



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Identificação criminal: A Lei 12. 654/2012 e os sortilégios inquisitivos

Juliana Santos Cardoso de Souza

Rio de Janeiro  
2014

JULIANA SANTOS CARDOSO DE SOUZA

Identificação criminal: A Lei 12. 654/2012 e os sortilégios inquisitivos

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Prof. Guilherme Sandoval Góes  
Profª. Mônica Cavalieri Fetzner Areal  
Profª. Néli Luiza Cavalieri Fetzner  
Prof. Nelson Carlos Tavares Júnior

Rio de Janeiro  
2014

## **IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: A LEI 12. 654/2012 E OS SORTILÉGIOS INQUISITIVOS:**

Juliana Santos Cardoso de Souza

Graduada pela Universidade Candido Mendes. Advogada. Pós-graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Resumo:** Há necessidade de procedimentos que identifiquem civilmente ainda que de forma genérica os indivíduos que compõem um município, um estado, um País. A Constituição de 1988 assegurou que o civilmente identificado não seria identificado criminalmente, dispondo que as exceções deveriam ser previstas em lei. A Lei 12.037/2009 elenca quais os documentos que identificam civilmente um indivíduo e quais as hipóteses em que este poderá ser identificado criminalmente, mesmo já sendo identificado civilmente. Algumas destas hipóteses são demasiadamente subjetivas, o que pode ocasionar arbitrariedades, ferindo o direito de em regra não ser identificado criminalmente. É notório que a identificação criminal do identificado civilmente não pode se dar de modo a atentar contra os direitos e garantias fundamentais. Recentemente, a Lei 12.654/2012 inovou inserindo no ordenamento nova hipótese de identificação criminal, qual seja, por meio de colheita de material biológico para obtenção de perfil genético. Não bastasse, tornou obrigatória a identificação biológica, por meio de extração de DNA, de condenados por certos crimes. As referidas inovações envolvem os direitos fundamentais, valores e princípios como a dignidade humana, o *nemo tenetur se detegere* além do próprio Estado Democrático de direito. Por fim, instituiu-se ainda o banco de dados genéticos.

**Palavras-chave:** Identificação criminal. Colheita de material biológico. Extração de DNA obrigatória. Arbitrariedade. Inquisitorialidade. Direito do Estado de identificar indivíduos. Dignidade da Pessoa Humana. Não auto-incriminação. Razoabilidade.

**Sumário:** Introdução. 1.1. A identificação criminal do civilmente identificado: a subjetividade de algumas hipóteses legais; 1.2. A identificação criminal por meio de colheita de material biológico para obtenção de perfil genético: O direito do estado de identificar indivíduos; a razoabilidade na identificação; 1.3. A identificação criminal do perfil genético obrigatória; 1.4. A obrigatoriedade da extração obrigatória para certos condenados e os princípios do *nemo tenetur se detegere* e da dignidade da pessoa humana. 1.5. Os bancos de dados genéticos. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, esclarece-se que identificação é o conjunto de técnicas por meio do qual se obtém a identidade de um indivíduo.

O presente trabalho enfoca a temática da identificação criminal, ou seja, em como e o porquê se identifica um indivíduo criminalmente, isto é, em como se obtém a identidade de um indivíduo que praticou em tese uma infração penal.

A Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, LVIII excepciona a identificação criminal na medida em que dispõe que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, com exceção das hipóteses previstas em lei. Assim, é direito fundamental não ser identificado criminalmente, ainda que tenha praticado uma infração penal. Direito este que a Constituição dispõe que só será excepcionado em hipóteses previstas em lei.

Nestes termos, após o ano de 1988, mais precisamente no ano de 2009, entrou em vigor a Lei 12.037 que elenca quais os documentos que identificam civilmente um indivíduo e as hipóteses em que este poderá ser identificado criminalmente. Destaca-se que a identificação criminal pode se dar por meio da técnica datiloscópica ou identificação fotográfica. Esclarece-se, contudo, que este trabalho se limitará a técnica datiloscópica ou papiloscópica, isto é, a ciência que trata da identificação humana através das papilas dérmicas (saliências da pele) existentes na palma das mãos e na sola dos pés, mais conhecida pelo estudo das Impressões Digitais, e sua conseqüente influencia no sistema jurídico.

A excepcionalidade da identificação criminal é nítida: A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, razão pela qual, a cidadania e a dignidade devem embasar todo o ordenamento jurídico.

A identificação civil demonstra-se como um ato de cidadania porque é por meio desta que um indivíduo exerce seus direitos e deveres políticos e sociais. Ressalta-se que a identificação civil se dá de forma objetiva e isonômica para todos os indivíduos.

