XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARILIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Bartira Macedo Miranda Santos, Marilia Montenegro Pessoa De Mello – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-032-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Cátedra. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Em tempo de crise econômica e política, em que colocadas em xeque as mais diversas instituições, as práticas por elas encetadas e as mazelas do sistema criminal, o livro apresenta um rico enredo de discussões que, sob uma visão crítica, reflete a necessidade de ser rediscutida a função da pena privativa de liberdade, seu caráter estigmatizante, e, sobretudo, a política criminal obsoleta, calcada em práticas penais que se encontram dissociadas da complexidade das relações sociais atualmente praticadas, o que ganha contorno de dramaticidade em um país de modernidade tardia como o Brasil.

O Estado policialesco descrito em diversos dos textos que ora se apresenta oferece uma vasta e séria gama de aspectos que, analisados e criticados, demonstram a vivência de uma conjuntura estagnada, que remonta a uma realidade descrita há anos por Nilo Batista, em prefácio à Criminologia Crítica de Alessandro Baratta, no sentido de que os problemas relacionados ao controle social penal violência urbana, drogas, violações de direitos humanos, instituição policial, Ministério Público, Poder Judiciário, a questão penitenciária, violência no campo, etc., - alimentam a agenda política dos partidos" e se reproduzem, cada dia mais, como novos discursos produzidos pela mídia.

Os textos refletem, pois, um outro espaço de discussão voltado para a superação de uma criminologia ortodoxa, que reduz seu horizonte a uma inadequada e solipsista explicação causal do delito, e buscam direcionar as práticas persecutórias e punitivas no sentido de preservar a dignidade humana, colhendo com isso os frutos necessários a uma política criminal que reconheça a natureza eclética dos seres quanto à etnia, condição social e pluralismo ideológico e que, assim, ultrapasse a resistência dogmático-positivista não condizente ao neoconstitucionalismo.

O livro é, assim, um convite ao leitor para a reflexão, em última instância, sobre a função do sistema penal, sobre as consequências do não abandono de práticas tradicionais há muito inadequadas e para uma visão prognóstica que revela a necessidade de mudanças.

Que tenham todos ótima leitura.

Aracaju, julho de 2015.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Bartira Macedo Miranda Santos

Marilia Montenegro Pessoa De Mello

A LEI 12.654/12 E O PROCESSO DE ESCOLHA DOS NOVOS INIMIGOS PELO ESTADO

THE LAW 12.654/12 AND THE SELECTION PROCESS OF THE NEW ENEMIES BY STATE

Julio Cesar Do Nascimento Rabelo
Luis Gustavo Grandinetti Castanho De Carvalho

Resumo

Este artigo objetiva demonstrar que ao longo do tempo, mormente no período pós-guerra, o Estado vem elegendo seus inimigos através da utilização de mecanismos legais, valendo-se de meios nocivos aos princípios que fundamentam o Estado de Direito, em especial, o da dignidade da pessoa humana. Observar-se-á que a lei nº 12.654/12, que prevê a utilização de dados genéticos no âmbito processual penal, vai de encontro a princípios fundamentais do cidadão, entre os quais o já mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio que veda a autoincriminação, o da autonomia da vontade, da presunção de inocência, dentre tantos outros. Ao longo do trabalho serão analisadas as inovações trazidas à baila pelo mencionado diploma, e, principalmente, demonstrar-se-á que a lei sob ótica, tal qual como editada, traduz-se efetivamente num instrumento de criação de novos inimigos pelo Estado e violadora de direitos humanos.

