

# COLETA DE PERFIL GENÉTICO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL OU MEIO DE PROVA, À LUZ DO PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE?<sup>1</sup>

STENIO SANTOS SOUSA<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

No dia 28 de maio de 2012, foi sancionada a Lei nº 12.654, que alterou a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 (Lei de Identificação Criminal) e a Lei nº 7.210, de 11 julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal no Brasil.

Neste breve estudo, promovemos um debate sobre a natureza jurídica da coleta de perfis genéticos no curso de uma investigação criminal, na medida em que a incursão no ordenamento jurídico brasileiro da Lei nº 12.654/2012 trouxe alguns relevantes questionamentos quanto a sua constitucionalidade, dentre os quais o de que poderia servir para finalidades outras que não a simples identificação criminal, mas como verdadeiro meio de prova, ainda durante a fase preliminar do processo penal, com consequente invasão da esfera de intimidade do investigado (ou do condenado) sem prévia autorização judicial, o que violaria a garantia da via judiciária.<sup>3</sup>

---

1 Artigo elaborado originalmente no mês de setembro de 2013 durante o Mestrado em Ciências Policiais, especialização em Criminologia e Investigação Criminal, pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna (ISCPSI) de Portugal.

2 Delegado de Polícia Federal. Mestre em Ciências Policiais. Prof. da Academia Nacional de Polícia (DF)

3 CANOTILHO, J. J. Gomes, Estado de Direito, (Coleção cadernos democráticos),

A relevância do tema se sobressai na medida em que tanto as ciências naturais quanto a ciência da investigação criminal do novo milênio, cada uma a sua maneira, vem evoluindo em ritmo acelerado, muitas vezes sem que seja possível maiores discussões, ou mesmo ínfima participação daqueles que sofrerão seus efeitos, os quais terminam por repercutir socialmente de forma grave, levando a questionamentos quanto aos limites éticos envolvidos, em especial no que se refere ao respeito à intimidade e à privacidade dos cidadãos, em face dos interesses envolvidos no esclarecimento da verdade sobre um crime ocorrido e quanto à realização da Segurança Pública a qualquer preço.

A fim de alcançar o objetivo proposto, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica, bem como, visando averiguar a aplicabilidade prática da legislação sobre o tema, breves diálogos com peritos criminais da área de genética e junto à área penitenciária federal no Distrito Federal.

De toda sorte, iniciamos nosso estudo discutindo brevemente sobre a chamada Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/2009), verificando as hipóteses em que é aplicável e com quais objetivos, a partir de onde acreditamos poder surgir diretrizes para a utilização da novel legislação sobre coleta de perfis genéticos, mas especialmente para saber se esta última pode ser compreendida como meio de identificação criminal.

Em seguida, considerando que também é uma das hipóteses suscitadas a de que a natureza jurídica da coleta de perfis genéticos seria a de meio de prova, no terceiro tópico enfrentamos *en passant* a questão conceitual da prova e procuramos analisar os atuais meios de prova existentes no processo penal brasileiro, cotejando-os com as disposições trazidas pela Lei 12.654/2012.

---

Lisboa: Gradiva, 1999. p. 69.

No quarto tópico deste estudo analisamos as conclusões obtidas nos dois itens precedentes, visando a apontar considerações sobre nosso posicionamento quanto à natureza jurídica da coleta de perfil genético no contexto da investigação criminal.

Por fim, no último item do estudo apresentamos algumas considerações visando à recapitulação do caminho metodológico percorrido e ao apontamento de nossas impressões preliminares sobre a natureza jurídica da coleta de perfis genéticos e seus reflexos no contexto da investigação criminal.

## **2. BREVES NOTAS SOBRE A LEI DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL**

A Constituição Federal brasileira de 1988, no art. 5º, LVIII, prevê que *“o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”*. Para Capez<sup>4</sup>, referida norma é de eficácia contida *“uma vez que estabelece um princípio geral, o qual é passível de ser reduzido por meio de dispositivo inferior”*, conforme, aliás, se observa expressamente das disposições da Lei 12.037/2009, que cuida da identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando referido dispositivo constitucional.

Assim, cediço que todos os indivíduos devam ser, em regra, identificados apenas civilmente nos órgãos de identificação competentes, sem a necessidade de constrangimentos, mas para o fim de satisfazer interesses comuns com os da sociedade em geral.

A Lei nº 12.037/2009, nesse passo, prevê como forma de identificação civil a apresentação de qualquer documento público que se presta àquela finalidade, dentre os quais menciona carteira

---

4 CAPEZ, Fernando. Considerações gerais sobre o indiciamento e a identificação criminal do civilmente identificado (Lei n. 12.037, de 01 de outubro de 2009). Disponível em: <[http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con\\_id=5618](http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5618)>. Acesso jul. 2013.

de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte, carteira de identificação funcional, sem prejuízo da equiparação entre os documentos de identificação civil e dos militares.

As exceções, autorizadas pelo texto Constitucional, foram expressamente regulamentadas no art. 3º da Lei de Identificação Criminal, com redução ou nidificação da validade jurídica dos documentos públicos apresentados, na seguintes hipóteses: rasura do documento ou indício de falsificação; insuficiência para a plena identificação do indiciado; porte de documentos distintos e com informações conflitantes entre si, por parte do indiciado; essencialidade da identificação criminal para as investigações policiais, “segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”; existência de registros policiais em que conste o uso de nomes distintos ou qualificações diversas; quando, seja em razão do estado de conservação do documento ou do tempo em que a fotografia foi obtida, seja em razão da localidade da expedição do documento apresentado, restar impossibilitada a identificação plena dos caracteres essenciais do suspeito.

Parece-nos, assim, que ao discorrer sobre os documentos de identificação, a Lei de Identificação Criminal pretende, se não unicamente, de forma prevalente, efetivamente deixar claro quem é o autor de uma conduta ilícito-típica noticiada desde o início do processo penal, ainda no curso da investigação preliminar realizada pelo Inquérito Policial, concretizando o princípio constitucional que festeja a liberdade de expressão na mesma medida que repudia o anonimato (art. 5º, IV, da CF/88).

Conquanto ainda que seja possível falar-se de outras formas de identificação<sup>5</sup> exigíveis pela polícia em sua tridimensio-

---

5 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 293-294.

nalidade<sup>6</sup>, seja na esfera administrativa, seja na esfera da ordem pública, in casu, verifica-se que o destinatário da norma é a autoridade de polícia judiciária, mais especificamente o Delegado de Polícia<sup>7</sup>, responsável pela investigação criminal preliminar<sup>8</sup>.

É àquela, que já tinha o dever legal de realizar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, conforme expressamente previsto no art. 6º, VIII, do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3689/1941), que caberá decidir se, na hipótese fática, há exigência, ou não, da realização da identificação criminal do suspeito e/ou indiciado<sup>9</sup>.

A identificação criminal, ao seu turno, deve ser entendida, na forma do art. 5º, da Lei nº 12.037/2009, incluindo-se “o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação”.

Importante o esclarecimento prestado pelo legislador ordinário, nesse aspecto, uma vez que pairam dúvidas sobre o que efetivamente seja a identificação criminal, em especial no que concerne a sua distinção com outras figuras

---

6 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 270..

7 Com a recente edição da Lei 12.830/2013, não há mais dúvidas que a autoridade policial no Brasil, para fins de investigação criminal, é o Delegado de Polícia, conforme expressamente previsto no art. 2º, §1º: “Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.

