

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: MECANISMOS DE INTERVENÇÃO CORPORAL

MARTINS, Fernando Henrique¹
VIEIRA, Tiago Vidal²

RESUMO

A busca do presente tema se dá em vista dos relevantes debates levantados pela doutrina quanto ao assunto. A identificação criminal exerce papel essencial no auxílio à aplicação do Direito Penal, apresenta-se como um hábil instrumento a evitar enganos quanto correta e segura identidade do autor de determinada infração, trazendo, conseqüentemente, maior eficácia à aplicação das normas jurídicas evitando erros judiciários, de modo que figura-se inadmissível uma pessoa totalmente estranha a determinado fato, seja condenada por um crime que não cometeu em vista de falha do Estado, quanto a correta identificação do criminoso. Sendo assim, dado o caráter fundamental da presente matéria e suas recentes alterações torna-se propício a análise do assunto. Sobretudo no que diz respeito afronta a princípios fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Identificação Criminal. Violação. Princípios.

CRIMINAL IDENTIFICATION: MECHANISMS OF CORPORAL INTERVENTION

ABSTRACT

The search of the presenting subject occurs in the view of relevant debates raised by doctrine related to the subject. The criminal identification plays an essential role on helping application of the Penal Law, is presented as an skilful instrument to avoid mistakes in relation of correct and safe identity of the author of determined violation, bringing, consequently, bigger efficacy in application of juridical rules, avoiding juridical mistakes, so that is figured inadmissible that a totally strange person to determined fact stand condemned for a crime that didn't performed regarding of fail of the State in correct identification of the criminal. So that, given the fundamental mark of the present subject e its recent changes it turns propitious the subject analysis.

KEYWORDS: Criminal Identification. Violation. Principles.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se refere à identificação criminal inserida na legislação penal brasileira, ramo do direito público que tutela as condutas criminosas, tem previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código de Processo Penal e está atualmente regulamentado pela Lei 12.037 do ano de 2009. O presente instituto tem o condão de auxiliar a justiça em seu papel de punir autores de condutas que colocam em risco a organização social, efetivando da melhor forma a atividade do Estado. A doutrina contemporânea levanta sérios questionamentos, no que toca a constitucionalidade de determinados dispositivos da Lei, que em tese, seriam violadores de princípios de suma importância ao ordenamento jurídico e, por conseguinte da sociedade.

A nossa Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º nos conferiu direitos e garantias fundamentais, conquista angariada através de muita luta ao longo da história e que deve servir de parâmetro quando da elaboração dos dispositivos legais, não só no âmbito do poder legislativo como também nos demais poderes quando exercem função atípica, além do dever que tem o juiz de direito de aplicá-los.

Neste diapasão procurar-se-á aqui analisar os dispositivos e valores possivelmente conflitantes expondo o tema a fim de despertar a reflexão jurídica do leitor.

2. DESENVOLVIMENTO:

2.1. IDENTIDADE

Para que haja compreensão quanto ao estudo da identificação criminal é necessário fazer uma breve análise do seu objeto de estudo, a saber, a identidade.

Identidade é o complexo de características particulares que diferenciam uma pessoa das demais (SANTOS; CALHAU; KRYMCHANTOWSKI; ANCILLOTTI; GRECO, 2013).

Moraes (1998), se manifesta expondo que a identidade corresponde à capacidade de ser a mesma coisa, e não coisa diversa.

¹ Acadêmico (a) – Faculdade Assis Gurgacz. fernando.hmts@gmail.com

² Docente orientador – Faculdade Assis Gurgacz Curso de Direito.

Classifica-se como subjetiva ou objetiva a identidade, a primeira quando diz respeito à consciência individual, a segunda se refere à identidade física (MARANHÃO, 1996).

Existem inúmeros critérios quanto as maneiras de especificar um indivíduo, no entanto conforme menciona Abbagnano (2007), é inexequível fixar um significado sólido para a identidade, sendo necessário se utilizar de um critério convencional adequado às finalidades que se pretende utilizar. Ao Estado, em razão de seu caráter instrumental, torna-se fundamental um método convencional para analisar a identidade humana, haja vista a pluralidade, complexidade e as várias facetas de uma sociedade, de modo a consolidar um raciocínio objetivo para identificar pessoas, a exemplo, as fotografias, impressões digitais, ou dados, como nome filiação, estado civil, endereço, nacionalidade, entre outros.

