

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BANCO
GENÉTICO DE DADOS: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 12.654/2012

SÍLVIA DE OLIVEIRA BOURGUIGNON

RIO DE JANEIRO
2017 / 2º Semestre

SÍLVIA DE OLIVEIRA BOURGUIGNON

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BANCO GENÉTICO DE
DADOS: UMA ANÁLISE DA LEI N° 12.654/2012

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

RIO DE JANEIRO

2017 / 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

B772i Bourguignon, Sílvia de Oliveira
A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO
BANCO GENÉTICO DE DADOS: UMA ANÁLISE DA LEI Nº
12.654/2012 / Sílvia de Oliveira Bourguignon. -- Rio
de Janeiro, 2017.
62 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Banco de Perfil Genético. 2. Identificação
Criminal. 3. Lei nº 12.654/2012. 4. Direito Penal do
Inimigo. 5. DNA. I. Santoro, Antonio Eduardo
Ramires, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

SÍLVIA DE OLIVEIRA BOURGUIGNON

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BANCO GENÉTICO DE
DADOS: UMA ANÁLISE DA LEI N° 12.654/2012

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2017 / 2º Semestre

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida e por iluminar meu caminho.

À minha família, pelo amor, apoio e dedicação durante a minha vida inteira.

À minha amiga Yasmin, por ser meu presente da Nacional. Sua amizade e companheirismo foram essenciais nessa jornada.

Ao meu namorado Pedro, pela amizade, paciência e confiança depositada em mim em todos esses anos que estamos juntos.

Ao meu orientador, Professor Antonio Santoro, com quem tive o privilégio de aprender lições que ultrapassam a vida acadêmica, pela orientação e atenção no desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia aborda a influência da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, no Banco de Dados de Perfis Genéticos, instituído pela Lei 12.654/2012. Para tanto, será feito um estudo interdisciplinar, com fundamentos do Direito Processual Penal, Direito Constitucional e Criminologia Crítica. Primeiramente, será apresentado um breve estudo sobre a identificação criminal no Brasil, apontando seu conceito, cabimento e principais métodos. Em seguida, serão analisados os dispositivos da Lei nº 12.654/2012, momento em que será detalhada a identificação criminal realizada por meio de coleta de material genético (DNA). Mais adiante, será apresentada a teoria do Direito Penal do Inimigo, a fim de elucidar suas principais características, como a relativização de direitos e garantias fundamentais. Por fim, será realizada uma análise da Lei nº 12.654/2012 à luz da teoria de Günther Jakobs, com a finalidade de desmonstrar a influência do Direito Penal do Inimigo no Banco de Dados de Perfis Genéticos.

Palavras-chave: Banco de Perfil Genético; Identificação Criminal; Lei nº 12.654/2012; Direito Penal do Inimigo; Garantias fundamentais; DNA.

ABSTRACT

This present essay discuss the theory of Criminal Law of the Enemy, by Günther Jakobs, over the National Bank of Genetic Profiles, established by the Law 12.654/2012. In order to do so, it is going to be presented a interdisciplinary study using fundamentals of Procedural Criminal Law, Constitutional Law e Critical Criminology. Opened by a brief about the criminal identification in Brazil, pointing out its concept, hypotheses and the main methods. Then, the provisions of the Law 12.654/2012 will be analysed in the same time it is being detailed the process of collecting genetic material (DNA) for criminal identification purposes. Further, it is going to be showed the theory of Criminal Law of the Enemy, giving a clarification of its main characteristics, such as the relativisation of fundamental rights and guarantees. Finally, using Günther Jakobs theory, the Law 12.654/2012 will be analysed in order to demonstrate the influence of Criminal Law of the Enemy over the National Bank of Genetic Profiles.

Keywords: National Bank of Genetic Profiles; Criminal Identification; Law 12.654/2012; Criminal Law of the Enemy; fundamental rights and guarantees; DNA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.....	12
1.1 Identidade e identificação civil.....	12
1.2 A evolução da identificação criminal.....	13
1.3 A previsão constitucional e a infraconstitucional da identificação humana.....	16
1.4 O uso de material genético na identificação criminal.....	19
2. A CRIAÇÃO DOS BANCOS GENÉTICOS NO BRASIL.....	23
2.1 O método de identificação incluído pela Lei nº 12.654/2012.....	23
2.2 Cabimento da identificação criminal através da coleta de material genético.....	25
2.2.1 Fase de Investigação.....	26
2.2.2 Obrigatoriedade para condenados por crimes dolosos com violência de natureza grave ou por crimes hediondos.....	27
2.3 Banco de dados.....	29
3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	34
3.1 A expansão do direito penal	34
3.2 A teoria do Direito Penal do Inimigo.....	38
4. A LEI Nº 12.654/2012 À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	44
4.1 A relativização de direitos e garantias fundamentais.....	44
4.2 O adiantamento da punibilidade e o endurecimento da execução penal.....	49
4.3 A estigmatização e a eleição de inimigos.....	50
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.654/2012 introduziu um novo método de identificação criminal através da obtenção do perfil genético – DNA – de um indivíduo. Tal identificação visa facilitar a busca pelo autor de determinados delitos e o armazenamento do material genético coletado em um Banco Genético de Dados. Ao analisar os principais pontos dessa lei, observa-se que há uma influência da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, cuja legitimidade não se enquadra ao Estado Democrático de Direito. Busca-se, portanto, verificar de que maneira a teoria influenciou o banco genético de dados.

Após a promulgação da Lei nº 12.654 em 28 de maio de 2012, muitos foram os questionamentos sobre o novo método de identificação criminal incluído por esta, havendo manifestações tanto pela sua constitucionalidade quanto pela sua inconstitucionalidade. A matéria é objeto de Recurso Extraordinário (RE 973837), e por ter relevância jurídica e social, foi reconhecida a existência de repercussão geral.

A norma objeto do presente trabalho introduziu o artigo 9º-A à Lei de Execução Penal e instituiu a criação de banco de dados com perfil genético a partir da extração obrigatória de DNA de criminosos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou crimes hediondos. Em sede de Recurso Extraordinário, a defesa de um condenado argumenta que essa coleta obrigatória do material genético viola o princípio constitucional da não autoincriminação e o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A Lei nº 12.654/2012 permite a coleta de material biológico em duas situações: na identificação criminal (fase de investigação) e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (após a condenação definitiva). Durante as investigações, a medida deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se é essencial, e os dados podem ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito cometido. Já na execução penal, os dados dos condenados devem ser coletados de forma automática, sem previsão para a exclusão do perfil. Em ambos os casos, os perfis são armazenados em bancos de dados e podem ser usados para instruir investigações criminais e para identificação de pessoas desaparecidas.

A constitucionalidade da referida lei ainda não foi julgada pelo STF, sendo certo que, enquanto isso, há inúmeras manifestações doutrinárias sobre a instituição do banco genético de dados no ordenamento jurídico brasileiro.

Há quem entenda que o banco de perfil genético não fere os direitos e garantias constitucionais, principalmente o direito a não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência, uma vez que a coleta do material genético, mesmo que obrigatória, é realizada de forma não invasiva. Segundo essa parte da doutrina, o material genético é um simples identificador usado de forma comparativa e a própria lei impede o uso de qualquer região do DNA para outros fins. Além disso, ressalta-se o período de extrema criminalidade vivenciado atualmente no Brasil e a importância de proteger o direito à vida e o direito à segurança da sociedade. De acordo com os defensores da implantação do banco genético de dados, as pessoas pensariam duas vezes antes de cometerem novos crimes, por estarem cadastradas no banco, o que configuraria um efeito inibitório. Dessa forma, o banco genético de dados é visto como uma ferramenta de segurança pública.

Por outro lado, muitos são os pensamentos que se coadunam com o do professor Aury Lopes Júnior, no sentido de que o legislador brasileiro autorizou a intervenção corporal para extração do material genético, sem o consentimento do imputado, relativizando direitos e garantias constitucionais. Segundo Aury Lopes Júnior¹, “o direito fundamental poderia ser limitado por uma norma ordinária, mas é imprescindível que exista uma norma processual penal que discipline a matéria”.

Sendo assim, faz-se necessária uma análise dos motivos pelos quais a Lei n° 12.654/2012 foi criada e dos dispositivos por ela incluídos, à luz da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, já que esta possui elementos que se refletem nos dispositivos da lei, como, por exemplo, a relativização ou supressão de garantias constitucionais.

Dessa maneira, o presente trabalho se objetivou a analisar os dispositivos da Lei n° 12.654/2012 à luz da teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, apontando sua influência no banco genético de dados, o novo método de identificação criminal incluído pela

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.631.

referida lei. Essa análise foi feita a partir da observação do texto legal da Lei nº 12.654/2012 e do estudo sobre a teoria que envolve o Direito Penal do Inimigo.

Para tanto, esta monografia foi estruturada em quatro capítulos, sendo que no primeiro capítulo foi apresentado um estudo breve sobre a identificação criminal no Brasil, momento em que se analisou seu conceito, a previsão constitucional e infraconstitucional, o cabimento nas esferas civil e criminal e os métodos de identificação humana. Ao final, foram apresentadas algumas críticas quanto ao uso do material genético na identificação criminal.

No segundo capítulo, foi feita uma análise acerca da criação dos bancos de perfis genéticos no Brasil, mais especificamente sobre o método introduzido pela Lei nº 12.654/2012, os motivos pelos quais esse método foi adotado e o cabimento da identificação criminal através da coleta de material genético, especificando os destinatários desta lei.

No terceiro capítulo, foi feita uma análise sobre a teoria do Direito Penal do Inimigo, conceituando-a, caracterizando-a e apontando seus principais reflexos teóricos. Para melhor abordar o tema, inicialmente, tratou-se da expansão do direito penal na sociedade atual brasileira. Pontuou-se, ainda, a dicotomia entre Direito Penal do Inimigo e direito penal do cidadão, bem como o direito penal simbólico e o punitivismo. No campo prático, observou-se a aplicação da teoria como política criminal no Brasil, tendo como base a seletividade penal como legitimadora dessa teoria.

Por fim, no quarto capítulo, foi trabalhado especificamente a Lei nº 12.654/2012 à luz do Direito Penal do Inimigo, trazendo o diálogo entre os artigos da lei e as características da teoria, anteriormente já estudadas, com a finalidade de mostrar de que modo a teoria influenciou o banco de perfil genético.

Assim sendo, a presente monografia pretende contribuir para a pesquisa do assunto, que é relativamente novo, com maior profundidade. Acredita-se que, assim, haverá o incentivo ao debate acerca da importância de se limitar a aplicação de uma norma que implementa um banco genético de dados sem muita preocupação com as garantias constitucionais, essenciais em nosso Estado Democrático de direito.

1. IDENTIFICAÇÃO HUMANA

1.1 Identidade e identificação civil

O ser humano não vive de forma isolada. A convivência com os demais indivíduos é uma necessidade natural e, por decorrência, a individualização do ser se faz imperiosa. A identidade surge, nesse contexto, como forma de distinguir uma pessoa da outra para garantir a segurança dos negócios e do convívio social, e como condição para o exercício de sua cidadania.

Identidade é o conjunto de caracteres (nome, data de nascimento, sexo, filiação, impressão digital) que individualiza uma pessoa, tornando possível distingui-la das demais nas relações sociais².

A identidade do ser humano é “constituída pela intervenção de complexos fatores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afetivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade”, nos termos do art. 3º da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos³ e por isso não pode ser reduzida ao seu patrimônio genético.

Importante ressaltar que a identidade pessoal é considerada um dos direitos da personalidade, que são considerados valores essenciais dos indivíduos, por se destinarem a preservar a dignidade da pessoa humana, protegendo-a contra interferências abusivas, do Estado ou do particular⁴.

Para haver a devida proteção dos direitos da personalidade, garantias constitucionais e civis são estabelecidas, conjuntamente com uma tutela penal destes direitos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inseriu valores, antes presentes apenas no Direito Civil, a fim de

² SIEGEL, J., KNUPFER, G. e SUUKKO, P (eds.). **Encyclopedia of Forensic Sciences**, 1-3, 1484p., 2000.