8 No mesmo sentido: CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 121.

9 Não obstante presente em diversas passagens do Código de Processo Penal e, por vezes, sendo confundido com a própria identificação criminal, somente com o advento do §6º, do art. 2º, da Lei 12.830/2013 é que foi normatizada a figura jurídica do indiciamento, nos seguintes termos: “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.”

jurídicas como são exemplos a individualização, a qualificação e a constatação.

Enquanto a individualização consiste em processo amplo de obtenção de informações que tornem um indivíduo único, o que inclui as características físicas, familiares e sociais, a qualificação consiste na obtenção de informações mínimas, tendentes à individualização, como nome, data de nascimento e filiação. A constatação, ao seu turno, consiste no método de averiguação de informações existentes no indivíduo no que toca a sua convergência com as arquivadas.

Ensina Alferes<sup>10</sup> que a “*identificação criminal é o termo utilizado para a reunião de informações visando individualizar uma determinada pessoa sujeita a um processo criminal ou ao inquérito policial, com objetivo de auxiliar o sistema penal [...]*”, assim como os métodos (coleta, registro e arquivamento das informações) utilizados pelos órgãos de persecução criminal para tal finalidade.

Quando a lei fala que a identificação criminal inclui o processo datiloscópico, qual seja, a coleta das impressões datiloscópicas, e o processo fotográfico, coleta da imagem física do investigado ou indiciado, deixa claro que não se limita a tais procedimentos, podendo ser vislumbrados outros processos como o “*registro das características físicas de identificação visual (como cor dos olhos, cabelo, pele, altura, peso, idade), dados sócio-familiares (como filiação, residência, local de atividade laboral, apelido), etc.*”<sup>11</sup>, sem restringir ou excluir expressamente elementos que poderiam ser coletados visando à plenitude da identificação criminal, sempre no interesse da investigação e do sistema de persecução criminal, em específico, e no da sociedade, em geral.

---

10 ALFERES, Eduardo Henrique. Lei 12.037/09: novamente a velha identificação criminal. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 72, jan 2010.

11 ALFERES. *Op. cit.*

Ressalte-se, nesse passo, que a Lei 12.654/2012, ao incluir o parágrafo único ao art. 5º, da Lei 12.037/2009, terminou por inovar o ordenamento jurídico brasileiro, ante a lacuna existente, dispondo que “na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”, sendo que tais dados deverão ser armazenados em banco de dados específico, administrados por unidade de perícia criminal (art. 5º-A).

A inovação, todavia, refere-se especialmente ao fato de passar a prever expressamente um método ou processo de identificação criminal que já se encontrava implícito na lei específica e autorizado constitucionalmente por norma de eficácia contida, conforme dito alhures.

Questiona-se, no entanto, se a coleta de perfis genéticos de suspeitos de crime, para além de um meio de identificação criminal de suspeitos de crime e/ou indiciados no curso de investigação criminal (*rectius*: Inquérito Policial), não seria verdadeiro meio de obtenção de prova no processo penal *lato sensu*, o qual inclui a investigação criminal como fase preliminar.

### **3. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: PRINCÍPIOS DA CONSTITUCIONALIDADE, CONCORDÂNCIA PRÁTICA E PROPORCIONALIDADE**

Conforme visto no item anterior, a identificação criminal na fase da investigação criminal, dentro do processo penal, ex-surge com a finalidade de garantir a individualização do investigado ou do indiciado<sup>12</sup>, visando a permitir que o poder puni-

---

12 Com o advento da Lei 12.830/2013, imprescindível seja feita uma nova leitura doutrinária da figura do indiciado no processo penal brasileiro, diferenciado-o claramente do investigado ou suspeito, uma vez que, no último caso, ainda não há elementos mínimos de convicção que autorizem o Delegado de Polícia a realizar a

tivo estatal possa ser unicamente sentido por (ou incidir sobre) aquele que violou de forma grave a tessitura social, por meio da comissão de conduta ilícito- típica passível de sanção penal.

Frise-se, ainda, por relevante, que a identificação criminal também pode ser vista, sob o prisma da ciência policial, como uma das várias maneiras com que o ordenamento jurídico dota “os elementos policiais de conhecimentos, competências e capacidades adequadas a prevenir os perigos, os riscos e os danos reais”<sup>13</sup> de modo a que sejam capazes de atender aos anseios e as necessidades da sociedade tardo-moderna<sup>14</sup>, materializando-se, nesse aspecto, como um dos instrumentos da Polícia para fazer agir concretamente o texto Constitucional.

Nesse contexto, há que se indagar se a identificação criminal poderia ser entendida como meio de obtenção de prova no processo penal ou seria unicamente uma medida cautelar e de polícia ou, ainda, se teria uma natureza mista.

Para o fim de alcançar as conclusões sobre referida natureza jurídica, é mister distinguir, inicialmente, o que seria prova, para em seguida distinguir os tipos de prova dos meios de sua obtenção.

### 3.1. COMPREENSÃO CONCEITUAL ACERCA DA PROVA

Visando encontrar um conceito útil de prova, Duclerc<sup>15</sup> inicia sua investigação crítica apontando o abandono inicial de

---

imputação objetiva de autoria de uma conduta ilícito-típica, conforme se verifica, a contrario sensu, do disposto no art. art. 2º, §6º, *ipsis litteris*: “o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

13 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A ciência policial na sociedade tardo-moderna como Fundamento do Estado de Direito Democrático. Revista Brasileira de Ciências Policiais, Vol. 2, n.o 2, JUL/DEZ 2011, p. 50 (2012)

14 FARIA COSTA, José de. Noções fundamentais de direito penal. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 47.

15 DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 5.



qualquer pretensão no tocante ao estabelecimento de um “*conceito universal de prova*”, reconhecendo a complexidade da questão e a ausência de acordo na doutrina processual, donde decorreriam as conhecidas expressões “*meio de prova*”, “*elementos de prova*”, “*atividade probatória*”, dentre outras, dando a impressão de que “*o substantivo prova não pode ser convenientemente definido senão através de um conceito acessório que o remete, ora para um outro objeto, ora para uma ação*”<sup>16</sup>.

Nessa linha, ilustra seus argumentos quanto à “*ilusão da universalidade*”, citando conceitos de prova em Carnelutti<sup>17</sup>, Chiovenda<sup>18</sup>, Espínola Filho<sup>19</sup>, Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>20</sup> e Tourinho Filho<sup>21</sup>, ressaltando, outrossim, a doutrina de Germano Marques da Silva e Júlio B. Mayer, como exemplos de percepção das dificuldades conceituais, ou mesmo ausência de univocidade temática.

Sobre referidas dificuldades conceituais, Streck<sup>22</sup> afirma que a linguagem é “*condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento*”, não sendo factível o que chama de “*ideal de exatidão*” uma vez que seria “*impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto socioprático em que são usadas*”. Desse modo, conclui que “*a linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva*”.

---

16 DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 5.

17 “*uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo*”. (Apud DUCLERC, Op. cit. p. 6)

18 “*formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo*”. (Idem)

19 “*atividade desenvolvida no curso dessa ação (ação penal), no sentido de convencer de que ocorreu, efetivamente, a infração penal e dela é ou são autores quem a denúncia ou queixa acusa [...]*”. (Idem. p. 7)

20 “*instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo*”. (idem. p. 7-8)

21 “*meios pelos quais se procura estabelecê-la [a verdade]*”. (Idem. p. 8).

22 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 144-145.