Por outro lado, a identificação criminal é aquela em que se associa um indivíduo a prática de um crime, o desassociando, conseqüentemente, da cidadania. Submeter um indivíduo a uma identificação criminal já o distingue por si só pejorativamente dos demais. Desta forma, identificar criminalmente um indivíduo imotivadamente além de violar o fundamento da cidadania violaria a dignidade do humano que é cada indivíduo.

Ressalta-se que se objetiva abordar minuciosamente neste trabalho quais são as hipóteses legais dispostas na Lei 12. 037/2009 em que o civilmente identificado poderá ser identificado criminalmente e como algumas destas hipóteses são subjetivas, o que pode ocasionar arbitrariedades, ferindo os princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana e o próprio direito fundamental de não ser identificado criminalmente.

Ademais, analisar-se-á a possibilidade de violação de direitos fundamentais nas novas formas de identificação criminal instituídas pela Lei 12.654 de 28 de maio de 2012 e a eventual utilização da razoabilidade para aplicação das mesmas. Isto porque, recentemente a Lei 12.654 de 28 de maio de 2012 alterou a Lei 12. 037/2009, com isso, esta passou a prever a identificação criminal por meio de coleta de material biológico. Aquela Lei também modificou a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que passou a prever a identificação criminal obrigatória de perfil genético, por meio de extração de DNA, a indivíduos já condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de

natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Por oportuno, tem-se ainda o Decreto 7.950 de 12 de março de 2013 que instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

A pesquisa utilizará a metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória.

### **1.1. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DO CIVILMENTE IDENTIFICADO : A SUBJETIVIDADE DE ALGUMAS HIPÓTESES LEGAIS**

O artigo 5º, LVI da Constituição Federal estabelece que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. A excepcionalidade disposta na Constituição foi regulamentada pela Lei 12.037/2009. Destaca-se que a identificação criminal pode se dar por meio da identificação fotográfica ou por meio da técnica datiloscópica ou papiloscópica, quanto a este último método, tem-se há referência expressa no artigo 6º, VIII do Código de Processo Penal.

O artigo 3º da Lei 12.037/2009 elenca as hipóteses em que o civilmente identificado poderá ser identificado criminalmente. Veja-se:

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Ora, se a própria Constituição dispõe que o civilmente identificado não será identificado criminalmente, tem-se que a contrário senso deverá ser identificado criminalmente aquele que não for civilmente identificado, portanto, é legal e razoável que aquele que não demonstre possuir documentação civil pública e idônea possa ser identificado criminalmente.

Indagação inicial que se faz é: existe algum prazo para que um indivíduo apresente a documentação civil antes de ser identificado criminalmente? A lei foi silente. Todavia, Aury Lopes Jr., defende que seja concedido, pelo menos, 24 horas para apresentação de documento civil antes da identificação criminal. Quanto aos casos de prisão em flagrante o citado doutrinador aduz que deverá o detido identificar-se civilmente até a conclusão do auto de prisão<sup>1</sup>.

Já em relação a identificação criminal propriamente dita, tem-se que a problemática não está na possibilidade da identificação criminal fundamentada pela Constituição Federal e devidamente regulamentada por lei, mas, na subjetividade que ocorre em alguns dos incisos do mencionado artigo. Assim, passa-se a análise de cada uma das hipóteses em que é possível legalmente a identificação criminal.

O inciso I do artigo supracitado trata da hipótese em que o indiciado pode ser identificado criminalmente caso apresente documento de identificação com rasura ou com indício de falsificação.

Esclarece-se que documento é documento, é algo, importante, de valor, que os indivíduos devem tentar conservar da melhor forma possível. Rasurar significa raspar,

---

<sup>1</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed, Saraiva: São Paulo: 2012, p. 318

rabiscar; emendar a escrita<sup>2</sup>. Deste modo, ainda que um documento seja "verdadeiro" não poderá conter rasuras que despertem dúvidas naquele para qual este foi apresentado. Caso o indivíduo não possua outro documento civil sem rasuras poderá ser identificado criminalmente. O mesmo acontecerá com aquele que apresentar documento com indício de falsificação. Frise-se, contudo, que o indício de falso é indispensável, devendo serem rejeitados os achismos infundados, já que a identificação criminal é sempre exceção.

O inciso II trata da hipótese em que o indiciado apresenta documento insuficiente para o identificá-lo cabalmente. Indagação que surge é: O que seria insuficiente? O que é insuficiente para uns pode não ser para outros. Fato é que o entendimento da autoridade policial sobre o que é insuficiente embasará a identificação criminal de indiciados por infrações penais.