³ Art 3º Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade. UNESCO, Comissão Nacional da. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. 2004. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

⁴ SILVA, Emílio de Oliveira. **Identificação Genética para fins criminais**. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2012. p. 17.

tutelar os interesses dos indivíduos.

A identificação humana é o processo pelo qual determina-se a identidade, empregando-se meios adequados⁵ e possui dois aspectos. O subjetivo, no qual a própria pessoa se descobre como ser humano, entendendo suas preferências e estabelecendo suas relações sociais, e o objetivo, que sintetiza as características físicas do indivíduo, como marcas, impressões digitais, tatuagens, etc.

Todas as pessoas já foram identificadas em algum momento de suas vidas. No nascimento, por exemplo, por meio do registro da certidão de nascimento ou da impressão plantar na caderneta médica. Esse tipo de identificação é a civil. É uma identificação cotidiana do cidadão, e, portanto, obrigatória. Ela é essencial para o exercício de certas atividades na sociedade, como ter acesso a serviços públicos de saúde e educação, e para realizar atos, como possuir vínculo empregatício, se casar ou estabelecer contratos.

O principal objetivo da identificação civil é, justamente, formar um banco de dados com um maior número de informações possíveis sobre as características dos cidadãos, cujo detentor é o Estado, garantindo segurança⁶.

1.2 A evolução da identificação criminal

Não é possível apontar o momento exato do início da utilização de técnicas para identificação humana. Entretanto, sabe-se que o francês Alphonse Bertillon, nas duas últimas décadas do século XIX, desenvolveu o método antropométrico, que se tornou um dos pilares da investigação criminal moderna⁷. Sua vontade era criar um critério objetivo e eficaz para chegar à identidade de suspeitos e condenados pelo cometimento de um crime, sem que houvesse dúvida quanto à autoria.

Esse método levava em consideração características como peso, altura, tamanho dos

⁵ SOBRINHO, Mário Sérgio. **A identificação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.15

⁶ PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal**. Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2017.

⁷GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GIOVANELLI, Alexandre. **Ciência forense: uma introdução à criminalística**. Rio de Janeiro: Projeto Cultural, 2015, p.172.

olhos, espessura dos lábios, formato do nariz, bem como cicatrizes, tatuagens, verrugas e marcas de nascença. As teorias que usavam as características biológicas e psicológicas para determinar o perfil criminal eram próprias de uma criminologia positivista e foram utilizadas por muitos anos. Um dos grandes expoentes dessa criminologia foi Cesare Lombroso⁸, com seu livro “L’uomo delinquente”, o qual considerava o delito como um ente natural determinado por causas biológicas⁹.

A criminologia contemporânea visa superar as teorias patológicas da criminalidade¹⁰, tendo como objeto de estudo o crime em si. Contudo, a teoria da criminologia positivista ainda é amplamente difundida nas sociedades atuais, possuindo, inclusive, reflexos nas legislações vigentes, que serão abordados em capítulo oportuno.

Ao longo da história, os indivíduos, muitas vezes, foram submetidos de forma arbitrária às penas, por conta da dificuldade de se estabelecer uma técnica segura de identificação criminal. Por isso, é importante obter a correta identificação da pessoa a quem se imputa a prática de uma infração penal. Busca-se, dessa forma, evitar ao máximo o erro judiciário, isto é, processar e condenar um inocente no lugar do autor do delito¹¹.

“Identificação criminal” é a expressão utilizada para o conjunto de informações que tem a finalidade de individualizar um determinado indivíduo, sujeito a um processo criminal ou a uma investigação policial, para melhor auxiliar o sistema penal. Este conjunto é formado pela coleta e pelo arquivamento de uma série de dados referentes à identificação física, como impressões digitais, palmares e plantares, fotografia e sinais peculiares (tatuagens, cicatrizes, marcas etc.).

Para Garrido e Giovanelli¹², a identificação pode ser conclusiva ou não conclusiva. As impressões digitais, palmares e plantares são consideradas as mais utilizadas e fazem parte da papiloscopia. A papiloscopia em conjunto com a arcada dentária, desenhos dos seios faciais e

⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Criminologia genética: perspectivas e perigos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 23.

⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos, p.38

¹⁰ Ibid., loc.cit.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 2 v. p. 427

¹² GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GIOVANELLI, Alexandre. **Ciência forense: uma introdução à criminalística**. Rio de Janeiro: Projeto Cultural, 2015, p.172.

DNA são identificações conclusivas. Já a tipagem sanguínea, marcas e tatuagens e os métodos antropométricos são as identificações não conclusivas.

A papiloscopia se divide em datiloscopia, quiroscopia e podoscopia, isto é, identificação por meio de impressões digitais, palmares e plantares, respectivamente.

Sobre a datiloscopia, Nucci¹³ dispõe:

No campo criminal, individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal. Almeja-se a segurança jurídica de não cometer erro judiciário, processando, condenando e punindo o inocente, no lugar do culpado. Há vários elementos e instrumentos para se realizar uma identificação, envolvendo caracteres humanos, tais como a cor dos olhos, do cabelo, da pele, bem como a altura, sexo, idade, dentre outros. Esses atributos, entretanto, permitem duplicidade, pois não são exclusivos. Por isso, a forma mais antiga – e ainda eficiente – de tornar segura a identificação concentra-se na datiloscopia (utilização das impressões digitais). Além disso, com a evolução tecnológica, outros poderão ser eleitos como os mais adequados critérios exclusivos da pessoa humana, tal como a leitura de íris. De todo modo, por ora, faz-se a colheita das impressões digitais, associadas à fotografia.

Todas essas técnicas possuem uma utilidade, o que faz com que cada uma seja importante ao seu modo. Entretanto, atualmente, a identificação por meio das impressões papilares é considerada a mais segura, porque se baseia na perenidade, individualidade e imutabilidade das papilas dérmicas, sendo, portanto, impossível forjá-las em uma cena de crime.

Não se pode dizer o mesmo de uma prova de material genético. Segundo Pereira¹⁴, estudos israelenses recentes comprovaram que é relativamente fácil plantar um vestígio em um local de crime que leve ao DNA de quem se pretende acusar.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 2 v. p.430.

¹⁴ PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal**. Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf>.

1.3 Previsão constitucional e infraconstitucional da identificação humana

A obrigatoriedade da identificação criminal no Brasil surgiu com a publicação do Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Prevista em seu art. 6º, VIII, a identificação deve ser realizada pela autoridade policial por processo datiloscópico, quando possível. Além disso, a folha de antecedentes criminais da pessoa deve ser juntada aos autos do procedimento investigatório¹⁵.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento nesse sentido e o consolidou no enunciado da Súmula 568 de 15 de dezembro de 1976, que previa que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”. Isto é, a identificação criminal era tida como regra, mesmo para aqueles que possuíssem a capacidade de comprovar sua identificação civil.

Segundo Silva¹⁶ o entendimento do STF,

legitimou práticas policiais abusivas e autoritárias, principalmente em relação à chamada “prisão para averiguação”, mediante a qual a pessoa era conduzida coercitivamente até a Delegacia de Polícia a fim de apurar sua identidade, antecedentes e outras informações perquiridas pela polícia, sem nenhum mandado judicial.

Com a Constituição Federal de 1988, um novo entendimento sobre a identificação criminal passou a vigorar, uma vez que seu artigo 5º, inciso LVIII, dispôs que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”¹⁷.

Ressalta-se que tal regra foi inserida no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, porque os meios empregados no processo de identificação de autores de fatos

¹⁵ “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;”. BRASIL. **Decreto-lei nº 3689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

¹⁶ SILVA, Emílio de Oliveira. **Identificação Genética para fins criminais**. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2014, p.49-50

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

típicos são a coleta compulsória das impressões digitais e a fotografia do indiciado. Isso se configura como uma diligência do inquérito policial que possui evidente potencial constrangedor. Dessa maneira, tais atividades são realizadas em confronto com os direitos fundamentais do indivíduo, como o direito à imagem, à honra subjetiva e à intimidade¹⁸.

Após a previsão constitucional, disposições esparsas sobre o tema começaram a surgir. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 109, previu a hipótese de identificação criminal do adolescente civilmente identificado, em casos de dúvida fundada: “O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.”.

Em seguida, o artigo 5º da Lei nº 9.034/95, hoje revogada expressamente pela Lei nº 12.850/2013, trazia a hipótese de identificação compulsória de pessoas envolvidas com o crime organizado: “A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.”.

Depois de doze anos da edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, surgiu a Lei nº 10.054/2000, posteriormente revogada pela Lei nº 12.037/2009, com o objetivo de regulamentar a identificação criminal, a despeito da existência da identificação civil.

O artigo 3º da revogada Lei nº 10.054/2000 dispôs os possíveis casos em que o civilmente identificado poderia ser submetido à identificação criminal. O inciso I enumerava determinados crimes em que a identificação criminal seria compulsória, como, por exemplo, homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, receptação qualificada e crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público, não constando, dentre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas. Sendo assim, entende-se que o preceito do art. 5º da Lei nº 9.034/1995 foi tacitamente revogado pela Lei nº 10.054/2000.

Muitas críticas surgiram sobre a forma como a Lei nº 10.054/2000 regulamentou a questão da identificação criminal, uma vez que houve uma seleção de crimes em que a

¹⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007, p. 276.

identificação criminal seria obrigatória. Para parte da doutrina, isso estava bastante equivocado.

Em 2009, foi promulgada a Lei n° 12.037, a qual revogou expressamente a Lei n° 10.054/2000, a fim de dispor sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentado pelo artigo 5°, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988. Com isso, abandonou-se qualquer rol de crimes anteriormente delimitado para fins de coleta de material genético compulsória.

O artigo 2° da Lei n° 12.037/2009 enumerou documentos que atestam a identificação civil das pessoas e que afastam a possibilidade legal de identificação criminal, caso apresentados.

Art. 2° A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.

Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

Portanto, se demonstrada a identidade civil por meio desses documentos, o indivíduo não estará sujeito a ser identificado criminalmente. Seguindo a disposição constitucional da excepcionalidade, o art. 3° da mesma lei elenca os casos em que poderá ser realizada a identificação criminal.

Art. 3° Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

I- o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II- o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III- o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV- a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V- constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI- o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Diante da leitura do dispositivo, conclui-se que a identificação criminal somente será realizada quando existir fundada suspeita quanto à validade e veracidade dos documentos cíveis apresentados pelo indivíduo ou quando já se tem notícias de que aquela pessoa faz uso de diversos nomes e fraude em registros policiais.

Ainda nos termos da Lei nº 12.037/2009, o artigo 5º estabelece que a identificação criminal poderá ser realizada através dos processos datiloscópico, que consiste na análise das impressões papilares dos dedos das mãos, e fotográfico.

Por fim, em 2012, foi promulgada a Lei nº 12.654, objeto de análise do presente trabalho. Houve, então, a introdução de dispositivos significativos na Lei nº 12.037/2009 e na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), a fim de prever, no ordenamento jurídico brasileiro, a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético como forma de identificação criminal.

A Lei nº 12.654/2012 alterou a Lei nº 12.037/2009 de forma a regular a identificação genética como finalidade probatória no curso de investigações policiais, e acrescentou novo dispositivo, o artigo 9º- A à Lei de Execução Penal, a fim de prever a obrigatoriedade da coleta de material genético para condenados em crimes dolosos praticados com grave violência ou em crimes hediondos¹⁹.

1.4 O uso de material genético na identificação criminal

A identificação criminal, por si só, é um assunto que importa grande discussão e polêmica ao longo do desenvolvimento da humanidade. Isso porque individualizar um ser humano por meios criminais, que exigem contato com a pessoa, já se trata de uma providência de caráter excepcional e de grande prejuízo para o indivíduo, tanto no âmbito individual, quanto externo. A ideia de traçar um perfil genético de sujeitos que cometem determinados crimes reforça os efeitos negativos da identificação criminal.

Observa-se que já existe no ordenamento jurídico brasileiro um método eficaz de identificação criminal, que é o processo datiloscópico. Dessa forma, há de se argumentar

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 396.

sobre a essencialidade e a efetividade do novo método de identificação introduzido pela Lei nº 12.654/2012, uma vez que a coleta de material genético pode se mostrar um tanto delicada, principalmente se for empregada sem a observância de princípios e direitos fundamentais.

