terá validade, ou do contrário a própria ADI será improcedente e a lei sob discussão será declarada constitucional. Ademais esta produzirá efeitos gerais, *erga omnes*, sendo retroativo, *ex tunc*, pois irá remover do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição, tornando-o um ato nulo. Ou seja, a lei inconstitucional terá sido válida, mas somente para os casos que se deram da data da sua promulgação até o momento da declaração de inconstitucionalidade, a partir disso é como se a mesma deixasse de existir no ordenamento jurídico. Salvo se com a declaração vir efeitos mais benéficos, por exemplo, o apenado teve seu material genético coletado em 2013 para fins de investigação criminal de outro delito; num possível reconhecimento de uma ADI entende-se que a conduta esta em desacordo com a nossa Constituição logo este material deverá ser descartado não podendo ser utilizado para condená-lo e se por ventura assim ocorresse, poderia pedir a absolvição da nova condenação em razão do princípio da retroatividade benéfica.

O artigo 102,§2º da Constituição contextualiza os efeitos da nulidade: *“As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”* e o próprio STF²⁸ explica os efeitos dela:

O legislador brasileiro optou por um modelo diferenciado, em que é possível, a depender do caso, a adoção de outras medidas que não somente a declaração de nulidade total da norma. Nosso ordenamento jurídico permite, por exemplo, a declaração de nulidade parcial, hipótese em que somente os dispositivos inconstitucionais serão declarados nulos e não a totalidade da lei. No entanto, caso as normas subsistentes não possam existir de forma autônoma, ou caso elas não correspondam à vontade do legislador, não será possível a manutenção dessa lei no ordenamento (...) Cabe ressaltar que o afastamento do princípio da nulidade só ocorrerá quando demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade traria danos à segurança jurídica ou a algum outro valor constitucional diretamente vinculado ao interesse social.

Dentre isso, são opções da declaração de inconstitucionalidade proferi-la somente após o trânsito em julgado a ação, com a suspensão temporária de seus efeitos por tempo fixado em

²⁸Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf, p.1. Acesso em:20.03.2020.

sentença, segundo o legislador isso acontece para que não coloque em perigo a segurança jurídica ou de interesse social. Ou ainda sem a pronúncia da nulidade como versa o STF²⁹.

O Supremo Tribunal Federal poderá, também, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade/restrição de efeitos). Quanto à existência de suspensão dos efeitos da lei antes da decisão definitiva da Corte, persistem no ordenamento jurídico brasileiro as medidas cautelares, que são cabíveis na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade. Assim sendo, na hipótese da ação direta de inconstitucionalidade, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, concederá liminar para suspender a vigência da norma impugnada até a decisão final, em caráter excepcional de urgência. Em suma, no sistema jurídico brasileiro tem-se desenvolvido técnicas de interpretação constitucional que permitem a suspensão dos efeitos da lei em caráter excepcional, até que a decisão definitiva seja prolatada, além de possibilitar que o STF module os efeitos de suas decisões, por meio de técnicas de declarações parciais ou totais de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, efeitos *ex tunc*, *ex nunc*, pro futuro e interpretação conforme a constituição.

Neste caso havendo dúvida sobre a inconstitucionalidade do tema para que não se agrave os efeitos dela no país enquanto não for definida a questão é possível “pausar” os efeitos dessa lei, pois a continuidade dela ensejaria que um alto número de relações jurídicas passíveis de discussão caso a inconstitucionalidade venha a ser reconhecida, porém o contrário também poderia ocorrer e assim gerar a afronta a Constituição e seus princípios. Ou seja, aplicando isso a “situação concreta”, a constitucionalidade da Leis 12.654/2012 e 13.964/2019, não importa se o resultado da Ação será favorável ou não a inconstitucionalidade, pois qualquer uma das declarações tem efeitos práticos que transformarão as relações jurídicas sobretudo no campo criminal, contudo Cristiane Lemos³⁰ defende que a manutenção da lei trará ainda mais impactos negativos:

Se de um lado o gerencialismo se vale de dados estatísticos para traçar os perfis de risco dos criminosos, de outro o populismo recorre ao medo coletivo e generalizado para violar garantias e direitos fundamentais dos indivíduos sob a alegação de proteger a coletividade (...)

Usa a teoria do etiquetamento para explicar o problema da criminalidade como consequência da intervenção do controle estatal, e, em última análise,

²⁹Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf, p.2. Acesso em:20.03.2020.

³⁰Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf p.10-11. Acesso em:20.03.2020.

entende que a condição de delinquência é resultado direto da estigmatização produzida pelo próprio sistema penal.

A autora se vale desta opinião, pois a criação dos Bancos de Perfis genéticos além de gerar um alto custo para a economia do país, não trata a raiz do problema criminalidade, apenas tenta apagar o clamor social a cerca desta, mas acaba por realizá-lo da forma errada vez que afronta a constituição, violando o princípio da igualdade, da presunção de inocência para estigmatizar certos grupos que não se encaixam na sociedade, porém não são os verdadeiros responsáveis por alavancar os supostos crimes graves. E se justifica menos ainda estender isso para os indivíduos que tenham sido processados por qualquer delito.

CAPÍTULO 2: PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, CONSTITUCIONAIS E PENAIIS

2.1 Direitos Fundamentais e Princípios Constitucionais

Gomes Canotilho³¹ elucida acerca da importância e harmonia da Constituição ser dotada de vários tipos de normas (princípios e regras), com diferentes graus de abstração, determinação/aplicação e hierarquia, o que permite interpretá-la mais adequadamente e aplicar com maior efetividade nos casos concretos, sobretudo aqueles em que há conflito entre valores e interesses.

Salienta-se, na moderna constitucionalística, que à riqueza de formas da constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais (...)

os princípios são multifuncionais, **podem** desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a ratio legis de uma disposição (cfr. infra, cap. 3.º, cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (Richterrecht, analogia júris). Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas — as regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

(1) — os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se;

(2) — consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) — em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas «exigências» ou «standards» que, em «primeira linha» (prima facié), devem ser realizados; as regras contêm «fixações normativas» definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;

(4) — os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância,

³¹ CANOTILHO, J. J. G. MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa**, 3ª Anotada, ed., Coimbra, 1993.

ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não). São correctas devem ser alteradas. A existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor, permite a descodificação, em adequado. (ALEXY: gemässigte Konstitutionalismus), termos de um constitucionalismo da estrutura sistémica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa — legalismo — do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um «sistema de segurança», mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (ZAGREBELSKY).

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (ALEXY: *Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do «possível» fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. **(grifo nosso)**

Canotilho define a importância da existência de normas e princípios para permitir uma melhor aplicação da Lei, sem que a aplicação de regras seja feita cegamente e acabe em resultados arbitrários que poderiam levar a colisão de direitos e princípios. Ademais os princípios fundamentais não são dotados de carácter absoluto, eles podem sofrer restrições inclusive legais, como por meio de uma lei ordinária, todavia essa restrição jamais será total sob risco de prejudicar o núcleo duro do direito e o corrompe ao violar a proporcionalidade deste.

Ou seja, os direitos fundamentais possuem um limite interno que contém o âmago do direito humano o qual não pode ser diminuído mesmo frente a outro princípio. Nesta toada, o autor esta a explicar o que conhecemos por sopesamento ou técnica de ponderação, empregada para resolver quando direitos fundamentais concorrem e, portanto, não é possível que se realize a simples supressão de um em prol de outro.

Nesse sentido Gilmar Mendes³² analisa que entre o conflito de princípios é necessário cautela e análise dos casos concretos para que não haja um sacrificio maior com a forma que será utilizada para solucionar a ocorrência:

No conflito entre princípios, deve se buscar a conciliação entre eles, uma

³² MENDES, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009. p.318-319.

aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro (...) Para solucionar o conflito, hão de se considerar as circunstâncias do caso concreto, pesando-se os interesses em conflitos, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática.

(...) O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.”

Nesta seara acompanha César Augusto³³, que resume a técnica do sopesamento e sua utilização como sendo um *“mecanismo para encontrar uma solução razoável e proporcional quando ocorre uma colisão entre direitos fundamentais, e não temos o acanhamento em dizer que isto também serve para algumas questões quando há o conflito de regras, quando a lógica clássica e as regras de antinomia são insuficientes para resolver um determinado assunto.”* Ou seja, é necessário usar da máxima proporcionalidade em sentido estrito (questões jurídicas) e os requisitos da necessidade e adequação (questões fáticas) para resolver a tensão entre os direitos fundamentais daí retomamos a tese de exigir a coleta compulsória do material genético dos apenados. Não existe somente uma colisão de direitos e sim várias inobservâncias como será pontuado adiante.

2.2 Da Dignidade da Pessoa Humana

Do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos extrai-se: *“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”*

De todas as definições dadas para este princípio fundamental, resta definir como ponto mais importante o fato de a dignidade da pessoa humana estar profundamente atrelada à posição social que o indivíduo toma na sociedade e leva-se em conta o grau de reconhecimento deste por parte daqueles pertencentes a comunidade onde este indivíduo se localiza. O Estado brasileiro e sua Constituição não consistem exclusivamente na propriedade privada, na religião, nas incorporações ou organização, o fundamento será

³³Disponível em: <https://oliveiraoab.jusbrasil.com.br/artigos/411567086/colisao-de-direitos-fundamentais-e-a-tecnica-do-sopesamento>. Acesso em: 20.03.2020.

preponderantemente a pessoa humana. Neste sentido sustenta Flávio Tartuce ao citar Jorge Miranda³⁴

A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege (grifo nosso).

Assim, pondere a vida cotidiano de um sujeito que se encontra apenado, respondendo a processo criminal, por mais que isso seja necessário para buscar a ressocialização do mesmo, a restauração do “status quo ante” ao delito, e todas as outras justificativas da pena, este passa pelo estigma social, pelo auto julgamento, sofre com o caráter subjetivo da pena, e muitas vezes o momento de arrependimento dele – interno- não coaduna com o tempo da pena, o que o faz passar por intenso sofrimento.

Há aqueles que são julgados como “defensores dos Direitos Humanos”, mas está disposto na Constituição Federal do Brasil, nos tratados internacionais, no Pacto de San José da Costa Rica, na Declaração Universal de Direitos Humanos, que este cidadão é possuidor de direitos e deveres, e acima de tudo merece respeito sua Dignidade. Seja das condições do cárcere, da capacidade e do poder de se auto afirmar como indivíduo podendo trabalhar, estudar, ter acesso a saúde, a assistência jurídica, etc. Cabe neste contexto que não é porque o mesmo esta apenado que poderá ser compelido a realizar, adotar ações e medidas com as quais ele não se identifica ou mesmo deseja, logo tudo aquilo que é mandatário viola o princípio da dignidade da pessoa humana e gera mais revolta a esta população que tanto padece.

Para Luís Roberto Barroso³⁵, “a dignidade humana representa superar a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente. Tem relação com a liberdade e valores do espírito, com as condições materiais de subsistência da pessoa.” Logo de posse desse conteúdo é impossível consentir que um indivíduo seja obrigado a fornecer seu material genético sem que antes tenha sido afrontada a sua dignidade.

Embora seja de senso comum que “quem não deve não teme” extrai-se da própria Exposição de Motivos da Comissão Do Plano Nacional De Política Criminal E Penitenciária do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), que o objetivo da coleta do material

³⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, t. I, p. 53” - Trecho de: TARTUCE, Flávio. “Manual de Direito Civil - Volume Único”. Apple Books.p.1817.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Barroso, Luís Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38

genético do apenado é para confrontar sistematicamente com locais de crimes, “*os perfis armazenados são regularmente comparados em busca de coincidências que permitam relacionar suspeitos a locais de crime ou diferentes locais de crime entre si*” ou seja, se o material genético colhido compulsoriamente de um apenado, tornar a aparecer em um local que tenha sido praticado um crime, aumenta significativamente a chance de reincidência deste só pelo fato do material genético possuir uma correspondência, independente de qual razão o tenha colocado ali. Este é um motivo forte o bastante para que qualquer um que tivesse o material genético armazenado temesse, sobretudo aquele que já fora condenado. Tal possibilidade retira a tranquilidade mental (e gera dano psíquico), pois num sistema falho como o brasileiro, com carência de investimento, de treinamento de pessoal, e todo o empenho necessário para realizar uma investigação corretamente não é improvável que o portador deste material venha a ser acusado por um novo delito.

Para Suxberger e Furtado³⁶ em seu artigo sobre a investigação criminal genética aponta que existência do material genético do apenado no local em que ocorrera um delito seria conflitante a negativa de sua presença, pois ou o indivíduo estaria ali ou a amostra poderia estar contaminada.

O DNA coletado na cena do crime pode refutar alegação do investigado de que não se encontrava no local, mas não se pode descartar a hipótese de ele ter estado ali em momento diverso daquele em que cometida a infração, ou mesmo a de estar contaminada a amostra.

Contudo cita a advertência de Aury Lopes Junior³⁷ e de Thiago Ruiz sobre a importância do material genético não servir como fator probatório determinante, é necessário analisar todo o contexto.

[...] a prova técnica, por mais sedutor que possa parecer o discurso da ‘verdade científica’, não é prova plena nem tem maior prestígio que as demais. Deve ser analisada no contexto probatório e pode ser perfeitamente refutada no ato decisório. (2016, p. 458). Na mesma linha, Thiago Ruiz defende que, para que ocorra a condenação, a prova genética deve vir acompanhada de outros elementos, harmônicos em relação à prova pericial, que indiquem a culpabilidade do réu.

³⁶ SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. P. 832 (24).p. 816 (8).

³⁷Idem. p.816 (8).

Suxberger e Furtado³⁸, embora defensores do fornecimento deste tipo de material para um Banco Nacional concordam que a guarda deste conteúdo necessita de um prazo de validade, do contrário viola o princípio da dignidade humana:

[...] não se mostra proporcional ou legítimo sob o prisma da dignidade humana a permanência de registro *ad eternum*, pendendo sobre a cabeça do indivíduo a possibilidade de um falso positivo ou de um uso equivocado de seus dados como uma espada de Dâmocles, nem atenderia aos objetivos do banco de dados a exclusão precoce das informações mações nele constantes.”

Ademais, existem todas as questões de criminologia como pode ser verificado com os gráficos a seguir: o maior número de encarceramentos sequer é de pessoas condenadas, são de indivíduos que podem estar em média a seis meses presos provisoriamente sem ser culpado de um único ato.

A OAB³⁹ do Estado do Rio de Janeiro por meio de seu representante entende que o Pacote Anticrime trás significativas mudanças, consideradas ruins pois *“apostar numa solução que amplia o encarceramento, desequilibra o sistema de Justiça e restringe direitos consagrados não parece a melhor possível”*.

Confrontando isto aos gráficos do Banco Nacional do Monitoramento de prisões, a maior incidência é dos delitos de roubo – e grande parte desses sequer fora empregada grave violência.

A ausência da grave ameaça não possibilitaria a coleta compulsória de material genético conforme a redação anterior do artigo 9º da Lei de Execução Penal (Lei nº 12.654/2012) menos ampla que a proposta dada pelo Pacote Anticrime (Lei Nº 13.964/2019) que supostamente aperfeiçoa a antecedente.

³⁸ SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. P. 832 (24).

³⁹Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/05/juristas-e-entidades-alertam-para-inconstitucionalidade-de-pacote-anticrime-de-moro/> Acesso em:20.03.2020.