Assim, embora o inciso não tenha feito menção expressa, a autoridade policial deve fundamentar mediante despacho, o porquê entende que eventual documento civil apresentado por um indiciado é insuficiente para identificá-lo cabalmente, isto é, sem dúvidas. A fundamentação ainda que não expressa se mostra totalmente coerente e pertinente.

O inciso III trata da hipótese em que o indiciado porta documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si. Esclarece-se que os incisos I e II mencionam o verbo "apresentar", enquanto que o inciso III, menciona o verbo "portar". Ou seja, o simples fato do porte já induziria a identificação criminal.

Outra questão é se a expressão "documentos de identidade" abrangeria só o documento de identidade propriamente dito, isto é, a carteira de identidade civil, ou quaisquer documentos de identificação civil legalmente admitidos. Ora, deve se amoldar

---

<sup>2</sup>Dicionário.Disponível em:< <http://www.dicionariodoaurelio.com/Rasurar.html>.>Acesso em: 21 jun. 2014.

a hipótese tanto aquele que porta duas carteiras de identidade civil com informações conflitantes, como aquele que porta uma carteira de identidade civil e uma carteira de trabalho, por exemplo, com informações essenciais conflitantes, já que ambos os documentos são "documentos de identidade", legalmente previsto em lei.

Em relação às informações conflitantes, têm-se que estas devem ser àquelas essenciais à própria identificação do indivíduo. Cumpre destacar que se deve ter diligência com àqueles que alteraram seu estado civil, porquanto tal fato pode repercutir nas informações essenciais dos documentos de identificação civil dos ex-cônjuges como de seus filhos, assim, indispensável ter cuidado para não realizar identificações criminais desnecessárias.

Pode acontecer que as informações conflitantes se restrinjam a mero erro material, devendo ser realizada análise casuística sobre a necessidade ou não da identificação criminal.

O inciso IV traz mais uma hipótese de subjetividade da possibilidade de identificação criminal, na medida em que dispõe que se fará identificação criminal quando esta for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Ora, a indagação que se faz é o que seria essencial? O legislador incorreu na mesma subjetividade do inciso II, contudo, a despeito disso, diferentemente do que fez em relação ao citado inciso, tem-se que exprimiu a necessidade de despacho da autoridade policial, fundamentando a essencialidade da identificação criminal ao caso, seja quando esta for de ofício seja quando for a requerimento do Ministério Público ou da defesa.

Já o inciso V dispõe que a identificação criminal poderá ocorrer quando constarem em registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações para o indiciado. Parece que o legislador quis resguardar a prática de falsos.

Por fim, o inciso VI dispõe sobre a possibilidade de se identificar criminalmente àquele que possua documento de identificação civil em estado de conservação ruim ou quando a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilitem a completa identificação dos caracteres essenciais do indiciado. Ou seja, não sendo possível ou havendo dúvidas de que o documento civil apresentado não demonstre com clareza a identificação civil do indiciado, deve-se realizar a identificação criminal, frise-se, contudo, mais uma vez que a identificação criminal é sempre a exceção, devendo-se todos os meios de identificações civis serem esgotados.

Sendo assim, existindo qualquer indício de falso ou que impossibilite ou venha impossibilitar de forma adequada a identificação civil do indiciado, a identificação criminal se mostra conveniente. Por outro lado, se o indivíduo puder ser identificado civilmente e restando afastada a existência de qualquer falso, a Constituição é clara em inadmitir a identificação criminal.

Por fim, o parágrafo único do artigo 3º dispõe que as cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado. A identificação criminal poderá ser determinada, mas dada a sua excepcionalidade, nada mais coerente que deva ser atestado documentalmente a determinação excepcional da medida.

## **1.2. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DE COLHEITA DE MATERIAL BIOLÓGICO PARA OBTENÇÃO DE PERFIL GENÉTICO: O**

## **DIREITO DO ESTADO DE IDENTIFICAR INDIVÍDUOS; A RAZOABILIDADE NA IDENTIFICAÇÃO**

A Lei 12.654 de 28 de maio de 2012 incluiu o parágrafo único no artigo 5º da Lei 12.037/2009, com isso, esta passou a prever a identificação criminal por meio de coleta de material biológico. Veja-se

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 5º.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Em relação ao inciso IV do artigo 3º da Lei 12.037/2009 remete-se à leitura das considerações feitas anteriormente.