Palavras-chave: Inimigos do estado. dados genéticos. estado democrático de direito.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to demonstrate that over time, especially in the post- war period, the state is electing its enemies through the use of legal mechanisms, making use of harmful means the principles underlying the rule of law, in particular, the dignity of the human person. It will be noted that Law nº. 12.654/12, which provides for the use of genetic data in the criminal procedural framework, goes against the fundamental principles of citizens, including the aforementioned principle of human dignity, the principle that prohibits self-incrimination, the autonomy of the will, the presumption of innocence, among many others. Throughout the work will be analyzed the innovations brought to the fore by the mentioned law, and mainly show will be the law in optics, such as edited which effectively translates up an instrument for creating new enemies and a violation by the State human rights .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Enemies of the state. genetic data. democratic state

1. INTRODUÇÃO

Ao longo de toda a História, temos visto o Estado selecionando seus supostos inimigos. Nos séculos XX e XXI, em especial, temos voltado a assistir a utilização do Direito Penal e do Direito Processual Penal como instrumento de seleção e criminalização desses supostos inimigos.

Ao longo dos séculos assistimos a formação dos mais diversos tipos de inimigos. Na Grécia eram considerados como tais aqueles que atentavam contra a autoridade dos monarcas, e, segundo Dal Ri (2006, p. 31), com a prática de crimes de cunho religioso, uma vez que as autoridades se encontravam sob as graças e proteção das entidades divinas.

Na Alta Idade Média, ainda segundo Dal Ri (2006, p. 84), a noção de crime estava intimamente ligada à de traição, considerando-se sujeitos às sanções estatais aqueles que introduzissem inimigos no território do Reino.

Hodiernamente, durante a segunda guerra mundial, diante do reinado do regime nazista na Alemanha, o que se viu foi a eliminação dos inimigos eleitos por Hitler, os denominados "inimigos da comunidade", os quais eram formados, como salienta Conde (2012, p. 59), por delinquentes habituais, alcoólatras, homossexuais e principalmente judeus.

Mais recentemente, com o intuito de combater o terrorismo, como assistimos as reações de vários países encabeçados pelos Estados Unidos após os atentados de 2001, com o Patriot Act[1].

Com a edição desse tipo de norma, abandona-se de vez aquela política-criminal cunhada em princípios liberais, e adota-se uma postura digna de um Estado Totalitário, promovendo a implantação de um direito penal simbólico, preocupando-se, tão somente, em transmitir uma falsa percepção da realidade.

Foi nesse ambiente que surgiu a Lei nº 12.654/12, que prevê a utilização de material genético na seara processual penal, a qual tem sido

[1] Segundo afirma Dal Ri Junior (2006, p.301) o pacote legislativo conhecido como "Patriot Act" autorizava, entre outras coisas, o Secretário de Justiça a prender e manter sob sua jurisdição todo cidadão estrangeiro que apenas fosse suspeito de atividade terrorista.

alvo de duras críticas e, consoante se demonstrará adiante, revela-se um claro exemplo dessa espécie de norma que deflagra um verdadeiro processo de constituição de inimigos.

Diante desses contornos preliminares, este artigo se propõe a analisar os aspectos principais da Lei nº 12.654/12, e demonstrar que esse diploma, nos moldes como se apresenta, viola princípios fundamentais.

2 O ESTADO E SEUS NOVOS INIMIGOS

O atual mundo globalizado sob o império desse capitalismo desenfreado, trouxe junto com ele novos inimigos.

Como bem explicita Dussel (1995, p. 78), o capitalismo reforça a criação de inimigos para constituir a dominação. O excluído surge de uma espécie de nada para criar uma nova fase na história, irrompe então, não apenas como o excluído da argumentação, atingido sem ser parte, mas também excluído da vida, da produção e do consumo, na miséria, na pobreza, na fome.

O inimigo na modernidade também é construído de outras formas, não só através da impossibilidade de fazer parte do núcleo de consumo estimulado pelo capitalismo, mas também aquele que não presta uma segurança cognitiva, como acentua Jakobs (2007, p. 42):

> Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode ser tratado“[...] quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* trata-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais

Nota-se claramente que o conceito de inimigo não é construído somente por questões econômicas, mas também por questões políticas, religiosas ou mesmo normativas.

Como delineado em linhas anteriores, após os atentados de 2001, podemos asseverar sem sombra de dúvidas, que hoje o terrorista é o principal inimigo dos Estados, fato que conduziu à edição de normas de emergência como já salientado e como exemplifica Agamben (2011, p;16) com o chamado *USA Patriot Act*, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, logo após os atentados terroristas ocorridos em setembro do mesmo ano, o qual permite manter preso estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos EUA.