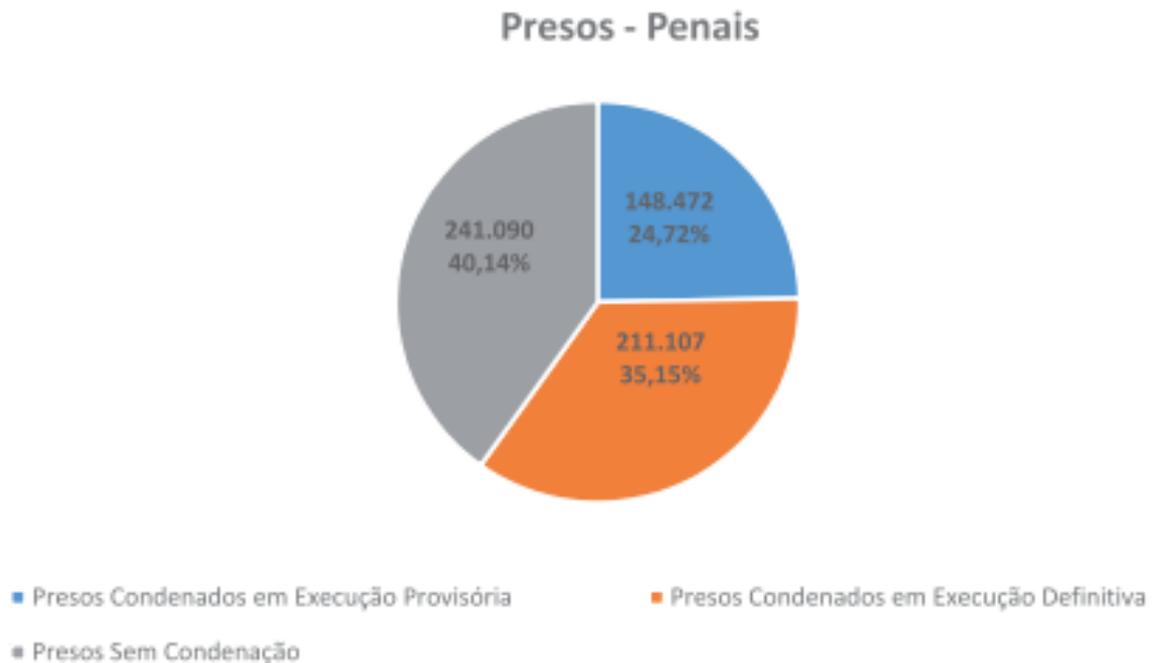
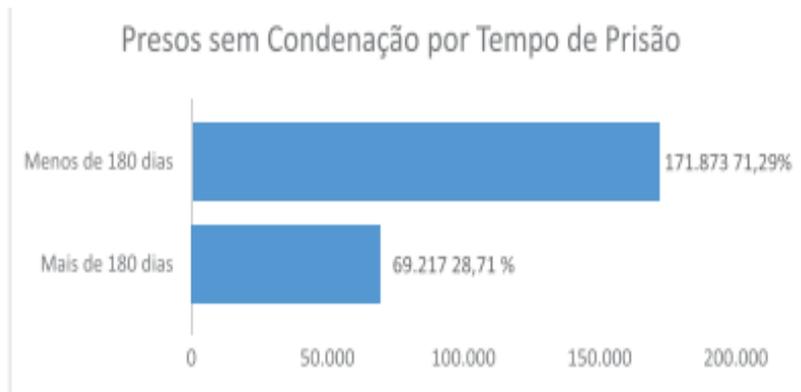


Gráfico 1: total de presos penais
 Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018



Fonte: BNMP 2.0/CNJ - 6 de agosto de 2018

* Como já registrado em nota à Tabela 12, as pessoas condenadas em relação às quais não foi expedida guia de recolhimento são computadas como presos sem condenação.

** Diante da integração dos sistemas em parte dos registros não constou a data de cumprimento da ordem de prisão, de modo que esse dado deverá ser depurado continuamente pelo sistema. O registro apresentado acima se refere ao número total de 241.090 prisões consideradas, em relação às quais a data foi incluída.

Gráfico 2: tempo médio de prisão sem condenação
 Fonte: BNMP 2.0/ CNJ - 6 de agosto de 2018. p.49.

Alimentar um Banco de Dados com material genético de apenados por roubo, tráfico de drogas, não contribuirá com a localização de pessoas desaparecidas ou solução de homicídios, tampouco vai melhorar nosso sistema tão deficiente, somente gerará mais custos e riscos em como armazenar, por quanto tempo e quando descartar esse material. Podendo até prejudicar a celeridade processual com a falácia de que a priori facilitaria as investigações,

mas tudo indica que serão incontáveis os recursos e com a existência de erros todo o sistema e a cadeia de provas não só poderá ser questionado como também desqualificado.

2.3 Das Violações

2.3.1 Da Igualdade

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º que:

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.

Para Celso de Mello ⁴⁰ este é o maior dos princípios impostos pela Constituição:

[...] o que se encarece, neste passo, é que a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. Praeter legem, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe.

Ele exige do Estado uma atuação liberal a fim de autorizar a igualdade formal, a saber, para que a lei trate todos como iguais.

Todavia, não basta só à igualdade formal, é preciso que haja a igualdade material; que o estado atue a fim de equilibrar os menos vulneráveis com os mais vulneráveis e isto deve advir da lei, ou seja, o Poder Público não necessita criar distinções àquelas situações que não se justificam.

A igualdade se destina também ao operador ou aplicador da lei, o qual não pode fazer distinções que não tenham sido previstas pela lei. Todavia o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório, desde que seja utilizado tão somente quando há plausibilidade para discriminação, na medida do razoável, e estejam presentes os requisitos necessários, ir, além disso, corrompe o sentido da mesma e viola os princípios constitucionais.

Ao mesmo tempo, defende Alexandre de Moraes⁴¹:

[...] a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo. Malheiros. 3. ed, 1993. p. 44-45.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997.p. 50.

virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio.

Retornando a Celso de Mello⁴² ele propõe que *“a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos.”* E explica ainda que⁴³:

[...] a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantias individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinado à rubrica constitucional Dos Direitos e Garantias Fundamentais) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.

E Pedro Lenza⁴⁴ citando David Araújo e Nunes Júnior faz uma ressalva ao princípio da igualdade prevista na Constituição:

[...] o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

Ademais segundo Celso de Mello⁴⁵ para evitar a quebra do princípio da isonomia existem parâmetros a serem seguidos quando necessário admitir uma discriminação em prol da equidade:

a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Logo, se estes parâmetros não são respeitados é praticamente vedado criar discriminações, especialmente para instituir perseguições. Imediatamente a presunção genérica e absoluta é a da igualdade porque a própria Constituição a impõe, assim fomentar

⁴². MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo. Malheiros. 3. ed, 1993. p. 10.

⁴³ Idem. p.23.

⁴⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012. E-book .p.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit. p. 23-43.

discriminações, desigualdades, que extrapolem as hipóteses admitidas em caráter excepcionais deveriam ser conjecturadas como inconstitucionais e antijurídicas e objeto do controle de constitucionalidade.

Ao reunir esta análise ao propósito da coleta compulsória de material genético a seguinte conduta está a promover uma diferenciação maior de um indivíduo que já se encontra segregado na sociedade, e tal distinção em nada irá beneficiá-lo como seria a proposta de diferenciá-lo para colocá-lo em posição de igualdade frente aos demais. Neste ato não há espaço para a justiça distributiva como os filósofos já defendiam e fora acolhido pelo Legislador.

A única discriminação pertinente é, por exemplo, os direitos prestacionais exercidos pelo Estado. O qual deve adotar postura para que todos tenham igualdade de direitos econômicos, sociais e culturais a fim de possibilitar o acesso a saúde, ao trabalho e a educação para todos, o que em nada se parece com a coleta de material genético sob a pretensão de aumentar o encarceramento do país, de cercear a liberdade de indivíduos, ou mesmo prolongar essa repressão sob a escusa de aumentar a segurança. Para propiciar maior segurança pública é necessário atacar o cerne dela, que está na desigualdade social, originária da falta de acesso à educação, saúde e trabalho.

2.3.2 Do Devido Processo Legal

Dispõe a Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*” este princípio constitucional multifuncional, de conteúdo complexo despontou para garantir e proteger o desenvolvimento dos atos jurídicos tanto no intuito de permitir o acesso de todos a justiça, de modo igual, bem como para assegurar que o desenvolvimento processual se dará conforme princípios e normas reguladores. Este também é o entendimento de Alexandre de Moraes⁴⁶:

[...] O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

(...) entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003. Pdf, p.95.

a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Ou seja, para que o processo seja justo e válido é necessário que satisfaça aos preceitos constitucionais e os valores coletivos, colocando todas as partes em igualdade de oportunidade.

Gilmar Mendes⁴⁷ explica que esta é uma das mais amplas e relevantes garantias constitucional dada o reflexo no processo:

[...] no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de

- (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de
- (2) direito ao juiz natural, de
- (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de
- (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

(...) O devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral (*Auffanggrundrecht*) em relação às demais garantias. Assim, em muitos casos, tem-se limitado o Tribunal a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes.

A violação a este princípio resulta na nulidade de todos os atos que sucederem o ato viciado. Um exemplo de sua importância é que quando corrompido temos a prova ilícita ou a prisão ilegal. O que defende Cristiane Lemos⁴⁸: *“Nitidamente embasada nas teorias de controle social, a Lei de Identificação Criminal Genética ofende o princípio do Devido Processo Legal e o direito de não produzir prova contra si mesmo ao prever a coleta compulsória de material genético de investigados e de acusados.”*

Ainda sem aprofundar, mas se declarada a inconstitucionalidade da coleta compulsória do material genéticos dos apenados essa precisará ser descartada para não incidir nas referidas hipóteses. Todavia, mesmo se declarada a constitucionalidade é necessário estabelecer o tempo de guarda do material, também para não violar este princípio vez que se utilizado além

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso De Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009., p.727-728.

⁴⁸ Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf, p.8. Acesso em:20.03.2020.

do período (de validade) se tornaria uma prova ilegal e novamente a constituição veda o uso de prova ilícita no processo, conforme prevê o artigo 5º, inciso LVI.

2.3.3 Da Personalidade

Este princípio possui previsão genérica na Constituição Federal, bem como um capítulo no Código Civil Brasileiro, contudo a proteção a este direito pode se dar em diversas áreas jurídicas já que são eles que resguardam a dignidade da pessoa humana. O direito a Personalidade é dividido pela doutrina em três aspectos, da integridade física, psíquica e moral e Silvio Venosa⁴⁹ enumera as características do direito a personalidade citando Guillermo Borba.

[...] pela circunstância de estarem intimamente ligados à pessoa humana, os direitos da personalidade possuem os seguintes característicos:

(a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade;

(b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescritíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são também imprescritíveis;

(c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato;

(d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos erga omnes. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos de natureza privada. Diz-se que os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivos de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração ou contraprestação. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que esses direitos pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa. São irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, da qual se projeta a personalidade.”

Ou seja, a incidência do direito a personalidade é bem ampla e não podem ser passíveis de renúncia nem pelo próprio indivíduo possuidor dela. Logo, aquele que for ameaçado ou lesado em seus direitos da personalidade (corpo, honra, nome, liberdade), poderá exigir que cesse a ameaça ou lesão e reclamar perdas e danos, sem prejuízos de outras sanções, como dispõe o artigo 12 do código civil.

Sem alongar mais, o direito a personalidade é importante ao tema da coleta compulsória de material genético por assegurarem que o indivíduo destinatário da lei não

⁴⁹ Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 1), p.183.

deveria ter seu corpo violado, sua intimidade, privacidade, integridade violados a fim de produzir provas contra si, violando conseqüentemente o princípio da não autoincriminação.

2.3.4 Da Privacidade e Intimidade:

O Artigo 5º, inciso X da Constituição prevê que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, este é um direito subjetivo constitucional que advém do artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela ONU, que dispõe: “Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. O direito à privacidade é um dos mais amplos e abriga o próprio direito a intimidade, além de outros elementos ligados a ele, como o direito ao lar, família, proteção das comunicações telegráficas, dados telefônicos e correspondências. Este é responsável por proteger um espaço íntimo que não pode ser turbado por intromissões ilícitas externas.

Gilmar Mendes⁵⁰ descreve os dois princípios na verdade como um só, mas que cada um abrange um ponto da pessoa e suas relações:

[...] O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Já para Alexandre Morais⁵¹ o princípio abarca:

[...] a defesa da privacidade deve proteger o homem contra:

- a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica;
- b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral;
- c) os ataques à sua honra e reputação;
- d) sua colocação em perspectiva falsa;
- e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade;
- f) o uso de seu nome, identidade e retrato;
- g) a espionagem e a espreita;
- h) a intervenção na correspondência;

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso De Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009., p.42.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003. Pdf, p.71.

- i) a má utilização de informações escritas e orais;
- j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

E para finalizar as definições José Afonso da Silva⁵² o conceitua citando Paulo José da Costa Júnior e Moacyr de Oliveira:

Toma-se, pois, a privacidade como “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito”¹⁹. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e bem assim, as origens e planos de fundo do indivíduo.”²⁰

Conhecendo a vasta abrangência e importância do princípio, agora carece compreender como se dá a proteção do mesmo. O artigo 21 do Código Civil estabelece que uma vez afrontada à tutela da privacidade o interessado poderá requerer ao juiz a adoção das providências cabíveis para fazer cessar o ato atentatório. E assim caminhando para o tema principal a criação e manutenção dos Bancos de Perfis Genéticos por não serem dotadas, tão pouco protegidas por mecanismos, garantias acerca da alimentação e prazo de manutenção destes dados geram graves risco a intimidade do cidadão, sobretudo a genética que poderia ensejar em mecanismos de identificação e segregação, discriminação dos indivíduos apenados.

Esta ideia pertence à doutrina contrária àquela sustentada por Suxberger e Furtado⁵³:

A corrente contrária ao uso mais amplo dessa ferramenta tecnológica no enfrentamento do crime (que implica a obrigatoriedade de o investigado ou sentenciado tolerar a retirada de seu material biológico – cooperação passiva do imputado) levanta preocupações legítimas sobre os riscos de mau uso dos dados armazenados, que poderiam redundar em violações da intimidade, em especial a intimidade genética, e na estigmatização ainda maior da população carcerária e dos investigados mais pobres. (...) prevista na Lei 12.037/09, tem finalidade apenas de identificação, está sendo apenas parcialmente exata, pois será rara a situação em que os demais métodos de identificação – Civil e criminal tradicional, por impressões digitais – deixarão brecha para a necessidade de identificação do indiciado por meio do DNA, que deve constituir a última opção, utilizável somente em caso de comprovada necessidade, dados os riscos envolvidos no que

⁵² SILVA, José Afonso - **Curso De Direito Constitucional Positivo** / José Afonso da Silva. – 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2015., p. 206.

⁵³ SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018., p. 881 (3), 828(20) e 832(24)>

concerne ao direito à intimidade.

(...) É corolário da dignidade da pessoa humana que não se prolongue ad *eternum* a retenção pelo Estado da identificação genética do indivíduo, seja para que este não esteja sujeito a investigação e estigmatização permanentes, seja para que não corra o risco de invasão de privacidade em função do possível mau uso ou da quebra indevida do sigilo da informação.”

Todavia o próprio Autor⁵⁴ reconhece que a finalidade da coleta deste material genético impostas pela Lei 12.037/09, que serve de base para a o artigo 9º-A da Lei 12.654/2012, agora modificada pelo Pacote Anticrime, não se justifica, pois são escassas as circunstâncias em que haverá dificuldade para identificar um indivíduo a ponto de deixar de lado os meios mais convencionais e então fazer uso do DNA, conduta que trás riscos aos direitos ligados à intimidade.