Já o parágrafo único introduzido pela Lei 12.654/2012 trata de nova forma de identificação criminal por meio de colheita de material biológico para obtenção do perfil genético, acompanhando, desta forma, a evolução científica na diferenciação entre seres humanos.

A princípio a idéia de se identificar um investigado por meio de colheita de material biológico parece inovadora. Todavia, André Luiz Nicolitti e Carlos Ribeiro Wehrs destacam que este método não parece ser tão inovador em relação a identificação datiloscópica utilizada até então no Brasil, veja-se:

[...] em decorrência da viabilidade da identificação criminal por meio da papiloscopia, método menos constrangedor e que demonstrou ser bastante relevante, a extração de material genético se mostra desnecessária e menos eficaz (em especial considerando-se a possibilidade de cruzamento de informações com banco de dados já existente de identificação civil, o qual utiliza a coleta de impressões digitais para registro de pessoas<sup>3</sup>).

---

<sup>3</sup> NICOLITTI, André Luiz; RIBEIRO WEHRS, Carlos. *Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal*. Rio de Janeiro: Campos, 2014, p. 137

Ainda critica-se a discrepância que existe nos gastos financeiros e temporais:

[...] em estudo detalhado de Luiz Carlos Garcez Novaes, realizado em 2004, foram comparados métodos papiloscópico e genético(DNA), considerando-se os custos para realização de procedimentos, levando-se em consideração apenas o material gasto. Enquanto com a papiloscopia o custo médio era de centados, com o exame de DNA gastava-se R\$320,00(trezentos e vinte reais), sendo que o no primeiro o tempo de pesquisa laboratorial era de minutos ou poucas horas,enquanto, no segundo, de dois a sete dias<sup>4</sup>.

Assim, conforme bem destacado pelos referidos doutrinadores, a identificação criminal por meio de colheita de material biológico seria um retrocesso, porque nesta submete-se o investigado a um procedimento mais complexo e oneroso que a colheita de impressão digital que é igualmente segura. Ora, se a identificação biológica se demonstra menos adequada que a identificação datiloscópica, por que optar-se por aquela?

Destaca-se que a princípio conclui-se que a intenção da regulamentação da identificação criminal pela colheita de material biológico não teria outra razão que não fosse a impossibilidade de se identificar o investigado civilmente e na remota possibilidade de não ser possível a identificação criminal datiloscópica.

Ocorre que, mesmo que incida à hipótese a possibilidade de se proceder a identificação criminal por meio de colheita de material biológico, tem-se que dependendo da técnica que será utilizada na colheita, isto é de intervenção corporal invasiva ou não invasiva, a identificação deve ser ainda cautelosa porque pode configurar em violação dos direitos fundamentais dispostos em normas e em princípios constitucionais.

As intervenções corporais não invasivas devem ser a princípio permitidas ainda que não consentidas, se a colheita das mesmas se der mediante colheita de materiais biológicos descartados pelo próprio corpo, como por exemplo, saliva em copos,

---

<sup>4</sup> *Ibidem.*,p,137

cigarros, fios de cabelo, unhas desprezados e etc. Isto, desde que o indivíduo não seja coagido ou obrigado a usar um copo, fumar um cigarro, arrancar um fio de cabelo ou cortar um pedaço de unha, exclusivamente para o fim de ser identificado<sup>5</sup>.

Por outro lado, se a obtenção de material biológico for por meio de intervenção corporal for invasiva, ou seja, através de intervenção no próprio corpo do humano, e esta não for de forma livre e consciente consentida por quem está sendo objeto da mesma, tem-se por óbvio a violação de princípios e direitos constitucionais como o direito de não fazer prova contra si mesmo que decorre da presunção de inocência e do direito de defesa negativo(silêncio)<sup>6</sup>. A regra é esta.

Assim, não há dúvidas de que sob o enfoque constitucional seria impossível se obter uma intervenção corporal invasiva sem que o sujeito que terá sua esfera pessoal sob intervenção, autorize expressamente<sup>7</sup>.

Note-se ainda que não basta que haja consentimento, faz-se necessário também que este seja válido, ou seja, que não tenha sido viciado. Isto porque, uma vez comprovado que alguém consentiu em ser submetido a uma intervenção corporal invasiva por meio de tortura física ou psicológica, tem-se que ainda que o consentimento tenha sido expresso, deve ser rechaçado.

Neste sentido, cumpre destacar o posicionamento de Aury Lopes Jr., "Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso(gerando assim uma prova ilícita)"<sup>8</sup>.