Portanto, questiona-se o fornecimento de material genético (DNA) como uma forma de identificação criminal. Segundo Minahim²⁰,

A identificação criminal do civilmente identificado só deve ocorrer em face das exceções abertas pela Lei 12.037, ou seja, para afastar incertezas diante dos documentos. Pode-se então, recorrer também ao processo datiloscópico e ao fotográfico, conforme a mesma lei e, atualmente, à coleta de ADN. Ocorre, todavia que o suspeito ou o indiciado já estariam, por ocasião do recurso à nova técnica, suficientemente identificados, como pessoas, com os dados colhidos uma vez que a impressão digital é única e mantém-se inalterada durante toda a vida. Sua capacidade de singularizar uma pessoa é tão precisa que, mesmo nos gêmeos, tem características diversas. A coleta de ADN tem, portanto, outra inequívoca finalidade, a de servir de meio de prova, que se dissimula, fazendo-se crer que se trata de mais uma informação para a identificação.

Segundo Nicolitt e Wehrs²¹, o objetivo da identificação criminal é assegurar a veracidade da identidade do indiciado. Constatou-se que, para fins exclusivos de identificação criminal, o método da coleta de material genético (DNA) é menos eficiente que o datiloscópico, porque a identificação por coleta de material genético baseia-se na comparação de dois registros feitos de um mesmo indivíduo.

Logo, por mais que haja uma padronização para os exames periciais que envolvem a utilização de DNA, a fim de garantir sua qualidade, integridade e segurança, não se pode tratar a prova do material genético como infalível, desconsiderando sua possibilidade de manipulação. Além disso, há a possibilidade de equivocada interpretação acerca da prova de DNA, de falha do resultado, uma vez que a prova se baseia em cálculos de probabilidade, e de possíveis dúvidas em relação ao nexa causal.

²⁰ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Lei 12.654/12: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>> Acesso em: 18 ago. de 2017.

²¹ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal:** lei nº 12.654/2012. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 143-144.

O biólogo e perito judicial André Smarra afirma que o DNA “costuma ser apresentado como algo isento de erros e inclusive muitos juízes pensam que isso é verdade, mas existem muitos casos de contestações judiciais e invalidação de exames”²² por conta da contaminação das amostras ou erros de estatística.

O magistrado, diante do sistema do livre convencimento motivado, não deve valorizar a prova técnica como se o resultado fosse incontestável, mesmo porque não possui conhecimento científico para certificar a idoneidade da prova. A prova de DNA revela que o vestígio coletado é do identificado, porém não goza de supremacia sobre as demais provas admitidas em nosso ordenamento.

Para Machado²³, a identificação datiloscópica e fotográfica são partes da medida de qualificação do indiciado na fase de inquérito policial, enquanto a identificação genética é providência investigatória, destinada a coletar prova.

Não se pode, portanto, estabelecer nenhuma semelhança entre a identificação criminal pela fotografia ou pela impressão digital, que são meios civis de identificação das pessoas, com a identificação genética pelo DNA, que é medida destinada a apurar a autoria do delito. A perícia genética é, pois, um autêntico meio de prova, e não simples identificação de indiciados e réus, como faz parecer a Lei n° 12.654/2012.

Ao elaborar o artigo 9° - A, inserido na Lei de Execução Penal pela Lei n° 12.654/2012, o legislador teve em mente não a mera identificação criminal do sujeito, mas sim uma futura produção probatória. Afinal, com a existência de um banco de dados que armazena perfis genéticos de condenados por crimes hediondos ou por crimes cometidos com violência grave contra a pessoa, estas informações genéticas podem ser cruzadas com as obtidas dos vestígios deixados na cena de outro crime. Na prática, esse outro crime pode ter precedido ou não a condenação e, conseqüentemente, a coleta compulsória do DNA do indivíduo.

A doutrinadora Maria Elizabeth Queijo²⁴ é objetiva ao esclarecer essa questão:

²²MOUTINHO, Sofia. **A caça às evidências**. Revista Ciência Hoje. Edição 28, Maio 2011, p. 26. Disponível em: < <http://cienciahoje.uol.com.br/revista-ch/2011/281>> Acesso em: 08 ago 2017.

²³MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

A coleta de material genético tem por único objetivo – e não há outro – a identificação de autoria de delito, em persecuções penais futuras, ou naquela que está em andamento: ou seja, a finalidade não é a identificação criminal, como se sugere na Lei, mas a comprovação de autoria/participação em delito. A finalidade é inegavelmente probatória.

Assim, a Lei nº 12.654/2012, sob o pretexto de uma possibilidade de identificação criminal, criou, em verdade, uma forma de investigação e um novo meio de prova²⁵, baseado no perfil genético extraído do investigado (para crimes passados) ou do condenado (para crimes futuros).

Portanto, o objetivo demonstrado no dispositivo legal não é o de apenas identificar o suspeito ou acusado de um crime. No que diz respeito ao condenado, essa constatação se torna evidente, porque diante da execução da pena, em que já existe uma decisão condenatória definitiva, não há mais nada que esclarecer nem que provar no processo. Logo, o armazenamento de dados genéticos do condenado é considerado uma providência investigatória destinada a coletar material genético para fins de elucidação de crime pretérito ou futuro, o que qualifica o DNA como um elemento de prova²⁶.

Além disso, a prova quando for elaborada estará revestida de ilicitude, uma vez que o perfil genético armazenado nos bancos de dados não é obtido com o consentimento do condenado, sendo compulsoriamente extraído. Aury Lopes Jr exemplifica: “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).”²⁷

²⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?** Boletim IBCCRIM, ano 21, n 250, Setembro/2013, p. 8.

²⁵ Meio de prova é o instrumento pelo qual se leva ao processo um elemento útil para o conhecimento ou formação do conhecimento.

²⁶ Elemento de prova é um dado bruto, ainda não valorado, que se extrai da fonte da prova (o que é idôneo a fornecer resultado apreciável).

²⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed, Saraiva: São Paulo: 2014, p.453.

2. A CRIAÇÃO DOS BANCOS GENÉTICOS NO BRASIL

2.1 O método de identificação incluído pela Lei n° 12.654/2012

O banco genético de dados é utilizado em mais de trinta países, como Reino Unido, Alemanha e Estados Unidos, há pelo menos duas décadas. O Brasil, após ter firmado convênio com os EUA em 2008, iniciou a implantação do software CODIS (Combined DNA Index System), que tem a finalidade de trocar e cruzar informações e diminuir o número de crimes com autoria desconhecida.

O perfil genético do padrão CODIS possui treze locais genéticos²⁸, sendo certo que é suficiente para individualizar seres humanos e identificá-los com base na vinculação por parentesco. Para Rodrigo Grazinoli Garrido e Eduardo Leal Rodrigues²⁹, os bancos genéticos de dados devem auxiliar na fase de investigação policial. Contudo, se não houver limites e a regulamentação necessária de seu uso, as informações genéticas podem resultar em uma visão biológica do crime. Isso significaria reviver a Criminologia Genética, a qual estabelecia a criminalidade como algo patológico e o determinismo do criminoso.

O Projeto de Lei n° 93/2011, do Senado Federal, que resultou na Lei n° 12.654/2012, nos termos da sua própria justificativa³⁰, foi pautado sob o argumento de que a medida adotada pelo Brasil é “necessária e urgente”, e poderá ser usada para muitos fins, como

demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica.

²⁸ “Em geral, este número de locais é suficiente para a individualização de pessoas e para a identificação a partir da vinculação por parentesco. Pois, os 13 loci mostram uma probabilidade de coincidência de cerca de $1,7 \times 10^{-15}$, de forma que um perfil construído com os genótipos mais frequentes de cada um dos 13 locais apresenta uma probabilidade de ocorrência de 1 sobre 160 bilhões.” GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei no 12.654**. In Revista de Bioética y Derecho, v. 35, p. 94-107, 2015.

²⁹ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **Ciência Forense: da Cena do Crime ao Laboratório de DNA**. Rio de Janeiro: Projeto Cultural, 2014.

³⁰ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado no 93/2011**. Sessão de 17 de março de 2012. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/87674.pdf>>.

A expressão “demonstrar a culpabilidade dos criminosos”, além de genérica, demonstra a pouca vinculação da justificativa à técnica jurídico-penal, já que a prova da autoria, esperável a partir do material genético, não possui relação com a noção de culpabilidade.

Após a tramitação em um pouco mais de um ano, entre o Senado e a Câmara dos Deputados, o Projeto foi aprovado, sem maiores discussões, e sancionado pela Presidência da República.

A motivação para a implementação do banco genético de dados possui três pilares: a necessidade do uso das inovações científicas para a conquista de uma justiça mais eficaz e crível, a necessidade de acompanhar os países que já implementaram essa tecnologia nas investigações e o bem comum³¹. O bem comum seria o resultado da predominância do interesse público sobre o interesse privado.

Além disso, alega-se, como outros motivos, a garantia de celeridade na solução de crimes e de suas autorias, de forma a otimizar o trabalho investigativo, e o aumento da criminalidade no país, o que dá ensejo a uma expansão do Direito Penal, a ser explicitada em capítulo oportuno.

Outro fundamento para a implementação do banco genético de dados é a ideia equivocada quanto ao valor da prova de DNA. Considera-se o DNA como prova plena, como se não houvesse possibilidade de erro quanto ao material genético. A segurança e a precisão no método que utiliza o DNA como prova garantiria a perpetuação de uma característica do sistema inquisitório penal: a busca pela verdade real.

³¹ MACHADO, H. **Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN**. Etnográfica, vol 15(1), p.153-166, 2011.

2.2 Cabimento da identificação criminal através da coleta de material genético

A Lei nº 12.654/2012³², com apenas quatro artigos, foi criada com o intuito de disciplinar a utilização de material genético para a identificação criminal e, conseqüentemente, a criação de um banco genético de dados.

Em seu artigo 1º, a Lei nº 12.654/2012 alterou a Lei nº 12.037/2009, que regula a identificação criminal de suspeitos, para incluir a coleta de material como finalidade probatória na fase de investigações. O artigo 2º prevê a criação do banco de dados de perfis genéticos, mas não é muito específico na regulamentação. Por fim, o artigo 3º acrescenta um novo dispositivo, art 9º-A, à Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/1984, o qual obriga a identificação do perfil genético para condenados em crimes dolosos praticados com grave violência e em crimes hediondos.

A princípio, não haveria necessidade de identificar criminalmente aquele que já cedeu seus dados de registro civil, fotografia e impressões digitais, ou seja, que já é civilmente

³² Art. 1º O art. 5º da Lei no 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.” (NR)

Art. 2º A Lei no 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão 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.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis 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.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.”

“Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.”

“Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.”

Art. 3º A Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte 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.

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

§ 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.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

identificado. Entretanto, há hipóteses previstas no art. 3º da Lei nº 12.037/2009 que permitem isso, como elucidado no capítulo anterior.

2.2.1 Fase de Investigação

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.654/2012, será cabível a identificação criminal através da coleta de DNA em uma dessas hipóteses do artigo 3º da Lei nº 12.037/2009.

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: (...)
IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

A partir da análise do dispositivo legal, constata-se que será possível colher o material genético durante as investigações policiais, quando esse tipo de prova for imprescindível, sendo certo que haverá necessidade de autorização judicial. Isso está previsto no artigo 1º da Lei nº 12.654/2012 que incluiu o parágrafo único no artigo 5º da Lei nº 12.037/2009.

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.
Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Destaca-se que, ao contrário das outras formas de identificação, como o processo datiloscópico ou fotográfico, faz-se necessário prévia autorização judicial, devidamente fundamentada, a pedido de autoridade policial, Ministério Público ou determinada de ofício pelo magistrado. Essa fundamentação deve estar correlacionada com o impedimento que a autoridade policial possui, nesse momento, de realizar a identificação criminal por outro meio.

Nessa fase, o requerimento poderá ser realizado para verificação de qualquer tipo de crime e até mesmo de contravenção penal, uma vez que o legislador não restringiu a aplicação desse dispositivo. Não há qualquer requisito como limite ao uso do material genético, basta que seja “essencial às investigações”.

