

ANÁLISE DA LEI DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tainá Ramalho Nolla¹

Lincoln José Rufino²

RESUMO

Este artigo tem por finalidade precípua a análise da Lei de Identificação Criminal sob a perspectiva do princípio da não autoincriminação e da presunção de inocência. Para atingir este objetivo, faz-se a retrospectiva da legislação nacional que trata da identificação criminal, além de abordar a origem e desdobramentos dos princípios acima mencionados. Por fim, realiza-se o apanhado doutrinário acerca do tema, verificando-se que a obrigação do investigado de se submeter a identificação genética através da extração de DNA, e dos condenados de fornecer seu perfil genético para armazenamento em banco de dados, viola o princípio da não autoincriminação e a presunção de inocência, respectivamente.

Palavras-chave: Identificação humana. Identificação criminal. Banco de dados. Princípio da não autoincriminação. Presunção de inocência.

ANALYSIS OF THE CRIMINAL IDENTIFICATION LAW IN THE LIGHT OF THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

ABSTRACT

This article has for main purpose the analysis of the Criminal Identification Law under the perspective of the privilege against self-incrimination and presumption of innocence. In order to achieve such objective, it is made the retrospective of the national legislature that treats of the criminal identification, besides approaching the origin and developments of the above mentioned principles. Finally, is performed a doctrinal summary concerning about the theme, being verified that the obligation of the investigated to submit himself to genetic identification through DNA extraction, and of the convicts of supplying your genetic profile for storage in data bank, violates the privilege against self-incrimination and the presumption of innocence, respectively.

Keywords: Human identification. Criminal identification. Data bank. Privilege against self-incrimination. Presumption of innocence.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: taina_nolla@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: linrufino@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

No ramo do direito penal, uma das grandes preocupações é a correta solução de crimes, imputando o delito àquele que de fato o cometeu, além da busca pela diminuição dos índices de violência. Para tanto, o exame de DNA vem sendo um dos métodos utilizados para a realização de identificação criminal de agentes, que, ao ser comparado com o material biológico encontrado nas cenas de crime, pode ajudar a inocentar ou, em conjunto com outros meios de prova, a condenar pessoas.

Em diversos lugares do mundo, como nos Estados Unidos e na Europa, desde o século passado já existem bancos de dados contendo o perfil genético de condenados. No Brasil, a Lei nº 12.654/12 veio alterando a Lei nº 12.037/09, conhecida como Lei de Identificação Criminal, e a Lei de Execução Penal, autorizando a criação de um banco de dados contendo perfil genético de certos criminosos.

De acordo com esta lei, aqueles que forem condenados pela prática de crimes dolosos cometidos com o emprego de violência grave à pessoa ou crimes considerados hediondos serão obrigados a fornecer o seu material biológico para obtenção do perfil genético que será armazenado no referido banco de dados. Outra novidade trazida é a possibilidade da realização da identificação criminal de indiciados e acusados mediante a coleta do material genético, ou seja, surge outra modalidade de identificação na ceara criminal além da datiloscópica e da fotográfica: a identificação genética.

Estas previsões trouxeram debates acerca da constitucionalidade desta nova lei, pois há corrente que acredita que estas medidas ferem alguns princípios constitucionais, como o princípio da não auto incriminação e o princípio da presunção de inocência. O principal objetivo deste trabalho é justamente analisar se a lei supramencionada viola estes dois princípios constitucionalmente tutelados.

Antes, pretende-se mostrar de que maneira a identificação humana era feita na antiguidade, os meios cruéis e desumanos, até se chegar as formas atuais mais utilizadas para se identificar uma pessoa, seja civil ou criminalmente, mediante técnicas desenvolvidas para não compelir dor ou sofrimento a quem se submete à identificação, isto graças a evolução da tecnologia e da valorização da pessoa humana.

No segundo momento, verificar de que forma a legislação brasileira trata a identificação criminal, desde a edição do primeiro diploma que abordou o assunto, o Código de Processo Penal, até a última alteração legislativa, com o advento da Lei nº 12.654/12, que acrescentou artigos à atual Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execução Penal, mostrando os principais pontos de cada norma e o que motivou cada mudança legislativa.

Por fim, falar sobre a origem e os desdobramentos de dois princípios constitucionais do processo penal, o princípio da não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência, e verificar se estes são violados ao se permitir o armazenamento do perfil genético de indiciados identificados criminalmente e condenados por crimes hediondos ou dolosos praticados com o emprego de violência grave à pessoa em banco de dados gerenciado pelo Governo.

A escolha do tema em pauta, análise da Lei de Identificação Criminal sob o prisma das garantias da não autoincriminação e da presunção de inocência, se deve em razão da sua grande relevância jurídica e, principalmente, por ser um assunto atual, pois o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário nº 973837, qual seja, se é constitucional a coleta de DNA dos condenados por crimes hediondos ou por crimes violentos com o intuito de se manter banco de dados estatal contendo o perfil genético destes indivíduos, à espera para ser apreciada e decidida pelo egrégio tribunal. Desta maneira, todos os recursos que versem sobre este tema nas demais instâncias estão sobrestados até que se decida, e o que for decidido será aplicado aos casos análogos.

Para a realização deste trabalho foram utilizados como fonte de pesquisa livros de Direito Penal e de Direito Processual Penal, além de consulta à legislação referente ao tema, artigos científicos e jurisprudência de tribunais.

2. A IDENTIFICAÇÃO HUMANA AO LONGO DA HISTÓRIA

Segundo Grego e Santos (2017, p. 55) identidade pode ser conceituada como a soma de características próprias das pessoas que as individualizam em relação às demais. Já a identificação é o “conjunto de técnicas, métodos e sistemas usados para determinar a identidade ou a não identidade”. Portanto, é através da utilização das técnicas de identificação que é possível a individualização do ser humano.

Ao longo da história da humanidade, vários métodos foram criados e desenvolvidos com o intuito de permitir a identificação e diferenciação dos indivíduos. Em um primeiro momento surgiu a identificação civil através do nome, convenção socialmente aceitável, entretanto insuficiente para nos particularizar de forma efetiva, visto que muitas vezes duas ou mais pessoas possuem o mesmo nome e sobrenome (homônimos), e pela possibilidade de adulteração de documentos. Antes da adoção de métodos sistemáticos de identificação humana que respeitam a integridade física da pessoa conforme conhecemos nos dias de hoje, como a identificação através das impressões digitais, por exemplo, foram empregados meios de identificação desumanos, que compeliavam dor, humilhação e sofrimento a quem a estes eram submetidos.

Há registros históricos da utilização de ferrete na identificação de pessoas na Grécia, Roma, França e nos Estados Unidos. Também conhecido como ferro em brasas, os ferretes são instrumentos de ferro que ao ser aquecido servia para marcar gado. Foi empregado tanto para a identificação quanto também para a punição de infratores, e de acordo com o país, poderia ser marcado as costas, o rosto, a fronte ou o polegar esquerdo, com desenhos ou letras com significados distintos que remetiam à infração cometida. A mutilação também já foi utilizada como forma de identificação de infratores, caso em que um membro do corpo era decepado de acordo com o crime praticado, e em alguns casos a mutilação era aplicada em conjunto com o uso do ferrete (BOSSOIS, 2001, p. 22-23).

