

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Beatriz Lage Brum

**IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL MEDIANTE EXTRAÇÃO DO DNA (ÁCIDO
DESOXIRRIBONÚCLEICO): um confronto necessário entre Direito Penal do Inimigo
e Estado de Direito**

Juiz de Fora

2016

Beatriz Lage Brum

**IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL MEDIANTE EXTRAÇÃO DO DNA (ÁCIDO
DESOXIRRIBONUCLEICO): um confronto necessário entre Direito Penal do Inimigo
e Estado de Direito**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Penal. Sob orientação do prof. Ms. Leandro de Oliveira Silva.

Juiz de Fora

2016

Beatriz Lage Brum

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL MEDIANTE EXTRAÇÃO DO DNA (ÁCIDO DESOXIRRIBONÚCLEICO): um confronto necessário entre Direito Penal do Inimigo e Estado de Direito

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Na área de concentração Direito Penal. Submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. João Beccon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADA

REPROVADA

Juiz de Fora, 20 de julho de 2016

“As verdadeiras conquistas, as únicas de que nunca nos arrependemos,
são aquelas que fazemos contra a ignorância”

Napoleão Bonaparte

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a Lei nº 12.654/12 sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo de modo a verificar a sua (in)compatibilidade com o Estado de Direito. O referido diploma legal promoveu alterações na Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/09), bem como na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), ao prever uma nova forma de identificação criminal, qual seja, a realizada por meio da extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), para posterior comparação com vestígios deixados em eventual cena de crime. Com a reunião de todos os elementos teóricos necessários para a análise do tema, chegou-se à conclusão que a lei em comento concretiza as ideias do denominado Direito Penal do Inimigo e, por conseguinte, suas disposições normativas são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Estado Democrático de Direito. Identificação Criminal. DNA.

ABSTRACT

This study aims to analyze Law n° 12.654/12 from the perspective of criminal law of the enemy in order to check their (in)compatibility with the rule of law. The said law made changes in the Criminal Identification Act (Law n° 12.037/09) and the Penal Execution Law (Law n° 7.210/84), by providing a new form of criminal identification, namely, performed by DNA extraction (deoxyribonucleic acid), for comparison with traces left in any crime scene. With the meeting of all the theoretical elements necessary for the subject of analysis, we came to the conclusion that the law under discussion embodies the ideas of the so-called Criminal Enemy of law and therefore their regulatory provisions are incompatible with the democratic rule of law established by the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Criminal Law for Enemies. Democratic State. Criminal Identification. DNA.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
DNA	Ácido desoxirribonucleico
LEP	Lei de Execução Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	10
1.1 FATORES DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	10
1.1.1 Direito penal simbólico e punitivismo	11
1.1.2 Direito penal do inimigo	12
1.1.2.1 <i>Fundamentos jusfilosóficos</i>	12
1.1.2.2 <i>Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo, segundo Jakobs</i>	14
1.1.2.3 <i>Características principais do Direito penal do inimigo</i>	16
2 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	18
2.1 HISTÓRICO.....	18
2.2 MOTIVOS DA ADOÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO PELO PERFIL GENÉTICO.....	19
2.3 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.....	22
2.3.1 Principais disposições normativas introduzidas pela lei nº 12.654/12	23
2.3.1.1 <i>Investigação criminal quando for essencial às investigações policiais</i>	23
2.3.1.2 <i>Investigação criminal quando da condenação</i>	26
2.3.1.3 <i>Banco de Dados</i>	27
2.3.1.4 <i>Exclusão dos perfis genéticos</i>	29
3 ANÁLISE DA LEI Nº 12.654/12 SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	32
3.1 RELATIVIZAÇÃO OU SUPRESSÃO DE DIREITOS/GARANTIAS.....	32
3.2 ADIANTAMENTO DA PUNIBILIDADE.....	32
3.3 ENDURECIMENTO SEM CAUSA DA EXECUÇÃO PENAL.....	32
3.4 FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	33
3.5 ELEIÇÃO DE INIMIGOS.....	33
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

INTRODUÇÃO

No presente trabalho pretende-se analisar a Lei nº 12.654/12 sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo de modo a verificar a sua (in)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

O referido diploma legal promoveu alterações na Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/09), bem como na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), inserindo no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se realizar a identificação criminal por meio da extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), além de prever a obrigatoriedade de os condenados por certos delitos a fornecer o seu material biológico para ficar armazenado em banco de dados sigiloso.

O tema proposto é um assunto de extrema relevância, não apenas jurídica, mas também social e política, na medida em que essa nova modalidade de identificação criminal pode violar direitos e garantidas individuais, assim como estigmatizar os identificados, criando uma categoria de inimigos do Estado brasileiro.

O referencial teórico utilizado foi a teoria do Direito Penal do Inimigo, propugnada pelo doutrinador Günther Jakobs¹, o qual aponta a existência de duas tendências opostas dentro de um ordenamento jurídico penal: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Este último, como o próprio nome diz, seria destinado aos inimigos do Estado.

Neste trabalho adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica de obras que tratam sobre o tema, além de monografias e artigos publicados na rede mundial de computadores, bem como procedeu-se ao estudo das legislações brasileiras pertinentes à identificação criminal.

O presente estudo é composto por três partes.

No primeiro capítulo serão expostos os motivos que acarretam a expansão do Direito Penal dentro de um ordenamento jurídico, abordando a questão do Direito penal simbólico e do punitivismo. Nos tópicos seguintes serão explicitados os fundamentos jusfilosóficos utilizados por Günther Jakobs para justificar o Direito Penal do Inimigo, bem

¹ Nasceu na cidade de Mönchengladbach, em 26 de julho de 1937. É autor de livros de Direito, filósofo e professor emérito de Direito Penal e Filosofia de Direito. Mais conhecido no meio acadêmico por seu controverso conceito de Direito Penal do Inimigo. Além disso, é considerado um dos mais brilhantes discípulos da escola finalista de Hans Welzel, tendo posteriormente superado esta doutrina ao criar o funcionalismo sistêmico, a partir das ideias do sociólogo Niklas Luhmann sobre a teoria dos sistemas. Após os ataques de 11 de setembro contra as Torres Gêmeas, em Nova Iorque, teve papel relevante na criação das bases filosóficas legitimadoras da guerra ao terror.

como a contraposição deste com o Direito Penal do Cidadão e, ainda, indicar as suas principais características.

O segundo capítulo tratará da identificação criminal que constitui hipótese excepcional em nosso sistema, procedendo-se ao estudo de sua evolução histórica, dos motivos que levaram o legislador brasileiro a adotar a identificação criminal pelo perfil genético, além de esmiuçar os dispositivos legais introduzidos pela Lei nº 12.654/12, de forma a possuir embasamento crítico para responder ao problema apresentado.

No último capítulo a Lei nº 12.654/12 será analisada sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo, para se chegar à conclusão se é compatível, ou não, com o Estado Democrático de Direito.

