

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO – UAPPG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/FACID**

NATÁLIA DE ANDRADE MAGALHÃES

**A INSTALAÇÃO DE BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS
NO BRASIL:
instrumento de redução criminal ou controle social na sociedade do risco?**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

SÃO LEOPOLDO

2014

NATÁLIA DE ANDRADE MAGALHÃES

A INSTALAÇÃO DE BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS NO
BRASIL: instrumento de redução criminal ou controle social na sociedade do risco?

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Direito, pela turma
especial de Mestrado Interinstitucional-Minter
UNISINOS/FACID do Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Área de concentração: Direito

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

SÃO LEOPOLDO

2014

M188i Magalhães, Natália de Andrade

A instalação de bancos de dados genéticos para fins criminais no Brasil: instrumento de redução criminal ou controle social na sociedade do risco? / Natália de Andrade Magalhães – 2014.

138 f.; il.

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2014.
Orientação Prof. Dr. André Luís Callegari.

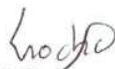
1. Bancos de perfis genéticos. 2. Expansão do direito penal. 3. Direito penal simbólico. 4. Sociedade do risco. 5. DNA na investigação criminal. 6. Controle social. I. Título. II. Callegari, André Luís.

CDU 343.977

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A INSTALAÇÃO DE BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS NO BRASIL: instrumento de redução criminal ou controle social na sociedade do risco?**", elaborada pela mestranda **Natália de Andrade Magalhães**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 03 de dezembro de 2014.

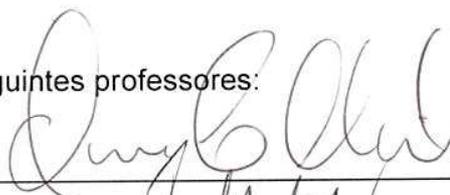


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

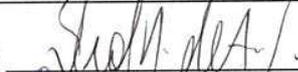
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

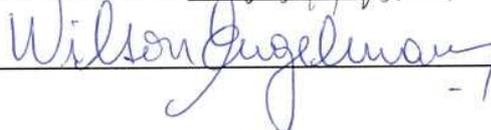
Presidente: Dr. André Luís Callegari



Membro: Dr. Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon



Membro: Dr. Wilson Engelmann



Aos meus pais e demais companheiros de jornada. Quem sou e para onde vou. A realidade e o sonho. Por cada sorriso e cada lágrima compartilhada, matéria-prima desse bem precioso e divino que é nossa vida e nossa família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que se mostrou criador, que foi criativo. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades

Aos docentes da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, especialmente, ao professor doutor Wilson Engelmann, por nos servir como guia durante essa trajetória, tendo sempre uma palavra de orientação ou conforto, mas pressionando na medida necessária pra extrair nosso melhor. À querida Vera, por sempre atender nossos telefonemas desesperados e retirar nossas dúvidas urgentes com uma docilidade e paciência/

À FACID/DeVry, que mais do que nos proporcionar uma estrutura física, acreditou no potencial dos piauienses e lutou pela implantação pioneira desse programa de Mestrado em Direito em solo piauiense, com alunos piauienses, permitindo que eu realizasse meu sonho dentro do meu estado, mas ao mesmo tempo ampliando meus horizontes como membro do corpo discente da UNISINOS, unindo o melhor dos dois mundos.

Ao meu orientador, Prof. Dr. André Luís Callegari, exemplo de ética, amor e dedicação à docência, pela firmeza, competência e compromisso na orientação sólida e tempestiva. Mais do que orientar, ele me inspirou, abrindo meus horizontes jurídicos e me apresentou a um lado do Direito Penal que eu já amava antes mesmo de conhecer. Graças a ele eu pude me apaixonar pela minha pesquisa.

Ao meu pai, Robert Rios Magalhães, que me ensinou muito cedo o amor pela justiça e a diferença entre conhecimento e sabedoria, pelo respaldo financeiro que me proporcionou e proporciona até hoje o conhecimento, e por ter proporcionado meu sonho ainda que não o compreendesse de inteiro.

À meu irmão, Robert Rios Júnior, por me servir de exemplo diário de profissionalismo e Justiça no mundo jurídico, por não comprometer os seus ideais e me instigar a querer mais e lutar por mais.

À minha mãe, Marília Andrade, cuja trajetória no mundo acadêmico plantou em mim a semente do conhecimento. Por ter sido meu alicerce financeiro e moral ao longo dessa trajetória. Por manter sempre meus dois pés no chão e porque quando miro nela a mulher que sempre quis ser, aprendo a não abaixar a cabeça diante das adversidades e a não temer o trabalho.

Ao Marcelo, por aturar com paciência e leveza as oscilações de humor de uma mestranda.

À tia Nazaré, que me iniciou nas primeiras letras e é fonte inesgotável de devoção familiar.

À minha tia e madrinha, Socorro Magalhães, por ter me abençoado com gestos e livros e pela impecável correção gramatical desta dissertação.

À minha tia e madrinha, Réia Magalhães, pelo carinho e pela primorosa correção metodológica.

À minha família, tios, tias, primos e avôs, em vida ou no plano espiritual, por serem minha bússola moral e meu perene alicerce.

Aos colegas de jornada, que tornaram mais doces às provações, que compartilharam comigo as angústias dos seminários, as viagens para São Leopoldo, os percalços sem jamais conjugarmos o verbo desistir. Agradeço em especial à Alice Viana, que pude conhecer melhor ao longo da jornada e que me permitiu colocar na prática o que já amava na teoria. Meu carinho e gratidão também às amigas Julianna Reis e Jackeline, companheiras de seminários, papers e lamúrias.

Aos meus amigos, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro de produção melhoram tudo o que tenho produzido na vida.

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

(Napoleão Bonaparte)

RESUMO

A presente dissertação de mestrado possui como tema a instalação de bancos de perfis genéticos no Brasil, pela Lei 12.654/2012, alterando a lei de identificação criminal e a lei de execução penal para permitir o uso da tecnologia genética da identificação e persecução criminal. Na sociedade pós-moderna e pós Estado do Bem Estar Social, os progressos obtidos através da revolução tecno científica contextualizam o surgimento do modelo teórico da sociedade do risco, de Ulrich Beck. Juridicamente, pode-se falar que a esse modelo corresponde um chamado Direito Penal do risco. Sob o fundamento legitimador de combate aos riscos da pós-modernidade e promoção da segurança, um discurso do medo permeia a sociedade e o Direito, forjando o surgimento de um processo de expansão do Direito Penal impulsionado pela representação midiática da insegurança social diante do crime. Nesse contexto, o DNA como instrumento de prova e identificação criminal desponta como tecnologia indispensável no enfrentamento ao crime, culminando no Brasil, com a aprovação da Lei 12.543/2012. Tendo a instalação dos bancos de perfis genéticos como ponto de partida, buscar-se-á verificar a aplicabilidade e eficácia concreta da lei que os instituem, avaliando em que medida podemos inseri-la como mais um meio a serviço do Direito Penal simbólico, mecanismo mais de controle social do que da tão almejada e propagada redução criminal. Nesse sentido, estuda-se a sociedade do risco, e a expansão desordenada do Direito Penal e dos bens jurídicos por ele tutelado, avaliando em que termos o discurso do medo, da insegurança, característicos da sociedade do risco contribuem para a edição de leis de eficácia simbólica.

PALAVRAS-CHAVE: Bancos de perfis genéticos. Expansão do direito penal. Direito penal simbólico. Sociedade do risco. DNA na investigação criminal. Controle social.

ABSTRACT

This dissertation has as its theme the installation of banks of genetic profiles in Brazil by Law 12.654 of 2012, changing the legislation about criminal identification and criminal enforcement of the law to allow the use of genetic technology identification in criminal prosecution. In postmodern society and post Welfare State, progress through revolution scientific technical contextualize the emergence of the theoretical model of Risk Society, of Ulrich Beck . Legally, one can say that this model corresponds to a so-called Risk Penal Law. Under the legitimizing foundation to combat the risks of post modernity and safety promotion, a speech of fear permeates society and the law, forging the emergence of a process of expansion of criminal law driven by media representation of social insecurity about crime. In this context, as a tool for criminal identification, DNA evidence emerges as an indispensable technology in countering crime, culminating in Brazil, with the approval of Law 12,543 / 2012. With the installation of banks of genetic profiles as a starting point, will look up to verify the concrete applicability and effectiveness of the law establishing, assessing to what extent we can insert it as another way to serve the symbolic Criminal Law, mechanism more about social control than the so longed for and propagated crime reduction. Therefore, we study the risk society, and the sprawl of the Criminal Law and the legal rights that he mentored, evaluated in terms that the discourse of fear, insecurity, characteristic of the risk society contribute to the issue of law symbolic efficiency.

KEYWORDS: Banks genetic profiles. Expansion of criminal law. Criminal law symbolic. Risk society. DNA in criminal investigation. Social control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADN - Ácido Desoxirribonucleico

CODIS - Combined DNA Index System

CPP - Código de Processo Penal

CSI - Crime Scene Investigation

DNA - Deoxyribonucleic Acid

DPDNA - Divisão de Pesquisa Forense

FBI - Federal Bureau of Investigation

HC - Habeas Corpus

INFOPEN - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LEP - Lei de Execução Penal

ILANUD - Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do delito e tratamento do Delinqüente

ONG - Organização Não Governamental

PCR - Polymerase Chain Reaction

RENAGENF - Rede Nacional de Genética Forense

RFLP - Restriction Fragment Length Polymorphism

SENASP - Secretaria Nacional de Segurança Pública

SIM - Sistema de Informações sobre mortalidade

STF - Supremo Tribunal Federal

STRs - Short Tandem Repeats

V.G - *Verbi Gratia*

VNTRs – Variable number Tandem Repeats

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO E O DISCURSO SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL	23
2.1	Sociedade do Risco e Direito Penal	25
2.2	O Medo e a Insegurança Como Fatores da Expansão	38
2.3	A Criação de Novos Tipos Penais: Direito Penal Simbólico ou Efetivo?	47
3	NOVAS FORMAS DE CONTROLE SOCIAL: A PROVA PENAL ATRAVÉS DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICO	56
3.1	O genética no Direito Penal: o recurso aos bancos de perfis genéticos pelo Direito Penal	57
3.2	A Lei 12.654: A instalação dos bancos de dados genéticos para fins criminais no Brasil	69
3.3	O Caráter Simbólico da Lei 12.654 e seus Limites em Face ao Princípio da Não Autoincriminação	80
4	DESCONSTRUINDO O MITO DO CONTROLE ATRAVÉS DO DIREITO PENAL	91
4.1	A Incidência da Lei 12.654/2012: quem são os sujeitos controlados?	92
4.2	A Mídia e o Reforço Populista como Autorizadores da Lei 12.654	102
4.3	Direito Penal Simbólico ou discurso de expansão frente à (in) segurança da sociedade diante da crise paradigmática dos modelos de intervenção penal	110
5	CONCLUSÃO	120
	REFERÊNCIAS	126
	ANEXO A – LEI Nº 12.624, DE 28 DE MAIO DE 2012	134
	ANEXO B – B – DECRETO Nº 7.950	136

1 INTRODUÇÃO

O tema investigado na pesquisa é a instalação de bancos de dados genéticos, para fins criminais no Brasil, à luz do processo de expansão do Direito Penal na sociedade do risco.

O trabalho se volta para as Ciências Criminais e os Sistemas Penais, no que se refere aos princípios e garantias processuais penais, bem como aos conceitos relevantes, para entender-se a expansão do Direito Penal e da proteção dos bens jurídicos no contexto da sociedade do risco, trabalhando esses paradigmas penais, a partir do estudo do uso de bancos de perfis genéticos aplicados à persecução criminal. O problema desta pesquisa consiste em saber: sob quais condições a utilização da tecnologia do DNA, para fins de investigação criminal, pode vir a trazer efetivo ganho para a redução dos índices de violência e criminalidade? O que provoca indagações específicas: até que ponto a tecnologia do DNA aplicada à investigação criminal oferece resultados precisos e seguros? Estariam os bancos de perfis genéticos sendo utilizados como forma de controle social? Os princípios e garantias processuais penais defendidos pela Constituição brasileira estariam sendo preservados?

Construir uma dissertação condizente com as premissas científicas do Mestrado em Direito Público na linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos trouxe à luz um primeiro desafio: identificar um tema correlacionado com as linhas de investigação e que, ao mesmo tempo, fizesse parte do interesse pessoal e profissional de quem o investiga. A convicção de que a questão da expansão do Direito Penal na sociedade do risco em qualquer de suas variáveis, é tema de relevo internacional, tornou a busca mais interessante. Além disso, o surgimento da Lei 11.654 forneceu a premissa de estudo de que se carecia para delimitar esse projeto.

Certamente que em matéria de redução criminal, a ideia premente e que norteia, ou deveria nortear, as preocupações de todos os sujeitos envolvidos, é a da adoção de condutas preventivas, debelar a delinquência em sua raiz. Estudar os mecanismos e consequências esperadas da legitimação do uso da tecnologia genética, para fins de investigação criminal no Brasil, é, antes de tudo, estudar em que marco evolutivo dos sistemas penais ele se insere, prospectando suas possibilidades de atuarem, tanto preventivamente quanto punitivamente, mas, ao mesmo tempo, partir desse marco teórico para buscar compreender os discursos que forjaram a edição dessa nova Lei, e em que medidas o controle criminal atende à agenda de interesses outros, interesses que nem sempre podem corresponder àquilo que a sociedade almeja como resultado da implementação da instalação dos bancos de perfis genéticos e da Lei objeto de estudo.

Entende-se pelo modelo teórico de Beck (2011), que as sociedades pós-industriais e pós-modernas vivenciam as implicações de ordem negativa do desenvolvimento tecnológico por elas alcançado. As características próprias (especialmente as relacionadas com o desenvolvimento tecnológico) da sociedade pós-industrial propiciam a aparição de novos riscos que impulsionam a transformação social para um modelo social conhecido por sociedade do risco.

O conceito de risco segundo Luhmann (1992), baseia-se na distinção entre risco e perigo. Diante de uma situação onde existe incerteza sobre os danos potenciais, fala-se em risco quando o dano é provável consequência da ação e sobre ele pressupõe-se alguma consciência. Fala-se em perigo quando o dano advém de fatores externos que independem da ação humana e fogem ao controle dela. No risco, a tomada de decisão por parte do homem tem papel preponderante, pois pode ocasionar o dano.

Considerando o marco teórico de Ulrich Beck de que se vive em uma sociedade do risco, pautada pelo discurso do medo e da insegurança, a utilização de uma prova de raízes eminentemente científicas, provocam no imaginário popular um juízo de certeza, uma convicção de que se trate de uma prova infalível a serviço da redução criminal. Nesse ponto, destaca-se o papel da mídia, que atua instigando o imaginário popular, pressionando as massas controladas para que clamem por mais segurança, e que apontam o Direito Penal e Processual Penal como os principais remédios para a grande moléstia social que é a delinquência crescente.

Na sociedade do risco, onde Direito Penal se expande para atender às pressões, surgem novas leis de eficácia duvidosa, mas que simbolicamente fornecem respostas à sociedade que vive nesse constante estado de risco. Esta dissertação se propõe a analisar quais respostas a Lei 12.654/2012 pretende trazer para sociedade, e quais garantias fundamentais está a sociedade brasileira disposta a sacrificar para esses fins.

Quando a sociedade se propõe a debater a violência urbana e a delinquência de forma geral, o Direito Penal e a criação de tipos penais ou majoração dos tipos já existentes surgem como primeira resposta. Em resposta a tal fenômeno jurídico, os estudiosos e debatedores da matéria passaram a apontar para o uso do Direito Penal sem substrato material que lhe fundamente, como também sua utilização excessiva, para fins que não lhe são próprios (RIPOLLÉS, 2007, p. 25-26). Para Antoine Garapon, assiste-se a um stock normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos (GARAPON, 2001, p.37).

Na sociedade do risco, faz parte do senso comum a noção de que é preciso enfrentar riscos representados pelas novas formas de criminalidade existentes, e prevenir-se quanto as

formas que ainda hão de surgir, (CALLEGARI, WERMUTH, ENGELMANN, 2012, p. 15), justificando o surgimento da Lei 12.654 em nosso ordenamento jurídico, com amplo apoio popular, pois na busca por provas indiscutíveis a ciência possui a aparência de prova das provas. Entretanto, primeiramente depara-se com as garantias fundamentais de caráter penal ou processual penal que parecem incompatíveis com a utilização compulsória do DNA na investigação criminal. O inciso LXVIII da Magna Carta, defendido também no Pacto de San Jose da Costa Rica, traz a vedação do investigado ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Seria, então, o fornecimento coercitivo de material genético para um banco com fins criminais uma Lei compatível com o texto constitucional e com os preceitos convencionalmente adotados pelo Brasil?

Ademais, quando se pensa na redução criminal os aspectos de prevenção e punição, é patente sua eficácia limitada. O Direito Penal na forma em que é o concebido, como *ultima ratio* e instrumento de exceção não parece sustentar substrato para prevenir a conduta criminosa. Quanto ao aspecto punitivo, este projeto se propõe a verificar suas reais possibilidades, com o auxílio dos autores clássicos das ciências criminais e dos dados já levantados pertinentes à matéria. Destarte, através da verificação das questões supramencionadas chega-se ao problema desta pesquisa, qual seja: em que medida a Lei 12.654 de 2012, ao instituir o uso dos bancos de perfis genéticos para fins criminais, terá o condão de contribuir de forma efetiva para a redução dos índices de criminalidade no Brasil, ou, em que medida, ao contrário, atuará de forma precipuamente simbólica?

Diante desse contexto, provisoriamente formula-se a hipótese: o uso do DNA para fins criminais tal qual previsto na Lei 12.654 (BRASIL, 2012) não teria a eficácia propagada enquanto instrumento de redução criminal, por não representar avanço de prevenção criminal e sendo de valor limitado até mesmo para fins de aumento nos índices de punição criminal, estando, na verdade, a serviço do discurso do medo e do Direito Penal simbólico, típicos da sociedade do risco. No curso deste trabalho de dissertação, buscar-se-á manter a distância do discurso maniqueísta de certo e errado na dogmática penal, não buscando uma resposta pré concebida, mas sim construindo o conhecimento além do hipotético.

O objetivo geral desta pesquisa consiste em analisar a utilização de bancos de perfis genéticos no Brasil para fins de persecução penal, procurando compreender como e até que ponto representa um instrumento de política criminal ou de controle social.

O objetivo específico inicial da pesquisa é investigar em que medida, na sociedade do risco, o medo e a insegurança inspiram a expansão do Direito Penal, através da criação de novos tipos penais de caráter mais simbólico que efetivo.

Partindo desse substrato contextual e jurídico, analisar-se-á a juridicidade dos bancos de dados genéticos criminais e sua instalação no Brasil por meio da Lei 12.654, avaliando seus limites diante do princípio do *nemo tenetur se detegere* e diante de suas próprias possibilidades como instrumento hábil, para fins de redução criminal.

Pretende-se também verificar como o Direito Penal pode se expandir para atender às pressões de uma sociedade manuseada pelo discurso populista midiático que utiliza o Direito Penal como instrumento de controle social que segrega os expurgos sociais excluídos da sociedade globalizada com o desmantelamento do Estado do Bem-Estar Social.

Finalmente, a pesquisa se debruça em questionar em que medida a expansão do Direito Penal e o populismo midiático autorizaram a Lei 12.654 de 2012 no contexto jurídico do Estado Penal no Brasil.

O emprego do DNA na investigação de paternidade ou na elucidação criminal surgiu há mais de 25 anos como revolução da ciência a serviço da Medicina Forense e das Ciências Criminais. Com o avanço dessa tecnologia facilitou-se a criação de bancos de dados para armazenar esses dados de perfis genéticos, fornecendo o substrato de comparação com os materiais genéticos provenientes de atividades criminosas.

No Brasil, o uso do DNA na persecução criminal já era admitido de forma voluntária ou por meios de técnica policiais que possibilitavam a análise de material genético contido em vestígios abandonados ou partes que desprendiam-se do corpo humano, a exemplo da placenta. Entretanto, em virtude do ordenamento jurídico brasileiro, através de suas garantias constitucionais e da ausência de uma legislação infraconstitucional adequada sobre o tema, até 2012, não existia a previsão da formação de um banco de dados capaz de armazenar perfis genéticos de criminosos ou possíveis criminosos obtidos de forma coercitiva e que servisse como instrumento de prova no âmbito do Direito Processual Penal.

Coube à Lei 12.654/2012, de autoria do senador piauiense Ciro Nogueira, e ao decreto presidencial n.º 7.950, que a regulamentou, alterar a Lei de identificação criminal e a Lei de execução penal para autorizar que sendo cometidos ou havendo suspeita de cometimento de determinados crimes, se colha obrigatoriamente o material genético do suspeito ou condenado e se armazene os dados obtidos em um banco específico. A sociedade, acometida de um sentimento generalizado de insegurança, acatou e aplaudiu tal mudança legislativa, sem questionar as possíveis consequências e a compatibilidade da mesma com a nossa ordem constitucional.

Diante das considerações anteriores, o presente trabalho científico se mostra relevante e atual por se propor a desvelar a nova Lei, avaliando não apenas os efeitos propagados, o

discurso difundido, mas questionando dados de realidade e analisando as vozes por trás de tal discurso.

A criação de novos tipos penais, acontecimento recorrente no cotidiano jurídico, parece atender aos clamores sociais e midiáticos, de modo que o Direito Penal surge como o remédio adequado para a doença em que se tornou a delinquência desenfreada, todavia, é necessário aprofundar a temática. Contudo, se a violência e a insegurança em que se vive atingiu tal importância para a sociedade brasileira, assumindo posição de ponta das pautas jornalísticas e das queixas da população, faz-se mister estabelecer o potencial que a Lei 12.654 guarda para efetivamente reduzir índices de violência.

A expansão do Direito Penal na sociedade do risco pode originar uma série de medidas e produções normativas de caráter mais simbólico que efetivo, desviando o foco e postergando a adoção de instrumentos mais eficazes de controle da violência urbana. Assim, o objeto de pesquisa justifica-se pela própria importância que a questão da segurança pública alcançou na sociedade globalizada. É preciso desmistificar as noções que se recebe como verdade incontestáveis, e questionar se a prova científica obtida pelo DNA é de fato um caminho seguro e um meio capaz de alentar a sociedade com um ideal de mais segurança. Só através da pesquisa e do desentranhamento nas noções pré-concebidas, pode-se averiguar se a produção legislativa penal, no caso em análise é relevante e conveniente para o que se propõe a fazer, para do contrário, se buscar e implementar mecanismos que verdadeiramente o sejam.

Para alcançar os objetivos do estudo em discussão será realizada uma pesquisa exploratória do tipo bibliográfica. A pesquisa bibliográfica se fará por meio da consulta de diferentes fontes, tais como: livros, artigos, periódicos indexados e da legislação ambiental, voltados para a temática do Direito Penal na sociedade do risco, a expansão do Direito Penal e atinentes a questão dos bancos de dados genéticos para fins criminais

Pretende-se, por meio de pesquisa de doutrina, referencial histórica e análise de leis, compreender como funciona a expansão do Direito Penal, e reflexamente dos bens jurídicos por ele protegidos. Pretende-se, outrossim, por meio de pesquisa dos clássicos da doutrina, demonstrar no ramo das ciências criminais, o que vem a ser a sociedade do risco, bem como o Direito Penal simbólico.

A pesquisa será, portanto, de natureza qualitativa do tipo pesquisa bibliográfica e documental. As técnicas combinadas permitem abordar o tema à procura de conclusões originais sendo realizada por meio de consulta de livros, periódicos e de artigos que tratem das temáticas acima mencionadas, mas também utilizando documentos cientificamente

aceitos como legislações, projetos legislativos, estatísticas e relatórios que forneçam dados concretos para o enfrentamento do problema de pesquisa.

A abordagem metodológica utilizada será o método fenomenológico-hermenêutico. O método de abordagem escolhido aproxima o sujeito e o objeto a ser pesquisado. Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem fundidos. Pelo contrário, o pesquisador está diretamente relacionado com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos resultados obtidos. Ou seja, o trabalho de pesquisa não está alheio ao pesquisador, pois ele está inserido no contexto onde a pesquisa será desenvolvida. Outrossim, esta abordagem fenomênica só será dotada de sentido a partir da fusão com o círculo hermenêutico, conforme conceberam Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Partindo do contexto histórico da sociedade do risco de Ulrich Beck, o primeiro capítulo buscará situar a pesquisa dentro desse marco, traçando suas origens, suas características para em seguida discorrer sobre o Direito Penal do risco, ou seja, a transformação que o Direito Penal sofre na sociedade pós-moderna e globalizada onde o discurso do risco conduz a uma sensação constante de insegurança, transformando o conceito clássico de guerra, de forma que se vivencia um permanente Estado de exceção e se vive sempre à espera de uma próxima catástrofe.

Primeiramente é preciso esclarecer a mudança paradigmática resultante daquilo que passa-se a chamar de pós-modernidade. Nesse âmbito da pós-modernidade, calcado em um ambiente de incertezas e imprevisões, o caos parece estar sempre a caminho, e uma nova catástrofe global permeia o imaginário da sociedade. No esteio desse paradigma, passa-se a viver sob o signo do medo e em função do perigo (BECK, 2011). Esse foi o modelo que Ulrich Beck chamou de sociedade do risco, onde quanto mais se desenvolve o processo de modernização, mais somos submetidos a novos riscos inerentes ao aumento da sensação de conforto e bem-estar (CALLEGARI et. al., 2011) .

De acordo com os ensinamentos de Beck (2011), o binômio modernização e globalização forjaram essa sociedade do risco na qual se vive. Segundo o referido autor, na sociedade do risco “adquire peso decisivo a capacidade de antecipar perigo, de suportá-los, de lidar com eles em termos biográficos e políticos”(BECK, 2011, p.93).

Na sociedade do risco, diante de um retrato de insegurança e incertezas, em que as demais instâncias sociais, dentro dessa teoria, são insuficientes e incapazes, o Direito Penal insurge-se como instrumento capaz de proporcionar a utopia da segurança social. Nesse contexto, surgem novos riscos que afetam novos bens, redefinindo os contornos do Direito

Penal enquanto *ultima ratio*. Implicando o abandono do ideal garantista do Direito Penal. Como consequência dessa demanda por segurança, a sociedade passa a clamar por maior rigidez no controle exercido pelo Direito Penal, exigindo dele uma atuação, para além das áreas já contempladas, sem que isso deixe de criar controvérsias acerca da legitimidade dessa expansão.

Para atender ao catálogo de novos riscos, o Direito Penal expande-se motivado pelo discurso do medo e da insegurança. Diante da ameaça global causada por esses novos e imprevisíveis perigos que pesam sobre a humanidade, segundo Beck, onde uma racionalidade instrumental é baseada na crença do progresso ilimitado, abandona-se a teoria de que haveria um risco permitido, aumentando a procura por mecanismos de segurança e principalmente, de prevenção. O Direito Penal passa a se expandir, determinando a proteção penal dos novos riscos, de tal forma que o bem jurídico passa a utilizar-se de conceitos indeterminados e de leis penais em branco, por vezes em detrimento do princípio da legalidade.

Tendo estabelecido que a sociedade de risco culminou na expansão do Direito Penal que normativamente implicou a criação de novos tipos penais, ou a hiperinflação da legislação penal, desvendar se essas inovações normativas seriam efetivas ou simbólicas é o seguinte passo necessário.

O Direito Penal simbólico caracteriza-se pela falta de substrato material contundente. Seu mérito está em sua própria existência, visto que oferece a uma sociedade dominada pelo sentimento de insegurança, a sensação de que suas vozes estão sendo ouvidas e algo está sendo feito. (WERMUTH, 2011a). Partindo dessas premissas, o surgimento de novos tipos penais no ordenamento jurídico brasileiro, costuma levar a uma reflexão do ponto de vista da potencial efetividade.

Diante do contexto descrito, quando em 2012 ,foi aprovada e publicada a Lei 12.654 (BRASIL, 2012), prevendo a possibilidade de uma nova espécie de identificação criminal, por meio da coleta de material biológico para obter perfis genéticos, a sociedade de forma geral aceitou e aplaudiu como um mecanismo jurídico de redução da criminalidade, gerando, contudo, dúvidas e discordâncias que precisam ser avaliadas.

A realização da identificação criminal baseada no DNA inclui um conjunto de operações sequenciadas. Primeiramente realiza-se a extração e purificação do material biológico. A seguir é realizado um procedimento laboratorial através de uma técnica conhecida como PCR (Polymerase Chain Reaction), através da qual será obtido um padrão que culminará na interpretação dos resultados para produção do relatório (COSTA, 2003).

A utilização dos bancos de dados genéticos para fins criminais é uma realidade em diversos países tidos como de Primeiro Mundo, inflamando o discurso pela necessidade de inserção do Brasil nessa suposta “modernização” dos instrumentos controle do crime, entretanto, a instalação desses bancos de dados deve não apenas obedecer ao princípio da legalidade, mas também se adequar à ordem constitucional vigente, assim como se coadunar com a própria estrutura social e de política criminal, devendo vir precedida de um debate dentro da sociedade e dentro da comunidade científica que pondere sua legitimidade, viabilidade, necessidade e potencial efetividade dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, causa espécie a celeridade de aprovação da Lei 12.654, e a falta de debate científico prévio sobre a mesma, principalmente diante do quadro criminal *sui generis* do Brasil, que em nada se assemelha ao copiado modelo norte-americano do CSI.

Para além da preocupação com a efetividade da nova Lei, é preciso também analisar sua constitucionalidade e compatibilidade com os princípios e garantias político-criminais do nosso ordenamento jurídico. No contexto da sociedade de risco e da expansão do Direito Penal, essas garantias estão sendo relativizadas diante da suposta “guerra” contra o crime que vivencia-se.

A principal questão levantada do ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais é o direito fundamental à não autoincriminação, previsto no art.8º, 2.g, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 5, inc. LXIII da Constituição Federal. Nos termos da Lei 12.654, o fornecimento do material para obtenção de perfil genético se daria de forma coercitiva, o que implicaria em afronta ao princípio do *nemo tenetur se detegere*. Sobre essa questão, Juan Miguel Mora Sánchez minimiza a relevância, apontando que o DNA seria de natureza neutra, cujo resultado poderá servir para ambas as partes, sendo na verdade não uma prova, mas uma perícia de resultado incerto (MORA SÁNCHEZ, 2001).

Tal argumentação suscita argumentos contrários, tendo em vista que, pelo sistema processual penal brasileiro, prova corresponde a tudo o que pode levar o juiz a formar sua convicção. Também contraria a linha até então seguida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o fornecimento obrigatório de DNA em casos de investigação de paternidade.

Anteriormente, se relacionou o implemento da sociedade de risco como resposta ao desmantelamento do Estado do Bem-Estar Social. Essa relação é não apenas jurídica, política e social, mas também cultural. Na sociedade chamada de pós-moderna por Chevallier, a insegurança generalizada fez da vigilância e do controle obsessões, e em nome desse controle, considera imperativo segregar os chamados “grupos de risco”. (WERMUTH, 2011b).

Segundo Garland (2008), em algum momento pós Estado do Bem-Estar social, dois processos culminaram na inversão de posição no debate da política criminal: a opinião popular fortaleceu-se e penetrou o imaginário das classes médias profissionais, enquanto esta passou a defender o fortalecimento de medidas punitivas na medida em que o crime passou a mais e mais adentrar os lares de classe média.

Sendo o consumo a força motriz da sociedade neoliberal, por um lado é justamente a classe média que precipuamente move o mercado, surgindo paralelamente uma classe excluída da sociedade do consumo que já não se controla pelo assistencialismo do Bem Estar, devendo assim serem neutralizadas pelo Direito Penal em prol de uma suposta seguridade social. Sendo assim, o controle social que tem sido realizado pelo Direito Penal é antes de tudo uma forma de segregar e estigmatizar quem foi posto à margem da sociedade globalizada de consumo. No que tange ao uso de perfis genéticos para fins de persecução criminal, traz perigo o uso da genética para estigmatizar ainda mais determinados grupos.

Um dos instrumentos mais eficazes para promover essa cultura do controle pelo Direito Penal são os meios de comunicação de massa. Coube a mídia trazer às nossas vidas cotidianas a relevância dos crimes. A exibição exaustiva de crimes pelos meios de comunicação contribui para o sentimento de insegurança, além de gerar uma identificação social generalizada com a figura da vítima. Diante da proporção que os crimes tomam nos meios de comunicação em massa, a sociedade adere em peso ao discurso por mais “mais segurança” e mais intervenção punitiva e tais demandas refletem em medidas legislativas e judiciárias de cunho punitivista.

Quando se trata do uso do DNA na investigação criminal, os meios de comunicação de massa trouxeram ainda o que Barbara Prainsack chamou de ‘*CSI effect*’. A indústria do cinema e da televisão incutiram no imaginário de seu público o conceito de infalibilidade da ciência forense na atividade de investigação, com o DNA protagonizando os meios probatórios, muitas vezes, negligenciando outros instrumentos probatórios. (PRAINSACK, 2010).

À vista do contexto atual, indaga-se acerca da racionalidade que legitimou a Lei 12.654, perquirindo se não seria esta mais um mecanismo simbólico diante do discurso de medo e insegurança que se faz em torno dela. Nesse sentido destaca-se outra característica do Direito Penal da sociedade do risco, qual seja a sua politização. O Direito Penal torna-se um instrumento político a serviço do legislador para manter sua clientela eleitoral através de tipos que remetam ao recrudescimento punitivo. De acordo com as premissas dos doutrinadores aqui citados, bem como de outros que se pretende destrinchar no decorrer do trabalho de

pesquisa, busca-se averiguar, por fim, se o uso dos bancos de perfis genéticos no Brasil, nos termos da Lei 12.654 carrega um conteúdo simbólico mais marcante do que seu escopo jurídico.

Para atender aos objetivos de forma didática esta pesquisa será estruturada em três capítulos, cada um deles subdividido em três tópicos. No primeiro capítulo, intitulado “A expansão do Direito Penal na sociedade do risco e a proteção de novos bens jurídicos”, a pesquisa será contextualizada através da caracterização da Sociedade do Risco, para entender-se a configuração de um Direito Penal do Risco. Dessa forma, será descrito o processo de expansão do Direito Penal influenciado pelo discurso do medo típico da sociedade do risco, estabelecendo a relevância da mídia dentro desse processo de expansão do Direito Penal através do medo. Ainda no bojo do primeiro capítulo, se tratará da função clássica do Direito Penal como defensor dos bens jurídicos relevantes e do surgimento de um Direito Penal simbólico que não atende a essa função clássica, mas sim a um papel educativo e simbólico do Direito Penal.

O segundo capítulo se volta à questão da utilização do DNA nas atividades criminais, intitulando-o de “Novas formas de controle social: a prova penal através dos bancos de perfis genéticos”. Nesse sentido, se discorrerá sobre o princípio da utilização da genética para fins criminais e da consequente instalação dos bancos de dados genéticos criminais em diversos ordenamentos jurídicos, para a seguir se descrever e analisar como ocorreu e ocorre esse apoderamento do DNA pelo Direito Penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Dentro desse contexto, se analisará a Lei 12.654 (BRASIL, 2012), analisando sua compatibilização com a política criminal brasileira e com o princípio constitucional que veda a autoincriminação dentro do Processo Penal.

Por fim, o último capítulo unirá os resultados da pesquisa dos dois capítulos que o antecede, sendo por isso intitulado “Desconstruindo o mito do controle através do Direito Penal”. Nesse capítulo, buscar-se-á explicar de que forma o Direito Penal tem sido utilizado para a função de controle social no contexto do desmantelamento do Estado do Bem-Estar Social, analisando quem serão os prováveis afetados pela Lei 12.654 (BRASIL, 2012) sob o ponto de vista do controle social. A seguir, se analisará em que temos o discurso do medo midiaticamente representado que foi tratado no Capítulo 1 foi o instrumento que autorizou a Lei 12.654 no Brasil. Por fim, com base nos resultados obtidos no decorrer da pesquisa, estuda-se como a expansão do Direito Penal na sociedade do risco motivou a positividade jurídica da instalação de um banco de dados genéticos para fins criminais, e, se, nesse

contexto expansionista, estaria essa inovação jurídica apta a reduzir de maneira legítima os índices criminais ou se teria uma finalidade precipuamente simbólica.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO E O DISCURSO SIMBÓLICO DO DIREITO PENAL

*“Se pensas que burlas as normas penais
Insuflas, agitas e gritas demais
A Lei logo vai te abraçar infrator
Com seus braços de estivador”.*
(Chico Buarque de Holanda)

Pelo contexto jurídico brasileiro, cujo modelo jurídico adotado foi o Estado Democrático de Direito, a coerência dita que o modelo de Direito Penal mais adequado seja o chamado Direito Penal Mínimo. Isto é, um Direito Penal assentado em proteger ao máximo os princípios e garantias constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da intervenção mínima, princípio da ofensividade, princípio da reserva penal, o princípio do devido processo legal (do qual se depreende o princípio da legalidade), o princípio que vede a autoincriminação, dentre tantos outros. Nos dizeres de Paulo Queiroz:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a ultima ratio, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito (QUEIROZ, 1999, p.155).