A questão que se coloca é se a regra da impossibilidade de intervenção corporal não consentida poderia ser excepcionada em prol da identificação de

---

<sup>5</sup> LOPES JR., Aury. *op. cit.* p.629

<sup>6</sup> *Ibidem.*, p.629

<sup>7</sup> *Ibidem.*, p.629

<sup>8</sup> *Ibidem.*, p.630

indivíduos. Ou seja, se não for possível a identificação civil de um indivíduo e na remota possibilidade de ser impossível proceder a identificação criminal por meio datiloscópico poderia o Estado identificar biologicamente um indivíduo em prol da razoabilidade e do direito de identificar seus indivíduos?

Quanto à possibilidade de se utilizar o princípio da proporcionalidade para legitimar uma intervenção corporal invasiva não consentida, Aury Lopes Jr.<sup>9</sup>, é taxativo no sentido de que ainda que concorde que os direitos fundamentais não sejam absolutos, podendo em certos casos limitados pelo processo penal, destaca que o sistema brasileiro carece de autorização constitucional para tanto ou lei ordinária que o regulamente.

Ocorre que, o que se pretende analisar neste artigo científico, não é a possibilidade da utilização da intervenção corporal invasiva não consentida como meio de prova, mas na possibilidade de se identificar um indivíduo por meio desta, frise-se, apenas identificá-lo criminalmente.

Pode-se surgir dois posicionamentos. O primeiro entendimento no sentido de que o direito do Estado de identificar o indivíduo não pode ser superior aos direitos fundamentais de um indivíduo por violar princípios constitucionais e o Estado democrático de direito. Por outro lado, o segundo entendimento seria a possibilidade da aplicação da razoabilidade. E esta razoabilidade em prol do Estado se pautaria no direito que este possui em identificar criminalmente um indivíduo.

Parece que no que tange apenas à identificação, a segunda posição parece ser a mais acertada, porque é a Constituição que excepciona a identificação criminal do civilmente identificado às hipóteses que devem ser regulamentadas em lei, e como a lei 12. 037/2009 é a lei que regulamenta a identificação criminal, tem-se que o parágrafo

---

<sup>9</sup> *Ibidem.*, p.630

único do artigo 5º da referida lei, trazido pela Lei 12.654 de 28 de maio de 2012 seria legal, constitucional e razoável.

Desta forma, caso a identificação civil não seja possível por nenhum meio no momento do indiciamento, nem de ser por nenhum outro meio obtida ou providenciada, e na remota e quase impossível possibilidade da identificação criminal por meio datiloscópico também não ser, a identificação biológica seria o meio alternativo da identificação. Note-se, de identificação, apenas, porque a lei fala em identificação. E não em meio de prova. E esta identificação biológica seria razoável porque é direito do Estado de identificar seus próprios indivíduos.

### **1.3. A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DO PERFIL GENÉTICO OBRIGATÓRIA**

A Lei 12.654/2012 incluiu o artigo 9º-A na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, com isso esta passou a prever a identificação criminal obrigatória de perfil genético, por meio de extração de DNA, a indivíduos já condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Veja-se:

Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

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

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

Em relação à natureza jurídica da colheita obrigatória de DNA Nicolitt e Wehrs asseveram que, "...no caso se condenados pelos crimes descritos no artigo, opera-se a

extração obrigatória e sem necessidade de autorização judicial, constituindo espécie de novo efeito da condenação criminal"<sup>10</sup>.

Já quanto a finalidade da norma aduzem ainda os referidos autores que, "...tem a intenção de registrar o perfil genético de indivíduos considerados perigosos, a fim de facilitar a investigação de futuros delitos que se presume possam ser por eles praticados, criando a classe dos indivíduos registrados..<sup>11</sup>"

Como descrito, passou ser possível a identificação obrigatória do perfil genético, por meio de extração de DNA para os indivíduos já condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Considerando o dispositivo legal acima transcrito, passa-se a fazer algumas considerações:

Obviamente, a expressão "indivíduos já condenados", pressupõe trânsito em julgado da condenação em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, disposto no artigo 5º, LVII da Constituição. Veja-se:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Quanto aos crimes dolosos praticados com violência de natureza grave contra a pessoa, tem-se que a análise deve ser feita em relação a cada tipo penal em abstrato. Fato é, contudo, que esta expressão, "crimes dolosos praticados com violência de natureza grave contra a pessoa", é demasiadamente subjetiva, porquanto, pode dar margem à identificação obrigatória a condenados de qualquer crime que o julgador

---

<sup>10</sup> NICOLITT;WEHRS. *op. cit.* p, 146

<sup>11</sup> *Ibidem.*,p,146

entenda, frise-se, entenda, ter sido praticado com violência de natureza grave, o que pode ocasionar inseguranças.

