

Mandado de Segurança n. 8000211-90.2019.8.24.0000, de Joinville
Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

MANDADO DE SEGURANÇA. PLEITO DO INSTITUTO DE ANÁLISES FORENSES - IAF/IGP/SC PARA QUE O JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL DA COMARCA DE JOINVILLE/SC AUXILIE NA COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO DOS DETENTOS PARA A INSERÇÃO NO BANCO DE PERFIS GENÉTICOS, NOS MOLDES DO ART. 9º-A, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP). MAGISTRADO, ENTRETANTO, QUE INDEFERIU O PEDIDO POR, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, RECONHECER A INCONSTITUCIONALIDADE DO CITADO DISPOSITIVO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA.

RECONHECIDA A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COM O ESCOPO DE PRESERVAR SUAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NA QUALIDADE DE FISCAL DA LEI E DE ÓRGÃO DA EXECUÇÃO PENAL (ART. 61, III, DA LEP). MATÉRIA QUE ENVOLVE NÃO APENAS PROCEDIMENTO A SER OBSERVADO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL MAS, TAMBÉM, FUTURAS INVESTIGAÇÕES E AÇÕES CRIMINAIS.

MATÉRIA AFETADA PELO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 973.837/MG. TODAVIA, AUSÊNCIA DE DECISÃO EXPRESSA SUSPENDENDO O TRÂMITE, NO PAÍS, DOS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE O MESMO TEMA QUE AUTORIZA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO *MANDAMUS*. ADEMAIS, RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA SOBRE MATÉRIA DE DIREITO QUE NÃO IMPEDE A ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 625 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

MÉRITO. RECONHECIDA A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE COLETA DE MATERIAL GENÉTICO ESTATUÍDO PELA LEI N. 12.654/12, A QUAL ALTEROU O ART. 9ª-A DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS.

PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* QUE NÃO É ABSOLUTO. ANÁLISE DA MATÉRIA SOB A LUZ DA PROPORCIONALIDADE. PROCEDIMENTO INDOLOR QUE VISA A SOLUÇÃO JUSTA DE CRIMES GRAVES E DIMINUI AS CHANCES DE ERRO JUDICIÁRIO. DIGNIDADE HUMANA DO CONDENADO QUE SERÁ PRESERVADA PELA FISCALIZAÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. SEGURANÇA CONHECIDA E CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 8000211-90.2019.8.24.0000, da comarca de Joinville 3ª Vara Criminal em que é Impetrante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Impetrado Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do *mandamus* e conceder-lhe a segurança para determinar à autoridade coatora a fiel observância às determinações contidas no art. 9º-A da Lei de Execução Penal.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Alberto Civinski, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Sartorato.

Funcionou como representante do Ministério Público, a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Dra. Jayne Abdala Bandeira.

Florianópolis, 18 de junho de 2020.

Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina, contra ato acoimado de ilegal praticado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC que, nos autos do incidente de petição criminal n. 0001080-75.2019.8.24.0038, indeferiu o pleito formulado pelo Instituto de Análises Forenses – IAF/IGP/SC para que a autoridade coatora auxiliasse na implementação de coleta de amostra biológica de condenados pela prática de crimes dolosos de natureza grave contra a pessoa e crimes previstos no art. 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), com o intuito de que os dados colhidos fossem inseridos no Banco de Perfis Genéticos, nos termos do Aviso Ministerial n. 50/2018 do Ministério Extraordinário da Segurança Pública (fls. 2-3).

De início, o Ministério Público defendeu sua legitimidade ativa para impetrar o presente *mandamus*, sob o argumento de que, na condição de fiscal da lei e de órgão da execução penal, é manifesto o "*direito líquido e certo do Parquet para velar, fiscalizar e oficiar em todos os processos executivos e em todos os seus incidentes, objetivando, notadamente quando da concessão de benefícios aos apenados, o efetivo resguardo da ordem jurídica e a estrita observância à legislação vigente. Ainda, de acordo com Paulo e Alexandrino (2014)*" (fl. 5).

No mérito, alegou que "*o Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville afrontou os princípios da legalidade, do devido processo legal e da razoabilidade, uma vez que o magistrado ao dispensar a possibilidade de coleta de material genético de pessoa presa, para fins de inserção em Banco de Perfis Genéticos, dificultou o aprimoramento e modernização da investigação criminal, da resolução de crimes e o fortalecimento da segurança pública nacional*" (fl. 7).

Ressaltou a importância da identificação criminal, porquanto evita o cometimento de erros pelo Poder Judiciário e a responsabilização de terceiros

por ato por eles não praticados, bem como *"desvenda crimes cuja autoria não se têm notícias e impede que o acusado se recuse a colaborar com o ente estatal."* (fl. 10).

Salientou que *"não existem garantias fundamentais absolutas neste ordenamento jurídico pátrio, tampouco as que remetem aos direitos fundamentais."* (fl. 10)

Ressaltou que *"o que deve ser sopesado, é se a medida causará risco à integridade física ou psicológica do indivíduo ou, eventualmente, à dignidade humana, o que, por óbvio, não ocorrerá in casu, sobretudo porque a colheita de material biológico não é considerada intercessão abusiva de identificação criminal. A valer, observa-se que a contribuição do indivíduo é limitada, razão pela qual não persistem motivos plausíveis para que não seja permitida a sua realização"* (fl. 13).