Extrai-se do texto de reconhecimento da Repercussão Geral⁵⁵ redigido por Gilmar Mendes referente ao tema que existem tribunais mundiais que já levantaram a questão sobre a coleta violar ou não o direito a privacidade adotada pelas declarações e convenções internacionais:

Em Van der Velden contra Holanda, 29514/05, decisão de 7.12.2006, o Tribunal considerou que o método de colheita do material esfregação de cotonete na parte interna da bochecha é invasivo à privacidade. Também avaliou como uma intromissão relevante na privacidade a manutenção do material celular e do perfil de DNA. Quanto a esse aspecto, remarcou-se não se tratar de métodos neutros de identificação, na medida em que podem revelar características pessoais do indivíduo. No entanto, a Corte avaliou que a adoção da medida em relação a condenados era uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes. No caso S. e MARPER contra Reino Unido (decisão de 4.12.2008), o Tribunal afirmou que a manutenção, por prazo indeterminado, dos perfis genéticos de pessoas não condenadas, viola o direito à privacidade, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Uma possível solução para o prazo de conservação do material é considera por Aury Lopes Jr⁵⁶ que defende que ao concluir a investigação criminal seja atrás de rejeição da denúncia ou absolvição do acusado este poderia solicitar a exclusão do seu DNA do Banco Genético, ou ainda por analogia o instituto da reabilitação, que possibilitaria a retirada dos materiais dois anos após a extinção da pena ou termino da execução. Outrossim, esse material

⁵⁴ SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018., p. P. 828 (20).

⁵⁵Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6378913>

Acesso em:20.03.2020.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2019., p.538-539.

somente poderia ser coletado se o indivíduo autorizasse e deveria ser respeitado o princípio da especialidade, isto é, a prova colhida só pode ser usada para aquele caso que tenha vínculo causal, como pode ser visto a seguir:

Sustentamos ainda a existência de uma vinculação causal (Princípio da Especialidade), ou seja, a prova genética somente poderá ser utilizada naquele caso penal e o material poderá ser utilizado até a prescrição (daquele crime). Tanto há essa vinculação causal que o legislador define como limite de disponibilidade do material genético a prescrição do crime. Ou seja, o uso está relacionado a este crime e a disponibilidade temporalmente regulada pela prescrição (ou a absolvição definitiva, como explicaremos a seguir). A nosso juízo, portanto, incidem aqui os limites do princípio da especialidade da prova, limitando o nexo causal legitimante ao caso penal investigado. Diversa é a situação do apenado submetido à extração compulsória de material genético, onde se busca a constituição do banco de dados para o futuro, de forma aberta e indeterminada. Pelos mesmos motivos, não deve ser permitido o compartilhamento de provas, ainda que a jurisprudência brasileira tenha uma postura permissivista como explicamos anteriormente, no tópico da prova ilícita. Outro aspecto relevante é que a lei, neste caso em que se tutela o interesse da investigação, não define um rol de crimes nos quais poderia ser feita a extração de material genético (ao contrário da situação jurídica do condenado, em que há uma definição taxativa dos crimes). Com isso, abre-se a possibilidade de que a intervenção ocorra em qualquer delito, desde que necessário para comprovação da autoria, exigindo por parte da autoridade judiciária suma cautela e estrita observância da proporcionalidade, especialmente no viés de necessidade e adequação. Se o imputado se dispuser a fornecer o material genético, será ele colhido e enviado para análise e armazenamento no banco de dados. Se houver recusa, não poderá ser realizada a coleta, pois assegurado o direito de não autoincriminação. Por fim, é perfeitamente aplicável aqui – por analogia – o disposto no art. 7º da Lei n. 12.037: “no caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil”. Significa dizer que, rejeitada a denúncia em relação ao investigado ou absolvido sumariamente ou absolvido ao final do processo, poderá o interessado (não mais réu, pois absolvido ou nem recebida a acusação em relação a ele) solicitar a retirada do processo criminal da perícia que utilizou seu material genético; e ainda a retirada do seu material genético e respectivos registros, do banco de dados. Não se justifica que nestas situações se constranja alguém a figurar eternamente no banco de dados genético. Haveria uma absurda e indeterminada subordinação ao poder de polícia do Estado, uma injustificável estigmatização, violadora da presunção de inocência e demais direitos da personalidade. Excetua-se, neste caso, a situação do “arquivamento”, pois a teor da Súmula 524 do STF (a contrario sensu) poderá ser proposta a ação penal em caso de novas provas. Tal situação deve ser tratada à luz do novo art. 7º-A da Lei n. 12.037.

Entretanto mesmo que a questão não tenha sua (in)constitucionalidade declarada no futuro não deixa de ser necessário estabelecer mais parâmetros e prazos para a guarda do

perfil genético vez que este não pode estar à disposição do Estado *ad eternum*, tanto para ser utilizado ao bel prazer deste quanto para não sofrer risco de ferir o direito a privacidade.

2.3.5 Do Princípio Da Presunção De Inocência, Não Culpabilidade Ou Estado De Inocência (*Nemo Tenetur Se Detegere*)

A discussão sobre o princípio da presunção de inocência precede a Constituição Brasileira, extrai-se do Artigo 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que *“Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”* Este princípio tem origem na ideia de inverterem o que ocorria até aquele tempo na persecução penal. O acusado não só passava por uma espécie de humilhação, de preconceito por ser perseguido como ainda se não fosse capaz de provar que não concorreu para aquele delito quase que automaticamente seria qualificado como culpado.

Este mesmo princípio está previsto no artigo XI da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 da seguinte forma: *“todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”*, e chegou ao ordenamento jurídico brasileiro como uma garantia processual penal. Apesar de ter previsão legal no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, somente fora incorporado em 09 de novembro de 1992 após a publicação da Carta de Adesão a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Na Magna Carta este disposto no artigo 5º, inciso LVII, que garante que: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”* Isto é, segundo a Constituição Federal, ninguém será considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal, devendo o sujeito ser tratado como inocente, jamais como culpado. Logo, compete a justiça obter mecanismos para provar se este é o ou não responsável pelo delito, e se assim conseguir somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória haverá a mudança de sua condição.

Alexandre de Moraes⁵⁷ define-o como um dos princípios basilares vez que assegura a liberdade:

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais. Teoria geral.** Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997. PDF. P.102.

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal. A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção juris tantum de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu status libertatis. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado.

O mesmo conceito é resumido por Lazzaretti, Cunha e Schiocchet⁵⁸ ao adotar a definição de Maria Elizabeth Queijo:

O princípio *nemo tenetur se detegere*, ou o direito de não autoincriminação, de forma ampla, preceitua que um sujeito não pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. A manifestação mais frequente dessa garantia ocorre sob a forma do direito ao silêncio, segundo o qual uma pessoa pode, sem prejuízos, não responder a perguntas que lhe forem formuladas e que tenham a capacidade de incriminá-la. Porém, mais do que isso, o *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental e pretende, segundo Queijo (2012, p. 77), proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

Nesta linha Antônio Magalhães Gomes Filho⁵⁹ defende que além de premissa fundamental a presunção de inocência nasce de uma atuação do Estado logo dever ser utilizada adequadamente para garantir a dignidade da pessoa humana.

E os sistemas jurídicos frequentemente utilizam da humilhação do acusado como uma sanção pouco custosa e, ao mesmo tempo, de grande força nos mecanismos simbólicos da repressão. A proclamação constitucional da presunção de inocência, vista então como regra de tratamento, reafirma o valor da dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado, e traduz, assim, norma de comportamento diante do acusado: antes de uma condenação definitiva, é intolerável

⁵⁸ Disponível em:

<http://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%2C%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf> p.4. Acesso em: 20.03.2020.

⁵⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição De 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado. AASP**. N.º 42, abril de 1994, p. 32.

qualquer punição antecipada ou qualquer medida que importe em reconhecimento prévio de culpabilidade.

Isto importa segundo Aury Lopes Junior⁶⁰ para identificar o papel do Estado e a eficiência com que atua processualmente. “*No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).*” Este dever de tratamento mostra-se tanto internamente ao processo como externamente. No primeiro compete ao juiz impor ao acusador a produção de provas e havendo dúvidas cabe a absolvição, bem como não deveria cercear a liberdade de alguém que ainda não tenha sido condenado definitivamente. Já no segundo o objetivo é garantir que o indivíduo não seja estigmatizado precocemente ferindo as garantias ao direito de imagem, dignidade e privacidade.

Percorrendo esse caminho, Magalhães⁶¹ reconhece-o ainda em dois momentos, sob duas formas de interpretação, a primeira é tratar o indivíduo como inocente durante a persecução, a segunda é que quando não fosse possível chegar a uma conclusão acerca da culpabilidade o princípio se confunde com a máxima o *in dubio pro réu*. Essa interpretação fora resolvida no Brasil no momento da publicação da assinatura da Carta de Adesão a Convenção de Direitos Humanos.

[...] o princípio vem expresso algumas vezes em termos de presunção, enquanto em outras se prefere a referência ao status do acusado durante o processo (estado de inocência ou de não culpabilidade). Embora não se trate, a nosso ver, de perspectivas contrastantes, mas convergentes, é forçoso reconhecer que no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo-se a adoção de quaisquer medidas que o impliquem sua equiparação com o culpado. No Brasil, diante da duplicidade de textos que proclamam a garantia, pode-se concluir que estão agora reconhecidos, ampla e completamente, todos os seus aspectos, não sendo possível negar-lhe a aplicação mediante argumentos relacionados à interpretação meramente gramatical.

(...) Assim, incumbindo ao acusador a demonstração da culpabilidade do acusado, qualquer dúvida sobre os fatos arguidos dever levar à absolvição; nesse ponto, o princípio examinado confunde-se com a máxima do *in dubio pro reo*.”

O autor⁶² não só define a presunção de inocência como defende que este princípio é algo natural do processo persecutório adotado desde a Declaração de Direitos do Homem e do

⁶⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. PDF, p.52-53

⁶¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição De 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**. AASP. N.º 42, abril de 1994, p. 31.

⁶² Idem. Op. Cit. p.33.

Cidadão, vez que repercute em vários pontos da “investigação”; naquilo conhecido como direito ao silêncio, em não poder gerar provas contra si, como protetor da liberdade e por seguinte atrelado a dignidade da pessoa humana, como elemento para verificar o *fumus bonis iuris* e o *periculum in mora*, “constitui uma decorrência natural do próprio modelo processual paritário, no qual seria inconcebível que uma das partes pudesse compelir o adversário a apresentar provas decisivas em seu próprio prejuízo.

Logo se a Lei, a Doutrina e o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado categoricamente que qualquer pessoa sob investigação estatal ou persecução penal esta amparada por direitos e garantias que não devem ser violados por qual razão colocar em xeque a não autoincriminação do apenado com o direito a segurança de outros se a liberdade é mais importante.

É impossível admitir que um condenado não tenha seus direitos constitucionais violados, a presunção de inocência quebrada, quando o Estado o obriga a fornecer material genético para ser empregue na investigação de outros delitos. Pois está sendo utilizada a sua condição de apenado para coagi-lo a fornecer provas que poderão ser fundamentais em uma outra condenação. Se o indivíduo não pode produzir provas contra si sem ter sua liberdade cerceada sem ofende a presunção de inocência, quanto mais quando se encontra preso.

O Supremo Tribunal Federal reiteradamente assegura o direito fundamente à presunção de inocência e adverte que a obrigação de produzir provas compete tão somente a acusação, e não ao próprio acusado, bem como que as acusações penais jamais deverão ser presumidas como provadas.

[...] É sempre importante reiterar – na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria – que nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes.” (HC 83.947/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não custa rememorar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em tema de atividade persecutória desenvolvida pelo Poder Público, vem construindo, no exercício de sua jurisdição constitucional, verdadeira jurisprudência das liberdades, com decisões que proclamam e asseguram a qualquer pessoa, entre outras importantes prerrogativas jurídicas, o direito de ser presumida inocente até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o direito de não ser tratada como se culpada fosse (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, ainda, o direito de permanecer em silêncio (HC 94.082-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Todavia a Procuradora Geral da República, Raquel Dodge⁶³ discorda desse posicionamento, pois entende que não a ofensa ao princípio. Para ela há a necessidade de:

[...] observar que, mesmo nos casos que dependem de participação ativa do agente, uma vez fornecido voluntariamente o material, não há que se falar em ofensa ao princípio da não-autoincriminação. Desautorizada, o procedimento padrão para a coleta do material não deve ser executado.

Não é admissível esperar que o fornecimento de material pelo apenado seja voluntário vez que sua situação já o coage a seguir os ditames do Estado. Tanto que Suxberger e Furtado⁶⁴ utilizam Karl Heinz Gössel para elucidar que em razão do princípio da presunção de inocência “exclui toda obrigação do imputado de ter uma ativa participação em seu próprio procedimento, de sorte que o imputado não pode ser obrigado à realização de testes, reconstituições de fato ou provas caligráficas.” Assim, se o investigado não é compelido a produzir provas, também não há justificativa para que o apenado gere prova contra si em outras persecuções.

Falar que espera que o mesmo aja com voluntariedade é uma falácia. Existe hierarquia, obediência, segregação, que de um modo ou outro o obrigará o apenado a fornecer o material. Para equiparar a situação basta analisar o número de sentenças condenatórias existentes que se fundamentam tão somente em relatos policiais, isto é, toma-se por verdadeira uma narrativa, sem que proceda-se com a correta apuração de todos os fatos, de todo o material probatório.

O juiz Marcelo Semmer⁶⁵ exemplifica a situação com as sentenças do tráfico de drogas proferidas com base exclusivamente no relato de agentes que comumente apreendem drogas após a indicação espontânea dos presos.

[...] **ele confessou** que de fato estava traficando entorpecentes naquele local, levando em seguida os policiais até um quarto, onde em cima de uns blocos foi encontrada a cocaína... g.n. (sentença-088).
...o denunciado 2 [com quem até então nada fora apreendido], teria confidenciado aos policiais militares que havia outras porções de tóxicos escondidas em sua residência, sendo realmente arrecadadas outras 28 pedras

⁶³ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/norma-que-permite-coleta-de-material-genetico-para-identificacao-criminal-e-constitucional-diz-pgr>. Acesso em:20.03.2020.

⁶⁴ SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. P. 825 (17) apud, apud GÖSSEL, K. H. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el Proceso Penal. In: GÖSSEL, Karl Heinz. El Derecho procesal penal en el Estado de Derecho. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, p.314

⁶⁵ Disponível em: <https://paineira.usp.br/aun/index.php/2019/08/07/panico-moral-e-estado-de-negacao-de-juizes-contribuem-para-encarceramento-exagerado/> Acesso em:20.03.2020.

de crack. g.n.(sentença-102).

Revela-se que o papel da acusação extrapola a figura do Ministério Público e da Procuradoria Geral, ela contamina toda a cadeia de persecução que tem como único objetivo condenar o acusado. Do policial, investigador, delegado, perito a juiz muitos deixaram de ser imparciais, pois buscam corroborar tão somente aquilo que pode gerar um indício mínimo de autoria e descarta ou não procura elementos que poderia absolvê-lo. Ou seja, supera-se a presunção de inocência e também qualquer possibilidade de que no caso de existir dúvidas da culpabilidade deveria prevalecer o *in dubio pro reo*.