1 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

1.1 FATORES DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito penal é um ramo do ordenamento jurídico que visa a tutelar aqueles bens jurídicos considerados mais relevantes para a convivência em sociedade, e para cumprir tal mister está em constante evolução.

Nas últimas décadas, devido à globalização e o desenvolvimento tecnológico, surgiram novas formas de criminalidade de que são exemplos os delitos econômicos, o crime organizado, o terrorismo, e o tráfico de armas e de pessoas, constituindo o que se convencionou chamar de macrocriminalidade.

Nesse contexto, vivencia-se uma gigantesca sensação de insegurança, reforçada pela rápida disseminação de informações pelos meios de comunicação, principalmente pela mídia que, por meio de discursos sensacionalistas, propaga o caos social e o aumento da criminalidade.

Sobre o atual contexto da política criminal, Manuel Cancio Meliá (2007, p.55-56) leciona que:

As características principais da política criminal praticada nos últimos anos podem resumir-se no conceito da “expansão” do Direito Penal. Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que o fenômeno mais destacado na evolução atual das legislações penais do “mundo ocidental” está no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores.

Zaffaroni (2007, p.15-16) compartilha o mesmo entendimento:

É impossível ignorar que a atual situação mundial constitui um fator determinante do escândalo que parece atingir a discussão no campo penal e político-criminal. [...] as circunstâncias do mundo variaram de modo notório, em razão de uma pluralidade de situações alarmantes: o poder se planetarizou e ameaça com uma ditadura global; o potencial tecnológico de controle informático pode acabar com toda intimidade; o uso desse potencial controlador não está limitado nem existe forma de limitá-lo à investigação de determinados fatos; as condições do planeta se deterioram rapidamente e a própria vida se encontra ameaçada. Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch* e vingativa sem precedentes; a capacidade técnica de destruição pode arrasar a vida; guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente

econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigo e emergências – com os consequentes *Estados de exceção* – em série e em alta velocidade.

Dessa maneira, a população influenciada pela campanha midiática de combate aos delinquentes passa a reivindicar do Poder Público a solução para os problemas criminais por meio do ordenamento jurídico penal, o que leva à expansão do Direito Penal, em razão da manifestação de dois fenômenos: Direito penal simbólico e punitivismo, que serão explicitados no próximo tópico.

1.1.1 Direito penal simbólico e punitivismo

O Direito penal simbólico se manifesta pela atuação legiferante, com a criminalização de novas condutas, apoiada por todo o clamor popular, deixando de lado as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade.

Manuel Cancio Meliá (2007, p. 59) esclarece o sentido de simbolismo:

Então, o que quer dizer-se com a crítica ao caráter simbólico, se toda a legislação penal, necessariamente, possui características que se podem denominar de “simbólicas”? Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta [...].

Nesse sentido, o legislador ao editar as legislações penais não pretende realmente tutelar os bens jurídicos afetados pelo delito, mas sim bajular o seu eleitorado demonstrando que atendeu aos seus pedidos por mais segurança, ainda que a promulgação dessas leis não tenha o condão de diminuir a incidência de crimes.

Por sua vez, 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 das sanções das normas já existentes, com o fim de rigorosamente aplicá-las.

Manuel Cancio Meliá (2007, p.64) expõe que os dois fenômenos supramencionados, não são, na realidade, suscetíveis de ser separados nitidamente, podendo determinada disposição normativa expressar uma combinação deles:

Assim, por exemplo, quando se introduz uma legislação radicalmente punitivista em matéria de drogas, isto tem uma imediata incidência nas

estatísticas da persecução criminal (isto é, não se trata de normas meramente simbólicas, de acordo com o entendimento habitual) e, apesar disso, é evidente que um elemento essencial da motivação do legislador, na hora de aprovar essa legislação, está nos efeitos “simbólicos”, obtidos mediante sua mera promulgação. E ao contrário, também parece que, normas que em princípio poderiam ser catalogadas de “meramente simbólicas”, possam ensejar um processo penal “real”.

Portanto, a população e o Poder Público acreditam, equivocadamente, que a legislação penal é o único mecanismo eficiente para a resolução dos problemas criminais, dando-se ensejo à expansão do Direito Penal e à promulgação de normas com características de Direito Penal do Inimigo, que será delineado no próximo tópico.

Antes é preciso mencionar que o Direito Penal do Inimigo surge da união dos fenômenos acima explicitados, quais sejam, simbolismo e punitivismo, de acordo com as preciosas lições de Manuel Cancio Meliá (2007, p.72):

[...] 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.

1.1.2 Direito penal do inimigo

1.1.2.1 Fundamentos jusfilosóficos

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada por Günther Jakobs, pela primeira vez, no ano de 1985, em sua obra denominada “*Criminalización em el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*”. Contudo, foi em seu livro “Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas”, de 2003, que sustentou a possibilidade do Direito Penal do Inimigo como integrante do sistema jurídico penal.

Jakobs aponta duas tendências opostas dentro do ordenamento jurídico penal: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, e para justificar a sua tese invoca as teorias contratualistas do Iluminismo.

Primeiramente, cita Rosseau e Fichte que defendiam que o indivíduo perde todos os seus direitos a partir do momento em que viola o contrato social, tornando-se “não-pessoa”, inimigo do Estado. Assim se manifesta (2007, p.26):

Não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois a separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinqüente tem direito a voltar a ajustar-se com a

sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinqüente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressupostos a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinqüente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

Nessa perspectiva, Jakobs não compartilha a concepção de Rosseau e de Fichte, mantendo a qualidade de cidadão àquele que transgrediu a norma, através da prática delitiva, mas oferece segurança cognitiva suficiente de que se comportará dali em diante de acordo com o Direito, sendo-lhe garantido um Direito Penal do Cidadão. Por outro lado, ao indivíduo que não dá garantias de que respeitará as regras deve ser destinado um Direito Penal do Inimigo.

Segundo Jakobs (2007, p.27), o seu entendimento está em consonância com o que foi defendido, em princípio, por Hobbes, que só não considerava como pessoa o sujeito que cometia delito de alta traição (rebelião), pois, neste caso, rompia-se o contrato social, retornando o infrator ao estado de natureza, devendo por isso ser tratado como inimigo.

Outro teórico mencionado pelo autor (2007, p.28-29) para justificar a sua teoria foi Kant, que prelecionava que toda pessoa poderia obrigar outra a participar de uma constituição-cidadã, e caso esta se negasse a viver em um “estado comunitário-legal”, deveria ser excluída ou submetida à custódia de segurança, na medida em que se tornava inimiga do Estado.

Finalmente, para dar maior embasamento a sua tese, o autor tedesco chega à conclusão que tanto Hobbes quanto Kant reconhecem essa polaridade: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. Mas, é na doutrina do primeiro que se nota mais claramente a base filosófica da ideologia do Direito Penal do Inimigo formulada por Jakobs (2007, p.29):

Como acaba de citar-se, na posição de Kant não se trata como pessoa quem “me ameaça constantemente”, quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão. De maneira similar, Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo persistente por princípio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa.