Apesar do princípio da intervenção mínima não estar previsto de forma explícita no texto Constitucional de 1988, sua aplicabilidade deve alcançar não apenas o legislador, mas também o operador do Direito como medida de adequação constitucional. Infere em dizer que o Direito Penal não deve interferir diretamente e indiscriminadamente na vida dos indivíduos, de forma a despojá-los excessivamente de sua liberdade e autonomia. Ao contrário, o Direito Penal deve ser aplicado como garantia social, para que os indivíduos tenham preservados todos os seus direitos como cidadãos. Segundo a tradicional doutrina penalista, o Direito Penal tem caráter fragmentário e subsidiário. Pelo primeiro se depura que o Direito Penal só pode intervir quando houver ofensa a bens fundamentais para a vida em sociedade. Pelo segundo, se limita a utilização da sanção penal quando os demais instrumentos de controle se mostrarem ineficazes, isto é, quando a pena demonstrar ser o único ou último meio de intervenção.

O Direito Penal impõe limites ao direito de punir, estabelecendo os direitos e deveres do Estado, da vítima e do acusado, daí se podendo afirmar que o direito penal representa um sistema de garantias. Nesse sentido, o maior defensor do Direito Penal Mínimo, Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, propugnou por um modelo de Direito (inicialmente Penal, mas igualmente aplicável aos demais ramos) fundado no garantismo. Sobre essa temática, destacou o jurista que:

Da palavra garantismo é, então, possível distinguir três significados diversos: modelo normativo de direito, teoria jurídica da validade e da efetividade da norma, e filosofia política, que podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

O garantismo enquanto teoria geral deriva diretamente do garantismo penal oriundo do movimento histórico do Iluminismo. Pensado inicialmente sob o parâmetro penalista, sua aplicação demonstrou um potencial de aplicabilidade acentuado nas demais esferas do direito e da política, criminal ou não criminal. Sendo o Iluminismo um momento histórico caracterizado sobremaneira pelo antropocentrismo, o garantismo surge como uma teoria que se centra na pessoa humana, a serviço da pessoa humana, partindo do pressuposto de que o Estado de Direito enquanto criação da sociedade deve a ela servir da melhor forma possível. Sobre o garantismo e o Estado de Direito preceitua Sérgio Cardemartori (1999, p. 72):

Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que se apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político. Propõe assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.

Na supracitada obra ao destacar o garantismo enquanto modelo normativo de direito, Ferrajoli (2002, p. 684) leciona:

O Garantismo vem determinar um modelo normativo de direito, precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que pode ser entendido sob três planos: o epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; o político, por sua vez, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade; por fim, o jurídico, como um sistema de vínculo impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

As premissas expostas levam inexoravelmente à conclusão de que um Estado será quão mais garantista quanto maior for seu respeito aos princípios e garantias constitucionais. Com efeito, o sentimento contido no texto constitucional de 1988 deixa claro que a intervenção penal deve ser limitada, uma vez que estabelece como invioláveis os direitos à liberdade e à vida, prevendo a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Entretanto, apesar destas disposições, observa-se o desvio do Estado Penal Mínimo, em direção a um modelo cada vez mais intervencionista.

A essa tendência de aumento da intervenção penalista na sociedade atual, alguns célebres doutrinadores da área, à exemplo de Jesus-Maria Silva Sánchez vem se referindo como expansão do Direito Penal. Ao passo em que a globalização e a modernização atingiram seu ápice, ocorre uma complexificação das instituições sociais e jurídicas, com o surgimento de novas formas de delinquência, que propiciam uma sensação de necessidade de proteção de bens jurídicos até então desconhecidos. Sobre isso, Callegari e Motta (2007, p. 1):

Assim, do debate mais importante dos últimos tempos reside em como conciliar o princípio da intervenção mínima em matéria penal com uma eficaz proteção de novos bens jurídicos coletivos socioeconômicos que se apresentam como uma realidade do Estado Social, com a aparição de novas formas de criminalidade complexa, organizada, empresarial, próprias de uma sociedade cada vez mais complexada, onde proliferam os riscos para bens jurídicos fundamentais, a criminalidade é transnacional, e com o fato de que o Direito Penal tenha assumido o papel de primeiro instrumento de tutela dos direitos dos cidadãos.

Fato que se o Direito Penal é o instrumento de tutela dos bens jurídicos considerados importantes, a sua expansão pode e deve, pelo menos em parte, ter como causa justamente o surgimento de novos bens jurídicos ou o aumento na valoração de bens que anteriormente eram tidos por irrelevantes (SILVA SANCHÉZ, 2013a, p.31). Contudo, essa premissa não esgota a compreensão da tendência expansionista Penal, sendo necessário um estudo mais aprofundado dos fatores que levaram à proteção de novos bens jurídicos dentro do marco histórico e jurídico da sociedade do risco (BECK, 2011).

2.1 Sociedade do Risco e Direito Penal

Compreender o fenômeno jurídico da transformação paradigmática que o sofre o Direito Penal pressupõe entender primeiramente em que consiste o chamado Direito Penal clássico, ou tradicional fundado precipuamente no modelo garantista que legitima o Estado de Direito clássico.

Na concepção clássica, a visão penalista de Estado de Direito confunde-se com a noção de Estado mínimo, na qual cabe ao Estado desempenhar um papel de conservar as condições essenciais de convivência social e respeito as regras que ele mesmo estabeleceu para disciplinar tal convivência. Para Massimo Donini no modelo clássico de Direito Penal verifica-se uma espécie de contrato social em que os cidadãos de um lado abrem mão de parcela de sua liberdade para que o Estado como contraprestação se comprometa a manter sua própria ordem dentro dos limites fixados pelas normas penais incriminadoras (DONINI, 2010). Entretanto, o modelo clássico e mínimo tem sido paulatinamente suplantado por um modelo penal tido como contemporâneo, no qual o Estado mínimo aparenta ser insuficiente ou inadequado para a manutenção de uma sociedade transformada pelo processo de modernização, globalização e pelas transformações de ordem tecnocientíficas.

As transformações que os Estados passam na sociedade contemporânea remetem à crise dos próprios valores modernos. O mito racional, valor máximo da modernidade, foi abalado por um contexto de incertezas e imprevisões. Em contraponto ao inafastável progresso contínuo da modernidade, a sociedade contemporânea é calcada na indeterminação. Chevallier denomina em sua doutrina essa sociedade de pós-moderna. (CHEVALLIER, 2009).

Ainda segundo Chevallier, o Estado continua presente na vida social mas de formas novas, formas essas que só podem ser concebidas de uma forma fluida, posto que a pós-modernidade é incerta por excelência. Esse modelo se funda no princípio da subsidiariedade, onde o Estado só intervém quando a auto regulação social não funciona. Para garantir a coesão social, cabe ao Estado atuar para gerenciar os reflexos da globalização, apoiando-se na cooperação com outros atores. Além da coesão social, manter a segurança constitui uma das principais funções estatais, função esta que resiste, mas, que, no contexto da pós-modernidade é exercido de maneiras diferentes.

As novas formas de delinquência e a questão da ameaça terrorista após os ataques de 11 de setembro, acresceram uma carga ainda maior às responsabilidades estatais. Primeiramente, destaca-se a concepção extensiva da manutenção da ordem, frente ao aparecimento de novas ameaças, ressaltando a ameaça terrorista, a qual impõe ao Estado uma reestruturação dos mecanismos de segurança nacional, que passa a ser utilizada como fundamento para legitimar restrições aos direitos fundamentais, ao Estado de Direito, impondo também ao Estado passar por uma repaginação da atividade policial, instituindo um verdadeiro Estado de Segurança Pública.

Ulrich Beck examinou essa sociedade denominada pós-moderna sob o enfoque da produção social de risco, intitulando-a de sociedade de risco ou sociedade do risco. Constatou

em sua reflexão doutrinária que, embora exista cada vez mais riqueza circulando, e cada vez mais avanços tecnológicos, paralelo ao aumento da sensação de conforto e de bem-estar, ocorre o incremento na produção de riscos a que estamos submetidos (CALLEGARI, WERMUTH, 2010, p. 25).

Para Silva Sánchez (2013, p. 35):

Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada , basicamente por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas. Entre elas, a que interessa aqui ressaltar é a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural.

Os perigos atuais se diferenciam essencialmente dos da Idade Média pela globalização de sua ameaça e por suas causas modernas: “São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravado por seu desenvolvimento ulterior” (BECK, 2011, p. 26). Trata-se de problemas originados pelo próprio desenvolvimento científico. Com a mudança da defasada produção artesanal pela produção industrial massificada e em larga escala, em que a produção de bens é realizada de forma especializada e organizada para atender aos interesses de mercado, surge o modelo da livre concorrência e o acirramento dessa concorrência, promovendo uma busca contínua e progressiva por inovações tecnológicas que permitam a produção em larga escala e com maior custo-benefício. A partir daí crescem os investimentos em novas tecnologias e o risco passa a ser um fator indissociável da economia de mercado.

Nesse processo de modernização, Beck (2011) distingue dois aspectos: a auto-ameaça às fundações da sociedade estrutural, por uma modernização bem sucedida que ao mesmo tempo não logra êxito em reconhecer os riscos que produz a si mesma; e o incremento da atividade de reflexão sobre essa mesma situação, que conduz ao conhecimento crítico da pós-modernidade (MACHADO, 2005). Em outras palavras, a sociedade do risco se distingue da sociedade industrial que a precedeu justamente por se propor a conhecer suas próprias estruturas e a refletir sobre os riscos que dela se originam.

Nesse contexto, Beck (2011) diferencia a modernização do período industrial, a qual ele chama de simples, da modernização reflexiva, ocorrida na sociedade contemporânea. Esse conceito de modernidade reflexiva, que tem em si mesma o tema e o problema, é essencial na obra de Beck. Para Callegari “a modernidade reflexiva deve ser entendida como o período no

qual a sociedade se encontra em risco devido à constante evolução técnica da fase anterior (modernidade simples)” (CALLEGARI, 2010, p. 26).

No dizer de Beck, Giddens e Lash (1997, p. 83):

[...] a reflexividade da modernidade produz não somente uma crise cultural de orientação como alegam os mais comunitaristas, mas uma crise institucional fundamental e mais extensivamente profunda da sociedade industrial tardia. Todas as instituições fundamentais (como os partidos políticos e os sindicatos, mas também os princípios causais da responsabilidade na ciência e no Direito, as fronteiras nacionais, a ética da responsabilidade, a ordem da família nuclear, e assim por diante) perdem suas bases e sua legitimação histórica. Por isso, a reflexividade da modernidade é equivalente ao prognóstico dos conflitos de valor de difícil resolução sobre os fundamentos do futuro.

Esse desenvolvimento da reflexividade pós-moderna não ocorreu de forma automática e simultânea aos desenvolvimentos dos riscos. A reflexão consciente dos riscos é precedida de um conhecimento empírico e inconsciente.

A esse respeito assinala Callegari:

Essa modernidade atual (reflexiva) pode ainda, na linha de intelecção de Beck, ser dividida em dois estágios: o correspondente à reflexividade, que é justamente esse confronto das matrizes da modernidade industrial com a consequência de sua própria evolução; e o relacionado à reflexão, que se caracteriza pela conscientização da modernização. Desse modo, num primeiro momento, há um desenvolvimento autônomo, despercebido e irracional, que leva à Sociedade do risco (reflexividade), para, posteriormente, haver uma tomada de consciência, tornando-se o risco alvo de consideração pública, política e científica (reflexão). Assim, o aparecimento dos riscos se deu diante de uma perspectiva de normalidade, para posteriormente, virem a figurar como uma ameaça à humanidade (2010, p. 26-27).

Se para a doutrina clássica e antropocêntrica do período iluminista, o progresso mais do que necessário parecia ser inexorável, o discurso da sociedade do risco surge justamente, a partir da crise de confiança no futuro da humanidade sob a ótica desse mesmo progresso. A razão clássica e seu otimismo quase inabalável não refletia de forma mais profunda sobre as instituições da sociedade moderna. A modernização reflexiva ou contramodernidade de Beck trouxe à luz a carência de um objeto legitimante da própria análise institucional da sociedade moderna. (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

Surge como um modelo invertido da famosa jaula de ferro weberiana. Se com Weber era possível associar a modernidade a uma jaula de ferro, uma modernidade limitativa, sufocante, asfixiadora, a sociedade pós-industrial liberta-se de seus grilhões. Essa jaula hoje se encontra com suas portas abertas, escancaradas. Não é mais o limite, em seu sentido negativo a preocupação. Em seu lugar surge o inesperado, a contingência elevada à potência infinita. O presente sucessivamente aberto em sucessões de instantes que provocam o excesso. O limite se volta agora

para o seu aspecto positivo, isto é, a saturação, a justaposição, os fluxos descontínuos de uma modernidade que é contraposta a ela mesma (GLOECKNER, 2009, p. 109).

Enquanto em períodos anteriores da modernidade o ser humano já era marcadamente influenciado por seus próprios medos, a partir da teoria de Beck observa-se que os perigos de períodos anteriores que flagelavam a mente humana se diferenciam dos riscos da pós-modernidade. Os riscos atuais são artificiais, vinculados a um processo cognitivo e decisório humano e de grandes dimensões, ameaçam um número indeterminado de pessoas, chegando a ameaçar a própria existência da humanidade. A esse processo, em uma característica da contramodernidade tal como é concebida por Beck, se somam os agravantes da própria globalização que o forjou e que ao mesmo tempo potencializa seus efeitos, o que justificaria falar-se em uma “sociedade do risco global” (BUERGO, 2001, p. 26).

A sociedade do risco refere-se à produção de riscos que, sistematicamente, acompanhou a produção de riquezas da modernização industrial, de forma que “o paradigma do risco é marcado pela percepção de ameaças produzidas no caminho da própria sociedade industrial e, até então, subtraídas ao senso comum” (MACHADO, 2005, p. 36). A certeza do progresso inexorável e necessário cegou a sociedade industrial durante muito tempo para a realidade dos riscos produzidos, legitimando assim, o surgimento de novos riscos (BECK, GIDDENS, LASH, 1997). Nesse diapasão, se, por um lado, o surgimento da chamada sociedade dos riscos deu-se sob a benção das instituições de controle e proteção da sociedade industrial, por outro, os riscos por ela produzidos hoje desafiam as estruturas dessas instituições (MACHADO, 2005).

Para Stella (2005), os riscos produzidos atualmente são potencialmente catastróficos porque estão intimamente ligados à produção de energia demandada pela população, sendo produzido pela própria natureza dessa fonte de energia. Exemplificadamente, a combustão de materiais fósseis, que pode provocar aquecimento global assim como aumento do nível dos oceanos; produção de energia nuclear, que gera o temido risco radioativo; a crise provocada pela escassez de matérias-primas, vez que a energia solar não consegue suprir a demanda energética mundial.

Dentre as características próprias aos riscos pós-modernos, Callegari destaca inicialmente a artificialidade destes riscos, em contraponto às catástrofes naturais: enquanto as catástrofes encontravam suas origens na própria natureza, os riscos são produzidos pela atividade humana, através da tomada de decisões. (CALLEGARI, 2010).

Ainda sobre as características dos riscos, para Beck, eles são incalculáveis, imprevisíveis, invisíveis e obedecem a uma relação de causalidade indeterminada. Por consequência, aponta como característica essencial ao risco o seu componente futuro:

Riscos tem, portanto, fundamentalmente a ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido já são reais hoje [...] Nesse sentido, os riscos indicam um futuro que precisa ser evitado. Em oposição à evidência tangível das riquezas, os riscos acabam implicando algo irreal. Num sentido decisivo, eles são simultaneamente reais e irrealis. De um lado, muitas ameaças e destruições já são reais: rios poluídos ou mortos, destruição florestal novas doenças, etc. De outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro. (BECK, 2011, p. 40).

Do disposto se conclui que os riscos tendem a ser um perigo que depende de uma decisão humana, geralmente se confundindo com uma gestão equivocada dos perigos, entretanto, os riscos não se limitam a preceder os perigos, são conceitos diferentes, com critérios de aferição distintos (DONINI, 2010). O objeto do risco não é um fator determinado, ele não obedece a uma lógica racional de causa-efeito direta, partindo de uma dinâmica de interação de diversos fatores presentes no caso concreto.

Supor que se vive em um modelo de sociedade do risco conduz à persecução de um ordenamento jurídico que assim se porte, de forma que se contempla a existência de um Direito típico dessa organização social. Nesse contexto, o Direito Penal não fica alheio a essas transformações, ao contrário, o Direito Penal e a legislação penal demonstram particular sensibilidade ao desenvolvimento de uma sociedade do risco, de tal forma que as particularidades vivenciadas nesse contexto formam o conjunto daquilo que se pode chamar de Direito Penal do risco (BUERGO, 2001).

Nesse sentido leciona Blanca Mendoza Buergo:

Un aspecto que se destaca ya desde la perspectiva jurídica es lo hecho de que Beck, en una caracterización ulterior de estos nuevos riesgos, considera que éstos, al contrario de lo que ocurría con los riesgos “tradicionales” de la sociedad industrial primaria, no serían imputables según las reglas vigentes de la causalidad, la culpabilidad y la responsabilidad, ni serían susceptibles de ser objeto de seguro (BUERGO, 2001, p. 28).

Blanca Mendoza Buergo fala ainda do intrincado processo de responsabilização como elemento caracterizador dessa sociedade de risco, num processo que a doutrina calhou chamar de irresponsabilidade organizada. A dinâmica de criação dos riscos fomenta uma situação de difícil responsabilização, vez que uma situação concreta pode ter sido causada por um grupo

coletivo de indivíduos cujas ações podem ou não estarem conectadas, sendo possível até mesmo o total desconhecimento de um em relação ao outro, mas de forma que a cadeia de suas ações culminaram em uma situação de lesão ou potencial lesão à sociedade em seus diversos aspectos. No Piauí, destaca-se o marcante caso da tragédia do rompimento da Usina de Algodões, no ano de 2009, em que série de fatores parece ter contribuído para a morte de quinze (15) pessoas. Fatores climáticos (que em alguns aspectos podem ser atribuídos a ações humanas), decisões da Administração Pública, dos técnicos responsáveis pela manutenção e avaliação da barragem, além dos próprios populares que descumpriram recomendações de evacuação, ao que tudo indica tiveram alguma influencia no resultado final sem que até hoje a responsabilização penal tenha atingido de forma definitiva algum dos envolvidos.

Destaca Beck (2011), ainda dentre as características da sociedade do risco que teorizou, para o efeito bumerangue dos riscos. Seus efeitos danosos podem voltar-se contra os próprios atores da modernização que os produzem. Cedo ou tarde, agressor e vítima se confundem, e as mesmas forças poderosas que lucraram com o processo de modernização e produziram riscos se veem por eles ameaçados.

Sobre esse efeito leciona o autor:

Surge dessa maneira, uma genuína contradição, que sistematicamente se aprofunda, entre os interesses do lucro e propriedade que impulsionaram o processo de industrialização e suas diversas consequências ameaçadoras que comprometem e desapropriam inclusive os lucros e a propriedade (para não falar da propriedade da própria vida (BECK, 2011, p. 46).

Beck (2011, p. 27-28) sintetiza com brilhantismo a estrutura dos riscos da pós-modernidade, partindo de cinco premissas básicas:

- a) Em primeiro lugar, os riscos gerados pelo processo de modernização são muito diferentes das riquezas. Os riscos desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes, irreversíveis e por muitas vezes invisíveis, mas podem ser, até certo ponto alterados de acordo com os interesses em jogo, de forma que se pode falar em politização do risco uma vez que a gestão do risco segue uma agenda precipuamente política;
- b) Os riscos contêm um efeito *boomerang*, podendo voltar criador contra criatura, atingindo alvos tão indeterminados que nada obsta a afetação dos seus próprios produtores. Os riscos não escolhem classe econômica ou social mas sua estrutura globalizada acentua a desigualdade internacional. Os países do chamado Terceiro Mundo, de um lado, produzem menos riscos por terem experimentado a revolução tecnológica de uma forma mais rudimentar e de outro lado, encontra-se politicamente à mercê dos países mais arrojados economicamente e industrialmente, que por vezes, relutam em assinar tratados e acordos de cooperação internacional;

Nesse contexto, os riscos advindos da revolução tecnológica da pós modernidade, ao mesmo tempo que dependem de um processo cognitivo de tomada de decisão, sendo politicamente manipuláveis, tem um alto grau de imprevisibilidade em relação às suas consequências, podendo ocasionar danos até mesmo para quem interferiu na ação propulsora do risco. Sua imprevisibilidade faz com que não tenha alvo prioritário, mas é inegável como os países menos tecnologicamente desenvolvidos, apesar de produzirem menos riscos, são a eles mais vulneráveis justamente pela falta de recursos econômicos e tecnológicos para lidarem com os danos oriundos dos riscos:

c) esses riscos não contrariam os interesses capitalistas, mas pelo contrário, fazem parte do jogo que este impõe, gerando uma demanda produtiva das necessidades da população, principalmente em medidas de segurança e vigilância voltadas ao enfrentamento ou controle (ainda que ilusório desses riscos). Os riscos correspondem a um “barril de necessidades sem fundo” (BECK, 2011, p. 28)

Essa inserção dos riscos no jogo de interesses capitalista justificam a recusa ou protelamento dos Estados tecnologicamente mais arrojados, e, portanto, maiores responsáveis por ações que criem riscos, em assinar tratados ou pactos que os comprometam a tomar medidas para produzir menos riscos (principalmente os ambientais). Existe um forte interesse mercadológico na produção e trato com os riscos, e, muitas vezes o custo político e econômico de se adotar uma postura que mitigue a produção de riscos é algo que os Estados do chamado Primeiro Mundo não parecem dispostos a arriscar:

d) em face das situações de risco, o conhecimento adquire um novo significado: nas situações de classe, o ser determina a consciência, enquanto nas situações de risco a consciência determina o ser;

e) esses riscos reconhecidos possuem conteúdo político explosivo: o que até então considerava-se apolítico transforma-se em político. A gestão dos riscos diminui o espaço entre o público e o privado, uma vez que catástrofes precisam ser evitadas. Na sociedade do risco vivemos em um constante estado de exceção, sempre na iminência de uma nova catástrofe (BECK, 2011, p. 28);

Diante das disposições anteriores, parte-se da premissa de que se vive em uma sociedade marcada pelos riscos, e que estes riscos da pós-modernidade, para além da teoria de Beck, correspondem a um verdadeiro catálogo de medos e incertezas, que não podem ser mensurados ou monetizados pela razão humana. Essa indeterminação e imprevisibilidade forjam uma situação de insegurança e aflição que afeta diretamente o Direito Penal. Portanto, pode-se falar de um Direito Penal da sociedade de risco, e do desenvolvimento de uma

política criminal com uma dinâmica própria e diferente da que se observou na modernidade penal que a antecedeu.

É evidente que diante dessa transformação social, também a criminalidade sofreu alterações substanciais e as ferramentas penais utilizadas até agora estão se mostrando incapazes de fazer frente aos novos delitos decorrentes dessa transformação. Nesse sentido, o Direito positivo atual e as instituições jurídicas constituídas sob sua égide não conseguem dar conta de uma realidade crescente e heterogênea (CALLEGARI; MOTTA, 2007, p. 2).

Para Ripollés (2007), o debate sobre o Direito Penal da sociedade do risco parte da constatação de um conjunto de transformações sociais que o autor categoriza em três grandes blocos:

- a) Primeiramente, o surgimento de novos riscos na sociedade contemporânea que afetam toda a coletividade e podem ser classificados como artificiais, posto que produzidos pela atividade humana, sendo efeitos colaterais do uso de novas tecnologias em diversos âmbitos. Tais riscos seriam de difícil antecipação e suas bases estão na própria falta de conhecimento sobre o uso dessas novas tecnologias;
- b) Ademais, esses riscos dificilmente podem ter a responsabilidade atribuída a determinadas pessoas ou grupo de pessoas. As atividades que geram riscos se fundem umas com as outras, de forma que não se consegue estabelecer critérios aceitáveis de imputação da responsabilidade pelos riscos produzidos.
- c) Por último, está difundido na sociedade a cultura do medo e da insegurança, não exclusivamente devido aos mencionados riscos, mas principalmente pela cobertura midiática intensa conferida a atos perigosos e lesivos. O cidadão médio enfrenta dificuldades de formar uma opinião livre, vez que manipulado pelos meios de comunicação de massas (RIPOLLÉS, 2007, p. 33).

Assim, para Ripollés (2007), todas essas transformações sociais mencionadas demandam intervenção do Estado afim de aplacar os temores da sociedade, através do controle do risco. Nessa seara, a política criminal desponta como um dos instrumentos mais hábeis do aparato estatal de controle dos riscos da pós-modernidade, posto que cabe a ela no imaginário popular o precípuo papel de enfrentar os avanços da criminalidade.

Segundo André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade (2011, p. 15), em artigo sobre a sociedade do risco:

Compreendidas, assim, as bases da teoria de Beck, torna-se fácil perceber a Sociedade do Risco como aquela em que os constantes avanços tecnológicos, científicos e econômicos propiciam um crescimento do conforto e do bem-estar individual da vida humana, porém, também trazem aspectos negativos, como o incremento dos riscos a que estamos submetidos, o que acarreta uma demanda por segurança.

Essa visão preventiva-funcional do Direito Penal entra em conflito essencial com o Direito concebido pelo garantismo penal. Na concepção clássica, a função da norma penal era tão somente a função de garantia, consistiria basicamente em um instrumento de proteção do cidadão, atuando como uma Magna Carta do delinquente na medida em que limita o poder punitivo estatal. Nessa teoria, é incompatível a utilização das normais penais com fins de progresso social. Sobre isso explica Donini (2010, p. 47):

La instrumentación de la amenaza punitiva a una orientación dinámica de la sociedad (el estado social y la llamada sociedad del riesgo) hace que aquel medio parezca asegurar las condiciones mínimas de un proyecto de transformación, y, por tanto del progreso social, a diferencia del modelo liberal, que fijaba al Derecho penal la función de garantizar condiciones estáticas del vivir social (aunque usaba las contravenciones para fines de bienestar y de promoción.

Contudo, o próprio Donini (2010) refuta a lógica da razão clássica, tendo em vista que a manutenção de condições mínimas que assegurem um projeto saudável de crescimento tecnológico, econômico e social estão em constante mutação, uma política que se preocupe unicamente em conservar condições e situações estáticas de uma realidade mutante fomentaria um quadro de insegurança jurídica, um verdadeiro paradoxo em termos de política criminal.

Na sociedade de risco, diante de um retrato de insegurança e incertezas, em que as demais instâncias sociais, dentro dessa teoria, são insuficientes e incapazes, o Direito Penal insurge-se como instrumento capaz não apenas de proteção jurídico-penal, mas de transmitir o antídoto ao risco: a segurança. Dessa forma se está em meio a uma antinomia conceitual e epistemológica entre a taxatividade e estabilidade das normas penais, ideais clássicos do modelo garantista e a necessidade de uma dinâmica preventiva de segurança que contenha os riscos pós-modernos.

Sobre o aumento do catálogo de riscos, é preciso distinguir dois fenômenos diversos: o efetivo surgimento de novos riscos e a sensação generalizada de insegurança na sociedade do medo e das incertezas (SILVA SANCHÉZ, 2013). Sobre o aparecimento de novos riscos e o concreto avanço da criminalidade, faz-se necessário entender a mudança paradigmática ocorrida na pós-modernidade no crime e no sentimento social de segurança.

Desconsiderando variações regionais, a pós-modernidade demonstra uma maior susceptibilidade da sociedade ao crime, sugerindo uma relação direta entre as transformações já elencadas da Sociedade do Risco e o aumento dos índices de criminalidade.

Para Garland (2008, p. 204):

O impacto da pós modernidade sobre o número de crimes registrados foi multidimensional, tendo envolvido: (i) maiores oportunidades para a prática de crimes, (ii) controles situacionais reduzidos, (iii) aumento da população em situação de risco e (iv) a redução da eficácia dos controles sociais e individuais, como consequência das mudanças na ecologia social e das normas culturais.

Além disso, Garland aponta as próprias mudanças culturais da pós-modernidade como vetores da expansão criminal, destacando a globalização do consumo e as transformações da estrutura familiar. A globalização do consumo, de um lado ampliou a circulação de riquezas e de outro estabeleceu uma classe marginalizada por não poder se inserir na sociedade do consumo. Já no que tange às famílias, o ingresso da mulher no mercado de trabalho, o afrouxamento do sentimento de solidariedade coletiva, o dispersamento das relações de vizinhança, o aumento da permissividade e do uso de drogas, são algumas das mudanças que se deram no seio das famílias pós-modernas, mas cujos efeitos parecem se sentir na política criminal (GARLAND, 2008)

Ripollés, em sua obra *La política criminal em la encrucijada*, ao questionar em que se materializa hoje em dia essa expansão do Direito Penal que permite em suas origens acomodar o instrumento das novas realidades da moderna sociedade de risco, inicia a análise categorizando em três grandes blocos as espécies de delinquência da sociedade contemporânea (RIPOLLÉS, 2007).

O primeiro bloco é a delinquência organizada, porém pouco se sabe sobre quais seriam os âmbitos em que realmente incide, apenas se identificando condutas que se aproveitam das vantagens da tecnologia: lavagem de dinheiro, fraudes financeiras, atentados contra a propriedade imaterial. Vê-se que a atuação da polícia concentra-se em dois fenômenos delitivos tradicionais: o narcotráfico e o terrorismo.

Para o autor, o conceito de delinquência organizada está sofrendo desvalorização, passando a ser considerada categoria delitiva mais focada e aplicada sobre associações delitivas próprias da delinquência comum.

O segundo bloco é a delinquência grave de natureza violenta ou sexual, uma violência mais tradicional, que afeta bens jurídicos individuais básicos, como a vida e a integridade física, a liberdade sexual, incluindo os crimes violentos patrimoniais. Está claro que resta perdido o original conceito de expansão, aquele que pretendia atender às novas formas de criminalidade inerentes à sociedade tecnológica e mundializada. Trata-se de intensificar intervenções penais no núcleo da delinquência clássica. É o setor em que se mais produz estranhamento entre vítima e delinquente, atribuindo-se mais conotações de alienação frente

aos cidadãos que não lhe reconhecem como um de seus. As reações penais já não lhe intimidam suficientemente, a ressocialização não funciona com tais indivíduos, só a imunização, o isolamento de tais pessoas oferece perspectivas de êxito.

O terceiro bloco supõe o dissenso à criminalidade da marginalização e da exclusão social. Trata-se da delinquência habitual de pouca monta de natureza patrimonial, para suprir necessidades que, em geral, a sociedade não lhes oferece. Nesse caso, não se trata somente de intensificar reações penais a condutas já conhecidas, mas também estender as atuações policiais e judiciais, em especial através da ideia de periculosidade, a novos comportamentos até agora não apenados. Representa a deriva autoritária da política criminal: a sociedade não está disposta a assumir quaisquer responsabilidades pelo surgimento desta delinquência; dá-se ênfase aos sintomas e não às causas da criminalidade e o controle penal adquire primazia sobre qualquer outro tipo de política social ou jurídica. O marco da intervenção penal é a polícia e não a jurisdição.

A expansão da criminalidade que se busca esmiuçar não deixa de ser mais uma consequência do próprio processo de modernização da sociedade contemporânea, ou seja, mais um produto da modernidade reflexiva descrita por Beck (2011). No que diz respeito às alterações da política criminal na sociedade do risco, antes de tudo, a globalização e as transformações tecno científicas alteraram por um lado a dinâmica da própria criminalidade, mas, em contrapartida propiciaram as próprias bases de enfrentamento dos riscos. O desenvolvimento de meios de comunicação mais velozes, a ampliação do uso da rede mundial de computadores e o incremento da eficiência dos meios de transporte possibilitaram o desenvolvimento de um policiamento reativo e emergencial, voltado a responder situações urgentes como forma de controle do crime (GARLAND, 2008)

Sobre a política criminal que surge em decorrência da Sociedade do Risco, Ripollés (2007) a caracteriza subdividindo-a em quatro grupos de transformações:

- a) ampliação dos âmbitos de intervenção do Direito Penal, que passa a incidir sobre novas realidades sociais conflituosas, ou sobre realidades já existentes mas cuja relevância foi potencializada; dentre os setores onde observa a ampliação dessa intervenção, destaca o Direito ambiental, o Direito nuclear, genético, os novos delitos econômicos e os relacionados às atividades criminosas organizadas e etc.;
- b) uma significativa transformação nos sujeitos da política criminal, que passa a alcançar os setores que detêm o poder. Para tanto, faz uso da intervenção procedente das organizações sociais surgidas nos últimos tempos em defesa dos

novos interesses sociais (ONG's, associações de moradores, associações de consumidores, etc.);

- c) a prevalência conferida à intervenção penal em detrimento das outras instâncias de controle social, questionando os princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção mínima;
- d) a necessidade de adequação do Direito Penal e Processual Penal às dificuldades oriundas do surgimento de novas formas de criminalidade (novas técnicas delitivas, as dificuldades em estabelecer os riscos aceitáveis ou não, a dificuldade em imputar responsabilidade, etc.). Para isso, torna-se necessário atualizar os instrumentos de punição, implicando, para Ripollés (2007), a flexibilização das garantias individuais em nome da necessidade de melhorar a efetividade da justiça criminal.

O Direito Penal que resulta dessa transformação na política criminal possui características próprias do Direito Penal da sociedade do risco. A sociedade pós-globalização demanda do Direito Penal uma abordagem dirigida pelo paradigma da eficácia (SILVA SANCHÉZ, 2013a).

Uma das particularidades do Direito Penal do risco é um aumento dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, “isso porque a Sociedade do risco traz novas realidades, novas necessidades, que a partir do momento em que intituladas de bens jurídicos, ensejam (corretamente ou não) a proteção penal” (CALLEGARI, 2010, p. 31). Nesse sentido, os riscos da modernidade não comportam uma vítima definida, mas a proteção de interesses supra individuais, o que Callegari (2010, p. 33) denominou “desmaterialização, espiritualização ou dinamização dos bens jurídicos”.

Como consequência da imprevisibilidade dos riscos aos quais a sociedade contemporânea está sujeita e da necessidade de tutelar os direitos supra individuais predominam as estruturas típicas ligadas a delitos de perigo abstrato que não exigem uma efetiva lesão ao bem material, assim como os chamados delito de acumulação, implicando a aplicação do princípio da precaução no Direito Penal, como uma forma mais eficaz de controle criminal do que a exigência de comportamento lesivo, antecipando o momento da intervenção penal, inclusive, através da tipificação de condutas que tradicionalmente eram juridicamente consideradas apenas atos preparatórios, insuscetíveis de imputação penal (RIPOLLÉS, 2007).

Diante desse quadro, constata-se um processo chamado por Silva Sánchez de expansão do Direito Penal. Sobre isso, o autor, preconiza que:

Não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como o agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”. (SILVA SÁNCHEZ, 2013b, p. 28).

A flexibilização das garantias individuais e do tradicional sistema de autoria e culpabilidade é ao mesmo tempo característica e preço do Direito Penal da sociedade do risco, sendo necessário estabelecer se é um preço razoável a ser exigido e se a contrapartida almejada (a utópica segurança) está sendo perseguida por instrumentos legítimos do ponto de vista do Direito e da eficácia. Dessa forma, estabelecidas as principais premissas acerca da sociedade do risco partimos para a análise dos efeitos do discurso do medo e da insegurança, advindo da multiplicação dos riscos contemporâneos e sua influência no processo de expansão do Direito Penal.

2.2 O Medo e a Insegurança Como Fatores da Expansão

O medo historicamente tem sido componente constante e força motriz da história da humanidade. O *Homo Sapiens* tem como traço característico talvez principal, a habilidade de modificar o ambiente que o cerca para dele tirar o melhor proveito, contudo, apesar disso ou quem sabe por causa disso, é também a espécie mais vulnerável ao sentimento de medo. Segundo Zolo (2011, p. 89):

O medo, sob a perspectiva antropológica, é a reação emotiva do sujeito (ou do grupo) ante a variedade não controlável de possibilidades presentes em um ambiente complexo e percebido como perigoso. É ainda, ao mesmo tempo, a justificativa do uso muito difundido da violência também em relação aos membros da mesma espécie.

A sociedade do risco, pós-industrial e pós-globalização é também a sociedade da insegurança (SILVA SÁNCHEZ, 2013a). As tecnologias que despontam como revolucionárias que passam a ser livremente comercializadas a inserir-se no cotidiano social são de aplicação tão recente, que os seus malefícios não podem ser mensurados de forma acurada. O homem médio sequer tem a exata noção do quanto as novas e incertas tecnologias estão presentes no seu dia a dia. A questão vai além da racionalidade por trás das decisões humanas que geram os riscos, mas alcança as decisões humanas que distribuem os riscos,

tomadas, geralmente, à margem do debate e da instrução popular (SILVA SANCHÉS, 2013a). Equivale dizer, que a sociedade está cada vez mais complexa e cada vez mais à margem do gerenciamento dos riscos aos quais está submetida:

O processo de globalização e a conseqüente sociedade de risco que se configura na contemporaneidade propiciam o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança diante da imprevisibilidade e da liquidez das relações sociais. A globalização introduz, a cada dia, no catálogo dos riscos e inseguranças, novas e aterradoras formas que eles podem assumir. Paradoxalmente, o aumento da crença de estar habitando um mundo cada vez mais seguro e controlado pela humanidade é inversamente proporcional ao avanço da ciência e da tecnologia (WERMUTH, 2011b, p. 25-26).