Em 1832, o filósofo inglês Jeremy Bentham propôs o uso da tatuagem como método de identificação civil, conhecido como sistema cromodérmico, que consistia em gravar na pele, mais precisamente no antebraço, o nome da pessoa; e também como método de identificação criminal, em que propunha que os criminosos deveriam ser marcados no braço com números para se diferenciarem do resto da população. Apesar de sua proposta não ter sido aceita na época, posteriormente esta técnica de identificação foi utilizada nos campos de concentração nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial, para marcar e identificar os prisioneiros através de números (SÉRGIO SOBRINHO, 2003, p. 29-30).

Atualmente servindo como meio subsidiário de identificação, a fotografia foi bastante empregada no passado como forma de reconhecimento de pessoas. Entretanto, sabe-se que utilizada de maneira isolada não é um método muito confiável, uma vez que é passível de retoques e existe a dificuldade de classificação. Sem contar na alteração dos traços faciais ao passar dos anos, que torna a foto desatualizada, e a possibilidade de confusão de identidade quando duas pessoas são muito parecidas, os chamados “sósias” (FRANÇA, 2015, p. 89).

O Sistema antropométrico de Bertillon, desenvolvido pelo francês Alphonso Bertillon, é um método de identificação que é considerado um marco do procedimento de classificação e arquivamento de informações relacionadas à identificação criminal. Comumente chamado de bertilonagem, baseia-se na coleta de dados antropométricos, tais como a estatura, o diâmetro transversal da cabeça, a dimensão e o formato da boca e do nariz, a cor da pele e dos olhos, e sinais individuais (ex. tatuagens, marcas de nascença, deformidades físicas). Apesar da sua importância histórica, a bertilonagem não é mais utilizada no mundo, por levar em consideração parâmetros que são mutáveis com o crescimento e desenvolvimento das pessoas (FRANÇA, 2015, p. 89).

Finalmente, cabe falar sobre o Sistema datiloscópico de Vucetich, desenvolvido no ano de 1891 e oficialmente implementado no Brasil no ano de 1903, em substituição à antropometria. A palavra datiloscopia tem origem grega, proveniente da junção dos termos daktilos, que significa dedos, e scopein, que significa examinar. Juan Vucetich, ao conceituar datiloscopia, a definiu como sendo “a ciência que se propõe a identificar as pessoas, fisicamente consideradas, por meio das impressões ou reproduções físicas dos desenhos formados pelas cristas papilares das extremidades digitais”. Em suma, a datiloscopia estuda as impressões digitais (FRANÇA, 2015, p. 90; CROCE; CROCE JÚNIOR, 2012, p. 107-108).

Este método é altamente eficiente em razão da perenidade das impressões digitais, ou seja, elas não se alteram ao decorrer da vida, portanto um indivíduo idoso terá os mesmos desenhos papilares de quando nasceu, inclusive após a morte, só havendo a alteração com a putrefação do cadáver. Outra característica importante é a imutabilidade, pois as impressões digitais não são destrutíveis nas pessoas vivas. Quando ocorre, por exemplo, queimaduras ou utilização de produtos corrosivos, as impressões reaparecem em até 48 horas, sem alteração de sua estrutura. Além disso, até hoje não foram encontradas duas pessoas com impressões digitais idênticas, pois cada indivíduo apresenta desenhos papilares com características únicas, até mesmo os desenhos papilares de uma mesma pessoa varia de região papilar para outra, o que demonstra a variabilidade destes desenhos. Nem os gêmeos univitelinos possuem impressões digitais iguais. Por outro lado, não confere a quem se submete a este tipo de procedimento dor ou risco a sua integridade física (CROCE; CROCE JÚNIOR, 2012, p. 105-108).

Em 1985, o geneticista inglês Alec Jeffreys criou uma técnica de identificação humana através da análise do DNA (ácido desoxirribonucleico) extraído do núcleo das células de uma pessoa. Este método trouxe mais segurança ao processo de identificação tanto no campo civil quanto no criminal, em razão dos padrões de sequência de DNA serem únicos, portanto cada

ser humano possui um padrão singular, e em razão disso, Jeffrey o denominou de “DNA fingerprinting”. Apenas em uma situação o DNA poderá ser igual em duas pessoas, que é o caso dos gêmeos univitelinos. O geneticista desenvolveu essa técnica com o intuito de solucionar questões envolvendo paternidade, imigração e investigações criminais (RUMJANEK, 1997, p. 12-13).

Segundo França (2015, p. 80) é possível obter material genético para fins de identificação cível e criminal de indivíduos em manchas de sangue, sêmen, pelos, saliva e partes cadavéricas, sendo uma técnica com elevada taxa de segurança. O resultado obtido com a análise e comparação de perfis genéticos pode ser utilizada para reforçar a autoria de crimes, afastar a suspeita em relação a inocentes, na identificação de corpos nos casos de acidentes de grande proporção e desastres aéreos, na determinação de paternidade, para solucionar casos em que há suspeita de troca de bebês em maternidades, dentre outros (PENA, 2005, p. 486).

A primeira vez que em que o DNA foi utilizado com a finalidade de identificação no âmbito criminal foi no ano de 1986, na Inglaterra, em que foi possível descobrir a identidade do autor do delito e solucionar um caso de estupro e assassinato de duas adolescentes no condado de Leicester (DOLINSKY; PEREIRA, 2007, p. 13). No Brasil, os primeiros casos de utilização do exame de DNA como meio de prova se deu na seara cível, nos processos de investigação de paternidade.

Nota-se que com a evolução do conhecimento tecnológico e científico e, principalmente, a valorização da pessoa humana, os meios de identificação cruéis e desumanos foram abolidos, assim como também os métodos inseguros e ineficazes, restando nos dias atuais a utilização da identificação datiloscópica e a identificação genética através da coleta do DNA, que vem ganhando cada vez mais destaque com o passar dos anos, como principais formas de identificação no âmbito criminal. Outras técnicas avançadas estão sendo desenvolvidas, baseadas, por exemplo, na utilização da íris e da voz.

3. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PÁTRIA NO TOCANTE À IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Uma vez abordados os procedimentos de identificação humana – civil e criminal – desenvolvidos ao longo da história, faz-se necessário verificar de que forma o instituto da

identificação criminal vem sendo tratado pela legislação pátria, a partir da edição do Código de Processo Penal, em 1941, até se chegar a edição da Lei nº 12.654/12, passando pelas alterações legislativas neste interim.

O primeiro diploma legal brasileiro que tratou sobre a identificação criminal, foi o Código de Processo Penal (CPP), editado em 03 de outubro de 1941 (Decreto-Lei nº 3.689/41). No seu artigo 6º, inciso VIII, estipulou que a autoridade policial, sempre que possível, deverá ordenar que o indiciado seja identificado através da coleta das impressões digitais, o chamado processo datiloscópico (BRASIL, 1941).

Em seguida, o STF aprovou, no dia 15 de dezembro de 1976, a Súmula nº 568 com o entendimento de que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente” (BRASIL, 1976). Desta forma, mesmo que o indiciado apresentasse documento cível que o identificasse, ele poderia ser submetido a procedimento de identificação criminal que, na época, seria o datiloscópico, reforçando o que já previa o CPP. Portanto, a identificação criminal era a regra a ser seguida, mesmo quando o indivíduo pudesse comprovar a sua identidade civil.