Dessa forma, Jakobs defende que existem dois polos de regulação dentro de um mesmo sistema: de um lado, há o Direito penal dos indivíduos que se desviam eventualmente (Direito Penal do Cidadão) e, de outro, o Direito Penal do Inimigo, destinado

àqueles que se afastaram completamente da ordem jurídica posta e acabam por ameaçar a sua existência.

No próximo tópico serão melhor delineados os principais aspectos destas duas tendências, porém faz-se necessário deixar claro, desde já, que o próprio Jakobs (2007, p.21) admite que pode haver a sobreposição de ambas na mais simples prática delituosa:

Quando no presente texto se faz referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais de tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão [...].

1.1.2.2 Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo, segundo Jakobs

Como dito anteriormente, o autor alemão reconhece dois tipos de regulação dentro da ordem jurídica: Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. O primeiro é destinado àqueles que, embora tenham cometido um crime, oferecem segurança cognitiva suficiente de que seguirão fiéis à norma. Assim, continuam a deter a qualidade de cidadãos, sendo-lhes garantidas todas as prerrogativas inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Por seu turno, o Direito Penal do Inimigo vem para inocuizar os sujeitos renitentes que, com seu comportamento constantemente desviante, não reconhecem o *jus puniendi* estatal, e por isso são considerados extremamente perigosos, “inimigos” do Estado. Dessa forma, não gozam do *status* de pessoa, devendo ser combatidos firmemente mediante um procedimento de guerra, vez que oferecem riscos à própria existência do contrato social.

Outrossim, a pena também possui função distinta nessas duas tendências, podendo ser encarada tanto como coação como uma custódia de segurança antecipada. No Direito Penal do Cidadão, a pena é vista como compensação de um dano à vigência da norma, enquanto no Direito Penal do Inimigo se dedica à eliminação de um perigo, abarcando tanto os atos preparatórios como os futuros.

Ao analisar criticamente a proposta de Jakobs, Manuel Cancio Meliá (2007, p.70/71) deixa claro que:

A essência deste conceito de Direito penal do inimigo está, então, em que constitui uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às

medidas de segurança, supõe tão-só um processamento desapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo, especialmente significativas. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

Assim, no Direito penal do Cidadão, a pena possui o efeito simbólico de reafirmar a validade da norma atingida pelo comportamento delituoso, ficando restrita, por conseguinte, ao fato praticado. Já no Direito Penal do Inimigo, além desse simbolismo, a pena detém uma função de segurança próxima à da medida de segurança, porquanto contempla tanto o fato pretérito como o futuro, sob a justificativa de que o inimigo possui uma disposição a praticar delitos de considerável gravidade, e por este motivo devem ser contidos no estado prévio, pois podem acarretar consequências danosas à sociedade.

De acordo com Jakobs (2007, p.30):

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias. (grifo do autor).

Nessa perspectiva, o Estado deve tratar de maneira diferenciada aqueles indivíduos considerados como inimigos, editando leis materiais e processuais de luta contra esse tipo de delinquente, e os cidadãos podem exigir a tomada de providências adequadas para contê-los, tendo em vista que são detentores do direito à segurança.

O próprio Jakobs identifica em sua obra que o Poder Legislativo vem retratando abertamente esse objetivo de refrear inimigos, principalmente no âmbito da criminalidade econômica, organizada, terrorismo, nos delitos sexuais e outras infrações penais perigosas.

No Brasil, diversas legislações penais manifestam o que essa teoria do Direito penal do inimigo propugna. Pode-se citar a Lei nº 10.792/2003, que incluiu na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84) a determinação de que os detentos suspeitos de

envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando² sejam submetidos ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

Além dessa, há também a Lei do Abate (Lei nº 9.614/98), na qual está prevista a possibilidade de destruição de aeronaves que estejam sobrevoando o espaço aéreo brasileiro e sejam consideradas hostis, bastando que haja autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

A Lei nº 12.654/12 segue na mesma linha que as legislações supracitadas. Antes de analisar esse diploma normativo, torna-se necessário assinalar as principais características dessa teoria difundida por Günther Jakobs, o que será feito no item abaixo.

1.1.2.3 Características principais do Direito Penal do Inimigo

Mais uma vez são preciosas as lições de Manuel Cancio Meliá (2007, p.67) ao apontar os principais aspectos dessa teoria, que são: a) o adiantamento da punibilidade; b) penas desproporcionalmente altas; e c) relativização ou supressão de direitos/garantias:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: 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.

O adiantamento da punibilidade consiste basicamente na penalização de atos preparatórios e futuros, bem como na multiplicação de crimes de perigo abstrato, o que faz com que, na maioria das vezes, sequer haja a exteriorização de uma conduta, sendo o indivíduo já incriminado antecipadamente.

Outra característica é a exacerbação das reprimendas, que não levam em consideração a gravidade do ato (ofensividade ao bem jurídico), uma vez que pretendem

² A Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, alterou o *nomem iuris* atribuído ao delito descrito no art.288 do Código Penal, o qual passou a ser denominado como “associação criminosa”, e não mais quadrilha ou bando. Além disso, ampliou o alcance do referido dispositivo legal, vez que para a sua configuração exige-se apenas a associação de três ou mais pessoas para a prática de crimes, ao contrário de antes em que era imprescindível mais de três pessoas, ou seja, quatro.

somente atender aos reclames da população ou refrear a proclamada periculosidade do autor, passando a ser excessivamente desproporcionais.

Ademais, as condutas antes consideradas atípicas e inofensivas são criminalizadas, expandindo-se o âmbito de aplicação do Direito Penal, que precipuamente busca tutelar apenas aqueles bens jurídicos mais essenciais à vida em sociedade.

Outrossim, diversas garantias processuais penais e direitos fundamentais são relativizados ou mesmo suprimidos, visto que são considerados como inconvenientes ao cumprimento da lei e repressão à prática de delitos.

Luiz Flávio Gomes (2004, p.2) também explicita com propriedade os traços dessa teoria, acrescentando novas características:

Bandeiras do Direito Penal de inimigo: o Direito Penal do inimigo, como se vê, (a) necessita da eleição de um inimigo e (b) caracteriza-se ademais pela oposição que faz ao Direito Penal do cidadão (onde vigoram todos os princípios limitadores do poder punitivo estatal). Suas principais bandeiras são: (a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).

Em síntese, essas são as principais características dessa teoria tão criticada por autores de renome, e que mais a frente serão contrapostas com as disposições normativas da Lei nº 12.654/12, com o intuito de se comprovar se este diploma legal possui traços de um Direito Penal do Inimigo.

2 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

2.1 HISTÓRICO

Previamente à análise jurídica da Lei 12.654/12 torna-se necessário a definição e o desenvolvimento de alguns conceitos.

A identificação sempre se mostrou uma preocupação humana, e com o passar do tempo seus métodos foram evoluindo, sendo que inicialmente havia um interesse maior em identificar civilmente, vindo mais tarde a surgir a necessidade de se determinar a identidade de indivíduos no âmbito criminal.