Esta atuação forçosa do Estado parece aos poucos resgatar o sistema penal inquisitorial, dotado de pouquíssimas garantias constitucionais, para estigmatizar e controlar ainda mais os indivíduos socialmente marginalizados que de alguma forma não se adaptaram capitalismo moderno. Este entendimento é defendido por Cristiane Lemos⁶⁶:

O direito de não produzir provas contra si mesmo e o contraditório são ignorados diante de práticas como a interceptação telefônica, as escutas e câmeras ocultas, os agentes infiltrados, a delação premiada, entre outras que nos levam a “pensar na nova elevação da confissão em termos atuais, ao trono da rainha das provas.” Ausente a colaboração do réu, por óbvio, o Estado não se valerá da tortura – método cruel, desumano e ultrapassado – bastará a “ingerência de algum meio tecnológico da era digital para cientificamente fazê-lo revelar a verdade de suas ações tornadas criminosas.

Os raciocínios da autora provem dos ensinamentos de Aury Lopes Jr⁶⁷: *Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (gerando assim uma prova ilícita)*. Todavia para a autora a única diferença entre a época medieval e a atual reside no fato que se deixou a tortura para utilizar a tecnologia. Assim é necessário resgatar o real papel do estado que não tem que se levar pelo clamor popular, tampouco importar inadvertidamente e discricionariamente os modelos americanos e europeus que não condiz com a realidade deste país e gera mais descriminalizações violando também o princípio da igualdade.

Igualmente Celso de Mello ao votar a ADPF 395 salienta a função do Estado, a qual vem sendo ultrapassada e assim viola os direitos e garantias:

[...] a função estatal de investigar não pode resumir-se a uma sucessão de

⁶⁶ Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf p.8
Acesso em: 20.03.2020.

⁶⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p.533.

abusos nem deve reduzir-se a atos que importem em violação de direitos ou que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas na Constituição e nas leis da República. O procedimento estatal – seja ele judicial, policial, parlamentar ou administrativo – não pode se transformar em instrumento de prepotência nem se converter em meio de transgressão ao regime da lei. Os fins não justificam os meios. Há parâmetros ético-jurídicos que não podem e não devem ser transpostos pelos órgãos, pelos agentes ou pelas instituições do Estado. Os órgãos do Poder Público, quando investigam, processam ou julgam, não estão exonerados do dever de respeitar os estritos limites da lei e da Constituição, por mais graves que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

Se aquele que deveria garantir segurança a todos está a produzir violência e injustiças, como esperar que o resultado desta não seja a reprodução de mais criminalidade. Celso De Mello repassa o que diz o Ministro Alexandre De Moraes⁶⁸, *“que a exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem impede o exercício pleno, por qualquer órgão do Estado, dos poderes investigatórios e persecutórios de que se acha investido.”* Logo é necessário rememorar que é possível ter uma boa atuação sem que sejam necessários emendas a Constituição e desrespeitos às garantias fundamentais senão de nada adianta informar os cidadãos sobre seus direitos, a possibilidade de permanecer calado, de não se declarar como culpado assegurar-lhe a assistência de família e advogado, e de não submeter-se a intervenções corporais ilegítimas, mas utilizar o próprio material deste, o corpo, para incriminá-lo.

Ainda nesse sentido vale ponderar que existem direitos que são inalienáveis, não podendo ser disponibilizados ainda que seja vontade do próprio indivíduo como elabora Gilmar Mendes⁶⁹:

Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica — renúncia, compra-e-venda, doação —, quer material — destruição material do bem. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente³⁶. Nesse sentido, o direito à integridade física é inalienável, o indivíduo não pode vender uma parte do seu corpo ou uma função vital, nem tampouco se mutilar voluntariamente. A inalienabilidade traz uma consequência prática importante — a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de titulá-lo do direito nela consentir.(...) Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e esta se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os

⁶⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395votoCM.pdf>. P.21. Acesso em: 20.03.2020.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso De Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2009., p.276-277.

direitos que visam resguardar a vida biológica — sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade—ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa.

Ou seja, certos direitos são inalienáveis, e estão indisponíveis mesmo que sejam tolerados constitucionalmente porque seu fundamento basilar é o princípio da dignidade da pessoa humana, logo ainda que o indivíduo aceite de pronto a violação ela não pode ser justificada, acatada.

Assim, finalizado a pesquisa sobre os princípios fundamentais e as possíveis violações decorrentes das Leis que versam sobre a coleta do material genético para criação do Banco Nacional de Perfis Genéticos é necessário aprofundar o conhecimento sobre ele, sua origem, funcionamento e como a Lei 12.654/2012 e 13.964/2019 abordam o assunto.

CAPÍTULO 3: O BANCO GENÉTICO, O PACOTE ANTICRIME, SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE E IMPLICAÇÕES

3.1 O Banco Nacional de Perfil Genético (BNPG)

O BNPG deriva de um projeto o Sistema Único de Segurança Pública Nacional instituído em 2003, cuja finalidade seria “Integrar e disponibilizar as informações de segurança pública, justiça e fiscalização no auxílio ao combate da criminalidade”⁷⁰ pois até então diversos setores, e especificamente os Laboratórios Oficiais de Genética Forense atuavam de maneira isolada, logo não conseguiam trocar informações, careciam de investimentos, modernização e curso de aperfeiçoamento.

Extrai-se da tabela a seguir a previsão de adotar condutas como a preservação do local do crime, de coleta de material e de um Sistema de Identificação de DNA Automatizado.

⁷⁰ Disponível em: https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/secretaria-nacional-de-seguranca-publica_senasp/relatorio-gestao-2008.pdf p.12. Acesso em:20.03.2020.

Estruturação da Perícia

Tendo como principal proposta a autonomia dos Institutos de Criminalística e Institutos Médico Legal, chegamos ao seguinte quadro de ações propostas e executadas:

PROPOSTAS PNSP	SITUAÇÃO DE EXECUÇÃO (2003/2008)
Descentralização/regionalização dos órgãos periciais	<ul style="list-style-type: none"> • Fator condicionante da distribuição dos recursos do FNSP para os Estados. • Investimentos na implantação e modernização das unidades e laboratórios • Implantação de postos de polícia técnica nos municípios no Estado do Rio de Janeiro • Discussão sobre um modelo padrão difundido pela SENASP para execução desta ação em nível nacional.
Valorização do pessoal técnico dos órgãos periciais	<ul style="list-style-type: none"> • Requalificação profissional por meio de cursos (genética, entomologia, toxicologia e balística forenses). • Reuniões para discutir, dentre outros temas, plano de cargos e salários e recrutamento?.
Valorização da preservação do local do crime e constituição de equipes especializadas na coleta de vestígios.	<ul style="list-style-type: none"> • Curso sobre preservação do local do crime na Rede de Educação a Distância disponível para todos os operadores de segurança pública do país. • Ainda não há um modelo padrão de equipe especializada na coleta de vestígios, porém foram investidos recursos para sua criação em algumas unidades da federação.
Aproximação entre órgãos periciais e universidades, centros de pesquisas e Poder	<ul style="list-style-type: none"> • Representantes de universidades e centros de pesquisa no grupo de trabalho que planeja as ações sobre estruturação da perícia • Mapeamento de iniciativas que trazem esses profissionais para ministrar cursos aos

57

Judiciário.	peritos, que possibilitam a realização das atividades de perícia nos espaços das universidades e que propiciam trabalho conjunto entre os órgãos de perícia e representantes do poder judiciário.
Informatização dos órgãos de polícia técnica.	<ul style="list-style-type: none"> • Financiamento e criação do Sistema de Gerência dos Núcleos de Criminalística e da Biblioteca Digital Nacional de Documentos Falsos • Investimento na informatização executada pelos próprios Estados.
Identificação e digitalização de DNA e integração dos IMLs e Sistema de Identificação Automatizado.?	Investiu-se na modernização e criação de laboratórios de DNA em 10 Unidades da Federação, criando a estrutura para integração de uma rede de DNA no Brasil em futuro próximo.
Criação de cadastros criminais estaduais informatizados	NÃO EXECUTADO

A equipe técnica responsável pela estruturação da perícia auxilia os profissionais dos Estados no planejamento e execução de seus projetos para assinatura de convênios com a SENASP. Também estruturou a criação de grupos de trabalho acerca de temas específicos (Balística Forense, Entomologia Forense, Genética Forense e Toxicologia Forense), para contribuir pró - ativamente no desenho de uma política moderna, factível e de baixo custo para a perícia no país.

Figura 4: Estrutura da Perícia

Fonte: https://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/secretaria-nacional-de-seguranca-publica_senasp/relatorio-gestao-2008.pdf p.57-58

A partir de 2004 iniciou a capacitação e um acordo de cooperação entre os laboratórios, sendo realizado em 2009 um *Letter of Agreement* entre o FBI (*Federal Bureau of Investigation Agency*) e a Polícia Federal Brasileira para capacitação dos agentes e compartilhamento do software de tecnologia CODIS (*combined DNA index system*) aplicada nos Estados Unidos desde 1998. No mesmo ano houve a implantação de laboratórios forenses

de DNA após a assinatura de um acordos de cooperação técnica via Secretarias Estaduais de Segurança Pública com o Ministério da Justiça para integrarem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), existindo já em 2010 pelo menos 16 bancos.

Somente em 2012 fora promulgada a Lei n. 12.654/12 que “Altera as Leis n°s 12.037, de 1° de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal”, autorizando assim a coleta de material biológico para exame de DNA como forma de identificação criminal e permitindo a alimentação dos bancos.

Ou seja, em 2012 determinou-se que para realizar a identificação criminal poderia recorrer o coletado de material genético, desde que esse fosse extraído sem dor (técnica swab). O DNA só poderia ser utilizado na porção que não contivesse traços somáticos ou comportamentais, salvo os pontos correspondentes para a identificação de gênero, a partir desse código numérico resultante de uma análise feita na região não-codificante do DNA é criado o perfil genético. Todavia esta informação permaneceria nos bancos de perfil genético até o prazo estabelecido para a prescrição do delito investigado.

O ponto crucial reside no artigo 9°-A da referida Lei:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1° da Lei n° 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.

§ 1° A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2° 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.

Ele marca a obrigatoriedade da identificação do perfil genético dos indivíduos condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou hediondos e autoriza a identificação criminal através do perfil genético.

Para a Procuradora da República Raquel Dodge⁷¹ *“A identificação da pessoa é direito estatal voltado à preservação da segurança pública; a coleta de perfil genético mostra-se como reflexo da progressão científica, cuja eficiência e indiscutível relevância têm ensejado a adoção nos mais diversos países”*. Contudo ainda que tenha sido profundamente difundida não é correto entregar a liberdade de outra pessoa em unicamente em uma prova, que

⁷¹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/norma-que-permite-coleta-de-material-genetico-para-identificacao-criminal-e-constitucional-diz-pgr>. Acesso em:20.03.2020.

facilmente poderia ter sido plantada. O The New York Times já publicava sobre as fraudes de DNA em 2019:

The New York Times

DNA Evidence Can Be Fabricated, Scientists Show

By **Andrew Pollack**

Aug. 17, 2009



Scientists in Israel have demonstrated that it is possible to fabricate DNA evidence, undermining the credibility of what has been considered the gold standard of proof in criminal cases.

The scientists fabricated blood and saliva samples containing DNA from a person other than the donor of the blood and saliva. They also showed that if they had access to a DNA profile in a database, they could construct a sample of DNA to match that profile without obtaining any tissue from that person.

“You can just engineer a crime scene,” said Dan Frumkin, lead author of the [paper, which has been published online](#) by the journal *Forensic Science International: Genetics*. “Any biology undergraduate could perform this.”

Dr. Frumkin is a founder of Nucleix, a company based in Tel Aviv that has developed a test to distinguish real DNA samples from fake ones that it hopes to sell to forensics laboratories.

Não bastasse, 5 anos após, a mídia brasileira já elevava essa questão, transformando-se me algo de senso comum como pode ser visto nos dois excertos adiante:

ASSINE

GAZETA DO POVO

EXPLORE

> Mundo

| Genética

Cientistas de Israel mostram ser possível forjar provas de DNA

Técnica mina credibilidade do que foi considerado o mais alto padrão de evidência em casos criminais

ASSINE

GAZETA DO POVO

EXPLORE

Por The New York Times -
 mundo@gazetadopovo.com.br
 [28/08/2009] [21:03]



Cientistas em Israel demonstraram que é possível fabricar provas de DNA, minando a credibilidade do que foi considerado o mais alto padrão de evidência em casos criminais.

Os cientistas fabricaram amostras de sangue e saliva contendo DNA de uma pessoa diferente do doador. Eles também mostraram que, se tivessem acesso a um perfil de DNA num banco de dados, poderiam construir uma amostra de DNA para combiná-la a esse perfil sem obter qualquer tecido da pessoa.

"Você pode simplesmente projetar uma cena de crime", disse Dan Frumkin, principal autor do trabalho, publicado online pelo jornal Forensic Science International: Genetics. "Qualquer estudante de biologia poderia fazer isso". Frumkin é um dos fundadores da Nucleix, empresa



Comportamento

DNA não prova mais nada

Cientistas mostram que é possível falsificar amostras de sangue

Por **Da Redação**

🕒 31 out 2016, 18h47 - Publicado em 30 abr 2011, 22h00



Gabriela Borges

Gil Grissom e a loira chegam à cena do crime, recolhem uma amostra de DNA, levam para o laboratório e a mágica acontece – em pouco tempo, até os crimes mais misteriosos são desvendados. Não existe nada que os peritos de CSI não consigam descobrir. Mas, na vida real, tudo isso está caindo por terra. Um grupo de cientistas israelenses inventou um método para enganar os testes de DNA. Eles mostraram que é possível produzir sangue e saliva falsificados, ou seja, que contêm o código genético de outra pessoa. Qualquer pessoa. Tudo o que você precisa para incriminar alguém é coletar um fio de cabelo ou um guardanapo (veja no infográfico). A falsificação, que os cientistas dizem ser bastante simples, utiliza equipamentos que já existem na maioria dos laboratórios de genômica – e já foi inclusive comprovada na prática. “Nós mandamos amostras de sangue para um laboratório que presta serviços à polícia dos EUA. E conseguimos enganá-los”, revela o biólogo Adam Wasserstrom. Segundo ele, existe uma maneira de detectar sangue falsificado (basta verificar se houve metilação, uma reação química que só acontece no DNA verdadeiro), mas isso exigirá que os peritos atualizem seus métodos. E eles não parecem muito preocupados com isso. “Não existe laboratório especializado nessa fraude. Eles (os cientistas) devem ter equipamentos de biologia molecular e entender muito da técnica”, desdenha Hélio Buchmüller Lima, vice-presidente da Associação Nacional de Peritos Criminais. É verdade. Falsificar o DNA ainda não é uma tarefa ao alcance dos criminosos comuns. Pelo menos até que apareça o primeiro.

Porém até hoje existe uma postura maniqueísta -cega- que se alimenta do medo, da sensação de impunidade e que deseja castigar a qualquer custo, pois é necessário reprimir o que não se enquadra aos ditames da sociedade *versus* os garantistas, “defensores dos direitos humanos”. Este entendimento também é adotado por Cristiane Lemos⁷² que justifica citando o sociólogo Glassner, para eles:

[...] os gastos públicos feitos por causa do pânico geram, a longo prazo, uma patologia parecida com a encontrada em viciados em drogas”. (...) o fato de o Estado custodiar um banco de dados com provas passíveis de serem utilizadas em um crime que ainda não ocorreu é um total retrocesso e desrespeito aos princípios e garantias constitucionais e processuais penais. (...) Logo, a compulsoriedade da coleta de material genético dos condenados prevista no artigo 9º- A da Lei 7.210 pode ser interpretada como um efeito secundário da aplicação da pena. Além disso, o fato de um perfil genético figurar no banco de dados e poder ser utilizado a qualquer tempo contraria a vedação constitucional da perpetuidade da pena prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b da Constituição Federal. (p.9-10)

Confiar plenamente em um único sistema (coleta e confronto de material genético) releva como o judiciário está marchando para uma dependência processual completamente equivocada e arbitrária.