Verifica-se, dessa forma, que a autoridade judiciária possui a faculdade de utilizar-se da coleta de DNA para fins de persecução penal. Em comparação com a fase do cumprimento de sentença para determinados crimes, em que a coleta é obrigatória, pode-se dizer que no momento das investigações policiais, a coleta é ato discricionário da autoridade policial.

O que ocorre, então, é o confronto do material genético da pessoa suspeita de ter cometido o fato típico com o material coletado na cena do crime. Deveria, nesse momento, por ter uma produção de prova, ser assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, mesmo que o inquérito policial não tenha função jurisdicional.

De acordo com a redação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o contraditório e a ampla defesa são direitos dados aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, de forma a assegurar todos os meios e recursos necessários. Portanto, essas garantias não devem ser afastadas na fase de investigação, já que "qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo", segundo Aury Lopes Júnior³³.

2.2.2 Obrigatoriedade para condenados por crimes dolosos com violência de natureza grave ou por crimes hediondos

Quando houver condenação, a identificação criminal não dependerá de autorização judicial e será aplicada tão somente aos crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou a qualquer crime hediondo, conforme o artigo 3º da Lei nº 12.654/2012 que acrescentou o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal nº 7.210/1984.

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 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante a extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

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

§ 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.

³³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.233.

Observa-se que a coleta do material genético, neste caso, constitui uma providência automática, tornando-se, portanto, um efeito secundário da pena. Além disso, desconsidera o caráter ressocializador da pena, previsto no art. 1º da Lei de Execução Penal, uma vez que essa modalidade se destina à apuração de crimes futuros.

Ressalta-se que, de acordo com o caput do dispositivo, a coleta do material genético não é invasiva, e vai ser realizada por técnica adequada e indolor. Entretanto, deve-se ter em mente que a intervenção corporal necessita de anuência da pessoa, o que não necessariamente ocorrerá nessa hipótese, já que a coleta é compulsória.

Outra importante questão é que não existe em nosso ordenamento jurídico qualquer previsão legal de “violência grave contra a pessoa”, tornando este termo inexato e abstrato. Falar em “violência grave” parece uma redundância. Não há possibilidade em distinguir o que seria um crime cometido com violência leve, moderada ou grave, já que em qualquer circunstância estaria se tratando de violência.

Mirabete e Fabbrini³⁴ consubstanciam o último ponto destacado:

A impropriedade técnica na redação do dispositivo com relação aos crimes abrangidos pela norma dificultará a sua aplicação, à exceção dos crimes hediondos, porque estes estão expressamente definidos no art.1º da Lei no 8.072, de 25-7-1990. Ao referir-se ao crime praticado “dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa”, pretendeu o legislador, mediante substitutivo ao projeto original, que incluía todo “crime praticado com violência contra a pessoa”, excluir do âmbito de aplicação da norma os condenados por crimes culposos ou por crimes dos quais da violência empregada resultou lesão corporal de natureza leve. Não está, porém, assentado na lei ou na doutrina o conceito de “violência de natureza grave” e não é claro o dispositivo no sentido de que a expressão empregada abrangeria todos os crimes dolosos nos quais da violência resultou lesão corporal de natureza grave. Ademais, a lesão corporal de natureza grave é prevista no Código Penal como resultado agravador que pode ser atribuído ao autor do delito a título de dolo ou culpa, nos termos do art.19, como se verifica no próprio crime de lesão corporal grave (art.129, §§1º e 2º) e em outros delitos praticados com violência como o roubo qualificado (art.157, §3º, 1ª parte) e a extorsão qualificada (art.158, §2º, cc.art.157, §3º, 1ª parte), além dos que já são considerados hediondos. A exclusão dos crimes culposos e a referência no dispositivo, não aos crimes dolosos dos quais resulta lesão grave, mas aos praticados “dolosamente, com violência de natureza grave”, indicaria que o resultado lesivo também haveria de estar coberto pelo dolo. O entendimento, porém, inviabilizaria a aplicação da norma, inclusive por exigir na sentença condenatória expressamente que se tenha distinguido e declarado o

³⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal: Comentários à Lei no 7.210**, de 11-07-1984. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.46.

elemento subjetivo atinente ao resultado agravador. Observe-se, também, que certamente estão excluídos da incidência do dispositivo os condenados por crimes de tráfico de entorpecentes, tortura e terrorismo, se destes últimos não decorreu lesão grave, porque embora por lei equiparados aos crimes hediondos, não estão eles previstos no art.1º da Lei nº 8.072/1990 [...].

Assim, cria-se uma espécie de seletividade dos crimes. Percebe-se que há crimes incluídos que não são cometidos com violência por serem hediondos, como por exemplo a falsificação de remédios. Enquanto alguns, como homicídio, estão nas duas relações, tanto cometidos com violência quanto hediondos. Nesse sentido, não houve tanto rigor na determinação dos crimes a serem identificados criminalmente de forma compulsória.

Além disso, o parágrafo primeiro do artigo 9º-A dispõe que o banco de dados é sigiloso e que somente o juiz competente teria acesso aos dados, a pedido da autoridade policial, em caso de investigação criminal. Porém, nada diz o artigo sobre a fundamentação desse requerimento feito pela autoridade policial. Demonstra-se, assim, elevado grau de discricionariedade quanto às autoridades policiais, que poderão requerer ao juiz o acesso ao banco de dados, sem necessariamente ter fundamentação adequada.

2.3 Banco de Dados

Com o intuito de reduzir o número de delitos com autoria desconhecida e o elevado índice de criminalidade no país, houve a instituição do banco de dados pela Lei nº 12.654/2012. O armazenamento de perfis genéticos nos bancos de dados permitirá a realização de pesquisas e comparação entre o DNA coletado na fase de investigação ou na fase de cumprimento de sentença e o DNA das cenas dos crimes.

O artigo 2º da Lei nº 12.654/2012, que introduz os artigos 5º-A, 7º-A e 7º-B na Lei 12.037/2009, prevê a criação do banco de dados de perfis genéticos e algumas diretrizes.

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão 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.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis 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.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

O referido dispositivo deixa clara a sua preocupação quanto à proteção das informações coletadas, afirmando serem sigilosas, não reveladoras de traços somáticos ou comportamentais da pessoa (exceto determinação genética de gênero), “consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos”, e gerenciadas por unidade oficial de perícia criminal. Ademais, sem maiores detalhes, prevê a responsabilidade civil, penal e administrativa daquele que permitir ou promover o uso das informações para fins diversos.

O primeiro ponto a ser levado em consideração é que o artigo 5º, §1º da Lei 12.037/2009 prevê que os perfis genéticos "(...) não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas.". Isso quer significar que apenas o DNA não codificante poderia ser extraído e mantido no banco de dados. Entretanto, não há consenso quanto à possibilidade de se extrair apenas essa parte do material genético. Muitos são os pesquisadores que afirmam não ser possível extrair a parte não codificante sem a codificante. Dessa forma, julga-se que o grau de invasão na privacidade dos indivíduos submetidos à extração compulsória é elevado.

Ainda, para Carolina Grant³⁵:

Tais informações contidas no DNA, se manipuladas de forma inidônea ou descuidada, podem provocar o vazamento de dados relacionados às esferas da privacidade e intimidade do indivíduo, afinal, esta divulgação poderá afetar as suas relações de trabalho (discriminação em razão da compleição física ou potencial para desenvolvimento de alguma patologia que, por ventura, venha a impossibilitar a pessoa para o trabalho), familiares (doenças hereditárias), dentre outras.

³⁵ GRANT, Carolina. **Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil.** Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>>.

O controle do Banco Nacional de Perfis Genéticos, portanto, será todo do Poder Executivo, cabendo ao Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil e Comissão Nacional de Ética em Pesquisa apenas o convite para participar das reuniões do Comitê, sem direito a voto.

Outra questão importante é quanto ao tempo de armazenamento do material genético. O art. 7º-A da Lei nº 12.037/2009, com redação dada pela Lei nº 12.654/2012, determina que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Como nada se fala a respeito do prazo de retirada do dado coletado do condenado, a doutrina equiparou esse caso ao de uma pena de caráter perpétuo, o que não é permitido no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, o Decreto nº 7.950/2013 resolveu essa questão, estabelecendo, em seu art.7º, que a exclusão do perfil genético do banco de dados poderá ocorrer antes do prazo prescricional correspondente ao delito, desde que haja autorização judicial.

Art. 7º O perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial.

No caso dos investigados, a Lei nº 12.654/2012 é omissa quanto à exclusão dos dados coletados. Apenas há previsão de exclusão de identificação fotográfica, como a seguir exposto.

A Lei nº 12.037/2009, visando à preservação da imagem do criminalmente identificado, estabelece que 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 da sua identificação civil.

Embora a lei não seja expressa, tal requerimento deverá ser dirigido ao Juiz com a comprovação do arquivamento definitivo ou do trânsito em julgado da decisão absolutória, além de sua identificação civil.

É de se observar ainda, que o pedido de retirada da identificação fotográfica dos autos não será cabível em quaisquer casos.

Observa-se, pela leitura do artigo 7º do Decreto nº 7.950/2013, que a previsão de retirada da identificação criminal em autos de inquérito policial, especialmente na hipótese de não oferecimento de denúncia, isto é, de arquivamento, nem sempre terá justificativa. Quando, por exemplo, as razões do arquivamento se basearem em ausência de provas, dependendo da natureza do delito investigado, pode ser necessária a manutenção do perfil genético, com o objetivo de permitir a maior abrangência de novas investigações e para evitar também a repetição de procedimentos já realizados. No caso de absolvição, não. O afastamento concreto da pretensão punitiva, naquele caso, justificaria a retirada dos autos³⁶.

Além disso, em caso de decisão final condenatória, a retirada da identificação fotográfica também não será possível, inclusive por ausência de previsão legal para tanto, interpretação esta que se faz da própria lei, quando só menciona o inquérito policial, em nada falando a respeito de processo judicial.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior³⁷ afirma que o ideal para preencher essa lacuna seria aplicar analogicamente o disposto no artigo 7º da Lei nº 12.037/2009³⁸, no caso dos absolvidos sumariamente ou absolvidos no final do processo. O interessado solicitaria a retirada, porque não se justifica a permanência do DNA no banco de dados. Excetuando-se apenas o caso de arquivamento, em que a ação penal poderá ser proposta em caso de provas novas.

Para os condenados que tiveram seu material genético coletado, Aury Lopes Júnior³⁹ propõe a utilização do instituto da reabilitação, previstos nos artigos 93 e seguintes do Código

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 395.

³⁷ LOPES JR., Aury. Lei nº 12.654/2012: **É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?** Boletim do IBCCrim, no 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012.

³⁸ Art. 7º 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. (Lei 12.037/2009).

³⁹ LOPES JR., Aury, op. cit., loc. cit.

Penal⁴⁰, para que os dados sejam apagados após o decorrer de dois anos da extinção ou cumprimento da pena.

⁴⁰ Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

3.1 A expansão do direito penal

Há que se observar que o crescente aumento na criminalidade no mundo e no Brasil, especificamente, se contrapõe à incapacidade do Estado em conter esse avanço, o que gera uma expansão do direito penal.

Muitos são os defensores do Direito Penal Mínimo, corrente que possui como principal expoente o jus filósofo italiano Luigi Ferrajoli. Nessa corrente, o Estado deve atuar apenas em situações de extrema relevância para o Direito Penal, de forma a zelar pela liberdade do indivíduo, não podendo cogitar como ilícita uma conduta que não ofenda minimamente o bem jurídico tutelado. Através da ideia de atuação mínima do punitivismo estatal, Ferrajoli idealizou um sistema penal garantista, em que há a adoção de dez axiomas fundamentais para uma “opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados⁴¹”.

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exteriorização da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionalidade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.⁴²

Entretanto, o que se vê hoje é o abandono do pensamento com viés para o Direito Penal Mínimo e a tendência em se pensar na maximização do alcance do Direito Penal. O Direito Penal Máximo é uma ideia oposta, bastante seletiva, que despreza a técnica e os princípios constitucionais e penais, e, ainda, defende a produção de normas penais e o recrudescimento das penas e dos seus regimes de cumprimento. O objetivo é aumentar a tutela dos bens jurídicos pelo Direito Penal cada vez mais.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4a ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

⁴² *Ibid.*, p. 91.