Nessa esteira é que Duclerc vem afirmar a impossibilidade de uma definição de prova “*senão por redefinição, ou seja, mediante um processo de reconstrução do seu sentido*”<sup>23</sup>, para, em seguida, sugerir seu conceito como linguagem, ou seja, “*como comunicação, como troca de mensagens entre emissores [...] e receptor (juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhes são transmitidos como etapa necessária do processo decisório*”<sup>24</sup>.

### 3.2. VALOR PROBATÓRIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Observamos que o conceito de prova de Duclerc, não obstante publicado em 2004, harmoniza-se com o art. 155, *caput*, do Título VII, do Código de Processo Penal, mesmo após as alterações introduzidas pela lei 11.690, de 2008, quando passou expressamente a determinar que o convencimento do Juiz deve ser motivado<sup>25</sup> e se basear em “*livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial*”. Ressalte-se que o mesmo artigo, no entanto, abre uma exceção importante no sentido de que a decisão do Magistrado não poderá ser fundamentada “*exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*”.

Assim, pelo menos desde a mini-reforma do CPP de 2008, não há mais de se falar em produção de prova unicamente na fase judicial do processo penal brasileiro. Além do Juiz poder formar seu convencimento nos elementos informativos produzidos na investigação criminal, desde que cotejados com outros

---

23 DUCLERC. *Op. cit.* p. 15.

24 *Idem.* p. 16.

25 A motivação das decisões judiciais decorre de exigência do art. 93, IX, da Carta Política de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”. (grifos nossos).

elementos produzidos em contraditório judicial, a lei passou a expressamente autorizar ao Magistrado a fundamentação de suas decisões, inclusive com exclusividade, com base em provas cautelares, em provas não repetíveis e em provas antecipadas, inclusive aquelas produzidas na fase do Inquérito Policial.

Tecendo comentários sobre o valor probatório dos atos do Inquérito Policial, Lopes Jr. aponta a natureza instrumental da investigação preliminar, que serviria para *“reconstruir o fato e individualizar a conduta dos possíveis autores, permitindo assim o exercício e a admissão da ação penal”*<sup>26</sup>, sendo que, no plano de provas, seu valor estaria exaurido após a admissão da denúncia (ou arquivamento), servindo então apenas para *“indicar os elementos que permitam produzir prova em juízo, isto é, para a articulação dos meios de prova”*<sup>27</sup>, exemplificando com provas testemunhais, além de servir para *“fundamentar medidas endoprocedimentais (cautelares etc.)”*, para fundamentar medidas restritivas de liberdade pessoal e a indisponibilidade de bens<sup>28</sup>, no que estaria patente sua importância.

Para Lopes Jr., não obstante reconheça uma *“limitada eficácia probatória”*<sup>29</sup>, em face da exceção da prova técnica, e que, na prática, o valor do Inquérito Policial para auxiliar o Poder Judiciário em suas decisões seja um fato consumado (e que deva ser combatido), na fase da investigação preliminar, enquanto as provas repetíveis consubstanciam-se em *“meros atos de investigação”*, as provas não repetíveis ou não renováveis exigiriam um *“incidente de produção antecipada de provas”*<sup>30</sup>, as quais deveriam

26 LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 323-324.

27 *Idem*. p. 324.

28 *Idem*. p. 325.

29 LOPES JR. Op. cit. p. 329.

30 O art. 225 do CPP dispõe que: *“Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente*

ser produzidas, no mínimo, “sob a égide da ampla defesa (isto é na presença fiscalizante da defesa técnica), posto que são provas definitivas e, via de regra, incriminatórias”<sup>31</sup>.

Defende, ainda, a criação de um Juiz de garantias e, com forte influência na experiência espanhola, a exclusão física dos autos do Inquérito Policial da fase judicial, a fim de que não influenciem no juízo valorativo do Magistrado, tornando o processo original, com exceção das provas técnicas e dos incidentes de produção antecipada de provas, realizadas por órgão jurisdicional.

### **3.3. TIPOS DE PROVAS, MEIOS DE PROVA E MEDIDAS DE POLÍCIA**

Para além da discussão quanto ao seu conteúdo, donde restou em comum, no mínimo, que a prova técnica ou material representa ato de prova na investigação preliminar, entendemos que no processo penal brasileiro, na esteira de Tourinho Filho<sup>32</sup>, quanto à forma, as provas podem ser, em síntese: pessoal, documental e material.

O Título VII, Livro I, do Código de Processo Penal brasileiro disciplina a prova, ao passo que as medidas cautelares estão previstas no Título IX, que também cuida da prisão e da liberdade provisória. No campo da prova, dentro do CPP, encontram-se, pois: o exame de corpo de delito e as perícias em geral (Capítulo II), o interrogatório do acusado (Capítulo III), a confissão (Capítulo IV), o ofendido (Capítulo V), as testemunhas (Capítulo

---

*o depoimento”, não havendo, portanto, previsão de incidente de produção antecipada de prova distinta da pessoal, o qual seria, conforme Lopes Jr., “uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa”. (Idem. Ibidem)*

31 *Idem.* p. 328.

32 TOURINHO FILHO, Fernando. Processo penal. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3. p. 225.

VI), o reconhecimento de pessoas e coisas (Capítulo VII), a acareação (Capítulo VIII), os documentos (Capítulo IX), os indícios (Capítulo X), a busca e a apreensão (Capítulo XI).

O art. 6º, do Código de Processo Penal, outrossim, reportando-se à autoridade policial, estabelece as medidas de polícia, como sendo: dirigir-se ao local do crime para evitar alteração no estado das coisas, apreensão de objetos relacionados aos fatos, após liberação dos peritos, colheita de todas as provas que servirão ao esclarecimento do fato com todas as suas circunstâncias, oitiva do ofendido, do indiciado, reconhecimento de pessoas, coisas, acareações, determinar que se proceda ao exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias, ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, fazendo a juntada da folha de antecedentes criminais, averiguação da vida pregressa do indiciado com vistas a identificar seu temperamento e caráter.

Além disso, o Delegado de Polícia poderá proceder à reprodução simulada dos fatos (CPP 7º) e, ainda, deverá, conforme art. 13 do CPP, fornecer às autoridades judiciárias todas as informações reputadas imprescindíveis à instrução e julgamento na fase judicial do processo penal, realizar outras diligências requisitadas por Magistrado ou membro do Ministério Público oficiante, bem como cumprir mandados de prisão e representar pela prisão preventiva, nas hipóteses legais.

Parece-nos que, em face do que dispõe o art. 6º, VIII, do CPP, razão se encontre em Manuel Valente quando afirma ser a identificação prevista no art. 250 do CPP Português, uma medida cautelar e de polícia com vistas a *“assegurar as provas pessoais para futuro contacto e apresentação, quer sede de inquérito, ou instrução, quer em sede de julgamento”*<sup>33</sup>, no que se diferencia da identificação prescrita no art. 28, nº 1, da Lei de Segurança Interna, que se trata

---

33 VALENTE. Teoria geral do direito policial. p. 293.

unicamente de medida de polícia, as quais podem incidir sobre qualquer pessoa que esteja em local público e/ou sob a vigilância policial, fundamentando-se o ato.

### 3.4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Ao tratarem do tema coleta de perfis genéticos para fins de identificação criminal, à luz da novel Lei 12.654/2012, Lopes Jr. e Gloeckner<sup>34</sup>, alegando que não teria ocorrido previsão constitucional para a regulação da matéria, manifestam-se severamente contra o que chamam de “grave retrocesso no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do acusado”, na medida em que apenas a Constituição Federal poderia restringir o princípio *nemo tenetur se detegere*. Além do mais, entendem que houve questionável transformação “de uma norma constitucional de eficácia plena em norma constitucional de eficácia contida”.

