

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**INTERVENÇÕES CORPORAIS FRENTE À LEI Nº 12.654/12 À LUZ DOS
PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Beatriz Dias Feba

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**INTERVENÇÕES CORPORAIS FRENTE À LEI Nº 12.654/12 À LUZ DOS
PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Beatriz Dias Feba

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2016

**INTERVENÇÕES CORPORAIS FRENTE À LEI Nº 12.654/12 À LUZ DOS
PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Monografia aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti
Orientador

Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Antenor Ferreira Pavarina
Examinador

Presidente Prudente, _____ de _____ de 2016.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por ter me dado força de vontade e conforto nos momentos mais difíceis. Não seria nada sem a Sua intercessão em minha vida.

Agradeço a instituição de ensino superior Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, que contribuiu imensamente com meu crescimento pessoal. Agradeço aos colegas de sala por toda ajuda e suporte dado ao longo do curso e pelo corpo docente pelo digníssimo trabalho. Em especial, agradeço às minhas amigas, que foram o meu alicerce por todo o período acadêmico.

Agradeço aos meus amigos e familiares.

Agradeço imensamente ao meu professor orientador Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, que exerceu brilhantemente a sua orientação.

Por fim, ofereço minha eterna gratidão a todos aqueles que contribuíram para a realização deste trabalho ou me deram força e paciência nesta importante etapa.

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo aos meus pais, que sempre me ofereceram a melhor educação que estava ao nosso alcance. Dedico a eles todas as minhas conquistas nesta vida. Sem eles, eu não seria absolutamente nada.

“Agradeço todas as dificuldades que enfrentei; não fosse por elas, eu não teria saído do lugar. As facilidades nos impedem de caminhar. Mesmo as críticas nos auxiliam muito.” (Chico Xavier)

RESUMO

O presente estudo irá dispor, fundamentalmente, sobre a Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que institui a criação de banco de dados de perfil genético, promovendo alterações no texto legal da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, Lei de Identificação Criminal e Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. O referido mandamento legal, objeto deste trabalho, inseriu ao ordenamento jurídico a possibilidade de coleta e utilização de material genético, coletado mediante extração de ácido desoxirribonucleico, como método auxiliador da persecução penal. Para tanto, previamente, esta pesquisa busca informar sobre os tipos de intervenções corporais admitidas no sistema processual brasileiro, sua conceituação e suas eventuais limitações em razão da primazia a direitos e garantias fundamentais. Neste liame, se investigará as formas de identificação criminal adotadas pelo sistema processual brasileiro, desde sua origem até os presentes dias, integrando a esta questão os métodos, para tal, utilizados e sua admissão legal à luz das normas constitucionais. O escopo desta análise se procederá, finalmente, diante deste amplo cenário, sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.654 de 2012, ante ao ônus firmado entre o benefício da persecução penal e violação ao Princípio da Dignidade Humana e da Não Autoincriminação.

Palavras-chave: Constitucionalidade Lei nº 12.654/12. Não Autoincriminação. Intervenções Corporais. Identificação Criminal. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

ABSTRACT: The present study will lay out, fundamentally, about the Law n. 12.654, of May 28, 2012, that established the genetic profile database creation, promoting changes in the legal text of the Law n. 7.210 of July 11, 1984, Criminal Execution Law. The mentioned legal disposition, this work's object, introduced in the law the possibility of collection and use of genetic material, collected by deoxyribonucleic acid extraction, as helper method of prosecution. Therefore, previously, this research seeks to inform about the types of body intervention admitted in Brazilian legal system, its concept and its possible limitations due to the primacy of the fundamental rights and guarantees. In this context, it will be investigated the criminal identification forms adopted by the Brazilian legal system, from its origins to the present day, integrating to this question the methods used and their legal admission in the light of the constitutional norms. The scope of this analysis, finally, before this big picture, will proceed to the constitutionality of the Law n. 12.654, 2012, faced with the burden existing between the benefit of the prosecution and violation of the Human Dignity and Not Self-Incrimination Principle.

Key Words: Constitutionality Law n. 12.654/12. Not Self-Incrimination. Body Interventions. Criminal Identification. Human Dignity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL	12
2.1 Conceito de Intervenção Corporal	12
2.2 Sujeitos Afetados	14
2.3 Requisitos	15
2.3.1 De legitimidade	15
2.3.2 De execução	17
2.4 Classificação das Intervenções Corporais	18
2.4.1 Intervenções invasivas	18
2.4.2 Intervenções não invasivas	19
2.4.3 Intervenções leves e graves	19
2.5 Espécies de Intervenção Corporal	20
2.5.1 Busca pessoal (revista)	21
2.5.2 Radiografia e ultrassonografia	22
2.5.3 Endoscopia	23
2.5.4 Ordem para despir, exames ginecológicos e anais	23
2.5.5 Etilômetro (bafômetro)	24
2.5.6 Extração de sangue	27
2.6 As Intervenções Corporais e os Direitos Fundamentais	28
2.7 As Intervenções Corporais e o Princípio Da Não Autoincriminação (Nemo Tenetur Se Detegere)	31
3 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	33
3.1 Retrospectiva Histórica	33
3.1.1 Nome	34
3.1.2 Assinalamento sucinto ou sumário	34
3.1.3 Ferrete	35
3.1.4 Mutilação	35
3.1.5 Tatuagem	35
3.1.6 Fotografia	36
3.1.7 Partes do corpo	36
3.1.8 Sistema antropométrico de Bertillon	37
3.2 O Conceito Identificação Criminal	38
3.3 A Identificação Criminal no Brasil	39
3.4 Métodos de Identificação Criminal	41
3.4.1 Papiloscopia	42
3.4.2 Fotografia	44
3.5 A Identificação Civil e a Identificação Criminal	45
3.6 Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 – Lei de Identificação Criminal	47
4 A LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012	52

4.1 O DNA no Direito	52
4.2 Fundamentos da Lei nº 12.654 de 2012.....	53
4.3 Das Alterações.....	54
4.3.1 Da Lei nº 12.037 de 2009 – Lei de Identificação Criminal.....	55
4.3.2 Da Lei nº 7.210 de 1984 – Lei de Execução Penal.....	64
4.4 Da Diferenciação entre o Indiciado e o Condenado – a Faculdade e a Obrigatoriedade na Coleta de Material Genético.....	66
4.5 Omissão Legal Sobre a Exclusão do Registro do Banco de Dados.....	68
5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEI Nº 12.654/2012.....	70
5.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	70
5.1.1 Direito à integridade física e moral.....	72
5.2 Princípio da Não Autoincriminação – Nemo Tenetur se Detegere.....	73
5.3 Das Vantagens.....	76
5.4 Das Possíveis Violações de Direitos Fundamentais.....	78
5.5 Da Constitucionalidade da Lei nº 12.654 de 2012 Frente as Alterações Promovidas na Lei nº 12.037 de 2009 – Lei de Identificação Criminal e Lei nº 7.210 de 2009 – Lei de Execução Penal.....	81
5.6 Futura Análise da Constitucionalidade do artigo 9º-A pelo Supremo Tribunal Federal.....	85
6 CONCLUSÃO.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

Nos atuais dias, muitos afirmam que o Brasil é o país da impunidade. Esta convicção se concretizou como um ponto de vista popular sedimentado na sociedade brasileira. O anseio por políticas repressivas, atualmente, é um dos meios encontrados para o combate às ações violentas e conseqüente aumento de impunidade frente à justiça brasileira.

O tratamento conferido ao acusado se embasa na adoção de um sistema garantista que fundamenta e regula a estrutura penal e processual, o que contribui para a fixação de um limite para eficiência da atividade persecutória, ou seja, para a satisfação do direito de punir do Estado, isto porque o seu exercício deve ser regular e em respeito aos preceitos constitucionais positivados na Carta Maior. Não obstante, o anseio por medidas repressivas imediatas é proeminente.

Por esta razão, na data de 26 de novembro de 2012, entrou em vigor a Lei nº 12.654. A sua edição motivou alterações no texto das Leis nº 12.037/09, Lei de Identificação Criminal e nº 7.210/84, Lei de Execução Penal. Fundamentalmente, instituiu-se a criação de um banco de dados de perfil genético. De uma forma consistente, introduziu ao ordenamento infraconstitucional a possibilidade de coleta de material genético, através de extração de DNA, como método de identificação criminal, conforme positivação na Lei de Identificação Criminal e como efeito da condenação do acusado por crime doloso, com emprego de violência grave contra a pessoa e pelos crimes previstos no §1º da Lei nº 8.072, Lei de Crimes Hediondos. Ambos serão coletados, por técnica adequada e indolor e serão registrados em banco de dados sigiloso.

Destarte, é pertinente se estabelecer um estudo sobre os tipos de intervenções corporais já utilizados nos procedimentos probatórios ao longo da história forense e os que ainda se admitem atualmente em contraste com o presente cenário à luz da Constituição Federal de 1988, aplicando estes entendimentos, posteriormente, nos ditames legais da referida Lei nº 12.654/12. Se mostra, ainda, de grande valia, demonstrar como é o processo de identificação criminal no Brasil, em que hipóteses é admitida a sua procedência e acentuar a importância da utilização do material biológico para individualização dos semelhantes em contraste com a limitação imposta pelos princípios e direitos fundamentais.

É notório o avanço tecnológico em prol da justiça criminal. Distintamente dos outros meios probatórios admitidos na seara penal e processual penal, a prova resultante de coleta de material genético apresenta uma alta carga de elucidação de eventuais incertezas verificadas ao longo do processo investigatório. Dos resultados, são rasas as suas taxas de erro, o que confere grande segurança aos resultados. À vista disto, institui-se a sua utilização em proveito da persecução penal para diminuição dos níveis de impunidade e erro sobre a autoria delitiva.

No entanto, alicerçado pelo, já mencionado, sistema garantista, a coleta de material biológico como método de identificação criminal e como determinação de sentença condenatório para registro em banco de dados se tornou alvo de debates doutrinários, acadêmicos e jurisprudenciais sobre sua constitucionalidade, exaltando-se a explícita violação ao Princípio da Dignidade Humana, ao direito fundamental à integridade física e moral, à presunção de inocência do réu e ao princípio *nemo tenetur se detegere* (não autoincriminação). O ponto principal desta discussão se fundamentou na obrigatoriedade do procedimento, ou seja, da dispensa do consentimento do sujeito para realização da coleta de seu material biológico em favor das diligências probatórias.

Ademais, o questionamento, em questão, se respalda na análise e admissão deste meio probatório, inegavelmente vantajoso à persecução penal, frente às garantias e direitos fundamentais individuais. Isto é, até que ponto as autoridades estatais que atuam no processo criminal podem atuar sobre a pessoa do acusado sem que ocasione ofensas aos princípios e direitos fundamentais basilares da Constituição Federal.

2 INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL

As intervenções corporais admitidas no âmbito do Processo Penal respeitam a gradual evolução histórica e, principalmente, o avanço notório da tecnologia. É por esta razão que todos os meios que permitem a intervenção ao corpo do indiciado ou acusado possíveis de serem utilizados na seara investigatória atualmente é devido aos avanços científicos combinado com o desejo de conceder à Justiça mecanismos mais competentes para elucidação dos conflitos.

Especificadamente, as intervenções corporais foram e são promovidas pelos avanços no campo da Medicina Legal, embarcando os relatórios médico-legais decorrentes do exame pericial. Diante deste avanço, combinado em favor da Justiça, transformou-se e incorporou-se as formas de intervenções corporais permitidas no âmbito Processual Penal como base auxiliar nas investigações criminais para constatação da autoria de condutas criminosas e, agora ainda mais, com a criação de banco de dados para armazenamento de material genético, quando preenchidos requisitos exigidos em lei.

2.1 Conceito de Intervenção Corporal

Preliminarmente, se faz indispensável compreender o que são as intervenções corporais no plano do Processo Penal.

Conforme instrução de José María Asencio Mellado, as intervenções corporais se pautam como “a utilização do corpo do acusado, mediante atos de intervenção, para efeitos de investigação criminal e comprovação dos delitos”¹.

Nas palavras de Gómez Amigo², intervenções corporais se tratam de:

Diligências preliminares de investigação e de obtenção e acautelamento de fontes de prova que recaem e são praticadas sobre a matéria física da

¹ MELLADO, José María Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989. Pág. 137.

² AMIGO, Luis Gómez. *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*. Navarra: Aranzadi, 2003. pag. 26.

pessoa, com o objetivo de comprovar a existência do fato punível e a participação do imputado, bem como o grau de responsabilidade, restringindo ou limitando, assim, seus direitos fundamentais no tocante à integridade física ou intimidade corporal, com caráter geral, e que são praticadas sem o consentimento do imputado, devendo ser decretadas no curso do processo em julgamento.

Já Nicolas Gonzáles-Cuellar³ define intervenções corporais como:

Medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obtenção de consentimento, por meio de coação física se preciso for, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, em relação com as condições ou estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele.

À vista disto, denota-se o fato de que a doutrina que buscou estabelecer conceitos sobre os objetivos do processo de intervenção corporal deixa evidente que este procedimento recai como meio de prova e comprovação de autoria de delitos na seara da investigação criminal, além disto, deixa-se claro que há uma restrição de direitos constitucionais de intimidade e autoridade sobre o próprio corpo, dispensando o seu consentimento e favorecendo a persecução penal.

A discussão entre doutrinadores também circunda sobre quem a intervenção recairá, sobre qual pessoa ela surtirá seus efeitos. Assim sendo, é fato incontroverso que as intervenções corporais incidem sobre o corpo, notadamente, o corpo vivo. Por outro lado, o que não se pode é reduzir a intervenção corporal ao âmbito do imputado, já que não faltaram casos em que esta possa incidir sobre o corpo vivo das vítimas e mesmo de testemunhas⁴.

Por conseguinte, podemos chegar à conclusão de que intervenções corporais recaem sobre o corpo vivo dos sujeitos envolvidos na investigação criminal, não se restringindo ao acusado, dispensando o consentimento destes, quando em casos amparados por previsão expressa em lei, não descartando a análise quanto à limitação de direitos fundamentais.

³ SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. *Proporcionalid y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex, Madri: 1990. Págs. 285-305.

⁴ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. *Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012*. Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo, 2015. Pag. 28.

2.2 Sujeitos Afetados

O panorama estabelecido quanto aos sujeitos deve ser analisado sob duas perspectivas: sujeito ativo e sujeito passivo.

Visto à necessidade o procedimento que impulsiona a intervenção corporal pode incidir sobre a pessoa acusada, para fins de comprovação da autoria do delito, como também sobre a vítima, testemunhas e terceiros quando assim o fizer necessário.

Contudo, como se trata de restrição de direitos fundamentais discute-se a necessidade de uma prévia apreciação e autorização jurisdicional para exercício desta intervenção. Preliminarmente, devemos identificar qual a autoridade que poderá realizar tais procedimentos bem como a natureza deste procedimento, que poderá variar de intervenções leves (não invasivas) ou graves (invasivas).

Tipos de intervenções corporais admitidas em lei como a coleta de sangue para realização de exame para comprovação de relação parental, extração de sangue e teste pela exalação de ar em aparelho apropriado para verificação dos níveis de álcool no organismo, coleta de impressões digitais pelo exame datiloscópico e outros tantos podem ser praticados pela autoridade policial, Ministério Público e mediante autorização de juiz competente, dependendo da natureza da intervenção. Contudo, diante desta natureza, podemos compactuar com a ideia de que ao identificar que a ingerência ao corpo não se trata de intervenção grave, haveria a desnecessidade de prévia apreciação e autorização judicial, pois se tal requisito fosse exigível muitas das medidas que autorizam a autoridade policial e o Ministério Público a proceder esta interferência não seriam eficazes em sua aplicabilidade, visto que não podemos imaginar a autoridade policial solicitando a autorização judiciária para cada vez que realizasse o teste para verificação dos níveis etílicos em eventual fiscalização.

Desta forma, a discussão doutrinária se pauta nas seguintes situações: a polícia e Ministério Público só poderiam proceder a intervenções corporais com o consentimento do sujeito passivo da intervenção⁵. Outros entendem que a polícia e o Ministério Público poderiam proceder a intervenções corporais em casos de

⁵ AROCA, Juan Montero; RAMOS, Manuel Ortellis; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón. *Derecho jurisdiccional*. Barcelona: Bosch, 1991. Págs. 228-229.

urgência⁶. Há ainda os que entendem que, nos casos de intervenções “graves”, como as amostrar de sangue, inspeções anais e vaginais, só podem ser realizadas com autorização judicial⁷.

A interferência pode ser procedida nas vítimas, testemunhas e terceiros sempre que houver necessidade. O procedimento na vítima não se mostra incomum, uma vez que é de grande valia a sua execução por auxiliar na comprovação da materialidade do crime e na atividade probatória. Exemplo disto seria o exame de corpo de delito realizado em vítimas de crimes de estupro e violência doméstica⁸.

Não impossíveis, mas mais raros, a intervenção corporal pode ainda dilatar seus efeitos atingindo testemunhas e terceiros.

2.3 Requisitos

Diante de uma análise extensiva da doutrina, podemos elencar requisitos que agregam à intervenção corporal a legitimidade para realização do ato e qual o procedimento a ser executado em respeito a esta legitimidade.

2.3.1 De legitimidade

Adotando uma ampla visão em relação ao estudo doutrinário, estes arrolam quatro requisitos que devem ser observados para conferência de legitimidade a intervenção corporal, sendo estes:

Legalidade – mostra a necessidade de cominação prévia em lei autorizando o ato de intervenção corporal em relação a qualquer sujeito (ativo ou passivo). Este requisito se sustenta no fato de que este procedimento, apesar de beneficiar o processo investigatório criminal, restringe de forma explícita os direitos

⁶ MELLADO, José Maria Asencio, 1989, loc. cit. pág. 146.

⁷ CABIALE, J.A. Díaz. *La admisión y práctica de la prueba em el processo penal*. Premio Poder Judicial, 1992. Madrid: CGPJ, 1993. Pág. 141.

⁸ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 37.

fundamentais inerentes a Constituição Federal. Diante deste fato, é indispensável que a sua autorização esteja devidamente autorizada em lei, cumprindo-se o preenchimento do requisito de legalidade⁹.

Decisão judicial – como anteriormente explanado, em determinadas hipóteses da qual se faz necessária a identificação da natureza da intervenção (leve ou grave) bem como o conhecimento da autoridade que irá procedê-la, se faz necessária prévia determinação/autorização judicial. Contudo, em determinados casos, admite-se que a intervenção seja perquirida em razão da autoridade policial e do Ministério Público em razão do seu caráter emergencial e inescusável, dispensando, nesta hipótese, a permissão judicial¹⁰.

Proporcionalidade – não somente neste campo de estudo, mas também nos demais que executam pesquisas que abordam o Princípio da Proporcionalidade, assim como ocorre também nos estudos doutrinários, este não é diferenciado do Princípio da Razoabilidade. Então, de modo breve, adotando os ensinamentos de Humberto Bergmann Ávila¹¹ que distingue a proporcionalidade e razoabilidade, entendendo que, no primeiro, há um exame abstrato dos bens jurídicos e, no segundo, há um exame concreto, em função das peculiaridades dos casos particulares, ou seja, na razoabilidade, as condições individuais e pessoais dos envolvidos devem ser consideradas na decisão.

Ademais, Willis Santiago Guerra Filho¹² preconiza que a razoabilidade tem uma função negativa, e que a desobedecê-la seria ultrapassar limites aceitáveis; por outro lado, a proporcionalidade teria função positiva, demarcando o limite e indicando como se deve manter dentro dele, mesmo quando não parecer irrazoável ir além.