O mais antigo desses processos identificativos é o realizado através do nome, que permite a individualização de uma pessoa tanto civilmente quanto juridicamente, mas ele mostrou-se ineficiente ante a facilidade com que pode ser modificado, bem como pela possibilidade de existir diversos indivíduos com o mesmo nome (homonímia), ou mesmo um único sujeito com vários nomes.

No século XVII, foi empregado o Sistema Ferrete, o qual se utilizava de um instrumento de ferro aquecido para marcar criminosos, escravos e animais. Simultaneamente, existiu o processo de Mutilação em que se amputava algum membro ou parte do corpo do criminoso, a depender do delito cometido e da legislação do país que o adotava (ARAÚJO; PASQUALI, 2006, p.3).

Na primeira metade do século XIX, a tatuagem passou a ser empregada como meio identificativo, vindo a ser conhecida como Sistema Cromodérmico, e ainda nessa época a fotografia foi usada para o reconhecimento de pessoas, permanecendo até os dias atuais.

Houve também a identificação com partes do corpo humano, como, por exemplo, através de medidas da parte externa do canal auditivo. Em 1897, publicou-se o primeiro tratado sobre identificação por meio da arcada dentária, sendo esta de suma importância para a determinação da identidade, especialmente de cadáveres carbonizados (ARAÚJO; PASQUALI, 2006, p.7-8).

Com o decorrer dos anos alguns processos tidos como desumanos, como o ferrete e a mutilação, foram extintos, passando os órgãos policiais a ter dificuldades em estabelecer e provar com segurança a identidade de um agente delituoso.

Para tentar solucionar esse problema, surgiu o Sistema Antropométrico, posteriormente denominado Bertillonagem, que possibilitou a medição do corpo humano e de suas partes. Além dos sinais antropométricos, descritivos e particulares, utilizou-se a

fotografia do identificado de frente e de perfil, e em 1894 as impressões digitais foram introduzidas, vindo a papiloscopia a substituir posteriormente esse método.

A papiloscopia/datiloscopia se baseia nos resultados que as papilas dérmicas produzem na epiderme, nas cristas papilares, sendo tal técnica usada até hoje em todos os Institutos de Identificação do mundo, inclusive para fins criminais.

Finalmente, devido ao avanço tecnológico e científico experimentado nas últimas décadas, o DNA passou a ser manipulado com o fito de identificar pessoas.

Em 2012, foi implantada no Brasil essa nova forma de identificação, a qual permitiu a formação de um banco de dados sigiloso para armazenamento de perfis genéticos. Isso somente foi possível devido à publicação da Lei nº 12.654/12, que, como dito anteriormente, modificou dispositivos da Lei de Identificação Criminal e inseriu uma nova previsão na Lei de Execução Penal.

2.2 MOTIVOS DA ADOÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO PELO PERFIL GENÉTICO

No Projeto de Lei do Senado nº 93/2011, consta, dentre os motivos para a implantação dessa nova forma de identificação no âmbito criminal, a sua indispensabilidade para a investigação policial, vez que aprimoraria este trabalho ao garantir celeridade no desvendamento de crimes e de sua autoria.

O senador Ciro Nogueira (2011, p. 1) apresentou a seguinte justificativa para a referida proposta que contou com a sua iniciativa:

O presente projeto de lei vem para reforçar um processo já em andamento no Brasil. Nosso País deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar na investigação de crimes praticados com violência. O sistema, denominado CODIS (*Combined DNA Index System*) é o mesmo usado pelo FBI, a polícia federal dos Estados Unidos, e por mais 30 países. O processo para implantação do CODIS começou em 2004. O banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele.

O CODIS prevê ainda um banco de identificação genética de criminosos, que conteria o material de condenados. Todavia, a sua implantação depende de lei. É do que trata o presente projeto. De fato, uma coisa é o banco de dados operar apenas com vestígios; outra é poder contar também com o material genético de condenados, o que otimizaria em grande escala o trabalho investigativo.

A determinação de identidade genética pelo DNA constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética molecular. Ela é hoje uma ferramenta indispensável para a investigação criminal.

Do mesmo modo, o então senador Demóstenes Torres (2011, p.3-4), relator designado na Comissão de Constituição e Justiça, acrescentou em seu parecer outras circunstâncias que influenciaram na elaboração do Projeto de Lei e sua aprovação:

De acordo com III Congresso Brasileiro de Genética Forense, realizado entre 10 a 13 de maio deste ano em Porto Alegre – RS, o Brasil, nos últimos anos, num esforço dedicado a combater as nossas altas taxas de violência e de criminalidade, criou, com o uso da Genética Forense, uma rede organizada de laboratórios periciais criminais e vem implantando o Banco Nacional de Perfis Genéticos (em *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e a implantação do CODIS no Brasil*, de Aguiar, S.M. e outros).

Tendo em vista que a tecnologia de bancos de perfis genéticos já se mostrou extremamente eficaz em vários países, notadamente nos Estados Unidos e Reino Unido, o seu impacto na promoção da justiça e combate à impunidade tem sido fator determinante para a sua implantação no Brasil.

Os esforços visando o desenvolvimento da Genética Forense no cenário nacional resultaram, em 2009, na assinatura do Termo de Compromisso para a utilização do *software* CODIS, programa de gerenciamento de perfis genéticos desenvolvido pelo FBI, como já informado. Em 2010, foi feita a maior instalação do programa CODIS fora dos EUA, incluindo 15 laboratórios estaduais, um laboratório federal, mais os bancos nacionais, tanto do CODIS 5.7.4 (criminal), quanto do CODIS 6.1 (pessoas desaparecidas). Essa estrutura de laboratórios e bancos foi batizada como Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Ainda, em conformidade com recente Congresso, estudos recentes apontam o Brasil como o sexto País do mundo em taxa de homicídios (26,4 homicídios em 100 habitantes/ano) e destacam uma situação igualmente grave em relação aos crimes sexuais. As taxas de elucidação desses delitos são baixas, com menos de 10% dos homicidas apropriadamente identificados e condenados, devido à ausência de prova material; tal fato tem causado comumente o arquivamento de vários inquéritos e denúncias.

A efetiva atuação da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos certamente diminuirá esses índices de violência [...].

Em outro giro, tramitou concomitantemente com a proposta anterior, o Projeto de Lei nº 2.458, perante a Câmara dos Deputados, pretendendo a aprovação da mesma temática. O Relator Deputado Vicente Cândido (2011, p.3-4), designado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, deu parecer favorável à sua aprovação, sob os seguintes argumentos:

Não observei vícios de constitucionalidade, juridicidade ou de técnica legislativa na matéria abrangida pelo PL 2458/2011 [...]. Assim sendo, amparado por uma profunda reflexão, transversal às matérias de direito e de ciências naturais, registro a seguir um texto emblemático da conclusão que chegamos após estudo detido acerca da matéria. O escrito é um notável trabalho acadêmico produzido sobre o assunto. Na publicação embasada em bibliografia consistente e amparada pela Revista da Escola da Magistratura

do Estado do Rio de Janeiro, o Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad, mestre e doutor em ciência penal, conclui:

“A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.