Aliados aos terroristas como os principais inimigos do Estado, temos também os traficantes de drogas, de pessoas, de órgãos, os integrantes de organizações criminosas, os criminosos sexuais, entre outros personagens.

Chega-se à conclusão, diante do referenciado acima, que os inimigos do Estado estão bem caracterizados e, a cada dia mais, o Estado reforça a criação de normas que produzem novos inimigos, como se vê com a edição da polêmica Lei nº 12.654/12.

3 A LEI Nº 12.654/12 E A ELEIÇÃO DOS NOVOS INIMIGOS

A Lei nº 12.654/12 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se colher materiai~~s~~ genéticos~~s~~ e utilizá-lo~~s~~ no âmbito da persecução criminal, bem como de condenados por determinados crimes.

O mencionado diploma promoveu alterações no âmbito da Lei nº 12.037/09, bem como na Lei nº 7.210/84. A primeira regula o processo de identificação criminal e, a segunda, a lei de execução penal.

Sobre sua utilização durante a persecução criminal, foi acrescentado

um parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 12.037/09, que diz o seguinte:

> "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."

A Lei de Execução Penal ganhou um novo artigo, conforme transcrição a seguir:

> "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."

Como se observou, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético quando for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Os dados biológicos deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal, e terão caráter sigiloso, sob pena de responsabilidade civil, criminal e administrativa.

Com relação aos condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer crime hediondo, estes serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, realização de identificação criminal, observa-se desde já que o legislador andou na contramão do que apregoa o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, como se sabe, a Constituição Federal considera esse meio de identificação como medida excepcional, priorizando a identificação civil, senão vejamos:

> "art. 5º.
>
> LVIII: o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei."

Verifica-se desde logo que o constituinte optou por priorizar a identificação civil do indivíduo, uma vez que respeita a dignidade da pessoa humana, mormente no que diz respeito à sua intimidade.

A identificação criminal, antes mesmo do advento da lei 12.654/12, já era tratada como uma opção mais invasiva e menos respeitadora dos direitos individuais, razão pela qual só se admitia sua utilização em hipóteses excepcionais e, observe-se, que ainda não se estava cogitando em coleta de material genético, e sim apenas do processo datiloscópico e fotográfico.

Com a possibilidade, hoje, de se fazer a identificação criminal também através da coleta de material genético, verifica-se que o legislador desprezou princípios fundamentais, ensejando uma interferência cada vez maior na esfera privada do indivíduo.

Além da violação desses preceitos que têm sido respeitados pelo Supremo Tribunal Federal, a lei chega a ser inconstitucional por ser lacunosa, quando tratar-se de procedimento de antecipação de prova, porque não traça as regras básicas para tal procedimento e não prevê solução para a recusa do indiciado em fornecer o material genético.

Com maior gravidade, e ai revelando-se uma verdadeira seleção de "inimigos" estatais, temos a previsão do art. 3º da mencionada lei, já transcrito acima que determina que aqueles que forem condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer crime hediondo, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA.

Como se vê, aqueles que cometeram os crimes mencionados no art. 3º da Lei 12.654/12, serão obrigados a colher material para se traçar um perfil genético, ou seja, nos deparamos aqui com uma versão moderna daquilo que em tempos mais remotos Lombroso logrou fazer, quando, estudando características de indivíduos encarcerados, quis traçar um perfil dos criminosos da época.

Como se observa, o Estado elegeu os inimigos, aqueles que tem que ser combatidos a qualquer preço, violando os princípios mais comezinhos que qualquer Estado que se auto intitule Democrático de Direito deve obedecer.

Ademais, por mais que se avance no campo da ciência, existem aspectos que interferem diretamente na confiabilidade do procedimento de coleta, tais como o fato de que, muito embora resistente, o vestígio biológico está sujeito a alterações, mormente quando de sua manipulação que, como se sabe, submete-se às mais diversas intempéries.