Desta maneira, para que o procedimento de intervenção corporal observe o requisito da proporcionalidade, sua análise deve ser subdividida em três

⁹ EVANGELIO, Ángela Matallín. *Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

¹⁰ MELLADO, José Maria Asencio, 1989, loc. cit. pág. págs. 144-146.

¹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. IN: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Págs. 25-26.

pilares, sendo eles: adequação – a determinação deste procedimento deve ser adequada a sua finalidade; necessidade – a medida deve se mostrar necessária para a atividade investigatória e solução do conflito, uma vez que o ato comporta a restrição de direitos fundamentais, não podendo ser determinado sem que haja comprovada necessidade. Tanto é devido, que em determinados casos em que se exige previa autorização legal, defende-se que tal autorização venha fundamentada pela autoridade judicial expondo os motivos que o levaram a adotar tal medida; e proporcionalidade em sentido estrito – verificação do ônus entre a medida determinada e o benefício que ela agrega, ou seja, ponderação entre direitos fundamentais do indivíduo e auxílio da atividade investigatória, *in casu*¹³.

Existência de processo e audiência prévia – parte da doutrina sustenta que, em casos em que se exija a prévia autorização judicial, isto é, em caso de medidas invasivas graves, faz-se necessário a existência de processo em andamento e audiência prévia para determinação da diligência, da qual deverá demonstrar todos estes requisitos. Ademais, a existência prévia de processo e realização de audiência promove o Princípio da Ampla Defesa e Contraditório, possibilitando ao sujeito a oportunidade de explanar justificativas e pontos controversos que julgar relevantes de acordo com a sua posição sobre a execução de medidas de intervenção corporal¹⁴.

2.3.2 De execução

Como anteriormente mencionado, a natureza da intervenção deve ser identificada. Contudo, abordando uma forma geral sobre o procedimento a ser realizado, a técnica empregada deve ser praticada sem promover riscos à saúde do sujeito, sendo necessária a aplicação de técnicas específicas do determinado procedimento, evitando ao máximo os sentimentos de dor física e mental e vedando

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. Págs. 228-229.

¹⁴ FIORI, Ariane Trevisan. *A prova e a interferência corporal: sua valoração no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág. 116.

o comportamento degradante, vexatório e desumano, obedecendo ao Princípio da Dignidade Humana.

Além do mais, deve ser executado por profissional habilitado e especializado no procedimento que será realizado, sendo dever deste aplicar seus conhecimentos técnico-científicos a fim de preservar a integridade física do sujeito¹⁵.

2.4 Classificação das Intervenções Corporais

A doutrina, em especial, a respeitosa doutrinadora Maria Elisabeth Queijo, distingue as intervenções corporais classificando-as em duas categorias: não invasivas e invasivas.

2.4.1 Intervenções invasivas

As intervenções invasivas são aquelas que demonstram a necessidade de penetração no corpo do indivíduo, ou seja, aquelas em que o procedimento de intervenção se dá através de análise das cavidades naturais do corpo.

Quanto às intervenções invasivas podemos citar como exemplos a extração de sangue para comprovação de níveis de álcool no organismo e para constatação de paternidade, endoscopias, exames ginecológicos e urológicos, dentre outros¹⁶.

¹⁵ AMIGO, Luis Gómez, 2003 loc. cit. págs. 93-94.

¹⁶ QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003. Pág. 245.

2.4.2 Intervenções não invasivas

As intervenções não invasivas são pontuadas por avaliações superficiais do corpo humano, isto é, não ocorre a invasão nas cavidades¹⁷.

São exemplos de intervenções não invasivas o exame dactiloscópico das impressões papilares, radiografias, exames de comprovação de vínculo parental através de um fio de cabelo e outros.

Contudo, neste aspecto, a identificação de intervenção corporal pode ser relativizada. Isto é, alguns destes exames podem ser realizados sem nem se quer executar a intervenção corporal no sujeito passivo, podendo servir como objeto de análise o material que se encontra desprendido do corpo do sujeito como fio de cabelo em um pente ou saliva em uma escova de dente. Este tipo de análise não deve ser tomada como pertencente ao campo das intervenções corporais, ou seja, não pode ser classificada como tal¹⁸.

2.4.3 Intervenções leves e graves

Estabelecendo conexão com o Direito Comparado, a doutrina espanhola ainda distingue intervenções corporais em leves e graves. Diante disto, o doutrinador Angel Gil Hernández¹⁹ dispõe que intervenções leves seriam aquelas que admitem a ponderação entre o conflito estabelecido entre o interesse particular e o social, levando sempre em consideração o equilíbrio entre a medida aplicada e o delito investigado. Já as intervenções corporais graves seriam aquelas que não admitem tal ponderação, independentemente da gravidade da conduta investigada, pois não há conduta que justifique sua execução, sendo claramente caracterizadas por serem extremamente invasivas e dispor de direitos fundamentais individuais.

¹⁷ QUEIJO, op. cit., mesma página.

¹⁸ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 43.

¹⁹ HERNANDEZ, Angel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995. Págs. 114-116.

Para Luis Gómez Amigo²⁰, diligências que dispensam autorização judicial prévia e podem ser executadas por outras autoridades, como o exame para constatar os níveis alcoólicos no organismo do sujeito passivo, não podem ser consideradas intervenções corporais, justamente pela desnecessidade de autorização judicial.

Contudo, estes posicionamentos são alvos de debates na doutrina espanhola. Alguns destes estudiosos acreditam que as intervenções corporais jamais poderiam ser distinguidas em leves ou graves e, muito menos, serem admitidas sem prévia autorização judicial. Isto porque intervenções corporais, seja qual for a sua natureza, atingem direitos fundamentais devendo, por este motivo, sempre serem consideradas graves.

2.5 Espécies de Intervenção Corporal

A investigação aqui explanada será demonstrada abordando uma visão ampla. Diante da admissão da intervenção corporal no processo penal, a identificação da natureza desta intervenção deve ser verificada de forma casuística, ou seja, cada caso concreto poderá admitir um tipo de intervenção corporal como também poderá ser executado pela determinada autoridade/profissional competente para este fim, de acordo com a admissão legal.

As espécies, como dito anteriormente, podem ser diversas em razão de seu caráter casuístico. À vista disto, buscaremos explicar as mais executadas e suas peculiaridades.

²⁰ AMIGO, Luis Gómez, 2003, loc. cit. págs. 106-107.

2.5.1 Busca pessoal (revista)

Segundo a redação dada pelo artigo 244 do Código de Processo Penal²¹, a busca pessoal não ficará a cargo de autorização judicial para sua execução quando justificada pela prisão do sujeito passivo, quando houver indícios concretos de que este esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituem corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

É de grande valia observar que mantém-se a inviolabilidade do domicílio se o sujeito se encontrar dentro deste, caso em que dependerá de mandado expedido pela autoridade judiciária competente para que não configure a violação a este princípio. A execução desta medida só poderá acontecer quando o local onde o indivíduo se encontra não configurar como domicílio, afastando nesta hipótese, a inviolabilidade, em observância a sua concretização no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal²².

Importante se faz salientar que a busca pessoal só se justifica se ter por base fundada suspeita, não admitindo apenas a sua motivação por elementos subjetivos, mas também por elementos concretos²³. Ensina-nos Guilherme Nucci²⁴ que a suspeita para a busca pessoal independente de mandado judicial há de ser “fundada”, ou seja, baseada em elementos visíveis e concretos. O não cumprimento do predisposto em lei pelas autoridades policiais, da qual são responsáveis pela execução do ato de busca pessoal, pode configurar o crime de abuso de autoridade.

Sob a perspectiva das intervenções corporais, as chamadas ‘revistas’ não podem configurar como pertencente a este fenômeno processual penal, uma

²¹ Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, artigo 244: “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.

²² Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso XI: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

²³ TELES, Vanessa. *Busca pessoal e abordagem policial tem previsão legal?* Mega Jurídico. Disponível em <<http://www.megajuridico.com/busca-pessoal-e-abordagem-policial/>>. Acesso em: 26/04/2016.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Busca Pessoal (ou revista pessoal)*. Disponível em: <https://www.facebook.com/guilherme.nucci/posts/10200907984516256>. Acesso em 26/04/2016.

vez que o mero contato com o corpo humano não ocasiona a sua intervenção, nem que de forma mínima. Diante do entendimento basilar das intervenções corporais, a busca pessoal não pode ser analisada sobre este prisma.

2.5.2 Radiografia e ultrassonografia

Exames radiológicos ou exames de raio x consiste no fornecimento de imagens dos ossos e de certos órgãos ou tecidos. Geralmente utilizadas para diagnósticos de problemas ósseos. Realizado através de exposição aos raios x e executado por profissional habilitado e especializado em radiologia²⁵.

Diferentemente da radiografia, a ultrassonografia não se utiliza da incidência de radiação e obtenção de imagens, mas sim da propagação de ondas sonoras de alta frequência que, ao se chocarem com os órgãos produzem ondas sendo convertido em imagens somente posteriormente discriminando órgãos, tecidos e fluxo sanguíneo. Oferece maiores detalhes da estrutura e organismo humano do que a radiografia. A ultrassonografia é realizada por profissional habilitado e especializado na área médica²⁶.

Ambos não oferecem riscos relevantes à saúde.

Este método é incontestavelmente considerado uma forma de intervenção corporal não invasiva ou leve. Ambas as técnicas são usadas com certa frequência para averiguação da presença de drogas no organismo decorrente da ingestão de entorpecentes com o fim de escondê-los dentro do próprio corpo e demais casos distintos²⁷.

A doutrina discute a necessidade de autorização judicial para realização desta intervenção, devendo ser analisado casuisticamente e a presença ou não de consentimento do sujeito passivo, devendo-se levar em conta a baixa invasão ao corpo como também a afetação aos direitos fundamentais.

²⁵ Equipe Oncoguia. *Exames Radiológicos*. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/exames-radiologicos/6796/842/>. Acesso em: 26/04/2016.

²⁶ Equipe Oncoguia. *Ultrassom*. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/ultrassom/6799/842/>. Acesso em: 26/04/2016.

²⁷ QUEIJO, Maria Elisabeth, 2003, loc. cit. pág. 251.

2.5.3 Endoscopia

Exame utilizado com o propósito de averiguar as condições internas do organismo humano. Realizado através da introdução de um instrumento chamado endoscópio através de uma abertura natural para verificação do interior do organismo. O procedimento deve ser desempenhado por profissional habilitado e especializado na área medica correspondente²⁸.

Este tipo de exame costuma ser usado para verificação da presença de entorpecentes no estômago ocasionado pela ingestão da substância com o fim de ocultá-la²⁹. A endoscopia, *in casu*, é determinada na presença de fortes indícios que justificam a prática.

Por sua natureza ser inegavelmente invasiva, os efeitos negativos aos direitos fundamentais se mostram mais intensos, diante disto, a autorização judicial para determinação e realização do procedimento se mostra de maior necessidade que nos demais casos. Todavia, por se tratar de medida grave de intervenção, compactua-se com o pensamento de que mesmo a autorização judicial não possuiria força para determinar a execução do procedimento sem o consentimento do sujeito passivo.

2.5.4 Ordem para despir, exames ginecológicos e anais

Não é incomum a exigência da ordem para desnudar, especialmente quando realizada a revista no campo penitenciário. Além disto, a ordem se expande e pode comportar a execução de flexões pelo sujeito passivo com o fim de expelir drogas ou substâncias afins das cavidades vaginais e/ou anais³⁰.

Tudo isso entra em choque com o direito a intimidade corporal do sujeito, bem como a sua exposição degradante, humilhante e vexatória, colidindo diretamente com seus direitos fundamentais.

²⁸ *Endoscopia*. Disponível em: <http://www.saudemedicina.com/endoscopia/>. Acesso em: 26/04/2016.

²⁹ QUEIJO, Maria Elisabeth, 2003, loc. cit. pág. 250.

³⁰ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 58.

A prática geralmente é vista como meio de revista do preso quando em âmbito penitenciário, contudo, o artigo 244 do Código de Processo Penal não prevê tal conduta. Este procedimento se mostra claramente invasivo por demonstrar perturbação à intimidade corporal³¹.

A doutrina internacional diverge em suas opiniões. Alguns admitem que em nenhuma hipótese este procedimento pode ser executado, uma vez que agrega um tratamento degradante e humilhante ao sujeito passivo³², outros admitem que em âmbito penitenciário o procedimento não atribui tratamento vexatório e pode ser empregado³³.

2.5.5 Etilômetro (bafômetro)

O etilômetro ou alcoolímetro, também conhecido vulgarmente por “bafômetro” traduz-se pelo aparelho que mede os níveis de concentração de álcool etílico na corrente sanguínea através de exame do ar pulmonar fornecido pelo sujeito ativo³⁴.

O crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe em seu parágrafo 2º que a verificação da conduta de conduzir veículo automotor com a capacidade psicomotora comprometida em razão da ingestão de bebidas alcoólicas ou substâncias psicoativas que causam dependência poderá ser obtida mediante exame de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia e outros, observado o direito a contraprova³⁵.

³¹ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, op. cit. Pág. 59.

³² HERNANDEZ, Angel Gil. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 1995. Pág. 115.

³³ AMIGO, Luis Gómez, 2003, loc. cit. pág. 101.

³⁴ *Etilômetro*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Etil%C3%B4metro#Legisla.C3.A7.C3.A3o_brasileira. Acesso em: 26/04/2016.

³⁵ Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Artigo 306 caput e §2º: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor. §2º - A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova”.

Neste liame, o artigo 165³⁶ do referido ordenamento infraconstitucional prevê uma infração de trânsito e possui regulamentação pelo artigo 277³⁷, também do CTB, onde determina-se que os envolvidos em acidentes de trânsito ou aquele que foi parado em fiscalização poderá ser submetido a testes, exames clínicos, perícias ou outros procedimentos. Ainda, segundo o parágrafo terceiro do supracitado artigo 277 do CTB, o condutor que se recusar a se submeter aos procedimentos estabelecidos em seu caput para comprovação do estado de embriaguez ou sob influência de outra substância psicoativa que determine sua dependência poderá sofrer as respectivas penalidades e medidas administrativas.

A doutrina brasileira majoritária compactua com a ideia de que o dispositivo padece de duvidosa constitucionalidade, uma vez que se presume a embriaguez do condutor do veículo. Deste entendimento, resulta a conclusão de que o sujeito passivo não é obrigado a acatar a ordem, em submissão ao princípio da não autoincriminação, oriundo do princípio da ampla defesa. A sua recusa não configura nenhuma sanção administrativa ou penal. O renomado doutrinador Luiz Flávio Gomes³⁸ explica que o texto de lei foi interpretado erroneamente uma vez que:

Todo suspeito tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. Logo, não está obrigado a fazer exame de sangue ou soprar o bafômetro. Nestas duas situações, por se tratar de um direito, não há que se falar em qualquer tipo de sanção (penal ou administrativa).

³⁶ Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Artigo 165: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração – gravíssima. Pena – multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Medida Administrativa – recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no §4º do artigo 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997- Código de Trânsito Brasileiro”.

³⁷ Lei 9.503 de 23 de Setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Artigo 277 caput e §3º: “O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência. §3º - Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo”.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Bafômetro: é obrigatório?*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 02/05/2016.

Ainda leciona com clareza sobre a determinação do parágrafo 3º do artigo 277 explicando³⁹:

O artigo 3º que estamos comentando só tem pertinência em relação ao exame clínico. A recusa ao exame de sangue ou bafômetro não está sujeita a nenhuma sanção. Quando alguém exercita um direito (direito de não autoincriminação) não pode sofrer qualquer tipo de sanção.

No entanto, a matéria sofreu consideráveis alterações nos últimos anos. No ano de 2012, o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro sofreu alterações que ocasionaram na dispensa da realização do teste do bafômetro para comprovação do estado de embriaguez do condutor, dispondo em seu parágrafo segundo que a constatação poderá se dar por meio de exames clínicos, prova testemunhal ou outros meios de prova admitidos, observado o direito à contraprova. Desta disposição, diante da recusa do condutor a se submeter ao teste do etilômetro, não será a ele imputada nenhuma espécie de penalidade, uma vez que não se admite a presunção de embriaguez do condutor em razão de sua negativa, em respeito ao princípio da não autoincriminação. A autoridade policial, em contrapartida, poderá se valer dos demais métodos probatórios admitidos, conforme referida redação do parágrafo segundo, anteriormente explicado. Já quanto à disposição do artigo 165, na data de 1º de novembro deste ano, 2016, passará a vigorar o artigo 165-A⁴⁰, onde determina que a recusa do condutor em se submeter a qualquer procedimento previsto no caput do artigo 277 do CTB responderá pelas penalidades e medidas administrativas previstas no, então vigente, artigo 165-A. *In casu*, o princípio da não autoincriminação não poderá ser levantado, uma vez que

³⁹ GOMES, op. cit.

⁴⁰ Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, Código de Trânsito Brasileiro. Artigo 165-A: "Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida no art. 277: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no §4º do art. 270. Parágrafo único – Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de 12 (doze) meses". Em vigor a partir de 01/11/16.

para medidas administrativas não vigora tal princípio, uma vez que o artigo 165-A dispõe sobre uma infração de trânsito e não uma conduta criminosa⁴¹.

Retomando pela análise do procedimento em vista da intervenção corporal, esse teste consiste, grosseiramente, na análise de um sopro, uma pequena quantidade de ar fornecida pelo sujeito. A interferência no corpo do sujeito é quase irrelevante, consideravelmente mínima. Não necessita de autorização judicial para tal, sendo estabelecido como um dever funcional da autoridade policial.

Podemos chegar à conclusão que, nesta questão, mais completa se faz a discussão doutrinária em torno do consentimento do sujeito passivo e da obrigatoriedade da execução do procedimento, prevalecendo como tese majoritária a não há obrigatoriedade e diante da recusa do consentimento o sujeito passivo não deve sofrer nenhuma espécie de sanção. Segue-se ainda a linha de pensamento de que, por se demonstrar de forma mais invasiva, a exigência do fornecimento de amostra sanguínea para comprovação dos níveis etílicos presentes no organismo, é procedimento ilegal e viola a garantia da Não Autoincriminação, não sendo nem permitida a sua execução mediante ordem judicial.

2.5.6 Extração de sangue

A extração de sangue é capaz de demonstrar inúmeras causas ligadas a condutas alvo de investigações e outras inúmeras situações jurídicas. A própria comprovação dos níveis etílicos no organismo, como anteriormente comentado, pode ser comprovada pela extração de pequena quantidade de sangue do sujeito passivo, porém, sua aplicabilidade não vem sendo admitida em prática.

Além deste exemplo, comprovação de relação parental, constatação de doenças infectocontagiosas, análises periciais e outros exemplos podem ser auxiliados de forma efetiva pela análise de ínfima quantidade de sangue.

Mesmo que o procedimento adotado na extração de sangue seja realizado por profissional habilitado através de procedimento indolor, sem sujeição a situações humilhantes e por ser considerada espécie de intervenção corporal

⁴¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Lei 13.760/2016 e as consequências diante da recusa em se submeter ao bafômetro*. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2016/05/lei-132812016-e-as-consequencias-diante.html>. Acesso em: 13/10/2016.

invasiva de baixo grau a sua execução não pode ser realizada de forma coercitiva, no que tange ao campo do Processo Penal, mesmo diante da omissão legal, uma vez que não há clara regulamentação dos limites das intervenções e de como esses procedimentos devem ser realizados.