O exame de DNA compulsório é adotado em Estados do civil e do common law, e tem-se mostrado como importante instrumento para a melhor elucidação dos fatos no processo penal. Conquanto limite e restrinja alguns bens jurídicos dignos de tutela, não suprime ou ofende os direitos do acusado no processo”.

Em suma, os principais motivos que fundamentaram a aprovação dessa nova modalidade de identificação foram os seguintes: a sua suposta eficiência na apuração de crimes e autoria, de modo a garantir celeridade na persecução criminal; o aumento da criminalidade no país, notadamente daqueles delitos considerados graves; e a inexistência de prejuízos ao identificado, uma vez que no processo penal brasileiro já existem medidas mais danosas do que esse processo identificativo.

Assim, pela leitura das justificativas expostas, percebe-se que a Lei nº 12.654/12, a qual refletiu em diversos aspectos na identificação criminal no país, foi aprovada sem um debate sério acerca dos seus efeitos sobre a vida dos identificados, bem como sobre os direitos e garantias previstos em nossa Carta Magna. Com a sua aprovação, o legislador almejou apenas atender ao clamor popular por mais segurança, visto a crescente taxa de incidência de crimes sexuais e homicídio, que, muitas vezes, ficam sem resolução.

Nesse sentido, o Poder Legislativo desconsiderou completamente que a criminalidade possui causas históricas, políticas e sociais, permitindo que o Estado intervenha na esfera individual de determinados sujeitos, por intermédio do Direito Penal, que só deveria ser utilizado como último recurso.

Portanto, pode-se afirmar que a Lei nº 12.654/12 manifesta as duas tendências anteriormente tratadas neste trabalho, quais sejam Direito penal simbólico e punitivismo penal, e quiçá representa um Direito penal do inimigo, o que será analisado no decorrer deste trabalho.

2.3 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

A identificação criminal tem por escopo individualizar a pessoa, tornando-a exclusiva frente aos demais, e não deve ser confundida com qualificação do investigado e reconhecimento de pessoas. Renato Brasileiro (2015, p.115) esclarece a diferença entre os termos:

A identificação criminal não se confunde com a qualificação do investigado. A identificação criminal tem por finalidade tornar a pessoa humana exclusiva, e diz respeito à identificação datiloscópica, fotográfica e genética, sendo possível apenas nos casos previstos em lei quando o indivíduo se identificar civilmente (CF, art.5º, LVIII). A qualificação do investigado deve ser compreendida como sua individualização através da obtenção de dados como nome completo, naturalidade, filiação, nacionalidade, estado civil, domicílio, etc. [...]. A identificação criminal também não se confunde com o reconhecimento de pessoas. Naquela, notadamente nas hipóteses de identificação datiloscópica e do perfil genético, há o emprego de técnica científica de elevada complexidade, sendo que o ato de identificação pressupõe conhecimentos técnicos por parte do identificador. Tendo por objeto uma variedade de características físicas e biológicas, a identificação prioriza o estabelecimento de critérios científicos que permitem excluir um indivíduo do universo de pessoas, de modo objetivo e seguro. Por outro lado, o reconhecimento de pessoas (CPP, art.226), fundado nos sentidos visuais, auditivos ou táteis proporcionados por uma experiência passada que é renovada no presente, não exige habilidade específica, cuidando-se de mera comparação leiga feita com a finalidade de se encontrar semelhanças entre pessoas [...].

No Brasil, a identificação criminal está prevista como medida excepcional no art.5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988, podendo ser realizada apenas nas situações expressamente previstas em lei, o que foi regulamentado pela Lei nº 12.037/09, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 12.037/09, a identificação civil pode ser comprovada por meio da apresentação de carteira de identidade, carteira profissional, CTPS, passaporte, carteira de identificação funcional ou qualquer outro documento público que permita a identificação. Embora a pessoa tenha apresentado qualquer um destes documentos, é permitida a identificação criminal nas hipóteses descritas no art.3º da referida lei:

Art. 3º 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.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Dessa forma, a identificação criminal só será feita naqueles casos em que se suspeite da validade e veracidade dos documentos cíveis apresentados ou ainda quando há registros policiais do uso de diversos nomes e fraude pelo indivíduo.

Apontadas as situações em que a identificação criminal pode ocorrer, faz-se necessária a análise das principais disposições normativas introduzidas pela Lei nº 12.654/12, na Lei de Identificação Criminal e na Lei de Execução Penal, para posteriormente relacioná-las com a teoria do Direito Penal do Inimigo.

2.3.1 Principais disposições normativas introduzidas pela lei nº 12.654/12

2.3.1.1 Identificação criminal quando for essencial às investigações policiais

A identificação criminal é realizada tanto pelo processo datiloscópico como pelo fotográfico, e a partir da inclusão, pela Lei nº 12.654/12, de um parágrafo único no art.5º da Lei de Identificação Criminal, poderá ser colhido o material genético do investigado para fins identificativos, ainda que já esteja identificado civilmente, desde que essa medida seja essencial às investigações policiais. O dispositivo legal está assim redigido:

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.

Nesse caso, ao contrário das outras formas de identificação, é imprescindível que haja prévia autorização judicial, obtida mediante requerimento do delegado, do órgão acusador, da defesa e até mesmo poderá ser determinada de ofício pelo magistrado.

Dessa forma, na Lei nº 12.037/09, a identificação pelo perfil genético é medida destinada a apurar a autoria de um delito já cometido, mediante a comparação da sequência de bases nitrogenadas no interior da molécula do DNA, que constitui o código genético do identificado, com vestígios encontrados na cena do crime, no corpo da vítima ou em objetos utilizados para a prática delitiva.

Nos dizeres de Mirabete e Fabbrini (2014, p.47):

Embora os resultados da identificação criminal pelos processos tradicionais, como o datiloscópico e o fotográfico, eventualmente possam ser úteis no mesmo ou em outro procedimento criminal para apuração da autoria de um delito, não é essa a sua finalidade principal. A identificação pelo perfil genético tem natureza diversa, porque o seu objetivo central não é o de tornar certa a identidade do suspeito ou acusado de um crime, para que não haja dúvidas sobre quem é a pessoa investigada ou o réu no processo. Sua finalidade, no inquérito policial ou na execução penal, é o de coletar elementos (material biológico) que possam subsidiar perícias técnicas com vistas à elucidação de um crime, pretérito ou futuro [...].

Essa nova modalidade de identificação criminal não foi aceita sem críticas. A primeira delas diz respeito ao valor probatório que será dado a essa prova constituída pelo DNA, visto que só é capaz de revelar que o vestígio coletado é do identificado, não propiciando certeza de que ele esteve na cena do crime, pois esta pode ter sido manipulada, além do fato de as amostras recolhidas ficarem, não raras vezes, sujeitas a modificações por agentes externos, naturais ou não.