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto reconhecendo a Repercussão Geral do recurso extraordinário interposto por Cristhian Moreira Silva Santos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do Agravo em Execução Penal n. 1.0024.05.793047-1/001 explicitou que a utilização do DNA se dá em dois instantes, um é o da identificação criminal, e o outro é o da execução penal, não obstante cabe ao juiz analisar se a medida é ou não necessária.

No caso brasileiro, a Lei 12.654/12 introduziu a “coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”, em duas situações: na identificação criminal (art. 5º, LVIII, CF, regulamentado pela Lei 12.037/09) e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Cada uma dessas hipóteses tem um regime diferente. Na identificação criminal, a investigação deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se a medida é “essencial às investigações” (art. 3º, IV, combinado com art. 5º, parágrafo único). Os dados poderão ser eliminados “no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Os dados dos condenados, por outro lado, serão coletados como consequência da condenação. Não há previsão de eliminação de perfis. Em ambos os casos, os perfis genéticos são armazenados em banco de dados. Os dados podem ser usados para instruir investigações criminais (art. 9-A, §2º, da Lei 7.210/84) e para a identificação de pessoas desaparecidas (art. 8º do Decreto

⁷² Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf p.9-10. Acesso em: 20.03.2020.

7.950/13).São instrumentos de proteção da privacidade o caráter sigiloso dos dados e a vedação da inclusão de informações relativas aos traços somáticos ou comportamentais, salvo quanto ao gênero art. 5º-A, §1º.”

Todavia, entregar essa decisão para o juiz contrária a imparcialidade, a equidistância das partes, a paridade de armas, pois ainda que verse contrariamente tanto a acusação como o juiz têm acatado a prova como fator crucial na condenação

Outro ponto é que no Brasil, bem como em vários países a legislação vigente não consegue acompanhar os avanços do DNA, possuem regulamentos quanto aos bancos de perfis genéticos muito simplórios, que não contemplam todas as questões, proteções e obrigatoriedades que deveriam. Um exemplo é o fato de que ainda não há consenso na comunidade científica que se de fato a parte do DNA extraída não contem material codificante que possibilitaria a identificação do indivíduo principalmente no que se trata de sua personalidade, propensão a transtornos o que violaria diretamente o princípio da privacidade deste.

A manutenção deste tipo de banco tem sua eficácia questionada já que seus resultados tem se mostrado baixíssimos em quanto o oneram o Estado com altos investimentos para mantê-lo e ainda o deixa suscetível a todas as implicações da guarda deste material e proteção de dados.

Extrai-se da Exposição de Motivos⁷³ da Comissão do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária que o relatório semestral do RIBPG apresentado em maio de 2019 que existem aproximadamente “137.600 condenados presos que, nos termos da Lei nº 12.654/2012, necessariamente, deveria ser identificado pelo perfil genético” e segundo o X Relatório do RIBPG “já houve 545 coincidências confirmadas na esfera criminal, e 559 investigações avançaram a partir do uso do banco de perfis genéticos”.

Vale ressaltar que, apesar dos esforços recentes, “há no Brasil cerca de 18.000 perfis cadastrados”. Isto é em quase uma década de vivência do Banco de Perfil genético e duas décadas de investimentos nessa “tecnologia” foi cadastrado pouco mais de 10% do contingente até então dado como “obrigatório” e desta amostra tão-somente 545 tiveram resultado, o que representa menos de 1%. Agora conceba ampliar estes dados para o total de encarcerados no país, é ilógico e irreal pois revela um empenho, um gasto de energia, de material e humano para (quase) nada.

⁷³ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/cnpcp-divulga-de-consulta-publica-do-plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria/PNPCP220919.pdf> p.51 Acesso em: 20.03.2020.

Por oportuno Cristiane Lemos⁷⁴ cita André Nicolitt para reprovar a conduta de utilizar os padrões genético e exemplifica que no Reino Unido a coleta é feita por policiais, contrariando qualquer os preceitos fundamentais, sobretudo os ligados ao devido processo legal:

[...] afirma que nem mesmo o argumento do bem-estar máximo, base do utilitarismo, poderia justificar a aplicação “irresponsável e eticamente descomprometida” dos bancos de dados genético. Em defesa da sua posição informa que, na base de dados do Reino Unido, a probabilidade de que um perfil genético obtido na cena do crime ser confrontado com um perfil já incluído em um banco de dados é de 45%. Entretanto, no universo deste percentual (de 45%), só haverá sucesso em relação ao crime apurado em menos de 1% dos casos. O sistema da Inglaterra é gigantesco e de insignificante eficiência, o que podemos esperar do sistema brasileiro?

Muito forçosamente para enfatizar ainda mais o descrédito, a ineficiência do sistema penal, pois o banco de dados possibilitou a revisão criminal e consequente absolvição de indivíduos condenados pela prática de crimes sexuais. Raquel Dodge⁷⁵ usa isso para ressaltar que “o banco de dados garantirá ao inocente o acesso a uma prova forte para a absolvição. Não havendo duas pessoas com o mesmo perfil genético, aquele, cuja presença não for confirmada na cena do crime pela perícia, não poderá ser condenado injustamente”. Isto não é mais que a obrigação do Estado, se o cidadão tivesse desde o início sido devidamente tratado como inocente e respeitado o *in dubio pro reo* não haveria falhado e condenado injustamente estes indivíduos, que inegavelmente tiveram suas vidas destruídas, sua liberdade cerceada, provavelmente adentraram para o mundo do crime e ainda foi uma “gasto” para o Estado, receita que poderia ter sido aplicada em políticas muitos mais efetivas no combate ao crime.

Em manifestação como *amicus curiae* (mov. 55 -19130/2017) o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) no RE/973837 afirmou que:

4. A criação de um banco de dados de perfis genéticos dos condenados por crimes violentos não representa qualquer avanço científico na seara da Segurança Pública. Ao contrário, faz remissão ao nefasto Positivismo Criminológico e às teorias de etiologia individual de matriz biológica, cuja influência na Política Criminal brasileira configurou verdadeira chaga histórica de discriminação racial e antecipação antidemocrática da repressão penal sobre grupos considerados desviantes. Não é possível esquecer os planos de higienização social de Raimundo Nina Rodrigues – e é temerário repetir ou repaginar propostas de controle social elaboradas dentro da perspectiva discriminatória inalienável ao pensamento criminológico defasado que embasa a justificativa para promulgação da Lei 12.654/2012.
5. Tampouco cabe olvidar que as garantias constitucionais não caracterizam

⁷⁴ Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf p.23-24. Acesso em: 20.03.2020.

⁷⁵ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/norma-que-permite-coleta-de-material-genetico-para-identificacao-criminal-e-constitucional-diz-pgr>. Acesso em: 20.03.2020

meros adornos normativos, cuja aplicação pode ser afastada pela conveniência jurisdicional. Ao contrário, são regras e limitações ao poder punitivo, cujas raízes históricas parecem ser constantemente ignoradas em favor de uma idealista esperança na redução da criminalidade pelo aumento da criminalização. E este pensamento equivocado, além de fomentar o desrespeito à ordem constitucional, também deixa marcas concretas de injustiças praticadas no âmbito do Sistema de Justiça Criminal.

6. Portanto, antes que as alterações legislativas promovidas pela Lei 12.654/2012 acabem por minar ou relativizar o texto constitucional, faz-se urgente a reflexão de todos os aspectos pertinentes à questão da produção coercitiva de provas, contra a vontade do condenado. (grifo nosso).

Ou seja, que antes de cogitar criar um o banco genético seria necessário estabelecer limites e adequá-lo a nosso ordenamento jurídico, o que não ocorreu com a Lei 12.654/2012 e tampouco agora com a Lei 13.964/2019, que na verdade parece ignorar a existência da discussão acerca deste tema no Supremo Tribunal Federal.

Há que se falar ainda no método indolor e pouco invasivo. Enquanto alguns arriscam afirmar que a lei que autoriza os bancos genéticos se amolda a Declaração de Bioética e a de Direitos da Unesco, Lemos⁷⁶ à critica pois em seu entendimento não como uma técnica ser indolor se realizada contra a vontade do sujeito:

O legislador pátrio, em (in)observância às normas constitucionais e internacionais sobre Direitos Humanos determina que os perfis genéticos que integrarão os bancos de dados não devem conter traços somáticos ou comportamentais das pessoas. Assegura, também, o sigilo das informações ali contidas e estabelece que a extração do material biológico seja realizada de forma “adequada e indolor”. No plano ideal não há espaço para negativas e contradições, entretanto, ausente a voluntariedade, a lei determina que a coleta seja feita de forma compulsória. A autoridade precisará se valer da força para fazer cumprir a lei e, emprego de força nunca é indolor para quem é submetido fisicamente.”(...)“uma violência estatal atentatória da dignidade humana a intervenção corporal compulsória para retirada da amostra biológica. Afirma que, ausente a voluntariedade, a extração da amostra nunca será realizada de forma “adequada e indolor”, como quer a lei, pois será necessário o uso da força” (...)se a Constituição Federal e o Direito Penal vedam as penas corporais, porque uma lei estaria apta a autorizar que os efeitos da pena recaiam sobre o corpo do condenado?

Um pouco mais além, na ausência do acatamento a decisão do Estado, se o indivíduo não permite que colem voluntariamente só é possível imaginar três alternativas para a coleta do material. A primeira é o emprego da força, ainda que não seja física, há mecanismos de coerção psíquica-moral; num segundo cenário seriam empregadas a busca e a apreensão ou

⁷⁶Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf p.18-19. Acesso em:20.03.2020.

ainda técnicas ardilosas e astuciosas, mas vale lembrar que aqui não é mais o momento, não estamos na fase inquisitorial do processo de investigação, mesmo que o sujeito esteja apenado ele tem os mesmo direitos que qualquer cidadão, como a Dignidade da Pessoa Humana, a moradia digna, ao sigilo das correspondências, a saúde, caminhando por este entendimento básico e fundamental (já que advém dos Direito Humanos, dos Tratados Internacionais e da nossa Carta Magna) coletar o material de qualquer lugar que seja possível (lixo, cela, exames de rotina) é ferir não só um, mas todos esses princípios, é faltar ainda com a Ética e a Moral que tanto deveria existir no mundo do Direito; e a terceira e aplicação de sanções com base na Lei de Execução penal. Esta última é ainda mais absurda, paradoxal, incoerente. Punir um preso por não fornecer material que pode incriminá-lo, em resumo é coagi-lo a escolher entre dois caminhos que o levam a um mesmo lugar a repressão, a manutenção da criminalidade, da reincidência e ainda gera ódio.

Na manifestação como *amicus curiae* nº 7411/2018 do RE nº973.837/MG e possível exemplificar a situação que poderia decorrer desta ideia punir o apenado com infrações:

[...] A competência para legislar sobre direito penitenciário é concorrente. Além da União, Estados e Municípios também podem legislar sobre essa matéria. Logo, nada impede que sejam editadas leis estaduais para sancionar administrativamente, por infração média ou leve, o condenado que se recusa a cumprir a determinação legal de permitir a colheita de seu material genético. Isso, entretanto, só é necessário se se entender que a recusa à colheita por parte do condenado não configura infração grave. As infrações graves estão previstas nos arts. 50 e 51 da LEP, em rol taxativo. Por outro lado, o art. 49 da LEP autoriza a legislação local a especificar as infrações leves e médias, bem assim as respectivas sanções. Aqui, duas interpretações são possíveis. Pode-se enquadrar a recusa do condenado a permitir que seu DNA seja colhido como “desobediência ao servidor do presídio” ou “inexecução de ordem recebida”. Essas condutas, previstas nos incisos II e V do art. 39 da LEP, são consideradas infrações graves, por força do art. 50, VI, da LEP. Logo, se o agente penitenciário, acompanhado de um perito criminal, por exemplo, ordena ao condenado que se abstenha de impedir a coleta de material genético, a ordem dada é legal e constitucional. Em caso de desobediência, o condenado poderá responder por falta grave. Caso não se entenda que a conduta configura “desobediência ao servidor do presídio” ou “inexecução de ordem recebida”, também será possível enquadrá-la como infração média ou leve, desde que haja lei estadual nesse sentido, conforme o art. 49 da LEP.

Retornando ao campo constitucional a Autora⁷⁷ cita Aury Lopes Junior e compara a violação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana ao emprego de tortura, sendo esta um limite que jamais deveria ser negligenciado pelo Estado.

⁷⁷ Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf p.21-22 Acesso em:20.03.2020.

[...] submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso. Em nome da suposta eficiência e infalibilidade da prova genética, parece que, gradativamente, retrocedemos a um sistema penal inquisitório.

Superar esses limites viola os princípios penais e constitucionais do devido processo legal, que por consequência asseguram os direitos humanos e deixa de reconhecer as garantias processuais do apenado inviabilizando o contraditório e a ampla defesa. Começamos a perceber um efeito cíclico, encadeado de violações que levam a um retrocesso como também defende Lemos⁷⁸:

[...] nas palavras de Silva Jardim (citado por Duclerc), consoante a melhor doutrina pátria: [...] o princípio do devido processo legal, consagrado no texto constitucional, impõe um modelo de processo orientado segundo o sistema acusatório de processo penal, com juiz imparcial e inerte, e partes parciais, em igualdade de condições. [...].

Assim, a lei que deixa de reconhecer as mínimas garantias processuais ao imputado e ainda permite a atuação *ex officio* do magistrado a fim de produzir provas, flerta perigosamente com o modelo processual inquisitivo, que, se caracteriza, justamente, pela concentração de poderes – acusação, defesa e julgamento – nas mãos do juiz

Por fim importa saber sobre o Banco Genético que existe um encadeamento correto para realizar a coleta do material e aplicar na investigação criminal. Este é denominado Cadeia de Custódia, ele exige uma correta documentação do vestígio, de manuseio, como guardar, armazenar e preservar o material, o qual pressupõe um bom treinamento dos envolvidos para que não esteja suscetível a contaminação, trocas mesmo que acidentais interpretações mal realizadas, sobretudo quando não há um bom “catálogo” de amostras de referência, de controle do número de pessoas presente no momento da coleta. Ou seja, é extremamente frágil e questionável como outras provas obtidas, logo não merece tamanho destaque no nosso ordenamento jurídico, não merece um tratamento especial que resulte em suplantando as garantias e princípios fundamentais.

Outrossim, se esta prova de alguma forma for contaminada, ou mesmo obtida ilicitamente precisará ser ignorada, descartada, por vezes outras provas decorrentes delas poderão ter sua validade questionada devido a Teoria do Frutos da Árvore envenenada e ainda resultar na liberação do indivíduo.

⁷⁸ Disponível em: http://www.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf p.22. Acesso em: 20.03.2020.

Seguindo esta opinião Lemos⁷⁹ expressa sobre o nexo de causalidade e o armazenamento deste material citando Aury Lopes Jr.:

[...] até que ponto o réu pode ser responsabilizado penalmente pelo simples fato de seu material genético ter sido lá encontrado. Em outras palavras, o nexo de causalidade deve ser demonstrado sempre. Portanto, a prova genética, apesar da sua importância e de sua forte influência sobre o convencimento do julgador, deve ser considerada “apenas mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais.”

(...) há que se continuar a discussão a sobre a admissibilidade e a constitucionalidade deste tipo de prova (...) como é que um país que não tem uma regulamentação nacional sobre cadeia de custódia e que detecta uma existência “mais ou menos” consistente dos procedimentos exigidos, pretende atender às regras internacionais de padronização? E mais ainda, como a justiça pretende garantir a qualidade das decisões, se não há a mínima garantia de que esses dados serão custodiados.