Segundo Luigi Ferrajoli⁴³, o Direito Penal Máximo é aquele incondicionado e ilimitado. Além de sua excessiva severidade, caracteriza-se pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas. Conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

Esse momento, segundo Cancio Meliá⁴⁴, é de uma política criminal com características de expansão do direito penal. E, segundo Ferrajoli⁴⁵,

A política criminal que observamos na atualidade nacional furta-se do modelo garantista, eis que procura dar guarida a anseios imediatistas, oferecendo respostas e atuando em conformidade com as pressões sociais sem nem mesmo se ater a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito.

Isso quer significar que há um movimento de crescente expansão do Direito Penal, em detrimento do sistema penal garantista, para que haja uma resposta rápida aos anseios da sociedade atual.

Entretanto, em situações de excepcionalidade, tem-se a falsa percepção de que a utilização do Direito Penal irá produzir uma solução imediata e eficaz, quando, na verdade, não passa de um efeito meramente simbólico. Trata-se do Direito Penal de Emergência, o reflexo do Direito Penal Máximo.

Esta ideia de urgência é incompatível com o Direito Penal assentado em critérios de racionalidade democrática, como deve ser o Direito Penal moderno. Uma intervenção penal pautada em critérios de urgência é uma intervenção penal animada por clamor social, intervenção casuística e simbólica, em regra destituída de eficácia. Um Direito Penal emergencial, ou de urgência, destina-se a dar satisfações momentâneas a uma opinião pública abalada por crimes de repercussão⁴⁶.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4a ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102)

⁴⁴ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4a ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

⁴⁶ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **Medida provisória em matéria penal**. Para além da EC n° 32/01. Teresina, ano 14, n. 2200, 10 jul. 2009.

O Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de Pompeu Fabra, na Espanha, Jesús-Maria Silva Sanchez⁴⁷, em sua obra “A expansão do direito penal”, atribui parcela de culpa dessa insegurança geral aos meios de comunicação. Sanchez afirma que há uma correlação, uma vez que a mídia ocuparia posição de privilégio na sociedade da informação e, muitas vezes, transmitiria uma percepção inexata da realidade.

A exploração midiática com sua atuação, muitas vezes, sensacionalista, corrobora para essa mudança na política criminal, pois potencializa a ânsia da sociedade por leis cada vez mais severas. Dessa forma, o Estado (Legislativo) utiliza-se desse argumento para elaborar normas penais que correspondam a esse anseio, mas que muitas vezes não respeita o direito penal como *ultima ratio*⁴⁸, em que apenas as condutas que apresentem real lesividade social merecem ser incriminadas, como diz Callegari⁴⁹:

Haja vista que o Direito Penal lida com o bem jurídico liberdade, um dos mais importantes dentre todos, nada mais lógico do que esse ramo do Direito obrigar-se a dispor das máximas garantias individuais. E mais, conhecendo o nosso sistema carcerário, fica claro que só formalmente a atuação do Direito Penal restringe-se à privação da liberdade. Na prática, a sua ação vai mais além, afetando, muitíssimas vezes, outros bens jurídicos de extrema importância, como a vida, a integridade física e a liberdade sexual, *verbi gratia*; uma vez que no atual sistema prisional são frequentes as ocorrências de homicídios, atentados violentos ao pudor, agressões e diversos outros crimes entre os que ali convivem.

Sabe-se que durante muitos anos, a violência foi utilizada excessivamente, principalmente nos Estados autoritários, com a justificativa de manter a segurança nacional, ultrapassando os limites autorizados pelo Estado de Direito. Atualmente, retoma-se essa ideia

⁴⁷ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

⁴⁸ O Direito Penal é o ramo mais invasivo da esfera privada do cidadão, sua utilização deve se dar com cautela, deve ele se manter subsidiário e fragmentário, não se justificado seu uso do Direito Penal em casos que poderiam ser resolvidos por outros ramos do Direito. Mir Puig esclarece o motivo do caráter subsidiário do direito penal com as seguintes palavras: “O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da ‘máxima utilidade possível’ para as eventuais vítimas deve ser combinado com o ‘mínimo sofrimento necessário’ para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito Penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o ‘princípio da subsidiariedade’, segundo o qual o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos” (Santiago, 2007, p. 93 e 94). SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

⁴⁹ CALLEGARI, André Luiz. **O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal**. IBCrim, n° 70, 1998, p. 478.

de abuso de violência com a adoção, pelos Estados, de atitudes repressivas e punitivas, sob o argumento de “segurança nacional”, visando conter o aumento da criminalidade.⁵⁰

Dessa forma, a relação que se estabelece é de contraposição. Em uma ponta, encontram-se as garantias constitucionais, em outra, a segurança e o bem-estar da sociedade. Isso corrobora a tese de recrudescimento penal com a finalidade de garantir a segurança do país, conforme Sánchez⁵¹ explica:

Nesse contexto, eleito como instrumento privilegiado de resposta, o Direito Penal passou a assumir o centro dos debates, notadamente no que diz respeito à necessidade de expansão do seu raio de intervenção, bem como da importância de se relegarem a segundo plano princípios e garantias que davam sustentação à teorização liberal do direito punitivo, em nome de uma maior eficiência no combate à criminalidade. Quer dizer, passou-se a estabelecer uma relação diametralmente oposta entre garantias e segurança, sustentando-se a tese de que o endurecimento das leis e das medidas punitivas é imprescindível para aumentar a segurança dos cidadãos, ainda que à custa do sacrifício dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos acusados pela prática de delitos.

Nesse contexto, há uma tendência à criminalização de novas condutas, muitas vezes, apoiada pela sociedade. Segundo Cancio Meliá⁵², isso seria a manifestação de um Direito Penal Simbólico, porque além de identificar o fato, identifica-se o tipo de autor, que é considerado lesivo e que, portanto, não se encaixa em uma identidade social. Para tanto, utiliza-se a norma penal com o objetivo de acalmar os anseios da sociedade.

Atrelado a isso encontra-se um processo de criminalização antigo, o punitivismo. O punitivismo penal se caracteriza pela inserção no ordenamento jurídico de novos tipos penais que criminalizam condutas antes ditas como não condenáveis, bem como pelo endurecimento de forma quantitativa ou qualitativa das sanções penais já existentes, com o fim de rigorosamente aplicá-las. Isso vai de encontro aos movimentos minimalistas, que idealizam um Direito Penal Mínimo ou até mesmo o abolicionismo penal.

⁵⁰ CALLEGARI, A. L.; DUTRA, F. A. **Direito Penal do Inimigo e direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 862, ago. 2007, p.433.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.

⁵² JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, p. 88.

De acordo com Cancio Meliá⁵³, da união dos fenômenos simbolismo e punitivismo surge a teoria do Direito Penal do Inimigo:

[...] a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação da identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do Inimigo.

É com a única preocupação de contribuir para conter o avanço da criminalidade que teorias, muitas vezes incompatíveis com o papel do Estado Democrático de Direito, vem sendo criadas. Um exemplo é a Teoria do Direito Penal do Inimigo, objeto de estudo desse trabalho, idealizada por Günther Jakobs, a qual elege os “inimigos da sociedade”, ou seja, indivíduos que romperam com o “pacto social”.

3.2 A Teoria do Direito Penal do Inimigo

Como anteriormente explicitado, de uma forma geral, a expansão do direito penal gerou um aumento da produção normativa penal, a fim de corresponder às expectativas de uma sociedade contemporânea. Nesse contexto, surge a teoria do Direito Penal do Inimigo, muito criticada por não ser compatível com o estado democrático de direito.

Seria uma clara manifestação dos traços característicos do chamado Direito Penal moderno, isto é, da atual tendência expansiva do Direito Penal, que com frequência origina formalmente uma ampliação dos âmbitos de intervenção daquele, e, materialmente, de acordo com a opinião majoritária, um desconhecimento, ou, pelo menos, uma clara flexibilização ou relaxamento, e, com isso, um menoscabo dos princípios e das garantias jurídico-penais liberais do estado de Direito.⁵⁴

Günther Jakobs, em congresso em Berlim em 1999, expôs sua teoria, a fim de discorrer sobre “os desafios da ciência do direito penal frente ao futuro”⁵⁵. O Direito Penal do Inimigo seria, na verdade, outro direito penal, diferente do sistema para o cidadão, sem os mesmos

⁵³ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2007, p.72.

⁵⁴ GRACIA MARTIN, Luis. **Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (em línea). 2005. Núm. 07-02, p. 02:2. Disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de 2017.

⁵⁵ CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**./ Francisco Munoz Conde; tradução de Karyna Batista Sposato – Juruá, 2012, p.25.

princípios e específico para as pessoas que se negam a seguir a ordem jurídica, colocando em risco a integridade do sistema social.

Segundo Conde⁵⁶, Günther Jakobs deixa bem claro que dentro de um mesmo ordenamento devem existir duas espécies de direito penal, aquele denominado de Direito Penal do Cidadão e o chamado Direito Penal do Inimigo. No primeiro são observadas todas as garantias constitucionais e processuais; já no que concerne ao segundo, estas seriam reduzidas ou até mesmo suprimidas.

Entretanto, não é de Günther Jakobs a diferenciação entre cidadão e inimigo. Essa distinção existe há muito tempo, em que aqueles que atentavam contra a existência do Estado já recebiam tratamento diferenciado.

Günther Jakobs possui como suporte filosófico contratualistas como Hobbes e Kant. Acerca dessa ideia de contrato, depreende-se que os cidadãos renunciam parte de sua liberdade e a transferem para uma autoridade, o Estado. Há uma transição do Estado de natureza para um Estado Político e, nessa linha, aquele que se volta contra as bases desse Contrato Social firmado, não merece o status de cidadão, deve ser caracterizado como inimigo.

Em várias passagens de sua obra, “Direito Penal do Inimigo”, Günther Jakobs⁵⁷ deixa clara essa influência dos filósofos contratualistas, como:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica.

Na teoria apresentada por Günther Jakobs, fica clara a distinção entre pessoa e não pessoa, entre cidadão e inimigo. Em razão desse fato, faz-se necessário tentar buscar dentro da

⁵⁶ CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**. / Francisco Munoz Conde; tradução de Karyna Batista Sposato – Juruá, 2012, p.25.

⁵⁷ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, p.24.

teoria do Direito Penal do Inimigo como se qualifica o destinatário dessas normas penais mais rigorosas.

Para o próprio Günther Jakobs⁵⁸, o inimigo seria:

[...] quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

O inimigo, na visão de Sanchez⁵⁹:

[...] é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente mediante sua vinculação a uma organização abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

Ainda para Sanchez⁶⁰, a caracterização do inimigo seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e pela integração em organizações delitivas estruturadas.

Para Zaffaroni⁶¹, inimigo seria aquele a quem o direito negou a qualidade de pessoa, só sendo considerado sob o aspecto de ser daninho, perigoso.

Pode-se observar que não é todo delinquente que é qualificado como inimigo. Esse atributo é imputado apenas àquele que se afasta do direito, ou seja, em face daquele que não mais reconhece o Estado como terceiro capaz de promover a pacificação social e atenta contra sua própria existência.

⁵⁸ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, p. 47.

⁵⁹ SANCHEZ, Jesús-Maria Silva, **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013, p.149.

⁶⁰ Ibid., loc. cit.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2015. Tradução de: Sérgio Lamarão, p. 18.

Conde⁶² revela que Günther Jakobs admite dois tipos de direito penal nas sociedades atuais. Um com a finalidade de restabelecer a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadãos no Direito, mediante sanção punitiva; o outro se destina a determinados sujeitos que ameaçam o sistema e recebem uma resposta mais agressiva do Estado, visando a segurança cognitiva.

Com essa ideia de preservar a confiança da norma, Günther Jakobs possui uma concepção com viés para o direito prospectivo. Isso significa que ele busca regular a conduta não realizada, ou melhor, a conduta planejada. Logo, para ele, o ponto de partida para a regulação do inimigo é o fato futuro.

Para o Estado conseguir combater o inimigo, há a imposição de penas desproporcionais e cruéis e a penalização de condutas inofensivas, ou seja, uma antecipação da punibilidade, além da supressão ou redução de garantias e direitos comuns a todos os seres humanos em um Estado Democrático de Direito. Sendo certo que essas são algumas das principais críticas da teoria do Direito Penal do Inimigo.