Ocorre que, conforme já demonstrado alhures<sup>35</sup>, a Lei 12.037/2009 veio a regulamentar o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988, o qual expressamente atribui à lei ordinária a faculdade de prever exceções: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Nesse sentido, não há como concordar com Lopes Jr. e Gloeckner, pois a norma constitucional regulamentada não é a do direito ao silêncio ou o princípio *nemo tenetur se detegere*, prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, esta sim de eficácia plena e de interpretações protetivas aos interesses da defesa as mais amplas possíveis<sup>36</sup>, mas a do in-

---

34 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 5. ed. rev., atual. e ampl. Saraiva: Rio de Janeiro, 2013. p. 494.

35 Cf. item 2 deste estudo.

36 Conforme observam Vay e Silva, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de decidir que o campo de aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* inclui: “a

ciso LVIII, a qual é expressamente de eficácia contida, assim como explícito é o campo de atuação da legislação ordinária dentro do tema da identificação criminal, em razão de tal circunstância.

Por outro lado, não se poderia deixar de apontar a relevância da observação dos autores porquanto, a depender da hermenêutica concretizada nas práticas de investigações criminal, bem como na fase judicial do processo penal, pode, sim, haver repercussão e violação do princípio constitucional que veda a obrigatoriedade de produção de provas contra si por parte de quem esteja sendo investigado ou processado criminalmente<sup>37</sup>.

Deve ser reconhecido, contudo, o valor da coleta de vestígios e organização de informações por parte da Polícia Judiciária, em cuja seara entendemos haver espaço para imiscuir a identificação criminal, enquanto *“tarefa fundamental para evitar o uso de meios coercitivos desproporcionais, inadequados e desnecessários e fortemente excessivos”*<sup>38</sup>

---

*impossibilidade de ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais (HC 77.135); a possibilidade de faltar com a verdade quanto à identidade do réu (HC 75.257); a não-obrigatoriedade em participar da reconstrução do fato (HC 69.026); a não-obrigatoriedade em fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial (HC 83.096); a não-obrigatoriedade de submissão a exame de dosagem etílica (HC 93.916).” (VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante a coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio *nemo tenetur se detegere*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim nº 239. Out. 2012)*

37 Ressalte-se, contudo, que em outro momento, quiçá com maior meditação sobre o tema, Lopes Jr. termina por admitir que “o direito fundamental poderia ser limitado por uma norma ordinária, mas é imprescindível que exista uma norma processual penal que discipline a matéria”, vindo então a mencionar o advento da Lei 12.654/2012 como sendo referida norma, inclusive mencionando sua similaridade com o disposto nos arts. 171 do CPP português, 244 e segs. do CPP italiano e §81, da StPRO alemã. (LOPES JR. Direito processual penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 632).

38 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção Criminal e Ação Penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 308.

Advém também de tais divergências, muitas vezes adstri-tas ao campo da hermenêutica, a relevância de se tratar a questão com uma profundidade um pouco maior, a fim de melhor compreender se a coleta de perfis genéticos está gizada sob o manto da mera identificação criminal, como verdadeiro meio de prova ou se, afinal, seria um misto de ambos os institutos, a depender da circunstâncias no caso concreto.

Em todo caso, a pedra de toque do sistema deverá estar necessariamente embasada na interpretação conforme a Constituição, valendo-se para tanto dos princípios da proporcionalidade, concordância prática e constitucionalidade.

Para Manuel Valente, o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade, deve ser usado pela Polícia Judiciária da forma *“menos onerosa para os direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoas e tem de estar sintonizada com os fins do processo crime no caso concreto”*<sup>39</sup>. Nesse sentido, uma interpretação conforme a Constituição e tendo por parâmetro referido princípio vai obrigar a que o Delegado de Polícia busque os meios mais adequados e menos gravosos de alcançar a finalidade do processo, buscando aplicar a razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito.

Considerando-se que existem meios de se obter a identificação criminal do investigado, suspeito ou indiciado sem que se tenha de compeli-lo a tal medida extrema, seja pelo processo dactiloscópico, seja pelo processo fotográfico seja, atualmente, também pelo processo de coleta de material genético, outra não poderá ser a maneira com que se deverá portar a autoridade policial.

Entender diversamente, pela possibilidade de coagir o indivíduo a ser identificado criminalmente<sup>40</sup>, havendo meios me-

---

39 *Idem. Ibidem.* p. 450.

40 Lopes Jr., em sua obra *Direito Processual Penal*, já citada, entende que a lei passou



nos gravosos de fazê-lo, implicaria não apenas em violação do princípio *nemo tenetur se detegere*, mas também do princípio da dignidade da pessoa humana, reitor de todos os outros.

É preciso pois não apenas acreditar na possibilidade, mas buscar de forma incessante a máxima harmonização do conflito aparente de normas. Nesse passo, Canotilho ensina que o princípio da concordância prática ou da harmonização “*impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros*”<sup>41</sup>.

No caso da coleta de perfis genéticos, pensamos que a solução encontrada, de acordo com o princípio da concordância prática, seria entender que a obrigatoriedade de identificação criminal refere-se unicamente aos agentes estatais e nunca ao sujeito passivo da persecução criminal, seja na fase do processo penal, quanto aos indiciados ou acusados, seja na fase da execução penal, quanto aos condenados.

Vê-se, assim, que a eliminação de um princípio ou mesmo de liberdades, direitos, normas para a sobrevivência de outros de idêntica hierarquia, estatura ou valor, decorre menos de uma necessidade prática que de uma má aplicação da interpretação conforme a Constituição Federal.

Sobre referido princípio, uma vez mais nos socorremos de Canotilho, que aponta sua especial relevância em contextos como os que ora seguem, em que uma norma permite diferentes tipos de interpretação, gerando dificuldades óbvias na obtenção

---

a autorizar aos agentes estatais obter de forma coercitiva material genético de investigados (Lei 12.037, de 2009) e de apenados (Lei 7.210, de 1984), hipótese que, conforme apontado, discordamos, por entender que existem meios de obtenção menos gravosos, eficazes e que independem do consentimento do sujeito passivo da persecução criminal.

41 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 13. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1225.

de um sentido unívoco para um dado preceito constitucional, donde se extrai a regra de que “no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição”<sup>42</sup>.

No caso da Lei 12.037/2009, em face do exemplo dado acima, parece-nos que a sua constitucionalidade não poderá ser questionada se entendido que a obrigação de obtenção das informações que individualizem o indiciado deva ser feita da maneira menos gravosa, com respeito à barreira intransponível da dignidade da pessoa humana<sup>43</sup> e sem que se possa obrigar o sujeito passivo a ser submetido a intervenções corporais contra a sua vontade.

Cediço que no sistema juspublicista romano-germânico vigente no Brasil o *onus probandi* compete integralmente ao Estado-acusação<sup>44</sup>. Sendo assim, a interpretação conforme a constituição, nos moldes acima propostos, garante que a norma que determina a coleta de perfil genético, seja para fins de identificação criminal, seja como meio de prova, mantenha-se fiel aos princípios e garantias fundamentais protegidos com cláusula pétreia (art. 60, §4º, IV, da CF/88).