Concluiu ser *"constitucional a extração de material biológico para elaboração de cadastro com intuito de apurar infrações penais supervenientes em face dos apenados condenados por crimes praticados dolosamente com violência ou grave ameaça contra a pessoa ou delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos. Assim, não há que se falar que coleta de material genético não atende ao princípio da proporcionalidade, haja vista que somente os condenados por crimes gravíssimos é que serão submetidos a tal procedimento, tampouco em violação ao princípio da presunção de inocência, haja vista que os indivíduos sujeitos à extração de DNA (ácido desoxirribonucleico) foram condenados criminalmente"*. (fl. 14)

Requeru, portanto, a concessão da segurança, para os fins de permitir a coleta de amostra biológica dos condenados por crimes praticados dolosamente com grave violência contra a pessoa e crimes de natureza hedionda (art. 1º da Lei n. 8.072/1990) que já se encontram alocados junto às Unidades Prisionais da Comarca de Joinville/SC.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 68-70.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge o qual se manifestou pela concessão da segurança.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina, contra ato acoimado de ilegal praticado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC que, nos autos do incidente de petição criminal n. 0001080-75.2019.8.24.0038, indeferiu o pleito formulado pelo Instituto de Análises Forenses – IAF/IGP/SC para que a autoridade coatora auxiliasse na implementação de coleta de amostra biológica de condenados pela prática de crimes dolosos de natureza grave contra a pessoas e crimes previstos no art. 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), com o intuito de que os dados colhidos fossem inseridos no Banco de Perfis Genéticos, nos termos do Aviso Ministerial n. 50/2018 do Ministério Extraordinário da Segurança Pública (fls. 2-3).

O pleito do IAF/IGP/SC esteve escorado no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, sendo que o nobre Magistrado singular, após realizar controle difuso de constitucionalidade, julgou que a pretensão do Instituto afronta princípios e dispositivos constitucionais, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Destarte, após terem sido requisitadas informações à autoridade coatora (fl. 66), elas foram prestadas nos seguintes moldes (fls. 168-170):

Prestação de Informações em Mandado de Segurança n. 8000211-90.2019.8.24.0000/SC:

Impetrante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Juiz de Direito da 3a. Vara Criminal da Comarca de Joinville

Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Trata-se de incidente formado para deliberação acerca do ofício n. 0024/2019 recebido do Instituto de Análises Forenses – IAF/IGP/SC, que solicitou o apoio deste Juízo na implementação de coleta de amostra biológica de condenados pela prática de crimes dolosos de natureza grave contra a pessoa e crimes previstos no art. 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), a fim de que fossem os dados colhidos inseridos no Banco de Perfis Genéticos, em observância ao Aviso Ministerial n. 50/2018 do Ministério Extraordinário da Segurança Pública (fls. 2-3).

O Ministério Público, entendendo tratar-se de pedido com vistas à preservação da Segurança Pública e considerando o deferimento de semelhante pedido ocorrido na Comarca da Capital (fls 7-8), não se opôs ao pedido formulado pelo IAF/IGP/SC (fls. 12-13).

A Defensoria Pública manifestou-se pela não implementação do sistema de coleta de material biológico, por entender que a determinação contida no art. 9º-A da Lei de Execuções Penais viola direitos fundamentais e cláusula pétrea (fls. 17-8).

Em 21.2.2019, este Juízo prolatou decisão nos seguintes termos:

[...] Antes de adentrar ao mérito, primeiramente registre-se que os art. 8º e 9º, da LEP, estão inseridos no Título II (Do Condenado e do Internado), Capítulo 1 (Da Classificação), onde nitidamente constam providências ao Poder Executivo e órgãos de segurança pública e administração prisional, não ao Poder Judiciário.

Dito isso, passo ao mérito da questão.

Pois bem, não obstante a hodierna política de Segurança Pública, que algumas vezes traz no seu eixo a pena como símbolo da afirmação da ordem e outras como função possibilitadora da punição, cu,pré de uma vez por todas resgatar a original razão do direito penal, concebido como nada além de um sistema de garantias do cidadão. Direito penal este informador do sistema jurídico, através de um papel limitador do poder do Estado, amparado precipuamente não no Código Penal ou de Processo Penal, mas no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 que, antes de gerar impunidade, cria isto sim a confiança de todos no Estado Democrático de Direito.

Na espécie, dispõe o art. 9-A, da LEP:

*Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, **obrigatoriamente**, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor (grife-se).*

Ou seja, da norma legal acima exposta, extrai-se que o reeducando, independentemente do seu consentimento, será obrigado a ceder material genético para efeito de cadastro em banco próprio.

*De plano, constata-se que o procedimento coercitivo de **identificação do perfil genético mediante** colheita de material genético **afronta o art. 5º, incisos LVII e LXIII, da CRFB/88**, ferindo a garantia de que nenhum cidadão será obrigado a produzir prova contra si (nemo tenetur se detegere).*

Neste ponto, mutatis mutandis, destaca-se recente questão amplamente debatida sobre a obrigatoriedade da participação em teste de "bafômetro" nos delitos de trânsito, in verbis:

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR

QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. **O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (nemo tenetur se detegere). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.** 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.[...] (STJ, REsp 1.111.566/DF, 3ª Seção, rel Min. Marco Aurélio Bellizze, relator p/ o Acórdão Min, Adilson Vieira Maachbu, j. 28-3-2012) (grifou-se)

Se isso não bastasse, há disposição expressa no art. 8.2, letra "g" da Convenção Americana de Direitos Humanos na qual ninguém será obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. Observe-se que a norma em questão deve ser interpretada em nível hierárquico superior à lei.