Cancio Meliá⁶³, corroborando o anteriormente dito, ressalta que o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs se caracteriza por três elementos, a saber:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Ou seja, os principais aspectos dessa teoria são: a) o adiantamento da punibilidade; b) penas desproporcionalmente altas; e c) relativização ou supressão de direitos/garantias.

⁶² CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**. / Francisco Munoz Conde; tradução de Karyna Batista Sposato – Juruá, 2012, p. 25.

⁶³ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, p. 90.

O adiantamento da punibilidade seria a forma de punir atos preparatórios e futuros, multiplicando os crimes de perigo abstrato, em que o indivíduo é penalizado antecipadamente, sem que haja exteriorização no plano material de uma conduta.

O recrudescimento das penas se baseia principalmente em duas atitudes, sendo uma delas o aumento das penas bases dos tipos legais sem mais se preocupar com o princípio da proporcionalidade com relação a gravidade do ato ou ofensividade ao bem jurídico. A outra é relacionada com o já falado expansionismo penal, em que condutas consideradas atípicas são criminalizadas, a fim de que o Direito Penal atue amplamente, desconsiderando o direito penal mínimo, que busca tutelar apenas os bens jurídicos mais essenciais à vida em sociedade.

Por fim, as garantias processuais penais e direitos fundamentais existentes no direito penal do cidadão são suprimidas ou relativizados no Direito Penal do Inimigo, a fim de viabilizar o cumprimento da lei e a maior repressão dos delitos penais.

Conclui-se que o inimigo frente ao Estado é uma fonte de perigo e que para detê-lo há necessidade de um tratamento exacerbado quanto à punição. Dessa forma, há inúmeras críticas ao Direito Penal do Inimigo, já que a incompatibilidade deste com o Estado Democrático de Direito é notável.

Com base nas características apontadas, Gomes⁶⁴, inspirado no discurso crítico⁶⁵ de Zaffaroni enumera algumas críticas à teoria do Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo seria um exemplo do Direito Penal do Autor, o qual pune-se o agente pelo que é e não por sua conduta. Não se reprova a culpabilidade do agente, mas sua periculosidade, dando ensejo a um Direito Penal prospectivo. Como o objeto de punição é a periculosidade, não há que se falar em proporcionalidade relativa aos danos causados, resultando, muitas vezes, em penas desproporcionais. Além disso, garantias penais e processuais são flexibilizadas, mesmo quando há a imposição de pena de prisão.

⁶⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 66. V.2.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2015. Tradução de: Sérgio Lamarão.

Por fim, Gomes⁶⁶ critica o fato da teoria se constituir como um “direito”. O Direito Penal só pode ser vinculado com a Constituição Federal, logo, não se pode conceber o Direito Penal do Inimigo como um “direito”, isso seria uma contradição. Para o autor, o Direito Penal do Inimigo é um “não direito” presente em várias legislações penais.

O ordenamento jurídico brasileiro segue a tendência da expansão do Direito Penal, e com a finalidade de combater a criminalidade e atender aos reclames da sociedade, aplica o Direito Penal do Inimigo às normas penais. Isso cria uma falsa ilusão de segurança à sociedade.

Alguns exemplos são o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), a Lei n° 9.614/1998 que trata sobre o abate de aeronaves suspeitas e, o objeto de estudo desse trabalho, a Lei n° 12.654/2012 que trata da implementação do banco genético de dados.

No capítulo seguinte, demonstrar-se-á de que forma a Lei n° 12.654/2012 é um dos exemplos acima citados, buscando a relação entre a teoria e os dispositivos da lei.

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 66. V.2.

4. A LEI Nº 12.654/2012 À LUZ DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Diante da análise feita dos artigos da Lei nº 12.654/2012 e da teoria de Günther Jakobs, verifica-se a forte influência do Direito Penal do Inimigo no banco genético de dados. Nesse momento, faz-se imprescindível correlacionar as previsões normativas anteriormente estudadas com as principais características da teoria, a fim de demonstrá-la.

4.1 A relativização de direitos e garantias fundamentais

Inicialmente, cumpre salientar que, com a previsão de uma nova forma de identificação criminal e a consequente criação de um banco de perfil genético de dados, houve uma relativização de diversos direitos e garantias fundamentais. Como, por exemplo, o direito à privacidade e a dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da presunção de inocência e o princípio da não autoincriminação.

No contexto da expansão do Direito Penal, apresentada no capítulo anterior, observa-se uma tendência cada vez maior à não utilização das formalidades e garantias penais e processuais, que passam a ser vistas como obstáculos à eficiência do sistema punitivo como resposta à insegurança social.

A coleta de material genético para fins de investigação criminal deve ser regulada por parâmetros de garantia aos direitos fundamentais da pessoa humana. Caso contrário, representa um grave risco para os direitos humanos e para as garantias penais e processuais do cidadão. Mesmo porque a medida pode ser considerada desproporcional já que o grau de lesividade na intimidade é muito maior do que o resultado que se possa auferir por tal medida invasiva.

Além disso, cria-se uma relação inversa entre tais garantias e a busca constante por mais “segurança”. Em nome de uma eficácia repressiva, entende-se necessário e razoável suprimir ou pelo menos flexibilizar as garantias fundamentais. Isso desvirtua o papel do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, no qual deveria vigorar o princípio segundo o qual as normas penais são construídas, respeitando os direitos e as garantias fundamentais preconizados pela Constituição Federal.

Com relação à flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, destaca-se o direito à não autoincriminação, segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo. O princípio engloba todos os seres humanos e em qualquer posição, seja suspeito ou indiciado, acusado ou testemunha.

A garantia de não declarar contra si mesmo encontra-se, dentre outros documentos internacionais, no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁷. Já no âmbito interno, esse direito encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, inc. LXIII).

A identificação criminal com base na coleta obrigatória de DNA cria uma abertura que fere o direito de não produzir provas contra si mesmo. Assim, nenhum indivíduo poderia ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação, objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente. Se a prova contra o réu depender ativamente dele, apenas valerá se o ato for consciente, voluntário e espontâneo, não sendo possível qualquer agravo na persecução penal em virtude de uma recusa.

Porém, segundo a Lei nº 12.654/2012, se houver negativa por parte do imputado, a autoridade policial pode retirar o material genético compulsoriamente, sendo certo que a Lei não esclarece a forma a ser utilizada para a coleta do DNA, apenas cita que a técnica empregada será “adequada e indolor”.

A intervenção corporal é um meio invasivo, por necessitar de manobra no organismo humano, a fim de coletar o DNA de uma pessoa. Além de violar o direito a não autoincriminação, há a violação do direito à integridade física, e, sobretudo, o princípio da dignidade humana, como afirma Nicolitt e Wehrs⁶⁸:

⁶⁷ Artigo 8. Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

⁶⁸ NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: lei nº 12.654/2012**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 109.

(...) a vulneração da integridade física importa lesão à dignidade humana. A utilização do homem como meio de obtenção da verdade, nos autos do processo, o transforma em um objeto e traduz-se em sua instrumentalização, em sua coisificação, o que é vedado pela regra de inviolabilidade da dignidade humana.

De fato, como lembra M. E. Queijo, “o fato de a Lei assegurar que será empregada técnica indolor e adequada para extração de material genético, nem de longe é suficiente para garantir o respeito à dignidade humana, valor sobre o qual o Estado Democrático de Direito Brasileiro se alicerçou”⁶⁹.

Outro princípio que merece destaque é o Devido Processo Legal. Importa destacar que a expressão “devido”, na esfera do processo penal, indica a observância do modelo processual acusatório, orientado por princípios que asseguram a defesa dos direitos humanos. Nesse modelo, há clara diferenciação entre as funções de acusar e de julgar, não cabendo ao juiz a iniciativa probatória.

Dito isso, 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, se aproxima muito do modelo processual inquisitivo, que, se caracteriza pela concentração de poderes (acusação, defesa e julgamento) nas mãos do juiz.

Há, dessa forma, uma afronta ao sistema acusatório do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Lei assegura ao magistrado iniciativa probatória ao dispor que ele tem o poder de determinar, de ofício, a realização da identificação criminal pelo perfil genético, quando essencial às investigações policiais.

No caso, a Lei nº 12.654/2012 insere o parágrafo único no art. 5º da Lei nº 12.037/2009 para permitir a extração de DNA “quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”, situação descrita no artigo 3, inciso IV.

⁶⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?**. Boletim IBCCrim, n. 250, set. 2013.

Segundo Aury Lopes Júnior⁷⁰,

Vários problemas brotam desta disciplina. Inicia por recorrer a fórmula genérica e indeterminada de ‘essencial às investigações policiais’, sem sequer definir em que tipos de crimes isso seria possível. Dessa forma, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício, rasgando tudo o que se sabe acerca de sistema acusatório e imparcialidade.

Portanto, percebe-se que o magistrado poderá determinar de ofício a coleta do material genético, mesmo que o indivíduo seja identificado civilmente. Acredita-se que a expressão “essencial às investigações policiais” é genérica e poderá ser utilizada indiscriminadamente, mesmo que a Lei exija o preenchimento de dois requisitos no caso da tutela do interesse da investigação.

O primeiro é que o pedido deve ser fundamentado e a imprescindibilidade dessa espécie de prova deve ser comprovada. O segundo é a autorização judicial. Entretanto, observa-se o traço inquisitório ao permitir que essa coleta compulsória seja determinada de ofício pelo juiz. Este deveria apenas analisar e julgar o pedido de forma imparcial, a fim de não distorcer o instituto e violar o sistema acusatório.

A Lei nº 12.654/2012 também afronta o sistema acusatório quando traz em sua essência traços inquisitórios por presumir que a prova genética é uma prova plena. O exame de DNA, no entanto, não se trata de prova irrefutável acerca da comprovação da autoria do delito, mas tão somente visa a verificar se há correlação entre o sujeito e o crime. Aury Lopes Júnior⁷¹ afirma que o exame de DNA, embora importante para a formação da convicção do julgador, precisa ser visto como “mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais”, de modo a, assim, garantir a ampla defesa e o contraditório.

Ademais, questiona-se a expressão “essencial às investigações criminais”, uma vez que é genérica e abstrata, podendo englobar os mais diversos motivos. A fundamentação deve ser adequada para não haver banalização da intervenção corporal, com risco de violar o direito à

⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 455.

⁷¹ LOPES JR., Aury. **Lei nº 12.654/2012: É o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)?**. Boletim do IBCCrim, no 236, p. 5-6, São Paulo, julho 2012, p. 6.

privacidade assegurada no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. A adequação implica em haver congruência entre o meio empregado e o fim perseguido.

Já nos casos de coleta de DNA do condenado por crime hediondo ou por crime doloso com violência grave, não há necessidade de autorização judicial. Esta somente será necessária para o acesso ao banco de dados, em que a autoridade policial deverá formular pedido fundamentado e demonstrar a imprescindibilidade deste tipo de prova.

A única restrição diz respeito a natureza do crime objeto da condenação. Parte-se da premissa que os autores de crimes hediondos e crimes dolosos cometidos com violência de natureza grave contra pessoa possuem periculosidade, estigmatizando-os.

Além do mais, a lei é inadequada porque permite a extração coercitiva de padrão genético em crimes que não têm a natureza própria desses crimes que precisam da prova genética. Por exemplo, alguns crimes hediondos, como a epidemia com resultado morte, ou a falsificação de produtos terapêuticos ou medicinais. Condenados por esses crimes, por serem crimes hediondos, terão seus padrões genéticos extraídos, colhidos e mantidos em bancos de dados? Por quê? Qual o objetivo? Qual a finalidade? Por isso, nesse aspecto, a lei é inadequada.⁷²

Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, em audiência pública⁷³ sobre o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos, reforça que há crimes incluídos nesse rol especificado na Lei nº 12.654/2012 pelo simples fato de serem hediondos. Isso demonstra que o argumento de que o rol é constituído por crimes que necessitam de provas genéticas não pode ser considerado válido.