Outra questão é que quanto à violência, dada a análise casuística, pode ser que se entenda que está poderá ser psicológica ou presumida, o que tornaria a obrigatoriedade ainda mais inconstante. Assim, a despeito de qualquer crítica quanto a constitucionalidade da disposição em exame, destaca-se que a obrigatoriedade da extração, por óbvio, só deve se dar a condenados por crimes dolosos praticados com violência, física, de natureza grave.

Já os crimes previstos no artigo 1º da Lei 8.072/1990<sup>12</sup>, são os seguintes:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

II - latrocínio (art. 157, § 3º, in fine);

III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);

IV - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º);

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).

VII-B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998).

VIII - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º).

(Incluído pela Lei nº 12.978, de 2014)

Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Por oportuno, cumpre destacar que como o legislador dispôs sobre "qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990", se referiu aos rol dos crimes tidos como hediondos.

<sup>12</sup>BRASIL. Lei n. 8. 8072, de 25 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)> Acesso em: 21 jun. 2014.

As questões que se colocam é se haveria a possibilidade da extração de DNA obrigatória de indivíduos que forem condenados pela prática dos crimes tidos como "equiparados a hediondos", conforme dispõe os artigos 5º, XLIII da Constituição Federal e 2º da Lei 8072/90, e dos crimes que pela doutrina deveriam ser tidos como "hediondos", apesar de não constarem expressamente pelo rol e nem serem equiparados, como por exemplo a forma qualificada da extorsão com resultado lesão grave ou morte<sup>13</sup>.

Esclarece-se que Guilherme de Souza Nucci assevera que se pode fixar três critérios para a classificação de um crime como hediondo, quais sejam: a) enumerativo, isto é o utilizado pela Lei de crimes hediondos, que simplesmente enumera os delitos que o legislador considerou hediondos; b) judicial subjetivo, que consistiria na possibilidade do magistrado emolduar um crime como hediondo; c) legislativo definidor, que seria contar com a definição do legislador do que viria a ser crime hediondo<sup>14</sup>.

Todavia, o referido doutrinador entende que apesar dos critérios judicial subjetivo e legislador definidor serem úteis, destaca que a adoção dos mesmos, pode gerar a insegurança do sistema, dada a análise subjetiva que se faria em cada caso concreto. Assim, defende que a forma eleita para se determinar se um crime seria hediondo ou não seria a inserção do crime no artigo 1º da Lei 8072/90 por adoção do critério enumerativo<sup>15</sup>.

Desta forma, com base no entendimento do mesmo, tem-se que não seria possível a determinação da extração obrigatória aos condenados de crimes que possuem caráter de hediondez ou de condenados pela prática de crimes equiparados a hediondos,

---

<sup>13</sup> DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.828

<sup>14</sup> DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.325

<sup>15</sup> *Ibidem.*, p.325

não obstante, Nucci asseverar que estes últimos crimes seriam, na essência, tão ou mais hediondos que os crimes descritos no rol do art.1º da Lei 8072/90, porque o constituinte ao elaborar o artigo 5º, XLIII da Constituição, optou por mencioná-los expressamente como delitos insuscetíveis de fiança, graça e anistia<sup>16</sup>.

#### **1.4. A OBRIGATORIEDADE DA EXTRAÇÃO OBRIGATORIA PARA CERTOS CONDENADOS E OS PRINCÍPIOS DO NEMU TENETUR SE DETEGERE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

De acordo com Ariane Trevisan Fiori, literalmente, a expressão *nemu tenetur detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir. E o fundamento deste princípio também é exposto por outras máximas: *nemu tenetur edere contra se*(deveria limitar sua aplicação à produção de documentos e outros elementos de relevância probatória para o process), *nemu tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), *nemu tenetur se ipsum prodere*,(nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público) *Nemo tenetur detegere turpitudinem suam*(ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha) e *privilege against self-incrimination*<sup>17</sup>.

O princípio do *nemu tenetur se detegere* foi referido expressamente na convenção americana de direitos humanos de 1969(Pacto São José da Costa Rica)<sup>18</sup> e no artigo 14, nº. 3, "g" no Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos de 1966<sup>19</sup>.

Como o Brasil ratificou tanto o Pacto internacional sobre direitos civis como o Pacto São José da Costa Rica(Decreto 678, de 06/11/1992), tem-se que tal princípio é base de nosso ordenamento.