## **4. NATUREZA JURÍDICA DA COLETA DE PERFIL GENÉTICO E O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE**

### **4.1. ADMINISTRAÇÃO, JUDICIÁRIO E POLÍCIA JUDICIÁRIA: HIPÓTESES DE ATUAÇÃO ANTE O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE**

No Estado de Direito, é em torno da Constituição que gravita, ou deve gravitar, toda a legislação, incluindo-se aí os

---

42 *Idem. Ibidem.* p. 1226.

43 VALENTE. Do Ministério Público... p. 460.

44 LOPES JR. Direito processual penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 631.

Códigos, cujo tempo é ido. E tal escala hierarquia implica no “*dever de conformação da atividade administrativa [...] pelas normas constitucionais, procurando conferir a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais*”<sup>45</sup>.

Não significa tal assertiva, no entanto, que todas as normas constitucionais que tratem direitos, liberdades ou garantias tenham aplicabilidade imediata. Conforme lição de Miranda, “*o legislador ordinário regulamenta simplesmente as normas constitucionais auto exequíveis e concretiza as normas não exequíveis*”<sup>46</sup>.

Em análise do art. 18, nº 1, da Constituição da República Portuguesa que dispõe que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”, Miranda aponta que, sendo exequíveis por si mesmas as normas constitucionais, os direitos ali previstos poderiam ser imediatamente invocados, o que tornaria a legislação ordinária de pouco valor. Por outro lado, não o sendo, são tais providências derivadas, a cargo do legislador, que tornam efetivo o Texto Constitucional<sup>47</sup>.

Em análise ao mesmo artigo constitucional, e defendendo a fiscalização difusa da constitucionalidade das normas pelos órgãos de polícia criminal e, por consequência, o princípio da constitucionalidade, Manuel Valente defende que a Polícia não deve aplicar norma que ofenda direitos, liberdades e garantias do cidadão, ainda que sua inconstitucionalidade seja apenas presumida, *ipsis litteris*: “*a Polícia tem o dever de interpretar a norma de acordo com a Constituição e aplicar na parte que não fere o princípio*

---

45 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 329.

46 *Idem. Ibidem.* p. 321.

47 MIRANDA. *Op. cit.* p. 322-323.

*constitucional consagrado*<sup>48</sup>.

Há, pois, confronto evidente de ideias com Miranda, que nega expressamente, como regra geral, essa faculdade aos órgãos da Administração, uma vez que diferentes seriam as características da função jurisdicional e da função administrativa, bem como visando evitar a concentração de poderes no Executivo, assim como *“por imperativos de certeza e de segurança jurídica”*<sup>49</sup>, motivos que justificariam o dever de permanecerem aqueles órgãos vinculados às leis.

A questão se agrava tanto para uma posição quanto para a outra na hipótese de legislação manifestamente inconstitucional, ou não. No exemplo de Manuel Valente, o que fazer no caso de lei que passasse a permitir o flagrante preparado?

Seguindo a orientação geral de Miranda, em tese caberia à Administração simplesmente cumprir a legislação até que fosse esta declarada inconstitucional, ao passo que Manuel Valente entende haver violação à regra constitucional que considera nulas todas as provas obtidas ilicitamente (art. 32, nº 8, da Constituição da República Portuguesa).

Por outro lado, e se a interpretação difusa feita pela Polícia garantisse a impunidade de uns, pela omissão (ou prevaricação) no cumprimento de lei, em detrimento de outros de relacionamento mais distante com a autoridade responsável? Estaria aberto um espaço discricionário perigoso para o arbítrio e a incerteza jurídica. Ocorre que, no fundo, ambos concordam que posições extremadas dificilmente levam ao melhor tratamento da questão.

Outrossim, é preciso, sim, fazer uma distinção entre Administração, Polícia Judiciária e Poder Judiciário, uma vez que a

---

48 VALENTE. Teoria geral... p. 172.

49 MIRANDA. Op. cit. p. 330.

segunda, no curso de uma investigação criminal, apesar de não ser representante do Poder Judiciário, presta auxílio a este de forma autônoma, mesmo contra interesses da Administração, o que já podia ser lido no Código de Processo Penal brasileiro de 1941 e que ficou ainda mais evidenciado com a publicação da Lei nº 12.830/2013, em especial quando no seu art. 2º afirma que *“as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”* e, ainda, quando no §4º vaticina que o Inquérito Policial que esteja em andamento não pode ser avocado ou redistribuído por autoridade hierarquicamente superior, exceto na hipótese de despacho fundamentado, que justifique a medida excepcional ou se restar evidenciada irregularidade *“que prejudique a eficácia da investigação”*, em afronta ao princípio específico previsto no art. 37, da Constituição Federal de 1988.

Ainda que com contornos um pouco distintos em Portugal, vê-se claramente que, no Brasil, a Polícia Judiciária, representada pelo Delegado de Polícia e no exercício da apuração de infrações penais, apresenta-se como um órgão de natureza especial, híbrida, com diversas peculiaridades de atuação e de organização com regime próprio e peculiar, que não se confunde integralmente nem com a Administração tampouco com o Poder Judiciário.

E muitas vezes, é exatamente em razão dessa peculiaridade que precisa tomar decisões céleres, imediatas, que tem relação direta com direitos, liberdades e garantias. Deve, assim, na defesa do regime democrático de Direito, cuja responsabilidade assume, realizar o controle difuso de constitucionalidade das leis a partir da análise do disposto no Texto Constitucional, deixando de atuar em hipóteses de inconstitucionalidade manifesta, bem como naquelas hipóteses em que verifique que sua atuação entra em conflito com dispositivos constitucionais, sem que haja interpretação conforme a Carta

Magna possível, conforme defende Manuel Valente para os órgãos de polícia criminal em Portugal.

Assim, para que não reste dúvidas quanto a nossa posição, defendemos que a regra deve ser a obediência clarividente à legislação<sup>50</sup>, sendo que em situações especiais, deve haver sim a recusa na aplicação de legislação manifestamente inconstitucional, sob pena de ferida grave à estrutura do Texto Constitucional, em especial na parte que cuida dos direitos e garantias fundamentais<sup>51</sup>.

#### **4.2. REFLEXOS DA LEI 12.654, DE 2012, NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Nesse contexto, tendo como norte o princípio da constitucionalidade, há de se indagar os reflexos na investigação criminal da recente publicação da Lei 12.654, de 28 de maio de 2012, que alterou as Leis nº 12.037/2009 (Lei de Identificação Criminal) e a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) para prever a possibilidade de coleta de perfil genético como forma de identificação criminal do “civilmente identificado” e a identificação do perfil genético dos condenados por crimes dolosos, praticados com violência grave contra a pessoa e por crimes hediondos, previstos na Lei nº 8.072/90.

E tal medida se faz relevante, em parte, porque resta dúvida se é o caso de mera identificação criminal ou meio de prova ou ainda se tem natureza mista, em parte porque, em todo caso, faz-se necessário interpretar o texto em conformidade com a Constituição, para saber se sua aplicação se faz possível diante de potencial ofensa a direitos e garantias fundamentais, como a privacidade, intimidade, a própria dignidade da pessoa humana, e em especial do princípio *nemo tenetur se detegere* ou da não

---

50 Em contradição à obediência cega.

51 Cf. MIRANDA. Op. cit. p. 331, quando fala de “*um poder de recusa de aplicação*” e VALENTE. Teoria geral... p. 174, quando menciona o princípio da precedência da lei e da tipicidade legal.

auto-incriminação<sup>52</sup>, mediante a relativização ou restrição de tais direitos, liberdades e garantias.