Além disso, o artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, inserido pelo diploma normativo em comento, flexibilizou o princípio da legalidade, na medida em que a expressão “violência de natureza grave contra pessoa” é completamente vaga, não tendo correlação com qualquer outra previsão legal no nosso sistema, e, ainda, inexistente consenso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre o seu significado. Aury Lopes Júnior⁷⁴ comenta que no mínimo seriam

⁷² STF; MENDES, Ministro-relator Gilmar. **Audiência Pública: RE 973.837**. 2017. ARMAZENAMENTO DE PERFIS GENÉTICOS DE CONDENADOS POR CRIMES VIOLENTOS OU HEDIONDOS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf>. Acesso em: 23 maio 2017, p.295.

⁷³ Ibid., loc. cit.

⁷⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.457.

os crimes dolosos que resultem lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima, mas que possivelmente haverá um imenso debate acerca dos limites disso.

Por fim, a lei não especifica se a condenação deverá ser entendida como sentença penal condenatória recorrível ou já transitada em julgado. Considerando o caráter excepcional da medida de coleta do material genético, a presunção de inocência restaria esvaziada se não fosse exigido a sentença condenatória transitada em julgado. Isto é, não seria coerente adotar tal medida quando a sentença ainda pode ser alterada ou anulada.

4.2 O adiantamento da punibilidade e o endurecimento sem causa da execução penal

A existência do banco genético de dados representa um adiantamento da punibilidade. Sua finalidade é a de elucidar crimes futuros que possivelmente possam vir a ser praticados pelo indivíduo, possibilitando, conseqüentemente, elementos de prova. Assim, o Estado adotou uma perspectiva do que é provável em sua concepção, na medida em que pretendeu se resguardar de fatos futuros e não penalizar uma conduta já cometida.

Esse adiantamento da punibilidade consiste basicamente em penalizar atos preparatórios ou futuros. A periculosidade do agente passa a ser elemento determinante para a proteção e prevenção penal, de forma a criar um direito penal de emergência. Logo, a Lei n° 12.654/2012 determinou que os que mais possuem periculosidade e devem ter seus materiais genéticos armazenados em banco de dados são os condenados por crimes hediondos ou por crimes cometidos com violência grave contra a pessoa.

No que diz respeito ao endurecimento sem causa da execução penal, quanto aos efeitos da pena, o ordenamento jurídico brasileiro prevê somente efeitos obrigacionais, patrimoniais e de restrição de direitos. Logo, essa obrigatoriedade da coleta de material genético representa um efeito secundário da pena e, portanto, um endurecimento sem causa da execução penal para esses indivíduos, porque visa a resguardar elementos de prova para futuras persecuções penais.

Além disso, a leitura do texto legal pode trazer a ideia de que o banco genético de dados é eterno. O fato de um perfil genético figurar no banco de dados sem ter previsão de exclusão

dos 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, tornando a medida inadequada⁷⁵.

4.3 A estigmatização e a eleição de inimigos

Ao prever que somente os autores de crimes hediondos e crimes dolosos cometidos com violência de natureza grave contra pessoa serão penalizados por terem seus materiais genéticos coletados de forma obrigatória e armazenados em um banco de dados, a Lei nº 12.654/2012 promove uma estigmatização. Ainda, possibilita um permanente estado de vigilância do Estado sobre o identificado, que terá o princípio da presunção de inocência violado frente a fatos futuros.

Rogério Tadeu Romano diz que a identificação criminal pela coleta de material genético possui inspiração repressiva e etiquetante:

Assombra a possibilidade de identificação criminal pelo DNA, introduzida pela lei 12.654/12, bem como a manutenção de banco destinado a armazenar perfis genéticos dos criminosos. Sendo assim a identificação criminal, a teor do artigo 5º daquele diploma legal, é Direito Penal do Inimigo, algo de forte inspiração repressiva e etiquetante. Algo próprio de um Estado Totalitário.⁷⁶

Combinado com a estigmatização, percebe-se que há uma eleição de inimigos prevista legalmente na Lei. Logo, mais um traço do Direito Penal do Inimigo presente na Lei nº 12.654/2012, o qual legitima a intervenção indevida do Estado na esfera privada de determinados indivíduos. Certas pessoas são consideradas inimigas, de forma a garantir a segurança dos cidadãos.

STF; MENDES, Ministro-relator Gilmar. **Audiência Pública: RE 973.837**. 2017. ARMAZENAMENTO DE PERFIS GENÉTICOS DE CONDENADOS POR CRIMES VIOLENTOS OU HEDIONDOS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf>. Acesso em: 23 maio 2017, p.295.

⁷⁶ ROMANO, Rogério Tadeu. **IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL PELO DNA: UMA EXPERIÊNCIA LOMBROSIANA**. Disponível em: <<https://www.jfn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

O Poder Legislativo, ao aprovar esse diploma normativo, selecionou os inimigos do Estado, considerando-os como entes perigosos, sendo-lhes negados os direitos e garantias próprios de um cidadão. Isso torna as modificações introduzidas pela Lei nº 12.654/2012 incompatíveis com o Estado de Direito, mas próprias de um Estado absoluto.

Para Zaffaroni,

Na teoria política, o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (inimigos da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que, por sua essência, não admite gradações e, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de direito. Com isso, introduz-se uma contradição permanente entre a doutrina jurídico-penal que admite e legitima o conceito de inimigo e os princípios constitucionais internacionais do Estado de direito, ou seja, com a teoria política deste último.⁷⁷

Além disso, o fato da Lei não contribuir efetivamente na prevenção de delitos também é visto como um dos motivos pelos quais a norma é incompatível com o Estado Democrático de Direito, como bem aponta Cancio Melia:

Quando se aborda uma valoração do Direito Penal do Inimigo como parte do ordenamento jurídico-penal, sobretudo se pergunta se deve ser aceito como inevitável segmento instrumental de um Direito penal moderno. Para responder esta pergunta de modo negativo, em primeiro lugar, pode-se recorrer aos pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao ordenamento jurídico-penal no sentido estrito: não deve haver Direito Penal do Inimigo porque é politicamente errôneo (ou: inconstitucional). Em segundo lugar, pode argumentar-se dentro do paradigma de segurança ou efetividade no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promove este tipo de normas penais: o Direito Penal do Inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos [...] ⁷⁸

Ademais, a existência de normas penais com características de Direito Penal do Inimigo podem levar à exclusão dos indivíduos considerados inimigos. A determinação destes é resultado de escolhas políticas, muitas vezes, deturpadas. A história mundial possui diversos exemplos de Estados que escolheram seus inimigos sustentados em interesses escusos. No Brasil, por exemplo, o controle social exercido por meio da seletividade penal é antigo e fundamenta-se na segregação e marginalização dos negros e pobres da periferia.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2015. Tradução de: Sérgio Lamarão, p.11.

⁷⁸ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. p.98/99.

Zaffaroni consegue transmitir essa tendência do poder punitivo nas sociedades:

[...] a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal [...]⁷⁹

Nesse sentido, os critérios utilizados pelo Estado para a escolha de seus inimigos são estabelecidos pelas circunstâncias políticas, econômicas e sociais. Isso gera um amplo espaço para o etiquetamento indiscriminado de pessoas e sua estigmatização, em um constante estado de vigilância e suspeição.

O legislador buscou conter essas pessoas levando em consideração a sua periculosidade, não exatamente o fato criminoso cometido, verificando-se a incidência do direito penal do autor. Para Cancio Melia,⁸⁰ “o Direito Penal do Inimigo não é compatível, portanto, com o direito penal do fato”, e é justamente por isso que a teoria de Günther Jakobs é criticada. Pune-se o indivíduo que violou a regra social e não apenas o fato objetivo, afastando-se, assim, o princípio da proporcionalidade como definidor da pena imposta.

O aumento da criminalidade e, principalmente, a maior incidência de crimes graves, como homicídio e estupro, é a justificativa para aprovação de leis duras e estigmatizantes, como a Lei nº 12.654/2012. Ao invés de tentar solucionar o problema de forma profunda, optou-se por excluir determinados indivíduos da sociedade, não lhes conferindo direitos e garantias próprios de um Estado Democrático de Direito, ainda que não haja comprovação de que isso seja eficaz.

Luiz Flavio Gomes criticou essa postura de combate aos inimigos, utilizando-se de diversos argumentos coerentes, dentre os quais destacam-se os seguintes:

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2015. Tradução de: Sérgio Lamarão, p.82.

⁸⁰ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. p. 109.

k. mas esse Direito Penal do Inimigo é claramente inconstitucional, visto que só podem conceber medidas excepcionais em tempos anormais (estado de defesa e de sítio); l. a criminalidade etiquetada como inimiga não chega a colocar em risco o Estado vigente, nem suas instituições essenciais (afetam bens jurídicos relevantes, causa grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado); m. logo, contra ela só se justifica o Direito penal da normalidade (leia-se: do Estado de Direito); n. tratar o criminoso comum como “criminoso de guerra” é tudo de que ele necessita, de outro lado, para questionar a legitimidade do sistema (desproporcionalidade, flexibilização de garantias, processo antidemocrático etc.); temos afirmar que seu crime é manifestação delitativa a mais, não um ato de guerra. A lógica da guerra (da intolerância excessiva, do “vale tudo”) conduz a excessos. Destrói a razoabilidade e coloca em risco o Estado Democrático. Não é boa companheira da racionalidade.⁸¹

Desse modo, não se pode admitir dentro de um ordenamento jurídico legislações que manifestem um Direito Penal do Inimigo, sob pena de se ameaçar a própria existência do Estado Democrático de Direito, e legitimar a expansão do poder punitivo sobre os cidadãos e, por conseguinte, abrir espaço para um Estado absoluto, como bem defende Zaffaroni⁸²:

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos – renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaço para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência.

Portanto, as disposições normativas introduzidas pela Lei nº 12.654/2012 da forma como se apresentam atualmente, sobretudo devido à sua incidência sobre um grupo de indivíduos pré-selecionados, representam um Direito Penal do Inimigo dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, devem ser declaradas inconstitucionais, sob pena de ameaçar a própria subsistência do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V.2. p.3-4.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2015. Tradução de: Sérgio Lamarão, p.172.

CONCLUSÃO

O objetivo central deste trabalho foi analisar de que maneira a teoria do Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, influenciou o banco genético de dados, o novo método de identificação criminal introduzido pela Lei n° 12.654/2012. Com base nas considerações feitas, é possível formular algumas delimitações conclusivas acerca do problema inicial.

A teoria do Direito Penal do Inimigo é resultado de uma política de expansão do Direito Penal, em que se busca ampliar o alcance do direito penal, em uma tendência inversa ao Direito Penal Mínimo, que enxerga o direito penal como a última opção. Suas raízes são da Criminologia Positivista, cujo principal expoente é Cesare Lombroso, uma vez que se privilegia muito mais o criminoso como objeto de estudo do que o crime propriamente dito. Portanto, pode-se dizer que a teoria de Günther Jakobs é um exemplo do direito penal do autor.

O adiantamento da punibilidade, as penas desproporcionalmente altas, a relativização ou supressão de direitos e garantias, a estigmatização e a eleição de inimigos são algumas das características do Direito Penal do Inimigo. Por mais que haja uma forte tendência em superar a criminologia positivista, percebe-se, ao longo do trabalho, que ainda há uma forte influência desta nas legislações vigentes.

Em um primeiro momento, foi realizada uma análise sobre a identificação humana (civil e criminal), bem como a utilização de material genético para fins de identificação criminal. Superada esta etapa, foi possível analisar de forma mais objetiva a Lei n° 12.654/2012, indicando as principais alterações introduzidas e de que maneira o banco de dados de perfis genéticos se propõe a funcionar, de acordo com as disposições legais.

O referido diploma legal promoveu alterações na Lei de Identificação Criminal (Lei n° 12.037/2009), bem como na Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210/1984), inserindo no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se realizar a identificação criminal por meio da coleta de DNA, além de prever a obrigatoriedade dos condenados por certos delitos a fornecer o seu material biológico para ficar armazenado em banco de dados sigiloso.

Mais adiante, foram apresentados o contexto social e a tendência punitivista da sociedade atual. Um dos grandes motivos é o aumento da criminalidade e a sensação de impunidade. Para tal, criam-se leis com punições severas e que relativizam garantias constitucionais, uma vez que estas podem ser vistas como obstáculo à concretização da “justiça”. Dessa forma, foi possível verificar a forte influência das teorias positivistas, como a de Günther Jakobs, em legislações vigentes atualmente.