No Processo Civil, especificadamente nas ações de investigação de paternidade, foi promovida alteração na Lei nº 8.565/1992 acrescentando o artigo 2º-A pela Lei nº 12.004/2009⁴² da qual relata que:

Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo Único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Contudo, referida alteração não pode ser aproveitada pelo Processo Penal, em razão do consagrado princípio da presunção de inocência do réu. Assim como acontece nos testes de níveis étlicos, no Processo Penal prevalece a garantia constitucional exaltado pelo princípio da não autoincriminação⁴³.

2.6 As Intervenções Corporais e os Direitos Fundamentais

Clara e evidente se mostra a proteção dada ao acusado no processo penal através das garantias constitucionais. As intervenções corporais em sede do Processo Penal entram em choque com estes mandamentos, calcados de forma ampla ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Estes fundamentos possibilitam a convivência harmônica dos indivíduos que compõem o meio social bem como os limites para ingerências estatais na esfera privada da vida de seus cidadãos. Diante desta última premissa podemos concluir, de forma prévia que, ao interpor garantias constitucionais como os direitos do investigado/acusado bem como os direitos fundamentais propriamente ditos como o direito a intimidade e

⁴² Lei 12.004 de 29 de Julho de 2009. Altera a Lei 8.560/92 que regula o procedimento de investigação de paternidade.

⁴³ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 57.

incolumidade física e mental serão certamente alvo de debates dispositivos infraconstitucionais que dispõe seu conteúdo de forma controversa.

Direitos fundamentais positivados estão calcados no artigo 5º da Carta Maior. Em seu caput fica instituído que são invioláveis o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade⁴⁴. Notadamente, o texto de seu inciso III dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, estabelecendo, com isso, a supremacia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁴⁵.

Desdobramento de referido princípio dá origem às garantias constitucionais do Direito a Intimidade, Privacidade e a Integridade Física e Moral. A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou em seu inciso X a inviolabilidade da intimidade e da vida privada⁴⁶.

Leciona André Nicolitt e Carlos Wehrs⁴⁷ sobre o Direito a Intimidade/Privacidade dizendo que:

O Homem não pode ser perturbado ou inibido pela discussão pública de sua vida privada. Não obstante, as definições de privacidade e intimidade não são estáveis e fixas, ao contrário, são dotadas de relatividade histórico-cultural, que faz oscilar a fronteira entre o público e o privado em razão das transformações da civilização.

Já Incolumidade Física e Moral tratam-se da preservação da integridade corporal e mental, vedando a propagação de qualquer ato que cause dano ou perigo ao indivíduo. Possui relação com o Direito à Saúde.

Diante do exposto pelos autores anteriormente, referidas garantias não podem impossibilitar a atuação do Estado, existindo a possibilidade de imposição de

⁴⁴ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]”.

⁴⁵ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso III.

⁴⁶ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso X: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁴⁷ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 35.

limitações quando ocorrer a previsão expressa em lei autorizando a ingerência na esfera de garantias constitucionais. Reforçando o pensamento de relativização dos direitos fundamentais pode-se dispor o inciso II, também do artigo 5º da Constituição Federal que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei⁴⁸”.

Seguindo esta linha de pensamento e conduzindo a discussão para específica análise das intervenções corporais, já englobando a recente Lei nº 12.654/12, que institui a coleta de material genético para auxílio das investigações criminais no processo de identificação criminal (Lei nº 12.037/2009) e seu armazenamento em banco de dados de condenados por crimes dolosos, com emprego de violência grave contra a pessoa e crimes hediondos (Lei nº 7.210/1984), deve-se produzir esta verificação levando em conta os princípios constitucionais da intimidade e incolumidade do corpo e mente. Sob o enfoque das intervenções corporais, pode-se compreender que estas promovem sim a interferência à integridade física do sujeito passivo. Toma-se como exemplo o exame de endoscopia, da qual necessita-se do uso de sedativos e ocorrência de mal estar após o procedimento, ocasionando ânsia e vômitos.

Assim, analisando sob esta perspectiva, o procedimento de intervenção só poderá ser executado quando houver previsão legal que o institui, sendo exigível a estrita observância às determinações legais e adequação entre o ônus da medida e o seu benefício.

Contudo, muitas vezes as omissões legais acabam por ocasionar dúvidas nos operadores de direito, cabendo aos estudiosos e eventuais julgamentos de casos concretos para sanar essas falhas legislativas. É por esta razão que se instala a discussão sobre os procedimentos de intervenção corporal na seara do Processo Penal e Direito Penal, uma vez que se questiona sobre a obrigatoriedade destas medidas e as possíveis ofensas a direitos fundamentais que delas podem decorrer.

⁴⁸ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso II: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”.

2.7 As Intervenções Corporais e o Princípio Da Não Autoincriminação (Nemo Tenetur Se Detegere)

Previamente, é necessário se entender a definição e a constituição do princípio da não autoincriminação. Notavelmente, Queijo⁴⁹ ensina:

O princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que se assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar. Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.

Defende-se que referido princípio é oriundo do Direito ao Silêncio e se estabelece como um sistema de freio às ingerências estatais nos processos de investigações criminais onde atuam a autoridade policial e judiciária. No que diz respeito à pessoa do acusado e sua submissão à prática de intervenções corporais, tem-se entendido que não podem sobre eles recair o dever de colaboração com as atividades investigatórias e probatórias. Isto significa que é facultado ao acusado de se recusar, vedando a incidência de qualquer responsabilização pela abstenção.

Este entendimento é construído com base no argumento de que não se deve transformar a pessoa do acusado em um mero objeto em prol da persecução penal, firmando o dever de atuar em estrita observância ao Princípio da Dignidade Humana, ao Direito ao Silêncio e presunção de inocência, além dos direitos fundamentais à integridade física e moral, à intimidade e privacidade. Substancialmente, em primazia ao princípio da não autoincriminação em relação às intervenções corporais na seara do processo penal, não se admite a adoção de medidas coercitivas contra o acusado com o propósito de obriga-lo a cooperar com os procedimentos investigatórios e probatórios do processo; inexistente responsabilização de qualquer natureza se houver negativa do acusado em

⁴⁹ QUEIJO, Maria Elisabeth, 2003, loc. cit. pág. 1.

colaborar; bem como não se admite que se presuma da recusa em colaborar a veracidade das alegações contra ele manifestadas e da presunção de culpa⁵⁰.

⁵⁰ QUEIJO, Maria Elisabeth, 2003, loc. cit. pág. 268.

3 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A identificação criminal é constitucionalmente determinada no artigo 5º inciso LVIII e regulamentada pela Lei nº 12.037/12. Diante da indubitável necessidade social, no início do século XX se verificou a urgente precisão de se instituir e regulamentar o sistema de identificação criminal no Brasil. Desde sua criação, o processo de identificação criminal se estabeleceu de diversas formas até se estabilizar da forma que se define atualmente.

3.1 Retrospectiva Histórica

É certa a afirmação de que a ciência trabalhou incessantemente na busca por métodos cada vez mais seguros e exatos para identificação e individualização dos seres humanos.

Ao longo dos tempos, cientistas do mundo inteiro trabalharam em suas teorias e as sustentaram firmemente, justificando suas teses com bases nas características humanas já presentes nos indivíduos ou na constituição de sinais ou marcas que individualizassem cada ser humano existente.

Este campo de pesquisa se alicerçou no fato de que deve haver um método de identificação unívoco, capaz de distinguir os semelhantes e individualizá-los sem erros.

Esta importância se expande, consideravelmente, quando se trata da Identificação Criminal, uma vez que é de extrema relevância que os verdadeiros agentes da prática de determinado crime sejam identificados perante seus semelhantes dentro do círculo social. Uma testemunha reconhecerá o agente do crime dentre seus semelhantes, mas caberá à Polícia identificar o sujeito como o real autor delito, individualizando-o.

Em busca desta individualização, alguns métodos de identificação foram catalogados, alguns mais complexos e outros mais simplórios, e alguns com taxas de erros menores que outros.

3.1.1 Nome

Frente a uma análise menos científica, podemos destacar que o nome foi um dos mais antigos métodos de identificação humana, se não o mais antigo que, segundo Araújo e Pasquali⁵¹:

É o termo que identifica uma pessoa natural na vida em sociedade, bem como do ponto de vista jurídico, tem grande importância, pois é com ele que o indivíduo adquire bens, participa de associações, abre contas bancárias e tira documentos.

Mesmo mostrando-se como meio de identificação social, não apresentou relevante eficácia na individualização dos semelhantes, uma vez que é extremamente fácil a confusão de nomes semelhantes, e até idênticos, bem como a sua alteração.

3.1.2 Assinalamento sucinto ou sumário

Seguindo este conexo, existe no Brasil o chamado Assinalamento Sucinto ou Sumário, que versa sobre a anotação de uma análise rasa das principais características do indivíduo, tais como raça, idade, estatura, cor dos cabelos, sinais particulares (marcas de nascença, tatuagem, cicatrizes, etc.).

⁵¹ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. PASQUALI, Luiz. *Histórico dos Processos de Identificação*. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 19/08/2016. Pág. 3.

3.1.3 Ferrete

Entre os séculos XVI e XIX, alguns países como Índia, França, Grécia, Itália e Estados Unidos adotaram como meio de identificação de criminosos o Ferrete, que consistia no aquecimento de uma estrutura de ferro. Essa estrutura apresentava certos símbolos, fazendo com que a cicatriz deixada pela queimadura fosse utilizada como método de individualização destes indivíduos⁵².

3.1.4 Mutilação

Nesta mesma época, fora empregado em alguns países da Europa e América do Norte a técnica da Mutilação de criminosos, que se baseava na amputação de alguma parte do corpo, como orelhas e narinas. Em alguns casos, a extirpação do membro se relacionava com o tipo de crime praticado: da língua, nos crimes contra a honra, ou do órgão genital, nos crimes sexuais. Neste aspecto, pode ser construída uma relação intimamente ligada às Leis de Talião, que conferia o mesmo tratamento danoso da vítima ao seu agressor⁵³.

3.1.5 Tatuagem

O método da Tatuagem, chamando de Sistema Dermográfico de Bentham, idealizado como meio de identificação pelo filósofo inglês Jeremy Bentham no século XIX, era caracterizado por tatuar na parte interna do antebraço direito letras para identificar civilmente uma pessoa e números para a identificação criminal.

O método da Tatuagem pôde ser verificado, através de estudos, como meio de antigo de identificação, antes mesmo da idealização por Bentham, sendo

⁵² ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. PASQUALI, Luiz. op. cit. mesma página.

⁵³ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. PASQUALI, Luiz. op. cit. Pág. 4.

detectado no Egito Antigo. Porém, fora muito utilizado em inúmeros países, posteriormente, até o Século XIX.

No entanto, o método elaborado por Bentham não prosperou no campo da identificação civil e criminal, isto porque fora considerado, aos olhos da sociedade, método doloroso e inadequado. Além do mais, não pode a ele ser conferido total confiança, uma vez que a Tatuagem pode ser modificada ou desaparecer relativamente com o tempo⁵⁴.

3.1.6 Fotografia

Foi ainda no século XIX que surgiu um dos métodos mais usados atualmente, a Fotografia. Técnica que consista na captação de imagens reais passou a ser utilizado em processos de identificação e documentação.

Atualmente, a Fotografia é empregada na identificação criminal, seja na identificação da imagem do criminoso ou nos vestígios do crime, com fins de catalogação e documentação.

Além de ser satisfatório o seu uso no campo da identificação criminal, também demonstra relevante utilidade no campo da identificação civil, justamente por se comportar como método satisfatório ao individualizar pessoas.

Apesar disso, este método foi perdendo a sua confiabilidade ao longo do tempo em decorrência de avanços tecnológicos, pois surgiram técnicas de alteração na fisionomia dos indivíduos associado a difícil tarefa de catalogação prática destes registros.

3.1.7 Partes do corpo

Muitos estudiosos continuaram seus estudos com o fim de agregar ao campo da identificação humana mais confiabilidade e funcionalidade, diante disto, muitos desenvolveram estudos com base nas partes do corpo dos indivíduos.

⁵⁴ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. PASQUALI, Luiz. op. cit. Págs. 5-6.

O estudioso Frigério, por exemplo, desenvolveu seu método de identificação com base na medição da parte exterior do canal auditivo. Outro, chamado Matheios, elaborou seu estudo com base na comparação de pontos semelhantes e nos parâmetros da face dos indivíduos, sendo um dos precursores do atual sistema de reconhecimento facial. Havia também o Sistema de Icard que consistia na inserção de uma porção de parafina por injeção em determinada parte do corpo do sujeito, criando espécies de tumores que, se retirados, criariam cicatrizes⁵⁵.

3.1.8 Sistema antropométrico de Bertillon

Muitos destes estudiosos se embasaram nos ensinamentos de Alphonse Bertillon e seu Sistema Antropométrico.

Em seus estudos pôde concluir que a partir dos 21 anos de idade o esqueleto humano praticamente não se altera, preservando suas características ao longo da existência, com isso procedeu à mensuração das partes do corpo humano com base na Antropometria (medida dos braços, pernas, crânio, etc.), utilizando-se de técnicas para identificação. As medidas extraídas eram classificadas e catalogadas⁵⁶.

Além disso, Bertillon também criou o termo “Retrato Falado” que, até então, não havia denominação, tratando-se apenas de uma descrição física da pessoa. Em segmento às suas contribuições nos estudos e métodos de identificação criminal, Bertillon ainda criou a fotografia “sinalética”, que se trata da captura da imagem da face do sujeito, posicionado de forma fixa, de frente e de perfil⁵⁷.

Todavia, com o passar do tempo e o avanço das pesquisas no campo do reconhecimento de pessoas, o método antropométrico de Bertillon fora alvo de várias críticas que colocavam em cheque a sua precisão, uma vez que se identificava a impossibilidade de aplicação deste método em menores de 21 anos e maiores de 65 anos, a similaridade entre as medidas de determinadas pessoas,

⁵⁵ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. PASQUALI, Luiz. op. cit. Pág. 7.

⁵⁶ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. PASQUALI, Luiz. op. cit. pág. 10.

⁵⁷ SOBRINHO, Mário Sérgio. *A Identificação Criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Pág. 31.

dificultando a individualização e identificação e a extensão e complexidade dos exames e tomada de medidas para classificação e catalogação em documentos⁵⁸.

Mesmo que o sistema tenha sido adotado e praticado em inúmeros países como a principal forma de reconhecimento de pessoas, considerou-se posteriormente que o método mais seguro e eficaz de identificação seria através do procedimento de Datiloscopia.

3.2 O Conceito Identificação Criminal

Discorre o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal que a pessoa civilmente identificada não será submetida à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Este dispositivo constitucional foi regulamentado no ano de 2009, pela Lei nº 12.037, atual Lei de Identificação Criminal, que trouxe em seu texto os pressupostos que admitem a identificação criminal do civilmente identificado.

A identificação criminal diz respeito à colheita de informações sobre determinado indivíduo envolvido em uma prática criminosa, com o objetivo de se criar uma identidade criminal e diferenciá-lo dos demais no âmbito penal. É por esta reunião de dados que se possibilita a individualização do sujeito que, possivelmente, participou de um ato criminoso, agregando às informações maior segurança na identificação do agente do crime. O ato é realizado pela autoridade policial que, diante do conhecimento da prática criminosa, proceder-se-á ao reconhecimento civil e criminal do indivíduo, extraíndo dados, tais como, as suas qualificações, peculiaridades físicas e de comportamento, etc. Notavelmente explica Sobrinho⁵⁹:

A identificação do homem é um procedimento empregado pelos responsáveis (em sentido amplo) pela persecução penal, os quais se utilizam dos métodos de identificação para conhecer ou confirmar a identidade das pessoas apontadas como autoras de delitos e, posteriormente, fixar-lhes eventuais e anteriores envolvimento com outros crimes.

⁵⁸ SOBRINHO, op. cit. pág. 32.

⁵⁹ SOBRINHO, op. cit. pág. 75.

Neste seguimento, diante da incerteza da autoridade policial ao constatar a verdadeira identidade do sujeito, é admitido que se proceda à execução de outros métodos de identificação através da coleta das impressões digitais (Datiloscopia) do suspeito, da fotografia e coleta de material genético.

Ainda, no entender de Guilherme Nucci⁶⁰:

A identificação criminal é a individualização física do suspeito ou acusado, tornando-o único para que seja devidamente processado, evitando-se erro judiciário quanto à pessoa do agente. Utiliza-se, para tanto, a colheita dactiloscópica, a fotografia e a colheita de perfil genético. Cabe, também, à autoridade policial concretizar a identificação criminal.

A regra estabelecida, tanto pelo dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVIII, como em seu regulamento dado pela Lei nº 12.037/09, se pauta na premissa de que só será criminalmente identificado àquele que, diante de certas circunstâncias, não pôde, plenamente, ser civilmente identificado. Com isso, a Lei de Identificação Criminal admite que esta prática seja exercida somente quando admitida.

3.3 A Identificação Criminal no Brasil

Antes de ser fixada, propriamente, como identificação criminal, durante o período das Ordenações da Coroa Portuguesa no Brasil, a identificação se processava pelo auto de qualificação, que consistia numa serie de questionamentos realizados pela autoridade policial ao eventual suspeito da conduta criminosa, tais como: nome, idade, estado, profissão e outros⁶¹.

Segundo entendimento e esclarecimentos de Pitombo⁶²:

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Indiciamento e Identificação Criminal*. <https://www.facebook.com/guilhermenucci2/posts/211284249025654>. Acesso em 25/08/2016.

⁶¹ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 181.

⁶² PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *A identificação criminal processual penal e a Constituição de 1988. Doutrinar essenciais de processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2012. Volume III. Págs. 1326-1328.

A identificação seria a verificação da identidade do indivíduo e a sua prova, enquanto a qualificação consistia no 'ato de qualificar-se, ou de ser qualificado', pela indicação de qualidades pessoais, ou dos diversos papéis sociais exercidos.

Ou seja, a qualificação é método aplicado como forma de complementação da identificação criminal.

No Brasil, por volta do início do século XX, a aplicação de métodos com o propósito de identificação humana teve início com a identificação criminal como principal finalidade, apresentando esta necessidade antes mesmo da identificação civil.

No ano de 1902, foi promulgada a Lei nº 947⁶³, regulamentada pelo Decreto nº 4.764⁶⁴, em 1903, que incorporou, definitivamente, a identificação criminal no Brasil, estabelecendo o sistema datiloscópico como meio mais confiável a ser adotado. Em seguida, outros estados brasileiros também iniciaram os processos de identificação criminal.

Em razão do extremo avanço verificado no campo da identificação humana, logo em seguida foi instalada a identificação civil bem como se constatou a necessidade de regulamentar as hipóteses e métodos para o procedimento de identificação criminal. Por ocasião, o Código de Processo Penal, publicado no ano de 1941, trouxe em seu texto legal, matérias que tratavam do sistema de identificação criminal aplicado, por ora, no Brasil. Entretanto, em virtude de estudos promovidos pela doutrina, muitas críticas foram promovidas sobre este tema, relacionando o tratamento dado a este instituto com a previsão do, até então, novo código.

⁶³ Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada - Lei nº 947, de 29 de dezembro de 1902. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/Lei/1900-1909/Lei-947-29-dezembro-1902-584264-republicacao-107075-pl.html>. Acesso em: 14/10/2016.

⁶⁴ Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada – Decreto nº 4.764, de 5 de fevereiro de 1903. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4764-5-fevereiro-1903-506801-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14/10/2016.

3.4 Métodos de Identificação Criminal

As formas de identificação criminal foram fundamentadas com base em pesquisas realizadas no campo da Antropologia Forense, ramo da Medicina Legal. A busca por meios seguros de individualização e identificação unívoca dos seres humanos fez com que estudiosos passassem a observar o corpo humano em busca de características que distinguisse seus semelhantes, isto é, o que os fazia tornarem-se únicos.