O surgimento ou incremento de condutas delituosas ou das formas de executá-las apontam para uma expansão da criminalidade. O tráfico internacional seja de drogas, armas, pessoas; os crimes de lavagem de capitais e a eles relacionados; os crimes ambientais cometidos ou não por pessoas jurídicas; a utilização da computação e da rede mundial de computadores para a prática de crimes envolvendo exploração sexual, pornografia, pedofilia, constituem um rol meramente exemplificativo da criminalidade pós-moderna. Dessa forma, o crime também foi globalizado, posto que a globalização propiciou novas formas de o delinquire delinquir.

O fato é que pela própria marca da imprevisibilidade dos riscos, o Direito Penal e as demais instâncias jurídicas não estavam preparados para enfrentá-los. A maioria dos ordenamentos que seguem a corrente garantista apresentam entraves a uma postura de prevenção e repressão aos riscos, restando entendido que o modelo penal clássico seria insuficiente o que enseja uma onda de alterações pontuais que na prática continuam demonstrando incapacidade diante de uma questão cuja complexidade vai bem além do pontual.

Diante da ameaça global causada por esses novos e imprevisíveis perigos que pesam sobre a humanidade, segundo Beck, na qual uma racionalidade instrumental é baseada na crença do progresso ilimitado, abandona-se a teoria de que haveria um risco permitido, aumentando a procura por mecanismos de segurança e principalmente, de prevenção. O Direito Penal começa a se expandir, determinando a proteção penal dos novos riscos, onde o bem jurídico passando a utilizar-se de conceitos indeterminados e de leis penais em branco, em desfavor ao princípio da legalidade.

Para Silva Sánchez (2013b, p. 79):

[...] A visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagoga político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.

Agregado à noção de risco, o conceito de expansão fundamenta o debate sobre o Direito Penal contemporâneo. Para atender ao catálogo de novos riscos, o Direito Penal expande-se motivado pelo discurso do medo e da insegurança. Para Rippolés (2007), tem-se difundido um sentimento de insegurança que parece não guardar correspondência com tais riscos, senão que potencializado pela intensa cobertura midiática dos acontecimentos perigosos ou lesivos; pela dificuldade com que o cidadão comum se depara para compreender a mudança tecnológica a ritmar sua vida cotidiana e pela extensa percepção social de que a moderna sociedade tecnológica acarreta uma notável transformação das relações e valores sociais e uma significativa redução da solidariedade coletiva.

Bauman diferencia os riscos das incertezas, considerando que os riscos são calculáveis, enquanto as incertezas são mais dispersas e incognoscíveis:

Os medos de hoje podem vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber. De algo que ingerimos e de algo com o qual nossos corpos entraram em contato. Do que chamamos “natureza” (pronta, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a proliferação de terremotos, inundações, furações, deslizamentos, secas e ondas de calor) ou de outras pessoas (prontas, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos). (BAUMAN, 2009, p. 111).

Além dos novos perigos com os quais se deparam diariamente, ainda é preciso cautela com os riscos ou incertezas com os quais não se deparam, não se prevê mas que se supões existir de forma que, no imaginário popular, se está perpetuamente diante de uma catástrofe eminente. A precaução e a prevenção surgem como mais do que princípios jurídicos, mas como efetivos instrumentos de controle dos riscos da pós modernidade. O princípio da prevenção tem por escopo prevenir danos quando as consequências da realização de determinado ato são previstas, ou seja, aplica-se diante de riscos conhecidos e previsíveis por meio da tomada de providências que pelo menos minimizem os danos. Já o princípio da precaução é utilizado quando as consequências do ato tomado não são ao certo conhecidas. Ou seja, ele é aplicado quando inexiste certeza científica. Para a precaução, a falta de certeza não pode ser escusa para a inércia.

E diante da infinidade de riscos, incertezas e medos que permeiam os temores populares, são aqueles provenientes da criminalidade e da delinquência os que mais fomentam o sentimento de insegurança. Dentre os riscos permitidos pelas novas formas de tecnologia, encontram-se as novas modalidades de criminalidade que daí surgiram. Para Wermuth (2011a), o medo da criminalidade promove alterações no comportamento humano individual e coletivo. Individualmente promove alterações cotidianas que visem a coibir a vitimização, tornando os indivíduos mais agressivos, precavidos e reativos, afetando a forma como exercem suas atividades cotidianas. Em nível coletivo, o medo do crime diminui a interação social, esvazia os espaços públicos e rompe com a figura clássica do controle social informal, realizado pelos próprios populares numa cultura de solidariedade. Afirmo ainda Wermuth (2011a, p. 30):

Tornou-se senso comum no debate jurídico-penal contemporâneo a preocupação com o enfrentamento aos riscos representados pelas novas formas assumidas pela criminalidade. Os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos nos albores do novo século - a exemplo dos perpetrados em Nova Iorque em 11 de setembro de 2001 - deflagraram sinais de alerta nas políticas de segurança dos mais diversos países, suscitando a discussão sobre a capacidade dos poderes públicos em dar respostas efetivas a esses problemas.

Diante do medo instituído da delinquência, os ataques terroristas de 11 de setembro, o avanço da macrocriminalidade e da criminalidade transfronteiriça expõe a vulnerabilidade da sociedade contemporânea. Tanto conquistou-se, tanto evoluiu-se, mas nem as instâncias de cooperação internacional demonstram ter encontrado soluções aceitáveis para as novas formas de criminalidade. Diante desse quadro, o controle e a vigilância convertem-se em *standards*, desenvolvendo uma política criminal segregadora e exclusiva (WERMUTH, 2011a).

Dentro da sociedade do risco e do medo, um dos principais atores e força motriz por trás da sensação coletiva de insegurança são os meios de comunicação em massa. Se a eles cabem representar a realidade, não é incomum mídias voltadas exclusivamente ou quase exclusivamente ao relato de situações de risco de delinquência, expondo casos bárbaros como corriqueiros e utilizando discurso populista e desprovido de fundamentos axiológicos, para provocar uma reação social.

O papel da mídia na sociedade globalizada atinge um patamar ainda maior de relevância pela velocidade e alcance da informação divulgada. Na sociedade contemporânea cabe à mídia fomentar crenças culturais e valores (WERMUTH, 2011b). Exemplo de distorção midiática como mola propulsora da insegurança foi o célebre acontecimento, explorado pela indústria do cinema, ocorrido nos Estados Unidos em 1938. Uma rádio interrompeu sua

programação musical para anunciar uma invasão alienígena. Na verdade o locutor apenas dava voz a uma leitura dramática do clássico da ficção científica “*Guerra dos Mundos*”, entretanto, a consequência nefasta foi o pânico coletivo, fugas em massa e reações desesperadas dos ouvintes que tomaram por realidade a peça que lhes foi pregada. Ao falar das influências dos meios de comunicação na fomentação da insegurança social, Silva Sánchez (2013b, p. 47) diz que:

À vista do que vem acontecendo nos últimos anos, é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. Estes, por um lado, da posição privilegiada que ostentam no seio da sociedade da informação e no seio de uma concepção do mundo como aldeia global, transmitem imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo tem uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem. Isso dá lugar, algumas vezes, diretamente a percepções inexatas, e, em outras, pelo menos a uma sensação de impotência.

Ainda sobre o papel da mídia, assinala Garapon (2001, p. 94):

Os meios de comunicação que são o instrumento da indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos.

De fato, a mídia na sociedade moderna, mais do que pela sua velocidade se destaca pela sua onipresença, proporcionada pela modernização de suas estruturas. Quando o jornalismo insere-se na economia mercadológica e ultrapassa o caráter informativo para o caráter comercial, a objetividade jornalística é posta em xeque. A ideia da objetividade remonta ao início do século passado e estabelece a busca por um jornalismo informativo, ao invés de um jornalismo de grupos políticos:

Nesse momento, vêm à tona noções dominantes na prática jornalística atual, como a visão do papel do jornalista como transmissor dos fatos tais como aconteceram, sendo esta ideia designada por objetividade jornalística. Por outro lado, sabe-se que os meios de comunicação são dominados por empresas, que visam o lucro, e passam a tratar da informação como forma de ganhar dinheiro através da publicidade. Torna-se necessário que se aumentem os índices de audiência, levando o jornalismo a tomar emprestadas algumas noções e características provindas da publicidade, de forma a tornar também a informação mais atraente para um público-alvo, já não mais composto de cidadãos, mas sim de consumidores. (BUDÓ, 2013, p. 78).

Partindo da concepção mercadológica do jornalismo, percebe-se que independente de generalizações e da utilização de lugares comuns, o crime vende. Os acontecimentos

negativos como um todo são dotados de forte apelo midiático. E de uma forma paradoxal, o próprio medo instituído na sociedade pós-moderna alimenta essa indústria de midiaticização da tragédia.

Os cidadãos da sociedade do risco são movidos e envolvidos pelo medo da criminalidade perpetuado pelos meios de comunicação. Se estão os indivíduos sendo submetidos a um extenso catálogo de medos, poucos são tão lugar comum quanto ser vítima de um delito. Contudo, assim como a rádio responsável pelo pânico de 1938, descrito em alguns parágrafos anteriores, os grandes veículos de comunicação atuais atuam conforme uma agenda própria, objetivando interesses mercadológicos e a maximização dos lucros. Nesse esteio, o crime é um produto altamente rentável, dirigindo a consciência social em direção a uma gama ainda mais vasta de insegurança. Sobre isso, Wermuth (2011a, p. 47) sintetiza com brilhantismo que:

Em decorrência de interesses meramente mercadológicos, os meios de comunicação de massa promovem um falseamento dos dados da realidade social, gerando enorme alarde ao vender o crime como um rentável produto, respondendo às expectativas da audiência ao transformar casos absolutamente sui generis em paradigmas, aumentando, assim, o catálogo de medos, e consequentemente e de forma simplista como convém a um discurso vendável, o clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva.

A esse respeito, diverge em alguns pontos Ripollés, para quem é preciso aceitar como ponto de partida das novas medidas expansionistas, uma série de pressupostos dignos de compreensão, tal é o caso do medo do delito, sem a reflexão de que pode ser um fenômeno produzido pela mídia a partir de certos interesses políticos. Também preceitua a assertiva de que a opinião pública é inacessível quanto à ideia de aproximação racional da delinquência, de modo que o que ocorre é a adoção de medidas dirigidas a acalmar seus temores, apaziguar suas agressividade ou satisfazer, em geral, suas pulsões psicossociais. (RIPOLLÉS, 2007).

Um dos entraves à objetividade da atuação da imprensa diante do crime é sua quase total dependência diante das agências de controle social formais que praticamente monopolizam as informações das fontes de notícias de crimes. Todavia, ao reproduzirem o discurso das fontes oficiais, a mídia se reveste de uma legitimidade diante dos olhos do público que diante de uma um análise mais esmiuçada, considera-se no mínimo questionável.

A estatística criminal fornecida pelas fontes oficiais traz apenas a criminalidade revelada, isto é, aquela que chegou ao conhecimento das autoridades policiais. Entretanto, apenas uma minoria das condutas delituosas tem o condão de se tornarem estatística vez que convive-se com a existência das chamadas “cifras negras”, que são os crimes cometidos, mas

que, por não serem relatados sequer ensejam uma investigação policial. Sobre a utilização das agências oficiais de controle social como fontes primordiais na cobertura midiática de crimes, Marília de Nardim Budó aponta dois aspectos problemáticos: a já mencionada existência de cifras negras não contabilizadas e a seletividade presente na atuação dos órgãos formais. Sobre os efeitos perniciosos da seletividade, preceitua:

O problema que surge daí é o fato de, por privilegiar o aparecimento das fontes oficiais na notícia, toda a definição da forma como deve ser abordado o fato será segundo a ordem dominante, sem a permissão de rupturas ou contra-definições. Por vezes não há o que questionar quanto à imparcialidade e fidelidade do texto, porém, deve-se reconhecer a tendência à reprodução simbólica da estrutura de poder existente na ordem institucional da sociedade. Nesse sentido se coloca o papel do jornalismo na manutenção do status quo (BADÓ, 2013, p. 99).

Assim, o discurso das agências de controle sociais reproduz não tão somente a realidade, mas, principalmente, estereótipos que se desejam reproduzir, deixando à margem da lei da repressão do Estado aquilo que se encontra fora da agenda destes órgãos. A representação desses estereótipos como a fonte do mal na sociedade, além de servir para manter o *status quo*, criando um abismo entre a criminalidade das classes dominadas e a criminalidade das classes dominantes, alimenta os temores e ansiedades da sociedade. Baratta estabelece nesse sentido sobre o papel do Direito Penal nesse processo de criar tipos criminais e sujeitos criminais estereotipificados:

privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos de indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas" (BARATTA, 1999, p. 165).

Ao reproduzir dados e estatísticas oficiais descontextualizados a mídia e os órgãos oficiais de controle contribuem para fomentar o imaginário popular com noções restritas e insuficientes sobre a violência e a criminalidade. Um fenômeno tão complexo quanto a violência é reduzido à mera violência individual, como a fonte e origem de todos os medos do “cidadão de bem, olvidando tratar como violência ou até mesmo noticiar de forma adequada a violência institucional, que é aquela provocada pelo próprio sistema de política criminal.

Um dos efeitos decorrentes dessa midiática do crime é a exposição *ad nauseum* de casos específicos como o de Isabella Nardoni, Eloá e Suzane Von Richthofen. A exposição midiática foi tão intensa, inclusive, com o recurso a pseudo especialistas nas áreas, que o julgamento midiático e popular foi quase em sua totalidade definitivo, sendo os alçozes

desses casos aceitos pela sociedade como expurgos sociais, cidadãos de última classe e sem chances de regeneração. À sentença judicial cabe apenas reconhecer o que já foi incorporado como fato (WERMUTH, 2011a)

Para Bauman (2009) a segurança interna dos países é um novo paradigma de segurança, fundada em interpretações – muitas vezes distorcidas- de que a sociedade se encontra diante de um aumento constante e exponencial da criminalidade. Nesse contexto, o Direito Penal surge como instrumento apropriado e instância salvadora a fim de restaurar a utópica segurança que se esvaiu na sociedade do risco. Foi repassado ao Direito Penal a função de aplacar os medos da sociedade, desviando, assim o foco dos demais problemas sociais e das demais instâncias de controle.

Wermuth sintetiza de forma direta e precisa a transformação que o discurso do medo opera na dogmática penal, que passa a ser concebida como a Magna Carta da vítima. Se a vítima ocupava até então um papel neutro na relação processual penal, a sociedade da insegurança forja uma inversão de papéis.

Nesse contexto, o Direito Penal se expande e se rearma como resposta aos medos e inseguranças da população, assumindo algumas características principais [...]:

- a) em decorrência do medo de tornar-se uma delas, verifica-se uma maior identificação da população com as vítimas da criminalidade; olvida-se, assim, do papel do Direito Penal como um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal para compreendê-lo como uma “Magna Carta da Vítima”
- b) surge um crescente processo de politização do Direito Penal, a partir de uma concepção política da noção de segurança; isso representa uma simplificação do discurso político criminal que passa a oscilar ao sabor das demandas conjunturais midiáticas e populistas, em detrimento de programas sérios e efetivos de política criminal;
- c) constata-se uma maior instrumentalização do Direito Penal, no sentido de evitar que os riscos se convertam em situações concretas de perigo, ou seja, uma utilização do Direito Penal como instrumento preventivo em lugar de um Direito Penal que reacionava a posteriori contra um feito lesivo individualmente delimitado [...]
- d) vislumbra-se uma crescente utilização, na elaboração legislativa, de estruturas típicas de mera atividade, ligadas aos delitos de perigo abstrato, em detrimento de estruturas que exigem resultado material lesivo, como consequência da concepção do Direito Penal como instrumento de prevenção de riscos
- e) há um despreço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal [...] (WERMUTH, 2011a, p.161-162).

Na sociedade do risco, são as demandas das vítimas reais, ou meramente potenciais que tem orientado o debate político criminal. Para Ripollés (2007), o protagonismo da vítima na sociedade do risco colocou a relação entre delinquente e vítima em um patamar quase aritmético: quanto mais direitos são garantidos para a proteção do delinquente, mais perde a vítima. Dessa forma, o Direito Penal insurge como uma Magna Carta da vítima, devendo

substantivar seus interesses e garantir a dureza da punição do delinquente para aplacar os traumas do inocente vitimado.

Sintetizando os efeitos da expansão do Direito Penal na sociedade do risco, o medo e a insegurança decorrente da nova configuração social exigem a adequação e o reaparelhamento das instâncias penais. A vítima, o *status* de maior temor do cidadão médio passa a ocupar um centro de preocupações que antes não lhe cabia, ensejando inclusive legislações específicas que tipificam condutas antes despenalizadas, ou punidas de outra forma, a exemplo da Lei Carolina Dieckman e Lei Maria da Penha. O Direito Penal torna-se instrumental e preventivo, devendo antecipar o momento delituoso e não apenas aplicar punição ao fato já consumado. Como instrumento técnico, os tipos penais não se voltam mais a efetivas lesões aos bens jurídicos, atuando preventivamente, principalmente por meio de delitos de perigo e de tipos abertos. Nesse ponto, torna-se preocupante a avaliação do papel da mídia como uma quase legisladora.

A espetacularização do crime movimentava a opinião pública que movimentava aqueles que as representam por uma legislação mais interventiva afim de aplacar seus temores. A pressão popular exercida diante da influência da imprensa do crime para solucionar o “flagelo da insegurança” encontra abrigo nos poderes públicos não pela legitimidade de suas queixas, mas pela possibilidade de capitalizar essa causa em apelo às massas e por consequência, em votos. Sobre isso, Callegari, Wermuth e Engellmann (2012, p. 26):

E os poderes públicos sabendo dos efeitos políticos positivos decorrentes do atendimento dessas demandas, respondem mediante promessas legislativas de intervenções penais mais duras e radicais e, não raro, verifica-se que os poderes públicos, inclusive, fomentam a criação de uma atmosfera de medo e insegurança em relação a determinados fatos, no intento de conseguir facilitar a aprovação de reformas legislativas ou impulsionar a população na demanda por leis mais duras. Trata-se, em última instância de uma utilização do Direito Penal enquanto “arma política”, enquanto um instrumento de comunicação por meio do qual os poderes públicos deixam de preocupar com o que pode ser feito de melhor, para se preocupar com o que pode ser transmitido de melhor.

Foi sob a influência da cobertura midiática ao caso do sequestro do empresário Abílio Diniz, em 1989, que o crime de extorsão mediante sequestro foi alçado ao rol de crimes hediondos. Foi o clamor social promovido pela cobertura exaustiva do caso que criou o ambiente de insegurança que propiciou a atmosfera legislativa necessária para a aprovação da Lei de crimes hediondos. Sobre a mencionada Lei, aduzem Zaffaroni e Pierangeli (2002, p.111):

Menos de 2 anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma arquetizada atuação dos meios de comunicação social, formulava a lei 8072/90. Um sentimento de pânico e de insegurança – muito mais produto de comunicação do que realidade – tinha tomado conta do meio social e acarretava como consequência imediatas a dramatização da violência e sua politização.

Deve-se também aos meios de comunicação em massa, além da atuação da autora de novelas Glória Perez, que conseguiu angariar apoio popular mediante abaixo-assinado para que o homicídio qualificado se tornasse um desses crimes hediondos. De forma análoga, a falsificação de medicamentos entrou no rol de hediondez, após a exposição midiática do infame caso de medicamentos usados para evitar a gravidez que foram substituídos por farinha. Não causará estranheza que mais crimes sejam tornados hediondos ou que a Lei de crimes hediondos seja alterada de forma a tornar a punição dos crimes lá elencados ainda mais severos

O apelo que a cobertura de fatos criminosos exerce sobre a sociedade é tão intenso, que para Nilo Batista, a sociedade atual inicia a aplicação de uma nova forma de pena não prevista na legislação, qual seja, a execução pública da imagem do acusado, a condenação ao ódio e ostracismo social, não pela Justiça, mas também por veículos midiáticos que gozam de presunção de autoridade por parte da sociedade (BATISTA, 2002).

Ao falar da expansão do Direito Penal, torna-se necessário falar do paradigma moderno da eficácia e valorar se os tipos penais que insurgem da produção legislativa da sociedade da insegurança e do medo são instrumentos jurídicos válidos e eficazes ou se inserem na categoria chamada de Direito Penal Simbólico.

2.3 A Criação de Novos Tipos Penais: Direito Penal Simbólico ou Efetivo?

Normativamente, a expansão do Direito Penal implicou a hiperinflação na produção de novos tipos penais. Diante da complexificação das relações sociais e jurídicas na pós-modernidade, o enquadramento das condutas dentro dos tipos já existentes nem sempre é possível. Na lógica expansiva, a solução encontrada para maximizar a aplicação do Direito Penal sem conflitar diretamente com o princípio da legalidade é a produção de inúmeros novos tipos, que procuram se adequar às circunstâncias atuais. Falar da criação de novos tipos penais é falar da função do Direito Penal e da expansão dos bens jurídicos protegidos.

O Direito Penal tem por escopo promover a coexistência pacífica da sociedade que tutela. Desde a concepção contratualista, os cidadãos transferem ao Estado o poder de legislar

a fim de manter o pacto e de promover o bem-estar e a liberdade da sociedade.

Para Roxin (2013, p. 17-18):

Em um Estado Democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídicas-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção).

Roxin (2013) denomina todos os objetos de proteção das normas jurídicas, legitimamente instituídos de bens jurídicos, abrangendo bens jurídicos individuais e bens jurídicos da generalidade. O conceito de Roxin busca traçar limites à atividade do legislador, que deve utilizar do conceito de bem jurídico para estabelecer punições legítimas. Quanto aos limites do legislador, o autor esboça os mais importantes (ROXIN, 2013):

- a) são inadmissíveis as normas jurídicas de cunho estritamente ideológico ou que atentem contra os direitos humanos ou fundamentais;
- b) a simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico;
- c) atentados contra a moral não bastam para ensejar uma norma penal;
- d) o atentado contra a própria dignidade humana, não é, todavia, um bem jurídico (visa proteger os estudos médicos e científicos);
- e) a proteção de sentimentos somente pode ter-se como proteção de bens jurídicos tratando-se de sentimentos de ameaça;
- f) autolesão não é comportamento digno de sanção;
- g) as leis penais simbólicas não são objeto de proteção de bens jurídicos;
- h) as regulações de tabus não são bens jurídicos;
- i) os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos.

Segundo Fábio Roberto D'ávila (2009, p. 50), “não há crime sem ofensa a um bem jurídico penal”, assumindo tal premissa uma exigência material do ilícito que se reflete no âmbito constitucional, devendo orientar e limitar a legislação penal (D'ÁVILA, 2009, P.52).

Na sociedade do risco, a expansão do Direito Penal e a já tratada antecipação e prevenção do risco penal propicia a transição do modelo de delitos de lesão para o modelo de delitos de perigo. Numerosas leis são promulgadas protegendo novos bens jurídicos surgidos a partir das transformações sociais, ainda que sob as novas situações que ensejem proteção

legal permeie a incerteza. A isso Silva Sánchez (2013b) chama de administrativização do Direito Penal, quando o Direito deixa de reagir *a posteriori* contra uma efetiva lesão a bem jurídico e passa gerir riscos, punindo-os de forma antecipatória.

A proteção de bens jurídicos teve sua logica invertida, para Callegari e da Motta (2007, p. 13):

No que diz respeito à proteção de bens jurídicos ocorreu um fenômeno ao contrário do que se está acostumado, ou seja, converteu-se em um critério positivo para justificar a criminalização de “novos bens jurídicos”, perdendo, assim o critério negativo que teve originariamente. É que originariamente o conceito crítico se formulou para que se limitasse o legislador à proteção de bens jurídicos e agora se converteu numa exigência para que se penalize determinadas condutas.

Diante desse quadro, Silva Sánchez (2013b) salienta a tendência no Direito espanhol de introdução de novos tipos penais ou de recrudescimento dos já existentes. Dessa forma, os Estados adotam uma política criminal punitiva e repressiva como forma de controle criminal, o que Cancio Meliá denomina de efeitos meramente simbólicos, que procuram transparecer para a sociedade que algo está sendo feito, sem que se aprofunde os estudos sobre as consequências concretas da criação de novos tipos penais para fins de redução criminal. (MELIÁ, 2012).

Nesse sentido, segundo Prado (2005, p. 118):

Assiste-se, na atualidade, a novas e ampliadas formas de tutela, resultado do processo evolutivo do Estado liberal para o Estado social, e à afirmação deste último, que engendra a assunção de novos deveres (v.g. assistência e promoção), novos riscos (v.g., manipulação genética, energia nuclear, transgênicos) e encaminhamentos, tal como o de salvaguarda de direitos que transcendem à esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada. Emergem nesse contexto, novos bens jurídicos, ou ampliam-se os já existentes.

As leis penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecedora do Estado (ROXIN, 2013). O Direito Penal simbólico caracteriza-se, portanto, pela falta de substrato material contundente. Seu mérito está em sua própria existência, visto que oferece a uma sociedade dominada pelo sentimento de insegurança, a sensação de que suas vozes estão sendo ouvidas e algo está sendo feito. (WERMUTH, 2011b).

Os novos tipos penais apaziguam os ânimos populares e acalmam a população movida pelo discurso do medo e da insegurança, entretanto, a condição de eficiência desses tipos e do próprio Direito Penal é a eliminação gradual da violência através do legítimo exercício da força estatal (CALLEGARI; MOTTA, 2007). Além da questão da eficiência, o Direito Penal simbólico desponta como mais um instrumento de marginalização social, disciplinando os *status* escolhidos como personificação do mal, na sociedade pós-globalização e pós-desmantelamento do Welfare State (CALLEGARI; ANDRADE, 2011).

A questão da utilização do Direito Penal como, precipuamente, instrumento de proteção de bens jurídicos relevantes diante do contexto da sociedade do risco, enseja a análise acerca da criação de novos bens jurídicos supraindividuais de conteúdo difuso, assim como sobre a utilização crescente dos delitos de perigo (especialmente abstrato) como mecanismo de promoção da seguridade. Seriam essas características evoluções necessárias e indissociáveis da pós-modernidade do risco, ou se está diante de criações jurídicas simbólicas desprovidas de efetividade longe do ponto de vista teórico?

O surgimento de bens jurídicos universais e imprecisos que fogem aos contornos clássicos e claros dos bens jurídicos individuais é reconhecido como uma característica do Direito Penal contemporâneo. A origem desse processo de mudança conceitual remonta ao surgimento do Estado social, mas ganhou força e relevância no contexto próprio da sociedade do risco. Segundo o célebre doutrinador do Direito, Jescheck, os titulares de um bem jurídico poderiam ser tanto a pessoa individual quanto a coletividade assim considerada, classificando da seguinte forma:

Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v.g. la integridad corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero) (JESCHECK, 1993, p. 234).

A mudança, portanto, responde aos anseios teóricos que encaminha o Direito Penal a um novo paradigma. Aceitar a dissolução do conceito clássico de bem jurídico se coaduna a um projeto jurídico que não compreende o Direito Penal como forma de reprimir danos concretos e de autoria individualizada ou individualizável, mas que, além disso, pretende reprimir a mera inobservância dos *standards* de segurança, protegendo a própria vigência da norma como um bem jurídico de observância e respeito necessários. A esse respeito, preconiza com maestria Blanca Mendoza Buergo (2001, p. 69):

Así, se acepta que el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales – o más allá, la preterición de la propia referencia al concepto de bien jurídico – es consubstancial con un Derecho penal que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera inobservancia de normas organizativas, es decir, con la protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales, un Derecho Penal que no persigue – aparentemente – la conservación de objetos, sino el mero mantenimiento de la vigencia de la norma.

A definição e caracterização do bem jurídico supraindividual é carregada de incertezas e imprecisões vez que seu significado não remonta a uma única disciplina, e que é intrínseco à sua própria natureza a existência de um multifacetado círculo de interesses. Essa imprecisão conduz a uma insegurança que vai ao encontro dos próprios paradigmas do Direito Penal do risco. Dessa forma, ao passo em que as legislações adotam e recepcionam instrumentos de proteção aos direitos supra individuais, a política criminal e a dogmática jurídica se debruçam sobre o estudo das consequências e controvérsias que surgem ou podem vir a surgir. De princípio surge a dificuldade de delimitar em cada caso qual é o bem jurídico tutelado, para assim auferir em que casos este foi lesado ou somente posto em perigo. De outro lado, a relação de causalidade do Direito Penal clássico torna-se insuficiente o que põe em cheque o princípio basilar da dogmática penal que estabelece ser o Direito Penal a *ultima ratio*.

Essas controvérsias se tornam ainda mais desconcertantes quando combinadas com a antecipação dos riscos através da utilização dos tipos penais de perigo. De um lado existem bens jurídicos imprecisos cujas vítimas não podem ser definidas pela sua natureza supra individual, de outro lado o próprio tipo de perigo abstrato também é impreciso e indefinido. (BUERGO, 2001). Importa em aceitar a possibilidade da existência de um delito onde não se pode precisar nem qual direito foi lesado nem quem teve o direito ou lesado, ou ainda pior, aceitar a hipótese de existir um delito sem sujeitos passivos definidos e sem uma conduta que se adegue a uma norma penal incriminadora, mas ainda assim estabelecer uma autoria culpável e punível.

Paralelo à questão da proteção de bens jurídicos não individualizados, a dogmática jurídica se propõe também a refletir acerca das causas e consequências do aumento dos tipos penais de perigo abstrato nos diversos modelos legislativos espalhados pelo mundo. A utilização de tipos de perigo abstrato, delitos de consumação antecipada e a punição dos chamados atos preparatórios constituem traços marcantes do Direito Penal do risco. O emprego dessas técnicas legislativas buscam se adequar ao *standard* de efetividade do Direito Penal do risco, onde a eficácia das instâncias de controle parecem depender diretamente da

adoção de um sistema jurídico desprovido de lacunas frente aos novos riscos da pós-modernidade. A existência de tipos penais que independem de lesão ao bem jurídico diminuem os requisitos de punibilidade, o que supostamente aumentaria a punibilidade, levando, através de uma nova e forçosa dedução, à conclusão de que ela conduziria ao que parece ser o objetivo máximo do Direito Penal da atualidade: a tão sonhada redução da criminalidade.

Sobre a efetividade da utilização dos tipos penais de perigo abstrato para fins de controle criminal, carecem estudos segundo parâmetros que comprovem a inter-relação entre as legislações que fazem uso deles e os resultados obtidos em termos de política criminal. Atende, todavia, aos objetivos de um Direito Penal simbólico, evitando não o comportamento delituoso ou a produção de um resultado lesivo, mas preocupando-se em transmitir uma sensação de segurança, preocupação esta que parece suplantar a de garantir a segurança propriamente dita. (BUERGO, 2001). Problema maior surge, quando, para além da utilização de tipos de perigo abstrato que preveem condições objetivas de punibilidade, o Direito Penal se utiliza do princípio da precaução.

O princípio da precaução impõe a intervenção penal unicamente nas hipóteses pré estabelecidas como de risco potencial. Entretanto, como se estabeleceu anteriormente, os riscos da pós-modernidade são de difícil cálculo e precisão, não podendo ser cabalmente comprovado. Se a comprovação do risco sem que parem dúvidas razoáveis sobre sua concreta periculosidade é considerada utópica por sua própria natureza caracterizada por alto grau de abstração e imprecisão, determinar os riscos políticos constitui sobretudo uma decisão política, sendo política também a decisão acerca de qual resposta dar a cada risco definido como penalmente relevante. Nesse ponto Massimo Donini diferencia os tipos de perigo abstrato do recurso ao princípio da precaução, a legitimação do primeiro surgiu em um contexto de riscos clássicos, calculáveis sob uma base científica segura, ou seja, ofereciam uma resposta aos perigos da modernidade através de uma racionalidade científica que, na pós-modernidade, demonstrou sua insuficiência (DONINI, 2010)

Segundo Buergo (2001, p. 79):

Las nuevas conminaciones penales incriminan casi exclusivamente conductas a las que se asocian peligros, mayoritariamente peligros abstractos, atribuyéndose usualmente a tal técnica la característica de anudar la punibilidad simplemente a la realización de una determinada conducta que el legislador ha descrito en el tipo, sin que normalmente se discuta en el momento de la aplicación de la norma se tal actividad es realmente peligrosa, sino que ello pretende ser unicamente elemento de la valoración realizada por el legislador en el momento de la creación de la norma.

A aplicação do princípio da precaução, sem a devida comprovação da carga de perigo para o bem jurídico protegido, acarreta o enfrentamento de problemas de legitimação, pode importar um frontal desrespeito aos princípios da lesividade e da intervenção mínima, assim como a não observância ao princípio da proporcionalidade. No contexto da precaução se admite a inversão do ônus da prova, cabendo ao acusado provar que não havia perigo, ou que, se havendo, não foi por ele gerado. Para Donini essa inversão pode ter duas justificativas: a) a substância utilizada se presume perigosa porque faz parte de um gênero de produtos que quase sempre oferecem riscos, devendo ser utilizadas apenas em circunstâncias específicas e autorizadas, e, caso contrário, provar no caso concreto a ausência de perigos; b) a substância pertence a um grupo de produtos sobre o qual nada se conhece, e por isso se teme (DONINI, 2010). No segundo caso, a inversão do ônus da prova carece de legitimidade e de um equilíbrio de proporcionalidade no caso concreto. Nem sempre o desconhecido é lesivo.

A tendência de utilização de normas de perigo abstrato¹ é mais perceptível justamente na tutela dos mencionados bens jurídicos supra individuais, surgindo como verdadeiros meios salvadores e campos problemáticos como o meio ambiente, terrorismo, paz pública, política anti drogas, etc. Sobre os crimes de perigo abstrato, Blanca Mendoza Buergo (2001, p. 4):

El problema de la cada vez mayor ampliación del Derecho penal al campo de la punición de meras acciones definidas como peligrosas con carácter general es especialmente intenso cuando, además, ello se instrumenta para la protección de intereses cada vez menos delimitados, de carácter supraindividual, difícilmente reconducibles a intereses identificables con claridad.

Conforme já mencionado, as alterações legislativas que recrudescem o princípio da precaução como instrumento de controle de criminalidade transmitem uma sensação de segurança, todavia, o surgimento de um Direito Penal que se preocupe mais em transmitir segurança diante dos riscos da pós-modernidade do que com a função de proteção do indivíduo diante da arbitrariedade do Estado, pode conduzir a uma política criminal contraditória, em que os valores primordiais do Estado Democrático de Direito são sacrificados em nome de riscos conjecturados. O emprego da sanção penal para incriminar riscos que sequer foram comprovados por pressupostos científicos seguros despiria o Direito Penal de sua função maior de garantir a liberdade dos indivíduos contra os poderes do Estado, para transformá-lo em um instrumento arbitrário e simbólico de política social. (DONINI, 2010).

¹ Para Roxin (1997, p.27), crimes de perigo abstrato são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha ocorrido um resultado de exposição a perigo”

Diante da aparente inevitabilidade da alteração paradigmática relacionada à função do Direito Penal de proteção dos bens jurídicos relevantes, na doutrina formam-se duas correntes. De um lado se defende a incompatibilidade do Direito Penal com a teoria dos bens jurídicos supraindividuais, vez que criar normas gerais de comportamento e promover controle social não se enquadrariam em suas funções. De outro lado, se propõe a renúncia ao conceito de bem jurídico, bem como da redução da função Direito Penal como apenas instrumento de proteção desses bens, justificando essa renúncia na própria sociedade do risco, que tornaria o papel clássico do Direito Penal obsoleto diante do surgimento dos novos riscos. Todavia, alguns célebres doutrinadores, à exemplo de Hassemer e Silva Sánchez, têm defendido a adoção de uma postura intermediária, que não restringisse totalmente a função do Direito Penal, mas que procurasse delimitar melhor os bens jurídicos protegidos.

Diante das considerações aqui dispostas, compreende-se que o incremento da produção normativa penal em um dado ordenamento jurídico para conter os riscos pós-modernos, corresponde a uma reação frente ao clima de insegurança proporcionado pela sociedade do risco e alimentado pela mídia e até mesmo pelos órgãos de controle oficiais, todavia, a paulatina expansão do conceito de bem jurídico e dos meios penais de protegê-lo promove um esvaziamento do conteúdo epistemológico da legislação penal, pondo em xeque sua real efetividade diante de uma produção normativa que enfrenta problemas de legitimidade. Sobre isso, relevante salientar a conclusão de Blanca Mendonza Buergo (2001, p. 91):

En definitiva, desde esta perspectiva se quiere llamar la atención sobre el hecho de que este recurso a la anticipación de la tutela a través de delitos de peligro abstracto, instrumentalizando una categoría ya de por sí problemática, no sólo reporta los beneficios pretendidos, sino que resulta contraproducente para ele próprio sistema y su credibilidad y, así en definitiva, para sua eficácia.

Ou seja, para Buergo, o recurso sistemático aos tipos de perigo abstrato coloca em xeque a credibilidade do próprio sistema e sua eficácia em tutelar à contento os bens jurídicos merecedores de proteção penal.

