

Introdução

Este trabalho científico tem o objetivo de debater a possibilidade de colheita de material genético para fins de investigação criminal em face do direito da não autoincriminação.

Para tanto, pretende-se realizar breves apontamentos sobre o instituto da identificação criminal, diferenciando-o da qualificação criminal e do reconhecimento pessoal.

Pretende-se tratar das inconsistências da alteração legislativa na Lei 12.037/09, levada a efeito pela Lei 12.654/12, inaugurando a possibilidade de extração de DNA de investigados.

A par disso, busca-se investigar se a possibilidade de colheita de material genético para fins de investigação criminal mitiga o direito a não autoincriminação.

Utilizou-se da pesquisa bibliográfica e do método jurídico-dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção microanalítica acerca da temática ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise da questão, teórica e interpretativa.

1 Breves apontamentos sobre identificação criminal

Geralmente, no local onde ocorreu a infração penal, são encontrados vários resíduos que podem, eventualmente, indicar um provável responsável pelo delito, como fios de cabelo, sangue, sêmen, saliva etc. Após o recolhimento dos vestígios encontrados no local, deverão ser encaminhados para armazenamento em banco de dados de perfis genéticos, sob os cuidados de uma unidade oficial de perícia criminal, nos termos da Lei 12.037.

Para proteger as informações do gênero humano, estes bancos de dados estarão sob sigilo e sua utilização está adstrita aos fins previstos em lei, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa de quem der fim diverso ao previsto na norma legal.

Na rotina policial, não raro, o investigado, no intuito de furtar-se à responsabilidade penal dos crimes que praticou, presta informações falsas sobre sua identidade, apresentando documentos de outrem. Justifica-se assim a relevância da identificação criminal como método eficaz capaz de registrar os dados corretos daquele que está sendo investigado. A importância disso é a certeza para o delegado de polícia e, posteriormente, para o Poder Judiciário de que se está responsabilizando a pessoa correta.

Importante diferenciar a identificação criminal, qualificação criminal e do reconhecimento pessoal. O informe do nome, naturalidade, estado civil, filiação, domicílio e outros corresponde à qualificação do indivíduo. Já a identificação criminal, baseia-se na colheita de impressões digitais, fotografia e, quando possível, extração de perfil biológico. Também, não se confundem com o reconhecimento pessoal, meio de prova, consistente na indicação pela vítima ou testemunhas se aquela pessoa está envolvida no fato criminoso. Portanto, é mais um método de identificação de natureza e finalidade distintas da identificação criminal.

Em linhas gerais, a identificação criminal pode ser definida como um procedimento de competência da autoridade policial para desencadear o processo datiloscópico que consiste na colheita de impressões digitais e o processo fotográfico que corresponde a apanhar imagens fotográficas do investigado.

Esse desdobramento procedimental não está sob reserva de jurisdição, ou seja, prescinde de autorização judicial, contudo em razão do princípio da estrita legalidade, é obrigatória a observância das hipóteses previstas em lei. É uma medida que possui o nítido propósito de especificar e caracterizar determinada pessoa que apresenta indícios de autoria de uma infração penal, sob a fundamentação e justificação legal ou judicial.

2 A identificação do perfil genético e o princípio da não autoincriminação

A Lei 12.654/12 trouxe uma importante novidade para o ordenamento jurídico brasileiro na medida em que inseriu a possibilidade de extração de DNA de investigados e apenados, alterando a Lei 12.037/09 que disciplina as identificações criminais. A alteração legislativa pretendeu disponibilizar a genética à administração da justiça, pois os dados genéticos são originais, não admitindo duplicidade.

O Poder Legislativo ao inserir a identificação do perfil genético na Lei de identificação criminal acabou por ampliar o próprio conceito do procedimento identificativo.

A identificação do perfil genético é tida como meio de prova invasiva, pois importa em ingerência ou intervenção no corpo do investigado através de ferramentas ou substâncias em orifícios naturais ou não. Diferentemente dos elementos provenientes do organismo humano recolhidos por descarte.

A primeira análise a ser feita é relativa a natureza aberta, imprecisa e genérica do enunciado quando se diz “essencial às investigações”, o que implica em grande insegurança jurídica em face de direitos e garantias fundamentais envolvidas.

Na prática, se o indiciado se contrapõe a colheita das impressões digitais para serem feitas comparações com outras encontradas no local do crime, o magistrado considerando que a identificação é essencial as investigações determinará a colheita compulsória. Esta ordem significa uma mitigação ou senão eliminação do princípio da não autoincriminação.

No mínimo, é preciso definir ao menos quais seriam os tipos de delito que possibilitariam a providência da identificação genética.