Ressalta-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu como repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A, da LEP (RE 973837 RG/MG), estando o recurso pendente de julgamento, vide consulta realizada nesta data.

Ante o exposto, ainda que em sucinta fundamentação, este Juízo não tem dúvida sobre a inconstitucionalidade do art. 9-A, da LEP, sendo apenas questão de tempo decisão do Supremo Tribunal Federal nesse mesmo sentido.

Ex positis:

Em razão de afronta direta às garantias dispostas nos **incisos LVII e LXIII do art. 5º da CF/88, em controle difuso, reconheço a inconstitucionalidade** do art. 9-A, da LEP, no tocante ao submetimento obrigatório da retirada de material genético de pessoa presa nesta Comarca de Joinville para fins de inserção no Banco de Perfis Genéticos.

Intimem-se Ministério Público e Defensoria Pública.

Comunique-se ao Instituto de Análises Forenses – IAF/IGP/SC.

Comunique-se ao Presídio Regional de Joinville, à Penitenciária Industrial de Joinville e ao DEAP.

Tudo cumprido, archive-se este incidente [...].

O Parquet, por sua vez, pretende, em síntese, "a concessão da segurança pleiteada, para os fins de permitir a coleta de amostra biológica dos condenados por crimes praticados dolosamente com grave violência contra a pessoa e crimes de natureza hedionda (art. 1º da Lei n. 8.072/1990) que já se encontram alocados junto às Unidades Prisionais desta Comarca de Joinville

(Presídio Regional e Penitenciária Industrial), para inserção no Banco de Perfis Genéticos, nos termos do art. 9-A da Lei de Execuções Penais, bem como daqueles que vierem a ser alocados nos referidos estabelecimentos prisionais a partir da concessão da ordem, devendo os responsáveis pelas Unidades Prisionais comunicar a autoridade indicada pelo Instituto de Análises Forenses quando do ingresso de condenado por crimes dolosamente com grave violência contra a pessoa e crimes de natureza hedionda (art. 1º da Lei n. 8.072/1990) para providenciar a coleta de amostra Biológica".

Destaca-se, portanto, que o presente *mandamus* está delimitado à análise da constitucionalidade/legalidade do ato do poder estatal compelir o condenado, nos termos do art. 9ª-A, a fornecer seu DNA – independentemente de sua vontade – para a formação de banco de perfil genético.

Não se discute, portanto, a constitucionalidade da própria existência do banco de perfil genético em si, ou a utilização de outros meios que não envolvam um comportamento ativo do apenado.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, ponderações que bem resumem alguns dos principais pontos a serem abordados neste julgamento:

Embora os resultados de identificação criminal pelos processos tradicionais, como o datiloscópico e o fotográfico, eventualmente possam ser úteis no mesmo ou em outro procedimento criminal para apuração da autoria de um delito, não é essa a sua finalidade principal. A identificação pelo perfil genético tem natureza diversa, porque seu objetivo central não é o de tornar certa a identidade do suspeito ou acusado de um crime, para que não haja dúvidas sobre quem é a pessoa investigada ou o réu no processo. Sua finalidade, no inquérito policial ou na execução penal, é o de coletar elementos (material biológico) no inquérito policial ou na execução penal, é o de coletar elementos (material biológico) que possam subsidiar perícias técnicas com vistas à elucidação de um crime, pretérito ou futuro. Por essa razão, o exame da constitucionalidade das normas que preveem a identificação por perfil genético há que se realizar não somente em face do art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, mas, também e principalmente, em sua relação com os princípios e garantias que regem a investigação criminal e a produção de prova no processo penal. A Constituição Federal e as convenções internacionais não

vedam a utilização do perfil genético como método de investigação e meio de prova. A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na Conferência da Unesco de 16-10-2004, prevê que a utilização dos dados genéticos humanos em investigação ou processo penal rege-se pelas leis internas em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos (arts. 1º, c, 5º, III, e 12), inclusive no que diz respeito à possibilidade de dispensa do consentimento prévio do indiciado ou réu (art. 8º). Tem-se questionado, no entanto, a validade das novas normas legais porque violariam importantes princípios e garantias constitucionais (art. 5º, XLIX, LV, LVII, LVIII e LXIII). A coleta de material biológico para a elaboração de perfil genético não ofende a integridade física e moral do réu ou condenado, porque as técnicas científicas disponíveis permitem que ela seja feita de forma não invasiva, sem dano corporal mínimo, não vexatória e indolor, conforme determina a lei. O respeito ao contraditório ou à ampla defesa deve ser aferido no caso concreto em face da observância das normas que disciplinam a produção da prova técnica no processo penal (arts. 159 ss do CPP) e da efetiva concessão de oportunidade ao acusado de acompanhar e se contrapor aos métodos utilizados e aos resultados obtidos, oferecendo quesitos, indicando assistente técnico, requerendo esclarecimento de perito etc. **Mais relevantes são as objeções à possibilidade de coleta do material biológico sem o consentimento do indiciado ou do condenado e de preservação do perfil genético em um banco próprio.** A Constituição Federal, ao garantir o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), acolheu o princípio do *nemo tenetur se detegere*. **Se ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si próprio, como se tem reconhecido também em outras hipóteses, como a de recusa de fornecer material grafotécnico, de se submeter ao teste de etilômetro e de colaborar na reprodução simulada dos fatos, maior razão ampara aquele que recusa à identificação por perfil genético, por implicar fornecimento de material do próprio corpo para a extração do DNA e a decifração do código genético que, biologicamente, o caracteriza como indivíduo.** Além da obrigatoriedade da coleta do material genético, tem-se questionado a preservação do perfil genético em um banco específico, porque suas únicas finalidades **seriam as de facilitar a apuração de crimes futuros que possa o condenado praticar e de propiciar elementos de provas a serem utilizados nas eventuais ações penais, o que afrontaria o princípio da presunção de inocência.** Por fim, sustenta-se que a identificação por perfil genético fere o direito à intimidade (art. 5º, X, da CF) e teme-se que, embora prevista a confidencialidade do conteúdo do banco, os dados genéticos armazenados possam favorecer práticas discriminatórias, reavivar conceitos lombrosianos e contribuir para a hipertrofia do controle estatal sobre o indivíduo. A constitucionalidade ou não da coleta de material genético para a constituição do banco de dados encontra-se sob a apreciação do STF. (MIRABETE, Júlio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984 - 13. ed. rev., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, ps. 47/48).