Ademais, questiona-se o conceito amplo do termo “essencial” às investigações, na medida em que permite a manipulação de discursos retóricos nas solicitações e boas doses de subjetivismos, que poderiam resultar em uma banalização da intervenção corporal, violando, por exemplo, o direito à privacidade e à vida privada, constitucionalmente assegurados no art.5º, X, da CRFB/88.

Outrossim, mencionada previsão legal assegurou ao magistrado iniciativa probatória ao dispor sobre a possibilidade dessa autoridade judiciária determinar, de ofício, a realização da identificação criminal pelo perfil genético. Isto fere a opção constitucional pelo sistema acusatório, que tem como pilares a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, e o fato da gestão das provas ser função das partes.

Outra crítica se refere ao possível desrespeito ao princípio do *nemo tenetur se detegere* (princípio da não autoincriminação), decorrente do direito ao silêncio previsto no art.5º, LXIII, da CRFB/88, além de estar resguardado no art.186 do Código de Processo Penal

e em tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, a exemplo do art.8º, item 2, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica, e art.14, item 3, alínea “g”, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

O princípio da não autoincriminação é um direito fundamental que inclui tanto o direito ao silêncio (conduta omissiva) quanto o direito de não ser constrangido a produzir prova contra si mesmo (conduta ativa), disso não podendo resultar qualquer presunção de culpa ou prejuízo para a defesa.

Em sede de inquérito policial, a nova *legis* não previu expressamente a obrigatoriedade do investigado a ceder o seu material biológico. Assim, caso seja compelido a fornecê-lo, ainda que por técnica indolor, tal ato estaria contrariando o princípio do *nemo tenetur se detegere*, vez que o identificado estaria produzindo provas contra si mesmo.

Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini (2014, 0.48) lecionam que:

[...] Se ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si próprio, como se tem reconhecido também em outras hipóteses, como a de recusa de fornecer material grafotécnico, de se submeter ao teste do etilômetro e de colaborar na reprodução simulada dos fatos, maior razão ampara aquele que se recusa à identificação por perfil genético, por implicar o fornecimento de material do próprio corpo para a extração do DNA e a decifração do código genético que, biologicamente, o caracteriza como indivíduo [...].

Assim, o investigado pode, nesse caso, se negar a fornecer o seu material biológico, não podendo de sua recusa resultar qualquer prejuízo para sua defesa, porquanto amparado pelo direito a não autoincriminação, mas isso não impede que ele permita a sua coleta como forma de ajudar a provar a sua inocência.

Esse princípio como bem aponta Maria Elisabeth Queijo (2003, p.55):

[...] objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

Por fim, a última indagação que aqui se coloca em relação à identificação pelo perfil genético, em sede de inquérito policial, é quanto à possibilidade de ser realizada para a investigação de qualquer crime e até mesmo de uma contravenção penal, posto que o legislador, ao contrário do art.9-A da Lei de Execução Penal, não explicitou em quais infrações penais poderia ser realizada. Tal previsão normativa é desarrazoada, pois autoriza a flexibilização de direitos constitucionalmente garantidos como a intimidade e a vida privada

(art.5º, X, CRFB/88) e a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CRFB/88) em benefício da persecução pelo Estado.

2.3.1.2 Identificação criminal quando da condenação

A Lei 12.654/12 acrescentou na Lei de Execução Penal o art.9-A, o qual estabelece a compulsoriedade aos condenados por determinados crimes a fornecer o seu material biológico, que ficará armazenado em banco de dados, podendo ser ulteriormente utilizado para o esclarecimento de crimes futuros. Eis a previsão normativa:

Art.9-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 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.

Da leitura do artigo supramencionado, conclui-se que a coleta do material genético do condenado por crime praticado, dolosamente, com violência grave contra pessoa, ou por crime hediondo, constitui uma providência automática da condenação, um efeito secundário da pena não previsto no art.91 do Código Penal, não podendo ele se negar a fornecê-lo ante a obrigatoriedade prevista na lei.

Nesse sentido, se os dados biológicos do identificado forem utilizados posteriormente em outra persecução penal, haverá afronta direta ao princípio da não autoincriminação, violando-se tanto o direito ao silêncio quanto o direito de não produzir provas contra si mesmo, conforme delimitado anteriormente.

Assim, em sede de execução penal, essa modalidade de identificação criminal se destina exclusivamente à apuração de crimes futuros, e por este motivo desconsidera o caráter ressocializador da pena³, demonstrando a ineficiência do Poder Público em reintegrar o egresso a sociedade.

Outra incongruência desse dispositivo diz respeito à dificuldade em sua aplicação, diante da inexatidão do termo “violência grave contra pessoa”, que não tem correlação com

³ Está previsto no art.1º da LEP, o qual dispõe que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

qualquer previsão legal no nosso ordenamento, inexistindo consenso quanto ao seu real significado.

De acordo com Mirabete e Fabbrini (2014, p.46):

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 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 nº8.072/1990 [...].

Da mesma maneira, o parágrafo 2º do art.9-A da Lei de Execução Penal garante um elevado grau de discricionariedade às autoridades policiais, visto que estas podem solicitar ao magistrado o acesso ao banco de dados de perfis genéticos quando houver inquérito instaurado, não dispondo a lei, neste caso, sobre a necessidade de que seja imprescindível às investigações policiais.

2.3.1.3 Banco de Dados

A Lei 12.654/12 estabeleceu, tanto na Lei de Identificação Criminal quanto na Lei de Execução Penal, que o perfil genético do identificado deverá ser armazenado em banco de dados sigiloso, coordenado por unidade de perícia criminal.

Na Lei de Identificação Criminal o dispositivo legal está assim redigido:

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.

A Lei de Execução Penal tem previsão semelhante:

Art.9-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 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.

O Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, regulamentou a Lei 12.654/12, instituindo o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, os quais possuem como finalidades, respectivamente, o armazenamento de dados de perfis genéticos para auxiliar a apuração de crimes e localização de pessoas desaparecidas, e permitir o seu compartilhamento e comparação com dados constantes em Banco de Perfis Genéticos das unidades federativas.

Atualmente, segundo informações do Ministério da Justiça e Cidadania, dezoito Estados já estão incorporados na Rede Integrada de Perfis Genéticos, quais sejam, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás e Pernambuco. Em contrapartida, há locais em que sequer existem laboratórios de DNA em funcionamento, tais como o Estado do Acre, Alagoas, Maranhão, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Sergipe e Tocantins.

A criação desse banco de dados de perfis genéticos desrespeita visivelmente o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade) consagrado por diversos diplomas internacionais, e previsto internamente no art.5º, inciso LVII, da CRFB/88, que impõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com a instituição desse banco de dados, o legislador almejou apenas facilitar a apuração de crimes futuros e propiciar elementos de prova a serem utilizados em futuras ações penais ou investigações. Nesse sentido, o estado de inocência não está plenificado, ou seja, o indivíduo fica sempre num estado de suspeição, sendo nesse ponto que se verifica que há afronta ao princípio da presunção de inocência.