Diante do enfrentamento da sociedade do risco, deposita-se na ciência grandes expectativas relacionadas à mitigação do dano, e, do ponto de vista do Direito Penal, cresce a utilização da tecnologia e da ciência para fins criminais. Nesse contexto, a descoberta do DNA e sua capacidade de individualização revolucionaram a ciência forense. Com a finalidade de combater a sensação de insegurança da sociedade do risco, a instalação de bancos de dados genéticos para fins criminais tem se difundido pelo mundo, ingressando ao

Direito brasileiro por meio da Lei 12.654 (BRASIL, 2012) e do decreto presidencial que a regulamentou. Nesse sentido, o objeto de estudo do capítulo seguinte é justamente a instalação de bancos de dados genéticos para fins criminais e sua acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3 NOVAS FORMAS DE CONTROLE SOCIAL: A PROVA PENAL ATRAVÉS DOS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS

*“Se tu falas muitas palavras sutis
Se gostas de senhas, sussurros ardis
A Lei tem ouvidos pra te delatar
Nas pedras do teu próprio lar”*

(Chico Buarque de Holanda)

O Direito Penal tem-se frequentemente deparado com o enfrentamento de situações, delitos e novas formas de execução de delitos, que ensejam a revisão de seus próprios instrumentos de punição e controle. Conforme visto no capítulo anterior, a modernização da sociedade contemporânea, segundo Beck, é reflexiva, dessa forma, ao mesmo tempo em que o Direito Penal se depara com problemas novos, oriundos do processo de modernização e globalização, encontra neles as soluções almejadas para o enfrentamento das crises da pós-modernidade.

No século XX, as ciências médicas, biológicas e biotecnológicas alcançaram avanços nunca dantes imaginados. O ser humano alcançou um grau de conhecimento sobre o próprio corpo humano e as formas de manipulá-lo que possibilitaram transformar as próprias relações sociais e permitir o ressurgimento da ideia de “biopoder” (FOUCAULT, 2005).

Biopoder corresponde a uma forma de poder do Estado que se contrapõe à soberania clássica, assim explica Michel Foucault (2005, p. 294-295):

A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamarei de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e deixar morrer [...] Ora, agora que o poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no “como” da vida, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes, suas eventualidades, suas deficiências, daí por diante a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, o limite, a extremidade do poder.

Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico se apodera de novas técnicas científicas para enfrentar os novos riscos segundo abordado por Beck, se vê cobrado no sentido de normatizar e regulamentar a utilização dessas novas técnicas, evitando que o biopoder e o avanço das biotecnologias promovam o esvaziamento dos princípios e garantias penais e processuais penais durante o curso da persecução criminal.

Dentro do campo médico, assiste-se às transformações operadas pelas novas técnicas cirúrgicas, pelo desenvolvimento de vacinas e tratamentos que amenizam várias mazelas e

virtualmente extinguiram outras, mas, em outra via se deparam com os questionamentos e dilemas éticos e jurídicos oriundos do surgimento de técnicas de reprodução assistida, de técnicas que permitam ao indivíduo mudar fisicamente de sexo, bem como do uso da medicina de forma desgovernada para prolongar a vida humana. A medida em que as técnicas que intervêm no organismo vivo transformam as relações sociais e as relações de poder, a controvérsia se faz perceber principalmente nos campos da ética e da dogmática das garantias processuais clássicas. Nesse contexto, o papel da genética atinge uma nova e intrincada relevância, fazendo-se necessário avaliar sua suposta imprescindibilidade à luz dos conceitos jurídicos e sociológicos.

No Brasil, a comunidade jurídica assistiu no ano de 2012 à aprovação da Lei 12.654 que disciplina a identificação criminal genética, prevendo as hipóteses de obtenção constrangida de perfis genéticos para fins de persecução penal. Enquanto a sociedade em geral e membros de determinados grupos de controle social aplaudiram à inovação legislativa, defendendo veementemente a necessidade do Brasil acompanhar os demais países “de primeiro mundo”, fazendo-se valer da utilização da genética para fins de reduzir a criminalidade que assola o país, promovendo a segurança de seus cidadãos. Nesse contexto, a comunidade jurídica nem de longe considera que a questão da utilização da genética para essa finalidade é algo pacífico e desprovido de questionamentos necessários. Destarte, compreender as implicações dessa Lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro pressupõe entendê-la dentro do contexto mundial pós-moderno de risco, sem, entretanto ignorar o papel clássico do Direito Penal, que impõe não apenas direitos aos cidadãos frente ao Estado, mas também deveres éticos e jurídicos, para ambos os lados.

3.1 O genética no Direito Penal: o recurso ao uso de bancos de perfis genéticos pelo Direito Penal

A evolução da genética forense acompanha o processo de evolução da genética enquanto ciência, bem como dos aparatos técnicos que lhe possibilitaram sair do prisma teórico para um campo não só prático, mas de aplicabilidade relevante para a sociedade de forma geral. Para a maioria dos estudiosos das ciências, a genética teve início com os experimentos de Mendel com ervilhas, publicados em 1865 e que traziam algumas regras básicas depreendidas desse estudo ainda incipiente sobre a genética e as características hereditárias. Sobre as descobertas de Mendel, preceitua Norma Bonaccorso (2005, p.16):

Mendel concluiu que, durante o processo de reprodução, ocorria uma passagem de elementos físicos controladores de características hereditárias distintas dos genitores para a prole. Tais elementos foram, posteriormente, denominados genes. Mendel demonstrou experimentalmente que a propagação dos caracteres genéticos está sujeita às leis gerais de segregação e recombinação independentes por meio de proporções estatísticas de mono e polibridismo e que mais tarde, no início do século XX, foram limitadas pelas descobertas, principalmente atribuídas a Thomas Morgan, da ligação e da permuta intercromossômica, fenômenos conhecidos, respectivamente, por linkage e crossing-over, durante os processos de mitose e meiose.

Os escritos de Mendel foram por décadas solenemente ignorados pela comunidade científica sendo retomados apenas no virar do século XX quando se superaram os estudos de Lamarck e sua Lei das heranças dos caracteres adquiridos, partindo-se para uma concepção mais moderna cujos postulados básicos foram defendidos por Johansen, que ao diferenciar fenótipo e genótipo, trouxe à luz a ideia de que algumas características são herdadas, ao passo em que ainda assim o ambiente que nos cerca pode operar transformações na forma como as características se manifestam. A partir desse ponto o estudo da genética tornou-se parte das ciências biológicas, cabendo a ela em seu papel primordial, estudar os mecanismos de transmissão das características de uma geração para as subseqüentes no decorrer do tempo.

A genética é uma ciência de potenciais. Trata da transferência de informação biológica de célula para célula, dos pais para os filhos e assim, de geração para geração. (GARDNER; SUNSTAD, 1986). Entretanto, para além do seu papel principal, o aprofundamento dos estudos sobre a genética humana culminou com a descoberta, em 1953, pelos pesquisadores James Watson e Francis Crick do ADN ou DNA², o material que constitui a estrutura dos cromossomos e que atua como mensageiro molecular em todos os seres vivos. A descoberta da existência do DNA propiciou o desenvolvimento de ciências de engenharia genética que se debruçaram sobre a molécula de DNA, para ao desvendá-la conseguir manipulá-la atendendo a diversas finalidades (SANT'ANNA, 2001). Dessa forma, a engenharia genética tornou-se alvo de controvérsias: se de um lado sua importância faz-se sentir em diversos setores que se beneficiaram das pesquisas proporcionadas pelo conhecimento genético, de outro conferiu ao biólogo uma nova dimensão de poder que permite aviltar e servilizar o corpo humano (JACOB, 1998)

Para incrementar a controvérsia, em 1984 o pesquisador britânico Alec Jeffreys descreve a existência de regiões hipervariáveis no DNA e de um método que permitiria analisar amostras diminutas de DNA, expandindo assim o campo de aplicação do objeto de seu estudo para as ciências forenses e criminais:

²Ácido desoxirribonucleico

Em meados da década de oitenta do século XX, Jeffreys e outros revelaram que há certas regiões de minissatélites do genoma humana que produzem impressões digitais do DNA e o seu estudo possibilita obter informações sobre a individualidade humana e as diferenças que existem de uma pessoa para a outra. Esta constatação científica provocou uma mudança total na criminalística biológica, pois o estudo do polimorfismo do DNA substituiu rapidamente as análises de outros marcadores genéticos (análises sorológicas dos polimorfismos de proteínas e grupos sanguíneos), até então considerados de fundamental importância na genética forense. Desta forma, sendo uma macromolécula encontrada em células nucleadas, é possível estudar o DNA mediante a análise de quaisquer amostras de substâncias orgânicas que contenham material genético tais como: sangue, sêmen, músculo, osso, dente, pelo (SOUZA, 2007, p. 120).

Nesse contexto, o DNA não apenas serviria como instrumento de identificação individual, mas também permitiria a identificação criminal, vindo ao encontro das exigências da sociedade do risco, cujas bases já se encontravam assentadas, ao retirar da revolução tecnológica os próprios mecanismos para combater os crimes que assolam a sociedade pós-moderna. Sobre o uso do DNA como instrumento de identificação criminal, destaca-se Roberto José Medeiros (2009, p. 13):

O alto poder discriminatório do DNA é empregado para identificação positiva destinada à inclusão de indivíduos. A sorologia tradicional que só pode ser realizada em sangue foi aos poucos sendo substituída pelo exame de DNA, que pode utilizar ínfimas quantidades de qualquer material biológico. Os avanços dos estudos do DNA introduziram moderna ferramenta para a identificação humana à análise de RFLP (restriction fragment length polymorphism), apresentando excelente resultado individualizador. Com a descoberta do DNA genômico de sequências hipervariáveis, VNTRs (variable number tandem repeats) e posteriormente em unidades menores de repetição STRs (short tandem repeats), possibilitou melhores resultados na amplificação de fragmentos de DNA presentes em materiais degradados ou escassos.

Um STR é um pequeno fragmento de DNA que se repete num determinado espaço físico (que na genética recebe o nome de *loci*) em um dado perfil genético. Em geral, um STR se multiplica de forma variável, porém finita nesse locus, entretanto, dois indivíduos distintos apresentam números de repetições diferentes nesses *locis*, o que acarreta em perfis diferentes de STRs. Em linhas gerais, ainda que seja possível dois indivíduos não biologicamente relacionados apresentarem o mesmo número de STR's em um dado loci, as chances dessas coincidências genéticas aparecerem diminuem a medida em que se comparam mais *locis* (PRAINSACK; TOOM, 2010). Dessa forma, fazer a comparação de perfis genéticos para obter um “*match*”, ou “*hit*” - termos utilizados pela perícia forense para denominar a coincidência de perfis genéticos comparados – envolve um cálculo de probabilidades que pode ser mais ou menos acurado na medida em que a bases de

comparações se fundamentarem em mais ou menos *locis* a serem comparados.

Diversos são os ganhos oriundos da aplicação das modernas técnicas de análise de material genético e variadas são as vantagens apontadas para os defensores da aplicabilidade de uma genética forense como mecanismo de solução de crimes. Norma Bonaccorso (2005) elenca algumas delas:

- a) possibilidade de utilização de qualquer material ou vestígio biológico encontrado. Enquanto o exame sorológico completo só poderia ser realizado com uma amostra de sangue, para os estudos de DNA servem pequenas quantidades de sangue, urina, saliva, sêmen, cabelos ou qualquer outro fluido biológico;
- b) o potencial discriminatório do material genético contido no DNA. A identificação por meio de material contido no DNA permite chegar a um resultado sensivelmente mais preciso do que os de quaisquer outros similares conhecidos;
- c) a sensibilidade do exame de DNA que através da utilização da técnica de PCR³ permite ampliar as amostras recolhidas e obter resultados a partir de resíduos bem menores do que os necessários nos exames tradicionais;
- d) a resistência do DNA aos fatores ambientais, tornando-o relativamente resistente às tentativas de destruição do material genético, o que por si só o diferencia das proteínas, lipídios e carboidratos. Dessa forma, o vestígio de DNA esquecido resiste de forma mais eficaz a um eventual atentado sobre a sua integridade e também resiste ao fator tempo, ainda que se encontre exposto ao meio ambiente. Por suportar o decurso do tempo sem desnaturar, a descoberta do DNA permitiu não só identificar autorias de crimes atuais, mas também a atuar nos *cold cases* (casos frios)⁴;
- e) possibilidade de separar o DNA de célula espermática de qualquer outro, superando um antigo problema na elucidação dos crimes sexuais, qual seja a frequente mistura do sêmen com outros fluidos corporais, resultando em uma mistura que a maioria dos métodos não consegue individualizar.

Vale ressaltar que a identificação por meio de material genético não repercutiu juridicamente apenas na identificação criminal. Seu valor foi inestimável para a promoção da dignidade da pessoa humana, ao possibilitar uma forma mais segura de investigação judicial

³ polymerase chain reaction, para o Conselho Nacional de Pesquisa (1999, p. 55) “trata-se de um processo, in vitro, que produz milhões de cópias de um segmento de DNA por meio de ciclos repetidos de uma reação que envolve a enzima polimerase”

⁴ expressão amplamente utilizada para tratar de crimes antigos, geralmente arquivados sem identificação de autoria

de paternidade (ou em alguns casos, de maternidade). Além disso, cabe ao DNA o difícil papel de auxiliar os peritos na identificação de vítimas de desastres, assim como possibilita a identificação de crianças desaparecidas ainda que suas características físicas tenham sofrido transformações drásticas pela passagem do tempo.

Falar do apoderamento da tecnologia genética pelo Direito Penal, é falar da possibilidade de associarem-se duas ciências com objetos de estudo e aparatos metodológicos sensivelmente distintos, como Direito e Biologia, o que se torna realidade em um contexto de Direito Penal pós-moderno. Trouxe a sociedade do risco a transformação de conhecimento e técnica, ela trouxe também para além das vantagens questionamentos que devem ser respondidos ou, pelo menos, compreendidos pela dogmática jurídica. Ao mesmo tempo em que a Ciência Criminal se apodera da tecnologia de análise genética para imbuir-se de mais eficiência, precisa delimitar seus próprios limites de atuação, para que os riscos sejam diminuídos sem que nos conduza à submissão desenfreada em relação ao biopoder. A esse respeito, Roberto José Medeiros (2009, p.100):

As inúmeras possibilidades abertas pelo avanço biotecnológico na área de engenharia genética exigem um novo tratamento jurídico- penal. A delimitação surge com a constatação de possibilidades cada vez maiores de serem atingidos valores sociais fundamentais. A manipulação dos seres humanos atinge vida, dignidade e patrimônio genético da humanidade. Esta evidencia justifica urgência na abordagem jurídico-penal. Este assunto deve ser analisado tendo como parâmetro a bioética em seus princípios fundamentais e em sua necessária comunicação com o Direito.

Após as descobertas de Jeffreys, a tipagem do DNA pôde sair do campo teórico e experimental para a prática forense. A tipagem molecular de material genético foi utilizada oficialmente pela primeira vez, em 1985, para a solução de conflito relacionado à área de direito de imigração. Jeffreys, no ano seguinte também empregou a técnica de tipagem do material genético para identificar o autor de um crime bárbaro e infame em que duas vítimas foram estupradas e posteriormente assassinadas, em um caso que ficou conhecido como Enderby (Queen v. Pitchfork) (BONACCORSO, 2005). Nos Estados Unidos a tipagem do DNA foi utilizada pela primeira vez ainda no fim de 1986, mas de forma privada e por laboratórios comerciais. De forma oficial sua primeira utilização remonta ao ano de 1988 pelo FBI (federal bureau of investigation) (CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA, 1999)

Para fins de investigação e identificação criminal, o simples domínio das técnicas de extração do material genético a partir dos vestígios encontrados nas cenas dos crimes é insuficiente. É preciso estabelecer uma comparação que culmine em uma identificação,

podendo esse processo ser feito de forma direta, isto é, comparando diretamente os vestígios oriundos da existência de algum crime com o material obtido do suspeito. Entretanto, nem sempre o confronto direto é possível, em muitos casos cabe ao DNA encontrado na cena do crime justamente o papel de sugerir suspeitos. Nesse sentido faz-se necessária a instalação dos chamados bancos de dados genéticos nos quais se armazenam as informações necessárias para que se faça uma busca:

Os bancos de DNA ou biobancos podem ser definidos como grandes coleções de material genético (amostras de DNA, células, tecidos, tumores ou órgãos) associados a dados de diversas naturezas (genéticos, médicos, biológicos, familiares, socioambientais). Já as bases de dados genéticos referem-se aos elementos genéticos já sequenciados e digitalizados (SCHIOCCHET et al, 2012, p. 33).

É como se existissem dois bancos interdependentes, porém distintos: um que cuide de armazenar amostras obtidas de cenas de crimes, ou das vítimas ou quaisquer vestígios associados a existência de um crime; o outro contendo os perfis genéticos obtidos de indivíduos que fornecem seu material genético, voluntariamente ou não, para servirem de parâmetro de comparação com o banco dos vestígios de crimes. Bonaccorso denomina a esses bancos de “amostras- questionadas” e “amostras- referências”:

Assim disposto, entende-se que a análise forense de DNA se presta, no núcleo principal de finalidade, a estabelecer a existência ou não de vínculos genéticos entre amostras- questionadas (vestígios de origem biológica desconhecida) e amostras-referências (retiradas de pessoas conhecidas), concluindo-se pela exclusão ou pela determinação de origem individual de cada vestígio, e, a partir desse ponto e mesmo coligado a outros meios de prova, eventualmente reconstruir parcial ou totalmente a dinâmica do ato infracional. (BONACCORSO, 2010, p. 54).

No âmbito da investigação criminal, a comparação de dados pode ir muito além do confronto direto e do confronto entre amostras-questionadas e amostras-referências. É possível cruzar essas informações de diversas formas, comparando amostras-questionadas com outras amostras-questionadas, para estabelecer um padrão criminal e delimitar o campo de investigação. Sobre essa dinâmica de funcionamento dos bancos de dados genéticos forenses, explicam Garcia e Alonso (2002, p. 35):

[...] chegam ao laboratório de análise forense do DNA as diversas amostras, sejam as de referência ou as coletadas em locais de crimes, ou de instrumentos de crimes, ou, ainda de corpos de vítimas. Depois de serem obtidos os respectivos perfis genéticos, faz-se a comparação deles com os perfis genéticos já armazenados nos bancos de dados, ou seja, são comparados com os perfis dos criminosos e/ou com os dados de perfis anônimos (vestígios que restaram sem identificação), com a finalidade de estabelecer possíveis coincidências de pessoas com vestígios de delitos

e/ou de vestígios com vestígios. Nesse modelo, o banco de dados de criminosos se encontra dissociado, armazenando-se separadamente os perfis genéticos das respectivas identidades desses perfis genéticos, em respeito ao já relatado princípio da dissociação de dados.

Outra forma de pesquisas de dados que já foi utilizado por alguns países a exemplo do Reino Unido é a busca familiar. Nessa forma de comparação de dados genéticos, não sendo obtida uma correspondência direta entre amostras-questionadas e amostras-referências, se estende a busca para encontrar uma correspondência genética familiar, ou seja, para encontrar alguém geneticamente vinculado ao dono das amostras biológicas depreendidas da atividade criminosa:

Pesquisa familiar é uma busca adicional deliberada, que se realiza em um banco de dados de DNA criminal após a realização de uma busca de rotina onde nenhum perfil – indivíduo específico – foi identificado, com finalidade de potencialmente apontar parentes biológicos próximos da pessoa que produziu o perfil desconhecido retirado de uma cena de crime. Esta pesquisa se baseia no fato de que parentes de primeira ordem – pai, irmão ou filhos – que compartilham informações genéticas, possuem um número maior de informações em comum do que indivíduos não aparentados. (SANTANA, ABDALLA FILHO, 2012, p. 35)

A legitimidade das provas obtidas por meio do acesso aos bancos de dados genéticos no campo da persecução penal, depende da adequação dos mecanismos utilizados com o ordenamento jurídico vigente. Para tanto, a criação dos bancos de dados genéticos não pode surgir despreendida de amarras jurídicas e de limitações. Informações genéticas, para além do valor probatório, correspondem a dados privados e íntimos que podem revelar informações sensíveis sobre os seus donos, sendo necessária a devida regulamentação no processo de instalação desses bancos de dados, para que não lesem aos direitos e garantias individuais das pessoas afetadas. Assim se posiciona Caridad Hernández García (2013, p. 168):

Por esta razón, los poderes públicos tienen lá obligación de fijar unos limites formales avalados por los principios constitucionales que informan en proceso penal de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, de vertebrar un marco jurídico adecuado estableciendo mecanismos de control que valen por la calidad científica y técnica de las pruebas y garantisse la seguridad y protección de los derechos de los ciudadanos.

Em relação aos critérios e forma de constituição dos bancos de dados e perfis genéticos, há doutrinadores que entendem que o DNA constitui apenas mais um mecanismo de identificação pessoal, de natureza similar à impressão digital, de forma que não existem óbices para a criação de um banco de dados a partir de toda a população. Por mais que essa

corrente seja defendida pelos mais rigorosos e ferrenhos defensores da política do “*Law and Order*”, o DNA vai muito além de uma carteira genética de identidade, sendo possível extrair a partir dele dados que extrapolam a simples identificação e extrapolam até mesmo a pessoa individualmente considerada.

Outros doutrinadores, ainda rigorosos do ponto de vista punitivista, defendem que todo e qualquer criminoso deve ter seus dados incluídos no banco, como forma de redução criminal através do combate à reincidência.

A primeira legislação a permitir a coleta e armazenamento do material genético dos condenados foi a do estado americano da Virgínia em 1989 (BONACCORSO, 2010). A partir daí, incrementaram-se em solo americano a discussão e os investimentos relativos à instalação de bancos de dados que armazenassem esses perfis genéticos. Em 1990 foi lançado o *software* piloto do que hoje constitui o CODIS⁵. Já no ano seguinte pelo menos 15 outros estados americanos já haviam adequado seu ordenamento jurídico para permitirem a instalação dos bancos de dados genéticos. Em 1994, uma Lei federal autorizou o FBI a implementar o uso efetivo do CODIS, regulamentando e padronizando as normas sobre análise de perfis genéticos em nível nacional. Dessa forma, O CODIS nos dias atuais é o maior banco de dados nacional, contendo o DNA de todas as pessoas acusadas e condenadas por práticas criminosas, sendo restringida a retirada das informações já armazenadas aos casos de anulação de condenação ou trânsito em julgado de absolvição (BIEBER, 2006):

- a) em relação aos bancos de dados ou perfis genéticos para fins de persecução criminal, em nível nacional, o primeiro país a regulamentar a instalar um banco com essa finalidade foi o Reino Unido, em 1995. Até o ano de 2006, o banco britânico contava com mais de 3.000.000 (três milhões) de perfis armazenados. Após diversas alterações legislativas operadas durante o governo do ex-primeiro ministro Tony Blair, a partir daí, tornou-se legal segundo o ordenamento jurídico britânico coletar material genético de qualquer indivíduo submetido à custódia policial por suposto envolvimento em alguma ofensa que ensejasse arquivamento e abertura de inquérito. As normas editadas no Reino Unido sobre a coleta e armazenamento de material genético estabelecem;
- b) amostras não invasivas (tais como coleta de saliva ou cabelos) podem ser retiradas coercitivamente de qualquer indivíduo preso ou detido em alguma delegacia por ato que constitua crime (ainda que a autoria seja mera suspeita), independente da

⁵Combined Dna Index

- relevância da amostra para a investigação do crime que ensejou o custodiamento;
- c) as amostras e perfis genéticos podem ser mantidas nos bancos de dados britânicos para futuras comparações ainda que a pessoa que a forneceu seja inocentada ou não processada;
 - d) as amostras ou perfis coletados só podem ser utilizados para fins de prevenção , investigação e punição criminal, ou para identificação cadavérica ou de partes do corpo;
 - e) a coleta de material pode ser obtida por doação voluntária mediante consentimento escrito que se torna irrevogável.

Dentre os países confrontados nesta pesquisa, a legislação britânica acerca da utilização dos dados genéticos como provas no curso da investigação e processo penal, e, por conseguinte, a dos países que a acompanha, à exemplo de Escócia e País de Gales são as mais restritivas ante a perspectiva dos direitos inerentes ao cidadão.

No âmbito da União Europeia é longa e contínua a discussão jurídica e política acerca da viabilidade da instalação de bancos de dados genéticos para fins de investigação criminal, surgindo a partir daí algumas iniciativas adotadas a partir de diferentes modalidades de convênios, declarações ou recomendações, que embora de forma incipiente e genérica trouxeram diretrizes e pressupostos de atuação afim de fixar limites. Nesse sentido, é de particular relevância a Recomendação N° R (92), de 1992 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, estabelecendo critérios e limites para que a atuação da Justiça Penal não olvide às garantias processuais e permita a manutenção da paridade de armas e do contraditório. Dessa forma, as primeiras disposições dos ordenamentos jurídicos europeus procuravam se adequar às garantias e precauções contidas na recomendação, entretanto, essas mesmas garantias têm se dissolvido continuamente em nome do processo de expansão do Direito Penal que vivenciamos. (GURIDI, 2013).

Em 2005 foi aprovada a Convenção de Prum (cujo nome advém da cidade que sediou o encontro que deu origem ao tratado) sendo incorporada ao sistema jurídico comunitário em 2008. Foi firmada por sete países europeus (França, Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Holanda e Luxemburgo), sendo posteriormente assinada por mais oito países, com a finalidade de combater dois dos principais inimigos atribuídos do discurso do medo típico da sociedade do risco: imigração ilegal e terrorismo. Supostamente como instrumento necessário para atender a essas finalidades de política criminal internacional, o acordo previu a criação de bancos de dados genéticos nacionais e a cooperação entre os signatários, para permitir a comparação de dados, prevenindo a criminalidade transfronteiriça e ampliando os parâmetros

de comparação (PRAINSACK; TOOM, 2010).

Um dos catalizadores que viabilizou o tratado de Prum foi o esforço coletivo dos peritos forenses nacionais dos países signatários, no sentido de estabelecer uma padronização da utilização forense do DNA. Nesse sentido, destaca-se o trabalho da INTERPOL que trabalhou no sentido de padronizar, não apenas os bancos de armazenamento, mas os critérios de comparação de *locis* e STR's. Entretanto, Prainsack e Toom explicitam que, mesmo os signatários de Prum, estão limitados pela suas respectivas legislações internas:

That Prum countries exchange DNA profiles on a so-called hit/no hit basis means that the automatic exchange results only in a 'yes' or 'no' answer regarding the presence of a match with another profile, without disclosing any nominal data about the matching profile's originator. If the system notifies the authorities of a 'match', then—after cross-checking the identity of the profile's originator with the help of biometric or dactylo-scopic (fingerprint) data—all further measures that lead to the potential arrest of the suspect are carried out on a bilateral basis. For example, when a full 'match' between a subject profile and a crime scene profile has been found in the Dutch and German databases (e.g. when DNA related to a homicide in the Netherlands matches a subject profile in the German DNA database), Dutch authorities contact the German National Contact Point and request nominal data of the subject profile with which a match was found (PRAINSACK; TOOM, 2010, p.1123).

Portanto, a troca de perfis genéticos entre os países signatários de Prum, de imediato, enseja apenas uma resposta afirmativa ou negativa acerca da existência de um perfil dentro da base de dados que seja uma combinação genética com o perfil utilizado como amostra, sem ensejar de imediato o fornecimento do nome ou qualquer outra informação pessoal do fornecedor do perfil combinante. Em caso de resposta positiva, o nome e a correta identificação pode vir a ser solicitado, mas o fornecimento dessas informações deve-se dar de acordo com cada ordenamento jurídico e em uma relação de cooperação mútua e não de subordinação absoluta.

Em Portugal a criação dos bancos de perfis genéticos para fins de identificação civil e criminal foi aprovada por uma Lei de 2008, estabelecendo os princípios de criação e manutenção desses bancos e fixando as formas de coleta e manuseamento de dados. O artigo 15º da referida Lei delimita a existência de seis ficheiros que constituem a base do banco de dados:

ficheiros de voluntários: informação de indivíduos que façam o pedido, por escrito, às entidades competentes, para que lhe seja recolhida amostras-problema para inserção de perfil na base de dados;
 ficheiro de amostras-problema para identificação civil: informação proveniente de amostras em cadáver, em coisa ou local onde se proceda a recolhas com finalidades de investigação civil;
 ficheiro amostras-referencia: informação de amostras de pessoas desaparecidas ou de seus parentes;

ficheiros amostras- problema para identificação criminal: informação de amostras em cadáver, em parte de cadáver em coisa ou local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal.

Ficheiro de profissionais: informação relativa a amostras de profissionais que procedam à recolha e análise de amostras (por exemplo, profissionais que vão à cena de crime e profissionais de laboratório)

Ficheiro de condenados: informação retirada de amostras colhida em indivíduo condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, mediante despacho do juiz e após trânsito em julgado (MACHADO, 2013, p.183-184).

Prevê a legislação portuguesa a necessidade consentimento livre e informado, colocando o juiz como figura central na instalação da base de dados portuguesa, cabendo a ele decidir questões que se acredita deveriam estar delimitadas por Lei, assim como se questiona a identificação das amostras colhidas, que dentre outras informações, é acompanhada pela indicação do grupo étnico a qual pertence o indivíduo cujos dados são apreendidos (MACHADO, 2013). A falta de delimitação do papel do juiz e a identificação étnica do acusado pode conduzir a uma segregação ainda maior das minorias em Portugal.

Foi a Espanha o primeiro país a implantar um programa oficial do governo para identificação de restos mortais não identificados pelos métodos tradicionais. Para essa finalidade, ainda em 1999, criaram um banco de dados para armazenar perfis genéticos dos familiares próximos de pessoas desaparecidas, estabelecendo parâmetros para comparação futura com amostras eventualmente encontradas. No ordenamento jurídico espanhol, na última década, o legislador tem procurado diminuir as lacunas ainda existentes atinentes à intervenção corporal e à prova penal. Nesse sentido, destaca-se inicialmente a Lei 16/2007, que trata da investigação biométrica, solucionando ambiguidades conceituais e estabelecendo princípios próprios de obrigatoria observância, como a acessibilidade, equidade gratuidade, proteção de dados e consentimento dentro do contexto da utilização do DNA. Por outro lado, também em 2007, surge no ordenamento espanhol a Lei 10/2007 que tratou especificamente do uso de dados genéticos no âmbito da investigação policial e judicial (RUIZ, 2013). Luis Aguilera Ruiz (2013, p. 42), com propriedade, explicita as especificidades da proteção jurídica espanhola diante da criação de bancos de dados genéticos:

- a) objeto do banco: dados que se podem inscrever na base policial identificadores de DNA que proporcionam, exclusivamente, informação genética que revele a identidade da pessoa e seu sexo;
- b) finalidade do banco: investigação e averiguação de delitos; identificação de restos cadavéricos; localização ou busca de pessoas desaparecidas;

- c) delitos que justificam a coleta de dados: os que afetam a vida, liberdade, integridade, dignidade sexual das pessoas; os delitos contra o patrimônio cometidos com violência ou grave ameaça (violência contra a coisa ou contra a pessoa); crime organizado;
- d) forma de consentimento: nesse ponto a legislação espanhola é ambígua, porque no artigo 3.1 exclui a necessidade do consentimento, ao passo que depois menciona a possibilidade de se coletar os dados mediante consentimento expresso;
- e) direitos dos afetados: ainda que se considere dispensado o consentimento, a lei estabelece a obrigatoriedade de informar por escrito os direitos que assistem aos afetados em relação aos seus dados genéticos;
- f) regime de uso e cessão dos dados: se limita às unidades de Polícia Judicial, assim como as autoridades jurídicas e policiais no curso da investigação de delitos ou desaparecimento de pessoas, a cessão de dados para outras autoridades se faz possível em casos específicos;
- g) prazo de conservação dos dados: a norma estabelece prazos, sendo o principal o prazo de prescrição do delito, para o condenado ou para o que foi absolvido diante de alguma causa excludente de culpabilidade, assim como ao investigado que não chega a ser processado, devendo os dados também serem descartados imediatamente em caso de sentença absolutória ou em caso de falecimento do imputado.

A breve análise do apoderamento da tecnologia do DNA pelos ordenamentos jurídicos do Direito comparado conduz a concluir, por hora, que a expansão da criação de bancos de dados genéticos por partes de diferentes Estados acompanhou o processo de evolução das tecnologias que servem à perícia técnica, mas acompanhou também o processo de expansão do Direito Penal. Um dos principais paradigmas da sociedade do risco é a busca pela certeza, pelas provas infalíveis e pelo fim daquilo que vulgarmente chamamos de “crimes perfeitos”.

Diversos são os países que já constituíram seus bancos, saindo, inclusive, do eixo América do Norte – Europa, cada um deles estabelecendo suas próprias diretrizes de acordo com sua política criminal, diferenciando-se principalmente por dois aspectos: quem serão os indivíduos alcançados pela coleta coercitiva de dados genéticos e qual será o tempo de armazenamento destes. O ponto em comum entre os países citados, ou não, nesta pesquisa, é que todos implementaram modificações em seus ordenamentos jurídicos para permitir a instalação dos bancos de perfis genéticos com a menor lesividade possível aos direitos e garantias individuais de seus cidadãos.

A América Latina, como esperado, não ficou alheia ao fenômeno de expansão do Direito Penal e tem incorporado à sua política criminal às inovações produzidas pela revolução tecno científica vivenciada pela sociedade contemporânea, dessa forma, também os ordenamentos jurídicos e as decisões judiciais do Brasil e seus vizinhos geopoliticamente considerados, gradativamente, se apoderam da tecnologia do DNA, suscitando o debate da comunidade jurídica e o enfrentamento de questões relevantes. Nesse contexto, a Lei 12.654 (BRASIL, 2012) que regulamenta, no Brasil, a coleta de dados genéticos para fins de investigação e identificação criminal, suscita um enfrentamento que permita superar as categorias jurídicas clássicas e paradigmas ultrapassados, sem perder de mente que o Direito Penal, assim como qualquer Lei que o acompanha, deve ser instrumento de proteção do cidadão e não um simples mecanismo de acusação e imputação.

3.2 A Lei 12.654: A instalação dos bancos de dados genéticos para fins criminais no Brasil

Por muito tempo, no Brasil, a utilização dos dados genéticos, para fins de investigação criminal, se restringia aos casos fechados, ou seja, as amostras colhidas da cena do crime eram confrontadas diretamente com a amostra fornecida pelo suspeito. Entretanto, esse fornecimento de material genético por parte do investigado deveria ser voluntário, livre e esclarecido para gozar de valor probatório. Todavia, o discurso do medo e a sensação de insegurança generalizada que assola o imaginário popular brasileiro, incrementou a cobrança para a adoção mais intensa da utilização do DNA, para fins de redução da criminalidade. Popularmente, pode-se falar em um “*CSI effect*”⁶ (PRAINSACK; TOOM, 2010) em que a sociedade atemorizada pelo discurso midiático que descreve uma violência descontrolada encontra na perícia criminal apresentada pelos filmes e programas de televisão norte americanos e europeus a solução cabal para debelar a criminalidade.

No Brasil, assimilar a cultura glorificada pelo cinema e televisão de outros países tem ultrapassado o plano cultural e refletido no nosso ordenamento jurídico. É comum se buscar soluções jurídicas nos ordenamentos jurídicos e mecanismos de controle criminal de países historicamente diferentes e que estão em graus mais elevados de desenvolvimento técnico, em mais um exemplo de efeito interdisciplinar da globalização. Sobre isso, expõe o relatório final

⁶ CSI- Crime, Scene and Investigation, série de televisão norte Americana de considerável audiência que trata da investigação criminal do ponto de vista de um laboratório de perícia criminal fictício. A série alcançou tal nível de audiência que gerou três outras series a se passarem em cidades diferentes dos Estados Unidos.

do Projeto Pensando o Direito, promovido a pedido do Ministério da Justiça em que se pesquisou a instalação de bancos de dados genéticos para fins de investigação criminal no Brasil:

De fato, vive-se num país cujo acesso às biotecnologias de ponta em centros de excelência dissemina rapidamente essas novas tecnologias, sob a forma de produtos no mercado; ao mesmo tempo em que possui um enorme déficit social no que se refere ao acesso universal aos serviços básicos (educação, saúde, segurança, lazer). Diante disso, é inegável que o desenvolvimento tecnocientífico afeta de maneira peculiar o país, onde é possível perceber uma tendência em assimilar, cada vez mais, as soluções jurídicas elaboradas no plano internacional e de países desenvolvidos tecnologicamente. Para tanto, porém, é preciso harmonizar tais referências externas às experiências, dificuldades e características da realidade brasileira (SCHIOCCHET et. al., 2012, p. 5)

Segundo Heleno Cláudio Fragoso (1993), a finalidade da política criminal é a busca e implemento dos meios mais adequados para o controle da criminalidade, inclusive, através de uma análise crítica dos meios punitivos vigentes. Para tanto, a política criminal e o Direito Penal de um país não devem ficar alheios ao processo de globalização e às inovações produzidas pelas experiências normativas e tecnológicas de outros países, mas devem ser adequadas e ponderadas levando em conta as nuances próprias, os dados empíricos e reais, as limitações constitucionais.

Segundo Miotto (1992, apud SCHIOCCHET, 2012), desde a proclamação da República, o Brasil se inspira no modelo jurídico norte-americano. Naquela ocasião, para suprir o descompasso contextual jurídico que enfrentava, criou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, estabelecendo um comportamento que parece ter acompanhado o sentimento jurídico brasileiro nos séculos seguintes: a tendência do Brasil a querer atingir juridicamente um estágio de desenvolvimento que ainda não alcançou em outros segmentos de suma importância. Ao procurar também se apropriar da tecnologia genética a serviço de sua política criminal, o Brasil não deve olvidar suas particularidades e limitações, não apenas no campo jurídico. Nos dizeres de Taysa Schiocchet (2012, p. 5):

No Brasil e na América Latina, em geral, torna-se imprescindível que a análise sobre os reflexos da conjunção entre direito, tecnociência e genética seja realizada levando em consideração o perfil de uma sociedade que está em desenvolvimento e que é fortemente marcada pela diversidade étnica e cultural. É preciso ter em mente que o problema de alguns países latino-americanos como o Brasil e o fato de ainda estarem em desenvolvimento não é a pobreza, mas a má distribuição das riquezas. É preciso lembrar que o Brasil não é apenas uma potência econômica, mas é também fonte de recursos naturais valiosos e cada vez mais cobiçados. É preciso lembrar que a diversidade brasileira não é apenas genética, é étnica e também cultural. É preciso lembrar que o país é referência tecnológica em diversas áreas. Enfim, é preciso lembrar que a reflexão teórica deve estar cravada nessa realidade da sociedade

brasileira.