A segurança, adianta-se, deve ser concedida.

2. Da legitimidade ativa do Ministério Público

De início, faz-se curial destacar a legitimidade ativa do Ministério Público para a impetração do presente *mandamus*.

Em âmbito constitucional, o art. 5º, LXIX, da Carta Magna não faz qualquer restrição acerca de quem pode impetrar o mandado de segurança, afirmando apenas que será concedido *"mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"*.

Disciplinando o tema, o art. 1º da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09) prevê que o mandado de segurança poderá ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica que sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O Desembargador e doutrinador, Dr. Hélio do Valle Pereira, ao discorrer acerca da possibilidade de pessoas jurídicas impetrarem mandado de segurança, ensina que o Ministério Público (além de outros órgãos), pode fazê-lo com o escopo de preservar suas atribuições:

A nova Lei do Mandado de Segurança fala que poderá impetrá-lo *qualquer pessoa física ou jurídica*. Antes se falava de ilicitude sofrida por alguém.

[...]

O *caput* do art. 1º ora comentado merece uma interpretação que não seja literal. É que se deve fazer uma diferenciação entre *pessoas* e *sujeitos de direito*. As primeiras têm personalidade jurídica, de sorte que estão voltadas a atuar juridicamente de forma ampla. Mas existem entes que, mesmo desprovidos de personalidade (e não constituindo pessoas), podem integrar relações jurídicas, só que de maneira limitada à sua razão de existência. São *sujeitos de direitos* sem serem *pessoas*. Podem ser chamados de *sujeitos personificados não humanos* ou *grupos com personificação anômala*.

[...]

É tradicional, ainda, o reconhecimento da legitimidade ativa de órgãos públicos. Quer dizer, não somente à pessoa jurídica (que representa a congregação de todos os seus órgãos) é dada a legitimidade para o uso do mandado de segurança, mas também, em caráter eventual, a algum de seus componentes. [...] **O mesmo vale para os tribunais (jurisdicionais ou de contas), o Ministério Público**, a Defensoria Pública, cartórios extrajudiciais ou comissões parlamentares. Aliás, até *"agentes políticos que detenham prerrogativas funcionais específicas do cargo ou do mandato (Governadores, Prefeitos, Magistrados, Parlamentares, Membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, Ministros e Secretários de Estado e outros)" podem fazer uso do mandado de segurança para preservar suas atribuições.* (O Novo Mandado de Segurança / Hélio do Valle Pereira – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, ps. 37/38, grifou-se)

O art. 127, *caput*, da Constituição Federal, por sua vez, atribui ao Ministério Público a incumbência da *"defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."*

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) prevê, em seu artigo 32, I, que compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições, *"impetrar habeas-corpus e mandado de segurança e requerer correção parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes"*.

Espelhando a regra nacional, a Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina determina que é função institucional do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável, *"impetrar 'habeas corpus' e mandado de segurança"* (art. 82, V).

É fato incontestável, portanto, que ao Ministério Público é dada a faculdade de impetrar mandado de segurança contra atos que coloquem em risco os bens jurídicos protegidos por suas atribuições institucionais.

O art. 127, II, do Código de Processo Penal, por sua vez, atribui ao *Parquet* a função institucional de fiscalizar a execução da lei, ao passo que o art. 61, III, da Lei de Execuções Penais afirma que o Ministério Público é *"órgão da execução penal"* e o art. 67, *caput*, que *"o Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e"*

nos incidentes de execução".

O caso objeto deste mandado de segurança, por sua vez, diz respeito à suposta violação, pelo Juízo da Execução Penal do município de Joinville/SC, de dispositivo contido na Lei n. 7.210/84 destinado a compelir certos condenados a fornecerem seu material biológico para a formação de banco de dados de identificação de perfis genéticos.

É inegável, portanto, que o suposto direito líquido e certo pretensamente a ser protegido pelo manejo do presente *mandamus* diz respeito tanto a condutas praticadas no âmbito da execução penal quanto, ainda, a futuras investigações criminais que poderão vir a resultar no ingresso de ações penais, cenário que torna evidente a legitimidade ativa do Ministério Público de Santa Catarina.

3. Do Recurso Extraordinário n. 973.837/MG e a admissibilidade do *mandamus*

Antes de adentrar na temática constitucional que orbita o tema, é curial ressaltar que a matéria será objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que já foi reconhecida a sua repercussão geral, conforme voto do eminente Ministro Relator Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 973.837, *in verbis*:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a 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 hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.

(RE 973837 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

Do corpo do supracitado acórdão, extrai-se:

[...]

No recurso extraordinário, a defesa reitera os argumentos concernentes à violação do princípio constitucional da não autoincriminação, bem como ao art. 5º, inc. II, da CF/88.