Observa-se que junto ao interesse pessoal, existe um interesse social em identificar os membros de uma sociedade, há quem diga tratar-se de um dever do Estado (SOBRINHO, 2003).

O autor Emílio de Oliveira e Silva em sua obra *Identificação Genética Para Fins Criminais* destaca a importância da identidade na esfera criminal.

Ressalte-se que a identidade tem especial relevância no campo criminal. Seu uso indevido pode caracterizar a prática de crimes (arts. 307 e 308, CP; art. 18, Lei n. 12.850/2013). Ademais, a alteração ou falsificação de identidade tem repercussão direta nos crimes de falsidade documental, além de poder servir de instrumento para a prática do crime de estelionato (art. 171, CP; Súmula 17, STJ). No processo penal, a identificação humana é uma necessidade que se faz presente desde a fase investigativa. Conquanto seja uma decorrência lógica da apuração da autoria delitiva (art. 6º, VIII, 23, 166, CPP), a identificação da pessoa poderá servir como meio de prova no processo penal (Lei n.12.037/2009). Ela também é necessária no ato do oferecimento da denúncia ou queixa (art. 41 e 259, CPP) e na própria sentença (art. 381, I, CPP). Sem a identificação da pessoa o cumprimento de mandados de prisão e de alvarás de soltura ficaria prejudicado (art. 289-A, §5º, CPP). Por fim, nota-se que a dúvida sobre a identidade constitui um requisito parcial para a decretação da prisão preventiva (art. 313, p.u, CPP) e da prisão temporária (art. 1º, II, Lei n. 7.960/1989). (SILVA, 2014, p.14).

A identidade humana se mostra um elemento de segurança jurídica à sociedade. Sendo assim, resta ao Estado criar mecanismos de individualização, sempre respeitando os direitos humanos, protegendo a pessoa de máculas a direitos derivados da identidade.

2.2. IDENTIFICAÇÃO

A identificação se caracteriza pelo aglomerado de técnicas destinadas a precisar a identidade de alguém, se faz pelos dados que provam a identidade, seu material de exploração é tanto o indivíduo quanto o cadáver, inteiramente ou em partes.

O processo de identificação se desenvolve através de um procedimento médico-legal/pericial, ou também policial/judiciário. A identificação médica reserva-se ao estudo da raça, sexo, idade, altura, peso, cicatrizes, dentes, tatuagens, digitais, voz, forma, etc. A policial se dá através da confecção de um boletim de vida pregressa, fotografia e datiloscopia. A datiloscopia é considerada a mais segura forma de identificação devido a perenidade, imutabilidade e a diversidade dos sinais digitais (SANTOS; CALHAU; KRYMCHANTOWSKI; ANCILLOTTI; GRECO, 2013).

De acordo com Hélio Gomes (1994), os desenhos existentes nas mãos surgem a partir do sexto mês de vida intrauterina e duram até depois da morte enquanto não destruída a pele.

Portando verifica-se que a identificação criminal é um ato complexo resultado de um grupo de atos isolados, o qual pode auxiliar a justiça a não cometer enganos.

2.3. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

A identificação de um indivíduo é uma consequência lógica do processo penal, pois para instauração de uma atividade investigativa, o oferecimento da denúncia ou queixa, bem como, no momento da sentença, é necessário haver a identificação do sujeito que participa do procedimento criminal, para que haja garantia da aplicação da lei para quem de fato a cometeu, de modo impedir que uma pessoa se passe por outra e assim evitar insegurança jurídica e social (SILVA, 2014).

No momento em que um indivíduo é preso em flagrante ou intimado a comparecer perante a autoridade policial, caso não apresente documento que possa identificá-la claramente, gerando dúvidas quanto a sua individualização, proceder-se-á com o referido instituto.

Conforme dispõe a lei 12.037 publicada em 1º de outubro de 2009, regramento que regulamenta a identificação criminal, sendo que identificação civil se concretiza com apresentação de documento hábil capaz de reconhecer o indiciado e traz os tipos de documentos capazes de individualizar o sujeito. A título de exemplo, um documento suficiente para tal ato é a Carteira de Identidade, além de outros que veremos no decorrer do presente trabalho.

Cuida-se, portanto, de uma exceção, já que a lei dispõe as hipóteses em que deverá haver a identificação criminal, proibido dispor deste meio sem que figurem os requisitos elencados legalmente. Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988 em seu artigo 5º, LVIII dispôs que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, como ressalta Carvalho (2004), esse dispositivo está atrelado ao princípio da proibição de excessos.