A medida foi adotada devido ao grande número de habeas corpus impetrados que tentavam desqualificar a identificação criminal do indiciado realizada durante a persecução penal, argumentando se tratar de constrangimento ilegal, com o intuito de obter o trancamento do inquérito policial (BRASIL, 1987).

Com o advento da atual Carta Magna, que tratou sobre o assunto em seu artigo 5º, inciso LVIII, este entendimento jurisprudencial foi superado e está em desuso (apesar de não ter sido revogado), não sendo a Súmula em questão compatível com o texto constitucional, que trouxe a seguinte redação: “a pessoa civilmente identificada não será submetida à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 1988).

Como pode-se perceber, a regra passou a ser de que a identificação criminal não será realizada quando for possível identificar a pessoa através de documentos de identidade, existindo exceções que são estipuladas pelo legislador ordinário, pela edição de leis ordinárias. O principal intuito desta restrição foi de acabar com a violação da intimidade do sujeito que era indiciado, isso porque muitas vezes, na prática, a identificação criminal com a coleta da impressão digital era transformada em um espetáculo para a mídia, e ao invés de ser um procedimento habitual, as autoridades policiais cometiam abusos ao permitir a cobertura por

parte da imprensa, através de fotografias e filmagens do momento em que era realizado o procedimento dentro da delegacia (NUCCI, 2012, p. 169).

A atitude de tutelar constitucionalmente este assunto, protegendo as pessoas de possíveis situações humilhantes e vexatórias que possam passar ao serem submetidas a identificação criminal, é louvável, assim como também permitir que a legislação estipule ocasiões especiais em que esta será autorizada, pois traz maior segurança contra abusos que podem ser cometidos pelas autoridades policiais, ao mesmo tempo que permite que a persecução penal siga o seu rumo e venha a julgar e condenar a pessoa certa quando houver dúvida quanto a sua verdadeira identidade.

Desta forma, a identificação pela via criminal durante a persecução penal seria a *ultima ratio*, apenas sendo utilizada quando as peculiaridades do caso evidencia a necessidade de tal medida, fazendo, desta forma, uma analogia à utilização de algemas nos presos, que só será lícita em casos excepcionais, conforme aduz a Súmula Vinculante nº 11 do STF. Deve-se levar em consideração o momento histórico em que a Constituição Federal de 88 foi elaborada, logo após o fim da ditadura militar, um período cheio de inseguranças jurídicas e de abusos cometidos contra a integridade dos cidadãos, como é o caso notório da prática de tortura nos interrogatórios criminais, o que de fato influenciou na sua redação.

Entretanto, o legislativo demorou muito para editar lei infraconstitucional que abarcasse essas exceções, mais precisamente 12 anos. Por ser uma norma constitucional de eficácia contida o art. 5º, inciso LVIII necessita de lei infraconstitucional para estabelecer restrições ao seu exercício, ou seja, casos em que caberá identificação criminal do civilmente identificado. A Lei nº 10.054/00, que trouxe a regulamentação sobre o assunto em tela, só foi editada no ano de 2000, vigendo até a sua edição apenas o que preleciona a Lei Maior, portanto, quando identificado civilmente não seria identificado criminalmente pela ausência de regulação sobre o assunto.

Segundo Mirabete (1995, p. 46), havia exceções a essa regra: a) quando existiam suspeitas em relação a autenticidade do documento civil; ou b) fossem apresentadas duas ou mais identidades pelo agente. Isto porque nesses casos seria permitido a identificação criminal pois a identificação civil era duvidosa. Mas, muitas vezes, a autoridade policial não realizava a identificação criminal com o receio de lhe ser imputado o crime de abuso de autoridade, já que não existia lei ordinária tratando sobre o tema, o que permitiu, durante essa lacuna legislativa, que muitos erros judiciais fossem cometidos e que fossem condenadas as pessoas erradas.

Anteriormente ao surgimento da Lei nº 10.054/00, que regulamentou a identificação criminal no país, outras duas previsões legais foram criadas para casos específicos, quais sejam, o artigo 5º da Lei nº 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado) e o artigo 109 da Lei nº 8.069/90, esta última denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O ECA, editado no ano de 1990, permitiu a identificação criminal de adolescentes que praticam atos infracionais quando houver dúvida fundada quanto a sua real identidade, ou seja, quando há evidências concretas que levem a crer que o documento de identificação é falsificado e de que o menor não é quem diz ser, conforme aduz o artigo 109 do diploma legal em comento: “o adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória (...), salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.” (BRASIL, 1990).

A razão de ser deste dispositivo permitindo a identificação criminal de adolescentes infratores, é que em muitas vezes verifica-se que estes, ao serem apreendidos, se apresentam como sendo outra pessoa, com o intuito de não ser verificada possível reiteração na prática de atos infracionais, ou até mesmo casos de pessoas adultas, se apresentando como menor de 18 anos para que lhes sejam aplicadas as medidas socioeducativas, que são mais brandas, no lugar das penalidades mais rígidas do Código Penal (ROSSATO, LÉPORE e CUNHA, 2011, p. 319).

Por sua vez, a Lei nº 9.034, que entrou em vigor no ano de 1995, tratava sobre meios de prevenção e repressão às ações praticadas por organizações criminosas, e em seu artigo 5º determinava que as pessoas envolvidas com essas organizações seriam sempre identificadas criminalmente, não importando se foram ou não identificadas civilmente (BRASIL, 1995). A principal justificativa para essa previsão legal é que, não raro, os agentes que cometem esse tipo de delito utilizam documentos falsificados para ocultar a sua verdadeira identidade.

No ano de 2000, entrou em vigor a Lei nº 10.054, que tratou de regulamentar de maneira geral o art. 5º, inciso LVIII da Carta Magna, trazendo em seu artigo 3º as hipóteses excepcionais em que o civilmente identificado poderia ser submetido à identificação criminal. Seria possível, dentre outros, nos casos em que houvesse dúvida fundada em relação à autenticidade do documento de identidade; ou quando se tratar de indiciamento ou acusação pelo cometimento de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crime contra a liberdade sexual ou de falsificação de documento público (BRASIL, 2000).

O fato do inciso I estipular a obrigatoriedade de realização da identificação criminal de indiciados e acusados de acordo com o crime que o sujeito cometeu, ou seja, com base em um

critério objetivo, levou vários autores consagrados a considerar tal dispositivo inconstitucional, uma vez que atenta ao princípio da presunção de inocência por ser discriminatório, conforme aduz Capez (2003, p. 85):

Na primeira hipótese, qual seja, a de submeter o sujeito à identificação criminal apenas pelo fato de estar sendo indiciado por este ou aquele crime, sem qualquer circunstância que justifique a cautela, a regra nos parece inconstitucional por ofensa ao princípio do estado de inocência, dado que a simples razão de o agente estar sendo indiciado ou acusado da prática de uma infração não pode, por si só, justificar o constrangimento, salvo no caso de envolvimento em quadrilhas organizadas, capazes de forjar documentos falsos.