#### 4.2.1. FINALIDADES E OBJETIVOS DE BANCOS DE DNA

Para responder a questões tais e continuar esta caminhada em busca da natureza jurídica da coleta de perfis genéticos, importante entender quais seus objetivos potenciais e principais. E conforme pesquisas realizadas, parece-nos que é indene de dúvidas que, dentre as diferentes finalidades de um banco de informações genéticas, podem ser destacadas as seguintes: a) pesquisa científica; b) diagnósticos médicos; c) busca de desaparecidos; d) teste de paternidade; e) identificação de imigrantes; f) identificação de criminosos<sup>53</sup>.

Importante frisar, nesse passo, que um banco de perfis genéticos para fins de investigação criminal, como agora expressamente previsto na Lei 12.654/2012, não pode ter outra finalidade que não a de identificar criminosos ou suspeitos de delitos de uma forma mais eficaz, a exemplo do que já é feito com a identificação por meio de processos datiloscópicos (impressão digital) ou fotográficos (e.g.: retrato falado), dentre outros já comentados em tópico anterior.

Dispõe o novo art. 5º-A, da Lei de Identificação Criminal que *“os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal”*, os quais ficam desde já protegidos por sigilo, não podendo constar em atestados de antecedentes criminais ou em informação que não sejam destinadas exclusivamente ao juízo criminal.

52 Aury Lopes Jr. prefere utilizar a expressão direito ao silêncio negativo (LOPES JR. Lei 12.654/2012... p. 1) ou defesa pessoal negativa (LOPES JR. Direito processual penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 560) ou ainda autodefesa negativa (Idem. Ibidem. p. 630).

53 SCHIOCCHET, Taysa *et al.*. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. Série Pensando o Direito, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

Uma preocupação de relevo relacionada ao tema é que o progresso científico possa levar a algum “regresso”, na linha dos estudos do positivismo do século XIX, em especial com a escola antropológica italiana, ou positivismo italiano, seja pelas polêmicas, seja pelo marco histórico<sup>54</sup>, seja pela extensa publicidade angariada em nível mundial<sup>55</sup>, tendo por expoentes Lombroso, Ferri e Garófalo, que centraram grandes esforços na tentativa de identificar a origem do crime com base no estudo (pretensamente) científico do criminoso<sup>56</sup>, dando azo à criação de graves estigmas sociais até hoje notados contra determinadas etnias<sup>57</sup>.

#### 4.2.2. BANCO DE DNA E EXIGÊNCIAS LEGAIS

Urge ressaltar, no entanto, que tais dados não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, limitando-se à *“determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos”*, conforme expressamente realçado no §1º, do art. 5º-A, ora incrustado na Lei de Identificação Criminal brasileira.

Essa possibilidade é tecnicamente viável, uma vez que se utilize apenas as regiões não codificantes do DNA do indivíduo, o que, aliás, configura o que se pode denominar como o perfil genético, ora previsto na legislação objeto do presente estudo.

---

54 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 90.

55 FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 1. ed (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 17.

56 FERRI, Enrico. Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime. Trad. Luiz lemos D'Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 183-291.

57 Shecaira aponta que o *“resultado do pensamento de Nina Rodrigues [in As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil] foi, talvez, uma espécie de racismo condescendente e paternalista e de estatuto social para os diversos grupos étnicos presentes na sociedade brasileira. Somente anos mais tarde tal discurso é desconstruído”*, o que viria a ocorrer com a publicação, em 1933, da obra *“Casa-Grande & Senzala”*, de Gilberto Freyre, que introduz o *“conceito antropológico de cultura”*. (SHECAIRA. Op. cit. p. 107-108)



Não obstante as relevantes preocupações relacionadas ao fato de se disponibilizar amostras de DNA de indivíduos e armazená-las em um banco de dados à disposição do governo, inclusive no que concerne aos aspectos éticos e sociais, importante frisar que uma amostra de DNA possui regiões codificantes<sup>58</sup> e regiões não-codificantes, as quais servem unicamente para a individualização<sup>59</sup>.

Os denominados perfis genéticos, objeto da Lei de Identificação Criminal, constituem apenas uma parte das informações contidas na amostra de DNA e são extraídos de regiões ditas não-codificantes, ou seja, “é incapaz de relevar qualquer característica física ou de saúde”<sup>60</sup> ou mesmo ser convertida em informações de tal espécie<sup>61</sup> relacionado ao indivíduo investigado.

No mesmo sentido foram as conclusões do estudo levado a efeito por SCHIOCCHET *et al.*<sup>62</sup>, sobre o tema da coleta de perfis genéticos, capitaneado pelo Ministério da Justiça, ainda durante os debates legislativos que precederam à publicação da Lei nº 12.654/2012, no qual os autores chegam à conclusão de que “os testes que visam a determinar as impressões genéticas ou perfis genéticos” geralmente tem como destino a “identificação de uma pessoa no âmbito criminal em função da distribuição de marcadores genéticos polimórficos”.

Assim, enquanto as regiões codificantes do DNA seriam conservadas para fins médicos e/ou de investigação científica, os

---

58 Conforme ensinam Jacques e Minervino, “todo o genoma humano está codificado em combinações de apenas quatro letras”, representadas pelos compostos orgânicos Adenina, Timina, Citosina e Guanina, sempre agrupados em pares, onde Adenina sempre se junta à Timina e a Citosina à Guanina, num total aproximado de 3 bilhões de pares desse tipo no material genético humano. (JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. Revista Perícia Federal, Brasília. Junho/2007-agosto/2008, ano IX, nº 26, p. 17)

59 Sobre individualização, qualificação e constatação, ver item 2, p. 113-117, deste artigo.

60 JACQUES; MINERVINO. Op. cit. p. 19.

61 LIMA. Op. cit. p. 9.

62 SCHIOCCHET, Taysa *et al.*. Op. cit. p. 27

perfis genéticos, estes sim de interesse processual penal, seja na fase da investigação criminal, seja na fase judicial, bem como durante a execução penal, “*identificariam, segundo os cientistas, apenas os marcadores sexuais e sequências teoricamente não-codificantes*”<sup>63</sup>.

Além disso, visando dar ainda maior segurança jurídica às amostras preservadas, a revelação do perfil genético deverá ser realizada unicamente mediante laudo pericial que terá por finalidade atestar a coincidência entre o perfil genético encaminhado a exame, considerado tecnicamente como “amostra questionada”, e aquele, eventualmente, armazenado em banco de dados, considerado como “amostra de referência”<sup>64</sup>.

#### 4.2.3. COLETA DE PERFIS GENÉTICOS E ESSENCIALIDADE PARA AS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

As amostras questionadas, segundo o art. 3º, IV, da Lei de Identificação Criminal, podem chegar ao banco de dados de perfis genéticos em razão da circunstância da identificação criminal ser considerada “*essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente*”. Em tal hipótese, a autoridade judiciária poderia, segundo a lei, decidir de ofício, ou mediante representação do Delegado de Polícia, do representante do Ministério Público ou mesmo da defesa.

Quanto ao aspecto da atuação judiciária de ofício, Lopes Jr. questiona a constitucionalidade de referido dispositivo, na medida em que violaria o “*sistema acusatório-constitucional*”<sup>65</sup>, além de ferir o princípio da imparcialidade, ao passo que Nicolitt entende

---

63 SCHIOCCHET, Taysa *et al.*. Op. cit. p. 27

64 LIMA, Hélio Buchmuller. Dna x criminalidade. Revista Perícia Federal, Brasília. Junho/2007-agosto/2008, ano IX, nº 26, p. 9.