A intervenção do Estado nas questões de segurança pública normalmente gera repercussões na esfera de direitos fundamentais de seus cidadãos, uma vez que restringe o exercício da autonomia da vontade, faz nascer expectativas sociais de solucionar com mais agilidade e eficiência os problemas relacionados aos crimes e, principalmente, aflora intensos debates jurídicos e sociais sobre os limites e a validade das suas ações no cumprimento dos mandamentos normativos.

Entretanto, deve-se ter em conta que a Lei não serve para reduzir os índices da criminalidade, uma vez que este tipo de política criminal não é propício para tanto, já que a criminalidade possui outras causas de natureza social e relacionadas à ausência de políticas públicas.

Em seguida, foi realizada uma análise sistemática, comparando as características da teoria do Direito Penal do Inimigo com os dispositivos da Lei nº 12.654/2012, de forma a melhor compreender de que forma a teoria influenciou o banco genético de dados.

Uma das principais questões observadas foi a obrigatoriedade que o indivíduo investigado possui em fornecer material genético do seu próprio corpo para o Estado abastecer um banco de dados de perfis genéticos. Isto certamente deve ser visto com muita cautela, por atingir diretamente direitos fundamentais.

A utilização de pesquisas genéticas, derivadas do avanço tecnológico, para fins de investigação criminal é ponto de pacífico acordo. O ponto controverso é a criação de um banco de dados de perfis genéticos e, especificamente, a admissibilidade de coleta obrigatória de amostra de DNA.

Deve-se levar em consideração o fato de que qualquer regulamentação da utilização de bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil deve partir do

consentimento do titular dos referidos dados, de forma a preservar os direitos e as garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, em especial o já referido direito à não autoincriminação, disposto no artigo 5º, inciso LXIII da Carta Magna.

Além das inquietações mais comuns presentes no imaginário popular em relação ao uso indevido dos perfis genéticos, como a possibilidade de manipulação e divulgação de informações da esfera privada das pessoas, outros mais específicos, concernentes à aspectos éticos e legais vem se somar às dúvidas suscitadas quanto ao uso dos bancos de dados genéticos.

A Lei é imprecisa em vários pontos. Não contempla um procedimento mínimo sobre a gestão dos bancos de dados, falta uma definição sobre quem e como será feita a administração dos referidos bancos, e não prevê quem autorizará e quem, especificamente, terá acesso às informações. Não define como se dará o armazenamento dos dados, por quanto tempo os perfis ficarão incluídos nos bancos e, menos ainda, como se dará o descarte desse material.

Observa-se que a existência do banco de dados, como visto, representa um adiantamento da punibilidade, e a obrigatoriedade dos condenados por certos crimes a fornecer seu material biológico configura um endurecimento sem causa da execução penal, além de relativizar ou suprimir direitos fundamentais. Todas essas características presentes na Lei nº 12.654/2012 são também da teoria do Direito Penal do Inimigo, como verificado nos terceiro e quarto capítulos.

Com o desenvolvimento do trabalho, foi possível perceber que o legislador brasileiro ao aprovar a Lei nº 12.654/2012 expandiu o campo de aplicação do Direito Penal, e elegeu os inimigos do Estado, sendo-lhes retirados diversos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal de 1988, além de ter flexibilizado o princípio da legalidade.

Uma solução viável seria a criação de um banco de dados a partir da identificação de todas as pessoas, independentemente de ter sido ou não condenada por um delito. Dessa forma, além da coleta da impressão digital realizada no momento da identificação civil, poderia ser coletada uma amostra do material genético, por meio da saliva, gota de sangue (existem vários dispositivos praticamente indolores para tanto) ou um fio de cabelo. Em algumas décadas, o país teria um banco de dados de identificação de todos os cidadãos

nacionais, que poderia, inclusive, servir de parâmetro de comparação com materiais genéticos encontrados em cenas de crimes.

Desse modo, estaria resolvido o problema da seletividade, simbolismo e ineficácia encontrados na forma de criação e alimentação do banco de dados de perfis genéticos trazido na Lei nº 12.654/2012. Em suma, o fornecimento do perfil genético corresponderia ao do perfil digital.

Por fim, cabe aqui ressaltar que a utilização da identificação genética para fins criminais exige a observação das garantias de proteção de dados genéticos. Não se pode sustentar que o Direito Penal e o Direito Processual Penal fiquem alheios às novas tecnologias, como os exames de DNA, porém tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucional.

Vale também frisar que se faz necessária a adequada regulação do emprego da identificação genética e dos dados obtidos com ela, que devem ser tratados como instrumento excepcional, isto é, restrito somente àquelas situações previstas em lei. Isso é de suma importância para não haver violação do princípio da dignidade humana, que orienta as relações humanas, e dos direitos da integridade corporal e da não autoincriminação, os quais são considerados balizadores dos limites de interferência do ente estatal na esfera privada.

Portanto, após a análise da Lei nº 12.654/2012 da forma como é hoje, a conclusão foi firmada no sentido de que ela concretiza as ideias de um Direito Penal do Inimigo. Por conseguinte, suas disposições normativas são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, não só devido a sua afronta aos princípios constitucionais, mas também por não serem eficazes na repressão da prática de delitos.

Outrossim, não se pode admitir dentro de um ordenamento jurídico legislações que contenham traços de Direito Penal do Inimigo, sob pena de se colocar em risco a própria existência do Estado Democrático de Direito, conforme sustentado anteriormente.

Nesse sentido, espera-se que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 973837, declare a inconstitucionalidade do art.9º-A da Lei de Execução Penal, o qual

prevê a obrigatoriedade dos condenados por delitos cometidos com violência grave contra pessoa ou por crimes hediondos a fornecer o seu material biológico para ficar armazenado em banco de dados genéticos, por não ser compatível com o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **Medida provisória em matéria penal**. Para além da EC nº 32/01. Teresina, ano 14, n. 2200, 10 jul. 2009.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2014. (Universitária).

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014. Tradução de: Juarez Cirino dos Santos.

BECK, Francis Rafael; RITTER, Ruiz. A COLETA DE PERFIL GENÉTICO NO ÂMBITO DA LEI No 12.654/2012 E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: UMA NECESSÁRIA ANÁLISE. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p.321-341, mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

BRASIL. Decreto nº 7950, de 12 de março de 2013. **Banco Nacional de Perfis Genéticos e Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.054, de 07 de dezembro de 2000. **Lei de Identificação Criminal**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10054.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009. **Lei de Identificação Criminal**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. **Banco de Dados de Perfis Genéticos**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 93**, de 2011. Estabelece a identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra pessoa ou considerado hediondo. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4105271>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CALLEGARI, André Luís; DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 862, p.429-442, ago. 2007.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **A (IM)POSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL NO BRASIL**. Revista Nej - Eletrônica, Santa Catarina, v. 17, n. 2, p.271-286, maio 2012.

CALLEGARI, André Luiz. **O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal**. IBCrim, no 70, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral. 6a Ed atualizada e ampliada**. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**./ Francisco Munoz Conde; tradução de Karyna Batista Sposato – Juruá, 2012.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319848>. Acesso em: 30 mai de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4a ed. Tradutores: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Marcelo Augusto de. **A INCONSTITUCIONALIDADE DO BANCO DE DADOS DE CRIMINOSOS LEI 12.654/12 (LEI DE COLETA GENÉTICA PARA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL)**, disponível em: <<http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoanterior/Sumario/2012/downloads/2.pdf>>. Acesso em: 20 ago 2017.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GARRIDO, Fabíola de S.r.g.. **CONSENTIMENTO INFORMADO EM GENÉTICA FORENSE**. Acta Bioethica, Rio de Janeiro, p.299-306, 2013.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GIOVANELLI, Alexandre. **Ciência forense: uma introdução à criminalística**. Rio de Janeiro: Projeto Cultural, 2015.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; PESSOA, César. **Bancos de dados de DNA e exposição da pessoa: A lei no 12.654/2012 e outras implicações**. Revista Levs, p.1-11. Disponível em:

<<https://nupesc.files.wordpress.com/2012/12/bancos-de-dados-de-dna-e-exposic3a7c3a3o-da-pessoa.pdf>>. Acesso em: 11 ago 2017.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **Ciência Forense: da Cena do Crime ao Laboratório de DNA**. Rio de Janeiro: Projeto Cultural, 2014.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. **O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro Três Anos após a Lei no 12.654**. In Revista de Bioética y Derecho, v. 35, p. 94-107, 2015.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; PESSOA, César. **POLICIAMENTO GENÉTICO: o DNA publicizado em nome da segurança pública**. Revista de Ciências Sociais, João Pessoa, p.103-114, out. 2012.

GIOVANELLI, Alexandre; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. **A PERÍCIA CRIMINAL NO BRASIL COMO INSTÂNCIA LEGITIMADORA DE PRÁTICAS POLICIAIS INQUISITORIAIS**. Revista do Laboratório de Estudos da Violência, Marília, v. 7, p.05-24, jun. 2011.

GRACIA MARTIN, Luis. **Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (em línea). 2005. Núm. 07-02, p. 02:1-02:43. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em: 05 de agosto de 2017.

GRANT, Carolina. **Limites e possibilidades constitucionais à criação do banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista6/limitesCarolina.pdf>>

GUERRERO, Ramiro Anzit. **A BASE IDEOLÓGICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO (GÜNTER JAKOBS): SOCIEDADE DE RISCO E SEUS EFEITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. Revista Esmat, Palmas, v. 5, p.191-217, jan. 2013.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 118 p. Organização e Tradução de: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Lei nº 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? Boletim IBCCrim**, n. 236, jul. 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007.

MACHADO, Antônio Alberto. **Identificação Criminal pelo DNA**. Disponível em: <http://www.midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2012_identificacao.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MACHADO, H. **Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN.** *Etnográfica*, vol 15(1), p.153-166, 2011.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Lei nº 12.654/2012 e os direitos humanos.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 339-358., set./out. 2012.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Lei 12.654/12: identificação genética ou obtenção constrangida de prova?** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/lei-12654-identificacao-genetica-ou-obtencao-constrangida-de-prova/8838>> Acesso em: 18 ago. de 2017.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/12.** 2a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal:** lei nº 12.654/2012. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. 173 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 2 v.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San José, Costa Rica, 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal.** Disponível em: <http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2017.

PEREIRA, Gustavo Lázaro. **A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL EM FACE DA NOVA LEI 12.654/12: BREVES APONTAMENTOS.** *Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito*, São Paulo, v. 1, n. 2, p.1-13, jun. 2012. Semestral.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova?** *Boletim IBCCrim*, n. 250, set. 2013.

RABELO, Julio Cesar do Nascimento; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **A LEI 12.654/12 E O PROCESSO DE ESCOLHA DOS NOVOS INIMIGOS PELO ESTADO.** *Recurso Eletrônico On-line*, Aracaju, v. 1, n. 1, p.1-10, jul. 2015. Organização: CONPEDI/UFS.

ROMANO, Rogério Tadeu. **IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL PELO DNA: UMA EXPERIÊNCIA LOMBROSIANA.** Disponível em:

<<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

SIEGEL, J., KNUPFER, G. e SUUKKO, P (eds.). **Encyclopedia of Forensic Sciences**, 1-3, 1484p., 2000.

SILVA, Emílio de Oliveira. **Identificação Genética para fins criminais**. Ed. Del Rey. Belo Horizonte. 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A identificação criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STF; MENDES, Ministro-relator Gilmar. **Audiência Pública: RE 973.837**. 2017. ARMAZENAMENTO DE PERFIS GENÉTICOS DE CONDENADOS POR CRIMES VIOLENTOS OU HEDIONDOS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/Transcricoes_Armazenamento_de_Perfis_Geneticos.pdf>. Acesso em: 23 maio 2017, p.295.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **O BANCO DE PERFIS GENÉTICOS E A ESTIGMATIZAÇÃO PERPÉTUA: UMA ANÁLISE DO ART. 90-A DA LEI 7.210/84 À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 45, p.207-226, 2016.

UNESCO, Comissão Nacional da. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos**. 2004. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2007. Tradução de: Sérgio Lamarão.