Apesar do entendimento supramencionado da doutrina especializada, na prática, a jurisprudência não considerava inconstitucional tal medida, havendo julgados do STJ neste sentido, afirmando não ser inconstitucional pois é uma exceção estipulada pela Lei nº 10.054/00, que veio regulamentar o dispositivo da Constituição Federal.

Apenas em 2009 tal erro foi consertado, ao ser editada uma nova lei tratando sobre a identificação criminal, qual seja, a Lei nº 12.037/09, que revogou de forma expressa a Lei nº 10.054/00 e está em vigor até o momento. Portanto o legislador achou por bem editar nova lei sanando a inconstitucionalidade presente no inciso I do artigo 3º da revogada lei.

Este novo regramento trouxe em seu artigo 1º a mesma redação do inciso LVIII do artigo 5º do diploma constitucional, ao determinar que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei”, de forma a reforçar o caráter excepcional da sujeição do indivíduo civilmente identificado ao procedimento de identificação criminal. Essas hipóteses excepcionais estão descritas no artigo 3º da lei, e entre elas estão os casos de dúvida quanto a veracidade do documento de identificação, seja por haver indícios de falsificação; quando o sujeito possui dois ou mais documentos de identificação com informações divergentes; ou se sua apresentação for insuficiente para provar de fato a sua identidade. Não existe mais a previsão da identificação criminal de indiciados ou acusados de acordo com o tipo de crime cometido.

Fez bem o legislador em não manter na nova lei de identificação a imposição de ser realizada a identificação criminal do indiciado ou acusado apenas com base no crime pelo qual está sendo investigado ou acusado, quando for possível identificá-lo civilmente, com a

apresentação de documentos que comprovem a sua identidade, pois seria uma forma de discriminação do sujeito que nem ao menos se tem certeza se cometeu ou não a infração, ofendendo desta forma o princípio da presunção de inocência, principalmente quando se trata do indiciado, pois este ainda nem réu é, já que não foi ajuizada ação penal contra ele. Além disso, como anteriormente mencionado, a identificação criminal deve ser uma exceção e não a regra, e se todos os indivíduos que praticaram, por exemplo, o crime de receptação qualificada, tivessem que passar pela identificação criminal, como assim determinava a lei anterior, deixaria de ser exceção e passaria a ser a regra.

Conforme Nucci (2017, p. 489) preleciona, não há nexo de causalidade entre o cometimento de um determinado crime e a obrigatoriedade de se submeter à identificação criminal, pois a natureza do crime não pressupõe que haverá falha na identificação civil do indiciado ou acusado.

Diferente da legislação anterior (Lei nº 10.054/00) que apenas afirmava que a identificação civil seria comprovada pela “apresentação de documento de identidade reconhecido pela legislação”, a lei de identificação criminal vigente traz um rol de documentos civis que serão válidos para se comprovar a identidade do agente. De acordo com o artigo 2º, as carteiras de identidade, de trabalho, de identificação funcional e profissional, podem ser utilizadas com essa função. Além destas, o passaporte, o documento de identificação militar ou outro documento público capaz de suprir tal finalidade também podem ser utilizados (BRASIL, 2009).

Outra diferença existente entre a lei atual e anterior está na obrigatoriedade ou não da identificação criminal nos casos previstos no art. 3º de ambas as normas. Na Lei nº 10.054/00 a identificação criminal era obrigatória em tais casos, enquanto que na Lei nº 12.037/09 será facultativo. Cabe à autoridade policial – ou judiciária quando se trata do inciso IV – avaliar a necessidade da realização de tal procedimento. Por ser facultativa, caberá à autoridade se responsabilizar pelas consequências advindas pelo erro na identificação, quando dispensar a realização do procedimento, ou quando o fizer sem haver necessidade (Nucci, 2017, p. 492).

Percebe-se, com isso, que a legislação atual veio regulamentar de uma forma mais clara, estipulando de maneira objetiva quais documentos poderão ser apresentados para a identificação civil do indivíduo. Por outro lado, também criou um rol de situações em que será possível a realização da identificação criminal do civilmente identificado, entretanto deu mais liberdade para que a autoridade policial verifique, no caso prático, se há necessidade ou não da

realização de tal medida quando for uma das situações autorizadoras, impondo sanções quando houver abuso por parte da autoridade.

A última alteração legislativa sobre o assunto veio com a edição da Lei nº 12.654 no ano de 2012 – e que entrou em vigor no dia 28/11/2012. Ela acrescentou três artigos e um parágrafo único na Lei de Identificação Criminal (Lei nº 12.037/09); e um artigo na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

Uma das principais novidades trazidas por esta norma foi a possibilidade da realização da identificação criminal através da coleta de amostras biológicas para se obter o perfil genético do indiciado ou acusado. Até então as únicas formas permitidas para tal identificação era através do procedimento datiloscópico ou do procedimento fotográfico. Contudo, esse novo meio de identificação não poderá ser realizado em qualquer das situações previstas no artigo 3º da Lei 12.037/09, mas apenas quando se enquadrar no inciso IV, conforme informa o parágrafo único do seu artigo 5º.

Desta forma, só será permitido a coleta do material biológico do agente para se obter o seu perfil genético quando for de suma importância para as investigações policiais. E quem decidirá, no caso concreto, quais são essas situações em que a identificação criminal será essencial para o inquérito policial é a autoridade judiciária competente, através de despacho, seja de ofício ou mediante representação do delegado ou do membro do Ministério Público, ou ainda da defesa (BRASIL, 2012).

Mas quando a identificação criminal seria imprescindível para a investigação de um crime? O comando legal, desta forma, é muito vago, não trazendo em seu texto o que seria esse “essencial para as investigações”, ou pelo menos um rol exemplificativo do que poderia encaixar-se em tal situação. Um exemplo citado por Nucci (2017, p. 494), é o caso do agente que apresenta documento civil sem qualquer sinal de falsificação ou outro vício que ponha em dúvida a sua autenticidade, porém esse mesmo indivíduo possui um irmão gêmeo idêntico e há suspeitas de que um irmão está se passando pelo outro.

Porém, vale ressaltar que, para dirimir o caso descrito acima, bastaria a realização da identificação criminal através do procedimento datiloscópico já previsto na legislação, até mesmo porque se for o caso de gêmeos univitelinos, estes possuem o mesmo DNA, o que não solucionaria o caso em questão. Portanto a identificação através da datiloscopia garante até mais segurança e certeza do resultado, já que não existe a possibilidade de duas pessoas possuírem o mesmo desenho papilar, e também por ser considerado um método não invasivo.

Fica difícil vislumbrar uma situação em que o procedimento datiloscópico não possa ser utilizado para tal finalidade, e que possa justificar a utilização da identificação genética. Só se justificaria tal procedimento em casos de existência de vestígios de material genético na cena do crime, por exemplo sangue ou sêmen, em que se queira confrontar com o DNA do indiciado ou acusado. Entretanto, nesta situação, não estaria o agente sendo compelido a produzir provas contra si mesmo durante a persecução penal, e por consequência ferindo o princípio da não autoincriminação? É o que pretende-se responder ao final deste trabalho.