---

<sup>16</sup> *Ibidem.*,p,335

<sup>17</sup> TREVISAN FIORI, Ariane. *A prova e a intervenção corporal, sua valoração no processo penal*. Coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.45

<sup>18</sup> *Ibidem.*,p,47

<sup>19</sup> *Ibidem.*,p,45

O *nemo tenetur se detegere* é um direito fundamental que resguarda o direito do cidadão de não produzir prova contra si mesmo em prol do Estado, o que inclui assim, o direito ao silêncio, que não pode ser considerado em prejuízo do acusado.

Destaca-se ainda que este direito de não se descobrir se insere entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos de liberdade<sup>20</sup>. Veja-se a observação de Queijo sobre o referido princípio:

[...] o princípio do *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregados para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações<sup>21</sup>.

Desta forma, se é um direito fundamental do cidadão não se descobrir, ressalta-se que de plano a extração de DNA obrigatória violaria o princípio do *nemo tenetur se detegere* e os direitos fundamentais à liberdade e à intimidade, porquanto na extração obrigatória se tem exatamente o oposto que o citado princípio resguarda. Veja-se as seguintes disposições constitucionais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
 [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;  
 [...] XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Já em relação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tem-se que a Republica do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito que tem como

<sup>20</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.55

<sup>21</sup> *Ibidem.*, p.55

fundamento a Dignidade da Pessoa Humana e rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência do direitos humanos. veja-se, são os artigos 1º e 4º da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...] II - prevalência dos direitos humanos;

Sobre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana destaca-se que é um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido<sup>22</sup>. Assim, considerando a importância do princípio da dignidade humana no ordenamento, tem-se que violações ao mesmo devem ser rechaçadas.

A extração obrigatória violaria o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, porque a dignidade está ligada aos direitos fundamentais do ser humano, por consequência, se algo fere um direito fundamental, viola a própria dignidade deste como humano que é.

Não há que se falar como forma de se legitimar a extração obrigatória, o direito do Estado de identificar seus indivíduos, como suscitado na identificação por meio de colheita obrigatória, porque sabe-se que na extração obrigatória e DNA, fala-se em condenado, o que pressupõe que este indivíduo, já foi identificado previamente, seja civilmente, seja criminalmente, antes da sentença com trânsito em julgado.

Além de violar o princípio de que ninguém é obrigado a se descobrir perante o Estado e a dignidade humana, a extração obrigatória também seria forma de tortura física e psicológica, já que os condenados seriam obrigados a serem submetidos a uma

---

<sup>22</sup> *Ibidem.*, p.539

intervenção corporal, o que por sua vez também violaria princípios e direitos fundamentais esculpidos na constituição e em tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Neste sentido, veja-se as seguintes disposições constitucionais:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;  
[...]XLVII - não haverá penas:  
[...]e) cruéis;

Não bastasse, todas as violações mencionadas, indaga-se, qual seria o propósito de se ter o perfil genético de certos condenados que já teriam sido identificados civilmente e/ou criminalmente? Não se sabe ao certo qual foi a intenção do legislador. Suspeita-se que seria para fins de comprovação de autoria criminosa de futuros delitos, ocorre que, este fato também violaria os princípios constitucionais e se constituiria ainda em meio de prova seria ilícito, o que é vedado, conforme o artigo 5º, LVI da Constituição. veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

## **1.5. OS BANCOS DE DADOS GENÉTICOS**

A Lei 12.654/2012 também passou a prever a instituição de bancos de dados genéticos para armazenamento dos materiais genéticos extraídos dos indivíduos identificados criminalmente com base na colheita de material biológico e nas extrações obrigatórias de DNA de condenados por certos crimes. Neste sentido, é o Decreto nº. 7.950 de 12 de março de 2013 que Instituiu o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a

Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Veja-se os artigos 7º-A e 7º-B da Lei 12.037/2009 e 9º-A, §§ 1º e 2º da Lei 7.210/1984:

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Art. 7º-B. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

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

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

Assim, tem-se não havendo outro meio de se identificar um indivíduo conforme já explicitado e ocorrendo a identificação criminal por meio de colheita de material biológico, tem-se que o material biológico colhido será armazenado em banco de dados até o prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito ou em data anterior a este, definida em decisão judicial, que deve ser devidamente fundamentada em observância ao princípio disposto no artigo 93, X da Constituição.