Verifica-se assim que, a pretexto da identificação de acusados, trata-se sim, de um novo processo de escolha dos inimigos, utilizando-se de material genético para se construir um banco de dados que permita, antecipadamente, localizar possíveis destinatários da sanha incriminalizadora do Estado.

4 A OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DE MATERIAL GENÉTICO PELO CONDENADO E O “NEMO TENETUR SE DETERGERE”

Observa-se que aos condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer crime hediondo, estes serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.

Conclui-se então que o condenado não poderá se negar a fornecer material genético, ante a obrigatoriedade prevista no novel art. 9A da Lei de Execução Penal introduzido pela Lei nº 12.654/12.

Diante desse fato, verifica-se clara a incongruência da norma com o princípio que garante a possibilidade de não fornecer prova contra si mesmo, decorrência do próprio direito ao silêncio garantido constitucionalmente no art. 5º, LXIII, como se vê:

> "Art. 5º.
>
> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."

O direito ao silêncio, como anuncia Pacelli (2013, p.383), tem raízes na Idade Média e início da Renascença, é a versão do *privilege against self-incrimation* do Direito anglo-americano.

Ainda segundo Pacelli (2013, p. 384), esse princípio atua também na tutela da integridade física do réu, na medida em que autoriza expressamente a não participação na formação da culpa.

Como bem salienta Silva (2012, p.71), a intervenção corporal demanda a participação física da pessoa em um procedimento cujo resultado pode ensejar uma condenação, de maneira que o indivíduo estaria cooperando coercitivamente com uma atividade conflitante com os seus interesses.

Necessário lembrar também o disposto no art. 8º, no 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que ensina:

> "Art. 8º - Garantias judiciais: [...] 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, as seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".

O Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao princípio da não autoincriminação, por diversas vezes já considerou legítimo o direito do indiciado de não contribuir com as investigações, a fim de não produzir provas contra si próprio, como se vê:

STF HABEAS CORPUS nº 96219/SP

Data de publicação: 15/10/2008

> "[...] Em virtude do princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto--incriminação, ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si próprio [...], tanto quanto o Estado, em decorrência desse mesmo postulado, não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados (já) fossem [...]. Tais consequências ' direito individual de não produzir provas contra si mesmo, de um lado, e obrigação estatal de não tratar qualquer pessoa como culpada antes do trânsito em julgado da condenação penal, de outro ' qualificam-se como direta emanação da presunção de inocência, hoje expressamente contemplada no texto da vigente Constituição da República (CF, art. 5º, inciso LVII). Não se pode desconhecer, por relevante, que a presunção de inocência, além de representar importante garantia constitucional estabelecida em favor de qualquer pessoa, não obstante a gravidade do delito por ela supostamente cometido, também impõe significativa limitação ao poder do Estado, pois impede-o de formular, de modo abstrato, e por antecipação, juízo de culpabilidade contra aquele que ainda não sofreu condenação criminal

transitada em julgado. Na realidade, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que nunca se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão estatal e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta, ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. [...]".

STF - HABEAS CORPUS HC 77135 SP (STF)

Data de publicação: 06/11/1998

"Ementa: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP , no inciso IV do art. 174 . Habeas corpus concedido."

STF - HABEAS CORPUS HC 83096 RJ (STF)

Data de publicação: 12/12/2003

"Ementa: HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368 /76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO

> DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA . DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO. 1. O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia."

Depreende-se assim, diante do princípio que veda a autoincriminação, que a inovação trazida pela Lei nº 12.654/12 que prevê a obrigatoriedade do fornecimento de material genético, nos moldes como atualmente traçada, há de ser revista, uma vez que deve prevalecer a autonomia da vontade do condenado.

5 A LEI Nº 12.654/12 E A FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – MEIO PROBATÓRIO

Como já dito alhures, a Lei nº 12.654/12 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se impor àquele que foi condenado por crimes violentos contra a pessoa, bem como aqueles previstos no art. 1º da Lei de Crimes Hediondos (8.072/90) a obrigação de fornecer material genético com o fito de traçar seu perfil.