Na realidade brasileira, a utilização do DNA na perícia forense estabelece seus primeiros passos em 1994 com a implantação da Divisão de Pesquisa de DNA Forense (DPDNA), órgão vinculado à Polícia Civil do Distrito Federal. Inicialmente, o trabalho realizado por esse laboratório pioneiro se deu de forma bastante incipiente, diante da carência estrutural e profissional que ainda assolava a perícia criminal brasileira. Além da inexistência de sede própria, contava com a escassez de profissionais devidamente capacitados, de forma que a capacitação dos funcionários se deu por meio de cursos ministrados nos Estados Unidos, pelo FBI. Nesse contexto, a utilização do DNA pelo Direito Penal ainda era limitada, concentrando-se, na maioria das vezes, na identificação de vítimas do regime militar, em ações de investigação de paternidade, e, em alguns casos menos expressivos, na investigação de homicídios. (ALMEIDA NETO, 2008)

A partir da experiência no Distrito Federal, novos laboratórios em outros estados na federação foram criados e foram surgindo projetos legislativos que visavam regulamentar o funcionamento dos bancos já existentes, assim como ampliar a utilização do DNA no âmbito de investigação criminal. Com esse propósito, destacam-se os projetos de leis 417 e 1041, ambos do ano de 2003.

O projeto de Lei nº 403/2003 foi proposto pelo deputado Wasny de Roure e propunha a alteração do artigo 1º da Lei nº 10.054 de 7 de dezembro de 2000, acrescentando a seguinte disposição:

Art. 1º O preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor gravidade (art. 61, caput e parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), assim como aqueles contra os quais tenha sido expedido mandado de prisão judicial, desde que não identificados civilmente, serão submetidos à identificação criminal, inclusive pelo processo datiloscópico, fotográfico e de DNA (BRASIL, 2000)⁷.

Ainda em 2003, a deputada federal Zelinda Novaes elabora o projeto de Lei nº 1041/2003, que dispunha sobre a coleta obrigatória de material genético para realização de exame de DNA nos crimes contra a liberdade sexual que deixassem vestígios. Estabeleciam os cinco primeiros artigos do referido projeto de Lei:

Art. 1º - Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre os crimes contra a liberdade sexual.

⁷Arquivado e desarquivado em diversas ocasiões, o Projeto de Lei nº 473/2003 foi considerado prejudicado em face da aprovação do PL 2.458/2011.

Art. 2º - Em qualquer fase da persecução criminal, inclusive no flagrante delito, é obrigatório, além das formas já previstas na lei, a coleta de material adequado e sua remessa imediata para confecção de exame de ácido desoxirribonucléico - DNA, nos crimes que deixem vestígios.

Parágrafo único - Os peritos registrarão no laudo a natureza e eficiência dos instrumentos utilizados, bem como todos os dados que possam esclarecer a verdade e a autoria delitiva.

Art. 3º - Os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate aos crimes contra a liberdade sexual e com habilitação técnica relacionada à natureza do exame de DNA.

Art. 4º - Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Penal. (BRASIL [1041/2003], 2003)⁸.

Nos anos seguintes, o Brasil investiu no aparelhamento técnico, pessoal e jurídico de suas estruturas relacionadas ao enfrentamento ao crime através da perícia genética. Com esse objetivo foi criada, em 2004, mediante cooperação entre SENASP, Polícia Federal e Secretarias de Segurança Públicas, a Rede Nacional de Genética Forense (RENAGENF), que em 2006 publica a “Padronizações de Exames de DNA em Perícias de DNA Criminais”, com a finalidade de padronizar as regras referentes à coleta, processamento, análise e armazenamento de material genético, delimitando critérios e parâmetros científicos norteadores da perícia forense genética brasileira.

Foi no ano de 2009 que o Brasil deu um importante passo no sentido de concretizar as crescentes pretensões de instalar um banco de perfis genéticos próprios. Segundo relatório do Departamento de Polícia Federal, apresentado durante conferência de temática relativa ao processo de instalação de um banco de dados genético nacional, nesse ano o *software* CODIS foi adquirido do governo norte americano mediante a assinatura de Termo de Compromisso com o FBI, tendo sua pioneira utilização em solo brasileiro, por ocasião da necessidade de identificação das vítimas do acidente da Air France. No ano seguinte, vinte (20) peritos brasileiros foram treinados em Brasília por especialistas do FBI que também efetivaram a instalação dos servidores em quinze estados brasileiros permitindo que se iniciasse o intercâmbio das informações contidas nos bancos inseridos (ALMEIDA NETO, 2008).

Todavia, a existência de um aparato técnico que instale um banco de dados genéticos não produz impacto do ponto de vista do controle criminal se ausentes os dados que alimentam esses bancos e fornecem parâmetros de comparação. O fornecimento voluntário de material genético mostrou-se raro e inócuo o que fortaleceu o discurso pela necessidade de preenchimento da lacuna legislativa que não previa ou tolerava a possibilidade de fornecimento coercitivo de material genético. A sociedade brasileira, consumida pela sensação de insegurança que caracteriza a sociedade do risco, já se sentia desamparada.

⁸O Projeto de Lei nº 1041/2003 foi arquivado no ano de 2007, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno.

Instalou-se no imaginário popular a impressão de que a limitação da utilização de uma tecnologia tão amplamente utilizada e cientificamente abalizada nos expunha a ainda mais riscos, aumentando a vulnerabilidade do Brasil na “luta contra o crime”. Nesse diapasão, ainda no ano de 2011 o senador piauiense Ciro Nogueira apresenta o Projeto de Lei nº 93.

Segundo o teor da ementa do referido projeto, o Senador propunha a identificação genética para os condenados por crime praticado contra a pessoa ou àqueles contidos no rol de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90). O projeto tramitou na Comissão de Constituição e Justiça, onde foi emendado e renumerado como o Projeto de Lei nº 2458/2011 e após tramitar na Câmara dos Deputados e Senado Federal foi sancionado e publicado, constituindo assim a Lei ordinária nº 12.654 (BRASIL, 2012), primeiro instrumento normativo brasileiro a efetivar a utilização do DNA, para fins de persecução criminal.

A Lei 12.654/2012 é constituída por apenas quatro artigos que alteram as Leis de Execução Penal (LEP) e a Lei de identificação criminal, permitindo a coleta dos dados genéticos dos condenados nos casos previstos em Lei e o armazenamento desses dados em um banco nacional. Mesmo após a publicação da Lei e o decurso de seu *vacatio legis*, lacunas restaram em aberto sobre a regulamentação do banco de dados genéticos brasileiros, pois ainda que a Lei 12.654/2012 autorizasse a coleta e armazenamento de dados genéticos, não estabeleceu os parâmetros em que esses seriam realizados pelo Poder Público, sendo preciso um decreto executivo posterior para esses fins, conforme a disposição do artigo 7º B da referida Lei, acima transcrito. Nesse sentido, em 12 de março de 2013, foi publicado o decreto presidencial nº 7.950, instituindo o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.⁹

Partindo do conteúdo da Lei 12.654 e do decreto que a regulamenta, é possível estabelecer os termos e parâmetros que o ordenamento jurídico brasileiro delimitou para uso do DNA como instrumento a serviço da investigação criminal. Diante dessa análise, surgem conclusões e dúvidas apontadas e debatidas pela doutrina. Destacam-se algumas:

- a) quem serão os sujeitos afetados? A alteração da Lei de Execução Penal da Lei de identificação criminal prevê duas possibilidades distintas: inicialmente a coleta compulsória dos indivíduos condenados pela prática de crime doloso de grave violência contra a pessoa e dos condenados pela prática de crimes previstos como hediondos. Controvérsia maior, surge a partir de uma redação ambígua que sugere a possibilidade de coleta do material genético dos suspeitos mediante autorização

⁹ O inteiro teor da Lei 12.654/2012 e do decreto presidencial nº 7.950 estão nos anexos I e II ao final do trabalho.

judicial requerida pela autoridade policial ou Ministério Público. Ambígua, pois a Lei 12.654/2012, nesse ponto alterou a Lei de Identificação Criminal do civilmente identificado, e não o Código de Processo Penal. É no CPP que constam os expedientes utilizados no âmbito da investigação criminal, assim como as provas admitidas no processo penal brasileiro;

- b) o lapso temporal de armazenamento do material não é indefinido como o do banco do Reino Unido, devendo o período máximo de armazenamento ser o correspondente ao do prazo prescricional do delito, podendo ser inferior a esse caso o juiz assim entenda;
- c) os bancos de dados serão sigilosos e as informações lá armazenadas devem respeitar a intimidade das pessoas, revelando apenas seu gênero e identidade, sem previsão de conter informações que atinjam qualquer esfera mais privada e íntima do indivíduo;
- d) conforme a leitura do art. 1º da Lei 12.654, o art. 5º da Lei no 12.037 sofre modificação afim de permitir o recurso à identificação genética, entretanto o verbo utilizado pelo legislador foi “poderá” o que conduz ao questionamento da coercibilidade e imperatividade desse mandamento;
- e) o art. 2º da Lei em análise prevê a responsabilização civil, administrativa e penal de quem eventualmente viole o sigilo das informações armazenados pelos bancos de dados genéticos. Entretanto, os termos dessa responsabilização não foram explicitados e, diante do princípio da legalidade penal, a responsabilização nessa área pressupõe a existência de uma conduta típica legalmente prevista;
- f) o art. 3º da Lei em estudo prevê que a coleta se dará mediante técnica adequada e indolor, entretanto o decreto supracitado não delimita quais técnicas são admitidas pelo Direito brasileiro. Os termos “adequado” e “indolor” estão longe de serem fechados e unânimes;
- g) o artigo 5º do Decreto executivo acima citado prevê que o Comitê gestor deve normatizar a padronização dos procedimentos e técnicas de coleta, assim como a criação de meios de confiabilidade que garantam o sigilo e a veracidade das informações, entretanto até o presente momento o Comitê coordenado por Guilherme Silveira Jacques aprovou apenas a Resolução nº 4, de 27 de março de 2014 que ainda está longe de esgotar as competências do comitê. Dessa forma, a efetiva aplicação da Lei 12.654/2012 parece depender do Comitê cumprir com suas atribuições para garantir a segurança dos envolvidos.

Diante das dúvidas suscitadas e da importância da matéria, causou estranhamento a celeridade de aprovação da Lei 12.654, e a falta de debate científico prévio sobre a mesma. Essa “pressa” legislativa pode ser justificada pelas próprias características da sociedade do risco em que as decisões não podem ser delegadas ao futuro diante da urgência e imprevisibilidade dos riscos. Protelar e delegar ao futuro era característica da modernidade e sua fé na razão humana, na pós-modernidade tudo é simultâneo e complexo, e o tempo da decisão deve ser o tempo presente afim de assegurar o futuro (GLOECKNER, 2009).

Ainda que a Lei 12.654/2012 tenha um objetivo finalista e não garantista, se a sua aprovação e aceitação baseou-se em um discurso voltado para a necessidade de mecanismos mais eficazes para reduzir a criminalidade no Brasil, sua legitimidade está atrelada à sua efetividade enquanto meio para este fim. Sobre o uso do DNA na elucidação de crimes, preceitua inicialmente Norma Bonaccorso que “a combinação dos avanços da informática com os da genética pode ser utilizada com grande eficiência no combate a certo tipo de criminalidade, quando consubstanciada em um banco de dados com perfis de DNA” (BONACCORSO, 2010, p.134). Entretanto, é mister assinalar Lorente Acosta (2002), que defende a realização de estudos prévios sobre a natureza da criminalidade do país que pretende legitimar o uso do DNA na elucidação criminal:

Antes de se lançar abruptamente na criação de banco de dados genéticos criminais, cada país, estrategicamente, deveria fazer um estudo prévio sobre seus índices de criminalidade nos últimos 10 ou 20 anos, bem como sobre as medidas postas ou a serem colocadas para seu controle ou diminuição. Só em seguida deve-se elaborar um projeto de lei adequado às necessidades reais apuradas, de forma a se construir um banco de dados que seja efetivamente operacional frente à realidade específica do país (BONACCORSO, 2002, p. 24).

Ou seja, não se trata de desmerecer e ignorar as potencialidades da utilização do DNA para fins criminais, mas reconhecer que uma lei dessa natureza para operar um significativo controle dos índices criminais deve incorporar dados concretos que inspirem uma produção normativa voltada para resultados concretos. Nesse contexto, esta pesquisa ingressará na abordagem de dados estatísticos acerca da realidade brasileira em relação à violência em alguns de seus aspectos.

A tabela abaixo traz dados fornecidos pelo Sistema de Informações de Mortalidade que relacionam os números brutos e percentuais dos homicídios ocorridos no Brasil de 1980 à 2010.

Tabela 1 – Nº e taxas de homicídios (em 100 mil). Brasil 1980/2010

ANO	HOMICÍDIOS	
	N	TAXAS
1980	13,910	11,7
1981	15,213	12,6
1982	15,550	12,6
1983	17,408	13,8
1984	19,767	15,3
1985	19,747	15,0
1986	20,481	15,3
1987	23,087	16,9
1988	23,357	16,8
1989	28,757	20,3
1990	31,989	22,2
1991	30,566	20,8
1992	28,387	19,1
1993	30,586	20,2
1994	32,603	21,2
1995	37,128	23,8
1996	38,894	24,8
1997	40,507	25,4
1998	41,950	25,9
1999	42,914	26,2
2000	45,360	26,7
2001	47,943	27,8
2002	49,695	28,5
2003	51,043	28,9
2004	48,374	27,0
2005	47,578	25,8
2006	49,145	26,3
2007	47,707	25,2
2008	50,113	26,4
2009	51,434	27,0
2010*	49,932	26,2
TOTAL	1,091,125	

Fonte: Waiselfisz, 2012.

Segundo informações do Sistema de Informações de Mortalidade (SIM), vinculado ao Ministério da Saúde, constantes na imagem acima, entre os anos de 1980 e 2010, houve um aumento de 259% nos números de homicídios no Brasil, o que equivaleria em média a um aumento de 4,4% ao ano. Entretanto, a análise desse dado dissociado de outros elementos pode conduzir a falsas premissas. Ao contrário do discurso diário de violência crescente e aumento incontrolável da violência propagado no discurso da mídia policial, o relatório revela que do ano de 2010 para o de 2009, houve uma diminuição nos números de homicídios (de 51.434 para 49.932). O relatório demonstra uma queda ainda maior das taxas de homicídio se considerar como parâmetros os anos de 2003 (em que ocorreram 21.043 homicídios dentro de uma população referencial numericamente bem inferior) e 2010, ou seja, não demonstra nem crescimento nem decréscimo linear nos números de homicídios captados (WAISELZFISZ, 2011).

Para além dos números considerados de forma bruta, é mister levar em consideração as transformações em número e organização populacional, além de que, de 1980 até os dias de hoje, ocorreu uma sensível melhoria nos instrumentos de captação dos dados relacionados à mortalidade, particularmente nas regiões mais interiorizadas

Ainda segundo o mapa da violência de 2012 realizado pelo Instituto SANGARI, dos 49.932 homicídios registrados pelo SIM em 2010, 45.617 pertenciam ao sexo masculino (91,4%) e 4.273 ao sexo feminino (8,6%) (WASELZFISZ, 2011). E, historicamente, essas proporções mantiveram-se em patamares similares. Ainda assim, pelas estatísticas recentes morrem acima de 4.000 mulheres anualmente vítimas de homicídio, havendo uma discrepância nas proporções entre mulheres autoras e mulheres vítimas de homicídio. Entretanto, essa predominância masculina nos homicídios pode camuflar os estudos sobre a violência praticada contra a mulher, que, por vezes, são ignorados nas políticas de controle de criminalidade.

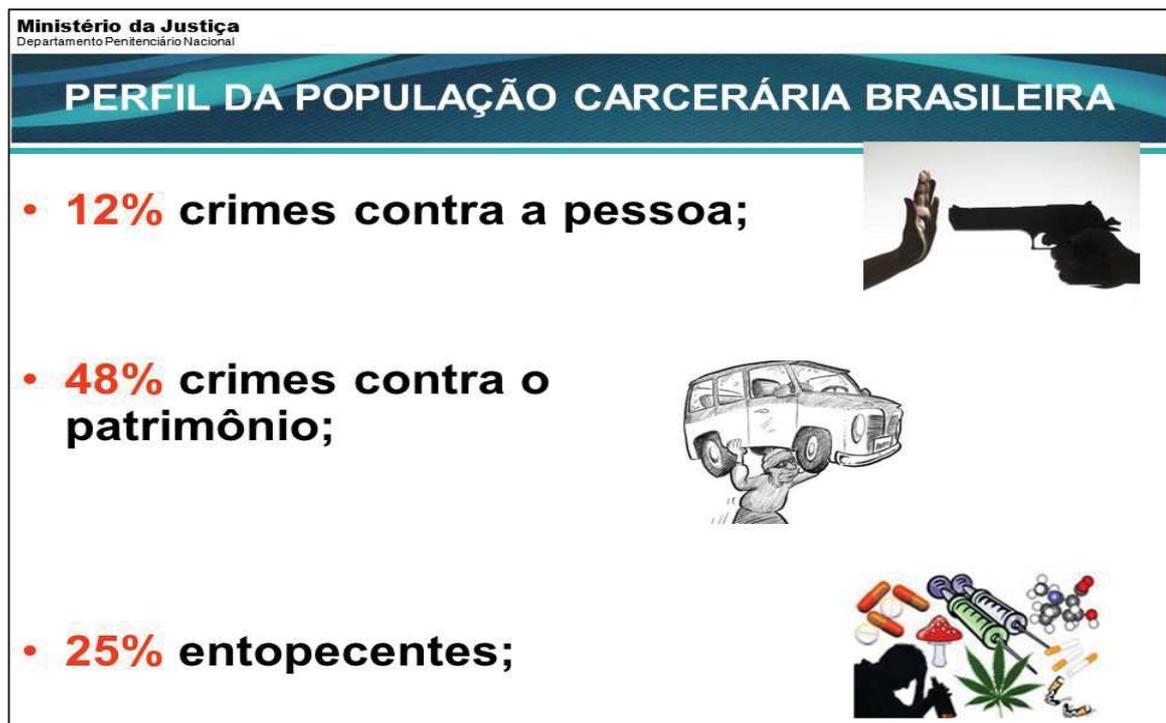
Segundo os dados do último Dossiê Mulher 2011, desenvolvido pelo Instituto de Segurança Pública, o percentual de mulheres vítimas de estupro, em 2010, foi alarmante, representando quase 25% de aumento em relação ao ano anterior. Nessa área, a utilização da tecnologia de DNA é constantemente sugerida como um instrumento necessário para a diminuição dos casos de violência sexual. Todavia, as cifras negras para os crimes de violência sexual são tidas como as mais elevadas, estima-se que uma percentagem considerável de casos de estupro não chegue ao conhecimento das autoridades e que o processo de emancipação feminina tem contribuído pra redução dessa cifra negra, o que pode deturpar os dados. É possível que esse aumento de 25% signifique em grande parte que mais mulheres estão denunciando as agressões sexuais sofridas e não necessariamente que o volume dessas agressões aumentaram em um quarto.

Em 2013, o Instituto Econômico de Pesquisa Aplicada (IPEA) divulgou relatório que trazia alguns dados sobre o panorama da violência sexual no Brasil. Segundo esses dados quando a vítima é criança, 4,1% dos agressores são os próprios pais ou padrastos, em alarmantes 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima e em apenas 12,6% os autores são desconhecidos. Na adolescência, o percentual de crimes sexuais cometidos por desconhecidos aumenta para 37,8%, ficando numa média de 60% na fase adulta. (BRASIL [Portal Ipea], 2012). Significa dizer, que, ainda na fase adulta, cerca de 40% das agressões sexuais são cometidas por alguém que a vítima pode identificar. Ou seja, a maior dificuldade atinente a punição dos criminosos sexuais não é a descoberta da autoria, essa em quase metade dos casos já é conhecida, sendo desnecessária a intervenção genética para revelar o autor. Nesse contexto, partindo da realidade brasileira, o potencial da utilização do DNA como instrumento para reduzir os crimes sexuais parece ser limitado, a questão da redução desses índices ainda tem profunda relação com o rompimento com tabus e preconceitos ainda presentes no seio da sociedade, uma vez que as altíssimas cifras negras presentes nos delitos sexuais revelam que a

mulher ainda tem vergonha de atribuir a si mesma *status* de vítima sexual, deixando de reportar às autoridades por vergonha do julgamento social.

Segundo os dados consolidados pelo Departamento Penitenciário Nacional relativos ao ano de 2012, a população carcerária brasileira é predominantemente masculina, jovem, com a escolaridade média correspondendo ao ensino fundamental incompleto. Com relação aos bens jurídicos lesados pela população carcerária, os dados levam à conclusão de que o perfil do crime cometido pelo preso no Brasil é em sua maioria de caráter patrimonial, considerando que a soma dos crimes contra o patrimônio (267.975) e dos crimes pertencentes ao grupo de entorpecentes (138.198) equivale a quase 70% dos crimes contabilizados no relatório. Para efeito de comparação, no mesmo período foram somados menos de 65.000 presos por crimes contra a pessoa e 21.504 presos pela prática de crimes contra o costume (atualmente crimes contra a dignidade sexual) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012).

Ilustração 1 – perfil da população carcerária brasileira



Fonte: Brasil [Infopen], 2011.

É curioso que na sociedade do risco, a violência que predomina na sociedade seja de cunho patrimonial e não pessoal, por via oblíqua, o controle de criminalidade no Brasil deve mapear a violência de cunho patrimonial, ao invés de restringir seu mapa da violência às taxas de homicídio.

Sobre o aspecto da diminuição criminal através do recurso aos bancos de dados

genéticos com o escopo de já encarcerar o autor no primeiro ato desconforme à Lei, os estudos levam a resultados contraditórios. De um lado sugerem, que, para uma maior eficiência nesse sentido, os bancos devem ser ampliados com a possibilidade de inclusão de uma gama maior de amostras, como por exemplo, no caso britânico, em que as amostras dos suspeitos ou meros detidos permanecem armazenadas. Quanto mais amostras contiverem os bancos maiores as possibilidades de identificação do perfil genético. Entretanto, desse ponto de vista, não se pode falar em evitar ou diminuir a reincidência criminal, mas tão somente em ampliar a punibilidade de criminosos reincidentes, o que não implica necessariamente na redução criminal, uma vez que aumentar a punibilidade sobre os crimes já consumados não reduz os índices criminais.

Além das constatações aqui elencadas, o controle de criminalidade através da redução de suas taxas vai além do aumento da punibilidade. Reduzir o crime deve procurar, antes de tudo, prevenir o crime. Se potencial do DNA para o aumento dos índices de punição criminal é questionável, sua aplicação na área de prevenção criminal é inquestionavelmente limitada (SCHIOCHETT et al., 2012).

Do ponto de vista dos resultados alcançados pelos demais ordenamentos jurídicos em termos de diminuição de índices de criminalidade, é salutar lembrar conforme já explicitado anteriormente que cada país apresenta características próprias em sua estrutura interna e copiar um modelo alienígena para o Brasil, sem ponderar que as suas particularidades podem conduzir a resultados diversos. Em Portugal, país europeu com características sócio econômicas mais similares ao Brasil do que ao de alguns de seus vizinhos europeus, desde a implantação do banco de dados genéticos nacional até 11 de fevereiro de 2012, apenas 481 perfis genéticos foram inseridos, sendo somente nesta data noticiado pela primeira vez que um perfil inserido no banco de dados, após uma condenação por crime sexual auxiliou, na resolução de um caso antigo de furto. Diante da lentidão para lograr resultados mais eficazes no controle criminal, existe uma sensação de frustração diante das expectativas fomentadas em torno da criação das bases de perfis em Portugal, principalmente se levado em conta o alto custo da implantação e funcionamento dos bancos de dados.

Em Portugal coletar uma amostra biológica e dela extrair o perfil genético custa aproximadamente 204 euros e dependendo do grau de complexidade pode alcançar o valor de 714 euros (MACHADO, 2013), além disso o processo de treinamento de pessoal, aquisição de equipamentos e softwares e análises confirmatórias demandam vultosos investimentos, o que, em países menos economicamente estáveis e ainda atrasados tecnologicamente, pode importar em um desperdício de recursos que se aplicados de outras formas poderiam obter

resultados mais expressivos.

Não se pode negligenciar também, o aspecto técnico da utilização dos dados genéticos no campo da prova penal. Nesse sentido, Nereu Giacomolli (2014, p. 200-201):

Há de ser questionada também, na perspectiva do adiantamento da prova, da superposição da fase investigatória sobre a jurisdicional, do eficientismo punitivo, do controle estatal seletivo e poroso (mais da metade dos presos no Brasil não completaram o ensino fundamental), dos contemporâneos meios de mascarar a confissão e a tortura, bem como do mito do encontro da verdade através da prova científica. Também merece questionamento da colheita do material biológico no local do crime (quem fez a coleta? Como foi realizada? Com será conservada?). De qualquer sorte, há de prevalecer os diplomas internacionais que regulamentam a matéria, como a Declaração Internacional Sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO de 2004, onde o consentimento do sujeito prevalece

Para além do impacto do custo econômico da Lei 12.654/2012, não deve ser negligenciado o seu custo jurídico. Permitir que o Estado tenha acesso a dados tão íntimos e reveladores, ainda mais, permitir que o Estado os utilize como uma verdadeira prova penal, significa submeter princípios e garantias clássicos já consagrados pelo Direito brasileiro, razão pela qual a própria constitucionalidade da nova norma tem sido arduamente questionada.

3.3 O Caráter Simbólico da Lei 12.654 e seus Limites em Face ao Princípio da Não Autoincriminação

Conforme mencionado no tópico anterior, a Lei 12.654 alterou as disposições da Lei de Identificação criminal assim como da Lei de Execução Penal para possibilitar a utilização do material genético durante a investigação criminal. Ocorre que ainda que não tenha sido alterado o Código de Processo Penal, tratar da possibilidade de identificar um suspeito por meio de seu DNA é nada mais do que instituir uma nova modalidade de prova. Entretanto, muito embora ao discurso do risco tenha fomentado essa busca pelas chamadas provas infalíveis, o sistema probatório penal para ser legítimo deve atentar para os princípios e garantias informadores do processo penal. Conforme Canotilho (2001, p. 405):

[...] os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade

positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A existência de direitos e garantias fundamentais no âmbito do processo penal impõe ao Estado o dever de se abster em todos os momentos da função penal. Primeiramente impõe uma limitação à atividade incriminadora do Estado, sendo uma proibição *prima facie* de criminalizar atos protegidos pelas garantias fundamentais. Num segundo momento os direitos de defesa informam à persecução criminal, vedando a utilização de expedientes que contrariem os direitos e garantias fundamentais. Por fim, os direitos e garantias fundamentais protegem ainda o indivíduo mesmo que em definitivo condenado durante o cumprimento de sua pena (TROIS NETO, 2011).

No contexto da sociedade do risco, caracterizada pelo medo, as técnicas inquisitivas sofrem alterações em prol de uma maior eficácia punitiva. Um dos meios modernos de investigação criminal é a intervenção corporal, que, todavia, no Brasil, deve ser compatibilizada com os princípios informadores prescritos no texto constitucional de 1988 como forma de preservar a liberdade do indivíduo, salvaguardando-o das arbitrariedades estatais (FIORI, 2008, p.45). No que tange ao direito à prova ganham destaque os princípios do *nemo tenetur se detegere*, o direito ao silêncio e a presunção de inocência.

A tradução do latim informa que o *nemo tenetur se detegere* preceitua que ninguém é obrigado a se descobrir, importando no direito fundamental da não autoincriminação que garante ao acusado o direito de não ser compelido a produzir provas contra si mesmo. Da fórmula principal, surgem várias outras máximas latinas, a contar: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare* (ninguém está obrigado a se acusar), *nemo tenetur se ipsum prodere* (ninguém está obrigado a trair a si mesmo em público), *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha e *nemo testis contra se ipsum* (ninguém está obrigado a testemunhar contra si mesmo) (QUEIJO, 2003).

O surgimento do princípio do *nemo tenetur se detegere* não ocorreu em um marco temporal linear e definido, mas sua afirmação e consolidação remonta aos séculos XVIII e XIX, período do Iluminismo e da Revolução Francesa. Os filósofos e estudiosos desse período, a exemplo de Kant, Locke e Voltaire, passaram a criticar as estruturas do Antigo Regime e do sistema inquisitivo que informava o processo penal europeu àquela época. Desse contexto, a filosofia kantiana se enraíza nas estruturas do processo penal tutelando a dignidade do acusado e vedando a coisificação do homem, que dessa forma não poderia mais ser utilizado como um simples objeto-meio de obtenção da prova (MARTELETO FILHO, 2012).

Ferrajoli (2002) atribui como marco do princípio do *nemo tenetur se detegere* a obra de Hobbes, *Leviatã*, de 1651: “Se alguém for interrogado pelo soberano ou por sua autoridade, relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado (a não ser que receba garantia de perdão) a confessá-lo, porque ninguém (conforme mostrei no mesmo capítulo) pode ser obrigado por um pacto a recusar-se a si próprio.”(HOBBS, 2006, p.120).

Em que pese a relevância inquestionável da obra de Hobbes, *o Leviatã* ainda defendia a utilização da tortura, expediente incompatível com as garantias processuais clássicas, encontrando na obra de Beccaria o terreno mais fértil para o florescimento das ideias iluministas no campo do sistema penal e prisional:

Mas eu acrescento ainda que é confundir a ordem das coisas ou exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne crisol da verdade, como se o critério da verdade residisse nos músculos e nas fibras de um infeliz. Este é o meio seguro de absolver os robustos celerados e de condenar os débeis inocentes. Eis os fatais inconvenientes deste pretenso critério de verdade, critério digno de um canibal, que os Romanos, bárbaros também eles a vários títulos, reservam apenas para os escravos, vítimas de uma feroz e demasiado louvada virtude (BECCARIA, 2001, p. 93)

Sob o impacto das obras iluministas e do surgimento de um Estado Liberal onde o poder da Igreja Católica restava enfraquecido e a organização sócio econômica se encontrava sensivelmente modificada com o ressurgimento dos centros urbanos e o surgimento da burguesia através da acumulação de riquezas provenientes do comércio, coube ao Direito Penal também se modificar, tomando força os princípios penais clássicos.

Dessa forma, a garantia contra a autoincriminação consolidou-se nos principais textos jurídicos que vieram: A 5ª Emenda acrescentou o *privilege against self incrimination* à Constituição Americana em 1791; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu artigo 9º tratou da presunção de inocência; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no seu artigo 14, parágrafo 3º consagra a proibição da autoincriminação¹⁰. (MARTELETO FILHO, 2012)

No ordenamento jurídico brasileiro, desde as Ordenações Filipinas constavam menções não aprofundadas sobre um direito de “não declarar” e “não jurar, permitindo, entretanto, a tortura como expediente de obtenção da verdade real. Sob influência do Iluminismo, as legislações imperiais aboliram formalmente a prática da tortura e passaram a conceber o interrogatório como meio de defesa ao invés de mecanismo a serviço da acusação.

¹⁰ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 14 § 3º. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Por fim, já na República, a Constituição de 1891 previu implicitamente o direito ao silêncio, que foi consagrado explicitamente apenas em 1941, através da edição do primeiro Código de Processo Penal brasileiro comportando, entretanto, prejuízo ao réu (MARTELETO FILHO, 2012). Apenas na Carta Constitucional de 1988 o direito ao silêncio tal qual hoje é entendido foi oficializado, e a partir dele, o princípio que estabelece a presunção de inocência e o que veda a autoincriminação.

O *nemo tenetur se detegere* é previsto como direito fundamental ainda que não tenha sido expressamente mencionado no artigo 5º da CF/88, vez que esse artigo não afasta a existência de outras fontes de princípios e garantias fundamentais e que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica,¹¹ que reconhece a vedação à autoincriminação. Além disso, o artigo 186 do Código de Processo Penal brasileiro assegura ao acusado o direito de ficar calado, sem que isso seja interpretado pelo juiz em seu prejuízo, ou seja, estabelece que o acusado não precisa fornecer provas contra si mesmo, podendo manter o silêncio sem incorrer em sanções. Tendo hierarquia de direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* deve servir de parâmetro de interpretação para as normais infraconstitucionais de natureza penal e processual penal. Sobre isso, Maria Elisabeth Queijo (2003, p.73):

[...] encartado no direito à ampla defesa e na presunção de inocência, reflete-se ainda em outras garantias essenciais para que a finalidade do processo seja atingida: no direito à integridade física e moral do acusado e na vedação de tortura e outros tratamentos desumanos. [...] Como direito fundamental, tem ele incidência em toda a persecução penal, desde a investigação.

A previsão constitucional e a aceitação da proibição da autoincriminação dentro da categoria de direitos fundamentais encontra assento na jurisprudência pátria em diversos julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal: reconheceu a impossibilidade de ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais (HC 77.135); a possibilidade de faltar com a verdade quanto à identidade do réu (HC 75.257); a não obrigatoriedade em participar da reconstituição do fato (HC 69.026); a não obrigatoriedade em fornecer o padrão vocal para a realização de perícia (HC 83.096), dentro outros de igual relevância.

No âmbito da persecução criminal, o ônus da prova cabe à acusação, ou seja, a ela

¹¹Art. 8º, 2: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; alínea g: direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; Disponível para leitura no site: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.html>>.

compete provar além de dúvidas razoáveis a culpa do acusado, não podendo exigir-se do imputado que colabore para sua própria autoincriminação abrindo mão de seu estado de inocência. Esse dever de colaboração, típico de um modelo inquisitivo, objetifica e coisifica o imputado penal, transformando-o em mero objeto de provas ao invés do sujeito de direitos que a Constituição Federal garante ser (GIACOMOLLI, 2014).

A análise de DNA se insere dentro dos meios de provas que demandam intervenção corporal, sendo a sua análise a partir fios de cabelos, pêlos, saliva ou qualquer outro método em que não haja penetração no corpo humano considerada uma intervenção corporal probatória não invasiva (QUEIJO, 2003). A importância dessa classificação reside na aceitação de parte da doutrina da admissibilidade da intervenção corporal não invasiva durante a investigação criminal. Entretanto, salienta-se que essa intervenção não seria irrestrita, devendo obedecer aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, ou, para alguns, ter um caráter de subsidiariedade, isto é, o recurso a esses meios de provas só seriam legítimos em crimes graves cuja autoria não se pode comprovar por outro meio. Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2001, p.325):

Atendendo ao bom senso, elemento indispensável para a criação e aplicação do direito, devemos buscar um ponto de equilíbrio, estabelecendo um critério que atente a razoabilidade (ponderação e proporcionalidade de bens e valores) para solucionar o conflito que se estabelece. Partindo dessa linha de raciocínio é imperioso aceitar que devem ser toleradas as intervenções corporais que não representem nenhum risco para o sujeito passivo e que tampouco possam ser qualificadas de humilhantes, quando o delito seja grave e não existe outra forma de comprovar a autoria (ou algum outro pressuposto de razoabilidade).

O *nemo tenetur se detegere* se traduz em uma autorização ao acusado de não realizar conduta ativa que introduza informações ao processo, no Brasil, a legislação não prevê a possibilidade de condução coercitiva para realização de exame de alcoolemia, sendo o entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a recusa aos testes de embriaguez não constitui desobediência ou qualquer outro delito em face da incidência do princípio em análise (QUEIJO, 2003). No mesmo sentido, a não incidência de delito autônomo que criminalize a conduta de recusa ao fornecimento de material genético importaria na autorização dessa recusa, motivo pelo qual a 12.654/2012 tem a sua imperatividade confrontada dentro da doutrina.

Conforme viu-se anteriormente, os pressupostos para a adoção da análise de material genético como instrumento de prova dependem do ordenamento jurídico e da estrutura interna de cada país, e, em comum, exige a necessidade de autorização e compatibilização

constitucional. No Brasil, a incidência do *nemo tenetur se detegere* em regra veda a utilização coercitiva de prova que demande cooperação ativa do acusado, todavia, essa garantia sofre restrições diversas, não podendo ser vista de forma absoluta.

No Brasil, a ponderação de princípios no âmbito do processo penal não é de uso comum no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas já foi utilizada em casos concretos que envolveram a utilização de material genético e o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Fora das circunstâncias do processo penal, na esfera cível, destaca-se julgamento do Habeas Corpus 71373-4. O caso em tela estava relacionado à recusa do réu em fornecer material genético para exame de DNA na seara de investigação de paternidade. O STF deparou-se com conflito de direitos igualmente fundamentais: o direito à intangibilidade física do corpo e a privacidade do réu, que se recusava a fazer, e o direito da criança de saber sua real paternidade (e não a fictícia que se constrói pelo reconhecimento de paternidade em caso de recusa ao exame de DNA). É o teor do acordo:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos (BRASIL [STF, HC 71373], 1994).