Partindo desta premissa, depreende-se que somente haverá a identificação criminal quando a pessoa não estiver identificada civilmente e em algumas outras situações previstas em lei específica.

Mas nem sempre foi assim, antes da elaboração da nossa Carta Magna de 88 a identificação criminal era a regra dentro do nosso ordenamento jurídico. Tanto que a Súmula nº 568 do Supremo Tribunal Federal, exarava o seguinte entendimento: “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”. Tal entendimento, à época, gerou abusos por parte de policiais que efetuavam prisões para averiguação, quando conduzia a pessoa de forma coercitiva até a Delegacia para verificar a identidade, antecedentes e demais informações sem qualquer mandado judicial.

Segundo o entendimento do ilustre autor Guilherme de Souza Nucci, a previsão estabelecida na Constituição Federal respeitou o momento histórico por que passava a nossa sociedade, como meio de fornecer maior garantia às vítimas de eventuais constrangimentos em decorrência de abusos excessivos.

Trata-se de norma de indevida inserção na Carta Magna, que, à época da sua elaboração, teve por finalidade corrigir a publicidade que se costumava dar ao fato de determinada pessoa – especialmente as conhecidas do grande público – ser criminalmente identificada, como se isso fosse inconveniente e humilhante. A norma tem contorno de direito individual, unicamente porque o constituinte assim desejou (formalmente constitucional), mas não é matéria para constar em uma Constituição Federal. É certo que muitos policiais exorbitaram seus poderes e, ao invés de garantir ao indiciado uma colheita corriqueira do material datiloscópico, transformaram delegacias em lugares de acesso da imprensa, com direito à filmagem e fotos daquele que seria publicamente indiciado, surpreendido na famosa situação de “tocar piano”.

Ora, por conta da má utilização do processo de identificação criminal, terminou-se inserindo na Constituição uma cláusula pétreia que somente problemas trouxe, especialmente ao deixar de dar garantia ao processo penal de que se está acusando a pessoa certa. Bastaria, se esse era o desejo, que uma lei fosse editada, punindo severamente aqueles que abusassem do poder de indiciamento, especialmente dando publicidade indevida ao ato, para a resolução do problema. (NUCCI, 2013, p. 173).

Com efeito, os mecanismos abrangidos com propósito de estabelecer a identidade humana são dos mais variados, ao passo que os reflexos expelidos pela sua atuação se mostram diversos de pessoa para pessoa, principalmente na ceara penal, pelos métodos datiloscópico, fotográfico ou genético. Em qualquer dessas modalidades haverá reverberação sobre direitos fundamentais do sujeito, mormente considerando a ingerência externa sobre o corpo da pessoa, a fim de obter dados que a caracterizam.

Todavia, uma interpretação absoluta quanto aos direitos fundamentais concernentes à proteção do corpo inviabilizaria qualquer interferência, é necessário alcançar uma harmonia entre as garantias dadas as pessoas em relação à atividade estatal a ser desempenhada, atribuição que tem respaldo em direitos fundamentais necessários à garantia da ordem coletiva (SILVA, 2014).

2.4. A DISPOSIÇÃO DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NA LEGISLAÇÃO:

Como já aludido, temos atualmente a Lei 12.037 do ano de 2009, que foi objeto de alteração pela lei 12.654 de 2012, como regulamentadores da matéria em estudo. Contudo, diversas outras legislações disciplinaram o tema por um período de tempo.

Antes da elaboração da nossa Carta Magna o único dispositivo que regulava o assunto foi a já comentada Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal, que após a inserção do novo ordenamento constitucional no ano de 1988, perdeu eficácia.

No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente do ano de 1990 no seu artigo 109 abordou o tema com relação ao adolescente nos seguintes termos: “o adolescente civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”. Este foi o primeiro dispositivo a versar sobre a identificação criminal após a elaboração da Constituição atual.

Depois de alguns anos surgiu o art. 5º da Lei nº 9.034/95 da seguinte forma: “a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”, ou seja, nos casos de crimes cometidos por organizações criminosas não há óbice para o feito da identificação criminal.

Posteriormente, no ano de 2000 foi criada a lei 10.054, para regulamentar o assunto a qual gerou discussão acerca de algumas alusões, tendo em vista que enumerou de forma taxativa determinados crimes em que a identificação criminal seria obrigatória, quais sejam, 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.