Pois bem, a norma penal em comento, em seu art. 3º já transcrito, exige a coleta de material genético de indivíduos que já se submeteram a um processo judicial, sofreram uma condenação definitiva, não havendo nada mais a se provar, logo, indaga-se com que intuito o Estado o obriga a fornecer material para que se trace seu perfil genético? A resposta que se revela mais plausível é a de que referido material por certo será utilizado em processo crime futuro!!!!!

Como se observa, não bastasse a ofensa patente à autonomia privada do condenado, a partir do momento em que é obrigado a fornecer material genético contra sua vontade quando já não há mais processo tramitando, ou seja, não há nada mais nada a se apurar ante a existência de decisão condenatória definitiva, a coleta de material se constitui em flagrante prova pré constituída a ser utilizada em processo ainda inexistente.

A Constituição Federal em seu art. 5º,LVII, dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, erigindo como direito fundamental o de ser presumidamente inocente aquele que ainda não tem contra si uma sentença penal condenatória. Trata-se, no dizer de Avena (2012, p. 27), de um desdobramento do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito.

A partir do momento em que conste num banco de dados informações sobre indivíduos já condenados, por certo que futura utilização dessas informações gerará uma efetiva presunção de culpabilidade, o que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se pelo exposto e sem a necessidade de maiores digressões, que a Lei nº 12.654/12, tal como atualmente configurada, apresenta-se como uma norma violadora de princípios, entre os quais e de maneira mais aparente o da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e o "Nemo tenetur se detegere" que impõe que o indivíduo tem o direito de não contrair prova contra si mesmo, bem como viola a própria autonomia da vontade.

Observa-se também que o novo diploma traz lacunas em seu bojo que merecem ser sanadas, tais como a inexistência de regulação em caso de eventual recusa do fornecimento do material genético por parte do condenado, além de se afigurar extremamente desproporcional quando

confrontada com determinados tipos penais praticados sem violência ou grave ameaça.

Ora, posta da forma como o foi, revela-se a Lei nº 12.654/12 como um flagrante exemplo de um direito penal simbólico, sendo ilógico conceber por parte do Estado que, na busca de promover uma falsa sensação de segurança para a sociedade, que se utilize de meios que violem a intimidade do cidadão, sua honra, sua imagem, seu direito de não ser considerado um não cidadão.

Sendo assim, referida legislação, da forma em que se apresenta, se revela atentatória à dignidade da pessoa humana, e por ser desproporcional ao submeter todos os condenados por crimes hediondos e crimes dolosos violentos, de maneira genérica, à coleta de material genético, apresentando-se como uma norma que mais condiz com Estados Totalitários, que acabam por eleger seus próprios inimigos.

Não se trata de negar, absolutamente, a possibilidade de utilização de padrão genético em processo criminal, mas sua admissão deve lastrear-se na excepcionalidade da medida, na preferência pela obtenção de material sem violar o *nemo tenetur se detegere* e na regulamentação das consequências quando houver recusa.

REFERENCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Ed**.** Boitempo, São Paulo: 2004**.**

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. Ed. Método. São Paulo, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96219/SP. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 09/10/2008. Publicado no DJe em 15/10/2008. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20 de jan.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 77.135/SP. Publicado no DJe em 06/11/1998. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20 jan.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83.096/RJ. Publicado no DJe em 12/12/2003. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 20 jan.2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 25 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 25 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2009/Lei/L12037.htm. Acesso em: 25 fev.2015.

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. Disponívelem:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2012/Lei/L12654.htm. Acesso em:05 de março. 2015.

CONDE, Francisco Muñoz, Direito Penal do Inimigo. Ed. Juruá. Curitiba. 2012.

DUSSEL, Enrique. Filosofia da Libertação. Ed. Paulus. São Paulo. 1995.

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas, 2003.

JUNIOR, Arno Dal Ri, O Estado e seus Inimigos. Ed. Revan. Rio de Janeiro. 2006.

PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. Ed. Atlas. São Paulo. 2013.

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