Hoje, sabe-se que todos possuem uma identidade e apresentam características particulares que possibilitam a distinção entre os semelhantes dentro da esfera social. Isso é possibilitado pela identificação dos conjuntos de aspectos físicos únicos, peculiaridades que permitem a identificação certa e absoluta do sujeito.

Sobre a tarefa de identificação, ensina-nos Nucci⁶⁵ que identificar é:

Determinar a identidade de algo ou alguém. No âmbito jurídico, quer dizer apontar individualmente e com exclusividade uma pessoa humana [...]. No campo criminal individualiza-se a pessoa para apontar o autor, certo e determinado, sem qualquer duplicidade, da infração penal.

Isto posto, é evidente que a qualificação do sujeito pela simples observância rasa de suas características físicas particulares não se mostra capaz de individualizar todo e qualquer ser humano existente de maneira inequívoca, sendo facilmente plausível a constatação de características semelhantes, podendo gerar confusões e insegurança, uma vez que determinados elementos físicos como idade, estatura, cor do cabelo, da pele, dos olhos e até uma cicatriz em determinada parte do corpo podem ser encontrados em mais de um indivíduo⁶⁶.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pag. 691.

⁶⁶ FRIZZO, Ana Flávia. *O novo método de identificação criminal incluído pela Lei nº 12.654/2012 sob o enfoque dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da integridade corporal e não autoincriminação*. Curitiba: 2015. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/09/o-novo-metodo-de-identificacao-criminal-incluido-pela-Lei-n-12-654-2012-sob-o-enfoque-do-principio-da-dignidade-humana-e-os-direitos-fundamentais-da-integridade-corporal-e-naoautoincriminacao.pdf>. Pág. 27.

Por isso que se diz que o processo de reconhecimento e o de identificação não se confundem, uma vez que este último é realizado com embasamento em estudos e aplicações de técnicas científicas agregando ao seu resultado alto grau de credibilidade e segurança, contudo, o processo de reconhecimento tem como base constatações rasas, realizadas a partir de uma apuração sem fundamento científico, com pouco grau de confiabilidade⁶⁷.

Prezando pela suprema qualidade do método aplicado, estudiosos comprometidos com os avanços na área forense formularam técnicas de identificação extremamente competentes para esta finalidade.

3.4.1 Papiloscopia

A Papiloscopia trata-se de uma ciência que promove a identificação humana através da análise das papilas dérmicas⁶⁸ localizadas nas mãos e nos pés de todo ser humano⁶⁹.

Consiste em um estudo mais amplo desta técnica de identificação. É gênero que se subdivide em três ramos de estudo: quiroscopia, que é a identificação humana por meio das impressões encontradas nas palmas das mãos; podoscopia, traduz-se por ser o processo de identificação por meio das impressões encontradas nas solas dos pés; e a datiloscopia, que trata-se do estudo mais amplo realizado por meio da identificação de impressões digitais⁷⁰.

Com o fim de demonstrar a sua plena eficácia como técnica de identificação humana, criou-se uma sistemática baseada em três fatores, justificando a sua credibilidade, quais sejam: perenidade, que se justifica no fato de que os

⁶⁷ZANELLA, Fernanda. *O uso da Datiloscopia na Medicina Forense*. Disponível em: <http://fezanella.jusbrasil.com.br/artigos/151084988/o-uso-da-datiloscopia-na-medicina-forense>. Acesso em: 27/08/2016.

⁶⁸ “O local em que a derme e a epiderme se encontram é irregular, pois elas se interpenetram formando ondulações denominadas papilas dérmicas. As papilas dérmicas são formadas por cristas papilares e sulcos interpapilares, e se formam entre seis e oito semanas antes do nascimento do indivíduo permanecendo imutáveis - aos olhos do perito papiloscópico - por toda a vida, até a putrefação”. MÁRCICO, José Eduardo. *Estudo da Pele*. Disponível em: http://www.papiloscopia.com.br/estudo_das_papilas.html. Acesso em: 14/10/2016.

⁶⁹ ZANELLA, Fernanda. *O uso da Datiloscopia na Medicina Forense*. Disponível em: <http://fezanella.jusbrasil.com.br/artigos/151084988/o-uso-da-datiloscopia-na-medicina-forense>. Acesso em: 27/08/2016.

⁷⁰ ZANELLA, op. cit.

desenhos papilares são formados a partir do sexto mês gestacional, tornando-se imutáveis até a destruição do corpo do indivíduo; imutabilidade, isto porque mesmo que área sofra danos sérios como queimaduras e cortes, os desenhos papilares não desaparecerão ou sofrerão mutações em seu formato, regenerando-se, posteriormente, de forma idêntica, nunca se alterando; e a variedade, que consiste na convicção de que as impressões digitais são únicas em cada indivíduo, é impossível a confusão quanto à verificação das impressões de cada indivíduo. Essas qualidades atribuídas à eficácia do sistema papiloscópico foram apresentadas pelo estudioso Edmond Locard⁷¹.

No ano de 1903, a Datiloscopia, ramo estudado dentro da Papiloscopia, idealizada e aperfeiçoada pelo Juan Vucetich, foi adotada pelo Brasil como método de identificação criminal com o propósito de se identificar os sujeitos envolvidos na prática criminosa, tais como o autor, vítima e testemunhas, permitindo, também, que se verifique, inequivocadamente, o verdadeiro autor do delito.

3.4.1.1 Datiloscopia

A Datiloscopia trata-se de método de identificação criminal pelas impressões digitais. Foi idealizado, sistematizado, catalogado e aprimorado por Juan Vucetich, que em razão de árduos estudos realizados na área, pôde conferir a este método mais eficácia, segurança e precisão como modo de identificação humana.

No ano de 1941, com a entrada em vigor do atual Código de Processo Penal, o método de identificação criminal pela Datiloscopia foi recepcionado pelo referido ordenamento que, expressamente, o colocou como principal ato de identificação criminal a ser utilizado pela autoridade policial nos casos em que se verificasse a necessidade de tal identificação⁷², de acordo com determinação da Constituição Federal⁷³ e sua regulamentação na Lei de Identificação Criminal. Em

⁷¹ SOBRINHO, Mário Sérgio, 2003, loc. cit. págs. 48-49.

⁷² Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, artigo 6º inciso VIII: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”.

⁷³ Constituição Federal de 1988, artigo 5º inciso LVIII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

virtude da sua efetividade, a Datiloscopia, também foi adotada, em seguida, como procedimento para identificação civil.

No momento presente, a identificação criminal, determinada pela Lei nº 12.037/09, Lei de Identificação Criminal, se procede, principalmente, pelo método datiloscópico, podendo ser complementado, eventualmente, pela Fotografia e, mais recentemente, pela coleta de material genético do indiciado⁷⁴.

Os desenhos papilares e impressões digitais coletados são objetos de análise realizada por profissional especializado, denominado de Papiloscopista na qual desenvolve estudos periciais papiloscópicos através da coleta, análise, levantamento e resultados de padrões e vestígios papilares⁷⁵.

3.4.2 Fotografia

A fotografia funda-se em um método auxiliar e complementar do processo de identificação criminal. Como apontado anteriormente, a fotografia sinalética foi método de identificação idealizado e desenvolvido por Alphonse Bertillon. A sua prática se dá mediante a captura de imagem do sujeito em posição fixa, de frente e de perfil⁷⁶.

Mesmo com a previsão no artigo 6º do Código de Processo Penal estabelecendo que o processo de identificação criminal se procederá pelo método datiloscópico, coube ao artigo 5º da Lei nº 12.037/09 prever, expressamente, o método fotográfico como forma de identificação criminal subsidiária. Com isso, é possível concluir que é inviável admitir que somente o método datiloscópico é adotado para tal, pois, sendo impossível a digna identificação e persistindo na

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

⁷⁴ Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, artigo 5º: “A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único – na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”.

⁷⁵ MÁRCICO, José Eduardo. *Papiloscopista*. Disponível em: <http://www.papiloscopia.com.br/>. Acesso em: 14/10/2016.

⁷⁶ SOBRINHO, Mário Sérgio, 2003, loc. cit. pág. 31.

incerteza do reconhecimento do indiciado, outros métodos deverão subsistir para que possam sanar eventuais dúvidas. À vista disso, explica Badaró⁷⁷:

[...] a identificação criminal não é sinônima de identificação datiloscópica. Esta é apenas uma das formas de identificação criminal. De se destacar que, embora o art. 6º, inc. VIII, do CPP, refira-se apenas à identificação pelo processo datiloscópico, a jurisprudência vinha interpretando o dispositivo como sendo uma previsão que abrangia a identificação criminal em sua acepção mais ampla, incluindo a identificação fotográfica, considerada inclusive como elemento útil para a instrução criminal.

No entanto, justificável se mostra classificar a fotografia sinalética como forma de complementação da identificação criminal aliada ao método datiloscópico, pois pode-se considerar facilmente a sua fragilidade como prova confiável⁷⁸.

3.5 A Identificação Civil e a Identificação Criminal

Ante aos avanços tecnológicos, repercutidos com o evento da Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX, passou-se a identificar o aumento considerável da concentração da população nas áreas urbanas. Como consequência, houve a expansão da zona urbana sobre a área rural e intenso aumento nas relações comerciais. Muitas pessoas que anteriormente se concentravam no campo, migraram para os centros urbanos em busca de

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A nova regulamentação da identificação criminal*. Boletim IBCCrim. São Paulo, V.8, n.100. Março, 2001. Págs. 9-10.

⁷⁸ "O desenvolvimento científico e a aplicação prática dos estudos demonstraram que as premissas de seu método não eram absolutamente precisas, recebendo as seguintes críticas: o método não poderia ser aplicado aos menores de 21 anos ou aos maiores de 65 anos, pois, nos mais jovens, o crescimento não estava consolidado, porque a ciência demonstrava que o homem mantinha crescimento corporal até a idade aproximada dos 25 anos, enquanto se demonstrava, também, que as medidas corporais dos maiores de 65 anos sofriam alterações após esta idade; o método não distinguia as pessoas completamente, pois há casos raros de pessoas semelhantes, mas não idênticas; a mediação dos segmentos corporais exigia muito cuidado e pessoal técnico especializado sob pena de invalidar toda a coleta de dados; o método tinha caráter vexatório, pois a pessoa submetida à coleta de medidas deveria despir-se, quase totalmente na ocasião da tomada dos dados; e os dados obtidos não poderiam ser inseridos em documentos de identidade, pois eram muito extensos". SOBRINHO, Mário Sérgio, 2003, loc. cit. pág. 32 apud RODRIGUEZ, Sísan. *La identificación humana; historias, sistemas y legislación*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, Taller de Impresiones Oficiales, 1944; e KEHDY, Carlos. *Papiloscopia*. São Paulo: Serviço Gráfico da Secretaria de Segurança Pública, 1962.

oportunidades de trabalho e prosperidade. Entretanto, foram recepcionadas com árduas horas de trabalho e incessante exaustão, além das deficientes acomodações na área urbana e baixa remuneração, resultando no constante aumento dos índices de criminalidade e violência, além de outros problemas de cunho social e econômico⁷⁹.

Em razão disto, surgiu a necessidade de se ter conhecimento sobre as pessoas pertencentes a cada círculo social, de saber com quem estamos nos relacionando e quais suas procedências. Surgiu a exigência de se fixar um método seguro de identificação, capaz de conferir às relações comerciais, trabalhistas, sociais, etc., um maior suporte, que seja eficaz ao sustentar estas relações. Maior que a necessidade de se estabelecer a identificação nas relações particulares, foi nas relações públicas, ou seja, o Estado vislumbrou a imprescindibilidade de identificar seus cidadãos.

Com isso, no ano de 1907, após a adoção da Identificação Criminal, instaurou-se a Identificação Civil que possui como finalidade conferir a cada cidadão nascido no Brasil sua exclusiva identificação. Com isso, o Estado, através dos Institutos de Identificação, passou a catalogar em sistemas de banco de dados, as informações colhidas no processo de identificação civil com o fim de conferir às relações particulares e públicas maior segurança.

Pressupondo a inexistência de um método seguro de identificação humana, como acontecia anteriormente ante as descobertas de tais métodos, muitos foram obrigados a serem sujeitos a injustiças perante a ineficácia da identificação dos verdadeiros agentes de crime. Ao longo da história, eventualmente, foi conhecido casos em que foram imputadas á determinadas pessoas a prática de um crime cuja dúvida existia fortemente sobre sua legítima identificação, sobre a individualização do sujeito diante de seus semelhantes e, mesmo diante da imprecisão, optava-se por ceifar a liberdade do indivíduo ou submetê-lo a procedimentos agoniantes.

Em razão destes injustos eventos, com a finalidade de encerrar quaisquer resquícios de incertezas em relação à identificação das pessoas é que foi instituída a identificação criminal através da adoção de métodos eficazes e seguros de identificação e catalogação das informações em bancos de dados próprios

⁷⁹ SOBRINHO, Mário Sérgio, 2003, loc. cit. pág. 76.

gerenciados pelo Estado, em busca da facilidade e eficiência na identificação de sujeitos ativos de crimes.

Em suma, ensina-nos Sobrinho⁸⁰ que:

A identificação do homem é um procedimento empregado pelos responsáveis (em sentido amplo) pela persecução penal, os quais se utilizam dos métodos de identificação para conhecer ou confirmar a identidade das pessoas apontadas como autoras de delitos e, posteriormente, fixar-lhes eventuais e anteriores envolvimento com outros crimes. Ela serve, também, à comunidade e às pessoas em geral para o atendimento da necessidade de identificação pessoal, preocupação do homem, principalmente, nos tempos modernos.

Como anteriormente mencionado, a identificação criminal foi estabelecida no Brasil no ano de 1902, antes mesmo da identificação civil que foi implantada no ano de 1907. Antônio Tadeu Nicoletti Pereira⁸¹ leciona afirmando que fora adotado, no Brasil, a mesma técnica para identificação criminal e civil, qual seja, a papiloscopia. A única distinção se pauta na sua finalidade, isto é, uma identificação será realizada para fins civis e outra criminais. Apresentam estruturas e funções semelhantes, motivo que justifica o seu funcionamento em uma mesma base de arquivamento de dados, contudo, classificados por: civil e criminal. Essa separação existe somente para facilitar o acesso e as buscas.

3.6 Lei Nº 12.037, de 1º de Outubro de 2009 – Lei de Identificação Criminal

Com a entrada em vigência do Código de Processo Penal na data de 3 de outubro de 1941, tornou-se concreta a obrigatoriedade da identificação criminal no procedimento do inquérito policial no Brasil, por meio da qual deveria proceder ao reconhecimento do indiciado mediante coleta da impressão digital, através do método datiloscópico, quando possível e, posteriormente, juntando aos autos do

⁸⁰ SOBRINHO, op. cit. pág. 75.

⁸¹ PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. *A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal*. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf. Acesso em: 07/09/2016.

procedimento, a folha de antecedentes criminais do suposto indivíduo, em concordância com o referido ordenamento processual penal em seu artigo 6º, inciso VIII⁸².

O predito dispositivo firmou um dever de competência da autoridade policial que consistia na identificação criminal do indiciado, por meio da datiloscopia, quando verificada a ineficiência da identificação civil.

No final do ano de 1976, o Supremo Tribunal Federal manifestou seu entendimento sobre a alegação de que configurava constrangimento ao indiciado o processo de identificação criminal quando já havia sido civilmente identificado, através da edição da Súmula 568⁸³, pactuando que a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, mesmo que já houvesse a identificação civil do indiciado. Com a vigência da atual Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, esta súmula foi superada por trazer, expressamente, no seu rol de direitos e garantias fundamentais do seu artigo 5º, o inciso LVIII que tratou da identificação criminal. O referido inciso dispõe que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Este dispositivo favoreceu o indiciado, garantindo a ele o direito de que seria desnecessário a sua identificação criminal fora das hipóteses previstas em sua regulamentação infraconstitucional.

Em consequência da disposição trazida pelo inciso LVIII do artigo 5º da Constituição Federal vislumbrou-se a necessidade da regulamentação dos pressupostos que, segundo o mandamento constitucional, admitiam a execução do procedimento de identificação criminal àqueles já civilmente identificados.

Diante deste fato, antes mesmo de haver qualquer regulamentação propriamente dita do dispositivo constitucional, foi possível identificar a adequação de alguns ordenamentos esparsos em razão da nova determinação constitucional.

Os primeiros amoldamentos ocorreram no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, prevendo em seu artigo 109 que: “O civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais,

⁸² Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, artigo 6º inciso VIII: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”.

⁸³ Súmula 568. Supremo Tribunal Federal. Identificação criminal. Ausência de constrangimento. CPP. Art. 6º, VIII. CF/88, art. 5º, LVIII: “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.

de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”⁸⁴ e na revogada Lei do Crime Organizado, nº 9.034/1995, conforme redação do seu artigo 5º, onde se determinava que: “A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”⁸⁵.

Mais tarde, na data de 08 de dezembro de 2000, foi publicada a primeira lei que propriamente trouxe a regulamentação do dispositivo constitucional previsto no inciso LVIII do artigo 5º. A Lei nº 10.054/00 instituiu hipóteses em que o civilmente identificado seria submetido à identificação criminal:

Art. 3º. O civilmente identificado por documento original não será submetido à identificação criminal, exceto quando:

- I – estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;
- II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;
- III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;
- IV – houver registro de extravio do documento de identidade;
- VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em quarenta e oito horas, sua identificação civil.

Entretanto, referido dispositivo foi alvo de críticas por parte de estudiosos, da qual se fundaram no fato de que o legislador infraconstitucional determinou a obrigatoriedade da identificação criminal, mesmo quando possível a identificação civil, àqueles que incidissem na prática de determinados crimes taxados pelo inciso I, sustentando que haveria violação do princípio da isonomia ao estabelecer este rol sem específico fundamento ou justificativa⁸⁶. Outros

⁸⁴ Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 109.

⁸⁵ Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Lei do Crime Organizado. Revogada pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. A lei vigente não recepcionou a disposição sobre a identificação criminal dos envolvidos em organizações criminosas quando já civilmente identificados.

⁸⁶ MARCOLINI, Rogério. *Identificação criminal compulsória: inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º da Lei 10.054, de 07.12.2000*. Boletim do IBCrim, n. 99, fevereiro, 2001.

doutrinadores, como Badaró⁸⁷ entendia que a previsão trazida pelo artigo 3º, da então Lei de Identificação Criminal, não apresentava essência inconstitucional, pois não seria a primeira vez que o legislador infraconstitucional conferia tratamento diferenciado a determinados crimes e isso nunca fora criticado anteriormente. Já Sobrinho⁸⁸, afirmava que instituir o caráter compulsório da identificação criminal a sujeitos que, eventualmente, incidem na prática de referidos crimes arrolados no inciso I do dispositivo, causaria ofensa ao mandamento constitucional positivado no inciso LVIII, artigo 5º da CRFB⁸⁹, uma vez que o propósito da instituição desta garantia foi diminuir os efeitos constrangedores verificados pela execução do processo de identificação criminal, o que, em contrapartida, não foi seguido pelo referido inciso.

Apesar disso, posteriormente, no ano de 2009, na data de 1º de outubro, entra em vigência a Lei nº 12.037 que revogou a Lei nº 10.054/2000 e é adotada atualmente como Lei de Identificação Criminal. Novamente, em seu artigo 3º, o legislador elencou os casos em que se mostra necessária a identificação criminal:

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A nova regulamentação da identificação criminal*. Boletim do IBCrim, n.100, março, 2001.

⁸⁸ SOBRINHO, Mário Sérgio, 2003, loc. cit. pág. 178.