Apesar de soar estranho, é possível vislumbrar uma situação em que a defesa possa requerer que tal identificação seja feita, por exemplo, para provar a inocência do indiciado em uma tese de negativa de autoria, ao ser confrontado o DNA do agente com o material biológico coletado pela perícia em crimes que deixam vestígios. Como bem se sabe, nada impede que tal procedimento seja realizado quando há a concordância do indiciado ou acusado, a divergência se encontra quando este é obrigado a se submeter à coleta, e posterior armazenamento de seu perfil genético em banco de dados. Outra crítica que se faz é que, ao permitir que a autoridade judiciária atue de ofício no interesse da investigação criminal não estaria transformando-o em um investigador, exercendo este a função típica da autoridade policial, e ferindo o sistema acusatório? Apesar de não ser o foco deste trabalho é um questionamento válido.

A novidade trazida pela norma a lei de Execução Penal é a inserção do artigo 9-A, obrigando aqueles que foram condenados por crimes hediondos ou crimes dolosos praticados com o emprego de violência de natureza grave contra a pessoa – que acarretam lesão grave ou gravíssima, até mesmo a morte da vítima – a fornecer o seu material biológico para obtenção do perfil genético (DNA), através de “técnica adequada e indolor” (BRASIL, 1984).

A lei prevê o armazenamento dos dados genéticos em banco de dados sigiloso, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal e regulamentado por ato do Executivo. Não pode conter dados que revelem traços somáticos ou comportamentais do indivíduo, com exceção da determinação genética de gênero. A lei ainda prevê a responsabilização civil, penal e administrativa daquele que utilizar os dados armazenados com fins diversos ao por ela estipulado (BRASIL, 2009).

Percebe-se com isso, a preocupação existente em relação à proteção dos dados colhidos. Além disso, ao não se permitir o armazenamento de dados que revelem traços somáticos ou comportamentais evita-se que se chegue a conclusões precipitadas acerca do temperamento e

caráter dos indivíduos, e que poderia levar a formação de um estereótipo de delinquência, conforme pretendeu Cesare Lombroso, levando a discriminação de pessoas.

Com a prescrição do crime pelo qual o agente foi investigado acontecerá a exclusão do seu perfil genético do banco de dados. A lei, entretanto, não estipula o tempo em que estes dados ficarão armazenados no banco quando se tratar de condenados por crimes hediondos ou violentos. Portanto, verifica-se que a lei não abordou todas as informações atinentes ao tema, falando menos do que o necessário.

No que tange aos motivos da última alteração legislativa, o senador Ciro Nogueira, autor do projeto de lei nº 93/2011, que originou a Lei nº 12.654/12, justificou tal medida da seguinte forma (BRASIL, 2011):

A determinação de identidade genética pelo DNA pode ser usada para muitos fins hoje em dia: demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica. Julgamos tratar-se de medida necessária e urgente, para a qual peço o apoio dos meus ilustres Pares.

Nota-se uma justificativa muito escassa quando se dimensiona a importância do tema em análise, baseada apenas em demonstrações de casos em que a identificação genética pode ser utilizada, sem trazer à tona os aspectos constitucionais da Lei, principalmente as consequências de tais imposições no tocante às garantias individuais. Isso é possível vislumbrar pela rapidez da tramitação do projeto pelas Casas Legislativas (1 ano), sendo a norma aprovada em caráter de urgência. Não é apenas em relação ao princípio da não autoincriminação que a lei gera reflexos, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física, a partir do momento em que a extração de DNA tem caráter obrigatório, pois não há o que se discutir quando o acusado por livre e espontânea vontade se prontifica a se submeter ao procedimento.

Segundo Pérez Cepeda (2007 apud RITTER, 2015, p. 9) atenta-se, neste caso, para o que se denomina de “politização do Direito Penal”, quando este ramo do direito é usado pelos legisladores como forma de campanha eleitoral e para satisfazer o seu eleitorado, muitas vezes com discursos baseados no senso comum, sem nenhuma base jurídica, aprovando leis com a justificativa de diminuição, a qualquer preço, das taxas de criminalidade no país. Desta forma,

em vez de buscar a diminuição dos índices de violência a partir de ações governamentais focadas nas causas sociais a que ela está atrelada, como por exemplo dando acesso a população à uma educação de qualidade, busca-se remediar a situação com medidas de repressão que não atingem a raiz do problema.

Pela importância do assunto e pelos seus reflexos, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais, o projeto de lei deveria ter sido melhor discutido não só pelos legisladores, mas também com toda a sociedade e também com especialistas sobre o tema, o que de fato, não aconteceu.

Uma vez realizada a retrospectiva da identificação criminal no país, pretende-se agora falar sobre os princípios da não autoincriminação e da presunção de inocência, tutelados constitucionalmente, e verificar se a criação do banco de dados contendo o perfil genético de condenados e indiciados fere ou não essas garantias.

4. OS PRINCÍPIOS DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Também conhecido pela expressão em latim *nemo tenetur se detegere*, o princípio da não autoincriminação é a garantia de que ninguém poderá ser compelido a produzir provas contra si mesmo, ou seja, ninguém poderá ser obrigado a se autoincriminar, seja na fase investigativa ou durante a instrução processual.

Segundo Queijo (2012, p. 28), a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que “ninguém é obrigado a se descobrir”. Portanto, aqueles que foram indiciados ou acusados pela prática de um ilícito penal não tem o dever de produzir provas que sejam prejudiciais à sua defesa, e esta recusa não pode ser interpretada como confissão.

Este princípio teve origem no iluminismo com o intuito de combater as práticas de tortura que eram empregadas para a obtenção da confissão dos acusados interrogados durante o período da Idade Média. Nesta época, também conhecida como Idade das Trevas, adotava-se o sistema processual inquisitório, e o acusado era obrigado a responder o interrogatório, muitas vezes utilizando-se da força para tal. O interrogatório neste período histórico era considerado meio de prova, e não meio de defesa, como é hoje em dia, e por consequência não existia o

direito ao silêncio, sendo o agente compelido a falar. A confissão era tida como a prova máxima, por isso eram utilizados meios insidiosos, principalmente a tortura e a chantagem, para se obtê-la. Vislumbra-se, desta forma, que a culpabilidade do indivíduo era presumida, e que o objetivo da oitiva do acusado era justamente para confirmar essa culpa (QUEIJO, 2012, p. 30-31).

Os iluministas eram contra a utilização da tortura e de outros meios adotados para fazer com que o acusado respondesse aos questionamentos, considerando-os imorais, pois entendiam que qualquer declaração autoincriminadora era antinatural. O acusado não era mais visto apenas como objeto de prova. Entretanto, esse entendimento não era pacífico. Apenas com o passar do tempo, e conforme foi sendo conferida maior proteção aos indivíduos frente às ações do Estado, é que foram abolidos os meios coercitivos para obrigar o acusado a falar durante o interrogatório. A permissão de permanecer calado, num primeiro momento, trazia o entendimento de que o réu era confesso. Somente com a evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* é que o direito ao silêncio consolidou-se, deixando de se presumir a culpabilidade do acusado (QUEIJO, 2012, p. 32-35).

O direito à não autoincriminação tem previsão no direito internacional, em dois diplomas distintos, dos quais o Brasil é signatário: na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada em 22 de novembro de 1969; e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), aprovado em 16 de dezembro de 1966.