Não obstante a insegurança decorrente da guarda de parte do DNA ainda não há conhecimento definitivo sobre o assunto é possível que este compreenda e revele mais do que o esperado sobre o indivíduo que o forneceu, e colocar esta ferramenta sob guarda e uso do Estado é perigoso.

Neste sentido dispõe Lazzaretti, Cunha e Schiocchet⁸⁰:

Como conclusões parciais, tem-se que os perfis genéticos não são apenas um código numérico, mas podem apresentar (hoje ou no futuro próximo) informações pessoais e familiares sobre o indivíduo. Além disso, não só os perfis, mas também as amostras genéticas, que possibilitam identificar inclusive aparência e etnia, ficam armazenadas, com prazo determinado, ou não, dependendo do país. É importante lembrar que, enquanto no Brasil esta tecnologia é recente, há uma tendência expansionista: Dubai pretende inserir todos os habitantes, por exemplo. Conclui-se que este instrumento de controle biopolítico possibilita o acesso, a qualquer tempo, a informações pessoais de grande parte da população.

Ou seja, a tecnologia evolui muito e a lei não é capaz de acompanhá-la por uma variável de motivos, não é digno de descrédito que uma vez reconhecida que há lacunas na norma, ou que esteja desatualizada a mesma passe pelo processo de reedição, ou seja alvo de uma ação de (in)constitucionalidade o que não se pode e permanecer no ordenamento jurídico a disposição que contrarie princípios e valores fundamentais. Assim, vamos a análise específica das Leis tratadas até aqui.

⁷⁹Idem. Op cit. p.27-31.

⁸⁰ Disponível em:

<http://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%2C%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf>, p.1. Acesso em:20.03.2020.

3.2 A Lei de Execução Penal e a nova redação dada pelo Pacote Anticrime

Em 28 de maio de 2012 foi publicada a Lei 12.654, cujo vigor se iniciaria em novembro daquele mesmo ano. O objetivo era alterar a Lei 12.037/2009 que anteriormente dispunha sobre a identificação civil e criminal do cidadão. Nela passou a conter as previsões sobre a excepcionalidade desses dados, acerca do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, procedimento e da cadeia de custódia. Até esse momento o objetivo da inovação legislativa era melhor adequá-la ao regime constitucional e garantias individuais, bem como conferir credibilidade a identificação do sujeito.

A nova lei agora trazia em seu artigo 9º-A a obrigatoriedade, para os condenados por crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça contra a pessoa ou por crimes hediondos, de fornecer material genético para fins de investigação em inquérito policial. É nesse instante que começa a discussão sobre as implicações dela frente ao princípio da não autoincriminação vez que o apenado se encontra protegido pela presunção de inocência. A discussão foi tanta que em 2016 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral dele e conseqüentemente a necessidade de discutir a constitucionalidade a cerca dela, porém isso não ocorreu até hoje.

Para agravar a situação a “alta” da criminalidade disparou o clamor social para reprimi-la e, por conseguinte as propostas de enrijecimento das penas e da persecução penal, porém esqueceram-se de algo nesse processo, o respeito às garantias constitucionais, princípios fundamentais, a eficácia e segurança jurídica.

Aury Lopes Jr. dispõe sobre a evolução legislativa: “no Brasil, a Lei n. 12.654/2012 prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, alterando dois estatutos jurídicos distintos: Lei n. 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e tem como campo de incidência a investigação preliminar, e, por outro lado, a Lei n. 7.210/84 (LEP), que regula a Execução Penal.” Enquanto que Leonardo Marcondes Machado⁸¹ resume muito bem a implicações desta mudança em seu artigo Projeto "anticrime" e Banco Nacional de Perfil Genético - nem tudo que reluz é ouro:

Não há dúvidas sobre a necessidade de aprimoramento dos mecanismos investigativos criminais, especialmente quanto à sua modernização. Ocorre, contudo, que há limites para tanto. Os principais marcos jurídicos se extraem da Constituição da República Federativa do Brasil e dos Pactos Internacionais (especialmente de Direitos Humanos).

Neste tópico, como em outros momentos do “pacote anticrime”, faz-se vista

⁸¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policial-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro> Acesso em: 20.03.2020.

grossa a importantes discussões constitucionais e convencionais no campo do processo penal, inclusive de temas pautados para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

(...) Não se pode esquecer ainda da parte final desse novo parágrafo terceiro proposto ao art. 9º-A da LEP. Fala-se que a identificação do perfil genético poderá ocorrer em dois momentos: i) "quando do ingresso no estabelecimento prisional"; ou ii) "durante o cumprimento da pena". Em primeiro lugar, da forma como redigido esse dispositivo, daria margem à possibilidade de identificação genética em relação à execução de penas não privativas de liberdade como as restritivas de direito e multa. Em segundo lugar, prevê uma forma de "extração compulsória retroativa de DNA", alcançando todos os condenados do país que se encontre em cumprimento de pena.

(...) Na contramão, o atual projeto busca, ao invés de limites mais precisos, ampliar exponencialmente o âmbito de incidência (e, portanto, de controvérsia) dessa medida terminantemente polêmica na seara criminal.

(...) Ante o exposto, deveria ser afastada a proposta legislativa em questão ao menos até que o Supremo Tribunal Federal decidisse a respeito da constitucionalidade (ou não) do banco de perfil genético para condenados criminais e da execução antecipada da pena. Admitir-se, por meio do processo legislativo ordinário, tamanha ampliação de um instituto cuja validade (constitucional e convencional) pende de decisão da Corte Suprema (com repercussão geral reconhecida) parece, no mínimo, inoportuno.

Infelizmente o projeto foi aprovado; houve a prevalência da reprimenda penal ignorando todas as questões constitucionais, criminológicas, e a Lei foi promulgada mantendo inclusive os desacertos em sua redação existente desde a Lei 12.654/2012.

O erro na redação da Lei 12.654/2012 é apontado por Aury Lopes Jr⁸² .:

Há um equívoco gigantesco na redação da aludida Resolução, pois ela supostamente estaria a regular, consoante diversas vezes mencionado no texto, a **“coleta compulsória”**. **Ora, ou bem a coleta é compulsória, dispensada, portanto, a concordância do periciado ou, então, a coleta não pode ser chamada de compulsória, sob pena de teratologia.** Tomando-se em consideração os deveres éticos do perito (obtenção do consentimento informado, que orienta as normas deontológicas da profissão), parece-nos, por hora, que a extração compulsória não pode ser admitida.” (grifo nosso).

Ou seja, não bastasse as questões pertinentes de constitucionalidade, parece inconveniente o uso do termo “compulsória”, sobretudo após a Resolução 9, de 13 de abril de 2018, visto que se a Lei “obriga” a coleta de material do apenado pelos referidos delitos; esta se dá de modo compulsório, ou seja contrário a vontade do indivíduo, porém na sequência, no artigo 8º da Resolução informa-se sobre a possibilidade do preso recusar a coleta. Se o intuito da Lei e da Resolução é a obrigatoriedade extração do DNA, no caso de ausência de vontade do apenado em fornecê-lo este “deveria” ser compelido a realizar de alguma forma (o que

⁸² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2019., 534.

seria inconstitucional por afrontar a dignidade humana e o princípio da não autoincriminação deste), mas assim faria jus ao uso do tempo obrigatório, mandatário.

A saber, a Resolução dispõe:

RESOLUÇÃO Nº 9, DE 13 DE ABRIL DE 2018
 MINISTÉRIO EXTRAORDINÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA
 SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA
 COMITÊ GESTOR DA REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS
 GENÉTICOS

DOU de 26/04/2018 (nº 80, Seção 1, pág. 118)

Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

O COMITÊ GESTOR DA REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS, no uso de sua atribuição que lhe confere o art. 5º, inciso I, do Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, resolve:

Art. 1º - A presente Resolução estabelece a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

Art. 2º - A coleta obrigatória de material biológico deve ser realizada com técnica adequada e indolor.

§ 1º - A metodologia a ser utilizada deverá ser a descrita no Procedimento Operacional Padrão, de coleta de células da mucosa oral, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério Extraordinário da Segurança Pública, podendo o órgão estadual competente desenvolver Procedimento Operacional Padrão próprio, mais específico, desde que siga as diretrizes gerais previstas no procedimento da Secretaria Nacional de Segurança Pública.

§ 2º - As técnicas de coleta de sangue não devem ser utilizadas.

Art. 3º - A coleta obrigatória de material biológico para fins de identificação criminal será realizada mediante despacho da autoridade judiciária, em conformidade com o disposto no inciso IV do art. 3º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.

Art. 4º - No caso de condenados no rol dos crimes previstos no art. 9ºA da Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984, exigir-se-á para a realização da coleta obrigatória do material biológico:

I - guia de recolhimento do condenado ou documento equivalente que atenda às exigências do art. 106 da Lei nº 7.210/84;

II - sentença condenatória; ou

III - manifestação expressa do Poder Judiciário determinando a coleta de material biológico para fins de inserção no banco de perfis genéticos.

Art. 5º - Deverão constar do formulário de coleta de material biológico:

I - identificação única e inequívoca do formulário;

II - indicação de que a coleta se refere a:

a) condenado;

b) identificado criminalmente; ou

c) outro tipo de decisão judicial que determine a coleta;

III - número do processo judicial ou se não houver, número do inquérito policial;

IV - dados da pessoa submetida à coleta, a saber:

a) nome;

- b) número do documento de identidade civil, se houver;
- c) CPF, se houver;
- d) impressão digital; e
- e) registro fotográfico.

Parágrafo único - O registro fotográfico poderá ser realizado no momento da coleta da amostra biológica do condenado ou poderá ser utilizado o registro fotográfico da ficha de identificação criminal ou documento semelhante apresentado pelo sistema penitenciário.

V - dados da testemunha que acompanhará a coleta, a saber:

- a) nome;
- b) identificação funcional ou civil; e
- c) assinatura;

VI - dados do responsável pela coleta a saber:

- a) nome;
- b) identificação funcional; e
- c) assinatura.

VII - local e data da coleta.

Art. 6º - O condenado, devidamente identificado civil ou criminalmente, deverá ser apresentado aos responsáveis pela coleta, **não consistindo o exame genético em um método de identificação civil.**

Art. 7º - Antes da realização da coleta de material biológico, a pessoa submetida ao procedimento deverá ser informada sobre sua fundamentação legal, na presença de pelo menos uma testemunha, além do responsável pela coleta.

Art. 8º - Em caso de recusa, o fato será consignado em documento próprio, assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta.

Parágrafo único - O responsável pela coleta comunicará a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012.

Art. 9º - Para que a amostra biológica coletada de forma obrigatória possa ser analisada e ter seu perfil genético inserido no banco de dados é necessário o envio de cópia dos documentos que fundamentaram a coleta ao órgão gerenciador de banco de dados de perfil genético respectivo.

Art. 10 - Fica revogada a Resolução nº 3, de 26 de março de 2014.

Art. 11 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação

Esta obrigatoriedade em se coletar o material pressupõe um encadeamento de ações para que este não seja colocado em xeque; esta “inovação” da Lei 13.964/2019 é o definida como o instituto da cadeia de custódia. O artigo 158-A o conceitua como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.” Nos artigos subsequentes (158-B a 158-F) estão previstos que a colheita deverá ser feita preferencialmente por perito oficial, que serão encaminhados para um banco central onde ficarão guardados estes dados.

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.’

‘Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.’

‘Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de

quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.’

‘Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.

‘Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.’

‘Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Esse encadeamento específico este exaustivamente definido no Código de Processo Penal, ele diz respeito respectivamente às etapas de reconhecimento, isolamento e fixação – do local, da prova -, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte do material. Ou seja, já não é mais tão obscuro, e lacunoso, esse processo, como fora com a lei 12654/2012. Merece destaque a alteração do prazo de guarda do perfil genético. Antes esta ocorreria com o termino do prazo estabelecido pela lei para a

prescrição dos delitos, mas agora o artigo 7º-A aumenta o tempo: 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.”

Este ponto pode ameaçar o princípio da privacidade do indivíduo mesmo como previamente apontado neste trabalho, ainda que o § 10 proíba a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco. Isto preocupa, pois embora possua previsão no texto legal, sabe-se que o maior obstáculo da tecnologia, o maior problema é a má utilização, ou seja, não é impossível que estas informações tão valiosas caiam nas mãos de criminosos.

Por fim, é necessário entender os possíveis a real eficácia e os possíveis efeitos que a alteração trouxe para o ordenamento jurídico.

3.3 A Eficácia e a Segurança Jurídica e suas Implicações para a Sociedade

A análise deste ponto deve ser iniciada pela Nota Técnica⁸³ emitida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM sobre o Pacote Anticrime; a Entidade participa do julgamento da Repercussão Geral n.º 973.837, do tema da coleta de material genético para a criação de um Banco Nacional de Perfis Genéticos como *amicus curiae*:

⁸³Disponível em: <http://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-31-03-2020-20-54-01-570213.pdf>, p.27 – 28.

PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

1) DA IDENTIFICAÇÃO COMPULSÓRIA DO PERFIL GENÉTICO DE TODOS OS CONDENADOS (ART. 9º-A DA LEP)

O projeto prevê a alteração da LEP para determinar que todos os condenados em primeira instância, por qualquer crime, sejam submetidos à identificação genética compulsória, com extração de material e encaminhamento a um banco genético.

O projeto expande enormemente o âmbito da Lei n. 12.654/2012, que alterou a LEP para prever a extração compulsória de material genético em casos de condenados por crimes dolosos com violência ou grave ameaça ou por crimes hediondos.

Pela alteração proposta, deixa-se claro que bastaria uma condenação em primeira instância, por qualquer delito, mesmo de

menor potencial ofensivo, para que o acusado tivesse compulsoriamente seu material genético retirado e encaminhado a um banco sob guarda do Poder Executivo.

A Lei n. 12.654/2012, de abrangência menor que a proposta, teve sua inconstitucionalidade suscitada em caso concreto, sendo reconhecida pelo STF a repercussão geral da matéria no bojo do RE n. 973.837. Ou seja, a constitucionalidade ou não da extração compulsória de material genético está *sub judice*, sendo que o STF já realizou inclusive audiência pública durante a preparação do feito para julgamento.

Causa perplexidade, assim, que o projeto, novamente, adiante-se a uma matéria cuja constitucionalidade encontra-se em apreciação pela Corte Suprema, gerando insegurança jurídica e potenciais prejuízos aos cidadãos e ao Estado, que poderá ser responsabilizado pela aplicação de norma

considerada inconstitucional.

A par de contrariar o direito fundamental à inviolabilidade corporal sem um objetivo certo e razoável, a coleta compulsória de material genético ainda esbarra na garantia constitucional da não autoincriminação. Tal direito decorre da interpretação extensiva do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, bem como foi explicitamente positivado pelo art. 8, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, em caso similar (HC 83.096), o STF afirmou que o acusado não poderia ser obrigado a ceder padrões amostrais de sua voz para perícia, acarretando nulidade processual.

Há que se pontuar, ainda, conforme apresentado pelo IBCCRIM em memoriais¹⁰ no bojo do RE n. 973.837, que a prova obtida mediante perícia genética segue padrões técnicos formais e custosos, sem os quais pode levar a condenações equivocadas, sobretudo pela ausência de previsão normativa sobre a preservação da cadeia de custódia, garantias contra a contaminação e a mistura de materiais genéticos, dentre outras exigências para que se atinja um nível suficiente de certeza a partir da perícia.