Os doutrinadores Nicolitt e Wehrs asseveram que a mencionada disposição seria, "legal e razoável considerando-se o objetivo da identificação criminal"<sup>23</sup>. Outrossim que, para esta contagem prescricional não deve ser considerado os marcos interruptivos do instituto dispostos no Código Penal. Defendem ainda que nos casos do inquérito policial ter sido arquivado por autoridade competente judiciária ou o acusado absolvido, não haveria que se falar em manutenção do perfil genético<sup>24</sup>.

Por outro lado, tem-se que o legislador foi silente acerca da exclusão dos bancos de dados dos materiais genéticos colhidos por meio de extração de DNA obrigatória de condenados por crimes praticados, dolosamente, com violência de

---

<sup>23</sup> NICOLITT; WEHRS. *op. cit.*, p. 144

<sup>24</sup> *Ibidem.*, p. 144

natureza grave contra a pessoa ou nos casos de crimes hediondos, o que no entendimento dos autores supramencionados demonstraria que o prazo seria indeterminado<sup>25</sup>.

Por fim, aduzem que esta falta de determinação seria absolutamente inconstitucional por violação ao dispositivo constitucional que veda as penas de caráter perpétuo, o princípio da dignidade da pessoa humana e às garantias fundamentais da intimidade e da privacidade.

## CONCLUSÃO

De fato, o Estado tem direito de identificar seus indivíduos, todavia, essa identificação deve ser nos moldes da Constituição Federal, que impõe a regra da identificação civil e excepciona a identificação criminal. As exceções previstas em lei devem ser objetivas, disposições abertas e subjetivas que excetuam a regra são descabidas, a fim de que se evite arbitrariedades. Daí, a necessidade de que a determinação da identificação criminal pela autoridade policial deve ser sempre fundamentada.

A identificação no Brasil se dá por meio datiloscópico tido como seguro e não oneroso. Recentemente, a Lei 12. 654/2012 inovou e alterou as Leis 12. 037/2009 e 7.210/1984. Passou-se a prever a identificação criminal por meio de colheita de material biológico e a identificação obrigatória de DNA a condenados por certos crimes.

Obviamente, as inovações científicas devem beneficiar o Estado. Neste ponto, esclarece-se que a identificação biológica se demonstra ser técnica precisa. Ocorre que, a precisão de uma técnica não pode se sobrepor a toda a sistemática jurídica fundada na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>25</sup> *Ibidem.*,p,149

Na remota hipótese de não ser possível nem a identificação civil por nenhum meio nem a identificação criminal por meio datiloscópico, é razoável que se possa pensar, frise-se, pensar com muita cautela, em identificar, frise-se, novamente, identificar, apenas, um indivíduo através de colheita de material biológico, observadas a técnica e a segurança no procedimento. É coerente ainda que nestes casos o perfil genético dos identificados criminalmente de forma biológica seja armazenado até a prescrição do crime que se está investigando ou por certo tempo determinado por decisão judicial fundamentada.

Por outro lado, a identificação obrigatória por meio de extração de DNA de condenados por certos crimes não se demonstra ser razoável. Inicialmente, discrimina-se, pressupõe que nunca existirá ressocialização, que um indivíduo que cometeu um crime estará sempre na iminência de cometer novo crime, ou seja, que nunca deixará de ser um criminoso, devendo ser por isso, cadastrado e controlado para que o Estado se resguarde. Neste sentido, é ainda o banco de dados sem prazo determinado para armazenar os perfis genéticos de condenados. O que ocorre é que se cria sortilégios inquisitivos para poder condenar novamente o transgressor estatal. Com isso tudo, viola-se direitos e garantias fundamentais, valores axiológicos e princípios constitucionais, ou seja, toda a sistemática do Estado democrático de direito.

Ora, nem tudo que pondera direitos fundamentais deve ser considerado inconstitucional, já que estes não são absolutos. Ocorre que, uma vez identificado no nosso ordenamento jurídico um sortilégio inquisitivo, ainda que este não tenha sido abolido expressamente ou que tenha inserido no ordenamento jurídico após 26 anos da Constituição de 1988, tem-se que este deve ser interpretado à luz desta.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 21 de jun. 2014

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969). *Pacto São José da Costa Rica*. São José da Costa Rica, 1969.

DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

DE SOUZA NUCCI, Guilherme. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed, Saraiva, São Paulo: 2012, p. 318

NICOLITTI, André Luiz; RIBEIRO WEHRS, Carlos. *Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal*. Campos, Rio de Janeiro: 2014

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1976), *Pacto internacional sobre direitos civis e políticos*. Assembléia Geral das Nações Unidas, 1976

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

TREVISAN FIORI, Ariane. *A prova e a intervenção corporal, sua valoração no processo penal*. Coleção pensamento crítico. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008