Em síntese, assevera que a obrigatoriedade de fornecimento de material genético a quem já foi processado, condenado definitivamente e está cumprindo pena não deixa dúvida quanto à sua identificação criminal.

Ainda informa que a Lei 12.037/2009 (Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal), em seu artigo 3º, inciso IV, estabelece quais as situações permissivas da coleta de material para obtenção de perfil genético do investigado/processado.

A irresignação não foi admitida por óbice da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal (p. 77).

Contra referida decisão foi interposto agravo nos próprios autos, que repisa a tese exposta no recurso extraordinário, refutando os fundamentos da decisão recorrida.

Instado a se manifestar, o Parquet opinou pelo não provimento do agravo. (p. 97-102)

Dei provimento ao agravo para melhor apreciar a questão.

É o relatório.

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

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se debruçou sobre a questão em algumas oportunidades. 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.

Por outro lado, no caso *Peruzzo e Martens contra Alemanha* (30562/04 e

30566/04, decisão de 4 de dezembro de 2008), considerou-se manifestamente infundada a alegação de que a manutenção, em bancos de dados estatais, de perfis genéticos de condenados por crimes graves violaria o direito à privacidade.

De tudo se extrai o reconhecimento de que as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada – privacidade genética.

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 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.

A inclusão e manutenção de perfil genético de condenados em banco de dados estatal não é aceita, de forma unânime, como compatível com direitos personalidade e prerrogativas processuais, consagrados pelo art. 5º da CF. Há decisões de Tribunais de Justiça afastando a aplicação da lei. O STF já acolheu reclamações do Ministério Público, fundadas na Súmula Vinculante 10, contra atos de Tribunal de Justiça mineiro que afirmavam a inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, sem observar a reserva de plenário – Reclamações 19.843, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 25.6.2015; 19.208, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 9.9.2015; 20.950, Cármen Lúcia; 23.163, Teori Zavascki.

Trata-se de questão constitucional que tem relevância jurídica e social.

No caso concreto, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar.

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.

Salienta-se, por oportuno, que a existência do supracitado Recurso

Extraordinário – cuja repercussão geral já foi reconhecida – não impede a análise do presente *mandamus*, porquanto inexistente, até a presente data, qualquer decisão que determine o sobrestamento dos processos que versem sobre o mesmo tema.

Com efeito, a própria Suprema Corte, ao julgar questão de ordem suscitada pelo Ministro Luiz Fux nos autos do RE 966.177, firmou o entendimento de que o art. 1.035, §5º, do Código de Processo Civil não prevê a suspensão automática do trâmite dos processos, ao redor do País, que possuam temática igual àquele no qual o STF reconhece a existência de repercussão geral. Veja-se:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE.

1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal.

2. **A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la.**

3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável.

4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida.

5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais.

6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do due process of law.

7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; in casu, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal.

8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador.

9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente.

10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente.

11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal. (RE-RG-QO 966177, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 07/06/2017, publicado em 01/02/2019, Tribunal Pleno, grifou-se)

De igual modo, não se cogita a tese de que o simples fato da matéria ser controvertida impeça o conhecimento do mandado de segurança por eventual ausência de direito líquido e certo.

A propósito, a Súmula n. 625 do STF dispõe que "*controvérsia*

sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança."

Hélio do Valle Pereira, mais uma vez, é certo ao lecionar sobre o assunto:

[...]

De outro lado, ainda que seja estafante o encontro da solução jurídica; mesmo que seja necessária a realização de imenso esforço exegético para detectar a solução para o caso concreto; malgrado a realização de pesquisas intermináveis para prolação da sentença; mesmo nesses casos o direito não perde a liquidez e certeza. Correta a Súmula 625 do STF, que expõe que *"Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança"*. Retornando aos exemplos, tenha-se que o impetrante apresente uma intrincada questão jurídica, absolutamente original e que reclame do juiz uma alentada pesquisa e uma profunda fundamentação. O mandado de segurança será plenamente admissível; somente quando houver dúvida quanto aos fatos é que a demanda será inaceitável. (O Novo Mandado de Segurança / Hélio do Valle Pereira – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 32)

Desse modo, a existência de recurso extraordinário, com repercussão geral, versando sobre o mesmo tema, não impede o conhecimento deste Mandado de Segurança.

3.2. Da possibilidade de concessão da segurança

Sancionada pela então Presidente Dilma Roussef, no dia 28 de maio de 2012, a Lei n. 12.654/12 instituiu a criação do banco de perfil genético nacional e alterou as leis n. 12.037/09 e de Execução Penal, com o escopo de estatuir a coleta de material genético como forma de identificação criminal.

Tratou-se, pois, de alteração legislativa de autoria do Senador Ciro Nogueira, a qual busca regulamentar a coleta e utilização de material genético, cujos dados, segundo o próprio projeto de lei:

- "deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal";
- "não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais de pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos";
- "terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos

nesta Lei ou em decisão judicial”;

- “deverão ser consignados em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado”;

- serão armazenados em “banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo”;

- serão excluídos dos bancos de dados quando do “término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.

Para sistematizar a coleta deste material genético, a Lei n. 12.654/12 alterou a Lei de Execuções penais para incluir a seguinte redação no *caput* do art. 9º-A:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no [art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

A extração compulsória deste material genético, no entanto, é tema de grande controvérsia, sendo este o objeto do presente *mandamus*.

Pois bem.