⁸⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 5º inciso LVIII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Com a mudança promovida no rol que expõe as hipóteses que admitem e exigem a identificação criminal, pode-se perceber que foi possível apaziguar a discussão presente na doutrina, uma vez que promoveu a exclusão das hipóteses em que permitia a execução dos procedimentos de identificação criminal baseado na incidência na prática de determinados crimes, estabelecendo hipóteses ligadas somente a quesitos que agregassem maior facilidade e segurança ao processo de identificação. Notavelmente explica Capez⁹⁰:

[...] Ao contrário do antigo Diploma legal, não há mais qualquer menção à identificação criminal no caso de indiciamento ou acusação por homicídio doloso, crime contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual e falsificação de documento público. Assim, o sujeito não mais será submetido à identificação criminal apenas pelo fato de estar sendo indiciado por este ou aquele crime, sem qualquer circunstância que justifique a cautela.

Á vista disso, a Lei nº 12.037/2009 foi estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro como mandamento infraconstitucional que regulamenta o processo de identificação criminal no Brasil. Desde sua entrada em vigência, permaneceu inalterada. Todavia, no ano de 2012, a Lei nº 12.654 promoveu alterações em seu texto, trazendo a extração de material genético como novo método de identificação criminal.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Considerações gerais sobre a identificação criminal*. Disponível em: <http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/consideracoes-gerais-sobre-a-identificacao-criminal/>. Acesso em: 16/10/2016.

4 A LEI Nº 12.654, DE 28 DE MAIO DE 2012

A Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, promoveu alterações na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal e Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, Lei de Identificação Criminal, instituindo e regulamentando a coleta de material genético aos condenados por crime praticado dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa e crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) e a possibilidade de coleta de material genético de indiciados para identificação criminal, respectivamente.

4.1 O DNA no Direito

O ácido desoxirribonucleico, usualmente conhecido como DNA, é um complexo de células presente em todos os seres vivos que contém todas as informações necessárias para construir e manter um organismo⁹¹. O material genético de todo ser vivo é encontrado nos cromossomos, localizados no núcleo celular e composto de DNA, mais especificadamente, de genes. Nosso código genético é composto por 46 cromossomos, alinhados em pares de genes, onde metade deles é de origem materna e a outra de origem paterna. É por este motivo que os genes são os responsáveis pela transferência do código genético que determinam as características de todo ser vivo em razão da hereditariedade⁹².

O estudo desenvolvido pelo campo da Genética foi transportado e incorporado na esfera do Direito, primeiramente, nos ramos do Direito de Família, com o auxílio nos casos de investigação de paternidade e no Direito Penal, Processual Penal e Medicina Legal com a identificação de cadáveres e investigação de crimes⁹³.

⁹¹ MARCEL, Guellity. *O que é DNA?* Disponível em: <http://www.euquerobiologia.com.br/2014/04/o-que-e-dna.html>. Acesso em 10/09/2016.

⁹² Autor Desconhecido. Disponível em: <http://www.todabiologia.com/citologia/cromossomos.htm>. Acesso em 10/09/2016.

⁹³ BOEIRA, Alfredo Gilberto. *O perfil do DNA como prova judicial: uma revisão crítica*. RT 722/360. Abril, 1995. Págs. 290-197.

No entendimento de Susana Álvarez de Neyra Kappler a vantagem do uso de DNA no campo do Processo Penal se aplica ao fato de conferir à persecução penal uma maior eficiência na elucidação de crimes, através da possibilidade de análise e valoração de dois tipos de amostras genéticas obtidas, quais sejam, uma obtida na cena do evento criminoso e daqueles que dele participaram e outro obtida do eventual agente⁹⁴. No entanto, isso traz à tona, novamente, o questionamento da legalidade de tais procedimentos desta natureza por estabelecer uma confrontação com os direitos fundamentais do suspeito e seu direito de defesa.

Recentemente, as hipóteses que admitem o uso de material biológico em favor do Processo Penal e Direito Penal foram ampliadas, em razão do advento da Lei nº 12.654 no ano de 2012, o que reforça ainda mais o debate que paira sobre a constitucionalidade do uso da Genética no Processo Penal.

Apesar disso, pode-se constatar que a sua aplicação não é usual, razão pelo qual este meio de prova, tanto na área criminal como na cível, deve ser usado como *ultima ratio* em razão de ser uma técnica cara e apresentar dificuldades para comparação dos resultados obtidos impossibilitado pela ausência de uma base de dados para identificação civil completa⁹⁵. Ademais, se mostra existente o risco de confusão do material biológico fornecido com o de pessoas alheias ao caso, isto é, a fiabilidade dos resultados pode ser comprometida pelo embaraço entre resquícios de material biológico de outras pessoas que já estiveram presentes no local com o dos reais integrantes do crime⁹⁶.

4.2 Fundamentos da Lei nº 12.654 de 2012

Na data de 28 de novembro do ano de 2012, entrou em vigor a Lei nº 12.654, promovendo alterações em dois ordenamentos infraconstitucionais: Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, denominada Lei de Identificação Criminal, e Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. A esta última houve uma regulamentação pelo Decreto nº 7.950, na data de 12 de março de 2013.

⁹⁴ KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de DNA en el proceso penal*. Granada: Editorial Comares, 2008. Pág. 26.

⁹⁵ SOBRINHO, Mário Sérgio, 2003, loc. cit. pág. 40.

⁹⁶ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 68.

Substancialmente, as mudanças atingiram potencialmente o sistema de Identificação Criminal adotado no Brasil ao estabelecer um novo método de identificação, além dos previamente estabelecidos⁹⁷ e, também, conferiu à persecução penal maior eficiência ao fundar o banco de dados de perfis genéticos de condenados a prática de crimes dolosos, com emprego violência grave contra a pessoa e crimes hediondos regulados no artigo 1º da Lei nº 8.072/1990⁹⁸, onde já há regulamentação quanto a sua aplicação e administração⁹⁹.

4.3 Das Alterações

Notadamente, duas foram as modificações promovidas com o advento da Lei nº 12.654/12. Sua publicação se deu no na data de 28 de maio de 2012, mas somente entrou em vigor 180 dias após, ou seja, na data de 28 de novembro de 2012.

Uma destas mudanças ocorrera no texto legal da Lei nº 7.210/84, atual Lei de Execução Penal, ao acrescentar o artigo 9º-A e seus respectivos parágrafos que, fundamentalmente, instituiu a criação de um banco de dados de perfil genético coletado, obrigatoriamente, de sujeitos condenados à prática de crimes dolos, com violência contra a pessoa e crimes hediondos. A outra modificação verificou-se na Lei nº 12.037/09, atual Lei de Identificação Criminal, ao inserir em seu texto legal o parágrafo único do artigo 5º, o artigo 5º-A e seus respectivos parágrafos e os artigos 7º-A e 7º-B, normatizando o uso de material biológico para identificação criminal.

Além disso, na data de 12 de março de 2013, referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.950. Diante de seu caráter inovador e por se

⁹⁷ Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Lei de Identificação Criminal. Artigo 5º: “A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos de comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único. Na hipótese o inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético”.

⁹⁸ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Artigo 9º-A: “Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a 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”.

⁹⁹ 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.

mostrar uma alteração recente, sua aplicação efetiva e comum de seus efeitos práticos ainda é sutil.

Como fora demonstrado acima, os objetivos almejados pela mudança trazida pela Lei nº 12.654/12 apontaram, essencialmente, para os procedimentos realizados em sede inquisitorial e condenatórios. Diante de tal inovação e mesmo ante a ausência da sua efetiva aplicação, a doutrina concentrou sua atenção na essência constitucional da referida lei e passou a questionar determinados pontos. Isto porque, a utilização do DNA a favor da persecução penal, assim como qualquer outro meio de intervenção corporal, enseja a discussão sobre a colisão com princípios fundamentais, principalmente quando verificada a obrigatoriedade na execução do procedimento, contrariando previsões supralegais do texto constitucional. Ainda, no entendimento de Nicollit e Wehrs,¹⁰⁰ o debate se concentrava na valoração da prova científica como prova absoluta para o Processo Penal.

4.3.1 Da Lei nº 12.037 de 2009 – Lei de Identificação Criminal

A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 traz, em seu texto legal, a regulamentação do inciso LVIII, artigo 5º da Constituição Federal¹⁰¹, que limita as hipóteses em que se admite a identificação criminal do civilmente identificado, em observância a distintas condições.

Os artigos 1º e 2º da Lei nº 12.654/12 determinaram mudanças na lei supramencionada, acrescentando á sua redação mais um método de identificação criminal, determinando que a autoridade policial proceda à colheita de material biológico do indiciado, diante da incerteza de sua verdadeira identificação e insuficiência para tal comprovação através da aplicação dos métodos datiloscópico e fotográfico. Isto posto, é estabelecido na Lei nº 12.037/09 o seguinte:

¹⁰⁰ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 188.

¹⁰¹ Constituição Federal de 1988, artigo 5º inciso LVIII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e á propriedade, nos termos seguintes: LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Art. 5º - A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012).

Esta inovadora previsão legal na Lei de Identificação Criminal não poderia vir desacompanhada de sistemática e restrita regulamentação, da qual a Lei nº 12.654/12 o fez, acrescentando artigos a fim de impor limites ao uso de material biológico em sede de investigação.

Por esta razão, primeiramente, o legislador estabeleceu a forma de arquivamento desses dados, bem como a administração deste arquivo, deste modo, acresceu o artigo 5º-A e seus parágrafos, determinando:

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.

Por conseguinte, quando visualizada a imprescindibilidade da identificação e diante da insuficiência dos demais métodos previstos para Identificação Criminal, é admitida a coleta de material genético do indiciado, que constará em banco de dados específico para esta finalidade, administrado por profissionais que atuam na área pericial.

Ainda, em seus parágrafos, o legislador estabeleceu limites para o uso desta técnica e do material coletado, regulando que as amostras se prestarão somente a um único destino, qual seja, a identificação do indiciado, vedando qualquer destinação distinta da identificação e mais, imputando responsabilidade civil, penal e administrativa àqueles que violarem o caráter sigiloso das informações ou as utilizarem de outra forma que não as previstas em Lei. Ademais, as informações obtidas e sistematizadas no banco de dados não poderão determinar atributos físicos e psicológicos do sujeito, restringindo-se somente à revelação de sua natureza genética, em respeito aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário.

Por fim, disciplinou-se a exclusão das referências obtidas com a coleta de material genético do banco de dados, conforme a prescrição legal:

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.

É irrazoável admitir que as informações permaneçam de modo permanente ou que sejam excluídas, injustificadamente, em prazo menor, já que, indubitavelmente, a identificação criminal por meio da coleta de material genético configura-se como uma intervenção corporal, uma ingerência do Estado à privacidade do indivíduo, assim, deve-se estabelecer o mínimo de utilidade e adequação, por isso não é defeso a sua aplicação quando dispensável.

Entretanto, quando verificada causas que são incompatíveis com a manutenção destes dados como, por exemplo, a absolvição do acusado ou arquivamento do inquérito, é justa a sua exclusão, mesmo que o prazo prescricional do delito imputado não esteja concluso, como, em regra, é disposto pelo texto da lei¹⁰².

Em recente regularização, o Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de

¹⁰² NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 198.

Bancos de Perfis Genéticos reforçou este entendimento e mais, excepcionou esta regra admitindo a exclusão dos dados em caso de determinação judicial¹⁰³.

Pois bem, de um modo geral, estas foram as mudanças substanciais ocasionadas pelo advento da Lei nº 12.654/12 na Lei de Identificação Criminal. Não obstante, alguns pontos devem ser rigorosamente analisados e esclarecidos em busca da essência deste dispositivo legal, como explanado a seguir.

4.3.1.1 Da essencialidade da identificação criminal às investigações policiais

O artigo 3º da Lei nº 12.037/09 preuncia as hipóteses em que o civilmente identificado será, também, criminalmente identificado¹⁰⁴. Especificamente, tratando-se da identificação criminal pela colheita de perfil genético, tal possibilidade é admitida nos casos previstos no inciso IV do artigo aludido que, desta forma, preconiza: “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”.

Ante a este mandamento, foi conferida à autoridade policial que, ao verificar a imprescindibilidade da identificação criminal do indiciado, diante da ineficácia dos meios datiloscópico e fotográfico (que devem ser empregados em primeiro plano), poderá representar a autoridade policial à autoridade judiciária competente e convencê-lo da essencialidade às investigações da realização do procedimento de coleta de material genético para fins de identificação criminal. Ademais, da mesma forma, esta premissa é estendida ao Ministério Público e à

¹⁰³ Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Artigo 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”.

¹⁰⁴ Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Lei de Identificação Criminal. Artigo 3º: Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

defesa do réu. O Juiz, segundo o texto legal, entendendo pela necessidade da coleta de material genético para sanar incertezas na identificação criminal também poderá de ofício, determinar que o faça. Categoricamente, nos explica Nicollit e Wehrs¹⁰⁵:

Considerando a redação genérica, herdada da Lei 12.037, de 01.10.2009, é plausível concluir-se que a possibilidade de identificação criminal está diretamente ligada à capacidade de retórica da autoridade policial presidente da investigação, no que tange ao convencimento da autoridade judiciária acerca da essencialidade da identificação para o inquérito policial.

Em sede inquisitiva, a possibilidade é conferida á autoridade policial que comanda as investigações que, julgando pela necessidade da coleta, argumentará e representará à autoridade judiciária pela essencialidade ás investigações da identificação criminal através da coleta de material biológico, com fulcro basilar no inciso IV, artigo 3º da Lei nº 12.037/09. É importante salientar que, esta representação, bem como a autorização concedida ou não pela autoridade judiciária quanto à coleta, se prestará, tão somente, para sanar eventuais incertezas sobre a identificação criminal do indiciado.

À vista disto, é indubitável a vedação sobre a utilização do material coletado para fins distintos da identificação, pois, ao entender que a coleta de material genético é defesa quando enquadrada no texto legal do inciso IV do artigo 3º da Lei nº 12.037/09, conseqüentemente compreende-se que a sua única destinação é quanto a identificação do indiciado, não devendo ser usado para comprovação de autoria de crime ou qualquer outro propósito¹⁰⁶.

¹⁰⁵ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 189.

¹⁰⁶ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. Op. cit. Págs. 189-190.

4.3.1.2 Da Medida como último recurso

Como citado outrora, não ocorreram, ainda, significantes aplicações deste método de identificação, isto é, a técnica de identificação criminal por meio da coleta de material biológico, até presente momento, não é usualmente praticada.

Este fato é consequência de alguns motivos, tais como, o seu caráter subsidiário, seu alto custo e demora na obtenção de resultados. Preliminarmente, em regra, o Processo Penal adota como principal método de identificação criminal a datiloscopia¹⁰⁷, ou seja, a coleta das impressões digitais do acusado, bem como a sua qualificação¹⁰⁸. A adoção desta medida foi justificada pela efetividade deste método e seu alto índice de confiabilidade, em razão da possibilidade de comparação com o banco de dados de identificação civil, agregando maior eficácia à técnica datiloscópica, que se mostrou completamente adequada ao sistema processual brasileiro de identificação. Posteriormente, com o objetivo de sanar qualquer empecilho verificado no método datiloscópico, passou-se a adotar a fotografia como método de identificação criminal complementar. Todavia, como anteriormente relatado, este método também pode conter falhas. Em razão destas conclusões, passou-se a admitir a coleta de material genético para suplementar o procedimento de identificação criminal.

Em estudo desenvolvido por Luiz Carlos Garcez Novaes¹⁰⁹ fora demonstrado que ambos os métodos (datiloscópico e DNA) possuem, praticamente, a mesma efetividade, cada um com sua vantagem. Entretanto, quanto a sua constatação sobre os custos dos procedimentos, as diferenças foram extremas, onde o método datiloscópico se mostrou consideravelmente mais barato do que aquele que procedia pela coleta de material genético. Além do mais, o resultado do exame datiloscópico era obtido com muito mais rapidez do que o exame de DNA.

¹⁰⁷ Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, artigo 6º inciso VIII: “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”.

¹⁰⁸ A qualificação é o ato de reunir as qualidades do sujeito, individualizando-o. As informações são colhidas pela autoridade policial e, geralmente, recaem sobre o indiciado ou acusado, mas não excluem deste procedimento a vítima e testemunhas. Basicamente, das anotações constam informações como: nome, filiação, data e local de nascimento, estado civil, profissão, local de domicílio, residência e trabalho.

¹⁰⁹ NOVAES, Luiz Carlos Garcez. *A identificação humana por DNA*. RBCCrim 51/237 – 2004. Doutrinas Essenciais de Processo Penal. Editora RT, volume III, São Paulo: 2012. Pág. 895.

É evidente que ambos os métodos de identificação criminal possuem alto índice de confiabilidade em seus resultados e se mostram de muita utilidade para os fins de elucidação de eventuais incertezas no processo de identificação, contudo, há uma razão para se adotar o método datiloscópico como regra e acolher a coleta de material genético como procedimento subsidiário, isto é, como procedimento complementar para o processo de identificação criminal, constatando-se esta premissa pelo alto custo do procedimento e pela lentidão na obtenção de seus resultados, o que não faz diminuir a sua efetividade, mas que, por se tratar somente e unicamente de identificação criminal, o seu emprego constante não é justificável.

4.3.1.3 Da vedação do uso do material biológico como meio de prova

Com a vigência da Lei nº 12.654 em 2012 e consequente modificação na Lei nº 12.037/09, Lei de Identificação Penal, passou-se a construção de entendimentos sobre os objetivos da criação desta possibilidade pelo legislador e quais os limites ao uso do material genético no campo processual penal.

O raciocínio deve ser delineado com base na lógica. A Lei nº 12.654/12 conferiu a possibilidade de coleta de material genético procedendo às alterações na Lei de Identificação Criminal, logo, resta-se concluso que este procedimento deve ser unicamente aplicado com o objetivo de se obter a identificação criminal, vetando a sua utilização para comparação com vestígios ou como meio de prova nas investigações e no processo criminal.

Nicollit e Wehrs¹¹⁰ lecionam que “o objetivo da identificação não é estabelecer a ligação entre a pessoa indiciada e o crime, mas saber se a pessoa indiciada é quem diz ser”. Os autores ainda admitem que é possível ponderar que o real objetivo do estudo da Genética desenvolvido com base no campo do Processo Penal atente ao fim de conferir vantagem ao exercício probatório, entretanto, entende que o legislador se mostra hesitante com a ideia, em razão das inúmeras discussões que se estabeleceriam diante da revolucionária idealização.

¹¹⁰ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 191.

No entanto, não foi este o seu propósito. Ao outorgar o uso do material biológico na Lei de Identificação Criminal, admitindo o seu uso diante da imprescindibilidade às investigações policiais e conferindo esta faculdade à autoridade policial na fase inquisitória, o legislador vedou o uso deste material para qualquer fim distinto da identificação criminal, configurando desvio aos ditames legais e violação de direitos fundamentais a autorização para utilização deste material para comparação com vestígios deixados na cena do crime ou comprovação de autoria, por exemplo. Essencialmente, o que se admite, tão somente, é a coleta de material genético para identificação criminal.

4.3.1.4 Da obrigatoriedade do fornecimento de material genético e o princípio *nemo tenetur se detegere*

Como fora oportunamente relatado anteriormente, a possibilidade conferida pela Lei nº 12.654/12 à Lei nº 12.037/09 consiste na coleta de material genético para o exclusivo fim de identificação criminal, devendo ser empregado apenas diante da essencialidade para as investigações, mediante representação da autoridade policial e autorização da autoridade judiciária competente. Logo, não é dificultoso concluir que esse procedimento é utilizado em sede inquisitorial.