Para alguns autores como Luiz Flávio Gomes (apud BADARÓ, 2008, p.54) tal disposição contraria a nossa Carta Magna, em tais situações a identificação criminal não seria conveniente, adequada, e muito menos racional, afrontando o princípio da proporcionalidade, posto que, somente prevê a identificação criminal quanto a crimes geralmente cometidos por pessoas inseridas nas classes desfavorecidas deixando de lado aqueles crimes perpetrados por criminosos de alto poder econômico, denominados crimes de colarinho branco, como por exemplo, a corrupção, concussão, crimes tributários, crimes contra a administração pública, etc., de modo que, teriam sido encobertos pela Lei 10.054/00.

Segundo Cabette (2008), ao elencar este rol exaustivamente, o legislador passa a discriminar os autores dos crimes ali em questão, pois dá tratamento diferenciado sem qualquer fundamento plausível infringindo princípios como da razoabilidade, isonomia, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Nove anos depois, nova lei foi editada para normatizar a matéria a fim de corrigir alguns erros constantes da legislação vigente à época. A Lei 12.037/09, extinguiu aquele rol de crimes contestado pela doutrina e deu maior clareza a alguns fragmentos que por vezes lograram dúvidas aos seus interpretes, cujo objeto de alteração se deu recentemente pela Lei 12.654/12, que trouxe a nova modalidade de identificação por material genético (DNA), objeto de maior discussão ao longo deste trabalho.

2.5. A ATUAL LEI 12.037/09

A Lei 12.037/09 em seu artigo 1º dispõe que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta lei”, bem como o seu artigo 9º revoga expressamente a Lei nº 10.054/00. Conclui-se, portanto que com o advento da nova legislação, ficam revogados tacitamente os dispositivos anteriores, dentre os quais, o art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 5º da Lei 9.034/95 (LIMA, 2013).

Uma das novidades da nova lei verificou-se no que se refere aos documentos para constatação civil (Art. 2º, Lei 12.037/09), quando articulou de forma expressa os documentos capazes de individualizar o indiciado deixando inclusive espaço para demais documentos eventualmente capazes de exercê-la. Hoje pode ser atestada a identificação civil pela apresentação da carteira de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional ou outro documento público que permita a identificação do indiciado, assim como os documentos militares são equiparados aos civis para este fim.

A atual norma regulamenta que doravante a identificação criminal ocorrerá independentemente da civil em situações em que o documento apresentar rasura ou resquício de falsificação, não for hábil a identificar efetivamente o indiciado, ou este portar documentos distintos, com informações conflitantes. Além disso, apresenta a hipótese em que será possível elaborar a identificação criminal quando esta for essencial para as investigações devendo passar pelo crivo da autoridade judiciária, por provocação da autoridade policial, do Ministério Público e da defesa, ou de ofício pelo juiz. Esta hipótese de atuação pelo juiz independente de provocação causa uma celeuma perante a doutrina, dado que se vislumbrou possível violação ao sistema processual penal abordado adiante.

Mas como ocorrerá a identificação criminal, qual é o procedimento adotado?

O artigo 5º da legislação em questão inclui o processo datiloscópico e o fotográfico como modalidades de identificação, que deverão ser juntados aos autos de comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou qualquer outra forma de investigação, isto é, cuida-se de um ato complexo que se caracteriza pela coleta de impressões digitais (datiloscópico) e a identificação por fotografia. A coleta de impressões digitais é um dos mais seguros meios para identificar um indivíduo, consiste na impressão das características do dedo, são curvas diferentes no desenho da pele, desenhos estes que são diferentes de pessoa para pessoa, isto é, nunca serão iguais (MOTTA, 2009).

2.6. A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICA COM ADVENTO DA LEI 12.654/09 E AS DISCUSSÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não satisfeito o legislador, objetivando alcançar maior efetividade à matéria em questão, introduziu novas alterações no ano de 2012 com a Lei 12.654, cujas modificações se deram no texto da Lei 12.037/09, bem como na Lei de Execução Penal (7.210/84), com novidades associadas às modalidades de identificação com a hipótese da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, que deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos.

Segundo Gomes e Cunha (2012), o motivo da inserção desta nova modalidade julga-se pertinente em vista de que a identificação datiloscópica, embora muito útil, também é suscetível de alteração por força do tempo onde a pessoa envelhece perdendo as digitais e ainda é passível de ser modificada por cirurgia.

A sua elaboração acrescentou o parágrafo único do art. 5º, que segundo hipótese anteriormente mencionada, poderá ocorrer quando “*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*”, assim como o sujeito que vier a ser condenado a crime doloso envolvendo violência de natureza grave, a crimes hediondos ou equiparados, será obrigado a identificar-se através do perfil genético, por força do art. 9º-A (7.210/84).