Em oposição à constitucionalidade da coleta compulsória, costuma-se citar o princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém será compelido a produzir provas contra si mesmo.

Todavia, conquanto fundamental em um Estado Democrático de Direito, supracitado princípio, tal como os demais presentes no ordenamento jurídico pátrio, não é absoluto, e deve ser analisado sob a luz da proporcionalidade.

Nesta linha, a pretensão do *Parquet*, pautada na redação expressa do art. 9º-A da Lei de Execução penal, parece atender aos mais rigorosos critérios de proporcionalidade, uma vez que consubstanciada em procedimento de baixa evasividade corporal (na hipótese de não ser voluntário), destinado à melhora nos procedimentos de investigações criminais futuras.

De igual modo, a análise pormenorizada das alterações realizadas

na Lei n. 12.037/09 revela a criação de mecanismos destinados a preservar a correta utilização dos dados oriundos do material genético coletado, prevendo que eles serão sigilosos, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa de sua manipulação para fins diversos aos constantes na lei (art. 5º-A, §2º), bem como a proibição de revelar *"traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos."* (art.5º-A, §1º)

Salienta-se, portanto, que não se está a criar, por exemplo, um sistema que busca criminalizar determinado comportamento pautado na aparência ou traços comportamentais de um indivíduo com base no seu perfil genético, nos moldes dos ensinamentos fracassados preconizados por Cesare Lombroso de um "direito penal do autor".

Busca-se tão apenas aprimorar a técnica investigativa em determinados crimes cuja identificação da autoria delitiva demonstra-se, não raras vezes, de difícil esclarecimento, fornecendo aos agentes estatais um acesso a possibilidade de constituir arcabouço probatório mais robusto, apto a prover à sociedade, a um só tempo, uma maior proteção face a condenações criminais injustas e um combate mais qualificado contra práticas criminosas das mais abomináveis.

Nesse passo, a coleta regulamentada no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, por ser **indolor**, não carrega consigo nenhum vício de inconstitucionalidade, sobretudo por tratar de procedimento em que a mais severa observância à dignidade humana do condenado está submetida à fiscalização do Juízo da Execução Penal.

Nesse ponto, merece destaque as seguintes ponderações realizadas pelo Ministério Público (fls. 17-19):

Ressalte-se que, apesar de compulsória, em caso de recusa do apenado em fornecer saliva, a coleta não será feita pelo método ordinário com o uso de

força física. Nesses casos, documenta-se o fato em termo próprio, que é submetido à autoridade judicial competente, a qual deliberará pela obtenção do material mediante um dos procedimentos alternativos existentes, descritos abaixo. Aqui também não se cogita ofensa à não autoincriminação, nem, tampouco, à dignidade do indivíduo.

O Instituto Nacional de Criminalística, ao tratar do tema, esclareceu que os procedimentos alternativos para coleta do perfil genético terão lugar quando o agente não concordar em fornecer o material biológico. Nesse sentido, listou três distintas possibilidades, todas sempre acompanhadas por perito, a fim de evitar a contaminação do material e documentar a cadeia de custódia:

a) a utilização de material biológico coletado em eventuais exames de saúde feitos no indivíduo custodiado;

b) a coleta de objetos pessoais – escovas de cabelo, copos ou talheres usados, roupas íntimas, entre outros, coletados em ambiente isolado e/ou controlado;

c) a busca e apreensão, mediante prévia autorização judicial, de objetos pessoais – esta última hipótese de aplicação mais restrita.

Portanto, não há violação à integridade do corpo do indivíduo apenado, nem ofensa a sua dignidade, destacando-se sobretudo que a coleta do material genético é procedimento indolor e minimamente invasivo.

Contudo, é possível entrever, na execução dos procedimentos alternativos, alguma incursão na esfera privada do indivíduo; daí, todavia, não reponta inconstitucionalidade da lei. Nesses casos, imperioso o sopesamento dos direitos constitucionais em apreço. A lei prevê inúmeras hipóteses em que a privacidade do indivíduo cede ante a segurança, por exemplo, as interceptações telefônicas, quebras de sigilos bancário, fiscal, telemático e telefônico, o procedimento de reconhecimento, a busca e apreensão, entre tantos outros.

No que toca a não autoincriminação, o Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado do Maranhão afirmou, por meio da Nota Técnica n. 04/2018, não prosperar as alegadas violações a esse princípio:

A uma, porque a prova científica aqui analisada não tem valoração processual absoluta, haja vista que o legislador infraconstitucional lhe concedeu poderes limitados. A duas, porque o princípio da não autoincriminação não tem o condão de atribuir ao indivíduo o caráter de “intocável”, reinando plenamente sobre toda a matéria probatória, em detrimento da adequada persecução penal, a qual protege princípios, em certos aspectos, maiores que àquele, tais como a ordem pública, paz social e integridade do cidadão contra a prática de delitos, etc.