Se, eventualmente, a autoridade judiciária, diante de sua convicção, entender necessária a identificação criminal por meio da coleta de material genético e conceder a autorização, a aplicação deste procedimento poderá se dar com o consentimento do indiciado, da qual não oferecerá resistência e, através de procedimento indolor, se realizará a coleta. Entretanto, havendo a recusa do indiciado para fornecimento de material biológico para identificação criminal, a autorização judiciária, bem como a imprescindibilidade para as investigações serão ignoradas, imperando a vontade do indiciado.

Em razão disto, em sede inquisitorial, o indiciado não é obrigado a fornecer material biológico durante as investigações criminais, privilegiando o princípio da não auto incriminação (*nemo tenetur se detegere*). Em uma visão geral, o indiciado não é obrigado a contribuir com a persecução penal e tem o absoluto direito de se recusar a produzir provas que possam ser usadas contra ele. Além do

mais, o procedimento é realizado através da extração de sangue, o que configura, indubitavelmente, uma intervenção corporal e não se admite, em nenhuma hipótese, a ingerência sobre o corpo humano de forma compulsória em prol da atividade estatal.

Este entendimento é pacificado pelo STF em diversos casos, onde se entende que, a compulsoriedade para colaboração do indiciado para submissão a qualquer intervenção corporal consistiria em grave violação a direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, principalmente, ao direito de não produzir provas contra si mesmo e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. No ano de 1994 o Tribunal Pleno do STF se manifestou sobre a extração compulsória de DNA para investigação de paternidade, vedando a condução coercitiva do sujeito para realização do procedimento de intervenção sob a justificativa da violação de vários direitos fundamentais¹¹¹. Ainda que esta manifestação não se pautar, especificamente, sobre o tema tratado, pode ser tomado por base o seu entendimento sobre a admissão de medidas coercitivas nas intervenções corporais.

Destarte, a inconstitucionalidade do dispositivo pode ser afastada, adotando-se um entendimento conforme a Constituição Federal e concluindo que não se admite a obrigatoriedade na coleta de DNA para fins de identificação criminal do indiciado, em primazia aos direitos fundamentais do indivíduo e do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Queijo¹¹² reforça este entendimento e doutrina sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere* dizendo que “cuida-se do direito a não auto-incriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito de silêncio”.

Ainda, notadamente explica:

¹¹¹ STF, HC 71.373, j. 10.11.1994.: 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. (STF - HC: 71373 RS, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397) Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14704990/habeas-corpus-hc-71373-rs>. Acesso: 17/10/2016.

¹¹² QUEIJO, Maria Elisabeth, 2003, loc. cit. págs. 54-55.

[...] o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões de dissimulações.¹¹³

Por esta razão, é viável constatar que a obrigatoriedade no emprego desta premissa configuraria, incontestavelmente, violação à Constituição Federal e aos Tratados Internacionais que consagram referido princípio.

É concluso que, neste aspecto, impera a vontade do indiciado, em razão de ser sustentado pelos direitos fundamentais a ele inerentes. Da mesma forma que ele pode optar por se recusar a fornecer o material biológico, em contrário sendo, ele poderá consentir com o ato. Substancialmente, entende-se que ao permitir a realização do procedimento, o material poderá ser recolhido de forma indolor e ser utilizado para fins de identificação criminal. Ainda, é possível admitir que, em respeito à vontade do indiciado, ele poderá determinar que o material possa ser empregado como prova no curso da investigação para constatação de autoria do delito ou comparação com vestígios deixados na cena do crime, quando visar benefícios à sua defesa.

4.3.2 Da Lei nº 7.210 de 1984 – Lei de Execução Penal

O ponto crítico, polêmico e inovador também ocasionado pela Lei nº 12.654/12 se apresentaram nas alterações promovidas na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 ao emendar seu texto legal instituindo o artigo 9º-A e seus parágrafos, que determinou a obrigatoriedade da extração de material genético para registro em banco de dados de perfis genéticos de condenados por crimes dolosos, com violência, de natureza grave contra a pessoa ou crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). Logo:

¹¹³ QUEIJO, op. cit. Mesma página.

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.

Aqui, a extração do DNA se opera sem provocação de autoridades legais e de maneira obrigatória, sendo considerado mero efeito da condenação pelos crimes descritos no mandamento legal supracitado. Mesmo ante a omissão do legislador, esse efeito será operado apenas mediante sentença penal condenatória transitada em julgado¹¹⁴.

Ainda, dispõe os respectivos parágrafos:

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

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

O banco de dados a que se refere na Lei nº 7.210/84 não possui função semelhante àquela relatada previamente na Lei nº 12.037/09. Há uma diferença consistente nas duas leis, qual seja, a coleta de material genético empregado na Lei de Identificação Criminal foi estabelecido para esta única finalidade, a identificação criminal do indiciado diante da essencialidade para as investigações policiais, realizado mediante representação da autoridade policial e autorização da autoridade judiciária onde seria registrado em banco de dados de identificação criminal. Já a determinação estabelecida na Lei de Execução Penal se verificaria após o trânsito em julgado da ação penal e se prestaria, segundo entendimento doutrinário acerca do tema, “a fim de facilitar a investigação de futuros delitos que se presume possam ser por eles praticados, criando a classe dos

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. *Refletindo sobre a Lei 12.654*. Disponível em: <https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/306698279417169>. Acesso em: 17/10/2016. O autor entende que: “Ainda que a lei fale apenas em ‘condenados’, considerando a gravidade restrição de direitos fundamentais, é imprescindível a existência de sentença condenatória transitada em julgado. Não é proporcional e tampouco compatível com a presunção de inocência, impor-se tal medida em caso de sentença recorrível”.

indivíduos registrados¹¹⁵". Além do mais, o entendimento doutrinário pode ser compreendido pela redação conferida ao parágrafo segundo do predito artigo 9º-A ao conferir á autoridade policial a faculdade de se valer destes registros em eventual inquérito policial. Consta-se que não se trata de bancos de dados distintos, mas sim de classificações distintas: registro de identificação de indiciados e registro de condenados.

Por fim, semelhante ao que fora estabelecido nas alterações da Lei nº 12.037/09 em seu artigo 7º-B, há também a previsão do sigilo das informações existentes no banco de dados, conforme disposição do parágrafo primeiro.

4.4 Da Diferenciação entre o Indiciado e o Condenado – a Faculdade e a Obrigatoriedade na Coleta de Material Genético

Pôde ser inferido pela Lei nº 12.654/12 alterações sob duas esferas da persecução penal. Por esta razão, em suma, a mudança introduzida na Lei nº 12.037/09, atual Lei de Identificação Criminal, consiste na possibilidade da utilização da coleta de material genético para a identificação criminal, exclusivamente. Já a consequência ocasionada pela alteração inserida no texto da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, se pauta em um efeito da condenação criminal obrigando a procedência da coleta de material genético de condenados a determinados crimes para registro em banco de dados, como exposto previamente.

É viável inferir que o tratamento conferido pelo legislador infraconstitucional ao indiciado e ao condenado é distinto tomando por base o momento em que cada um é admitido, visto que na Lei de Identificação Criminal o ato é permitido diante da necessidade às investigações criminais, ou seja, na fase inquisitória. Quanto à admissão na Lei de Execução Penal, será legalmente autorizada a procedência do método por consequência da condenação por crimes dolosos, com violência de natureza grave contra a pessoa e crimes hediondos, se evidenciando após o trânsito em julgado da sentença condenatória transitada em julgado.

¹¹⁵ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 200.

O ponto mais notório desta distinção é a obrigatoriedade expressamente determinada pelo legislador no artigo 9º-A da Lei nº 7.210/84, isto é, aos condenados por sentença transitada em julgado por crimes dolosos, com violência de natureza grave contra a pessoa e crimes hediondos a extração de material biológico para registro em banco de dados será compulsória, não conferindo o mesmo tratamento na previsão da Lei nº 12.037/09 quando necessária para a identificação criminal¹¹⁶.

O legislador optou por facultar ao indiciado a possibilidade de identificação pela coleta de material biológico. E diferente desta determinação não poderia ser, uma vez que conferindo o caráter compulsório da extração de material genético para identificação, estaria ferindo, diretamente, o *nemo tenetur se detegere* e outros vários direitos encaixados no sistema brasileiro de proteção à pessoa. Desta forma, imprimir a obrigatoriedade, nesta hipótese, decorreria à inconstitucionalidade do dispositivo, justamente por facilitar a violação de princípios fundamentais de direito em razão de produção de provas contra o indiciado na fase inquisitorial. Sendo assim, é necessário o consentimento do indiciado para procedência do referido método, o que afasta qualquer indício de inconstitucionalidade na lei.

Em contrário senso, o mandamento fixado pelo legislador infraconstitucional na Lei nº 7.210/84 foi oposto, isto é, determinou, expressamente, que o procedimento de coleta de material genético seria obrigatório quando verificada a condenação criminal irrecorrível, segundo as hipóteses previstas no artigo 9-Aº da lei citada. Primeiramente, é válido observar que a utilização do material genético coletado não será relevante para produção de provas contra o acusado, uma vez que a coleta se deu posteriormente a fase de instrução, afastando a ofensa ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Diante disto, como já afirmado em momento adequado, a finalidade do dispositivo é proceder ao registro do condenado em banco de dados específico para que possa facilitar investigações futuras de delitos que possam ter sido por ele praticados.

¹¹⁶ Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Artigo 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”.

No entanto, se eventualmente os dados constantes deste registro forem, posteriormente, utilizados com a finalidade de obter informações sobre determinado crime, é possível admitir e trazer à tona o *nemo tenetur se detegere*, ora afastado, a este cenário, uma vez que ao utilizar-se de referidos registros, coletados de forma compulsória, configurar-se-á violação ao princípio da não autoincriminação, e mais, ao princípio da presunção de inocência consagrado no artigo 5º inciso LVII da CF¹¹⁷, nos fazendo questionar a verdadeira finalidade do dispositivo em concordância com os preceitos fundamentais de direito consagrados.

Além do mais, para que a lei possa vigor sem entrar em choque com os direitos fundamentais do indivíduo, é necessário afastar o seu caráter compulsório, uma vez que a coleta de material genético é estabelecida como um meio de intervenção corporal e não se admite que se proceda a intervenção sem o consentimento do intervencionado. Desta forma, para que o mandamento infraconstitucional conferido no texto legal da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, em seu artigo 9º-A se amolde as disposições constitucionais é necessário afastar a obrigatoriedade do procedimento e somente executá-lo mediante consentimento do condenado.

4.5 Omissão Legal Sobre a Exclusão do Registro do Banco de Dados

Como demonstrado anteriormente, o artigo 7º-A da Lei nº 12.037/09 dispôs em sua redação a forma como se dará a exclusão dos dados obtidos mediante extração de material biológico para identificação civil, devendo ocorrer ao término do prazo prescricional estabelecido em lei para o delito, *in casu*¹¹⁸. Entretanto, o mesmo trato não foi abordado pelo legislador quanto à exclusão das informações obtidas com a coleta de material genético do apenado, sendo omissos quanto ao prazo para retirada do banco de dados, isto é, o legislador, ao se omitir,

¹¹⁷ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso LVII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

¹¹⁸ Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Lei de Identificação Criminal. Artigo 7º-A: “A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.

determinou que não há prazo para exclusão dos registros em banco de dados das informações, ou seja, o prazo é indeterminado.

Da mesma forma, o Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, que institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos também não trouxe em seu texto legal a previsão de exclusão destes registros no banco de dados.

Como anteriormente classificado, ao conferir a obrigatoriedade da coleta de material biológico dos apenados para procedência de registro em banco de dados de perfis genéticos, o legislador estaria atribuindo um novo efeito à sentença condenatória. Contudo, ao verificar a inexistência de prazo para exclusão deste registro, é viável admitir que este efeito é perpétuo, ocasionando a direta violação ao princípio constitucional da Limitação das Penas consagrado no artigo 5º, inciso XLVII, b, da qual veda expressamente as penas de caráter perpétuo¹¹⁹.

Além disto, estaria ignorando totalmente o Sistema da Temporariedade adotado pelo Código Penal que determina que os efeitos negativos da reincidência duram apenas por determinado período de tempo¹²⁰. O período em que vigora os efeitos negativos da reincidência é chamado de “período depurador”¹²¹.

Diante desta análise, é possível identificar que não pode ser conferido o caráter perpétuo a estes registros e, mesmo diante da omissão do legislador, é necessário que ocorra a exclusão dessas informações, uma vez que não se admite pena perpétua no sistema penal brasileiro.

¹¹⁹ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso XLVII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII – não haverá penas: b) de caráter perpétuo”.

¹²⁰ Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Artigo 64: “Para efeito de reincidência: I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

¹²¹ “Assim, diz-se que, em tema de reincidência, o Código Penal adota o sistema da temporariedade, uma vez que os efeitos negativos da reincidência duram apenas por determinado período de tempo. O prazo em que a reincidência ainda vigora é chamado de ‘período depurador’”. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2014/03/5-anos-apos-o-cumprimento-ou-extincao.html>. Acesso em: 17/10/2016.

5 ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEI Nº 12.654/2012

À vista de tudo o que foi exposto até então, buscou-se estabelecer constantemente uma relação e análise de toda a mudança promovida pela Lei nº 12.654/12 e seu caráter constitucional, procurando pontuar o que causa maiores discussões e se estabelecer uma opinião sobre a real finalidade do dispositivo.

Com isso, alguns princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil foram apontados como alvo de possíveis violações com a promoção da referida lei.

5.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Preliminarmente, faz-se necessário compreender as vertentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Por esta razão, Sarlet¹²² descreve este princípio como:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável, nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Entende Belinati Martins¹²³:

Temos que a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. Pág. 60.

¹²³ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana, Princípio Constitucional Fundamental*. Juruá Editora: Curitiba. 2012. Pag. 120.

quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe direito de acesso a condições existências mínimas. Mas, por outro lado, a dignidade implica considerar que a pessoa humana é chamada a ser responsável não somente por seu próprio destino, mas também pelos das demais pessoas humanas, sublinhando-se, assim, o fato de que todos possuem deveres para com a sua comunidade.

Já no conceito de Moraes¹²⁴:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente podem ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Decorre desta passagem o entendimento de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não se apresenta como um direito, mas sim como uma condição intrínseca em qualquer ser humano, atuando como fonte inerente dos direitos fundamentais.

Retomando ao contexto ora estudado, a relação identificada com este consagrado princípio se estabeleceu mediante a análise das mudanças promovidas nas duas leis: Lei de Identificação Criminal e Lei de Execução Penal. Ambas apresentaram a coleta de material genético como método chave na sua finalidade. É sabido que a coleta de material genético se dá, nestes casos, pela extração de sangue do indivíduo, logo, é possível concluir que se trata de uma intervenção corporal e é neste aspecto que se constrói a seguinte conexão.

Adotando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como um amplo conjunto de direitos fundamentais e estabelecendo uma associação com as intervenções corporais, especificamente a compulsoriedade na coleta de material biológico, objeto deste estudo, é lógico invocar e definir que os direitos fundamentais diretamente afetados com essa prática seria o direito destacado no artigo 5º da Carta Maior, direito a integridade física e moral, ao consagrar a inviolabilidade do

¹²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Editora Atlas S.A.: 2011. 9ª Edição. Pág. 47.

direito à vida e à liberdade, vedando a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes¹²⁵.

5.1.1 Direito à integridade física e moral

Firmado através do elo com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está o direito fundamental à integridade física e moral. Este direito está intimamente ligado a outros direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, sendo possível concluir que a sua primazia pode ser encontrada em várias vertentes.

É elementar indicar a existente conexão entre o direito fundamental à integridade física e moral e o direito à liberdade, uma vez que, ao admitir a obrigatoriedade da colheita do material genético estaria permitindo a aplicação de medidas coercitivas contra o sujeito que não consentiu para sua procedência, o que configuraria violação a este preceito fundamental protegido pela Constituição Federal.

Em contrapartida, é possível remeter este entendimento à possibilidade de relativização dos direitos fundamentais¹²⁶, como predisposto no artigo 5º inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil, determinando que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, invocando a possibilidade de restrição, não só à liberdade, mas a muitos outros direitos fundamentais.

Em seguimento, o direito à integridade física e moral ligado às intervenções corporais pode, ainda, ser vislumbrado pelo direito a intimidade/privacidade¹²⁷, uma vez que qualquer intervenção corporal, independente de sua

¹²⁵ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º inciso III: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

¹²⁶ Moraes explica: “Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”. MORAES, Alexandre de, 2011. loc. cit. pág. 27.

¹²⁷ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º inciso X: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

natureza, caracteriza violação a este direito fundamental, isto porque se trata de uma interferência à esfera íntima do corpo do sujeito, acentuando a ofensa quando empregada de forma compulsória.

É primordial se estipular um limite entre a atividade estatal e a vida do cidadão, *in casu*, da persecução penal em relação ao acusado, impedindo que as intervenções corporais atinjam os direitos fundamentais do sujeito de forma inconsequente. Em contrário senso, segundo o ponto de vista legalista, é necessário que haja regulamentação legal que admita a relativização e restrição dos mencionados direitos fundamentais para que permita a expansão do exercício da atividade estatal em prol de um bem comum e em benefício dos direitos fundamentais dos demais indivíduos da sociedade.

5.2 Princípio da Não Autoincriminação – *Nemo Tenetur se Detegere*

A vedação a autoincriminação se pauta como garantia constitucional assegurada à pessoa do acusado com fulcro basilar no artigo 5º inciso LXIII da Constituição Federal do Brasil determinando que a este sujeito seja informado os seus direitos, quais seja, o direito a permanência em silêncio e de receber assistência familiar e técnica¹²⁸. Especificadamente, o princípio da não autoincriminação é instituído em razão de que ninguém possui a obrigação de produzir prova em seu desfavor, ou seja, ninguém é obrigado a colaborar com as diligências persecutórias, senão voluntariamente.

Doutrina Maria Elizabeth Queijo¹²⁹ que:

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹²⁸ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Artigo 5º, inciso LXIII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado”.

¹²⁹ QUEIJO, Maria Elisabeth, 2003, loc. cit. pág. 55.

O Princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

Ainda, conceitua Luiz Flávio Gomes¹³⁰ que:

O privilégio ou princípio (a garantia) da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito, indiciado ou acusado, nem a testemunha, etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

À vista disso, é defeso admitir que o princípio da não autoincriminação se apresenta como garantia constitucional imanente a qualquer indivíduo, isto porque, segundo a doutrina, o *nemo tenetur se detegere*, bem como o Direito ao Silêncio, decorrem da Ampla Defesa, especificamente, do direito a Autodefesa, garantia basilar que assegura o Devido Processo Legal¹³¹.

Analisando sob a perspectiva das mudanças promovidas pela Lei nº 12.654/12, permitir que a coleta de material biológico na pessoa do indiciado para fins de identificação criminal, como é admitido na Lei nº 12.037/09, traz como consequência o atentado ao *nemo tenetur se detegere*, se admitida a hipótese de que a sua realização acarretaria o risco deste material se desvirtuar de sua única finalidade (identificação criminal) e prestar-se como meio de incriminação do indiciado pela comparação das suas informações biológicas com os vestígios ligados ao fato criminoso quando verificada posterior instauração de processo criminal. As informações obtidas nos resultados de exames de DNA são extremamente amplas e eficazes, exteriorizam maiores dados que qualquer

¹³⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 01/10/2016.

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.* Acesso em: 17/10/2016.

declaração do indiciado, da vítima ou terceiros e, por esta razão, empregar a obrigatoriedade da medida em sede inquisitorial seria, no mínimo arriscado, colocando em um segundo plano o consagrado direito a não autoincriminação e o exclusivo propósito da lei, qual seja, o da identificação criminal.