65 LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim 236. Jul. 2012. p. 1.

que transforma o Magistrado “em investigador, usurpando função do delegado de polícia, violando o sistema acusatório”<sup>66</sup>, considerações que entendemos pertinentes e com as quais comungamos, até mesmo porque na fase da investigação criminal a intervenção do Magistrado deve ficar restrita ao juízo de garantias das liberdades constitucionais, ao controle externo da atividade policial e ministerial e às decisões interlocutórias incidentais e cautelares, visando ao bom termo da primeira fase do processo penal.

Importante ressaltar neste subtópico que os breves diálogos mantidos com peritos criminais da área de genética e com representantes da área penitenciária federal no Distrito Federal, apontaram que a legislação ainda não foi efetivamente testada, estando ainda incipiente. Do mesmo modo se verifica sob a ótica da investigação criminal, onde não se tem notícia, ao menos na esfera federal, de que venha sendo utilizada. Esse cenário provavelmente deve mudar em alguns anos, com a melhor regulamentação da matéria na prática, o que começou a ser realizada apenas no mês de setembro de 2013, segundo informações recebidas.

#### **4.3. NATUREZA JURÍDICA DA COLETA DE PERFIS GENÉTICOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Em face do disposto expressamente na legislação e com base no que foi até aqui analisado, parece-nos que não há como negar que os perfis genéticos efetivamente servem à identificação criminal de um indivíduo investigado, diferenciado-o de outro, mas sem que com isso se tenha acesso às informações mais íntimas e particulares de sua vida.

É como, aliás, já se realizava usualmente mesmo antes da publicação das alterações da Lei de Identificação Criminal que

---

66 NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA), As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim 245. Abril. 2013. p. 1.

incluiram a coleta de perfis genéticos como forma de identificação. Durante uma busca ou durante a análise de um local de crime, com base no art. 6º, III, do Código de Processo Penal a autoridade policial deve “*colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*”, o que se incluíam desde as digitais, até restos e secreções humanas deixadas no local, as quais viriam a compor banco de dados.

As amostras de referência, no entanto, sempre dependeram (como ainda dependem) da existência de suspeitos que pudessem ser “tipados” a fim de que, após a devida comparação seja possível apontar que há relação entre aquele e o material colhido na cena do crime.

À evidência que a mera confirmação de que um perfil genético de uma amostra questionada confere com uma amostra de referência armazenada na base de dados de perfis genéticos, não implica (tampouco poderia implicar) que o sujeito deverá ser responsabilizado (*rectius*: indiciado) pela autoria ou participação na conduta ilícito-típica investigada.

Uma investigação criminal compõe-se de pequenas peças que vão formar um grande quebra-cabeça, onde as provas periciais, inclusive o exame de DNA e os exames comparativos de perfis genéticos para fins de identificação criminal, são apenas uma parte do esquema, que podem ou não ter relevância, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Conforme muito bem alerta Lopes Jr., e nesse ato deixa transparecer seu entendimento quanto à natureza jurídica da coleta de perfis genéticos, a “prova pericial” decorrente da comparação entre as amostras questionadas e as amostras de referência, “*demonstra apenas um grau, maior ou menor de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato*”, sendo certo que pelo princípio do livre convencimento motivado, o Magistrado não está adstrito ao laudo pericial.

No exemplo apresentado, aponta com bastante acurácia que a localização de esperma do réu no corpo da vítima afirma apenas que o material genético pertence àquele, e não que realizou a conduta ilícito-típica. Antes, deverão ser obtidos outros elementos probatórios convergentes que apontem não haver justificativa plausível para que referidos perfis genéticos estejam no local de crime, assim como outros indícios que demonstrem as circunstâncias do fato a elucidar a autoria<sup>67</sup>.

Dentre as conclusões de SCHIOCCHET *et al.*, quanto à natureza jurídica da coleta de perfis genéticos entendem que o DNA possui dupla natureza, ou seja: “*trata-se de um ato de investigação (identificação) e, ao mesmo tempo, um ato de produção probatória (prova), ainda que probabilística e falível, convém lembrar*”<sup>68</sup>.

Parece-nos, assim, que, de fato, mais razão esteja com Schiocchet *et al.*, ou seja, ante todo o caminho percorrido, vemos forçados a concluir que a coleta de perfis genéticos, além de terem natureza jurídica de medida cautelar e de polícia, conforme defendido por Manuel Valente, por Lima e por Jacques e Minervino, dentre outros, uma vez que serve instrumentalmente à investigação criminal, por força de expressa previsão legal<sup>69</sup>, por meio de identificação criminal de um suspeito, também tem natureza jurídica de prova técnica pericial, e não apenas esta, como

---

67 Essa, aliás, *mutatis mutandis*, tem sido a orientação fornecida desde 2009 aos discentes, policiais federais, nos cursos de gestão de investigação de pornografia infantil, promovidos pela Academia Nacional de Polícia em parceria com a Divisão de Direitos Humanos da Polícia Federal, bem como, desde o ano de 2010, na disciplina de Polícia de Defesa Institucional, nos cursos de formação de novos policiais federais, a fim de evitar equívocos investigativos como o do caso da Escola Base, onde se conclui pela autoria sem os elementos mínimos necessários de provas ou mesmo sem os indícios vários e convergentes que justificariam a formalização de indiciamento.

68 SCHIOCCHET, Taysa *et alli*. Op. cit. p. 87.

69 “Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: (omissis) 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 [...]” (Lei 12.037/2009).

aparenta ser a defesa de Lopes Jr., dentre outros, produzida obrigatoriamente por meio de laudo, na medida em que serve à formação do livre convencimento do Magistrado quanto a aspectos relevantes da autoria e materialidade delitiva, neste caso, necessariamente decorrente dos trabalhos de investigação policial, o que também vem a reforçar nossa tese quanto ao princípio da prévia investigação criminal no processo penal.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Durante o caminho metodológico traçado neste breve estudo em busca da natureza jurídica da coleta de perfis genéticos no curso de uma investigação criminal pudemos chegar às seguintes conclusões:

- 1) A Lei nº 12.037, de 2009, mais conhecida como Lei de Identificação Criminal, regulamentou o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988, prevendo as hipóteses em que seria possível identificar criminalmente o indivíduo que já esteja identificado civilmente, sendo que a mais importante para a investigação criminal é aquela prevista no seu art. 3º, IV, ou seja, quando referida identificação for considerada essencial por algum dos participantes do processo penal em sentido lato, quais sejam: Delegado de Polícia, Juiz, membro do Ministério Público ou representante da defesa;
- 2) A identificação criminal para fins de investigação criminal, em regra, ocorre após o despacho de indiciamento da autoridade policial, atualmente regulamentado no art. 2º, §6º, da Lei 12.830, de 2013, é medida cautelar e de polícia, inclui os processos datiloscópico, fotográfico, a investigação da vida pregressa do indivíduo, dentre outros, e, inclusive, em situações excepcionais, a coleta de perfis genéticos, tendo como objetivo deixar idene de dúvidas quem é o sujeito passivo que deva ser subme-

tido a eventual reprimenda estatal, na fase judicial do processo penal, após a necessária constatação de que ao suspeito é imputável a conduta ilícito-típica, em regra noticiada em portaria inaugural de Inquérito Policial;