Este ponto sem dúvida causa elevadas discussões há doutrina contemporânea, no que concerne à violação de princípios fundamentais, portanto buscar-se-á compreender a essência dos mesmos.

2.7. DIREITO À LIBERDADE FÍSICA

O direito à liberdade está organizado na constituição da república como cláusula pétrea, no art. 5º, XLI, LIV, LXVI, LXVIII, além de outros regulamentos infraconstitucionais. Esse direito se resume na garantia de ir e vir, assim como a independência dos movimentos físicos de acordo com a vontade da pessoa.

Como menciona Carneiro (1958, apud SILVA, 2013, p.239), “é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhora da sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional”.

A ingerência sobre o corpo da pessoa pelos mecanismos investigativos, causa a conseqüente redução na independência locomotiva garantida ao indivíduo, quando se submete a uma delegacia ou ambulatório para a coleta de sangue. Todavia, tal restrição à liberdade não desabona o emprego de medidas interventivas sobre o corpo humano, desde que essa atuação seja regulada por lei que fixe as hipóteses de restrição a esse direito, com o propósito de assegurar a aplicação da medida de forma a não reprimir o direito adquirido.

2.8. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

Ao tratar do direito a integridade, Silva (2014, p.61), menciona que “diz respeito à inviolabilidade do corpo humano contra as ingerências que possam causar danos à integridade corporal, funcional, bem como à saúde da pessoa”. Preserva o corpo contra lesões de todas as formas; inclusive morais garantindo o independente desenvolvimento do ser humano.

Exemplos de preceitos que visam garantir a integridade física é o art. 5º em seus incisos XLVII, “e”, que rechaça as penas cruéis, e inciso XLIX, que ampara a integridade física e moral dos presos. Como ensina o grande autor José Afonso da Silva (2013, p.201), “agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo”. Por isso está tipificado no código penal a lesão corporal no art. 129 do CP.

A atividade investigativa atribuída para identificar a pessoa pode abranger a extração de sangue, inspeção nas cavidades corporais, exames de raio-X, entre outros, que implicam em restrições ao direito à integridade física de uma pessoa, sobretudo quando não há o consentimento do afetado. Por isso devem ser rejeitadas a medida que tragam riscos ao corpo humano. No Brasil é permitida a extração de material biológico através do DNA existente na saliva ou nos cabelos, tendo em vista que são consideradas técnicas indolores, a teor da dicção do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, aos condenados a crimes praticados dolosamente, com violência e grave ameaça, tal como nos crimes hediondos e equiparados.

Não obstante, o direito à integridade física não barra os procedimentos interventivos no corpo humano para fins criminais, em vista de que suas técnicas causam uma fragilização em grau deveras reduzido à integridade física. Como

aduz Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, “não há um direito absoluto para negar a utilização do corpo humano como prova, a não ser quando isso viole a dignidade humana”.

2.9. DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE RELIGIÃO

Esse direito da autonomia e liberdade de escolha às pessoas para acreditarem no que lhes convier, está previsto no art. 5º incisos, VI, VII e VIII da Magna Carta. Sobre este direito Paulo e Alexandrino (2013) orientam que as cláusulas pétreas acima citadas dão margem para que o indivíduo exima-se de cumprir certas obrigações ou realizar determinados atos que se choquem com suas crenças religiosas, políticas ou filosóficas, sem que haja consequências sancionatórias.

Ao tratar do assunto Cunha (2013), prevê que “A constituição assegura, assim, a chamada escusa de consciência, como um direito individual que investe a pessoa de recusar prestar ou aceitar determinada obrigação que contrarie as suas crenças e convicções”.

Neste sentido Silva (2014), traz como exemplo as testemunhas de Jeová que creem na proibição da manipulação do sangue pela bíblia tal como os que seguem a Christian Science, que afastam a possibilidade de intervenção médica na pessoa.

Atualmente os procedimentos interventivos ao corpo são passíveis de ser elaborados sem a utilização de sangue e indolores, outras formas são disponibilizadas para a obtenção de materiais genéticos como por exemplo a saliva. Desta forma deve-se afastar procedimentos que porventura possam causar prejuízo a liberdade garantida pela Constituição Federal, sem elevar direitos individuais em detrimento dos direitos e deveres do Estado.