Eugênio Pacelli (2014, p.398-399) assim se expressou sobre o referido banco de dados:

Já a obrigatoriedade de coleta de material em Execução Penal, e, sobretudo, a instituição de um cadastro geral genético de condenados, sem prazo de duração (definitivo, portanto), parece-nos de duvidosa constitucionalidade. A medida, para além de seu caráter estigmatizante, viola o verdadeiro direito daquele que, após o cumprimento de sua pena, deve retomar ao estado pleno de cidadania e de inocência em relação a fatos futuros - ressalvada apenas a possibilidade de valoração da condenação para fins de nova imposição penal (reincidência) [...]. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do *estado (situação) de inocência* para o *estado de suspeição* [...] (grifos do autor).

Dessa forma, há a violação dessa garantia processual tanto no que diz respeito à regra probatória, na qual o encargo de comprovar a culpabilidade do acusado é da acusação e não deste de provar a sua inocência, quanto da regra de tratamento, que determina que o sujeito deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Portanto, a instituição desse banco de dados genéticos, inclusive de âmbito nacional, estigmatiza os identificados, e no que tange aos condenados a medida é ainda mais gravosa pois, conforme mencionado outrora, desconsidera o caráter ressocializador da pena, constituindo-se em um efeito secundário da pena, além de violar o princípio da presunção de inocência.

2.3.1.4 Exclusão dos perfis genéticos

O último questionamento que aqui se faz é quanto ao período de permanência definido legalmente para o armazenamento dos dados coletados. No caso da identificação

pelo perfil genético do investigado, o diploma legal em comento estabelece que os perfis genéticos deverão permanecer no banco de dados até o término do prazo previsto em lei para a prescrição do delito investigado, não estabelecendo qual espécie de prescrição, razão pela qual há quem entenda que abarcaria todas.

A disposição normativa está assim redigida:

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.

Em relação ao prazo da retirada do material biológico do condenado, a lei em comento nada previu, o que gerou a discussão de que seria equivalente a uma pena de caráter perpétuo, vedada pelo nosso ordenamento jurídico. Contudo, o Decreto nº 7.950/2013 veio para resolver esse impasse, estabelecendo, em seu art.7º, que a exclusão do perfil genético do banco de dados poderá ocorrer antes do prazo prescricional correspondente ao delito, bastando que haja autorização judicial nesse sentido:

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.

Dessa forma, o fato do perfil genético ficar armazenado nesse banco de dados e poder ser acessado a qualquer tempo, enquanto não ocorrer a prescrição do delito ou ser determinada pelo juiz a sua retirada, torna o sujeito permanentemente criminoso, não se livrando, assim, das amarras do poder punitivo.

Nessa linha de raciocínio são os ensinamentos de Eugênio Pacelli (2014, p.399):

[...] Aí, parece-nos, haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição [...]. O problema não se resume, porém, às utilidades possíveis do cadastro. Trata-se, mais que isso, de se pugnar pelo reconhecimento do direito ao retomo à condição de cidadão pleno daquele que foi condenado e já cumpriu em toda a extensão a sanção que foi imposta. A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública.

A situação é ainda mais gravosa na hipótese em que o suspeito é submetido a essa modalidade de identificação criminal e não há a instauração de ação penal, ou é absolvido, porquanto terá que aguardar a exclusão dos seus dados até decorrer o lapso prescricional da

pena cominada ao delito pelo qual estava sendo investigado ou depender de autorização judicial nesse sentido.

Outrossim, nessas duas hipóteses descritas anteriormente, quais sejam, arquivamento do inquérito ou absolvição, o identificado não poderá sequer retirar do procedimento investigativo ou do processo a sua identificação pelo perfil genético, tendo em vista que a Lei 12.654/12 foi omissa a este respeito, existindo a possibilidade apenas de exclusão da identificação fotográfica, segundo antiga previsão do art.7º da Lei de Identificação Criminal abaixo colacionado:

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.

Dessa forma, a identificação datiloscópica e genética devem permanecer incólumes nos autos do inquérito ou processo, mesmo que não exista mais motivo para a sua permanência, como no caso de arquivamento do procedimento investigativo ou absolvição, o que viola o direito à imagem e intimidade do identificado.

3 ANÁLISE DA LEI Nº 12.654/12 SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A partir da leitura dos motivos que levaram à edição da Lei 12.654/12 e dos principais artigos introduzidos por este diploma na Lei de Identificação Criminal e na Lei de Execução Penal, percebe-se claramente que concretiza ideias de Direito Penal do Inimigo.

A seguir será feita uma contraposição sucinta entre as principais previsões normativas, já estudadas, com as características do Direito Penal do Inimigo identificadas como presentes no referido diploma legal, para se comprovar o que foi afirmado alhures.

3.1 RELATIVIZAÇÃO OU SUPRESSÃO DE DIREITOS/GARANTIAS

Ao prever essa nova forma de identificação criminal e a criação de um banco de dados genéticos, a lei em comento relativizou e até mesmo suprimiu diversas garantias processuais e direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos à imagem, privacidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, bem como as garantias processuais da presunção de inocência e a de não produzir prova contra si mesmo, além de afrontar a opção do ordenamento jurídico brasileiro pelo sistema acusatório, conforme exposto anteriormente.

3.2 ADIANTAMENTO DA PUNIBILIDADE

Ademais, a existência desse banco de dados representa um adiantamento da punibilidade (persecução penal), porquanto sua única finalidade é a de elucidar crimes futuros que porventura possam vir a ser praticados pelo indivíduo, possibilitando, conseqüentemente, elementos de prova. Assim, o Estado adotou uma perspectiva prospectiva, na medida em que pretendeu se resguardar de fatos futuros e não penalizar uma conduta já cometida.

Outrossim, esse cadastro de perfis genéticos promove uma estigmatização e possibilita um permanente estado de vigilância sobre o identificado, que não terá um estado de inocência plenificado frente a fatos futuros.

3.3 ENDURECIMENTO SEM CAUSA DA EXECUÇÃO PENAL

Como visto, os condenados por crimes hediondos ou cometidos com violência grave contra a pessoa são obrigados a fornecer o seu DNA, que ficará armazenado em um banco de dados de perfis genéticos, representando tal previsão um efeito secundário da pena e, por conseguinte, um endurecimento sem causa da execução penal para esses indivíduos, mormente porque apenas pretende resguardar elementos de prova a serem utilizados em

futuras perseguições penais, e não penalizá-los pelo crime cometido. Assim, o legislador buscou conter esses sujeitos devido a sua dita periculosidade, incidindo sobre determinadores autores de delitos e não sobre o fato criminoso (Direito penal do autor).

3.4 FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Além disso, o art.9-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.