A extensão demasiada do enunciado “essencial às investigações” abre portas para os abusos, já que não há controle, nem critérios objetivos para se aplicar o procedimento ao fato *sub judice*. A Lei aduz que a autoridade policial, por meio de representação, e o Ministério Público, por requerimento, poderão provocar o magistrado para permitir a deflagração da identificação criminal. A Lei ainda permite que o juiz decrete a identificação criminal de ofício, incorrendo em mais uma inadequação.

A identificação genética, espécie da identificação criminal, constitui um método de prova invasivo, diferentemente dos métodos fotográficos e datiloscópicos. É um tipo de medida que afeta a inviolabilidade pessoal, por isso mesmo deve ser submetida a critérios rígidos aptos a impedir abusos por parte do Estado-Juiz.

A edição da Lei 12.654 de 2012 introduziu a identificação genética de forma compulsória e acabou por comprometer o direito à não autoincriminação.

Os direitos fundamentais do acusado estão em risco por ato do legislador que esqueceu-se dos valores arraigados na Constituição Federal. A identificação genética além de ser um meio de prova invasivo, está nas mãos do juiz, que pode até constituir prova antes do processo, violando o sistema acusatório.

A atividade de produção de provas, prevista na lei, é um direito do autor, do réu e, em alguns casos, até do juiz. Ao relutar contra as imputações do autor da ação penal em favor da sua absolvição sem subsidiar as provas que favorecem a acusação, o indiciado ou réu está exercendo simplesmente seu direito de defesa.

O poder concedido aos órgãos incumbidos da persecução penal de obrigar uma pessoa ao processo de identificação criminal genética é resquício de um direito penal e processual penal de exceção, incompatível com os pilares do Estado Democrático de Direito. O comportamento de indivíduo digno de extrema reprovação, seja pela crueldade ou qualquer outra razão, não pode resultar na mudança de sua condição como pessoa, pois isso abre portas para outras violações sob o fundamento de proteger os cidadãos.

A Lei 12.654/12 afronta a Constituição posto que fere o direito de não produzir prova contra si.

O princípio da presunção de inocência encontra guarida expressa na Constituição Federal, e a lei da colheita de material genético ofende também este princípio, já que seus dados serão utilizados para comparação com resíduos encontrados na cena do crime.

Considerações Finais

Este trabalho científico objetivou debater a possibilidade de colheita de material genético para fins de investigação criminal em face do direito da não autoincriminação.

Para tanto, realizou-se breves apontamentos sobre o instituto da identificação criminal, diferenciando-o da qualificação criminal e do reconhecimento pessoal.

Foram apresentadas as inconsistências da alteração legislativa na Lei 12.037/09, levada a efeito pela Lei 12.654/12, que previu a possibilidade de extração de DNA de investigados.

A par disso, buscou-se investigar se a possibilidade de colheita de material genético para fins de investigação criminal mitiga o direito a não autoincriminação.

Dessa forma, conclui-se que a colheita de material genético para investigações policiais compulsiva viola o princípio da não autoincriminação.

Se a Lei 12.654 de 2012 teve por objetivo somente impulsionar a eficiência das diligências investigativas no tocante a identificação criminal, não poderia deixar espaço para interpretações dúbias, de forma que possibilite levantar provas contrárias ao interesse do sujeito passivo da relação processual. Nota-se, que indireta e implicitamente o direito a não autoincriminação foi mitigado.

Em suma, caso os tribunais não entenderem pela inconstitucionalidade da lei que, ao menos sejam construídos parâmetros objetivos e concretos para que o juiz possa decidir de forma devidamente fundamentada e motivada as hipóteses permissivas para extração de material genético. Esta pesquisa ergue-se para contribuir na evolução de uma democracia cada vez mais sólida e madura. E esta consolidação democrática se constrói através de, dentre outras maneiras, do debate acadêmico com o propósito de questionar e criticar construtivamente as condutas do Estado frente aos direitos fundamentais.

Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**: identificação criminal. 7º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. 215 p.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Leinº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012**. 20º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário* nº 973.837, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, DV, 30 de junho de 2016. **Lex**: jurisprudência do STF e Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: da questão ou tortura. São Paulo, 1764, 35 p.

Engelman, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e conceito de direito. 1º ed., São Paulo: SAFE, 2001. 174 p.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**: intervenções corporais e os limites assegurados pelo *Nemo Tenetur se Detegere*. 11º ed., São Paulo: Saraiva, 2014. 454 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: a colheita de material biológico para DNA e a presunção de inocência. 11º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. 121 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**: intervenções corporais. 18º ed., São Paulo: Atlas, 2014. 412 p.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de processo penal para concursos**: providências. 10º ed., São Paulo: JusPodivim, 2015. 137 p.