2.10. DIREITO À INTIMIDADE

Trata-se de um direito alçado na garantia de não ser propagada informações, evitando que terceiros tomem conhecimento de dados privados os quais o seu titular não tenha interesse em difundir. Está localizado na Carta da República em seu art. 5º inciso X. Para melhor vislumbrar o impacto que a intervenção corporal pode causar à intimidade Marín (2008, apud SILVA, 2014, p. 65), aponta que a retirada de um fio de cabelo pode não causar constrangimento à intimidade, entretanto as informações fornecidas por este, podem revelar informações atingindo-o gravemente, quando por exemplo a pessoa que disponibilizou o fio de cabelo seja usuário de cocaína, a depender de sua ocupação na sociedade, tal hipótese acabaria com a sua reputação. Como prevê René Ariel Dotti, a intimidade é caracterizada como: “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

É cediço que a difusão desnecessária de fotos, imagens e notícias, de interesse público que atingem a dignidade humana garantem a indenização por danos morais e materiais (Moraes, 2013).

Esses dados obtidos através das intervenções corporais, não obstante, o dever de sigilo pelos que detém a informação, correm o risco de vazamento virtual através de invasão por vírus nos programas que armazenam este tipo de informação. Necessário se faz a garantia absoluta de proteção a essas informações para que não reste margem a violações a este direito.

O artigos 5º-A, § 2º e 7º-B, da Lei 12.037/2009, além do art. 9º-A da Lei 7.210/2009, preveem o sigilo dos bancos de dados genéticos bem como a responsabilidade criminal, civil e administrativa à quem permitir a utilização das informações genéticas para fins diversos dos previstos na lei ou em decisão judicial. Outrossim, o parágrafo 1º do mesmo art. 5º-A supra aludido estabelece não ser possível revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero.

2.11. DIREITO AO SILÊNCIO

O direito ao silêncio tem respaldo no art. 5º, LXIII, da Constituição da República, garantido tanto ao preso quanto à pessoa que responde processo em liberdade (JÚNIOR, 2013).

Ainda, o Código de Processo Penal no art. 186 dispõe que o silêncio, que não importa confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Para mais, vige o princípio do *nemo tenetur se detegere*, disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos mais precisamente no art. 8º, 2, “g”, cujo texto expõe que ninguém poderá ser obrigado a produzir prova contra si próprio. Compelir uma pessoa a comparecer perante a uma autoridade para que forneça um fio de cabelo ou qualquer outra parte do corpo a fim de que seja mantido em um banco de dados, caracteriza

uma violação ao direito de permanecer calado (BARROS, 2009). Mesmo fundamento abrange a circunstância da pessoa condenada, posto que, assim agindo estaria fornecendo material para contingente investigação futura.

Neste sentido, Aury Lopes Jr.:

Mas, é importante sublinhar, a Lei n. 12.654, [...] prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, tendo mudado radicalmente a situação jurídica do sujeito passivo penal, acabando com o direito de não produzir este tipo de prova contra si mesmo. [...] Com isso, fulmina-se a tradição brasileira de desrespeitar o direito de defesa pessoal negativo – *nemo tenetur se detegere* – em relação a esse tipo de prova. (LOPES JR. 2013, p. 243).

A melhor maneira de vislumbrar essa situação seria quando o indiciado, ao praticar o delito, depositar no local do crime algum tipo de material genético, e porventura este vier a ser encontrado pela autoridade policial. Neste caso não haveria óbice em ser armazenado o material para futura identificação. Todavia, de modo algum, o investigado poderá ser obrigado a fornecer algum material biológico para fins probatórios, assim agindo, estaria se auto incriminando coativamente (LIMA, 2013).

Já houve discussão parecida no tocante a Lei 11.705/2008, que dispõe sobre a “Lei Seca”, onde houve julgamento perante a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual restou em decisão de que o motorista não pode ser compelido a realizar o teste do bafômetro ou fornecer qualquer material para exame de sangue, porque tal situação caracteriza violação ao princípio da não autoincriminação.

Para Cunha e Gomes (2012), a tendência é ser rechaçada a hipótese de atuação de ofício pelo juiz ao requer a identificação criminal, uma vez que estaria atuando na fase de investigação, o que vai de encontro com o sistema acusatório adotado no processo penal brasileiro.