No mesmo sentido, leciona Marcão (2014, p. 67) acerca da constitucionalidade da disposição legal:

Ao contrário do que se tem proclamado amiúde, o que está disciplinado no art. 9-A da LEP é a intervenção compulsória e indolor no corpo do condenado, portanto, **a lei não o obriga a agir de forma contrária ao seu interesse e com isso produzir prova contra si mesmo, mas autoriza o Estado a dele retirar, de forma compulsória, em verdadeiro constrangimento legal, material genético que irá identificá-lo**

definitivamente e alimentar banco de dados. Uma coisa é obrigar alguém a fornecer algo contra sua vontade, outra, bastante distinta, é obrigá-lo a suportar a 'retirada compulsória'. Não se deve confundir ação com inação. [...] Sob o enfoque da produção de prova criminal contra os interesses do investigado, a identificação datiloscópica permitida ainda que excepcionalmente no art 5º, LVIII, da Constituição Federal, não é providência tão distinta daquela regulada no art. 9º-A da LEP, na medida em que permite a coleta de impressões digitais aptas a abastecer banco de dados, cujo conteúdo poderá ser utilizado como paradigma na apuração de outros crimes de igual autoria. **O direito de não produzir prova contra si mesmo é garantia que se extrai da melhor interpretação do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, e do art. 8º, II, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas, por aqui, tais regras não foram violadas. Não é inconstitucional, portanto, o art. 9º-A da LEP, apesar da revelada deficiência técnica e intelectual do legislador ordinário. 17(grifos nossos, itálico no original).**

Sobre o tema, Nucci (2014, p. 171), posiciona-se pela constitucionalidade da obrigação da identificação do perfil genético do condenado:

Constitucionalidade da medida: a identificação criminal, quanto mais segura, melhor. O Estado tem possibilidade de apurar crimes e sua autoria com certeza de não processar um indivíduo em lugar de outro, por falha na documentação colhida, sujeita que é aos mais diversos procedimentos de falsificação. O acusado, igualmente, terá oportunidade de não responder por delitos cometidos por pessoa diversa. **Logo, não vislumbramos nenhuma lesão a direito ou garantia individual nessa medida.** Coleta-se material biológico (DNA) para a perfeita identificação criminal, de acordo com o perfil genético. Estipulou-se o procedimento para os condenados por delitos graves (dolosos cometidos com violência contra a pessoa) e aos sentenciados por delitos hediondos. Em verdade, deveria ter fixado para todos os condenados, evitando-se qualquer espécie de erro judiciário, independentemente da gravidade do crime. Mas é um começo. A colheita do material não será invasiva, como já não é no tocante à impressão datiloscópica e à fotografia. Os dados ficam arquivados em banco sigiloso. A eles somente terá acesso o juiz competente, em caso de investigação criminal, a pedido de autoridade policial, de modo a realizar confronto com outros elementos colhidos, permitindo-se estabelecer, com nitidez, a autoria de um delito ou excluí-la com a mesma segurança. Note-se: não se vai exigir do indiciado ou acusado que faça prova contra si mesmo doando material genético para confrontar com o perfil contido no banco de dados. Na verdade, a polícia poderá extrair da cena do crime todos os elementos necessários para estabelecer um padrão de confronto (ex.: fio de cabelo, sêmen, sangue etc.). Diante disso, havendo dúvida quanto à identidade do autor, pode-se acessar o banco de dados para checar o perfil genético ali constante, a ser estabelecido por laudo pericial. O material encontrado na cena do crime não foi compulsoriamente extraído do autor da infração penal, mas apenas colhido pelo agente estatal. Aliás, o mesmo se dá, hoje, quando uma câmera qualquer filma um crime; valendose das imagens, a polícia pode encontrar o suspeito. Ou, ainda, quando se colhe, no local da infração, a

impressão datiloscópica, permitindo-se encontrar o agente. **Em suma, colher material genético para a identificação criminal de qualquer condenado não é procedimento suficiente para prejudicá-lo; ao contrário, busca-se assegurar a sua perfeita individualização.** Se, no futuro, ele tornar a cometer um crime e o Estado, de posse de material colhido no local do delito ou da vítima, puder confrontar com os dados constantes do banco genético, encontrando-se o autor, cuida-se do aperfeiçoamento do sistema investigatório. O acusado não forneceu, obrigatoriamente, material algum para fazer prova contra si mesmo. O ponto de vista é outro: o Estado colheu dados noutras fontes e confrontou com perfil genético já existente.¹⁸ (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, confirmou a higidez do procedimento, em voto de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro:

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO.

PACIENTE CONDENADO POR CRIME COM VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA E CRIME HEDIONDO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. **Segundo o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.**

2. No caso em exame, o paciente cumpre pena pela prática dos crimes de homicídio qualificado (duas vezes), ocultação de cadáver, crueldade contra animais e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, restando atendidos, assim, os requisitos legais estatuídos pelo dispositivo supracitado: condenação por crime com violência de natureza grave contra pessoa ou aqueles constantes do rol do art. 1º da Lei n. 8.072/1990.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 536.114/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020)

Do corpo do supracitado acórdão, extrai-se a seguinte fundamentação que bem se amolda ao debate deste Mandado de Segurança:

[...]Inicialmente, é de se destacar que o julgamento da matéria foi afetado ao Plenário da Suprema Corte, sob o rito da repercussão geral (Tema 905), estando os autos conclusos ao relator desde 8/4/2019, consoante informações disponíveis no site do STF, em pesquisa realizada em 16/12/2019.

A matéria posta sob análise é complexa e comporta nuances de diversos aspectos, a saber, dentre outros: dignidade da pessoa humana, o direito a não autoincriminação, devido processo legal, ampla defesa e direito à intimidade. No

espectro da presente impetração, levando-se em conta a submissão da questão ao rito de repercussão geral perante a Corte Suprema, importará a análise do alegado constrangimento ilegal que se imporá ao paciente com a determinação da coleta genética e a declinada motivação, sem o aprofundamento sob o prisma constitucional.