Entretanto, acolhendo o entendimento de que é inaceitável o uso distinto da identificação pelas informações obtidas com a colheita de material biológico e inadmitindo o seu emprego como prova em eventual processo criminal, afastaria, em consequência, a violação ao *nemo tenetur se detegere*, uma vez que, compreendendo o texto através de uma visão legalista e adotando uma interpretação sistemática, é possível concluir que o legislador optou por inserir esta possibilidade no rol de métodos utilizados para identificação criminal para que este seja empregado para este único fim. Logo, é viável inferir que a aplicação dos resultados obtidos pela extração de DNA do indiciado em um processo criminal como meio de probatório, estaria desvirtuando, explicitamente, o objetivo da lei e violando o princípio da não autoincriminação e, conseqüentemente, da ampla defesa.

Neste liame, insta salientar que, se acolhida a obrigatoriedade do procedimento e a ela for somada a possibilidade de utilização do material colhido como meio de prova em eventual processo criminal, ocasionaria na extrema profanação do *nemo tenetur*, ampla defesa e do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, visto que as intervenções estatais ultrapassaria tais princípios e garantias em prol da elucidação do fato criminoso. É por esta razão que não se aceita a imposição da obrigatoriedade sobre a coleta de material biológico quando verificada a recusa do indiciado em se submeter a tal procedimento, priorizando os princípios e garantias constitucionais individuais.

Por outro lado, em decorrência da mudança ocasionada na Lei nº 7.210/84, *in casu*, fora instituída, expressamente, a obrigatoriedade na coleta de material biológico do condenado para registro em banco de dados. Primeiramente, é relevante apontar que a medida é determinada como efeito da condenação transitada em julgado. Entretanto, a maior discrepância entre ambas as alterações se deu na expressa determinação do legislador ao ordenar a obrigatoriedade da medida, o que não foi repetido no texto da Lei nº 12.037/09. Isto é justificável pelo fato de que a coleta de material biológico será realizada posteriormente à fase probatória do processo criminal, isto é, somente será determinado o procedimento

de coleta de perfil genético quando houver condenação transitada em julgado, afastando a incidência de maculação ao *nemo tenetur se detegere*. Não obstante, acolhido o propósito do dispositivo que traduza-se pelo uso do material biológico em investigações criminais vindouras que presume-se ter como o agente do fato o já condenado, colhida de forma compulsória, ocasionaria na invocação de referido princípio, ora afastado, embasado no fato de que o registro do perfil genético do condenado, coletado de forma obrigatória, serviria como meio de prova em processo futuro, o que causaria explícito ultraje ao princípio da não autoincriminação.

5.3 Das Vantagens

Em sequência a esta análise, é notável se apontar as vantagens que a efetiva aplicabilidade que as alterações promovidas pela Lei nº 12.654/12 ocasionaria à persecução penal.

Em vista das mudanças na Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/09), o procedimento de coleta de material biológico se prestaria, unicamente, como método subsidiário de saneamento de dúvidas quanto à identificação criminal do indiciado, quando demonstrada a imprescindibilidade de seu emprego para as investigações criminais, como explicado no capítulo anterior deste estudo. Do procedimento, não é aceita a obrigatoriedade da cooperação do sujeito, logo, admite-se a sua negativa. No entanto, verificado o consentimento do indiciado, a coleta poderá ser realizada em observância aos procedimentos técnicos adequados para tal e os resultados por ele obtidos servirão, exclusivamente, para fins de identificação criminal, vedando-se o seu uso distinto. As vantagens auferidas com a coleta de material genético para legítima identificação criminal se sustentam no fato de conferir à persecução penal um novo método de identificação criminal que servirá como suporte diante da ineficácia dos outros métodos já empregados atualmente. Como já dito previamente, o método é determinado quando verificada a existência comprovada de dúvidas quanto a real identificação do indiciado e possui caráter

subsidiário e auxiliar em relação aos demais métodos de identificação como a datiloscopia e a fotografia¹³².

No tocante às disposições acrescentadas no texto legal da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que determinam a coleta de material genético para registro em banco de dados de condenados pela prática de crimes dolosos, com emprego de violência grave contra a pessoa e por crimes hediondos (exceto equiparados) que possui como propósito a colaboração às investigações de futuros delitos que possam ter sido praticados pelos eventuais condenados. À vista do exposto resumo, a coleta de material genético determinado com base na Lei nº 7.210/84 se caracteriza como uma forma de auxílio a investigações futuras sustentadas pelo acesso aos resultados obtidos pela coleta ora determinada pela condenação em comparação com os vestígios encontrados em cenas de crimes e na vítima, objetivando o declive nos níveis de impunidade que decorrem da ausência de conhecimento da autoria do delito e insuficiência de provas¹³³.

O Brasil é conhecido como o país da impunidade. Explica Luiz Flávio Gomes¹³⁴, *in casu*:

A sensação de impunidade é muito grande e isso, claramente, estimula o cometimento de novos crimes. O velho modelo investigativo brasileiro, fundado na confissão, está esgotado. É preciso estruturar a polícia brasileira para fazer investigações técnicas. Do contrário, continuaremos no ranking dos países mais violentos do mundo, dizimando vidas preciosas, o que gera forte impacto não só nas famílias das vítimas, senão também inclusive na economia nacional.

Não se pode ignorar o fato do constante aumento dos níveis de impunidade que paira sobre o Brasil e isto é colaborado, principalmente, pelo caráter garantidor de direitos adotado pelo nosso sistema processual brasileiro que, muitas

¹³² Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Lei de Identificação Criminal. Artigo 5º: “A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos de comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação. Parágrafo único – na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”.

¹³³ MARTIN, Miguel Ângelo. *Análise da Lei 12.654/12: uma abordagem a favor da identificação genética do réu*. Disponível em: <http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>. Acesso em: 03/20/2016.

¹³⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Homicídios: impunidade de 92%*. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922855/homicidios-impunidade-de-92>. Acesso em 03/10/2016.

vezes, impede a efetiva prestação de serviço pelas autoridades que atuam na persecução penal. Direitos fundamentais individuais são privilegiados enquanto direitos fundamentais coletivos são esquecidos em segundo plano. O proveito deste mandamento legal inserido na Lei nº 7.210/84 e a criação do banco de dados se fundamentam na ampliação da autonomia e eficiência nas atividades exercidas pelas autoridades em busca da verdade real no processo.

5.4 Das Possíveis Violações de Direitos Fundamentais

A constitucionalidade da Lei nº 12.654/12 se fixou como ponto de discussão entre os doutrinadores que focaram sua atenção na natureza progressista da aludida lei.

Logo, doutrinadores que defendem as ideologias garantistas que dominam o sistema penal e processual brasileiro colocaram em debate as supostas violações a direitos fundamentais e a consequente inconstitucionalidade que a inovadora lei inseriu nos mandamentos infraconstitucionais ao ampliar as hipóteses que permitem o uso de material biológico como método auxiliar na persecução penal. Fato é que não se pode desprezar que a utilização do material biológico dentro do Processo Penal e do Direito Penal é uma realidade consequencial do avanço das ciências criminais.

No entanto, o enfoque deste possível conflito se verificou na obrigatoriedade de realização do procedimento de coleta de material biológico quando não houver consentimento do sujeito.

Na Lei nº 12.037/09 que determinou que a coleta de material biológico fosse adicionada ao rol de métodos de identificação criminal, não houve imposição de supressão do consentimento do acusado e obrigatoriedade da realização do procedimento, mesmo em razão de autorização judicial. O procedimento é admitido quando indispensável para as investigações criminais. Doutrinadores sustentam que as informações genéticas obtidas poderão ser utilizadas nas investigações criminais e, posteriormente, em processo criminal¹³⁵. Admitindo esta possibilidade, a violação do princípio da não autoincriminação, defendido pela Constituição Federal e pela

¹³⁵ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 193.

Convenção Internacional de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, seria explicitamente maculado. Além disso, determinar que o procedimento de coleta seja realizado mesmo diante da recusa do indiciado decorreria, ainda, da violação ao direito de intimidade e privacidade do corpo humano, bem como ao direito à integridade física e moral, amparados pelo direito à saúde e à liberdade e pelo amplo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A extração de sangue é considerada, logicamente, uma espécie de intervenção corporal eventualmente admitida na seara do processo penal, entretanto, é imprescindível que haja o consentimento do sujeito em submeter-se ao procedimento, em contrário senso, diante da recusa do indiciado ou acusado a coleta não poderá se dar mediante coação. Este entendimento é sustentado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que se baseou em precedentes do Supremo Tribunal Federal, ao esclarecer sobre a obrigatoriedade do “teste do bafômetro”, determinando que o motorista não é obrigado a se submeter ao teste no alcoolímetro ou extração de sangue, sendo a ele facultada a recusa buscando o privilégio do princípio *nemo tenetur se detegere*¹³⁶.

Em contrapartida, o mesmo tratamento não foi estabelecido à mudança ocasionada na Lei nº 7.210/84 onde determinou-se que verificada a condenação transitada em julgado por crimes dolosos, de natureza grave e com emprego de violência contra a pessoa e crimes hediondos procederia, automaticamente, a coleta de material biológico do referido condenado para compor registro de banco de dados de perfil genético.

Entretanto, notadamente, o dispositivo 9º-A, inserido por ocasião da Lei nº 12.654/12, ora analisado, incluiu em seu texto a expressão ‘*obrigatoriamente*’, que fez com que acendesse as discussões sobre sua constitucionalidade. A questão se fundamentava, basicamente, no fato de que a coleta de material biológico, mediante extração de ácido desoxirribonucleico (DNA), *in casu*, seria obrigatória, ou seja, dispensou-se expressamente o consentimento do sujeito. A finalidade deste instituto respalda-se no auxílio a investigações futuras de delitos que, eventualmente, tenham sido praticados pelo condenado. Desta maneira, os resultados obtidos pela coleta do material biológico no momento da condenação serão registrados e

¹³⁶ Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. *Informativo 197 – STJ – Apenas bafômetro e exame de sangue podem comprovar embriaguez*. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1104>. Acesso em: 04/10/2016.

poderão ser acessados, futuramente, para servir como prova em investigações vindouras em que o referido sujeito possa ter sido o agente.

Sob o ponto de vista da Política Criminal, as vantagens auferidas são acentuadas, uma vez que facilita o processo de investigações ao definir mais um tipo de prova e conferir maior celeridade na busca pelo verdadeiro autor do ato criminoso. Entretanto, não é certo considerar este meio de prova como seguro e livre de qualquer vício, ou seja, a prova obtida resultante da coleta de perfil genético do condenado não poderá ser absoluta, a única utilizada na fundamentação da autoria do delito, necessitando da complementação de outros métodos probatórios. Este meio de prova apresenta-se como um método altamente confiável, entretanto, não é livre de vícios ou mal-entendidos, pois pode ocorrer do DNA do acusado estar presente na cena do crime e ele não ser o verdadeiro autor, como também ocorrer confusão quando o agente possuir um irmão gêmeo e a coleta se deu no irmão inocente¹³⁷.

De qualquer forma, estabelecendo o nexo entre a finalidade do instituto e a obrigatoriedade imposta no texto da Lei de Execução Penal é possível inferir que, como este procedimento é determinado após a fase de instrução do processo, caracterizado por ser um efeito da condenação transitada em julgado, é lógico compactuar com o fato de que não violaria o princípio da não autoincriminação, uma vez que a instrução no processo já se encerrou, entretanto, utilizar estas informações em um processo criminal futuro, claramente configuraria violação a referido princípio, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Ademais, afastaria também o princípio de presunção de inocência do réu, uma vez que se admitindo o alto grau de confiabilidade deste meio probatório, ela poderia suprimir a importância das demais provas que normalmente seriam coletadas e servir como fundamento basilar para comprovação da autoria do crime.

Além disso, a discussão sobre a constitucionalidade deste dispositivo se pauta na obrigatoriedade imposta. Em uma visão legalista, o dispositivo deixa claro que o condenado é obrigado a fornecer o material biológico para registro se do processo criminal resultar em condenação, em observância às características do ato criminoso conforme descrito no dispositivo legal. Isso significa que é desnecessário

¹³⁷ CAVALCANTE, Elvis Albano. *Inconstitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal*. <https://jus.com.br/artigos/39513/inconstitucionalidade-do-artigo-9-a-da-lei-de-execucao-penal>. Acesso em: 05/10/2016

o consentimento do condenado, devendo fornecer o material obrigatoriamente, até mesmo coercitivamente. Antes de tudo, a extração de DNA é uma intervenção corporal e não se admite que a intervenção se dê de forma compulsória, privilegiando-se os princípios da integridade física e moral, do direito a privacidade e intimidade, direito à saúde e à liberdade, consagrados sob o amparo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. E, somando a compulsoriedade da coleta à finalidade do dispositivo, que se funda no auxílio a investigações futuras, seria admitir a nítida violação do princípio *nemo tenetur se detegere* e do princípio de presunção de inocência do réu.

Por fim, mas não menos importante, não há previsão para exclusão destes registros do banco de dados derivado da coleta de material genético pela condenação. Isto significa que estes registros terão caráter perpétuo, o que é inadmissível, uma vez que o texto constitucional veda qualquer pena de natureza perpétua.

À vista disto, se coloca em pauta a discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº 12.654/12, que ocasionou mudanças na Lei nº 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal) e na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) por apontar que referidas disposições violariam direitos fundamentais e princípios basilares do sistema processual penal brasileiro.

5.5 Da Constitucionalidade da Lei nº 12.654 de 2012 Frente as Alterações Promovidas na Lei nº12.037 de 2009 – Lei de Identificação Criminal e Lei nº 7.210 de 2009 – Lei de Execução Penal

Em análise aos pontos até então levantados e discutidos sob distintos enfoques, é viável, neste momento, proceder à conclusão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, que altera a redação das Leis nº 12.037/09 e 7.210/84. Novamente, o estudo recairá sobre as alterações ora mencionadas.

Primeiramente, devemos salientar que a Lei confere novas atribuições do uso do material genético na seara do processo penal, entretanto, a sua

aplicabilidade se apresenta em diferentes momentos da persecução penal, ou seja, as finalidades conferidas à coleta e uso do material biológico são distintas.

Partindo desta premissa, é possível inferir que, diante da nova redação dada à Lei de Identificação Criminal, o uso do material biológico será utilizado unicamente para o propósito de identificar o indivíduo. Assim como ocorre na coleta de impressões digitais no exame datiloscópico e pela fotografia, a coleta de material biológico se prestará como método de identificação. Sobre a função da identificação criminal explica Nucci¹³⁸:

Não se trata a identificação criminal de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, direito do estado, evitando-se com isto o nefasto erro judiciário. Não se confunda, ainda, a identificação criminal com o reconhecimento da pessoa. Neste caso, terceiros poderão apontar o indiciado ou réu como autor do crime. Naquela situação, nada disso tem relevo, pois se busca, apenas, identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo-crime.

O legislador infraconstitucional foi cauteloso ao redigir o texto legal que alterou a Lei nº 12.037/09, uma vez que não conferiu ao procedimento de coleta de amostra biológica a natureza compulsória, facultando ao indiciado a escolha de consentir ou não em se submeter ao procedimento. Ademais, classificando-o como um terceiro método de identificação de criminal, conseqüentemente, qualifica a sua finalidade, qual seja, a de identificar criminalmente o indivíduo. Destarte, persistindo a dúvida sobre a verdadeira identidade do indiciado ou acusado, mesmo após a procedência do método datiloscópico e fotográfico, poderá ser determinada a coleta do material biológico do sujeito.

Não sofrerá nenhuma medida punitiva o indiciado ou acusado que se negar a ser submetido ao procedimento de coleta, justificado pelo fato de não haver disposição legal prévia que estipule qualquer responsabilização ou presunção pela recusa.

A determinação da coleta digna-se, exclusivamente, para a identificação do sujeito, como forma de elucidação de incertezas na identificação criminal. Permitir que o material coletado seja usado com a intenção de comprovar a autoria do crime configuraria a violação do *nemo tenetur se detegere*, nitidamente,

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza, 2010, loc. cit. pág. 692.

salvo se o indiciado ou acusado autorizar o uso em sua defesa. Enfim, essencialmente, o novo dispositivo se presta, notadamente, como grande favorecedor da persecução penal, contribuindo para que sejam sanáveis eventuais dúvidas sobre a identificação do sujeito em questão, evitando punições injustas. Se obedecido os ditames legais e afastando a possibilidade de utilização das informações obtidas pela coleta da amostra biológica como meio de prova, não há o que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo.

Em contrapartida, essencialmente, as mudanças propiciadas na Lei de Execução Penal, por meio da inclusão do artigo 9º-A e seus parágrafos, se fundamentam na obrigatoriedade da extração de DNA, mediante técnica adequada e indolor, do condenado por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei de Crimes Hediondos. Mesmo não havendo regulamentação expressa, a medida será determinada após a sentença condenatória transitada em julgado, sendo considerado um efeito secundário da condenação, privilegiando o mandamento constitucional positivado no artigo 5º inciso LVII da CRFB¹³⁹.

O intuito do inovador mandamento é registrar os resultados das amostras biológicas colhidas em banco de dados sigilosos para valer-se como método auxiliar em futuras investigações criminais para elucidação da autoria do crime. Sobre esta questão, Nicollit e Wehrs¹⁴⁰ esclarecem que o banco de dados “tem a intenção de registrar o perfil genético de indivíduos considerados perigosos, a fim de facilitar a investigação de futuros delitos que se presume possam ser por ele praticados”. Não obstante, a matéria que moveu grandes debates na doutrina foi a obrigatoriedade imposta expressamente pelo legislador, ou seja, contrariamente ao disposto na Lei de Identificação Criminal, a Lei de Execução Penal determina que, após a condenação, independentemente de autorização judicial e do consentimento do condenado, proceder-se-á a coleta de material biológico para compor os registros do banco de dados de perfil genético.

¹³⁹ Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso LVII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

¹⁴⁰ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro, 2015, loc. cit. pág. 201.

O verdadeiro escopo deste mandamento não é revelado pelo legislador, visto que ele se limita a determinar a coleta do perfil genético e proceder ao registro no banco de dados, além de determinar o sigilo de informação e garantir o acesso às autoridades policiais quando necessário, por meio de autorização judicial. É por esta razão que abre-se margem para admitir que essas informações poderão ser útil em processos criminais vindouros, atuando como meio de prova.

Destarte, ao determinar a obrigatoriedade da coleta, ignorando a recusa do condenado, registrando as informações no banco de dados e as utilizando, eventualmente, em instruções vindouras, traria à tona o irrefutável atentado ao *nemo tenetur se detegere* e ao princípio de presunção do estado de inocência do réu, pois ao se utilizar das informações catalogadas no banco de dados, presume-se que a autoria do delito ora investigado fora praticado pelo condenado.

Sobre a obrigatoriedade fixada pelo dispositivo legal, não há como discordar que a extração de DNA configura-se como intervenção corporal e não se admite que sua aplicação se dê de maneira coercitiva, da mesma forma que não seria admissível contra o indiciado, pois busca-se proteger os direitos fundamentais amparados pelo princípio da Dignidade da Pessoa a Humana.

É interessante esclarecer que esta norma presume, mesmo que indiretamente, que indivíduos condenados pela prática de crimes violentos voltarão a delinquir quando forem libertos. Por esta razão que criou-se este mecanismo de auxílio à atividade investigatória, demonstrando que o legislador infraconstitucional não acredita no sistema de ressocialização aplicado no âmbito carcerário¹⁴¹.