Em sentido contrário Albuquerque (2008), aduz que com a ênfase demasiada ao princípio da não autoincriminação, o princípio do contraditório estar-se-ia violado. Apesar de o ônus probatório ser atribuído necessariamente à acusação, esta não conseguiria se desincumbir de fato da sua função, visto que o seu direito de produção de provas estaria prejudicados pela impossibilidade de produzir certas provas. Logo, articula que o acusado deve sim participar de eventual prova requerida pela acusação, em respeito ao princípio do contraditório. Isso se deve a existência de crimes graves e de grande complexidade.

O direito a não autoincriminação está ligado à possibilidade de manter silêncio, isto é, não impossibilita a ação coercitiva ou por ordem judicial do acusado no sentido de fornecer sangue, urina ou tecido corporal para a realização de exame de DNA. Neste sentido foi a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Saunders vs. United Kingdom (CASABONA; MALANDA apud SILVA, 2014, p. 74).

De igual forma, na Espanha, o Tribunal Constitucional fixou entendimento no seguinte sentido:

As medidas de intervenção corporal não afetam o direito ao silêncio, pois elas não obrigam o investigado a prestar declaração, mas somente a tolerar a realização de uma perícia cujo resultado é incerto, de modo que seu comportamento é exclusivamente passivo diante da atuação dos órgãos estatais; por outro lado, preceitua que a ausência de colaboração não pode ser equiparada a uma declaração autoincriminatória. (MARÍN apud SILVA, 2014, p. 74).

No cenário europeu, a não autoincriminação não abrange atos de intervenção corporal quando existir a necessidade da participação do acusado, todavia nos casos em que se demanda o uso de partes do corpo que podem ser obtidas sem a colaboração do acusado cabe invocar este princípio.

No Brasil, como já exposto, figura-se contrário tal entendimento, a jurisprudência nacional repele a participação forçada da pessoa na investigação probatória quando esta possa findar em uma futura condenação. Essa interpretação se deu devido ao momento histórico por que passava o país, onde o regime militar detinha o poder e o autoritarismo reinava.

Porém, tendo em vista a crise institucional brasileira e a falta de estrutura vigente em todos os setores nacionais, onde não se garante um mínimo de direitos fundamentais como a saúde, segurança, igualdade, e por muitas vezes até a liberdade, parece arriscado abrir espaço para a mitigação do direito à não autoincriminação, sob pena de aumentar a incidência de desmandos afetando ainda mais os direitos da pessoa.

Destarte, esta celeuma deve ser intensificada para o fim de estabelecer métodos em que o Estado possa se utilizar de seus mecanismos de intervenção corporal, a garantir o esclarecimento dos seus casos. Verifica-se que há lacunas no que diz respeito às formas de intervenção corporal, trata-se de um tema que exige mais esclarecimentos por parte do elaborador, sendo necessária a atividade do legislador, com o apoio da doutrina e jurisprudência no propósito de estabelecer hipóteses específicas acerca do tema em respeito ao princípio da legalidade.

2.12. PRESSUPOSTOS PARA A CORRETA APLICAÇÃO DOS MEIOS INTERVENTIVOS:

Levando em conta que as medidas interventivas, como já visto, podem causar grave degeneração a princípios fundamentais, é imperioso que subsista lei definidora dos eventos passíveis da ocorrência deste método de identificação, com a indispensável autorização do juiz. Boa parte da doutrina defende a exigência de lei que estabeleça as causas que possam gerar a intervenção. Entretanto, é imprescindível destrinchar de forma minuciosa as situações para sua conjectura, na guisa de observar o contraditório e a ampla defesa possibilitando a garantia de defesa técnica ao indiciado quando submetido a este tipo de procedimento.

Percebe-se com a lei 12.654/2012, essencial omissão e obscuridade, porque em seu texto permitiu a extração de material biológico à qualquer tipo de investigação criminal, desde que seja essencial. Trata-se de uma escassez dispositiva caracterizada pela pobreza de detalhes do legislador a desdobrar na prática de arbitrariedades que tendem a alvejar demasiadamente os direitos aqui aludidos.

É fundamental a observância do binômio necessidade e adequação, tidos como limitadores da prática intervencionista, em meio a evitar desvios de finalidade da medida e restringir excessos. No caso do uso da identificação como meio probatório exige-se ao menos indícios de autoria e prova da materialidade especialmente por se tratar de prova em sede de investigação associado aos termos do art. 156, I, do Código de Processo Penal. Aliás, o artigo 2º, II, da Lei n. 9.296/2006, estabelece que a prova deve ser feita quando não houver outro meio disponível menos gravoso, aqui também deve-se perseguir esta trajetória.