Com efeito, a Lei de Execução Penal prevê em seu art. 9º-A:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012) § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012) § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

No caso em exame, o paciente cumpre pena pela prática dos crimes de homicídio qualificado (duas vezes), ocultação de cadáver, crueldade contra animais e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, restando atendidos, assim, os requisitos legais estatuídos pelo dispositivo supracitado: condenação por crime com violência de natureza grave contra pessoa ou aqueles constantes do rol do art. 1º da Lei nº 8.072/1990.

Entendimento que encontra respaldo em outros julgados da Corte

Cidadã:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. EXAME DE DNA. ALEGADA PROVA ILÍCITA. NÃO OCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO ACERCA DA CONDENAÇÃO. LEI 12.654/12. COLETA DE PERFIL GENÉTICO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A condenação do recorrente pelos delitos de estupro e estupro na forma tentada, na hipótese, fundamentou-se em elementos concretos extraídos dos autos que comprovaram a materialidade e a autoria delitivas, de modo que os laudos periciais (exame de DNA) não consistiram no único elemento de prova produzido. Além da confissão extrajudicial, realizada de maneira clara e detalhada, aliada aos depoimentos das duas vítimas - e ainda de uma terceira, corroborada pelo depoimento de um vizinho, - foram uníssonas no sentido de apontar o recorrente como autor dos delitos. Logo, desinfluyente a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA teria sido colhida de forma ilegal, até porque o recorrente autorizou a realização do exame (precedente).

II - **Outrossim, com o advento da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito,**

seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos (arts. 1º e 3º). Recurso ordinário desprovido. (RHC 69.127/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 26/10/2016, grifou-se).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. REGISTRO MEDIANTE GRAVAÇÃO EM MEIO AUDIOVISUAL. UTILIZAÇÃO DO PADRÃO VOCAL DO ACUSADO OBTIDO DURANTE A AUDIÊNCIA PARA FINS DE COMPARAÇÃO COM VOZ ATRIBUÍDA A UM DOS INTERLOCUTORES INTERCEPTADOS. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO ACUSADO. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 5º, LXIII, DA CF/88. NEMO TENETUR SE DETEGERE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA ADVERTÊNCIA DE QUE A QUALIFICAÇÃO E O INTERROGATÓRIO GRAVADOS PODERIAM SER UTILIZADOS PARA FUTURA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA DO ACUSADO NA PRODUÇÃO DA PROVA QUE LHE POSSA SER DESFAVORÁVEL. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao investigado ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do nemo tenetur se detegere), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente.

II - De igual forma, o direito a não autoincriminação também permite ao investigado ou réu se recusar a fornecer qualquer tipo de material, inclusive de seu corpo, para realização de exames periciais, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, como para fins de identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 12.037/09), bem como para a formação do banco de dados de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou delitos dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei n. 12.654/12).

III - "Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal" (HC n. n. 99.289/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-149 de 04/08/2011,

grifei).

IV - A concordância do recorrente quanto à gravação do interrogatório em meio audiovisual, bem como eventuais respostas às perguntas formuladas, não configuram, por óbvio, autorização prévia para que o material registrado na mídia eletrônica, notadamente o seu padrão vocal, seja utilizado para elaboração de exame pericial destinado a identificar suposto autor dos crimes imputados, mediante comparação de sua voz com aquela atribuída a um dos interlocutores das ligações telefônicas interceptadas.

V - Vale dizer, conquanto não tenha sido coagido a participar do ato ou a responder às perguntas eventualmente formuladas, a ausência de consciência do recorrente de que o ato poderia ser utilizado para posterior exame pericial impede que o material obtido pela gravação de sua voz (padrão vocal) seja encaminhado para perícia sem sua anuência expressa, sob pena de afronta ao princípio da não autoincriminação.

VI - A participação do acusado na produção de prova que possa ser utilizada em seu desfavor pressupõe consciência e voluntariedade. Ausentes qualquer delas, a prova obtida será ilegal. Precedentes. Recurso ordinário provido para determinar que a utilização do padrão vocal do recorrente, obtido durante a gravação em meio audiovisual de sua qualificação e de seu interrogatório judicial, seja condicionada à expressa anuência do recorrente e, subsidiariamente, para que eventual laudo já elaborado seja desentranhado dos autos, não podendo ser utilizado para a formação do convencimento do julgador, salvo expressa concordância do recorrente. (RHC 82.748/PI, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018, grifou-se)

Por derradeiro, salienta-se que a criação de um banco de dados genéticos não fere o direito de não produzir provas contra si mesmo e de permanecer em silêncio, o que vem sendo aplicado, de forma reiterada pela Suprema Corte: HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJe de 06/11/1998; [...] (HC 101909, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012); REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 04/09/2012; [...] (RE 603465, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11/12/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 17/12/2018 PUBLIC 18/12/2018); (HC 510.924/SP, Rel.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019, entre outros.

Na mesma linha, salienta-se que o simples fato de alguém ser condenado pela prática de um crime não afasta o sagrado direito constitucional de ser presumido inocente de todo e qualquer outro crime enquanto não advenha a respectiva nova sentença penal condenatória, portanto, entendo que o art. 9º - A, da Lei de Execução Penal não viola a cláusula pétrea de que *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*, a qual constitui em uma manifestação do princípio da presunção de inocência (estado de não culpabilidade).

Por outro lado, eventual utilização do material genético, também contribuirá para provar a inocência de pessoas injustamente acusadas de algum crime, mostrando-se um meio eficaz e atualizado na elucidação de investigações criminais futuras.

Ante o exposto, voto no sentido de conceder a segurança para determinar à autoridade coatora a fiel observância às determinações contidas no art. 9º-A da Lei de Execução Penal.