O primeiro diploma passou a vigorar no Brasil em 25 de setembro de 1992, e no seu artigo 8º, nº 2, alínea g, traz o princípio da não autoincriminação como uma das garantias judiciais básicas de toda pessoa que é acusada de cometer um crime, conferindo a esta “o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). Já o segundo diploma entrou em vigor no país em 24 de abril de 1992, trazendo de forma expressa o mencionado princípio em seu artigo 14, nº 3, alínea g, determinando que a pessoa que é acusada de cometer um delito tem o direito “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

Já em relação à previsão no direito interno, este princípio é trazido pela Constituição Federal, no rol de direitos e garantias individuais, em seu art. 5º, inciso LXIII, afirmando que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe

assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988), abordando de maneira expressa uma das várias dimensões deste direito, qual seja, o direito ao silêncio.

Outros desdobramentos que envolvem o princípio em estudo são o direito de não depor contra si mesmo e o direito de não declarar-se culpado, ambos explícitos nos diplomas internacionais supramencionados. Os demais estão implícitos, e vem sendo reconhecidos pela jurisprudência pátria, como a inexigibilidade de dizer a verdade (desde que não prejudique o direito de terceiros), e o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que venha a incriminar o sujeito, englobando neste último o direito de não colaborar de forma ativa na produção de provas contra si, seja na fase investigativa ou de instrução. Portanto, tal garantia, no Brasil, não se restringe apenas quando se tratar de atos de comunicação, como confissões ou declarações, mas em relação a tudo, como a produção de provas documentais ou materiais que necessite da colaboração ativa do acusado, diferente do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos e na Inglaterra (GOMES, 2010).

É importante frisar que não está inserido nesta garantia, o direito do indiciado ou acusado de omitir a sua identidade ou recusar-se a colaborar com a polícia para que se possa individualizá-lo, pois a realização da identificação do agente através da identificação criminal, nos casos previstos em lei, não se confunde com a aceitação da culpa ou com a autoincriminação do sujeito. É direito do Estado identificar a pessoa que está sendo investigada criminalmente, pois busca-se evitar possíveis erros judiciais, e aquele que se recusa a se submeter à identificação criminal pode incorrer no crime de desobediência (NUCCI, 2017, p. 492).

Por sua vez, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade ou do estado de inocência, nada mais é do que a garantia de que ninguém será considerado culpado pelo cometimento de um delito até que se transite em julgado sentença penal condenatória. Este direito, assim como o anteriormente estudado, também está previsto no rol de direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LVII.

De acordo com Nucci (2012, p. 81), tem como objetivo principal a garantia de que caberá à parte que acusa o ônus de provar a autoria e materialidade do delito pelo qual a parte ré está sendo acusada. Isto porque, em tese, as pessoas nascem e permanecem inocentes, sendo este o seu estado natural, até que se prove o contrário, devendo o Ministério Público produzir conjunto probatório suficiente para que o juiz julgue e condene o acusado. Havendo dúvidas fundadas, o réu deverá ser absolvido, configurando o brocardo jurídico *in dubio pro reo*.

Portanto, percebe-se a diferença no tocante ao ônus da prova no campo penal da ceara cível, pois, neste último, não há a presunção de inocência em favor do réu, mesmo que também caiba ao requerente o ônus de provar o fato que alega, pois não há o julgamento da lide em favor do demandado em caso de dúvida, como ocorre na área criminal, cabendo ao réu também o ônus de provar o que venha alegar durante o processo que impeça a constituição do direito do autor da ação. Desta forma, quem alega é que deve provar, seja autor ou réu. Já no processo penal, o ônus da prova da autoria e da materialidade recai sempre na acusação, e se houver dúvidas acerca destes, o réu deverá ser absolvido, caracterizando o *in dubio pro reo*, que decorre da presunção de inocência do acusado.

Este princípio tem origem, até onde se tem conhecimento, no Direito Romano, através da aplicação do *in dubio pro reo* (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 235). Entretanto, durante a Idade Média, com a adoção do sistema processual inquisitorial, a presunção de inocência foi substituída pela presunção de culpabilidade, conforme já abordado anteriormente neste trabalho. Portanto, durante este período histórico, presumia-se que o réu era culpado, e muitas vezes este era submetido à tortura com o intuito de se obter a sua confissão, uma vez que era considerada a maior das provas e que o acusado era obrigado a responder as perguntas feitas durante o interrogatório, não existindo a possibilidade do agente se manter calado, ou seja, a ele não era concedido o direito ao silêncio.

A presunção de inocência é consagrada apenas em 1789, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecendo em seu artigo 9º que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Segundo Lopes Júnior (2014, p. 236) este princípio voltou a ser desrespeitado no final do século XIX e início do século XX, em razão da adoção do regime totalitário e do fascismo, chegando a ser defendido, inclusive, o raciocínio absurdo de que nada justificava a proteção à presunção de inocência, uma vez que na maioria dos casos tinha como resultado a culpa dos acusados ao final do processo.

Após a Segunda Guerra Mundial esta garantia ganhou status de direito humano fundamental, consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, prevendo seu artigo 11 que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento

público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Posteriormente, esta garantia também veio assegurada tanto no PIDCP quanto no CADH. Conforme já mencionado, a atual Constituição prevê de forma expressa o princípio da presunção de inocência, em seu art. 5º, inciso LVII, afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Decorre desta previsão que apenas com o trânsito em julgado da condenação é que tem-se a certeza da culpa do acusado, e desta forma não há mais que se falar em estado de inocência do agente em relação a este delito pelo qual foi condenado.

Conforme preleciona Nucci (2015, p. 294-295) isso não quer dizer que o condenado em sentença transitada em julgado perderá o seu estado de inocência em definitivo, e nem que esta condenação será um eterno estigma social. Além disso, em relação a outras situações, o indivíduo manterá o seu estado natural de inocência. Por isso, caso venha a ser acusado pelo cometimento de outra infração penal, diante desta, será presumido inocente enquanto não houver sentença penal condenatória definitiva. Vale transcrever as palavras do supramencionado doutrinador acerca do estado de inocência:

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. Eis por que se presume a inocência, vale dizer, supõe-se, de antemão, que qualquer indiciado ou réu é não culpado. Está-se privilegiando seu estado natural. Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo.

Portanto, pode-se concluir que, mesmo aquele que é condenado em definitivo pela prática de um delito não perderá o seu estado de inocência em relação a outras infrações pela qual venha a ser investigado ou acusado, cabendo sempre ao Estado provar a sua culpa. E uma vez cumprida a pena imposta pelo crime que foi condenado, restaure-se por completo o seu estado de inocência, corroborando com o caráter ressocializador que a sanção penal possui. Caso contrário, o indivíduo viveria sob o estigma do erro que cometeu no passado, dificultando ainda mais a sua reintegração à sociedade. Por outro lado, se seu estado de inocência não fosse mantido em relação a outras acusações, restaria configurado a presunção de culpabilidade do agente, o que acontecia no passado.

Uma vez abordados os princípios, resta analisar se há a violação à não autoincriminação ao se permitir a realização da identificação criminal na fase de investigação, mediante a extração de DNA; e se a obrigatoriedade dos condenados pelos crimes hediondos e praticados com violência grave de fornecer o seu material biológico para armazenamento em banco de dados fere o princípio da presunção de inocência.