O voto do ministro Marco Aurélio foi vencedor na tese que é “irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire das próprias veias, a porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame” (STF, 1994). Ou seja, protegeu-se a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, concedendo o *habeas corpus*. Aponta que a paternidade ficta ou presumida era aplicável, sendo desnecessária a coleta coercitiva. Defende também a aplicação do princípio da legalidade, observando que nenhuma Lei previa a coleta obrigatória do DNA.

Ainda mais emblemático para a jurisprudência que se refere ao material genético foi o midiático caso Glória Trevi. Ela, que custodiada na carceragem da Polícia Federal para procedimento de extradição, anunciou estar grávida e acusou os funcionários públicos encarregados de sua custódia, recusou a revelar a identidade do suposto agressor. Desse modo, surge um confronto entre o seu direito à intimidade e o direito dos funcionários públicos sob suspeita à honra. O assunto levado à Reclamação 2040 (BRASIL [Rcl 2040

QO], 2002) teve como vencedor o voto relator pela realização do exame de DNA com o material retirado da placenta da ré após o parto. O voto vencedor, proferido pelo Ministro Néri da Silveira, relator da Reclamação, abordou o cerne da controvérsia, nos seguintes termos:

Sem qualquer espetalada ou agressão ao menor ou sua mãe, será possível retirar a placenta, lixo biológico, que por sua vez é um material genético suficiente para a realização do exame de DNA, sem a necessidade de procedimento invasivo que importe em inserção de instrumento médico - cirúrgico no corpo. Ou seja, não acarretará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal. (BRASIL [Rcl 2040 QO], 2003).

Ainda mais midiático o caso de Vilma Alves, que após ter sido descoberta como sequestradora do menino “Pedrinho” tornou-se alvo de investigação acerca da maternidade de sua outra filha, Roberta Jamilly. Com a recusa de ambas em se submeterem ao exame de DNA, a polícia de Brasília aproveitou-se de um material genético por ela descartado por meio de um resto de cigarro para realizar o exame, comparando o material com a mãe de uma garota de mesma idade desaparecida em circunstâncias suspeitas.

Ocorre que conforme assinalado, o Supremo Tribunal Federal apontou a proibição da realização coercitiva de exame de DNA, mesmo que na instância cível. Os casos de Glória Trevi e Roberta Jamilly envolvem o outro lado da moeda da cooperação no decorrer do processo criminal: a cooperação passiva e a cooperação inconsciente.

Sustenta Marteleto Filho (2012, 103) que, nas hipóteses em que o acusado atua passivamente como mero objeto da prova mas sem ativamente a introduzir no processo não desrespeitam a proibição da auto incriminação. Dessa forma se respeita o valor dentro da persecução penal de expedientes como a revista, reconhecimento pessoal, inspeções, desde que feitos nos limites da legalidade penal. Da mesma forma, admite-se, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro a obtenção do material genético mediante cooperação enganosa, entendida como aquela que conduz o sujeito a fornecer voluntariamente o material genético mediante uma falsa percepção da realidade ou um mero esquecimento (MARTELETO FILHO, 2012). No entender de Nereu Giacomolli (2014), nem mesmo a cooperação passiva ou enganosa poderiam ser admitidas no processo penal brasileira, sob peja de conduzir a uma objetivação do sujeito de direitos. Admite, entretanto, que em algumas situações o ordenamento jurídico ofereça vantagens ao rompimento do silencio, como ocorre no instituto da delação premiada, desde que essa alternativa comporte vantagens significativas ao acusado e que ele seja informado e comunicado de forma que torne seu consentimento

livre e esclarecido (GIACOMOLLI, 2014).

À luz dessas observações, depreende-se que, tanto no caso Roberta Jamilly quanto no de Glória Trevi, o material genético foi obtido de forma questionável, porém não inteiramente ilegal ou ilegítima, por não terem demandado cooperação ativa das duas. Importa em reafirmar que o princípio do *nemo tenetur se detegere* não é irrestrito ou ilimitado, comportando limitações dentro e fora de suas próprias estruturas, “viabilizando-se a proteção de todos os direitos fundamentais envolvidos no processo penal, sejam os dos réu, sejam os da vítima, sejam os da coletividade.”(MARTELETO FILHO, 2012)

Para além da possibilidade do réu cooperar de forma não ativa na produção de provas contra si mesmo, tal qual brevemente comentado, a proibição da cooperação ativa que autoincrimine o acusado pode ser limitada pelo princípio da proporcionalidade. A ideia de proporcionalidade, remete às noções relativas à moderação, prudência, equidade e proibição de excesso. No Direito Penal esse princípio deve ser aplicado, buscando uma ponderação concreta de interesses que propicie um resultado harmonioso e equilibrado no caso concreto. Verifica-se, assim, se o meio utilizado é adequado aos fins perseguidos. Segundo o clássico precursor penalista Beccaria (2001, p. 78): “os meios de que utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente.”

Segundo Alexy (1997), a proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro se refere à proibição de excessos, o segundo, com a intervenção mínima, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito importa em auferir no caso concreto se a restrição ao direito fundamental atingido é legítima em face da finalidade.

Nesse diapasão, a proporcionalidade não deve ser mero expediente retórico, devendo efetivamente garantir que as limitações aos direitos fundamentais de defesa sejam restritos a casos constitucionalmente justificados. Para isso, segundo Antonio Scarance Fernandes, devem ser feitas três perguntas no curso do processo penal caso alguma garantia fundamental esteja sendo suprimida ou limitada:

- a) o meio escolhido contribui para a obtenção da eficácia persecutória?
- b) há um meio menos gravoso de se obter a eficácia da tutela penal?
- c) a medida cogitada é também constitucionalmente justificável considerando o peso da garantia suprimida de um lado, com a aferição do grau de prejuízo ao indivíduo afetado, e de outro lado no dever Estatal de proteção? (FERNANDES, 2010, p. 54-56).

Diante do princípio e subprincípios da proporcionalidade, a restrição ao princípio do *nemo tenetur se detegere* se justifica, desde que:

- a) seja medida adequada ao caso concreto, ou seja, que a medida de cooperação ativa seja apta a atingir algum resultado relevante para as investigações ou para o processo;
- b) que exista a necessidade, ou seja, que a cooperação ativa do acusado seja o único meio possível de atribuir a culpabilidade;
- c) que, por fim, seja proporcional, se o bem jurídico lesado e essa lesão sejam de tal relevância que justifiquem a adoção de uma restrição ao direito fundamental constitucionalmente previsto;

Apesar da limitação à restrição do *nemo tenetur se detegere*, diante do surgimento daquilo que se passou a chamar de Direito Penal do risco, tem-se observado à flexibilização das garantias processuais penais em prol de uma política criminal que busca mitigar o risco, nesse contexto, a Lei 12.654/2012 enseja um questionamento sobre o conflito entre seus preceitos e a proibição constitucional de que o acusado seja coagido a produzir provas contra si mesmo.

Existe um claro descompasso entre os avanços biotecnológicos e preservação da dignidade dos princípios e garantias fundamentais, em especial da dignidade da pessoa humana, ao que parece ao invés do Direito Penal procurar tutelar a expansão da biotecnologia garantindo a proteção do indivíduo diante dessas transformações, tem dela se apoderado como forma de promover sua expansão. Sobre isto, afirma Roberto José Medeiros (2009, p. 80):

O afã de ser o primeiro, sair na frente, conseguir a exclusividade, obter patentes, é sempre maior do que a preservação dos direitos fundamentais, alguns claramente expressos em constituições federais dos diversos países que já atingiram estágio evolucionista.

A Lei 12.654/2012 possibilitou do ponto de vista legal a possibilidade da coleta de material para extração do perfil genético em duas circunstâncias distintas, quais sejam:

- a) durante a fase de execução penal, através da coleta de material biológico dos condenados pela prática de crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), ou cometido com grave violência contra a pessoa. A coleta de material ocorreria após o trânsito em julgado da sentença, sem que a Lei 12.654/2012 tenha mencionado a necessidade de ordem judicial;

- b) no decorrer da investigação criminal, alterando o artigo 3º, IV da Lei 12.037/11, permitindo a coleta de material biológico, mediante autorização judicial, sem que a Lei 12.654 tenha delimitado a necessidade de prática de crime hediondo ou violento, ou que tenha estabelecido a coleta coercitiva desse material biológico, em caso de recusa por parte de investigado.

Diante do princípio da proporcionalidade e da vedação da autoincriminação, a coleta coercitiva de material para obtenção do perfil genético do investigado demanda a cooperação ativa deste, sem que a Lei 12.654/2012 tenha fixado limites ou parâmetros que restrinjam essa intervenção aos casos necessários. A generalização imposta pela Lei, onde na letra do legislador não se diferem o crime de furto simples do homicídio qualificado para a utilização do DNA como instrumento de investigação, assim como a falta de clareza sobre a coercibilidade da coleta, uma vez que preceituar que “a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico...” não possui força vinculante para ensejar que o direito fundamental do acusado de não se incriminar seja restrito.

Nesse sentido, a instalação dos bancos de dados genéticos no Brasil, nos termos da legislação infraconstitucional em análise agride o princípio do *nemo tenetur se detegere* de forma desproporcional, de forma que nem sempre os fins justificam os meios, ou seja, que não foram fixados limites que legitimem a relativização de uma garantia individual fundamental. Em alguns casos a culpabilidade pode ser atribuída de forma menos gravosa, não devendo admitir-se que se pulverize uma garantia processual penal basilar se o resultado semelhante puder ser obtido sem o recurso a tal expediente. A prova genética não substitui todas as demais, não importando em presunção absoluta de culpa, mas devendo ser avaliada diante dos demais elementos probatórios colhidos, sendo em alguns casos até mesmo desnecessária.

Sobre a consonância da Lei 12.654/2012 com o ordenamento jurídico brasileiro e os princípios e garantias fundamentais que o norteia, não pode-se olvidar assinalar os ensinamentos de Nereu Giacomolli (2014, p. 200):

A Lei 12.654/2012 (coleta de perfis genéticos), modificativa da Lei de nº 12.037/2009 (identificação criminal), bem como da Lei nº 7.210/1984, de forma sub-reptícia, relativiza e agride o *nemo tenetur*, esbarrando na normatividade do devido processo e com ele é incompatível, ademais de ferir a dignidade da pessoa, fundamento da República (art.3º, III, CF), em sua generalização e caráter irrestritivo, praticamente ilimitado. A Lei 12.037/2009 autoriza identificação criminal através de material biológico (art. 5º, parágrafo único), com a obtenção do perfil genético do sujeito, com seu armazenamento em banco de dados (art. 7º-B), sob a justificativa da necessidade de identificação, para fins de investigação criminal. Embora a sua funcionalidade seja restrita à identificação à *persecutio criminis* e situe-se na esfera

da ultima ratio (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), a nova lei, se considerada constitucional, sepultará o nemo tenetur, na medida em que permite a extração coativa do material biológico (art. 3º da Lei 12.654/2012). Ademais de tudo isso, o Banco de Perfis Genéticos foi instituído através de decreto (Decreto nº7.950/2013), estabelecendo regras probatórias e relativizando as garantias do devido processo [...].

Diante das considerações acima, a constitucionalidade da coleta de material genético para fins de persecução criminal parece carecer de dois pressupostos básicos: previsão legal expressa e proporcionalidade com a finalidade. Assim conclui Wagner Marteleto Filho (2012, p. 163):

Assim, ausente previsão legal expressa autorizando-se o emprego da coerção física para a extração do material genético junto ao indiciado ou ao réu, não parece correto concluir que a nova legislação – explicitamente vinculada ao tema da identificação criminal – tenha autorizado a realização das intervenções corporais coercitivas, com fins tipicamente probatórios, em nosso sistema. Repise-se, pois, a conclusão de que, atualmente, o princípio da legalidade – e não o nemo tenetur, que pode ser restringido – continua sendo um obstáculo para as intervenções corporais coercitivas no Brasil.

A relação entre segurança e liberdade é de um antigo confronto filosófico. É difícil entender o recrudescimento de uma sem que a outra padeça de restrições. Uma máxima clássica de Aristóteles preceitua que aquele que prefere a segurança à liberdade, seria desta um escravo. Dessa forma, um dos mais importantes questionamentos da sociedade do risco, particularmente após os acontecimentos de 11 de setembro é sobre até onde pode se sacrificar a liberdade para aumentar nossa sensação de segurança (PRITTWITZ, 2007). Aos defensores do Direito Penal do risco, as liberdades individuais devem retroceder em prol da coletividade amedrontada pela violência. Aos defensores da liberdade, a expansão do Direito Penal sugere uma ingerência do Estado sobre a sociedade. Analisar a simbologia por trás da Lei 12.654/2012 no contexto da expansão do Direito Penal pressupõe confrontar o controle social estatal que, em prol da segurança, reduz a esfera de liberdade.

4 DESCONSTRUINDO O MITO DO CONTROLE ATRAVÉS DO DIREITO PENAL

*“E se definitivamente a sociedade só te tem desprezo e horror
E mesmo nas galeras és nocivo, és um estorvo, és um tumor
A Lei fecha o livro, te pregam na cruz
Depois chamam os urubus”*

(Chico Buarque de Holanda)

O contexto social e jurídico que propiciou o acolhimento do discurso de expansão do Direito Penal tem sua abrangência e seus reflexos além do contexto da sociedade do risco de Beck e da sociedade pós-moderna de Chevalier. Compreende também um período em que o desmantelamento do Estado do Bem-Estar forjou o terreno fértil para a substituição do modelo clássico do Estado social para um Estado penal.

Assinale-se que, para uma melhor compreensão da flexibilização do sistema de garantias e liberdades fundamentais, que mencionamos no capítulo anterior, diante dessa intervenção do Direito Penal, o esposado processo de expansão do Direito Penal “coincide com o processo de enxugamento do Estado social diante do avanço das reformas neoliberais” (CALLEGARI, 2010).

No ponto, vale registrar a lição de Bauman (1999, p. 128):

A atenção localizada sobre um “ambiente seguro” e tudo o que possa de fato ou supostamente implicar é exatamente o que as “forças do mercado”, atualmente globais e, portanto, extraterritoriais, querem dos governos (com isso impedindo-os de fazer qualquer outra coisa). No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados; a quantidade e qualidade dos policiais em serviço, varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores de “confiança dos investidores” e, portanto, entre os dados principais considerados quando são tomadas decisões de investir ou de retirar um investimento. Fazer o melhor policial possível é a melhor coisa (talvez a única) que o Estado possa fazer para atrair o capital nômade a investir no bem-estar dos seus súditos; e assim o caminho mais curto para a prosperidade econômica da nação e, supõe-se, para a sensação de “bem-estar” dos eleitores, é a da pública exibição de competência policial e destreza do Estado.

Assim, verifica-se “uma significativa transformação dos objetivos e do campo de atuação da política criminal, em decorrência da proeminência que é dada à intervenção punitiva em detrimento de outros instrumentos de controle social” (WERMUTH, 2011a).

Diante deste quadro, procura-se assinalar em que medidas a utilização do Direito Penal como instrumento de controle social por ocasião das crises fomentadas pelo abandono do modelo do *Welfare State* são instrumentos legítimos diante do contexto vivenciado, ou se, conforme preceitua Wacquant (1999), o que as premissas do Estado Penal propõem nada mais

é do que legitimar a arbitrariedade estatal por meio de um discurso imbuído de uma credibilidade que não lhe é atribuída por qualquer teoria criminológica.

4.1 A Incidência da Lei 12.654/2012: quem são os sujeitos controlados?

Anteriormente, foi relacionado o implemento da sociedade de risco como resposta ao desmantelamento do Estado do Bem-Estar Social. Essa relação é não apenas jurídica, política e social, mas também cultural. Na sociedade chamada de pós-moderna por Chevallier, a insegurança generalizada fez da vigilância e do controle obsessões, e em nome desse controle, considera imperativo segregar os chamados “grupos de risco”. (WERMUTH, 2011a). Sobre isso, Maiquel Wermuth (2011b, p.41):

Torna-se, assim, possível a afirmação de que ditas campanhas punitivas constituem, antes de tudo, um mecanismo hábil de controle social e racial, que opera através de uma estratégia de substituição das instituições de assistência às classes pobres-típicas do Welfare State- por estabelecimentos penais.

De acordo com Garland (2008), o previdenciarismo penal foi uma forma de controle criminal que se estabeleceu nos Estados Unidos e na Europa, encontrando aceitação em países que também conviviam com um Estado de Bem-Estar Social. Com o enfrentamento das consequências da Segunda Guerra Mundial, expande-se o ideal de Estado de Bem-Estar Social que tinha como característica indissociável o recurso a programas assistencialistas promovidos pelo Estado, para reduzir os danos causados pela pobreza em parte da população e diminuir a desigualdade social. O previdenciarismo penal despontou como instrumento legítimo e adequado diante dos benefícios experimentados pelos Estados que o implantaram no pós-guerra.

Nesse contexto, entendia-se que a redução dos índices de criminalidade estava intimamente relacionada com a melhoria estrutural do Estado e que o controle de criminalidade não poderia ser isoladamente considerado, sendo necessário o aumento da qualidade de vida e dos indicadores econômicos e sociais para promover a redução da criminalidade.

Assinala Garland (2008, 104):

Com raízes nas décadas de noventa do século XIX e vigorosamente desenvolvido nos anos de 1950 e 1960, o previdenciarismo penal era, nos anos 1970, a política estabelecida tanto na Grã Bretanha quanto nos Estados Unidos. Seu axioma básico-medidas penais devem, sempre que possível, se materializar mais em intervenções

reabilitadoras do que na punição retributiva- proporcionou o surgimento de uma nova rede de princípios e práticas inter-relacionados [...] No enquadramento penal previdenciário, a reabilitação não era apenas um elemento entre outros. Ao revés, era o princípio hegemônico, o substrato intelectual e o valor sistêmico que unia toda a estrutura e que fazia sentido para os operadores do sistema.

Acontece que a crise do Estado da Providência impulsionou à ascensão de forças neoconservadoras que defendiam uma retórica penal diferenciada, com o retorno do punitivismo estatal e a perda da crença do caráter reabilitador da pena. A implantação desse modelo neoliberal, acrescida das demais consequências provocadas pela globalização, modificou a divisão interna do trabalho. As inovações da técnica e da ciência propiciaram o surgimento de um modelo que procura poupar a mão-de-obra e aumentar a produtividade sem aumento da qualidade de trabalho ou dos salários. Como consequência dessa nova dinâmica trabalhista pós-globalização tem ocorrido a “precarização das relações de trabalho levando milhares de trabalhadores ao emprego e ao subemprego” (BUDÓ, 2013)

Na América Latina, o fenômeno da concentração de renda e da ampliação das desigualdades se sentiu de forma mais latente, posto que o Estado do Bem-Estar Social nunca atingiu sua plenitude de efeitos nessas áreas, fomentando um processo de ampliação do contingente de excluídos socialmente. Sobre o tema, assinala Zaffaroni (1997, p. 32):

O fenômeno tende a criar nos países latino-americanos uma massa de excluídos que não responde à dialética explorador/explorado, senão a uma não relação entre excluído/incluído. O explorado contava, era tido em conta e estava dentro do sistema; o excluído não conta, está sobrando, é um descartável que não serve, só atrapalha. A lógica desde esquema, se não interrompido, é o genocídio.

Após a Segunda Grande Guerra, consolidou-se também o modelo do capitalismo de consumo. A globalização mudou também a forma desse consumo, propiciando a fabricação e comercialização de bens em massa, o surgimento e crescimento das grandes lojas de departamento, supermercados, shoppings centers, aliados com novas formas de comprar através da ampliação do crédito, das possibilidades de parcelamento. Dessa forma, forjou-se o surgimento de uma sociedade de consumo marcada pela obsolescência: não basta ter, é preciso ter o mais novo, de forma que tudo é descartável e para se encaixar no padrão dessa sociedade é preciso não só possuir esses objetos produzidos em massa, mas também transformar-se a si mesmo em uma pessoa de uma sociedade de pessoas produzidas em massa (GARLAND, 2008). Essa cultura do consumo não foi superada por outro modelo, pelo contrário, com o surgimento das redes sociais e a inserção digital dos jovens das diversas camadas sociais nessa cultura explorada freneticamente pela mídia, se vive em uma sociedade

em que o acesso a produtos de consumo mais difundidos parece estar (ou dever estar) ao alcance de todos.

Sendo o consumo a força motriz da sociedade neoliberal, por um lado é justamente a classe média que precipuamente move o mercado, surgindo, paralelamente, uma classe que não inserida na sociedade de consumo e inferiorizada dentro do contexto dessa, recorre à delinquência para buscar uma equiparação de condições. “O escopo desse controle, portanto, é justamente garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, de forma a livrá-los da presença indesejável da pobreza que incomoda [...]” (WERMUTH, 2011b, p. 41). É simplista, porém, não equivocado dizer que, no afã de sentir-se parte da sociedade de consumo, aquele que não está nela economicamente inserido pode recorrer a meios ilícitos, para tornar-se dono (ainda que ilegítimo) daquilo que julga ser um direito seu negado pelo processo de inclusão/exclusão social. Sendo assim, o controle social que vem sendo realizado pelo Direito Penal é antes de tudo uma forma de segregar e estigmatizar quem foi posto à margem da sociedade globalizada de consumo.

O aumento da delinquência na sociedade globalizada de consumo e a crise do modelo do Estado do Bem-Estar social conduziu o Direito Penal a seu estágio atual. O ideal da pena e da prisão como instrumentos que possibilitariam a reabilitação e reinserção do criminoso foi praticamente abandonado, entretanto, ao revés de surgir uma teoria que ampliasse as categorias de direitos assegurados e defendesse penas alternativas à prisão, na sociedade do risco, promoveu-se a ideia de pena como “incapacitação seletiva” ou “neutralização seletiva” que sustentava utilizar o encarceramento como meio de redução criminal através da incapacitação ou neutralização do criminoso por meio do cárcere, de tal forma, que a pena enquanto instrumento penalista foi reavaliada sobre o ponto de vista axiológico, esvaziando-a de seus fundamentos de intimidação e reabilitação para adequá-la às exigências de um Estado Penal que utiliza o Direito Penal e a pena como forma de gerir um grupo populacional considerado perigoso ou simplesmente indesejável (DIETER, 2013).

Sobre a neutralização seletiva, preceitua Silva Sánchez (2013a, p. 170):

A premissa maior da neutralização seletiva é a de que é possível identificar um número relativamente pequeno de delinquentes (high risk offenders), concernente aos quais cabe determinar que têm sido responsáveis pela maior parte dos fatos delitivos e prever, a partir de critérios estatísticos, que eles seguirão fazendo o mesmo. Desse modo, se entende que a neutralização ou incapacitação de tais delinquentes - isto é, sua retenção em prisão pelo máximo de tempo possível - provocaria uma radical redução nos números de fatos delitivos e, por extensão, importantes benefícios ao menor custo.

Na lógica da política criminal de neutralização seletiva, a prisão na atualidade foi reinventada, para além de satisfazer os sentimentos retributivos de crime/castigo, também servir ao controle social ,segregando as populações problemáticas e mitigando o risco que a liberdade desses sujeitos controlados poderia causar ao cidadão que não feriu o pacto social por atos delituosos. A contribuição da prisão para o controle de criminalidade, segundo Foucault (2013, p. 262), se dá no sentido que ela “desenha, isola, e sublinha uma forma de ilegalidade que parece reduzir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar”. Em contraste com o ideal clássico de pena, a corrente que se insurge agora é a de que a prisão atua “não como um instrumento de reforma ou reabilitação, mas como instrumento de neutralização e retribuição que satisfaz as exigências políticas populares por segurança pública e punições duras” (GARLAND, 2008, p. 59).

Ainda sobre a neutralização seletiva, relevante assinalar a contribuição teórica de Maurício Stegemann Dieter (2013, p. 101):

Sustentava essa proposta, a certeza criminológica de que uns poucos delinquentes habituais de existência inevitável e natureza incorrigível eram responsáveis pela imensa maioria dos crimes registrados. Logo, uma vez definido com precisão o perfil desses criminosos, bastaria ensinar os agentes de repressão para identifica-los e classifica-los e habilitar o sistema prisional para neutralizá-los por um extenso período de tempo, produzindo uma drástica redução nos índices gerais de criminalidade sem a necessidade de reformas estruturais ou aumento do nível de investimento em segurança pública. Assim, conforme a necessidade ou desnecessidade de reclusão para contenção do risco individual, determinava-se, por um lado, a primitiva e prolongada incapacitação física de segurança máxima do reincidente, e, por outro, a vigilância virtual e tecnológica de baixo custo para os eventuais.

A difusão das teorias de neutralização seletiva do delinquente se coaduna com o fenômeno do desencanto com o ideal ressocializador da pena, que se traduziu, com a crise do Estado do Bem Estar Social, na redução dos investimentos em tratamentos direcionados a ressocializar o criminoso, tendo em vista que os resultados obtidos na política de ressocialização são percebidos a médio prazo, enquanto a sociedade do risco demanda resposta à curto prazo. Ademais, a obsessão crescente por segurança e a demanda por um Estado Vigilante sustentaram as bases ideológicas das propostas neutralizantes (SILVA SÁNCHEZ, 2013b).

Segundo Loic Wacquant (2007), a sociedade neoliberal dispõe de três estratégias de enfrentamento das condutas que a ameaça: a primeira consistiria em socializá-las, intervindo na estrutura individual e coletiva que produz e reproduz as condutas perniciosas à ordem

social; a segundo consiste em medicalizar, transferir o encargo do delito ao sistema de saúde pública, de combate e tratamento das drogas e às instancias de cuidados psicossociais; a terceira estratégia é a penalização. Preconiza o autor:

Nesse contexto, não se trata de compreender uma situação de estresse individual em de contrapor as engrenagens sociais. O nômade urbano é etiquetado como delinquente (por intermédio por exemplo, de um decreto municipal colocando pra fora da lei pedir esmolas ou ficar deitado na calçada)

[...]

a penalização aqui serve como uma técnica para invisibilização dos “problemas” sociais que o Estado, enquanto alavanca burocrática da vontade coletiva, não pode ou não se preocupa mais em tratar de forma profunda, e a prisão serve de lata de lixo judiciária em que são lançados os dejetos humanos da sociedade de mercado. (WACQUANT, 2003, p. 21)

Conforme as considerações anteriores, no paradigma da sociedade pós-moderna o Direito Penal e o encarceramento penal forem e estão sendo utilizados como forma de recolher o expurgo da sociedade, protegendo os membros do corpo social considerados amigos, dos excluídos do processo de globalização que expõe os aspectos mais perniciosos da sociedade pós-moderna. É diante desse quadro, que para Ripollés (2007), surge o paradigma da segurança cidadã, que preconiza justamente que a delinquência das camadas socialmente excluídas na sociedade globalizada constitui “a dimensão não tecnológica da sociedade do risco” impondo o regime de incapacitação seletiva como mais um instrumento de gestão administrativa dos riscos.

Sob o paradigma do Estado Penal, se constrói uma cultura de vigilância que utiliza o encarceramento como forma de controle social e dos corpos inúteis da sociedade capitalista de consumo, tendo como função precípua “adestrar” os corpos indóceis que não agregam ao processo de globalização, mantendo-os sob uma vigilância penal constante (FOUCAULT, 2013). Dessa forma se exerce um controle estatal através do Direito Penal, que se imbuí de um poder que não corresponde ao seu ideal clássico garantista, “um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para se retirar e se apropriar ainda mais e melhor” (FOUCAULT, 2013, p. 164).

Face às considerações anteriores, percebe-se que a consequência natural de uma política que utiliza o Direito Penal e a prisão para segregar os excluídos da sociedade do consumo é, não a diminuição ou o aumento do crime, mas, pelo menos de início, o aumento do encarceramento. Ocorre que os indivíduos neutralizados, não por acaso, mas por força da própria natureza dessa política, são aqueles que se encontram socialmente e economicamente hipossuficientes, alimentando uma visão equivocada de que pobreza e delinquência são duas

faces da mesma moeda, o que colabora para a estigmatização e segregação da miséria, alimentando um ciclo de preconceito que no caso brasileiro aflige ainda mais pelo histórico aspecto racial que compõe esse quadro. Eis a razão de Wacquant (2003, p. 111) se referir ao Estado penal como “política estatal de criminalização das consequências da pobreza”

A criminalização da pobreza diante da crise do Estado do Bem-Estar social atende a um ciclo de causa-consequência, de forma que, a parcela que antes era alvo do assistencialismo, torna-se sujeito alvo do Estado Penal, comprovando assim que “os clientes dos braços assistencial e penal do Estado neoliberal sejam essencialmente os dois lados do gênero da mesma moeda demográfica, extraídos das frações marginalizadas da classe trabalhadora pós-industrial.”(WACQUANT, 2003, p. 178).

Dessa forma, surge sobre o pobre, e de forma mais aguda sobre o jovem, pobre e negro, o estigma da propensão ao crime. Negros e pobres são expostos pela mídia como os autores dos crimes mais atrozes que assolam a sociedade, fomentando um discurso de medo que conduz ao ódio e à perseguição. Diante desse quadro, “os jovens pobres têm sido alvo de ações muito repressivas e de extrema visibilidade midiática, quando cometem algum tipo de violência, em detrimento das situações das quais são vítimas” (BARROS, 2008, p. 144).

A criminalização dos pobres e negros como reflexo da política criminal da sociedade globalizada conduz à percepções equivocadas da realidade. Pensar no pobre ou negro como o grande vilão do século XXI, estereotipar o inimigo penal como um jovem pobre e negro conduz a um falseamento da verdade que segrega cada vez mais os afetados.

Nesse sentido, a tabela abaixo revela em números e percentuais a participação de indivíduos brancos, pardos ou negros como autores de homicídios, e, a vitimização também por homicídios de acordo com a classificação racial.

Tabela 2 – Evolução do nº de homicídios, da participação e da vitimização por raça/cor da vítimas da população total. Brasil 2002/2010.

Ano	Branca	Preta	Parda	Negra*	Ama- rela	Indi- gená	Total	Participação (%)		Diferença (%)
								Branca	Negra	
2002	18.867	4.099	22.853	26.952	103	75	45.997	41,0	58,6	42,9
2003	18.846	4.657	23.674	28.331	178	78	47.433	39,7	59,7	50,3
2004	17.142	4.153	23.549	27.702	139	71	45.054	38,0	61,5	61,6
2005	15.710	3.806	24.648	28.454	81	93	44.338	35,4	64,2	81,1
2006	15.753	3.949	25.976	29.925	91	125	45.894	34,3	65,2	90,0
2007	14.308	3.921	26.272	30.193	45	144	44.690	32,0	67,6	111,0
2008	14.650	3.881	28.468	32.349	74	153	47.226	31,0	68,5	120,8
2009	14.851	3.875	29.658	33.533	60	135	48.579	30,6	69,0	125,8
2010	14.047	4.071	30.912	34.983	62	111	49.203	28,5	71,1	149,0
Total	144.174	36.412	236.010	272.422	833	985	418.414	34,5	65,1	89,0
Δ%	25,5	-0,7	35,3	29,8	-39,8	48,0	7,0			

Fonte: SIM/SVS/MS (Mapa da Violência 2012)
* Soma das categorias preta e parda

Fonte: Waiselfisz, 2012.

Conforme a tabela de dados do SIM (Sistema Integrado de Mortalidade) de 2012, a vitimização do negro no Brasil fornece um retrato alarmante do crime no Brasil. Se no Brasil o negro marginalizado pela pobreza é estigmatizado como um criminoso em potencial, os dados revelam que são eles os mais afetados pela criminalidade. Em 2010, as vítimas negras (assim considerando os negros e os pardos) de homicídios no Brasil totalizaram mais de 71% . Os dados revelam, que se o crescimento das taxas de homicídio no Brasil, conforme visto no capítulo anterior não seguem um padrão de crescimento linear, as taxas de vitimização do negro no Brasil sim, cresce linearmente e exponencialmente, sendo abismal a diferença em relação à vitimização do branco.

Além disso, considerar que a população carcerária brasileira é composta de uma maioria negra ou parda, simplifica demais uma questão de alto grau de complexidade, mais do que traduzir que mais negros marginalizados cometem crimes, remetem à percepção que o controle dos instrumentos repressivos sob essas camadas excluídas opera de forma mais rigorosa.

Analisando a realidade americana, Wacquant (2003, p.116) observa:

Mas no gueto negro é também a área em que a presença da polícia é particularmente densa, o tráfico ilegal é fácil de identificar, as elevadas concentrações de jovens portadores de antecedentes criminais oferecem uma presa fácil e a impotência dos moradores confere uma ampla latitude à ação repressiva. Não é, pois, a guerra às

drogas per se, mas sim quando essa política é usado e o seu emprego seletivo num quadrante restrito, localizado bem na base do espaço urbano e social, que contribui para superlotar as celas estadunidenses e rapidamente “escurecer” seus ocupantes.

No Brasil, de construção social diferente da estadunidense, no lugar dos guetos, se pode falar das favelas e zonas periféricas, que são frequentemente negligenciadas pelo Estado, em termo de políticas sociais inclusivas, mas que são os grandes alvos do controle e da repressão do aparato policial estatal, criando uma situação de desencanto dos seus moradores com o Poder Público, que apenas aumenta o distanciamento e a segregação.

Não obstante, as classes incluídas na sociedade globalizada, socialmente e politicamente, conseguem se impor também perante o sistema de política criminal, imunizando as próprias ilegalidades e determinando a concentração das forças punitivistas sobre os ombros das camadas sociais fragilizadas pela própria exclusão (BUDÓ, 2013).

Não há então natureza criminosa, mas jogos de força que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão: pobres, os magistrados de hoje sem dúvida povoariam os campos de trabalhos forçados; e os forçados, se fossem bem nascidos, tomariam assento nos tribunais e aí distribuiriam justiça. (FOUCALT, 2013, p. 274)

Segundo esse raciocínio, é possível compreender “as regularidades da presença desproporcionada de membros dos estados mais desfavorecidos nas estatísticas oficiais da delinquência, ou entre os clientes das instâncias formais de controle” (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 387). Essa camada social privilegiada controla o próprio processo de manipulação da legislação penal, fazendo valer uma “distribuição diferenciada da imunidade” (DIAS; ANDRADE, 1997), importando em uma capacidade de resistência diante do controle estatal que depende sobremaneira da posição sócio econômica do interessado.

Segundo CALLEGARI (2010) existe não um processo de seleção de condutas criminosas, mas sim de pessoas que receberão o rótulo de “delinquentes”.

No mesmo sentido, Dias e Andrade (1997, p. 265) assevera que:

[...] o que ocorre é que a criminalização é, com regularidade, desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Desta forma, os pobres não têm uma maior tendência a delinquir, mas sim a serem criminalizados. De modo que a minoria criminal da Criminologia positivista opõe-se a equação maioria criminal x minoria pobre regularmente criminalizada.

Dá-se essa rotulação em decorrência da desigualdade social, pois os grupos detentores da maior parcela de poder possuem a capacidade de impor ao sistema uma impunidade

praticamente absoluta das suas próprias condutas criminosas (CALLEGARI, WERMUTH, 2010).

É diante desse quadro que Vera Andrade conclui que o sistema penal da pós-modernidade descumpre as consagradas promessas da modernidade, relativizando a igualdade perante a Lei frente à da nova ordem de neutralização seletiva.

Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua, e a clientela do sistema penal é composta regularmente e em todos os lugares do mundo por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais, isso indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinquente e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime. (ANDRADE, 2009, p. 267)

A esse respeito, sobre a realidade da América Latina, Aniyar de Castro (2005) conclui que impera um sistema penal subterrâneo, em que a desigualdade social e a falta de cumprimento dos direitos sociais assegurados constitucionalmente conduzem à impossibilidade de aplicação de um Direito Penal isonômico, de forma que procedimentos dos órgãos de controle formal são estigmatizantes para uma parcela da sociedade que sobre eles não exercem poder no cenário político.

Não demanda reflexão mais complexa a percepção de que a instalação de um banco de dados genéticos atende aos interesses da política de neutralização ou incapacitação seletiva como forma de controle social da criminalidade. A manutenção de um banco de dados da população carcerária condenada pela prática de crime hediondo ou com violência serviria ao Estado Penal como um banco de dados de prováveis delinquentes, propiciando um catálogo não apenas de criminosos condenados, mas de sujeitos alvos catalogados e classificados alçados a categoria daquilo que Jakobs definiu como inimigo (JAKOBS, 2012).

No que tange o uso de perfis genéticos para fins de persecução criminal, faz perigo o uso da genética para estigmatizar determinados grupos ainda mais, dessa vez tendo um fundamento científico que se apresenta como fonte legitimadora. Assinala Wacquant (2003, p. 243-245):

As forças que pretendem frear a expansão vertiginosa dos bancos de dados genéticos em matéria policial e penal – como também, aliás, no domínio do seguro, emprego e dos litígios civis, e na determinação de paternidade – travam um combate de retaguarda que parece perdido por antecipação, tamanho é o fascínio por essa nova técnica de identificação e vigilância

[...]

Na teoria, o fichamento genético permite, supostamente, focar a mira do sistema penal sobre os criminosos empedernidos e os muitas vezes reincidentes, e, portanto

reduzir seu “impacto colateral”. Na realidade, sua generalização traduz-se por um alargamento sem precedentes da vigilância e do controle indiretos, bem como o seu prolongamento por uma duração indefinida.