A par do debate constitucional, contudo, há que se fazer uma reflexão acerca da conveniência de um projeto de implementação tão cara e com resultados tão duvidosos. É fato que, apesar de aplicada em alguns casos, a regra, hoje, é que os juízes ignorem por completo a determinação da Lei n. 12.654/2012. Isso porque não há local próprio, recursos humanos e insumos que permitam que essa coleta do material seja feita. O projeto em comento, agora, expande essa exigência, hoje já inexecutável, a todas as condenações. Trata-se de milhões de procedimentos de coleta a serem feitos anualmente, o que justificaria a criação de órgãos públicos estaduais e federais es-

pecíficos para a coleta de material, armazenamento e controle. O fato é que essa expectativa é completamente irreal quando se tem em conta a questão fiscal e orçamentária no país. É preocupante que o próprio governo encaminhe ao Legislativo projeto que preveja um aporte financeiro enorme, sem sequer perspectiva de previsão orçamentária. Ainda mais preocupante é que o Ministério da Justiça sequer espere a definição acerca da constitucionalidade da matéria pelo STF, correndo o risco de realização de um investimento colossal em um aparato que, a depender da decisão, será integralmente relegado à inutilidade.

No mais, acerca da eficiência que se pode esperar da implementação do banco nas investigações criminais, alerta Nicolitt¹¹, a partir da experiência do Reino Unido, que afigurou como pioneiro na montagem de um banco genético criminal: *“Note-se que por meio da base de dados do Reino Unido, a probabilidade de um perfil obtido na cena de um crime ser confrontado com um perfil já existente na base de dados é de 45%, porém, em menos de 1% dos casos há sucesso em relação aos crimes apurados”*¹². O autor conclui assumindo que, se o sistema na Inglaterra é gigantesco e de insignificante eficiência, é esperado que no Brasil, onde há uma precariedade muito maior de recursos públicos, os investimentos feitos nesse aparato tecnológico não se revertam em qualquer resultado prático sobre as investigações criminais.

CONCLUSÃO: MEDIDA INCONSTITUCIONAL E INOPORTUNA

¹⁰ <https://www.ibccrim.org.br/noticia/14312-IBCCRIM-apresenta-memoriais-no-STF-em-acao-sobre-coleta-de-material-genetico-de-presos-condenados>

¹¹ NICOLLIT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA): As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. In Boletim Ibccrim, n. 245, abril/2013, p.

¹² Forensic Science Service. The National DNA Database Annual Report, pp. 3-4.

O objetivo da nota⁸⁴ é “expor argumentos sobre as medidas de forma a apontar posicionamentos institucionais, incluindo inconstitucionalidades, problemas técnicos e de operacionalização ou possibilidade de reapresentação da medida em diferente formato” o que fora feito com perfeição ao pontuar a inoportunidade do projeto, que hoje se converteu em lei.

O IBCCRIM destacou como pontos controversos a ampliação da extração do material genético para todos os crimes, mesmo aqueles de menor potencial ofensivo; que ela ocorreria a partir do trânsito em julgado na primeira instância, a falta de garantias em relação a contaminação, cadeia de custódia e infalibilidade da prova, os altos custos para criação e manutenção do Banco Genético e a ineficácia visto que os juízes não a aplicam em razão da falta de recurso e a extensão do projeto a um alto número de condenados. É praticamente impossível defender qualquer um destes pontos quando se conhece o sistema penal brasileiro na prática, pois se sabe que não irá funcionar e nas raríssimas aplicações que tiver, provavelmente será impulsionada pela mídia, por casos de repercussão, que mais uma vez pressionam o judiciário para ter uma postura mais firme contra a criminalidade, contudo isto impacta diretamente nos direitos constitucionais. Pensando mais além, se suscitada esta questão aumentam-se as chances de que àquele indivíduo que realmente cometeu o crime, que poderia ter sua autoria, materialidade comprovada do modo “tradicional” da persecução penal e então condenada acabe nas ruas em decorrência dessa pressão, pois uma vez violado qualquer um dos princípios como da privacidade, da não autoincriminação, da intimidade, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana ou gerar uma prova ilícita fara jus ao *in dubio pro reo*.

Para Eduardo Reale⁸⁵ esta a ampliação é desastrosa:

[...] o principal efeito do endurecimento, será o impacto direto sobre o sistema penitenciário, o qual já é extremamente precário. A adoção de qualquer medida que possa contribuir para o aprofundamento da crise nas cadeias brasileiras, deveria ser precedida por um estudo, especialmente no que concerne à superlotação dos presídios e a alta parcela de presos provisórios.

E de fato irá se comprovar ainda mais se for reconhecida a inconstitucionalidade visto que todo o investimento nessa tecnologia se perderá. O Instituto Sou da Paz⁸⁶ também explora a questão para eles a alteração “carece de foco e não é acompanhado de dados e justificativas

⁸⁴ Disponível em: <http://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-31-03-2020-20-54-01-570213.pdf>, p.4. Acesso em:20.03.2020.

⁸⁵ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/303217/o-inconstitucional-pacote-anticrime>. Acesso em:20.03.2020.

⁸⁶ Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/05/juristas-e-entidades-alertam-para-inconstitucionalidade-de-pacote-anticrime-de-moro/>Acesso em:20.03.2020.

que teriam embasado a escolha de cada um dos pontos, é possível que o pacote seja desfigurado e não sirva aos objetivos anunciados”. Afinal de todos os projetos proposto atualmente pelo legislativo a maioria tem caráter político, perseguem o endurecimento da Lei, mas não chega ao suposto alcance pretendido que é a redução da violência, apenas gera superlotação e a segregação social, pois uma vez que o indivíduo ingresse no sistema prisional, segundo o DEPEND, a taxa de reincidência é de até 70%. Logo a suposta lei não gera aumento da segurança e proporciona a queda da criminalidade, mas na verdade a impulsiona.

Este também é o entendimento do IBCCRIM⁸⁷ que reconhece a lei como: “tecnicamente frágil por trazer previsões já declaradas inconstitucionais, ao contrário de garantir a segurança pública, ele aprofundará a crise na segurança, fortalecendo facções prisionais, pelo fomento ao aprisionamento indiscriminado de sujeitos vulneráveis”. Logo, a um gasto de esforço, energia, dinheiro público para agravar a situação; a rara exceção é quando um indivíduo tem seu material genético confrontado, quando no momento da execução penal e descobre-se que na verdade ele não era o criminoso, ou seja mais um cidadão preso indevidamente, que revela quanto o sistema é falho.

Esta falha não é mérito e exclusividade do Brasil, um país extremamente desigual, mas também já fora visto em países de “primeiro mundo” como exemplifica Lazzaretti, Cunha e Schiocchet⁸⁸:

Desde 2013 que no Reino Unido caiu por terra a ideia de manter os perfis genéticos armazenados indefinidamente “Protection of Freedoms Act entrou em vigor, e exigiu que as amostras fossem deletadas depois seis meses da coleta, desde que não esteja sendo utilizada como prova em algum processo criminal (...) entendeu-se que o Tribunal do Reino Unido falhou na busca de equivalência entre o interesse público e privado, o que ultrapassou a margem aceitável nesse assunto. A interferência na vida privada causada pela retenção de amostras e perfis genéticos no caso de pessoas inocentes, não pode ser considerada como necessária para a sociedade democrática pois houve violação ao direito que estabelece o respeito pela vida privada e familiar.”

Logo não se justifica o risco de violar tantos direitos fundamentais, constitucionais em decorrência do clamor público, da política e da mídia para tamanha ineficácia.

⁸⁷ Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/05/juristas-e-entidades-alertam-para-inconstitucionalidade-de-pacote-anticrime-de-moro/Acesso em:20.03.2020>.

⁸⁸ Disponível em: <http://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%2C%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf>, p.7 Acesso em:20.03.2020.

CONCLUSÃO

Para finalizar o presente trabalho cabe a célebre frase de Benjamin Franklin “Those who would give up essential Liberty, to purchase a little temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety,” em tradução literal quer dizer que “aqueles que abrem mão da liberdade essencial por um pouco de segurança temporária não merecem nem liberdade nem segurança.” A frase se adequa perfeitamente ao tema que marca a colisão dos direitos individuais *versus* direitos coletivos, isto é, a justificativa de garantir a segurança pública em detrimento da proteção aos princípios fundamentais, constitucionais voltados para um único cidadão.

Observa-se que é absurdo defender o endurecimento das leis penais que se sobressaem aos princípios constitucionais como pretexto de solucionar crimes. Esta é uma intromissão desproporcional e resulta em graves violações como ao princípio da Dignidade Humana, do Devido Processo Legal, do *nemo tenentur se detegere*, da Igualdade, da Privacidade e Intimidade, da Personalidade; ou seja, aos princípios constitucionais, penais, processuais penais e cíveis.

É possível inferir que a perpetuação de uma lei inconstitucional em um ordenamento jurídico gera um efeito cíclico de violações. Na busca de gerar segurança desencadeia-se um efeito dominó que viola Direitos Internacionais, Tratados, a Constituição, as leis infraconstitucionais, isto é, à toda hierarquia, como ilustra a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Coloca-se em xeque o papel do Estado, do Direito e ainda a Moral e a Ética, o que não deve ser tolerado.

Dos pontos levantados em cada capítulo tem-se que o principal deles é que é sagrado o princípio do *nemo tenentur se detegere*, não sendo possível há coleta compulsória de material genético sob pena de violação a outros princípios fundamentais como o Devido Processo Legal. Outra incidência é que a lei em questão não se preocupou em distinguir as situações de continuidade da persecução criminal, arquivamento do inquérito e rejeição de denúncia – com e sem coisa julgada material, a extinção da punibilidade e absolvição, que aparentemente mereceriam tratamento individualizado quando fatores determinantes no tempo de guarda do material genético pelo Banco Nacional de Perfis Genéticos.

Alcança-se que inexistindo razões para manutenção da persecução criminal em desfavor do investigado ou réu, ou mesmo com a absolvição deste, todas as informações devem ser extraídas do banco de dados, sobretudo porque é infundada a argumentação de

mantê-lo para possibilitar e ser utilizado em perseguições criminais futuras.

Ademais, lei com caráter político como essas, populistas e mais severas não trarão mais segurança, não irão inibir os crimes, somente encorajam o uso da força excessiva, que resulta em retaliação por parte das organizações criminosas. Ou seja, são leis que ofendem os direitos fundamentais e estão passíveis do controle de constitucionalidade.

Sobre o controle de constitucionalidade percebe-se que este é fundamental para proteção da constituição, de seus cidadãos e ainda para “gerenciar” a divisão dos três poderes para melhor atuação do Estado.

É possível concluir ainda que o fato de o Estado guardar um banco de dados com provas que talvez venham a ser utilizada em um crime futuro que marca o retrocesso, a dependência desesperada de que um terceiro solucione os problemas coletivos, como se todos ansiassem por um herói enquanto que são desrespeitos os princípios e garantias constitucionais.

Deduz que a coleta desse tipo de material, a posse dessas informações representa fundada violação aos direitos fundamentais, ao devido processo legal, gera grave ameaça a privacidade de nossos cidadão, onera excessivamente o estado, pode aumentar os encarceramentos indevidos, aliena a população ao alimentá-la com o sentimento punitivista desnecessário e torna a justiça criminal cada vez mais dependente de uma tecnologia dita, imaginada como perfeita, milagrosa, capaz de solucionar todos os casos, mas que na verdade é sim falha. Não existe tecnologia, sistema perfeito e o Brasil padecem de grave atraso tecnológico.

Carecemos de realismo, antes da criação das leis “milagrosas” é imprescindível um denso estudo sobre os temas, há que se investir tempo em uma análise perfeitamente centrada, profunda do nosso ordenamento jurídico e do que é realmente necessário para ele.

É forçoso escutar os especialistas sobre a matéria e a sociedade; é preciso proporcionar o debate nas mais amplas esferas, no lugar de simplesmente aderir as leis existentes em outros países, que não possuem a mesma eficácia, os mesmos dados, os problemas, que os do Brasil, e portanto o menor sentido, tão somente para satisfazer a mídia e o clamor popular.

É necessário investir na geração de empregos, na educação; buscar formas de melhorar os recursos e a capacitação das policias. Somente isto e as políticas públicas são realmente eficientes no combate a criminalidade.

Devem ser perquiridas alternativas para solucionar os conflitos existentes, como a reparação, a conciliação, prestação de serviços comunitários, internações, terapias; tudo isso vem antes da última *ratio* que é o direito penal.

A criminologia deve ser aplicada para compreender a origem, a evolução, os efeitos dos delitos. Para mapear a situação real do encarceramento e assim encontrar soluções de minimizá-lo, vez que a política de ressocialização é a forma mais eficaz de prevenção.

No lugar de encarcerar mais, a todo instante, faz-se obrigatória uma análise do sistema prisional para munidos de responsabilidade e estratégias anteparar a reincidência. Muitos dos indivíduos que ali estão não são criminosos, só não tiveram seus direitos básicos protegidos e respeitados.

Ou seja, a verdade é que a maior política de combate criminal reside na própria Constituição, na aplicação, na defesa dos direitos constitucionais. A situação atual decorre da falta de acesso adequado a saúde, a educação, a moradia digna, ao contraditório e a ampla defesa; perpetuando-se tão somente a corrupção. Tudo isso emana dos desrespeitos a Dignidade da Pessoa Humana. Se o Estado atuasse como lhe manda a Magna Carta ele deixaria de produzir tanta violência, ou seja, é ele quem determina quantos presos vão existir.

Compete então aos magistrados assegurar a igualdade entre as partes, a paridade de armas, ser imparcial, julgar as provas sem impor valores desiguais e especiais a ela. Lembrar que um DNA não é capaz de sozinho determinar todo o processo, e ainda que fosse os direitos constitucionais estão aí para serem aplicados e garantidos.

Por fim incumbe agora ao Supremo Tribunal Federal analisar a repercussão do tema, a (in)constitucionalidade ou preencher as lacunas permitidas pelas leis aqui questionadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-48, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p.230.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário (RE) 973.837/MG**. Pacto San Jose da Costa Rica.. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359760>. Acesso em: 20.03.2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 0926974 – 03.11.2015**. Relator Ministro Gilmar Mendes. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359760>. Acesso em: 20.03.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>.

CANOTILHO, J. J. G. MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa**. 3ª Anotada, ed., Coimbra, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília: CNJ, agosto de 2018a. 97 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri**/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019a. 41 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018c. 214 p.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCCP). **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, Distrito Federal, 2015. Disponível em: . Acesso em: 28 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCCP). **Resolução CNPCCP nº 9 de 13/11/2009**. Disponível em: . Acesso em: 04 set. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. Salvador: Podivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição De 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado. AASP. N.º 42, abril de 1994, p. 30-34.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2017**. Disponível em: . Acesso em: 16 jul. 2019. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Em 2017, expectativa de vida era de 76 anos. 2018. Disponível em: . Acesso em: 10 jul. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil**. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. 160 p.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Orgs.). **Atlas da Violência 2017**. Rio de Janeiro: IPEA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017. 68 p.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Orgs.). **Atlas da Violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: IPEA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. 115 p.

INSTITUTO IGARAPÉ. Nota Técnica Abril 2019. **O que explica a grande queda no índice de homicídios no Brasil?** Disponível em: . Acesso em: 04 jul. 2019.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade? Porque o Brasil precisa de um Indicador Nacional de Esclarecimento de Homicídios**. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 114 2017. 18 p. Disponível em: . Acesso em: 09 jul. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. 3002 p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: Ltr. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo. Malheiros. 3. ed, 2000. 48 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo. Malheiros. 3. ed, 1993. 48 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2^a ed. Lisboa: Coimbra, 1983.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003. 594p – PDF.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. v. 3. São Paulo: Atlas, 1997.