O material biológico coletado terá fins distintos. Para os investigados servirá de prova no caso em que é suspeito, ou seja, para o crime que já ocorreu e está sendo apurado, por isso a indagação quanto à não autoincriminação. Já para os condenados, a coleta servirá para apuração de casos futuros dos quais não se saiba a autoria, por isso o debate em relação à presunção de inocência.

Em relação à primeira situação, alguns doutrinadores entendem que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Segundo Cunha (2012), obrigar um suspeito ou indiciado a fornecer material biológico durante a investigação policial ou o curso da ação penal, através da extração do ácido desoxirribonucleico (DNA), é o mesmo que forçá-lo a produzir provas contra si mesmo. Como consequência, o autor entende que essa obrigatoriedade é inconstitucional por ferir o princípio da não autoincriminação.

Neste sentido, Oliveira (2006, p. 27), afirma que o direito a não autoincriminação, que engloba o direito ao silêncio, permite ao acusado não se manifestar durante o interrogatório, na fase investigativa ou na fase processual, assim como “impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse”.

Lima (2013, p. 106), também tem o mesmo entendimento, afirmando que o agente não pode ser forçado a contribuir ativamente com as investigações, e portanto não pode ser compelido a fornecer o seu material biológico, ainda mais quando isto poderá ser utilizado com fins probatórios e servir para incriminá-lo em posterior exame de DNA, através da verificação da compatibilidade entre o perfil genético do investigado e o vestígio humano encontrado na cena do crime, quando se tratar de crimes que deixam vestígios, servindo como “verdadeira medida cautelar de produção antecipada da prova”.

Isto acontece pelo fato de, no Brasil, o princípio da não autoincriminação engloba não só o direito ao silêncio, e os direitos previstos nos tratados internacionais de não depor contra si mesmo ou de não declarar-se culpado, como ocorre nos países que implementaram o banco de dados contendo o perfil genético de condenados por determinados crimes, como os Estados

Unidos e a Inglaterra. Desta forma, nesses países é possível obrigar o agente a colaborar com as investigações e com a produção de provas.

No ordenamento jurídico brasileiro esta garantia envolve também, conforme já visto, outras dimensões, que vão além dos atos de comunicação, como o direito de não colaborar de forma ativa na produção de provas contra si mesmo. O que o agente não pode é omitir a sua identificação ou impedir que o Estado o individualize. Entretanto, já existe outro procedimento que confere segurança e eficácia na identificação criminal de indiciados ou acusados, qual seja, a identificação datiloscópica, através das impressões digitais, forma amplamente aceita e utilizada, não apenas para a identificação criminal, mas também para a identificação civil.

Não se vislumbra hipótese em que a identificação criminal pela extração de DNA não possa ser substituída pela datiloscópica, uma vez que essa chega a ser até mais confiável que o DNA, por não haver ninguém com o mesmo desenho papilar que outra pessoa, diferente do que ocorre com o DNA, pois gêmeos univitelinos podem possuir o mesmo perfil genético, não se resolvendo, desta forma, a questão da individualização. A única explicação seria a utilização do material biológico como prova de autoria em delitos que deixam vestígios.

Importante destacar que não há nenhum obstáculo para a coleta de material genético deixado nos locais de crimes, seja no corpo ou nas vestes da vítima ou em outros objetos, e ainda para a extração de DNA de partes desintegradas do corpo humano sem a necessidade de consentimento do agente, como, por exemplo, o fio de cabelo encontrado no chão ou saliva de um copo que foi descartado. O problema está em obter material biológico diretamente do organismo do investigado, quando este se recusa a fornecê-lo (CUNHA, 2012). Obrigar o indiciado ou acusado a se submeter a uma intervenção corporal, sem a sua autorização, seria o mesmo que se permitir a tortura durante o interrogatório com o intuito de se obter a confissão do agente, gerando prova ilícita (Lopes Júnior, 2007, p. 592).

Corroborando tal afirmação, Lima (2013. p. 107) aduz que a validade da identificação criminal pelo perfil genético depende de como o material biológico é coletado. Nos casos em que depende da anuência do investigado, pois dele é extraído e portanto exige-se a sua autorização, caso seja obrigado a se submeter a tal procedimento, haverá violação ao princípio da não autoincriminação. Por outro lado, quando se tratar de coleta de saliva, sangue, fio de cabelo ou outros tecidos orgânicos descartados de forma voluntária ou involuntária pelo investigado, tal procedimento não acarretará afronta à referido princípio.

Para fins de ilustração vale citar o caso “Roberta Jamilly”, em que a autoridade policial apreendeu pontas de cigarro descartadas por Jamilly logo após o seu depoimento, sendo possível a realização de exame de DNA que comprovou que esta não era filha da investigada Vilma. Portanto, como se tratou da coleta de saliva da ponta do cigarro que foi descartada de forma voluntária pela testemunha, não há que se falar de prova inválida. Apesar do caso envolver testemunha em uma investigação, basta vislumbrar que tal procedimento também poderá ser feito quando se tratar do próprio investigado (GRECO & DOUGLAS, 2017, p. 49).

Portanto, não há nenhuma divergência em relação à coleta de material biológico quando este se encontra desprendido do corpo do investigado, ou seja, quando é encontrado na cena do crime ou em outro lugar, não necessitando da autorização do agente para a extração de seu DNA do local, servindo como prova durante o processo, pois neste caso o agente não será obrigado a produzir provas contra si e por não haver intervenção corporal.

No que tange à obrigatoriedade dos condenados em fornecer o seu DNA para armazenamento no banco de dados, não há que se falar em violação ao princípio da não autoincriminação, uma vez que esses dados só serão utilizados para solucionar crimes que venham a acontecer no futuro, e não naqueles pelos quais já foram condenados. Entretanto existe a discussão em relação à possível ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Isto porque, ao permitir o armazenamento destes dados para possível confrontação futura com vestígios genéticos encontrados nas cenas de crimes, estaria presumindo-se que aquele indivíduo irá voltar a delinquir, ou seja, haveria a presunção de culpabilidade deste, o que conforme já foi visto é incompatível com o estado natural de inocência. A configuração da culpa, a partir da condenação em sentença transitada em julgado, não retira do indivíduo o seu estado de inocência em relação às demais situações, até mesmo quando este estiver sendo investigado pelo cometimento de um novo crime.

Além disso, não estaria sendo respeitado o caráter ressocializador da aplicação das sanções penais, que é a reinserção do indivíduo à sociedade, a partir do momento que presume-se que ele irá voltar a cometer nova infração. Seria estigmatizar o sujeito. Ainda mais porque, em relação ao armazenamento dos dados genéticos dos condenados, a lei não estipulou o período pelo qual essas informações ficarão sob a guarda do Estado.

Deve-se ter cuidado para que não se trilhe o caminho do Estado da Segurança Pública, contrário ao Estado de Direitos e das liberdades públicas. Desta forma, haveria o retorno ao

sistema processual inquisitivo, em que há a supremacia do interesse público e os indivíduos passariam ao estado de suspeição, no lugar do atual estado de inocência (ROMANO, 2013).