Além de tudo, inexistente prazo para exclusão dos registros no banco de dados das informações genéticas coletadas dos condenados, ou seja, os registros existirão *ad eternum* o que é constitucionalmente defeso¹⁴².

É por esta razão que a constitucionalidade desta Lei precisa ser revisada. Ordenar a obrigatoriedade do procedimento e utilizar as informações como meios probatórios em futuras investigações, além de determinar a perpetuidade das

¹⁴¹ ¹⁴¹ NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. Op. cit. Pág. 203.

¹⁴² Constituição Federal de 1988. Artigo 5º, inciso XLVII: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII – não haverá penas: b) de caráter perpétuo”.

informações afeta diversos direitos fundamentais sustentados pela Constituição Federal.

Não se pode ignorar o fato de que o sistema processual e penal brasileiro possui uma natureza garantista. O privilégio na defesa dos direitos individuais acaba por impedir, muitas vezes, o efetivo exercício das autoridades que atuam na persecução penal. Vladimir Passos de Freitas¹⁴³ defende que existe um dilema indissolúvel entre a garantia dos direitos individuais assegurados pela Constituição e o combate às novas formas de criminalidade contemporânea. Muitas vezes, nesta seara, o relativismo aceito aos direitos fundamentais não sustenta algumas determinações que se contraponham às garantias individuais, e este pode ser um claro exemplo.

Esta é, lamentavelmente, a realidade da sistemática processual e penal no Brasil e ela não pode ser ignorada. À vista disto, conclui-se que, sob o artigo 9º-A inserido por ocasião da Lei nº 12.654/12 ao texto da Lei de Execução Penal para inconstitucionalidades à luz das garantias fundamentais individuais.

5.6 Futura Análise da Constitucionalidade do artigo 9º-A pelo Supremo Tribunal Federal

Em 27 de junho de 2016 fora noticiado que o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 973837, reconheceu, por unanimidade, a repercussão geral da matéria e irá decidir sobre a constitucionalidade da coleta de material genético, por extração de DNA, determinada aos condenados por crimes violentos e hediondos para registro em banco de dados¹⁴⁴.

Frisa-se na notícia o seguinte:

Em sua manifestação, o relator do caso, ministro Gilmar Mendes, frisou que os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, traçar seu perfil genético, armazená-los em

¹⁴³ FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Criminal vive um dilema entre garantismo e crimes contemporâneos*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/segunda-leitura-justica-criminal-vive-dilema-entre-garantismo-crime-contemporaneo>. Acesso em 07/10/2016.

¹⁴⁴ *STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>. Acesso em: 07/10/2016.

bancos de dados e fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Ele citou casos julgados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos segundo os quais as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada.

No caso brasileiro, explicou o ministro, a Lei 12.654/2012 introduziu a coleta de material biológico em duas situações: na identificação criminal e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos. Na primeira, a medida deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se é essencial para as investigações, e os dados podem ser eliminados no término do prazo estabelecido em Lei para a prescrição do delito cometido. Já os dados dos condenados devem ser coletados como consequência da condenação, sem previsão para a eliminação do perfil. Em ambos os casos, os perfis são armazenados em bancos de dados e podem ser usados para instruir investigações criminais e para identificação de pessoas desaparecidas.

Mais uma vez, denota-se a importância da análise da constitucionalidade deste mandamento revolucionário. A decisão que, futuramente, será proferida pelo STF esclarecerá o que se privilegiará: as garantias e direitos fundamentais e o princípio da não autoincriminação ou a proteção dos direitos fundamentais da sociedade, a eficiência da persecução penal com o fim de suprimir os níveis de impunidade pela insuficiência probatória e condenações injustas de cidadãos inocentes.

6 CONCLUSÃO

É notório o antagonismo contemporâneo firmado entre o combate ao crescente nível de criminalidade e os limites impostos pela observância aos princípios e direitos fundamentais individuais. O anseio social por políticas repressivas ao invés de políticas preventivas se tornou um apelo incessante por parte da sociedade que convive com a injustiça e a impunidade diariamente.

O sistema processual penal é sustentado pelos ditames constitucionais dispostos na Constituição Federal. E não poderia ser diferente. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um preceito basilar de organização de qualquer sociedade, que busca a sustentação de todo ordenamento jurídico e regula as relações entre o Estado e seus cidadãos, impondo limites às ingerências estatais na vida privada. É por esta razão que este princípio é invocado quando se discute a coleta e uso de material biológico na persecução penal.

Da mesma forma que não se deve ignorar o fato de que é necessário dilatar a autonomia da atividade estatal que atua no processo penal através de reformas legais, não se pode desprezar, também, a base constitucional que sustenta esta sociedade, que confere a qualquer cidadão brasileiro direitos, isenções e privilégios à luz de sua soberania. À vista disso, é conclusivo que mesmo diante da manifesta necessidade social pela repressão da criminalidade e ampliação dos limites da atividade persecutória deve haver respeito aos princípios e garantias constitucionais individuais.

Para tanto, é preciso encontrar harmonia entre os referidos institutos. É defendida a reforma dos ditames penais, mas sempre em observância às normas constitucionais, caso contrário, sempre será ponto de arguição de inconstitucionalidade pela doutrina garantista/constitucionalista, o que impede a efetiva aplicação de leis desta natureza.

É neste liame que se encontra a Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Como demonstrado neste trabalho, referida lei altera os textos legais da Lei nº 12.037/09, ao permitir a coleta de material biológico para comprovação da identificação criminal do indiciado e da Lei nº 7.210/84, que determina a coleta de material biológico, obrigatoriamente, do condenado por crime doloso, com emprego

de violência grave contra a pessoa e por crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/90.

Por ser manifestamente revolucionária e por se apresentar como ampliação da autonomia da autoridade que atua na persecução penal, logo foi alvo de debates doutrinários que discutiram a sua constitucionalidade invocando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seus desdobramentos, como direito à integridade física e moral, direito à privacidade e intimidade e o direito a Não Autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), oriundo do direito à Ampla Defesa.

O uso de material biológico, *in casu*, se procede mediante extração de DNA. É por esta razão que se classifica este método como uma intervenção corporal de natureza levemente invasiva. A extração é realizada por procedimento adequado e indolor. Neste cenário, procedeu-se a análise da obrigatoriedade da execução do procedimento, o que se possibilitou concluir que não admite-se o caráter compulsório na realização da medida. Ademais, a dispensa do consentimento do sujeito não deve implicar em responsabilização pela negativa e nem em aplicação de métodos coercitivos para a prática, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, direito a integridade física e moral, direito de presunção de inocência do réu e do *nemo tenetur se detegere*. A gama de princípios e direitos que seriam maculados pela obrigatoriedade do procedimento é extensa e, por isso, é vedada a sua prática compulsória. Em reforço a este juízo, se demonstrou que é pacífico o entendimento de que ninguém poderá ser constrangido a se submeter ao exame que demonstre os níveis étlicos no organismo do indivíduo em uma fiscalização de trânsito, e dessa negativa não decorrerá nenhuma responsabilização ao motorista.

Em seguimento, fora necessário fixar o estudo nas alterações geradas na Lei nº 12.037/09, Lei de Identificação Criminal. A modificação se fundamenta na instituição de novo método de identificação criminal, alheio aos dispostos anteriormente pelo artigo 5º da referida lei, quais sejam, método datiloscópico e fotográfico. O procedimento deverá ser determinado pela autoridade policial, pelo Ministério Público ou pela autoridade judiciária, de ofício, quando verificada a necessidade para as investigações diante na ineficácia dos demais meios de identificação e persistências de incertezas quanto à verdadeira identidade do indiciado ou acusado.

Parte da doutrina afirma que o material coletado em sede inquisitória poderá ser usado em desfavor do réu se verificada eventual instauração de processo criminal, defendendo que as amostras poderão ser confrontadas com os vestígios e provas do evento criminoso. Neste aspecto, é preciso esclarecer que o legislador infraconstitucional determinou o uso de material biológico como forma de identificação criminal. Isto é, a determinação possui um único e exclusivo propósito, qual seja, a identificação criminal e admitir seu uso como prova em eventual processo criminal estaria desvirtuando a finalidade da lei e desprezando o princípio da não autoincriminação e presunção de inocência do réu.

Isto posto, é reconhecível que o novo método de identificação criminal agrega grandiosas vantagens ao Processo Penal e Direito Penal, uma vez que reprime eventuais incertezas no processo de individualização dos semelhantes, contribuindo significativamente para o conhecimento da autoria do delito, o que evita a imputação errônea da culpa sobre pessoa inocente. Por outro lado, não se pode conferir o caráter compulsório ao procedimento, isto porque não se admite que a obrigatoriedade recaia sobre medidas de intervenções corporais, em respeito aos princípios e direitos fundamentais individuais garantidos constitucionalmente.

Distintamente, as mudanças legais verificadas na Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, fundamentam-se, substancialmente, em um efeito automático conferido à sentença penal condenatória transitada em julgado, onde determina-se a obrigatória coleta de material biológico do condenado por crime doloso, com emprego de violência de natureza grave contra a pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no artigo 1º da Lei nº 8.072/90, Lei de Crimes Hediondos.

Como dito, esta determinação é automática, independente de requerimento de autoridade policial, Ministério Público ou ordem judicial, obedecendo, unicamente, aos mandamentos legais. As amostras coletadas e seus resultados serão armazenados em banco de dados, podendo ser requisitado o acesso às informações pela autoridade policial à autoridade judicial competente em eventual necessidade em investigações criminais. Neste liame, o objetivo deste inovador mandamento legal é permitir que, durante investigações criminais, durante a fase inquisitória, a autoridade policial possa se valer dos registros no banco de dados de perfil genético como auxílio na comprovação da autoria delitiva.

Em um primeiro momento, a obrigatoriedade na extração do DNA não afeta o princípio *nemo tenetur se detegere*, uma vez que o réu já fora condenado, o

que nos faz concluir, logicamente, que já se encerrou a fase instrutória no processo e o material colhido não poderá mais ser utilizado como meio probatório. No entanto, o registro contido neste banco de dados se presta como método auxiliar a investigações vindouras em que o agente possa ser encontrado em referidos registros. Ou seja, se embasa em um meio de prevenção e auxílio às investigações onde os, ora condenados, possam ser o agente de crimes futuros enquanto libertos. Em decorrência disto, se invoca novamente o princípio da não autoincriminação, posto que, obrigar o condenado a fornecer material biológico para registro em banco de dados para futura utilização em investigações vindouras, é macular explicitamente o direito de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Ainda, presumir que o condenado possa cometer nova infração e utilizar destas informações para comprovação da autoria da conduta criminosa, implicaria na ignorância ao princípio da presunção de inocência do réu.

É notório que os direitos e garantias fundamentais são passíveis de relativização, ou seja, a eles não recai o absolutismo. Essencialmente, este progressista mandamento contribuiria para o desenvolvimento eficaz da atividade persecutória exercida pelas autoridades policiais e poderia ser admitida se não fosse pela obrigatoriedade imposta em seu texto legal. Previamente, fora explanado que não é aceito que intervenções corporais possam ser realizadas de maneira compulsória, em primazia ao notável princípio da Dignidade da Pessoa Humana da qual decorre o direito fundamental à integridade física e moral, à saúde e à liberdade. Indistintamente, a compulsoriedade não pode ser instituída, também, neste caso. E, por fim, diferentemente da previsão determinada na Lei de Identificação Criminal, Lei nº 12.037/09, não se estabeleceu termo final para exclusão das informações obtidas com a coleta de material biológico do condenado, o que nos remete à ideia de que estes registros serão mantidos por prazo indeterminado, conferindo uma natureza perpétua à determinação, o que não é constitucionalmente admissível, uma vez que a Constituição Federal veda qualquer pena de caráter perpétuo.

Por conseguinte, é viável concluir que, as mudanças motivadas pela Lei nº 12.654/12 no texto legal da Lei nº 7.210/84, padecem de inconstitucionalidade. Opiniões à parte, a discussão atingiu o órgão máximo do Supremo Tribunal Federal neste ano que, ao reconhecer a repercussão geral da matéria, irá se pronunciar sobre a constitucionalidade do analisado dispositivo.

Em conclusão ao aludido estudo, é inegável que as alterações geradas pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, estendeu as limitações da atividade persecutória estatal e privilegiou as políticas repressivas em combate à impunidade e aumento da criminalidade, entretanto, mesmo admitindo-se a relativização dos direitos e garantias fundamentais, a base constitucional e o sistema garantista, adotado pelo ordenamento maior, pelo Processo Penal e Direito Penal não podem ser desprezados, o indivíduo não pode ser “coisificado” em prol das diligências investigatórias. É notoriamente primordial que se instalem políticas repressivas, mas mais do que isso, é imprescindível a estrita observância aos princípios e garantias fundamentais constitucionalmente legitimados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIGO, Luis Gómez. **Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal**. Navarra: Aranzadi, 2003.

ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. Pasquali, Luiz. **Histórico dos Processos de Identificação**. Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/historico_processos.pdf. Acesso em: 19/08/2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. RDAcm 215/173-174. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **A nova regulamentação da identificação criminal**. Boletim IBCCrim. São Paulo, V.8, n.100. Março, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOEIRA, Alfredo Gilberto. **O perfil do DNA como prova judicial: uma revisão crítica**. RT 722/360. Abril, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Execução Penal**.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. **Lei do Crime Organizado**. Revogada pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**.

BRASIL. Lei nº 12.037 de 1º de outubro de 2009. **Identificação Criminal**.

BRASIL. 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.

Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada - **Lei nº 947, de 29 de dezembro de 1902**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/Lei/1900-1909/Lei-947-29-dezembro-1902-584264-republicacao-107075-pl.html>. Acesso em: 14/10/2016.

Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada – **Decreto nº 4.764, de 5 de fevereiro de 1903**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4764-5-fevereiro-1903-506801-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14/10/2016.

CAPEZ, Fernando. **Considerações gerais sobre a identificação criminal**. Disponível em: <http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/consideracoes-gerais-sobre-a-identificacao-criminal/>. Acesso em: 16/10/2016.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **A constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume II. Disponível em: <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo>.

CAVALCANTE, Elvis Albano. **Inconstitucionalidade do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal**. <https://jus.com.br/artigos/39513/inconstitucionalidade-do-artigo-9-a-da-Lei-de-execucao-penal>. Acesso em: 05/10/2016

Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. **Informativo 197 – STJ – Apenas bafômetro e exame de sangue podem comprovar embriaguez**. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1104>. Acesso em: 04/10/2016.

DÍAZ CABIALE, J.A. **La admisión y práctica de la prueba em El proceso penal**. Premio Poder Judicial 1992. Madrid: CGPJ, 1993.

Endoscopia. Disponível em: <http://www.saudemedicina.com/endoscopia/>.

Equipe Oncoguia. **Exames Radiológicos**. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/exames-radiologicos/6796/842/>.

Equipe Oncoguia. **Ultrassom**. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/ultrassom/6799/842/>.

Etilômetro. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Etil%C3%B4metro#Legisla%C3%A7%C3%A3o_brasileira.

EVANGELIO, Ángela Matallín. **Intervenciones corporales ilícitas: tutela penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

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

FRIZZO, Ana Flávia. **O novo método de identificação criminal incluído pela Lei nº 12.654/2012 sob o enfoque dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da integridade corporal e não autoincriminação.** Curitiba: 2015. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/09/o-novo-metodo-de-identificacao-criminal-incluido-pela-Lei-n-12-654-2012-sob-o-enfoque-do-principio-da-dignidade-humana-e-os-direitos-fundamentais-da-integridade-corporal-e-naoautoincriminacao.pdf>.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Justiça Criminal vive um dilema entre garantismo e crimes contemporâneos.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/segunda-leitura-justica-criminal-vive-dilema-entre-garantismo-crime-contemporaneo>. Acesso em 07/10/2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade.** IN: GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Bafômetro: é obrigatório?.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>.

_____. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência.** Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 01/10/2016.

_____. **Homicídios: impunidade de 92%.** Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922855/homicidios-impunidade-de-92>. Acesso em 03/10/2016.

HERNANDÉZ, Angel Gil. **Intervenciones corporales y derechos fundamentales.** Madrid: Colex, 1995.

KAPPLER, Susana Álvarez de Neyra. *La prueba de DNA en el processo penal.* Granada: Editorial Comares, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional.* Porto Alegre: Ed. Lumen Juris. 2º. Ed. 2009.

_____. **Refletindo sobre a Lei 12.654.** Disponível em: <https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/306698279417169>. Acesso em: 17/10/2016.

MARCEL, Guellity. **O que é DNA?** Disponível em: <http://www.euquerobiologia.com.br/2014/04/o-que-e-dna.html>. Acesso em 10/09/2016.

MÁRCICO, José Eduardo. **Estudo da Pele.** Disponível em: http://www.papiloscopia.com.br/estudo_das_papilas.html. Acesso em: 14/10/2016.

MARCOLINI, Rogério. **Identificação criminal compulsória: inconstitucionalidade do inc. I do art. 3º da Lei 10.054, de 07.12.2000.** Boletim do IBCrim, n. 99, fevereiro, 2001.

MARTIN, Miguel Ângelo. **Análise da Lei 12.654/12: uma abordagem a favor da identificação genética do réu.** Disponível em: <http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-Lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>. Acesso em: 03/20/2016.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana, Princípio Constitucional Fundamental.** Juruá Editora: Curitiba. 2012.

MELLADO, José Maria Assencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituída.* Madrid: Trivium, 1989.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLIS RAMOS, Manuel; GÓMES COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto. **Derecho jurisdiccional.** Barcelona: Bosch, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** Editora Atlas S.A.: 2011. 9ª Edição.

NICOLLIT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções Corporais no Processo Penal e a Nova Identificação Criminal – Lei 12.654/2012.** Revista dos Tribunais. 2ª edição. São Paulo, 2015.

NOVAES, Luiz Carlos Garcez. **A identificação humana por DNA.** RBCrim 51/237 – 2004. Doutrinas Essenciais de Processo Penal. Editora RT, volume III, São Paulo: 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Busca Pessoal (ou revista pessoal).** Disponível em: <https://www.facebook.com/guilherme.nucci/posts/10200907984516256>. Acesso em 26/04/2016.

_____. **Indiciamento e Identificação Criminal.**

<https://www.facebook.com/guilhermenucci2/posts/211284249025654>. Acesso em 25/08/2016.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Antônio Tadeu Nicoletti. **A identificação civil e sua inter-relação com a identificação criminal.** Disponível em: http://www.institutodeidentificacao.pr.gov.br/arquivos/File/forum/ident_civil_criminal.pdf. Acesso em: 07/09/2016.

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. **A identificação criminal processual penal e a Constituição de 1988.** Doutrinas essenciais de processo penal. São Paulo: Editora RT, 2012. Volume III.

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

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalid y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Editorial Colex, Madri, 1990.

RODRIGUEZ, Sislan. **La identificación humana; historias, sistemas y legislación**. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, Taller de Impresiones Oficiales, 1944; e KEHDY, Carlos. **Papiloscopia**. São Paulo: Serviço Gráfico da Secretaria de Segurança Pública, 1962.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>. Acesso em: 07/10/2016.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A Identificação Criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Súmula 568. Supremo Tribunal Federal. Identificação criminal. Ausência de constrangimento. CPP.

TELES, Vanessa. **Busca pessoal e abordagem policial tem previsão legal? Mega Jurídico**. Disponível em <<http://www.megajuridico.com/busca-pessoal-e-abordagem-policial/>>.

ZANELLA, Fernanda. **O uso da Datiloscopia na Medicina Forense**. Disponível em: <http://fezanella.jusbrasil.com.br/artigos/151084988/o-uso-da-datiloscopia-na-medicina-forense>. Acesso em: 27/08/2016.