ORRUTEA, Rogério Moreira. **Curso de Filosofia do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.488p

SILVA, José Afonso - **Curso De Direito Constitucional Positivo** / José Afonso da Silva. – 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUXBERGER, Antônio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. **Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 21^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 1)

WEBER, Max. 1982. **Ensaio de Sociologia**. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar.

SITES:

1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112654.htm. Acesso em 03.03.2020.
2. Disponível em:

- <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=CONSTITUI%C3%87%C3%83O> (Acesso em 03.03.2020).
3. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70516/constituicao-conceito-e-classificacao>
Acesso em: 03.03.2020.
 4. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/norma-que-permite-coleta-de-material-genetico-para-identificacao-criminal-e-constitucional-diz-pgr>. Acesso em: 06.03.2020.
 5. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/02/05/juristas-e-entidades-alertam-para-inconstitucionalidade-de-pacote-anticrime-de-moro/>. Acesso em 06.03.2020.
 6. Disponível em: <https://oliveiraoab.jusbrasil.com.br/artigos/411567086/colisao-de-direitos-fundamentais-e-a-tecnica-do-sopesamento>. Acesso em: 08.03.2020.
 7. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/05/nota_tecnica_homicidios.pdf. Acesso em 08.03.2020.
 8. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf> . Acesso em: 13.03.2020.
 9. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2019/05/nota_tecnica_homicidios.pdf. Acesso em: 14.03.2020.
 10. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/cada-pais-numero-presos-decide-raul-zaffaroni>. Acesso em: 14.03.2020.
 11. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF395votoCM.pdf>. Acesso em 15.03.2020.
 12. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/cristiane_lemos_2014_2.pdf. Acesso em: 16.03.2020)
 13. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/geral/banco-de-dados-inicia-coleta-de-dna-de-criminosos-893528.html>. Acesso em:16.03.2020.
 14. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/reportagem/uso-de-dna-ainda-e-raro-no-brasil-1025274.html>. Acesso em (16.03.2020)
 15. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>
Acesso em: 17.03.2020.
 16. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/apresentacao-aline-minervino>. Acesso em: 17.03.2020.
 17. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/325133939_Contribuicao_do_Banco_de_Perfis_Geneticos_da_Superintendencia_de_Policia_Tecnico-

Cientifica_do_Estado_de_Goias_com_a_elucidacao_de_crimes_apos_tres_anos_de_funcionamento. Acesso em: 17.03.2020.

18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/academia-policial-banco-nacional-perfil-genetico-nem-tudo-reluz-ouro>. Acesso em: 17.03.2020.
19. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/brasil-tem-queda-de-19-nos-crimes-violentos-em-2019.shtml>. Acesso em: 17.03.2020.
20. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2009/08/18/science/18dna.html>. Acesso em 17.03.2020.
21. Disponível em:
<http://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Artigo%20SUBMETIDO%20-%20ENADIR%202015%20-%20Bianca%20C%20Anita%20e%20Taysa%20-%20BPG.pdf>. Acesso em 17.03.2020.
22. Disponível em:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/4Port.pdf. Acesso em 20.03.2020.
23. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/8724-Nota-Publica>
Acesso em 20.03.2020.
24. Disponível em: <https://paineira.usp.br/aun/index.php/2019/08/07/panico-moral-e-estado-de-negacao-de-juizes-contribuem-para-encarceramento-exagerado/>. Acesso em: 16.04.2020).
25. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/11981492/do1-2018-04-26-resolucao-n-9-de-13-de-abril-de-2018-11981488. Acesso em: 21.04.2020.

ANEXO

Anexo I

Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019

[Mensagem de veto](#)

Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

[Vigência](#)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Art. 2º O [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 25.

[Parágrafo único.](#) Observados os requisitos previstos no **caput** deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.” (NR)

“[Art. 51.](#) Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

..... (NR)

“[Art. 75.](#) O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

..... (NR)

“Art. 83.

.....

[III -](#) comprovado:

- a) bom comportamento durante a execução da pena;
- b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;
- c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e
- d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

..... (NR)

“[Art. 91-A.](#) Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens

correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no **caput** deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.”

“Art. 116.
.....

II - enquanto o agente cumpre pena no exterior;

III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e

IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

.....” (NR)

“Art. 121.
.....

§ 2º.
.....

VIII - (VETADO):

.....” (NR)

“Art. 141.

§ 1º

§ 2º (VETADO).” (NR)

“Art. 157.

.....

§ 2º.

.....

VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;

.....

§ 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo.

..... ”(NR)

“Art. 171.

.....

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

- I - a Administração Pública, direta ou indireta;
- II - criança ou adolescente;
- III - pessoa com deficiência mental; ou
- IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.” (NR)

“Art. 316.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.” (NR)

Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Juiz das Garantias

‘Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.’

‘Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal;
- II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por

até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.’

‘Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

§ 1º Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

§ 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.’

‘Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.’

‘Art. 3º-E. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.’

‘Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.”

“Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no [art. 144 da Constituição Federal](#) figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no [art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no **caput** deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no [art. 142 da Constituição Federal](#), desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.”

“[Art. 28](#). Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.” (NR)

“[Art. 28-A](#). Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.”

“[Art. 122](#). Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do disposto no art. 133 deste Código.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

“[Art. 124-A](#). Na hipótese de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver destinação dos bens a museus públicos.”

[“Art. 133.](#) Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado.

§ 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

§ 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, exceto se houver previsão diversa em lei especial.” (NR)

[“Art. 133-A.](#) O juiz poderá autorizar, constatado o interesse público, a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública previstos no [art. 144 da Constituição Federal](#), do sistema prisional, do sistema socioeducativo, da Força Nacional de Segurança Pública e do Instituto Geral de Perícia, para o desempenho de suas atividades.

§ 1º O órgão de segurança pública participante das ações de investigação ou repressão da infração penal que ensejou a constrição do bem terá prioridade na sua utilização.

§ 2º Fora das hipóteses anteriores, demonstrado o interesse público, o juiz poderá autorizar o uso do bem pelos demais órgãos públicos.

§ 3º Se o bem a que se refere o **caput** deste artigo for veículo, embarcação ou aeronave, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão público beneficiário, o qual estará isento do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à disponibilização do bem para a sua utilização, que deverão ser cobrados de seu responsável.

§ 4º Transitada em julgado a sentença penal condenatória com a decretação de perdimento dos bens, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público beneficiário ao qual foi custodiado o bem.”

“Art. 157.

.....

[§ 5º](#) O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (NR)

“CAPÍTULO II

DO EXAME DE CORPO DE DELITO, DA CADEIA DE CUSTÓDIA E DAS PERÍCIAS EM GERAL’

.....

[‘Art. 158-A.](#) Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.'

['Art. 158-B.](#) A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.'

['Art. 158-C.](#) A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.'

['Art. 158-D.](#) O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.’

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.’

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.’

.....

“Art. 282.

.....

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo

os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.” (NR)

“[Art. 283](#). Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

..... ”(NR)

“[Art. 287](#). Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.” (NR)

“[Art. 310](#). Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

.....

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos [incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.” (NR)

“[Art. 311](#). Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.” (NR)

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º.....

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.” (NR)

“Art. 313.

§ 1º

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.” (NR)

“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (NR)

“Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (NR)

“Art. 492.

I -

.....

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

.....

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do **caput** deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.” (NR)

“Art. 564.

.....

V- em decorrência de decisão carente de fundamentação.

.....” (NR)

“Art. 581.

.....

XXV- que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei.” (NR)

“Art. 638. O recurso extraordinário e o recurso especial serão processados e julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça na forma estabelecida por leis especiais, pela lei processual civil e pelos respectivos regimentos internos.” (NR)

Art. 4º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º-A. (VETADO).

.....

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

.....

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

§ 5º (VETADO).

§ 6º (VETADO).

§ 7º (VETADO).

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.” (NR)

“Art. 50.

.....

VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

.....” (NR)

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

§ 2º (Revogado).

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso:

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade;

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

§ 6º A visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.

§ 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do **caput** deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos.” (NR)

“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

.....

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

§ 7º (VETADO).” (NR)

“Art. 122.

§ 1º

§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o **caput** deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte.” (NR)

Art. 5º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º

L - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII);

.....

II - roubo:

- a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);
- b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);
- c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º);

III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);

.....

IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:

- I - o crime de genocídio, previsto nos [arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956](#);
- II - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no [art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#);
- III - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no [art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#);
- IV - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no [art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#);
- V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.” (NR)

Art. 6º A [Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 17.

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

.....

§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

.....” (NR)

“Art. 17-A. (VETADO):

- I - (VETADO);
- II - (VETADO);
- III - (VETADO).

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).”

Art. 7º A [Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996](#), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 8º-A e 10-A:

[“Art. 8º-A.](#) Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º (VETADO).

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.”

[“Art. 10-A.](#) Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.”

Art. 8º O art. 1º da [Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998](#), passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

“Art. 1º

.....

[§ 6º](#) Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.” (NR)

Art. 9º A [Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

[“Art. 16.](#) Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

.....
[§ 1º](#)

[§ 2º](#) Se as condutas descritas no **caput** e no § 1º deste artigo envolverem arma de fogo de uso proibido, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.” (NR)

“Art. 17.

[Pena](#) - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

[§ 1º](#)

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.” (NR)

“Art. 18.

[Pena](#) - reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.” (NR)

[“Art. 20.](#) Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se:

I - forem praticados por integrante dos órgãos e empresas referidas nos arts. 6º, 7º e 8º desta Lei; ou

II - o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza.” (NR)

[“Art. 34-A.](#) Os dados relacionados à coleta de registros balísticos serão armazenados no Banco Nacional de Perfis Balísticos.

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Balísticos tem como objetivo cadastrar armas de fogo e armazenar características de classe e individualizadoras de projéteis e de estojos de munição deflagrados por arma de fogo.

§ 2º O Banco Nacional de Perfis Balísticos será constituído pelos registros de elementos de munição deflagrados por armas de fogo relacionados a crimes, para subsidiar ações destinadas às apurações criminais federais, estaduais e distritais.

§ 3º O Banco Nacional de Perfis Balísticos será gerido pela unidade oficial de perícia criminal.

§ 4º Os dados constantes do Banco Nacional de Perfis Balísticos terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

§ 5º É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional de Perfis Balísticos.

§ 6º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional de Perfis Balísticos serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.”

Art. 10. O § 1º do art. 33 da [Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006](#), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 33.

§ 1º

.....

[IV](#) - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

.....” (NR)

Art. 11. A [Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

[Parágrafo único](#). O juízo federal de execução penal será competente para as ações de natureza penal que tenham por objeto fatos ou incidentes relacionados à execução da pena ou infrações penais ocorridas no estabelecimento penal federal.” (NR)

“[Art. 3º](#) Serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

§ 1º A inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características:

I - recolhimento em cela individual;

II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações;

III - banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e

IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita.

§ 2º Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário.

§ 3º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento.

§ 4º Os diretores dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou o Diretor do Sistema Penitenciário Federal poderão suspender e restringir o direito de visitas previsto no inciso II do § 1º deste artigo por meio de ato fundamentado.

§ 5º Configura o crime do [art. 325 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a violação ao disposto no § 2º deste artigo.” (NR)

“Art. 10.”

[§ 1º](#) O período de permanência será de até 3 (três) anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram.

.....” (NR)

“[Art. 11-A](#). As decisões relativas à transferência ou à prorrogação da permanência do preso em estabelecimento penal federal de segurança máxima, à concessão ou à denegação de benefícios prisionais ou à imposição de sanções ao preso federal poderão ser tomadas por órgão colegiado de juízes, na forma das normas de organização interna dos tribunais.”

“[Art. 11-B](#). Os Estados e o Distrito Federal poderão construir estabelecimentos penais de segurança máxima, ou adaptar os já existentes, aos quais será aplicável, no que couber, o disposto nesta Lei.”

Art. 12. A [Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“[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)

“[Art. 7º-C](#). Fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 1º A formação, a gestão e o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais serão regulamentados em ato do Poder Executivo federal.

§ 2º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais.

§ 3º O Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal.

§ 4º Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal.

§ 5º Poderão integrar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos

Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil.

§ 6º No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular.

§ 7º A integração ou a interoperação dos dados de registros multibiométricos constantes de outros bancos de dados com o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora.

§ 8º Os dados constantes do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial responderá civil, penal e administrativamente.

§ 9º As informações obtidas a partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado.

§ 10. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.

§ 11. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais.”

Art. 13. A [Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012](#), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1º-A:

“[Art. 1º-A.](#) Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento:

I - de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição;

II - do crime do [art. 288-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#); e

III - das infrações penais conexas aos crimes a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo.

§ 1º As Varas Criminais Colegiadas terão competência para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado.

§ 2º Ao receber, segundo as regras normais de distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados no **caput** deste artigo, o juiz deverá declinar da competência e remeter os autos, em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária.

§ 3º Feita a remessa mencionada no § 2º deste artigo, a Vara Criminal Colegiada terá competência para todos os atos processuais posteriores, incluindo os da fase de execução.”

Art. 14. A [Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º

.....

§ 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.” (NR)

“Seção I

Da Colaboração Premiada’

‘Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.’

‘Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado.

§ 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa.

§ 3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor.

§ 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público.

§ 5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos.

§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.’

‘Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

§ 2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público.

§ 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.

§ 4º Incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração.'

'Art. 4º

.....

§ 4º Nas mesmas hipóteses do **caput** deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

.....

§ 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.

.....

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade;

II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no **caput** e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do [art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na [Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 \(Lei de Execução Penal\)](#) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do **caput** deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#) e do [Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença.

§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

.....

§ 10-A Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.

.....

§ 13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.

.....

§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:

- I - medidas cautelares reais ou pessoais;
- II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;
- III - sentença condenatória.

§ 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.

§ 18. O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.' (NR)

'Art. 5º

.....

VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corrêus ou condenados.' (NR)

'Art. 7º

.....

§ 3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.' (NR)"

"Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do **caput** do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se:

- I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão;
- II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão.

§ 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis.

§ 4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade.

§ 5º Findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverão ser registrados, gravados, armazenados e apresentados ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 6º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

§ 7º É nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo.”

[“Art. 10-B.](#) As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo.

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações.”

[“Art. 10-C.](#) Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.”

[“Art. 10-D.](#) Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado.

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no **caput** deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos.”

“Art. 11.

[Parágrafo único.](#) Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet.” (NR)

Art. 15. A [Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

[“Art. 4º-A.](#) A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.”

“Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos.

Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.”

“Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

§ 1º A prática de ações ou omissões de retaliação ao informante configurará falta disciplinar grave e sujeitará o agente à demissão a bem do serviço público.

§ 2º O informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais.

§ 3º Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.”

Art. 16. O art. 1º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 1º

§ 3º Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos termos do art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).” (NR)

Art. 17. O art. 3º da Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

V- os recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras;

VI - os recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal;

VII - as fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal;

VIII - os rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FNSP.

.....” (NR)

Art. 18. O [Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 \(Código de Processo Penal Militar\)](#), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 16-A:

“[Art. 16-A](#). Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos [arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 \(Código Penal Militar\)](#), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no **caput** deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo aplicam-se aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no [art. 142 da Constituição Federal](#), desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.”

Art. 19. Fica revogado o [§ 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#).

Art. 20. Esta Lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 24 de dezembro de 2019; 198º da Independência e 131º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Sérgio Moro

José Vicente Santini

André Luiz de Almeida Mendonça

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.12.2019 - Edição extra