Deve-se considerar que apesar de a Lei 12.654/2012 restringir a extração do perfil genéticos a dados que forneçam apenas o sexo e a identificação, o material genético é um dado revelador, podendo fornecer informações que conduzam a conclusões precipitadas ou equivocadas. Exemplo disso ocorreu, em meados da década de 60 do século anterior quando estudos genéticos relacionados à síndrome cromossômica de Jakobs, definida pela existência de um cromossomo Y extra em cada célula “após alguns estudos indicarem que a frequência de homens XYY era maior em presídios do que na população em geral, os portadores de cromossomo Y passaram a ser discriminados, mesmo que não apresentassem comportamento agressivo ou criminoso” (JACQUES; MINERVINO, 2007/2008, p. 18).

Tomando por base unicamente esses dados, chegou-se a conclusão de que indivíduos portadores dessa síndrome estavam mais propensos a criminalidade, tornando-os sujeito alvo de preconceito, estigmatizando ainda mais uma doença que por si só já atrai uma carga pesada de preconceito. De forma análoga, catalogar geneticamente os presos no Brasil pode aumentar o estigma da população excluída da sociedade pós-moderna brasileira, agregando ao negro, ao pobre e ao marginalizado socialmente que compõe nossa população carcerária uma carga genética ao comportamento delitivo.

Além disso, no Brasil, assim como na maioria da América- Latina, suplantar o Estado do Bem-Estar pelo Estado Penal é um processo que se funda em premissas equivocadas, porque o Brasil não experimentou plenamente o previdenciário penal. A sociedade brasileira não desenvolveu sua estrutura de consumo fundada no assistencialismo do Estado, assim como o Direito Penal aqui nunca assimilou e reproduziu de forma plena os ideais de Estado do Bem-Estar penal. Conforme já foi dito, o Brasil tende a copiar modelos de nações em diferente grau de desenvolvimento, e se nelas os resultados já são questionados, no Brasil a neutralização seletiva e a política de controle criminal suscita críticas ainda mais profundas.

Nesse processo de transição para uma cultura de controle criminal, mister ressaltar o papel das classes médias instruídas e profissionais, que no pós-guerra assumiram uma postura civilizada em relação à política criminal, buscando sempre dissociarem seu posicionamento dos das “mentes pequenas” da elite burguesa e das classes mais baixas. Segundo Garland, em algum momento pós Estado do Bem-Estar social, dois processos culminaram na inversão de posição no debate da política criminal: a opinião popular fortaleceu-se e penetrou o imaginário das classes médias profissionais, enquanto esta passou a defender o fortalecimento

de medidas punitivas na medida em que o crime passou a mais e mais adentrar os lares de classe média (GARLAND, 2008)

A classe média nas sociedades latino-americanas foi deteriorada porque nessas sociedades a polarização da riqueza na sociedade de consumo foi ainda mais polarizada, forjando o surgimento de uma classe média que cobra a normatização do Direito Penal, sem, entretanto estar aprofundada o suficiente para entender plenamente que normas são essas. Nesse sentido, Raúl Zaffaroni (2007, p. 72):

São anômicos patéticos, que clamam por normas e, desconcertados, acabam entrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano, que aparece com o prestígio de uma sociedade invejada e admirada. Esse discurso permitirá um maior controle sobre estas mesmas classes médias, especialmente porque são as naturais provedoras de futuros dissidentes.

A partir desse discurso social, impulsionado pela mídia e pelo próprio discurso do risco e do medo, o populismo ingressa nas estruturas do Direito Penal, forjando uma produção legislativa e jurisdicional anômalas, onde leis e decisões penais são tomadas não com base no que podem realmente fazer pela política criminal de um país, mas na reação da sociedade e no apaziguamento dos ânimos e temores.

4.2 A Mídia e o Reforço Populista como Autorizadores da Lei 12.654

Um dos instrumentos mais eficazes para promover essa cultura do controle pelo Direito Penal da qual tratamos no item antecedente é a mídia ou meios de comunicação de massa. Coube à mídia trazer às nossas vidas cotidianas a relevância dos crimes. A exibição exaustiva de crimes pelos meios de comunicação contribui para o sentimento de insegurança, além de gerar uma identificação social generalizada com a figura da vítima. Dessa forma, o público responde não ao crime e nem às estatísticas acerca desse, mas à representação midiática que o crime toma (GARLAND, 2008). Diante da proporção que os crimes ocupam nos meios de comunicação em massa, a sociedade adere em peso ao discurso por mais “mais segurança” e mais intervenção punitiva e tais demandas refletem diretamente nos poderes públicos, que representam os interesses dessa sociedade e que respondem com promessas ou projetos legislativos que recrudescam a intervenção penal (CALLEGARI; WERMUTH, ENGELMANN, 2011)

Peculiar a constatação, de que sob a égide da teoria do risco de Beck, que leciona o surgimento de um catálogo de novos e imprevisíveis medos, surge um sentimento de

insegurança direcionado aos riscos clássicos e dissociados do processo de globalização. A sensação generalizada de insegurança sobre a qual foi discorrido alhures, recai precipuamente sobre o medo de “tornar-se vítima de um delito “clássico”- crimes contra a vida, contra a integridade física, contra o patrimônio.” (WERMUTH, 2011a, p.70). Se o discurso do risco é fonte do medo, peculiar que a fonte maior da insegurança social seja não o risco pós-moderno, mas o medo da “criminalidade de rua” (SILVA SÁNCHEZ, 2013a).

O desmantelamento do modelo do Bem-Estar foi acompanhado de um choque entre realidades distintas porém interligadas: de um lado existe uma sociedade do consumo em que tudo parece estar alcance de todos no shopping center mais próximo, de outro um bolsão de desempregados e subempregados que são marginalizados e marginalizam a si mesmos pela exclusão desse processo de acumulação de bens não essenciais. Nesse contexto, esse modelo de “criminalidade de rua”, para Silva Sánchez (2013a), torna-se em realidade uma nova forma de criminalidade organizada que se manifesta principalmente nos grandes centros urbanos onde indivíduos marginalizados, inclusive menores de idade, se dedicam à prática de uma chamada “delinquência de apossamento” que se traduz em crimes contra o patrimônio, como por exemplo furtos e roubos de veículos, em residências ou em conduta que recaia justamente sobre os bens de consumo associados a um status no contexto da sociedade de consumo, tal qual o celular da moda, os tênis invejados, ou, até mesmo armas de fogo.

Assim, a par do Direito Penal criado para prevenção dos “novos riscos “da sociedade contemporânea, desenvolve-se um crescente interesse por aspectos microsseguritários como as inseguranças relacionadas à “pequena delinquência” que passa a fazer parte do catálogo de medos dos cidadãos, em função da sua proximidade para com eles. (WERMUTH, 2011a, p. 71).

Diante desse quadro, para Ripolles (2007), surge o paradigma da segurança cidadã, conforme já mencionado, preconizando a necessidade de não apenas combater os novos riscos por meio de novas construções jurídicas, mas também de responder de forma imediata e cabal às forças de delinquência, provenientes da marginalização social e da desigualdade econômica. Nesse contexto, considera que esse modelo da segurança cidadã “vampiriza” o discurso da sociedade do risco, estabelecendo uma “relação de igualdade entre a segurança diante dos novos riscos desencadeados pelo progresso tecnológico e o sentimento de insegurança corriqueira, ligado ao medo de ser vítima de um crime durante o desempenho das atividades cotidianas” (RIPOLLÉS, 2007, p. 149-150, tradução nossa). Ou seja:

Las vías de acceso del discurso de la seguridad ciudadana al discurso de la sociedad del riesgo vienen constituidas en su mayor parte por una serie de

equiparaciones conceptuales que, basándose em la equivocidad de ciertos términos, tratan como realidades idênticas unas que presentan caracteres muy distintos e incluso contrapuestos. En resumidas cuentas, se da lugar a que el discurso de ley y orden parasito conceptos elaborados en otro contexto.

[...]

equiparar los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías com aquellos assentados em la vida cotidiana como consecuencia de la crescente presencia de bolsas de desempleo y marginación supone aludir a dos fuentes de riesgo radicalmente distintas em su origen, agentes sociales que las ativan, naturaliza objetiva e subjetiva de los comportamientos, e consecuencias nocivas producidas objetiva e subjetiva de los comportamientos, y concecuencias nocivas producidas. Su vinculación, más allá de que puedeni ambas dar lugar a condutas delictivas, se susenta únicamente en la amplitud semântica del término riesgo, pero no parece estar em condiciones de rendir frutos analíticos. (RIPOLLÉS, 2007, p. 149-152).

Essa sensação socialmente generalizada de insegurança e medo torna-se um objeto de grande valor para os instrumentos de comunicação em massa, que se aproveitam da fragilidade diante do enfrentamento da sociedade da incerteza pra fomentar esse sentimento, representando a questão do crime como um quadro desesperador de insegurança cidadã, mas evitando adentrar na essência da questão (CALLEGARI, 2010). A exposição do crime é feita tendo em vista os índices de audiência, e, diante da crise da democracia partidária, a mídia assume uma função de representação social que não atende ao ideal finalístico do bem comum, tornando-se, conforme as lições de Bordieu (1997, p. 65), “pequenos diretores de consciência que se fazem, sem ter que forçar muito, os porta-vozes de uma moral tipicamente pequeno-burguesa, que dizem ‘o que se deve pensar’ sobre o que chamam de ‘os problemas da sociedade.’”.

Entretanto, sobre a premissa difundida de que a mídia tem uma postura de objetividade e neutralidade diante da notícia (BUDÓ, 2013) os meios de comunicação em massa podem transformar a realidade social, mobilizando-a, de tal forma que possibilita

[...] fazer existir ideias ou representações, mas também grupos. As variedades, os incidentes ou os acidentes cotidianos podem estar carregados de implicações políticas, éticas etc. capazes de desencadear sentimentos fortes, frequentemente negativos, como o racismo, a xenofobia, o medo-ódio do estrangeiro, e a simples narrativa, o fato de relatar, to record, como repórter, implica sempre uma construção social da realidade capaz de exercer efeitos sociais de mobilização (BORDIEU, 1997, p. 28).

Nesse contexto, o crime é representado midiaticamente não como um acontecimento objetivamente relatado, mas como um produto a ser vendido para os consumidores vorazes que alimentam a própria insegurança alimentando-se de altas doses diárias de sensacionalismo criminal. Nesse contexto, a mídia que vende o crime e a sociedade que o consome tornam-se legisladores e juízes penais, que confiam ao e cobram do Direito Penal a

solução final para os aplacar o medo do crime que os assolam, conduzindo àquilo que aqui se passará a chamar de populismo penal:

[...] importante consequência da “midiatização do medo da criminalidade” é a sua influência na política, redundando na elaboração de legislações que, atendendo aos clamores midiáticos, cada vez mais alargam o âmbito de interferência do Direito Penal na vida social, bem como incrementam o seu rigor na tentativa de “tranquilizar” a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança” por meio da atuação do sistema punitivo (CALLEGARI, WERMUTH, 2010, p. 50).

Segundo Pratt (2002), o populismo se refere a algumas características advindas de um processo de transformação dos sistemas penais de alguns países. Sobre sua conceituação refere que:

Populismo nos diz os modos pelos quais criminosos e prisioneiros são vistos como favorecidos às expensas das vítimas de crimes e em particular daqueles que seguem as leis em geral. Isto alimenta as expressões de raiva, desencantamento e desilusão com o sistema criminal vigente (PRATT, 2002, p.12).

Influenciado pelo discurso midiático e pela sensação de desencanto com as instâncias oficiais de controle do crime, fomenta-se o discurso populista que vulgarmente pode-se resumir na premissa de que a ordem está sendo invertida e os indivíduos que rompem com a Lei estão sendo beneficiados às expensas das vítimas inocentes. Em sentido oposto, prega-se a necessidade de endurecer as punições para proteger a sociedade.

Sobre o populismo penal e a influência midiática nesse processo, preceitua Gomes (2012a, p. 2):

É disso que decorre, em grande parte, o aumento da criminalidade (tradicional) que gera (cada vez mais) insegurança; mais insegurança gera mais medo; mais medo (gerenciado pela mídia) gera mais demanda punitivista; mais demanda punitivista gera mais populismo penal, ou seja, mais exploração da emotividade popular decorrente do delito, com postulação de mais penas, mais rigor punitivo etc. Quanto mais o Estado perde sua capacidade para gerenciar os conflitos sociais, mais se torna punitivo, porque os políticos se tornam impotentes para resolver tais conflitos. Essa impotência política e econômica se transforma em potência penal, turbinada pelo populismo penal (midiático), que é a única que pode cumprir o papel simbólico de tranquilizar (ilusoriamente) a população. Quem não tem muito que oferecer em termos de segurança para a população, só pode fazer o que os mágicos fazem: iludir o espectador (valendo-se do poderoso auxílio da mídia).

Assinala ainda o autor que:

Há muitos anos estamos assistindo no Brasil ao paroxismo (extrema intensidade) do extravagante e bárbaro espetáculo midiático promovido pelo populismo penal, que

constitui o eixo da chamada “Criminologia midiática”, que explora à exaustão o “catastrófico”, o “ridículo”, o “aberrante”, o “sanguinário”, havendo amplo apoio popular a essa absurda hiperdimensão dos fatos, com a edição de chocantes imagens, que incrementam a cultura do medo e da violência. (GOMES 2012b, p. 2).

Reiner (2004) trata da representação midiática do crime na Europa, mas que não em muito difere-se da conjuntura brasileira:

as notícias e histórias de ficção são proeminentes em toda mídia [...] A proporção de diferentes crimes é representada inversamente às estatísticas oficiais [...] Os riscos de ser atingido por um crime são retratados pela mídia quantitativa e qualitativamente mais sérios do que as estatísticas produzidas. Há uma tendência clara em criticar as leis em termos de efetividade, justiça e honestidade [...] As vítimas individuais e seus sofrimentos dão o destaque para as histórias de crimes.

Dentro do cenário do populismo penal, a mídia influencia o sentimento popular, que por sua vez cobra do Estado uma postura positiva no sentido de aumentar o punitivismo e combater o crime com máximo rigor. Nesse contexto, a política criminal torna-se parte integrante do discurso eleitoral, levando ao processo de politização do Direito Penal, no qual a política criminal e o Direito Penal convertem-se em instrumentos políticos (CALLEGARI; WEMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 32).

A esse respeito assevera Garland (2008, p. 57-58):

O processo de formulação das políticas se tornou profundamente politizado e populista. As medidas são tomadas de tal maneira que aparentam valorizar a vantagem política e a opinião pública, em detrimento da opinião de especialistas e do resultado em pesquisas
 [...] há algumas décadas a opinião pública funcionava como um freio ocasional das iniciativas políticas; agora, ela serve de fonte privilegiada. A importância da pesquisa e do saber criminológico foi rebaixada, e em seu lugar outorgou-se nova deferência à voz da “experiência”, do senso comum, daquilo que todo mundo sabe.
 [...] o centro de gravidades político se deslocou e em um novo e rígido consenso se formou em torno de medidas penais hábeis que sejam percebidas pelo público como duras, hábeis e adequadas.

O afã para satisfazer, antes dos demais, as demandas populares (por mais superficiais que sejam), impulsionou os partidos políticos e seus membros para uma disputa para demonstrar quem tem propostas ou medidas mais duras no combate ao crime, comprometendo a identidade ideológica do político (RIPOLLÉS, 2007).

Sob às premissas do populismo penal, os políticos são cobrados pela sociedade que constitui seus eleitores por legislações mais incisivas no combate ao crime, e, por consequência, os políticos aperceberam-se que legislar em matéria de política criminal, se o

objetivo for seu enrijecimento, angaria repercussão midiática que se traduz em aprovação popular, que posteriormente pode ser traduzida em votos. Dessa forma, “conseguem obter capital político por meio da demonstração exemplar da atividade da prática legislativa e da Justiça Penal”.(CALLEGARI; WERMUTH; ENGELMANN, 2012, p. 32).

Uma pesquisa realizada pelo IBOPE em parceria com a Confederação Nacional das Indústrias no ano de 2001 chamada “Retratos da Sociedade Brasileira: Segurança Pública” traduz bem como tem operado a opinião pública brasileira em relação ao trato jurídico- penal do crime. Nessa pesquisa 2002 pessoas foram entrevistadas e pode-se resumir alguns dados relevantes a esse trabalho da seguinte forma:

- a) “Para reduzir a criminalidade, 83% dos entrevistados concordam total ou parcialmente com a adoção de uma política de tolerância zero, em que todo tipo de infração ou ilegalidade sejam punido.”(Pesquisa..., 2011, p. 24)
- b) “Dentre os entrevistados, 79% concordam total ou parcialmente que penas mais rigorosas reduzem a criminalidade. (Pesquisa..., 2011, p. 25)
- c) “69% dos entrevistados são favoráveis à prisão perpétua.” (Pesquisa..., 2011, p. 26)
- d) “80% são a favor total ou parcialmente do monitoramento eletrônico, como por exemplo, o uso de braceletes ou tornozeleiras com GPS”.(Pesquia..., 2011, p. 27)
- e) “Dentre os entrevistados, 83% concordam que a responsabilidade penal somente após os 18 anos tem incentivado o uso de menores em crimes”. (Pesquisa..., 2011, p. 28)
- f) “A população mostrou-se dividida diante da frase “A violência dos criminosos justifica uma ação violenta dos policiais”. Metade da população concorda com a afirmação (apenas 25% totalmente), enquanto 36% discordam (19% totalmente)” (Pesquisa..., 2011, p. 29)

Estatísticas como essa, sem que seja alvo de um trabalho cognitivo reflexivo por especialistas na área que as contextualizem e adequem, fertilizam o campo do populismo penal em busca de medidas que se adequem não ao que a sociedade precisa, mas ao que a sociedade quer. Para Ripollés (2007), não é que o Direito deva ficar alheio às demandas sociais, pelo contrário, mas questiona que as experiências e percepções sociais da realidade conduzam a uma legítima criação e aplicação do Direito sem intermediários que valorem e reflitam sobre esse processo. Nesse contexto, as opiniões dos especialistas são suplantadas pela opinião da mídia que supostamente representa o sentimento da sociedade.

Sobre a juridicização da opinião pública e o discurso da insegurança, resume Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 85):

A crescente sensação de incerteza acaba se convertendo em uma demanda social sempre crescente e especificamente normativa por segurança, que reclama, além da proteção objetiva diante dos riscos, a sensação de confiança nessa proteção. Alcançar a segurança torna-se finalidade dominante da ordenação da vida social. Em linhas gerais, o binômio risco-segurança, isto é, a aversão ao risco e a aspiração à segurança, é responsável pela reivindicação dos indivíduos em face do Estado, para que este lhe ofereça proteção.

Outro questionamento suscitado em termos de populismo penal é o fato do Judiciário ser duramente atacado com fundamento não na Lei propriamente dita, mas no populismo penal. Não é raro, juízes, advogados e demais profissionais do Direito são figurativamente apedrejados como consequência desse discurso populista punitivista. Nesse contexto, a mídia também supostamente representa o sentimento popular de “cansaço” e não aceitação da impunidade. Cotidianamente, juízes que proferem decisões não punitivas são publicamente condenados, servindo como exemplo para os demais juízes do que popularmente considera-se uma decisão aceitável. Nesse sentido, confia-se na capacidade dos Tribunais superiores resistirem aos apelos populistas e atuarem como verdadeiras instancias de resistência constitucional. Assinalam Toron, Willardi e Bottini (2011):

É, sim, perfeitamente possível e legítimo criticarem-se as decisões judiciais de que grau sejam. Inadmissível, porém, é a desqualificação dos juízes e dos tribunais quando tomam decisões que não seguem a vontade dita popular. Não sucumbir aos apelos de uma espécie de populismo penal, que busca haurir a legitimidade da jurisdição penal na vontade do povo, representa o ponto culminante da razão de ser do Judiciário independente numa democracia constitucional.

Quando se trata do uso do DNA na investigação criminal, os meios de comunicação de massa trouxeram ainda o que Barbara Prainsack chamou de ‘CSI effect’. A indústria do cinema e da televisão incutiram no imaginário de seu público o conceito de infalibilidade da ciência forense na atividade de investigação, com o DNA protagonizando os meios probatórios, muitas vezes negligenciando outros instrumentos de prova. (PRAINSACK, 2010).

Conforme assinalado no capítulo anterior, o DNA e a utilização de suas habilidades dentro da perícia criminal foram expostos exhaustivamente pela mídia e pela ficção, em particular norte-americana, de forma que a apropriação dessa tecnologia pelo Direito brasileiro, já surge imbuída de um caráter de inclusão na ordem criminal mundial, como se utilizar essa tecnologia fosse equivalente a pertencer a uma cultura moderna de enfrentamento ao crime, enquanto o *status* anterior de não incluído nas venturas dessa tecnologia reportasse

a uma ideia de atraso.

Para além da certeza jurídica, o recurso aos bancos de dados genéticos remete a uma situação de incerteza. A representação midiática ocupa-se de divulgar casos emblemáticos em que a tecnologia genética foi essencial para a descoberta e culpabilização de inúmeros inimigos da sociedade, mas não expõe a contento os casos em que a tecnologia genética expôs as falhas da Justiça, ou foi ela própria causadora de falhas. Foi justamente nesse contexto das falhas da Justiça Criminal que em 1992 foi criado o “Projeto Inocência” com o objetivo de corrigir erros do sistema jurídico norte americano. Hoje, as quase 300 pessoas libertadas após a comprovação do seu injusto encarceramento não alegra os seus idealizadores (FONSECA, 2013), até mesmo porque algumas das condenações equivocadas partiram da compreensão limitada do júri, quanto à relevância de análises genéticas ou partiram da utilização de parâmetros insuficientes para se determinar uma coincidência de perfis genéticos (LYNCH et al., 2008).

Os entusiastas da Lei 12.654 de 2012 endossam o poder da genética dentro da ciência forense, destacam que o DNA não é necessariamente uma prova contrária ao réu, vez que pode servir para exonerá-lo das acusações, no entanto, Cláudia Fonseca, ao se referir ao Projeto Inocência relembra que a ausência de uma legislação brasileira que autorizasse a instalação de bancos de dados genéticos, para fins criminais, não proibia a realização de um projeto similar no Brasil, posto que a utilização da intervenção corporal já era aceita se fosse voluntária ou se fosse instrumento de prova a favor do réu (FONSECA, 2013). A ausência de um projeto público ou privado que utilizasse DNA não como instrumento de punição e encarceramento, mas como meio de corrigir injustiças, remete ao populismo penal que permeia nossa legislação mais recente. A Lei Penal não foi criada para promover a legalidade e a Justiça, entretanto foi sancionada e aceita socialmente quando remete à repressão punitiva.

Ao que parece, o debate público necessário torna-se uma questão maniqueísta de aceitar ou rejeitar a Lei, que conduz a uma separação maniqueísta e populista de que aqueles que se preocupam com as garantias fundamentais e os direitos humanos dos investigados e sentenciados atingidos pela utilização dos dados genéticos na identificação criminal estão ao lado dos bandidos e a favor da criminalidade (FONSECA, 2013).

Diante desse quadro e, principalmente, diante do contexto da Sociedade do Risco, ainda faz-se necessário confrontar se a Lei 12.654 de 2012 foi uma construção jurídica simbólica atendendo ao populismo midiático e à politização do Direito Penal, ou se, tal qual o discurso que a autorizou, ela faz parte de uma necessária expansão do Direito Penal diante da necessidade de novos aparatos jurídicos que neutralizem os riscos da criminalidade de forma

mais eficaz.

4.3 Direito Penal Simbólico ou discurso de expansão frente à (in)segurança da sociedade diante da crise paradigmática dos modelos de intervenção penal

O marco teórico da produção dos riscos e seu enfrentamento identifica uma contradição central que incrementa o debate jurídico: a necessidade de adaptação do Direito Penal diante dos riscos e a preservação dos princípios e garantias clássicos. A instalação de um banco de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil através da Lei 12.654 de 2012, além de suscitar dúvidas pertinentes à temática do eixo de proteção individual da pessoa humana no processo penal, fomenta divergências sobre o discurso que a legitimou.

Por trás da intervenção penal e do modelo que esta segue existe um discurso que a legitima em consonância com o marco histórico e social. Nesse sentido, o Direito Penal deve se assentar em uma identidade cultural que o conceba como produto de um processo histórico, prescindindo de adequação com o marco temporal e espacial que o regula (DONINI, 2010). Nesse contexto, Ripollés (2007) se refere a uma crise dos modelos vigentes de intervenção penal, ou seja, na crise do modelo garantista e do modelo ressocializador.

O modelo garantista se confunde com o “Direito Penal mínimo”, e segundo Ripollés (2007) suas características resumem-se em quatro premissas principais:

- a) a limitação da eficácia da norma e da sanção penal como instrumentos genuinamente de intervenção. O modelo garantista se funda em um contexto social mais amplo em que o subsistema penal deve ter objetivos coincidentes com os das demais instâncias de controle. Nesse modelo, o sistema Penal interage com sistemas como família, escola, relações profissionais e sociais, para juntos condicionarem o comportamento social;
- b) a redução da intervenção penal aos âmbitos mais essenciais para a vida em sociedade. É premissa basilar do modelo garantista que o Direito Penal só atue frente à lesões significativas a bens jurídicos igualmente relevante e em caráter subsidiário, ou seja, quando os demais sistemas não forem mais eficazes;
- c) o modelo garantista tem por natureza desconfiar do Estado-juiz. Corolário ao liberalismo como movimento emancipatório, o modelo garantista considera função penal a de defender o cidadão, delinquente ou não, da arbitrariedade estatal;
- d) existência de limites transcendentais ao uso da força punitiva no momento da execução da sanção penal, traduzindo o ideal de preservação da dignidade da

pessoa humana através da aplicação de penas proporcionais e que assegurem ao cidadão a manutenção de sua integridade e dignidade, vedando a aplicação de penas cruéis e contribuindo, ou, pelo menos, não atrapalhando no processo de futura reinserção do apenado à sociedade livre.

Entretanto, o modelo garantista demonstrou ser ineficaz e anacrônico por não ter se permitido renovar diante do surgimento da forma social típica da Sociedade do Risco. Se ele foi paradigmático na construção de um modelo jurídico típico do Estado Liberal, sua inamovibilidade e dificuldade de adaptação diante da alteração da conjuntura social e da conjuntura da própria criminalidade forjou a crise de sua legitimidade diante do ideal de eficiência típico da pós-modernidade.

Assinala Ripollés (2007, p. 102):

[...] El garantismo se ha servido machaconamente de un principio tan poliédrico y confuso como el de intervención mínima para descalificar un buen número de iniciativas de activación del derecho penal que luego, sin embargo, han mostrado eficacia o efectividad aceptables sin que , por lo demás hayan puesto em pelligro pincipios básicos.

O modelo ressocializador, característico do Estado do Bem-Estar social (e penal), tem como pauta principal a busca da reintegração do delinquente no seio social. Nesse modelo inicialmente se buscava o componente preventivo do crime através da intimidação ou do reforço ao sentimento social de adesão por meio do comportamento dentro da Lei. Para esta finalidade certos princípios clássicos podiam ser derrubados se justificados pela especificidade de cada caso através da análise social e comportamental do delinquente e da avaliação de sua real (ou não) recuperação e reabilitação (RIPOLLÉS, 2007). Dessa forma, o tratamento do crime prescinde da atuação de especialistas, não só da área penal mas também da área comportamental. (RIPOLLÉS, 2007)

O modelo ressocializador entrou em crise primeiramente pela já explanada crise do modelo do previdenciarismo penal. De outro lado, sofreu críticas relacionadas à relativização de garantias individuais, assim como em relação a sua dependência da interferência demasiada na personalidade humana (RIPOLLÉS, 2007)

Por fim, pode-se resumir a crise dos modelos supracitados de intervenção penal na ineficiência e insuficiência desses para combaterem os riscos da sociedade pós-moderna e para aplacarem o sentimento de insegurança social. Assim, o modelo que José Luis Díez Ripollés (2007, p.70) chamou de modelo “*de la seguridad ciudadana*” corresponde ao modelo típico da gestão dos riscos através de uma revisão dos valores penais e do

acolhimento e aceitação da expansão do Direito Penal. Se modelo penal moderno foi concebido do ponto de vista da mínima intervenção, o movimento que se encontra na sociedade do risco se funda na expansão (MACHADO, 2005).

Diante do enfrentamento dos riscos e da suplantação o modelo garantista por ocasião da expansão do Direito Penal, preceitua Hassemer (1993, p. 635-646):

Las nuevas incriminaciones en la Parte Especial del Código Penal y de la legislación penal especial conllevan una importante ampliación del Derecho Penal, reduciendo en consecuencia la importancia de su núcleo tradicional. El Derecho Penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad e de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad. Com ello se pierde su posición en el conjunto del Ordenamiento jurídico y se aproxima a las funciones Del Derecho civil o administrativo.

En relación con esto aparece la tendencia antes mencionada de utilizar el Derecho Penal no como ultima, sino como primera o sola ratio, haciéndolo intervenir, en contra del principio da subsidiariedad, siempre que parezca rentable políticamente(...) Las ventajas que en el Derecho Penal clásico ofrecían las reacciones jurídico penales, el distanciamiento igualitario y la proporcionalidad pasan a un segundo plano. En lugar de respuesta al delito y retibución justa del mismo, se pone el acento en la prevención del delito futuro o de futuras perturbaciones de grand magnitud. Dicho de tal forma gráfica, el Derecho Penal ya no se preocupa tanto cuna respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro.

Para Ripollés (2007), no ordenamento espanhol o modelo garantista está sendo suplantado pelo modelo da segurança cidadã, na qual o paradigma da garantia é substituído pelo da eficácia. Nesse sentido, o Direito Penal insurge-se como mais hábil que os demais mecanismos jurídicos. Dentro dessa perspectiva, se podem situar os ensinamentos de Silva Sánchez sobre as velocidades do Direito Penal, que leva a conclusão preliminar de que se está vivenciando uma terceira velocidade do Direito Penal.

Na formulação do doutrinador Silva Sánchez (2013b) coexistem dois modelos político criminais: o Direito Penal nuclear, onde seriam mantidos os princípios e garantias fundamentais, e o Direito Penal periférico, no qual ocorreria a supressão ou flexibilização desses princípios afim de tutelar os novos riscos. Com isso, a proteção dos bens jurídicos pessoais e individuais seria operada de forma clássica, preservando as garantias, enquanto a proteção dos novos bens jurídicos supraindividuais dar-se-ia numa zona periférica, onde direitos e garantias seriam relativizados, mas cuja sanção não remeteria à privação de liberdade.

No direito penal de primeira velocidade, o Estado velava pela imposição de pena privativa de liberdade e, concomitantemente, pela conservação das garantias e direitos fundamentais iluministas, tais como o aqui trabalho princípio do *nemo tenetur se detegere*. De um lado é um Direito que conduz a prisão, de outro respeita as garantias individuais, sendo

portanto um processo mais lento. Já o Direito Penal de segunda velocidade, propõe penas alternativas ao cárcere (como as restritivas de direitos, no Brasil), mas aceita a flexibilização de garantias fundamentais. O Direito Penal de terceira velocidade, une o que de mais invasivo cada um dos seus antecessores possui de forma que “a pena de prisão concorre com uma ampla relativização de garantias político criminais, regras de imputação e critérios processuais” (SILVA SÁNCHEZ, 2013b, p. 193).

Ocorre que o Direito Penal de primeira velocidade foi utilizado na tutela da criminalidade clássica e tradicional justamente por preservar as garantias a elas associadas. O Direito Penal de segunda velocidade foi desenvolvido para formas distintas de delinquência cujas consequências, por serem menos danosas ao corpo social, não demandam uma pena necessariamente de restrição de liberdade. Dessa forma, a flexibilização das garantias, se justifica por garantir um processo mais benéfico ao réu, que não o conduza ao cárcere. Aplicar o Direito Penal de terceira velocidade, significa aplicar à delinquência clássica regras que não são a elas necessariamente adequadas, flexibilizando direitos constitucionalmente assegurados, sem a garantia de liberdade, ao final do processo que legitimava a segunda velocidade.

Para Silva Sánchez, “a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas “[...] é, em alguns âmbitos excepcionais , e por tempo limitado, inevitável.” (SILVA SANCHÉS, 2013b, p. 194). O problema enfrentado pela dogmática penal é que a aplicação que poderia e deveria ser excepcional, tem se tornado regra na medida em que se parece viver em um constante Estado de exceção:

Porém, em todo caso convém ressaltar que o Direito Penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de fatos “de emergência”, uma vez que a expressão de uma espécie de “Direito de guerra” com o qual a sociedade, diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação. (SILVA SÁNCHEZ, 2013b, p. 196)

Nesse diapasão, o discurso da insegurança e da guerra que permeia a sociedade do risco conduz a utilização anômala do paradigma da segurança cidadã e da terceira velocidade do Direito Penal. A delinquência comum tem sido combatida com instrumentos de repressão voltados aos delitos típicos da sociedade do risco, sem a devida compatibilização dos ideais de liberdade e manutenção dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Não apenas realidades distintas estão sendo tratadas como equivalentes semanticamente, mas também

estão ensejando o recrudescimento punitivista nas mesmas bases.

A terceira velocidade do Direito Penal incorpora mecanismos de política criminal que se coadunam com a teoria do Direito Penal do inimigo. As propostas estruturais do Direito Penal de terceira velocidade se fundam no reconhecimento de condutas especialmente repreensíveis e da necessidade de assegurar uma reação penal para neutralizá-las (RIPOLLÉS, 2007). Dessa forma, o inimigo de Jakobs (2012) confunde-se com o delinquente da terceira velocidade de Silva Sánchez, de forma que para estes se defendem a relativização dos direitos e garantias penais e processuais penais como consequência da premissa de que o comportamento altamente lesivo desses indivíduos justificam a diminuição de sua capacidade de serem sujeitos de direitos plenos.

Ainda que para Silva Sánchez (2013a), o processo de expansão do Direito Penal na sociedade do risco configure um caminho sem volta ao estado garantista antecedente, a idoneidade do Direito Penal para cabalmente tutelar os novos riscos e promover a segurança tem demonstrado ser no mínimo questionável e a aplicação desmedida dessa expansão e do Direito Penal de terceira velocidade termina assinalando um Direito Penal com função meramente educadora, configurando assim um Direito Penal simbólico (RIPOLLÉS, 2007).

Criticar o Direito Penal do risco não importa em criticar a expansão natural e legítima do Direito Penal, mas em resistir ao implemento do Direito Penal simbólico e do discurso do inimigo penal. A crítica consiste em questionar o fundamento de legitimidade do Direito Penal do risco quando este fracassa em regular os novos riscos tecnológicos e responde aos perigos da delinquência clássica de forma simbólica (MACHADO, 2005).

Silva Sanchez (2013b, p. 455) sustenta que doutrinadores ilustres do Direito Penal defendem a função penal de “educar” os cidadãos, postura com a qual o referido autor não se coaduna

Isso não obstante, não é aceitável, ainda quando pretenda justificar-se com o argumento de que só assim- inculcando atitudes internas favoráveis aos valores do Direito- é possível alcançar (indireta) uma efetiva proteção dos bens jurídicos (*legesvanaesinemoribus*). De fato, com tal proceder se justifica a ingerência do Direito Penal na esfera interna (na estrutura dos valores) do indivíduo, tratando de substituir a ordem de valores que nela preexistia por uma ordem adequada aos valores que se plasmam no ordenamento jurídico. Essa pretensão, contudo, que já foi criticada a propósito da análise dos mecanismos de ressocialização, deve merecer aqui um julgamento igualmente negativo. Por esta razão, acredito ser criticável, como já se afirmou, a doutrina da prevenção geral positiva.

O legislador do Direito Penal simbólico, ultrapassa sua tradicional adstrição à proteção de bens jurídicos relevantes para desempenhar o papel de promoção e educação. No Brasil, se

cita como exemplo de utilização do Direito Penal para a promoção de valores a criminalização do assédio sexual no ano de 2000. Não se discute aqui a reprovabilidade da conduta tipificada nesse crime, mas longe de proteger eficazmente algum bem jurídico, tal criminalização tem como objetivo motriz a ideia de educar, de inculcar nas mentes dos superiores hierárquicos que tal conduta não será tolerada, sob pena de conduzir à sanção mais temida no nosso ordenamento jurídico: o cárcere. Assim, apesar de alguns doutrinadores defenderem que a conduta de assédio sexual comportaria mais pertinência com uma tutela civil, administrativa, ou trabalhista, sua inclusão no rol de condutas típicas penais tem como fundamento principal a simbologia por trás da criminalização de uma conduta. Nesse sentido, assinala Meliá (2012, p. 79-80):

Na parte “especial” deste direito penal simbólico corresponde especial relevância por mencionar somente este exemplo- em diversos setores de regulação, a certos tipos penais nos quais se criminalizam meros atos de comunicação, como, por exemplo, os delitos de instigação ao ódio racial ou os de exaltação ou justificação de autores de determinados delitos. Um exame desta “parte especial” indica com toda claridade que o Direito Penal simbólico não só implica uma colocação em cena por parte de determinados agentes políticos, mas que, ademais, de certo modo é também a sociedade em seu conjunto a que leva a cabo uma (auto) representação: “nós não somos assim” [...] Entretanto, em todo caso, posto que o certo e evidente é que as coisas são justamente ao contrário em tais casos não se confirma uma determinada identidade social, mas que esta se pretende construir mediante o Direito Penal.