Quanto a autorização judicial demanda uma fundamentação que justifique a aplicação da medida para que o indiciado saiba o porquê os seus direitos estão sendo tolhidos naquele momento.

3. CONCLUSÕES/CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Percebemos que o instituto da identificação criminal sofreu alterações ao longo do tempo. Nosso legislador procura constantemente criar novas ferramentas no intuito de tornar a lei aplicável de acordo com a evolução e a realidade social contemporânea.

Notável que a lei 12.654/2012, trouxe um instrumento importante que garante o fim a que se destina, qual seja, identificar o detido ou o acusado quando necessário, bem como garantir a investigação criminal. No entanto aplicando a hermenêutica interpretativa, encontram-se novas brechas no que diz respeito a nova modalidade que abrange a intervenção corporal, sobretudo porque existem obscuridades a serem esclarecidas.

Importante acentuar que a coleta de material genético se mostra um grande avanço ao sistema jurídico, contudo é de suma importância que existam normas que indiquem de forma pormenorizada os mecanismos de intervenção corporal, visto que esta é consequência da hipótese de coleta de DNA, de modo que não restem brechas para atentados contra a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. Dicionário de Filosofia. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 529.

ALBUQUERQUE, M. S. A Garantia de não Auto-incriminação: extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 55.

BARROS, F. M. (Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 32.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei nº 10.054/2000. Lei de identificação criminal. Jus Navigandi, Teresina, [ano 13, n. 1657, 14 jan. 2008](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10849>>. Acesso em: 28 out. 2013

CARNEIRO, Edison. O quilombo dos Palmares. 2.ed. São Paulo: Ed. Nacional (Brasiliense), 1958. In: SILVA, Jose Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.



CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal: Existirá Algo Além do Corpo?. <Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/a-constituicao-e-as-intervencoes-corporais-no-processo-penal-existira-algo-alem-do-corpo#topo>>. Acesso em: 21.04.2014

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 165.

CASABONA, C. M. R.; MALANDA, S. R. Los Identificadores del ADN em el Sistema de Justicia Penal. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010, p.69. In: SILVA, E. O. Identificação Genética para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 74.

CUNHA, R. S.; GOMES, L. F. Lei 12.654/12(identificação genética): nova inconstitucionalidade (?). <Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>>. Acesso em: 16.11.2013

CUNHA JR. D. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 683.

GOMES, Luiz Flávio. Identificação Criminal..., Disponível em: www.direitocriminal.com.br. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito Processual Penal: tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008. p.54

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*, Niterói, RJ, 2013, p.102.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*, Niterói, RJ, 2013, p.106.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.241.

MARANHÃO, O. R. Curso Básico de Medicina Legal. 8.ed. São Paulo; Malheiros, 1996.

MARÍN, M. Á. P. Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal. Valencia: Tirantlo Blanch, 2008, p.78. In: SILVA, E. O. Identificação Genética Para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 74.

MARÍN, M. A. P. Inspecciones, registros e intervenciones corporales: las pruebas de ADN y otros métodos de investigación en el proceso penal. Valencia: Tirantlo Blanch, 2008, p. 91-92. In: SILVA, E. O. Identificação Genética Para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 74.

MORAES, A. Direito Constitucional. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 53.

MORAES, J. M. Manual de Medicina Legal. Belo Horizonte: Health, 1998.

MOTTA, S. Lei sobre identificação criminal é inconstitucional. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-31/lei-disciplina-identificacao-criminal-inconstitucional>. Acesso em 16.11.2013

NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, São Paulo, 2013, p. 173.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. Direito Constitucional Descomplicado. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p.134, 2013.

SANTOS, W. D. R.; CALHAU. L. B.; KRYMCHANTOWSKI. A. V.; ANCILLOTTI. R.; GRECO. R. Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal: teoria resumida. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Assim, para comprovar a embriaguez, objetivamente delimitada pelo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é indispensável a prova técnica consubstanciada no teste do bafômetro ou no exame de sangue. HC nº 166.377, Francisco de Pula Bernardes Junior e outro versus Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. OG Fernandes. Acórdão de 10 de junho de 2010.

SILVA, E. O. Identificação Genética Para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 14.



- SILVA, E. O. Identificação Genética Para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 49.
- SILVA, E. O. Identificação Genética Para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 59.
- SILVA, E. O. Identificação Genética Para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 61.
- SILVA, E. O. Identificação Genética Para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 63.
- SILVA, E. O. Identificação Genética Para Fins Criminais. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 65.
- SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SOBRINHO, M. S. A Identificação Criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.