- 3) A autoridade policial de que trata a Lei 12.037, de 2009, e destinatário da norma, é o Delegado de Polícia, assim também expressamente identificado no art. 2º, §1º, da Lei 12.830, de 2013;
- 4) A identificação criminal, não obstante tenha o objetivo de individualizar o sujeito passivo da investigação, tendo natureza jurídica de medida cautelar e de polícia, também pode servir como meio de prova de autoria de um delito, quando cotejada como outros elementos colhidos na fase da investigação criminal;
- 5) Adotamos o conceito de prova de Duclerc para quem esta aparece como linguagem na comunicação entre emissores do processo penal e o Magistrado, responsável pelo recebimento, processamento e valoração, para fins de proferir de forma motivada a sentença penal;
- 6) Entendemos que após a mini-reforma do CPP de 2008, em especial com o advento da Lei nº 11.690, de 2008, a investigação criminal no Brasil passou a ter valor probatório, uma vez que o Juiz poderá formar seu convencimento com base nos elementos informativos colhidos nesta fase preliminar, desde que em cotejo com outros elementos produzidos em contraditório judicial, assim como poderá julgar exclusivamente com base em provas cautelares, em provas não repetíveis e em provas antecipadas, ainda que seja recomendável, em todo caso, buscar-se dar a máxima efetividade ao art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, no sentido de adaptar ao inquérito policial, no que for cabível e possível, a garantia de ampla defesa e contraditório, ainda que mitigados;

- 7) No processo penal brasileiro, quanto à forma, as provas podem ser de natureza pessoal, documental e material, sendo esta matéria regulada no Título VII do Livro I do CPP, ao passo que as medidas de polícia estão previstas no art. 6º, sendo que a coleta de material genético é espécie de prova pericial ou material;

Não houve restrição do princípio “*nemo tenetur se detegere*” com a publicação da Lei nº 12.654, de 2012, uma vez que uma interpretação conforme a Constituição Federal permite entender que a obrigatoriedade de coleta de perfis genéticos refere-se unicamente aos agentes estatais, sendo certo que existem métodos de realização de identificação criminal por esse método que são convergentes com o princípio da dignidade da pessoa humana e que independem de autorização do sujeito passivo da persecução criminal;

- 8) Com base no princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o delegado de polícia deverá utilizar a forma menos onerosa para os direitos, liberdades e garantias fundamentais, de modo que, em havendo meio de realizar a coleta de perfis genéticos de investigados sem que seja necessária a sua coação física ou moral, outro não será admissível;

- 9) Por força do princípio da concordância prática ou da harmonização, imperiosa a interpretação de que a obrigatoriedade de coleta de perfis genéticos de investigados ou condenados somente se refere aos agentes estatais e nunca ao sujeito passivo da persecução criminal, uma vez que lhe protege contra tais abusos, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana o qual, ainda que não absoluto, somente pode ser relativizado em circunstâncias extremas, o que não é o caso. Referida solução parece ser a mais adequada uma vez que permite o equilíbrio e a harmonização de ambos os importantes princípios constitucionais, sem gerar prejuízo



ao também importante princípio da segurança;

- 10) Não há violação à vida privada ou à intimidade dos sujeitos passivos de investigação criminal em decorrência da coleta de seus perfis genéticos para fins de identificação criminal, uma vez que apenas as regiões não codificantes do DNA são utilizadas em tais situações, as quais apenas servem para comparar amostras questionadas com as amostras de referência constantes em bancos de dados de perfis genéticos, não sendo capazes de revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas;
- 11) A Lei 12.654, de 2012, teve a preocupação de restringir ao máximo o acesso aos banco de perfis genéticos, os quais passam a depender de expressa autorização judicial para acesso, sendo que a resposta quanto ao que estiver armazenado deverá ser produzida sempre mediante laudo pericial, o que se coaduna com a garantia do art. 5º, X, da Constituição Federal, em reforço aos princípios constitucionais de privacidade e intimidade;
- 12) Não obstante, em regra, a Administração deva cumprir as leis, não podendo fazer o controle difuso de constitucionalidade como ocorre com o Poder Judiciário, entendemos que a Polícia Judiciária tem natureza especial, que não se confunde com a Administração, devendo realizar atividades que tangenciam ou se aproximam da atividade jurisdicional, no auxílio do Poder Judiciário, de modo que, não obstante deva obediência clarividente às leis, em situação especiais ou excepcionais, deve o Delegado de Polícia realizar o controle difuso de constitucionalidade daquelas, deixando de aplicar as que sejam manifestamente inconstitucionais e submetendo à imediata apreciação do Poder Judiciário as que tangenciem a inconstitucionalidade, em especial quando há questionamentos vários e convergentes em nível doutrinário e/ou jurisprudencial;

- 13) A mera constatação de que uma amostra questionada encontra-se armazenada no banco de dados de perfis genéticos apenas implica que aquela pertence ao investigado, não importando confissão de delito, uma vez que todas as circunstâncias precisam estar devidamente reveladas na investigação criminal, de forma variada e convergente, a fim de formar o convencimento do Delegado de Polícia quanto à autoria e ser possível, assim, a modificação da situação jurídica do sujeito passivo da investigação criminal da condição de suspeito para a de indiciado;
- 14) Por fim, após ter percorrido todo o caminho metodológico, com base na bibliografia e mediante informações obtidos junto a peritos criminais, representantes da área da penitenciária federal e com base na própria experiência na área de investigação criminal, entendemos preliminarmente pela dupla natureza jurídica da coleta de perfis genéticos, como medida cautelar e de polícia e como prova técnica pericial.

## REFERÊNCIAS

- ALFERES, Eduardo Henrique. Lei 12.037/09: novamente a velha identificação criminal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7044](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7044)>. Acesso em jul. 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 13. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Estado de Direito*. (Coleção cadernos democráticos). Lisboa: Gradiva, 1999.
- CAPEZ, Fernando. *Considerações gerais sobre o indiciamento e a identificação criminal do civilmente identificado* (Lei n. 12.037, de 01 de outubro de 2009). Disponível em: <[http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con\\_id=5618](http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5618)>. Acesso jul. 2013.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Luiz lemos D'Oliveira. Campinas: Russell Editores, 2003.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE. *Manual da Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1. ed (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

- JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. *Revista Pericia Federal*. Brasília. Junho/2007-agosto/2008, ano IX, nº 26, p. 17-20. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>.
- LIMA, Hélio Buchmuller. DNA x criminalidade. *Revista Pericia Federal*. Brasília. Junho/2007-agosto/2008, ano IX, nº 26, p. 8-11. Disponível em: <http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistas/downloads/26.pdf>
- LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 236. Jul. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em jul. 2013.
- LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Saraiva: Rio de Janeiro, 2013.
- NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA), As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 245. Abr. 2013. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em jul. 2013.
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da Investigação Criminal: Uma Introdução jurídico-científica*. São Paulo: Almedina Brasil Ltda., 2011.
- SCHIOCCHET, Taysa et alli. *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito. vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

- TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo penal*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A ciência policial na sociedade tardo-moderna como Fundamento do Estado de Direito Democrático. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*. Vol. 2. n. 2. jul-dez. 2011. p. 47-63 (2012).
- \_\_\_\_\_. *Do Ministério Público e da Polícia. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano*. Lisboa: UCE, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito policial*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Pedro José Rocha e. A identificação criminal mediante a coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio nemo tenetur se detegere. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 239. Out. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em jul. 2013.