Cabe, desta forma, transcrever entendimento doutrinário parecido com o acima mencionado, no que se refere ao cadastramento de informações genéticas dos condenados. Segundo Oliveira (2012):

(...) haveria transcendência exponencial da Segurança Pública, incompatível com o Estado de Direito e as liberdades públicas. A pessoa, em semelhante cenário, passaria do estado (situação) de inocência para o estado de suspeição, ainda que se reconheça – e o fazemos expressamente! – o proveito na apuração de futuros delitos (casos de reiteração, evidentemente). A radicalização no tratamento do egresso do sistema carcerário atingiria níveis incompatíveis com as funções declaradas da pena pública. (grifo nosso)

Conforme visto anteriormente, a regra deve ser a presunção de inocência das pessoas, cabendo ao Estado o ônus de provar a culpabilidade destes. Para Nucci (2012, p. 97), sendo o Estado o “lado mais forte” no processo penal, e possuindo recursos para formar o conjunto probatório apto a indicar a culpa do agente, a partir do momento que passa a depender da colaboração deste para a produção de provas, está reconhecendo a “falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades”.

Nota-se, a partir do que foi explicitado até o momento, que há a violação ao princípio da não autoincriminação ao compelir o investigado a se submeter à extração de seu material biológico para identificação criminal, além do desrespeito ao princípio da presunção de inocência quando se obriga os condenados pelos crimes hediondos ou crimes violentos a fornecer seu perfil genético a ser armazenado em banco de dados.

O legislador, ao editar a norma que trouxe essas alterações, não se preocupou em analisar os reflexos desta em relação aos direitos e garantias fundamentais, justificando tal medida de forma escarça e aprovando a lei em caráter de urgência. Isto ocorre devido à utilização, em muitos casos, das questões penais pelos políticos como forma de “mostrar serviço” a seu eleitorado, baseando seus argumentos para tal aprovação no senso comum, que neste caso é a diminuição dos índices de violência a qualquer custo. É o que se conhece como “politização do Direito Penal”.

Faz-se necessário adoção de medidas para a melhoria da segurança pública no Brasil, entretanto, deve-se respeitar as garantias fundamentais presentes na atual Carta Magna, não podendo ser implementado qualquer método com a justificativa da diminuição dos índices de violência do país. Até mesmo porque a adoção de técnicas modernas de forma isolada não é capaz de realizar tal feito. É essencial a implementação de políticas públicas voltadas para solução dos problemas sociais que muitas vezes levam o ser humano a delinquir, como por exemplo, melhorando a educação, oferecendo melhores oportunidades a seus cidadãos, dentre outros fatores.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, observa-se que a lei analisada, ao permitir que a identificação criminal de investigados, em determinados casos, seja realizada mediante a coleta de material biológico, fere o princípio da não autoincriminação, mais precisamente uma de suas dimensões implícitas, qual seja, o direito de não ser compelido a produzir provas contra si mesmo no curso da persecução penal, pois diferente do que ocorre com outros países que possuem o banco de dados de perfil genético, como os Estados Unidos e a Inglaterra, este direito não engloba apenas os atos de declaração ou confissão, os chamados atos de comunicação.

Por outro lado, ao autorizar a coleta compulsória do perfil genético dos condenados, a norma viola o princípio da presunção de inocência, a partir do momento que esses dados são mantidos para a solução de crimes futuros, e desta forma haverá a presunção de culpabilidade do indivíduo e de que este voltará a delinquir no futuro, estigmatizando estes condenados e inclusive indo de encontro ao caráter ressocializador da pena.

A lei foi aprovada em caráter de urgência e sem que houvesse o debate e aprofundamento da questão no tocante as garantias constitucionais e possíveis violações a estes. Isto se deve em grande parte ao fenômeno denominado de “politização do Direito Penal”, em que este é utilizado pelos políticos como ferramenta de satisfação do seu eleitorado e com isso são elaboradas leis sem embasamento jurídico, e tendo como justificativa a diminuição da criminalidade a qualquer preço, em vez de se buscar através da adoção de políticas públicas minimizar as causas sociais que levam ao aumento da criminalidade, ou seja, ir na raiz do problema e não criar meios paliativos.

Resta, agora, aguardar a decisão do STF acerca do Recurso Extraordinário que trata sobre o tema em questão. Este trabalho trouxe apenas alguns questionamentos acerca do tema, que vai muito além destes dois princípios, abarcando também outros princípios constitucionais como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BOSSOIS, Lander de Miranda. Os procedimentos na identificação humana e os dados antropológicos: peculiaridades - ontem e hoje. **Impressões**, Brasília, v. 3, n. 11, p. 22-25., jul./ago. 2001.

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

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 1941.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 20 out 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 out 2017.

_____. **Lei nº 9.034**, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 12 out 2017.

_____. **Lei nº 10.054**, de 07 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10054.htm>. Acesso em: 15 out 2017.

_____. **Lei nº 12.037**, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112037.htm>. Acesso em: 15 out 2017.

_____. **Lei nº 12.654**, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm>. Acesso em: 20 out 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 93/2011**. Diário do Senado Federal nº 37. Publicado em 18.03.2011. Sessão de 17.03.2011. p. 7.194. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=18/03/2011&paginaDireta=07194>>. Acesso em: 28 out 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 568**. 1976. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal:sumula:1976-12-15;568>>. Acesso em: 10 out 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 65312**. Impetrante: Raimundo Nogueira Neto. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 13 de outubro de 1987.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?)**. 05 out 2012. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

DOLINSKY, Luciana Cresta de Barros; PEREIRA, Lissiane Miranda Campelo Veras. DNA Forense: Artigo de revisão. **Saúde e Ambiente em Revista**. Duque de Caxias, Rio de Janeiro. v. 2, n. 2, p. 11-22., jul./dez. 2007. Disponível em:

<http://unigranrio.com.br/unidades_acad/ibc/sare/v02n02/galleries/downloads/artigos/A02N02P02.pdf>. Acesso em: 25 out 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência**. 26 jan. 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 04 nov 2017.

GRECO, Rogério; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. 1. ed. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual e sua conformidade Constitucional vol. 1**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas vol. 2**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 22 novembro 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 03 nov 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dezembro 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 04 nov 2017.

_____. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 16 dezembro 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 03 nov 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **A identificação genética/Lei 12.654** – 06.06.2012. 02 jul. 2012. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/quartas/a-identificacao-geneticalei-12-654-06-06-2012>>. Acesso em 08 nov 2017.

PENA, Sérgio Danilo Junho. Segurança Pública: determinação de identidade genética pelo DNA. **Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de C, T & Parcerias Estratégicas**, v. 20, p. 447-460., 2005.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmordeno, 2007. In: RITTER, Ruíz. A "politização" do direito penal à luz da lei 12.654/2012. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 23, n. 267, p. 9., fev. 2015. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=108168>. Acesso em: 29 out 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Identificação Criminal pelo DNA: Uma experiência Lombrosiana**. 19 mar. 2013. Disponível em:

<<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf>>. Acesso em: 09 nov 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RUMJANEK, Franklin David. **Identidade e Paternidade**. Rio de Janeiro: Espaço Único, 1997.

SOBRINHO, Mario Sérgio. **A identificação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.