3.5 ELEIÇÃO DE INIMIGOS

Nessa perspectiva, as disposições normativas da Lei 12.654/12 contém traços de um Direito Penal do Inimigo, que legitima a intervenção indevida do Estado na esfera privada de determinados indivíduos, os quais são considerados inimigos a pretexto de se garantir segurança aos seus cidadãos. Rogério Tadeu Romano (2013, p.1) assim se manifestou:

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

Assim, o Poder Legislativo com a aprovação desse diploma normativo selecionou os inimigos da sociedade brasileira, considerando-os como entes perigosos ou daninhos, sendo-lhes negados os direitos e garantias próprios de um cidadão, o que torna as modificações introduzidas pela Lei nº 12.654/12 incompatíveis com o Estado de Direito, mas próprias de um Estado absoluto. Nas palavras de Zaffaroni (2007, p.11):

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 (grifos do autor).

Dessarte, a Lei nº 12.654/12 por trazer em si características de um Direito Penal do Inimigo não pode subsistir em um Estado Democrático de Direito, não só porque viola direitos e garantias fundamentais, logo, é inconstitucional, mas também pelo fato de que não contribui efetivamente na prevenção de delitos, como bem coloca Manoel Câncio Meliá (2007, p.72/73):

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 [...] (grifos do autor).

Ademais, a existência de normas penais com características de Direito Penal do Inimigo podem levar à extermínio dos indivíduos considerados como tais, porquanto a determinação destes é resultado de escolhas políticas, não raras vezes, deturpadas. A história mundial possui diversos exemplos de Estados que escolheram seus inimigos sustentados em interesses escusos. Zaffaroni (2007, p.82) transmite claramente 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 [...] (grifos do autor).

Nesse sentido, os critérios utilizados pelo Estado para a escolha de seus inimigos são determinados pelas circunstâncias políticas, econômicas e sociais, além de poder ser influenciado pelos interesses ocultos de alguns governantes, como sustentado outrora, abrindo-se um enorme espaço para o etiquetamento indiscriminado de indivíduos e sua estigmatização, num permanente estado de vigilância e suspeição.

Anteriormente foram expostas neste trabalho as justificativas “exteriorizadas” pelos parlamentares brasileiros para aprovar a lei em estudo e, dentre elas, como visto, estão o aumento dos crimes graves, os quais têm constantemente ficado sem solução, a exemplo do homicídio e estupro. Dessa forma, optaram por excluir determinados sujeitos dos direitos e garantias próprios de um Estado Democrático de Direito ao invés de tentar solucionar o problema de fundo que envolve a delinquência no país, embora, como visto, esse tipo de legislação não seja capaz de diminuir a incidência de infrações penais.

Luiz Flavio Gomes (200-, p.3-4) criticou essa postura de combate aos inimigos, utilizando-se de diversos argumentos coerentes, dentre os quais destaca-se os seguintes:

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 delitiva 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.

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 todos os cidadãos e, por conseguinte, abrir espaço para um Estado absoluto, como bem defende Zaffaroni (2007, p.172):

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 12.654/12 da forma como se apresentam atualmente, mormente devido à sua incidência apenas sobre um seleto grupo de indivíduos, representam um Direito Penal do Inimigo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser declaradas inconstitucionais, sob pena de estar ameaçada a própria subsistência do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

Por fim, faz-se imperioso mencionar que o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, analisará a constitucionalidade da obrigatoriedade dos condenados, por determinados crimes, a fornecer o seu material biológico para ficar armazenado em banco de dados. Este tema é objeto do Recurso Extraordinário (RE) 973837, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo sido reconhecida, por unanimidade, a repercussão geral da matéria, pelo Plenário Virtual, em 24 de junho de 2016. Espera-se que a Corte declare a inconstitucionalidade do art.9-A da Lei de Execução Penal, pois esta decisão é de extrema relevância para a manutenção do Estado de Direito no Brasil.

CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo a análise da Lei nº 12.65/12 sob a perspectiva do Direito Penal do Inimigo de modo a verificar a sua compatibilidade com o Estado de Direito brasileiro.

O referido diploma legal promoveu alterações na Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/09), bem como na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), inserindo no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se realizar a identificação criminal por meio da extração 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.

A partir da análise da teoria de Jakobs, percebeu-se que dentro de um ordenamento jurídico podem conviver dois tipos de regulação contrapostas, quais sejam, Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Cidadão. Na primeira hipótese certos indivíduos são selecionados como inimigos do Estado, sendo retirados deles todos os direitos e garantias destinados a um cidadão, sob a alegação de que não oferecem segurança cognitiva e, por conseguinte, são considerados extremamente perigosos, devendo ser contidos por meio de um procedimento de guerra.

Verificou-se que o legislador brasileiro ao aprovar a Lei nº 12.654/12 expandiu o campo de aplicação do Direito Penal, e elegeu os inimigos da pátria, sendo-lhes retirados diversos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal de 1988, além de ter flexibilizado o princípio da legalidade.

Ademais, 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.

A conclusão foi firmada no sentido de que a Lei nº 12.654/12 concretiza ideias de um Direito Penal do Inimigo e, por conseguinte, suas disposições normativas são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, não só devido a sua manifesta inconstitucionalidade, mas também porque não é eficaz 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 outrora.

Por fim, espera-se que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do art.9-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, matéria esta veiculada no Recurso Extraordinário (RE) 973837, que teve a sua repercussão geral reconhecida no dia 24 de junho de 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de; PASQUALI, Luiz. **Histórico dos processos de identificação.** [S.l:s.n.], [200-?]. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 13 de junho de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 de junho de 2016.

_____. **Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013.** Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7950.htm.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1994.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 08 de junho de 2016.

_____. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009.** Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm. Acesso em: 08 de junho de 2016.

_____. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012.** Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm. Acesso em: 08 de junho de 2016.

CIDADANIA, Ministério da Justiça e. **Investimentos em laboratórios de DNA irá garantir bancos de perfis genéticos.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/investimento-em-laboratorios-de-dna-ira-garantir-banco-de-perfis-geneticos>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 3d.
GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal).** [S.l]: JusPodivm, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução Penal: Comentários à Lei nº7.210, de 11-07-1984.** 12 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOGUEIRA, Ciro. **Projeto de Lei nº 93, de 17 de março de 2011.** Dispõe sobre a identificação genética para os condenados por crimes praticados com violência contra pessoa ou considerados hediondos, nos termos da Lei nº 8.072/90; estabelece que a identificação genética será armazenada em banco de dados sigiloso; dispõe que a autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o

acesso ao banco de dados de identificação genética. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/93018.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016. p.1.

_____. **Projeto de Lei nº 93, de 17 de março de 2011.** Dispõe sobre a identificação genética para os condenados por crimes praticados com violência contra pessoa ou considerados hediondos, nos termos da Lei nº 8.072/90; estabelece que a identificação genética será armazenada em banco de dados sigiloso; dispõe que a autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação genética. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/94995.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2016. p.3-4.

_____. **Projeto de Lei nº 2.458, de 04 de outubro de 2011.** Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C8A4D110E048BF7350E9D41F236C4D8A.proposicoesWeb2?codteor=978441&filename=Tramitacao-PL+2458/2011. Acesso em: 15 de junho de 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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 de junho de 2016.

QUEIJO, Maria Elisabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 55.

ZAFFARONI, Raúl E. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 2 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.