Silva Sánchez (2013a, p. 456) considera “inconcebível que o Estado Democrático de Direito aceite pacificamente que as normas penais constituam parâmetro do ético e do não ético”. Assinala que o Direito Penal deve limitar-se a defender os bens jurídicos mediante o cumprimento neutro dos princípios que o legitima e limita, de tal forma que aceitar que alguma instância estatal cumpra esse papel de promoção de valores ético e sociais é por si só tolerável, desde que essa função se de fora do âmbito da intervenção penal. (SILVA SANCHÉZ, 2013a)

Importante ressaltar que os elementos de interação simbólica compõem em certo grau a essência do Direito Penal, como bem observa o autor:

Para se poder abordar o conceito, há que recordar, primeiro, até que ponto o moderno princípio político-criminal de que só uma pena socialmente útil pode ser justa, tenha sido interiorizado (em diversas variantes) pelos participantes no discurso político-criminal. Entretanto, apesar deste postulado (de que se satisfaz um fim, com a existência do sistema penal, que se obtém um resultado concreto e mensurável, ainda que só seja – no caso das teorias retributivas – a realização da justiça), os fenômenos de caráter simbólico fazem parte, de modo necessário, do entrelaçamento do Direito Penal, de maneira que, na realidade, é incorreto o discurso do ‘Direito penal simbólico’ como fenômeno estranho ao Direito Penal (MELIÁ, 2012, p.78)

Na realidade, o desempenho de funções simbólicas é comum a todas as leis, não se restringindo ao Direito Penal. Para Silva Sánchez (2013a, p.458):

[...] costumam-se apontar que as leis podem ter, por um lado, uma “função instrumental”, isto é influir mediante mandatos e proibições eficazes e mediante a aplicação real de suas consequências jurídicas no caso de infração sobre o comportamento de seus destinatários, a fim de obter o efeito desejado, modificar a realidade.

Tendo em vista a conformação com a realidade de que quase todo ordenamento jurídico carrega em si à função simbólica legislativa, o debate controvertido surge primeiramente com a intervenção penal simbólica com a previsão de uma pena (nada simbólica) de restrição de liberdade. Ou seja, para desempenhar um processo mental de atemorização pode-se afligir o acusado com uma pena que concretamente o dispa de sua liberdade. Um segundo problema, dentro do contexto da expansão do Direito Penal verifica-se quando as leis têm função meramente simbólica, ou seja, quando não foi concebida sequer para que fosse verdadeiramente aplicada, mas para que compusesse um discurso retórico político.

Sobre a temática, Meliá (2012, p. 79) ressalta que:

Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito Penal simbólico, quer-se, então, fazer referencia 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, ou dito em uma nova formulação, que há uma discrepância entre os objetivos invocados pelo legislador- e os agentes políticos que conformam a maioria deste- e a “agenda real” oculta sob aquelas declarações expressas.

No mesmo sentido, Silva Sánchez (2013b, p. 459):

As leis podem desempenhar por outro lado, uma função meramente simbólica, que ocorre não na realidade, exterior (porque não se aplicam), mas na mente dos políticos e dos eleitores. Nos primeiros produziria a satisfação de haver feito alguma coisa; nos segundos, a impressão de ter o problema sob controle.

Assim, uma lei simbólica não teria o condão de proteger bens jurídicos, ou sequer de promover um ideal ético e valorativo porque não se destina a ser realmente aplicada, é construída pelo discurso populista legislativo em sua forma mais crua, despido de substrato material ou aplicabilidade real. O problema não reside na função simbólica, mas na sua existência desvinculada com a função instrumental de proteção ao bem jurídico. Assim, verifica-se que o surgimento de leis exclusivamente simbólicas marca o contexto jurídico atual, sem que para isso sejam legítimas. Se de maneira social, ela cumpre seu papel inserido

na visão do populismo penal da sociedade do risco, a longo prazo, quando torna-se óbvia sua inaplicabilidade ou ineficácia, a Lei simbólica põe em cheque toda a confiabilidade no sistema jurídico e atrasa o desenvolvimento jurídico ou não de instrumentos que instrumentalizem a proteção do bem jurídico que ela aparentava tutelar (SILVA SANCHÉZ, 2013a).

E, nesse contexto, a Lei 12.654/2012 incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro a despeito de promover a flexibilização de direitos e garantias fundamentais, a exemplo do *nemo tenetur se detegere*, do direito à intimidade e da presunção de inocência. Diante de terceira velocidade do Direito Penal, as mazelas da delinquência clássica que promovem a sensação de insegurança no Brasil encontram na utilização de dados genéticos para fins criminais um instrumento que relativiza o catálogo de direitos fundamentais sem prejuízo do encarceramento, mas, pelo contrário com vistas a obtê-lo.

A instalação de um banco de dados para fins de políticas criminais no Brasil, nos moldes previstos na Lei 12.654 corresponde não só a utilização da terceira velocidade do Direito Penal, mas também ao que Ripollés (2007) chama que “vampirização” do modelo da segurança cidadã, com a aplicação de um modelo de intervenção penal concebido para combater os riscos da revolução tecnológica, para reduzirem uma criminalidade, que, no Brasil, é precipuamente clássica e patrimonial.

Conforme já mencionado em tópicos anteriores, a Lei dos Crimes Hediondos, exemplifica, no ordenamento jurídico brasileiro, uma produção legislativa forjada pelo populismo midiático e que preceitua a relativização de direitos e garantias fundamentais em virtude da gravidade das condutas previstas no rol dos crimes hediondos. Todavia, a proibição da liberdade provisória foi excluída através da Lei 11.464, de 28 de março de 2007. Por sua vez, a vedação do indulto, determinando o cumprimento integral da pena em regime fechado, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959-7 e permitiu o apelo em liberdade, mediante decisão judicial motivada, em caso de sentença condenatória. Justifica-se essas modificações pelos tribunais superiores não por um processo de ativismo judicial, mas porque a Lei 8.072/90 responde a um discurso simbólico de endurecimento jurídico perante condutas avaliadas como mais reprováveis. Confrontada com a ordem Constitucional vigente, a Lei mostrou-se inaplicável e ineficaz.

O Estado, atendendo às pressões do clamor público midiaticamente representado, com seu poder repressivo, ao publicar a Lei dos Crimes Hediondos tinha como finalidade transmitir publicamente que dispunha de um poder punitivo que inibiria a criminalidade esquecendo que as raízes da violência não se situam exclusivamente ou majoritariamente no

binômio crime/castigo.

Todavia, no ano de 2006 o ILANUD (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente) divulgou pesquisa encomendada pelo Ministério da Justiça sobre o impacto da Lei dos Crimes Hediondos nos índices oficiais de criminalidade, e conseqüentemente, da sua eficácia em termos de política criminal para a diminuição da prática de crimes tipificados como Hediondos na Lei 8.072/90. Diante da ausência de índices oficiais organizados por ano na maioria dos estados da federação, o relatório utilizou os dados do Rio de Janeiro e São Paulo, comparando os índices entre os anos de 1984 e 2003, concluindo que a prática de crimes hediondos não diminuiu com a aplicação da Lei 8.072/90, mas, contrariamente, em muitos casos aumentou. (INSTITUTO...[ILANUD], 2005).

Como explica o professor Ivan Luís Marques da Silva (2007, p. 7):

Só que, por razões ‘inexplicáveis’, as leis penais exclusivamente repressivas não surtem efeito. Esse Direito Penal que deveria ser efetivo no combate à criminalidade tornou-se simbólico. As leis passaram a ser feitas para apaziguar a sociedade em momentos de revolta, mas sem conseqüências práticas e sem redução da criminalidade. Esse Direito Penal mostrou ser incompetente e ineficiente para os fins desejados pelo Legislativo e por boa parcela da sociedade [...].

Diante das considerações anteriores, o discurso de redução criminal que legitimou diante da sociedade a instalação de um banco de dados genéticos para fins criminais no Brasil, à exemplo da Lei de Crimes Hediondos, não deve cumprir a função instrumental de redução da criminalidade em virtude da própria limitação das leis penais nesse sentido. A Lei 12.654 de 2012, portanto, tem o condão simbólico de transmitir à sociedade que leis penais mais rigorosas estão sendo implantadas no ordenamento jurídico brasileiro, e que o Estado não está inerte diante do sentimento coletivo de insegurança da sociedade do risco.

A Lei 12.654/2012, diante do contexto já descrito no curso desta pesquisa, se insere no discurso de expansão do Direito Penal e na aplicação de um Direito Penal de terceira velocidade de forma incompatível com a Constituição brasileira, confrontando-se os fundamentos principiológicos que a compõe, estando fadada à destino similar ao tomado pela Lei de 8.072/90. Inicialmente, espera-se dos Tribunais Constitucionais que a enfrentem os questionamentos suscitados pela instalação dos bancos de dados genéticos criminais nos termos da Lei 12.654/2012, atuando assim para salvaguardar o núcleo basilar das garantias fundamentais que a dita Lei pretende atenuar. A longo prazo, a inefetividade do aumento do aparato repressivo penal para promover redução de índices criminais, tal como se verificou

com o decurso da Lei dos Crimes Hediondos, deverá fatalmente encontrar destino similar em matéria de bancos de dados criminais. Ou seja, é uma lei destinada a não produzir efeito, ou pelo menos não o efeito esperado, enquanto cumpre função precipuamente simbólica e bloqueia ainda que temporariamente quaisquer discursos que situem a redução criminal fora do Direito Penal, em uma concepção multifatorial que preceitue a tomada de medidas diversas e complexas que passem necessariamente pelas áreas da diminuição da desigualdade e da promoção de uma melhor Educação Pública para coibir à atividade criminosa pelo enfrentamento de suas raízes.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Penal de 1988, Magna Carta do ordenamento jurídico brasileiro que vincula, ou deveria vincular toda a produção legislativa infraconstitucional, assim como a produção jurisdicional brasileira, tem uma natureza precipuamente dirigente e garantista. Dessa forma, a Lei maior proclama ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, ou seja, um Estado que se pauta no respeito aos Direitos Humanos e aos princípios e garantias individuais que tutelam a integridade e dignidade humana.

O Direito Penal, tal como foi classicamente concebido, guarda extrema pertinência e relevância dentro da manutenção de um Estado autenticamente Democrático de Direito, atuando como um instrumento de limitação da arbitrariedade estatal diante das garantias do cidadão durante todas as fases da persecução criminal. Nesse sentido, o modelo classicamente concebido para o Direito Penal foi o do Direito Penal mínimo, onde a lei penal atuaria apenas subsidiariamente diante da falha dos demais sistemas de controle, atuação esta que se daria conforme os ditames do devido processo penal, ou seja, compatibilizada com a Constituição e os tratados com força constitucional aos quais o Brasil se fez signatário.

Ocorre que o paradigma do Direito Clássico tem sofrido uma profunda transformação no seio da sociedade pós-moderna, transformação esta que reflete diretamente nas áreas criminais e afins. Toda transformação dessa monta fomenta o debate e a divergência, especialmente nas áreas mais socialmente sensíveis. Nesse contexto, situa-se a teoria de Beck sobre o surgimento de uma sociedade do risco nessa sociedade pós-moderna, pós-industrial, pós-globalização que precisou rearranjar suas estruturas para debelar, ou tentar debelar suas próprias crises.

Segundo o discurso da sociedade do risco, as transformações vivenciadas com a revolução tecno científica recente redimensiona a sociedade de forma ainda mais intensa pela globalização de seus efeitos. Na teoria de Beck, na modernização atingiu-se um progresso imensurável, entretanto, não se previu ou temeu-se os custos desse progresso. Na pós-modernidade, a modernização foi reflexiva, toma-se conhecimento de que as mudanças provocadas pelo progresso da técnica e da ciência expõe à sociedade a uma nova gama de riscos, que diferem-se dos perigos típicos da modernidade por serem imprevisíveis e incalculáveis e que não obedecem à uma relação de causalidade clara e distinta.

À luz do surgimento dos novos riscos, não escapa o Direito Penal alheio à essa transformação. Pelo contrário, a reconfiguração social da sociedade informatizada e globalizada também forja o surgimento de novos crimes, ou pelo menos novas formas de

praticá-los. Os ataques terroristas de 11 de setembro, os crimes virtuais, a delinquência organizada, entre outros, nesse contexto da Sociedade do Risco, sugere a necessidade de incremento da intervenção penal como forma de neutralizar os novos riscos e promover a segurança. Diante desse quadro, o Direito Penal se expande para proteger novos riscos, rompendo com o paradigma clássico.

A própria natureza imprevisível dos novos riscos, justifica a suposta insuficiência das outras formas de controle social de atuarem com eficácia, ensejando assim o processo de Expansão do Direito Penal. Ao mesmo tempo, a imprevisibilidade dos riscos serve como justificativa para o surgimento de políticas criminais e legislações que flexibilizam as garantias fundamentais para permitir uma maior margem de atuação do Direito Penal, libertando-o das amarras do formalismo e garantismo penal. Assim, a produção legislativa da sociedade do risco caracteriza-se pelo recurso à criminalização *à anteriori*, por meio de tipos abertos, tipos de perigo e por uma hiperinflação da produção legislativa em matéria penal.

No contexto da sociedade do risco, vivencia-se um discurso de insegurança. Catástrofes como o massacre de Columbine nos Estados Unidos e do Realengo no Rio de Janeiro, assim como a representação midiática do crime alimentam um discurso de insegurança que cobra do Direito Penal e das Políticas Criminais a solução para esses temores. Dentre os progressos da pós-modernidade que imiscuem efeitos perniciosos na sociedade está a globalização da comunicação com a diminuição das fronteiras de tempo e espaço por meio da intensa atividade dos meios de comunicação em massa. Ocorre que por trás de um véu de neutralidade, a mídia possui sua própria agenda que geralmente corresponde a uma demanda de ordem econômica. Nesse contexto, uma constatação se faz perceber: o crime vende.

A forma como os meios de comunicação em massa e até mesmo a indústria televisiva e cinematográfica expõe o crime, torna a sensação de insegurança ainda mais latente. Por meio dessa representação midiática parece que todos estão sempre à beira de uma catástrofe, e na sociedade do risco e do medo a maior das catástrofes é ser vítima de um crime. Ao mesmo tempo em que a mídia alimenta o medo, dele se alimenta, de forma a ensejar a fomentar o discurso socialmente difundido de “mais segurança”. Nesse contexto, o crime torna-se um produto não só para os meios de comunicação e a indústria de ficção, mas também para os políticos que apropriam-se dos medos de seus eleitores para utilizarem um discurso punitivista que atenda às expectativas sociais e contabilizem-se em votos e reconhecimento político.

Conforme o quadro anteriormente traçado nesta pesquisa, o discurso populista punitivista penal torna-se uma verdadeira arma política, de tal forma que nas eleições de 2014 não foi incomum ouvir no horário eleitoral plataformas de campanhas fundadas em promessas como redução da maioria penal, aumento das penas de determinados crimes, reforma do Código Penal e de Processo Penal, aumento do aparato policial, entre outras. Ocorre porém, que o populismo penal dá origem a uma produção normativa com finalidade distinta da proteção de bens jurídicos relevantes. Se a concepção do Direito Penal como *ultima ratio* ratifica a teoria de Roxin de que o Direito Penal deve proteger bens jurídicos relevantes, a expansão do Direito Penal e o populismo midiático produzem leis e decisões judiciais que tem finalidades outras, podendo conduzir à produção de um Direito Penal simbólico, destinado a não produzir efeitos materiais fáticos, mas a simplesmente prestar-se a uma função educativa ou de promoção social.

Nesse contexto, chama a atenção a aprovação da Lei 12.654/2012, de autoria do senador piauiense Ciro Nogueira, posteriormente regulamentada pelo decreto presidencial nº 7.950. À guisa de promover a redução da criminalidade no Brasil através da inserção da perícia forense brasileira na tecnologia genética já experimentada por outros países, a Lei trata da instalação de um banco de dados genéticos para fins criminais, modificando a Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execução Penal para permitir a obtenção constrangida do perfil genético do acusado/condenado.

A utilização da genética e o apoderamento do DNA pelo Direito Penal não é algo exatamente recente, há mais de duas décadas quando desenvolveu-se tecnologia capaz de obter o perfil genético a partir de amostras mínimas percebeu-se o seu potencial para estabelecer a culpabilidade de alguns delitos. Entretanto, a instalação de um banco de dados genéticos não é uma questão tão simples quanto se quer fazer parecer com que seja, demandando a sua compatibilização com a ordem Constitucional do país que os instala, demandando também que se proceda a uma análise meticulosa sobre a eficácia da utilização do DNA para o fim proposto, qual seja o de reduzir os índices criminais que aterrorizam o brasileiro nos últimos tempos.

Quanto à constitucionalidade da instalação de um banco de dados genéticos no Brasil, destaca-se sua dissonância com o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Garantia processual penal clássica, esse princípio que se traduz na vedação da autoincriminação do acusado, negando-lhe o dever de cooperar ativamente na produção de provas contra si mesmo e atribuindo-lhe o direito de ficar em silêncio. Dentro desta perspectiva, a intervenção

corporal coercitiva para obter amostra genética sem o consentimento do réu ou condenado fere frontalmente seu direito constitucionalmente assegurado de não se autoincriminar.

Considerando-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere* não pode ser considerado de forma absoluta e descontextualizada, procura-se utilizar a proporcionalidade e a razoabilidade para ponderar se a instalação de banco de dados genéticos para fins criminais no Brasil não pode ser justificada diante da necessidade social por segurança. Ocorre que diante nos termos da Lei 12.654/2012 é desproporcional o quanto despe-se o acusado de uma garantia que a Constituição o atribui diante de uma demanda abstrata por segurança. Desproporcional porque no bojo da Lei supracitada, não faz-se menção a uma delimitação dos tipos penais que justificam a obtenção de perfil genético, nem se preceitua a imperatividade da **necessidade** da comparação genética dentro do caso concreto, mormente seja a necessidade pressuposto da proporcionalidade da relativização do princípio que veda a autoincriminação. Também desproporcional por não preceituar à adequação, não aplicando a intervenção mínima por não elencar os tipos penais onde caberia a coleta coercitiva de DNA na fase processual, mas apenas na fase de execução e ainda assim utilizando a cláusula aberta de “violência grave contra a pessoa” no artigo 3º, o que pode conduzir ao uso indiscriminado do aparato normativo. E, por fim, fere a proporcionalidade em sentido estrito à medida em que não vincula ao caso concreto a restrição ao direito do réu de não produzir provas contra si mesmo.

A Lei 12.654 de 2012, faz ainda uso de cláusulas gerais e terminologias ambíguas, característica própria ao Direito Penal do risco, mas que no contexto da utilização do DNA pelo Direito Penal afronta o princípio da legalidade, não se deve admitir que sem a previsão expressa da positivação da obtenção constrangida de perfil genético na fase de investigação criminal esta seja mesmo assim realizada.

Diante do discurso da redução criminal que a Lei 12.654/2012 fez uso para legitimar-se diante da sociedade, depurou-se que a experiência internacional com o uso forense do DNA não deve ser importada sem que antes se proceda a um longo estudo dessa delinquência que se pretende reduzir.

A população carcerária brasileira, conforme vista estatisticamente no corpo da pesquisa, é em sua maioria pobre, negra ou parda, e encontra-se encarcerada por ter cometido crime contra o patrimônio. Essa configuração limita e problematiza o potencial dos bancos de dados genéticos para reduzir os índices criminais. Primeiramente porque a utilização do DNA para apuração de crimes contra o patrimônio é por si só limitada visto que esses não costumam deixar amostras genéticas e que a lesão ao patrimônio não deveria justificar a

supressão de garantias fundamentais ao acusado. Problematiza porque a catalogação genética dos acusados e condenados pode conduzir a resultados enganosos que aumente ainda mais o estigma que segrega os excluídos da sociedade do consumo.

O Estado do Bem Estar Social tem cedido espaço a um Estado Penal, onde os antigos pacientes do previdenciarismo penal tornam-se delinquentes em potencial cuja neutralização que antes era obtida pelo assistencialismo, agora é tutelada pelo braço punitivo do Estado, que utiliza o cárcere e a prisão para controlar os efeitos perniciosos da pobreza. Nesse contexto, não é que apenas os pobres incorram na delinquência no Brasil, mas que a política criminal brasileira concentra seus esforços punitivos de forma mais cabal nesses alvos escolhidos, a quem se atribui a culpa pela sensação de insegurança do brasileiro.

Dentro desses sujeitos controlados pelo Direito Penal brasileiro, que compõe em sua maioria as periferias e favelas brasileiras, a vigilância penal atua de forma mais ferrenha, de forma que acrescentar uma vigilância genética criaria um marco divisório ainda mais claro entre a delinquência do excluído e a delinquência do “cidadão comum”.

Por fim, não pode-se deixar de constatar como o discurso do risco tem legitimado a expansão do Direito Penal para a tutela de situações que sequer compõe o catálogo de novos riscos. A utilização dos bancos de dados genéticos no Brasil visa reduzir uma criminalidade típica da delinquência clássica, sem qualquer relação com as transformações produzidas pela revolução tecno científica. Dessa forma, a utilização de um Direito Penal próprio do risco, com flexibilização das garantias fundamentais e utilização de terminologias ambíguas não deveria compor a Lei 12.654.

Nesse sentido, a forma como foi feita a positivação da utilização do DNA para fins criminais segue à chamada terceira velocidade do Direito Penal, utilizando um modelo que conjuntamente preceitua redução de garantias e possibilidade de uma sanção que restrinja a liberdade e conduza ao cárcere, compondo um discurso Penal de exceção que não deveria estar sendo aplicado na normalidade.

Portanto, aplicando equivocadamente um Direito Penal do risco onde não existem riscos típicos da pós-modernidade, a expansão desmedida do Direito Penal pode acarretar a produção legislativa simbólica por meios de leis que não se destinam a produzir efeitos, mas a compor um discurso político e a educar. Nesse sentido, as experiências brasileiras anteriores com o recrudescimento do punitivismo fracassaram em produzir resultados nos índices criminais. Conforme disposição da pesquisa promovida pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), a Lei dos Crimes Hediondos não diminuiu numericamente ou proporcionalmente os crimes Hediondos,

de forma que não deve-se esperar resultados diferentes da Lei 12.654/2012. (INSTITUTO... [ILANUD], 2005)

Não é a mera simbologia dessa Lei o que preocupa, mas sua função exclusivamente simbólica, mormente conduz à falsa sensação de que algo efetivamente está sendo feito para reduzir os índices criminais brasileiros, atrasando a instrumentalização de outras formas de controle criminal que se situem fora do Direito Penal, ou que pelos menos não o utilize indiscriminadamente e isoladamente.

Por fim, consuma-se a hipótese provisoriamente formulada, a instalação de bancos de dados genéticos, para fins criminais, no Brasil, é uma Lei simbólica cujo maior valor está no apaziguamento da insegurança social. Do ponto de vista da redução criminal, sua instrumentalidade deve ser assistida, mas não com muitas expectativas, pois conforme as premissas anteriores, redução criminal pressupõe prevenção criminal, e a Lei 12.654 e o decreto que a regulamentou não de natureza precipuamente punitiva, e não preventiva. Mesmo para fins punitivos, a eficácia da instalação dos bancos de dados genéticos, no Brasil, há de ser questionada quando confrontada com a ordem constitucional e convencional que fundamenta a produção legislativa e jurisdicional brasileira.

A utilização de um banco de dados genéticos para a persecução criminal não é algo necessariamente ruim, mas sua utilização simbólica e desadequada com a realidade social e jurídica brasileira pode representar o surgimento da vigilância genética sobre os corpos indóceis que escolheu-se como o inimigo. Combater a delinquência patrimonial sem trabalhar a ótica da exclusão sócio econômica importa em ignorar que redução criminal é além de punição, prevenção. Outrossim, aumentar o punitivismo por meio de uma vigilância genética certamente aumentará a população carcerária, mas prender mais não é necessariamente prender bem e prisões abarrotadas não neutralizam a contento a sociedade livre, se assim o fosse não se estaria diante do flagelo da insegurança cidadã.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111-115.
- ALMEIDA NETO, João Becon. **Banco de dados genéticos para fins criminais**: aspectos Jurídicos. 2008. Trabalho de conclusão de curso, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/joao_beccon.pdf>. Acesso em: jul. 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARROS, N. V. et. al. Juventude e criminalização da pobreza. **Educere et educare**: revista em educação, v. 3, n. 5, p. 141-148, jan./jun. 2008.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal do capitalismo tardio. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Medo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo à outra modernidade. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BIEBER, Frederick R. Turning Base Hits into Earned Runs: Improving the Effectiveness of Forensic DNA Data Bank Programs. **Journal of Law, Medicine & Ethics**. Boston, Massachusetts, 2006.
- BONACCORSO, Norma Sueli. **Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes**. Dissertação (Mestrado), , Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. Tese de doutoramento, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL, Distrito Federal. **Lei n. 803**, de 8 de dezembro de 1994. Cria a Divisão de Pesquisa de DNA Forense, no âmbito da Polícia Civil do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=48762>. Acesso em: jul. 2014.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Notícias. Crianças e adolescentes são 70% das vítimas de estupro. **Portal Ipea**, 23 de março de 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21849&catid=8&Itemid=6>. Acesso em: mar. 2014.

BRASIL. **Lei n. 10.054, de 7 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=354512&seqTexto=1&PalavrasDestaque>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

BRASIL. **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: abr. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen. **Estatística**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: out. 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei N. 1041 [1041/2003]**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de coleta de material para elaboração de exame pericial de DNA nos crimes contra a liberdade sexual que deixem vestígios. Brasília, 21 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=134318&filename=PL+1041/2003>. Acesso em: mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 71373-4 Rio Grande do Sul [HC71373/RS]**. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: o mesmo. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 10 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação (Questão de Ordem) N. 2040-1 Distrito Federal [Rcl 2040 QO]**. Reclamante: Gloria de Los Angeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juiz da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>. Acesso em mar. 2015.

BUDÓ, Marília de Nardim. **Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos à reprodução da violência estrutural**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid (Espanã): Civitas Ediciones, 2001.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M.; ENGELMANN, W. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CALLEGARI, André Luis et al. **Direito penal e llobalização**: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do Risco e Direito Penal. In :Callegari et al. **Direito penal e globalização**: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff , **Estado e política criminal**: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social, In: Callegari et al., Política criminal, estado e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Coleção Fórum Brasil- França de Direito Público; 1).

CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA. **A tecnologia do dna na ciência forense**. Ribeirão Preto: FUNPEC, 1999.

COSTA, Susana. **A Justiça em Laboratório**: a identificação por perfis genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a apropriação local. Coimbra: Almedina, 2003.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a toeria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIETER, Maurício Stegeman. **Política criminal atuarial**: a criminologia no fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DONINI, Massimo. **El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad**. Lima (Peru): ARA, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, LUIGI. Direito e Razão. **Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORI, Ariane Trevisan. **A Prova e a intervenção corporal**: sua valoração no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FONSECA, Claudia. Considerações em torno da apropriação da tecnologia do DNA pelo direito. **Cadernos Insituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, n. 190, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no College de France. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. **História da violência nas prisões**. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA, Caridad Hernández. La Comisión Nacional para el Uso Forense del ADN: funciones, objetivos, organización y acuerdos adoptados. In: CABEZUDO, Maria Jose (Org.). **Las bases de datos de policiales de ADN: son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidade grave nacional y transfronteiriça?** Madrid: Dickinson, 2013.

GARCÍA, Oscar; ALONSO, Antonio. Las bases de datos de perfiles de adn como instrumento de investigación policial. In: Romeo Casabona, Carlos Maria (Ed.). **Las bases de datos de perfiles de adn y criminalidad**. Bilbao Granada: Comares, 2002. p. 27-44. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=4217>> Acesso em: mar. 2014.

GARDNER, E. J.; SNUSTAD, D. P. **Genética interamericana**. 7. ed. Rio de Janeiro: S.A, 1986.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: JusPodium, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Lulismo, redução da pobreza, explosão da criminalidade e populismo penal. **Conteúdo jurídico**, Brasília, 13 out. 2012a. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39990&seo=1>>. Acesso em: dez. 2012

GOMES, Luiz Flávio. O espetáculo do populismo penal midiático. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 17, n. 3283, jun. 2012b. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22115>>. Acesso em: ago. 2012.

GURIDI, José Francisco Extxeberria Guridi. La protección de los datos de ADN en lá Unión Europea y en España. In: CABEZUDO, Maria Jose (Org.). **Las bases de datos de policiales de ADN: son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidade grave nacional y transfronteiriça?**. Madrid: Dickinson, 2013.

HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. **Actualidad Penal**, Madrid, n. 43, 1993.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE [ILANUD/Brasil]. **Relatório Final de pesquisa**: a lei dos crimes hediondos como instrumento de política criminal. São Paulo: INALUD, 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Luciana/Downloads/Relatorio%20ILANUD%20-%20A%20Lei%20dos%20Crimes%20Hediondos%20como%20instrumen.pdf>. Acesso em: jun. 2014.

JACOB, F. **O Rato, a mosca e o homem**. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. **Revista Pericia Federal**, Brasília. v. 9, n. 26, p. 17-20, 2007/2008. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>>. Acesso em: mar. 2014.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LORENTE ACOSTA, José Antonio. Identificación genética criminal: importância médico legal de las bases de datos de adn. In: Romeo Casabona, Carlos Maria (Ed.). **Bases de datos de perfiles de adn y criminalidad**. Bilbao-Granada: Comares, 2002, p. 01-25.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992.

LYNCH, Michael et al. **Truthmachine: the contentiushistory of DNA fingerprinting**. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

MACHADO, Helena. Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal: questões legais e éticas. In: CABEZUDO, Maria Jose (Org.). **Las bases de datos de policiales de ADN**. Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidade grave nacional y transfronteiriça? Madrid: Dickinson, 2013.

MACHADO, Helena. Crime, bancos de dados genéticos e tecnologia de DNA na perspectiva dos presidiários de Portugal. In: Claudia Fosneca; Fabiola Rodhen; Paula Machado (Org.). **Ciência na vida**: antropologia da ciência em perspectiva. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MEDEIROS, Roberto José. **A Genética na prova penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

MELIÁ, Manuel Cancio. **De novo: direito penal do inimigo?** In: CALLEGARI, André Luís; *Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORA SÁNCHEZ, Juan Miguel. **Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN**. Bilbao-Granada: Comares, 2001.

PESQUISA CNI-IBOPE: retratos da sociedade brasileira: segurança pública. Brasília: CNI, 2011. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/publicacoes-e-estatisticas/publicacoes/2012/07/1,5387/seguranca-publica.html>>. Acesso em: nov. 2014.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRAINSACK, Barbara. DNA profiling and databasing: implications for governance. In: HINDSMARSH, Richard; PRAINSACK, Barbara. **Geneticsuspects: global governance of forensic DNA profiling and databasing**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

PRAINSACK, Barbara; TOOM, Victor. The Prum Regime. **SituatedDis/Empowerment in Transnational DNA Profile Exchange**. Published by Oxford University Press on behalf of the Centre for Crime and Justice Studies (ISTD), 2010.

PRATT, John. **Penal populism**. New York: Routledge, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. La Desigual Competencia entre Seguridad y Libertad. In: CALLEGARI, André Luis et al. **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIJO, Maria Elisabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. **IBCrim**, n. 74, 1999.

REINER, Robert. Midiamadecriminality. In: **Oxford handbook of criminology**. 3. ed. London, Oxford University Press, 2004.

RIPOLLÉS, José Luis Diez. **La política criminal em la encrucijada**. Montevideu: B de F, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RUIZ, Luiz Aguilera. La protección del dato de ADN en lá Unión Europea y en España. In: CABEZUDO Maria Jose (Org.). **Las bases de datos de policiales de ADN**. Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidade grave nacional y transfronteiriça? Madrid: Dickinson, 2013.

SANT'ANNA, Aline Albuquerque. **A nova genética e tutela penal da integridade física**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANTANA, Célia Maria Marques; ABDALLA FILHO, Elias. Banco nacional de perfis genético criminal: uma discussão bioética. **Revista brasileira de bioética**, Brasília, v. 8, n. 1-4, p. 30-45, 2012.

SCHIOCCHET, Taysa et. al. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal. **Série Pensando o Direito** [Ministério da Justiça] Brasília, v. 43, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

SILVA, Ivan Luís Marques. O contra-ataque garantista a globalização. **Boletim IBCCRIM**, n. 177, p. 6-7, ago. 2007.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de: **Direito penal genético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STELLA, Frederico. Direito penal e sociedade do risco. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 30, fev./mar., 2005.

TEIXEIRA, Paulo Augusto Souza; PINTO, Andréia Soares; MORAES, Orlinda Claudia R (Org.). **Dossiê Mulher 2011**. Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2011.

TORON, Alberto Zacharias; VILARDI, Celso Sanchez; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Magistratura não pode se submeter ao populismo penal. **Revista Consultor Jurídico**, 5 out. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-05/magistratura-tribunais-nao-podem-submeter-populismo-penal>>. Acesso em: ago. 2014.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WACQUANT, Loic. Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton. **Revista de Sociologia e política**. Curitiba, n. 1, p. 39-50, nov. 1999. Disponível em: <<http://www.observatoriodeseguranca.org/files/crime%20e%20castigo%20wacquant.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2014

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos: a onda punitiva. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2011**: os jovens no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari; Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2012**: a cor dos homicídios no Brasil. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPP/PR, 2012.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia com o retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor. In: CALLEGARI et. al. **Direito penal e globalização**: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Globalização e sistema penal na América Latina**: da segurança nacional à urbana: discursos sediciosos: crime, direito, sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, julho-dezembro, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZOLO, Danilo. **Rumo ao caso global?** Os direitos humanos, o medo, a Guerra. São Paulo: Conceito, 2011.

ANEXO A – LEI Nº 12.624, DE 28 DE MAIO DE 2012

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

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.

Brasília, 28 de maio de 2012; 191º da Independência e 124º da República.

ANEXO B – DECRETO Nº 7.950**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.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, **caput**, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012,

DECRETA:

Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Ministério da Justiça, o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

§ 1º O Banco Nacional de Perfis Genéticos tem como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes.

§ 2º A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos tem como objetivo permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

§ 3º A adesão dos Estados e do Distrito Federal à Rede Integrada ocorrerá por meio de acordo de cooperação técnica celebrado entre a unidade federada e o Ministério da Justiça.

§ 4º O Banco Nacional de Perfis Genéticos será instituído na unidade de perícia oficial do Ministério da Justiça, e administrado por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 2º A Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos contará com um Comitê Gestor, com a finalidade de promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que será composto por representantes titulares e suplentes, indicados da seguinte forma:

I - cinco representantes do Ministério da Justiça;

II - um representante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; e

III - cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal, sendo um representante de cada região geográfica.

§ 1º O Comitê Gestor será coordenado por membro indicado nos termos do inciso I do **caput**, que ocupará a função de administrador do Banco Nacional de Perfis Genéticos.

§ 2º Os representantes referidos nos incisos II e III do **caput** e seus suplentes serão indicados pelo dirigente máximo de seus respectivos órgãos.

§ 3º Serão indicados peritos criminais habilitados aprovados pelas unidades federadas das regiões signatárias do acordo de cooperação, para a representação a que se refere o inciso III do **caput**.

§ 4º Na ausência de entendimento entre as unidades da região geográfica, será adotado o revezamento entre os Estados e o Distrito Federal, por ordem alfabética, na forma do regimento interno do Comitê Gestor.

§ 5º Serão convidados para participar das reuniões, sem direito a voto, um representante de cada um dos seguintes órgãos:

I - do Ministério Público;

II - da Defensoria Pública;

III - da Ordem dos Advogados do Brasil; e

IV - da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

§ 6º Compete ao Ministro de Estado da Justiça designar os membros do Comitê Gestor.

§ 7º As deliberações do Comitê Gestor serão adotadas por maioria absoluta, admitido o voto do coordenador somente com a finalidade de desempate.

§ 8º O mandato dos membros do Comitê Gestor será de dois anos, permitida uma única recondução por igual período.

Art. 3º O Comitê Gestor poderá convidar especialistas e representantes de outros órgãos e entidades, públicas e privadas, para acompanhar as reuniões ou participar de suas atividades.

Art. 4º A participação no Comitê Gestor será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada.

Art. 5º Compete ao Comitê Gestor:

I - promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos;

II - definir medidas e padrões que assegurem o respeito aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de coleta, de análise e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados;

III - definir medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados;

IV - definir os requisitos técnicos para a realização das auditorias no Banco Nacional de Perfis Genéticos e na Rede Integrada de Banco de Perfis Genéticos; e;

V - elaborar seu regimento interno.

Art. 6º Compete ao Ministério da Justiça adotar as providências necessárias:

I - à preservação do sigilo da identificação e dos dados de perfis genéticos administrados no seu âmbito; e

II - à inclusão, no convênio celebrado com as unidades federadas, de cláusulas que atendam ao disposto no inciso I do **caput**.

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.

Art. 8º O Banco Nacional de Perfis Genéticos poderá ser utilizado para a identificação de pessoas desaparecidas.

Parágrafo único. A comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consanguíneos de pessoas desaparecidas serão utilizadas exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades.

Art. 9º Compete ao Ministério da Justiça auditar periodicamente o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos para averiguar se suas atividades estão em conformidade com este Decreto, na forma disposta no acordo de cooperação técnica de que trata o § 3º do art. 1º, observado os requisitos técnicos previstos no inciso IV do **caput** do art. 5º.

Parágrafo único. Participarão da auditoria especialistas vinculados a instituições científicas ou de ensino superior sem fins lucrativos.

Art. 10. O Ministério da Justiça exercerá a função de Secretaria-Executiva do Comitê Gestor.

Art. 11. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 12 de março de 2013; 192º da Independência e 125º da República