

IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: A NOVA LEI 12.037/09

Rômulo de Andrade Moreira.

A Lei 12.037/09, recentemente promulgada, passou a dispor sobre a identificação criminal do civilmente identificado. Como se sabe, o art. 6º. do CPP, no inciso VIII, determina que a autoridade policial deve ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, independentemente da identificação civil. Interpretando este dispositivo, à luz da Carta anterior, o STF entendia que *a identificação criminal não constituía constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tivesse sido identificado civilmente.* (Enunciado 568, já superado: RHC 66881-RTJ 127/588).

Com a promulgação da CF/88, o seu art. 5º, LVIII, passou a estabelecer *que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.* Esta norma, *pretendeu resguardar o indivíduo civilmente identificado, preso em flagrante, indiciado ou mesmo denunciado, do constrangimento de se submeter às formalidades de identificação criminal - fotográfica e datiloscópica - consideradas por muitas vexatórias (até porque induz ao leigo, ao incauto, a idéia de autoria delitiva), principalmente quando documentadas pelos órgãos da imprensa.*

Após a nova Carta, vieram, então, dois artigos pertinentes: o art. 5º. da Lei 9.034/95 (*A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil*) e o art. 109 do ECA (*O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada*).

Bem depois, foi promulgada a Lei 10.054/00, regulamentando inteiramente o supracitado inciso do art. 5º, enumerando *de forma incisiva, os casos nos quais o civilmente identificado deve, necessariamente, sujeitar-se à identificação criminal, não constando, entre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas. Com efeito, restou revogado o preceito contido no art. 5º da Lei 9.034/95, o qual exige que a identificação criminal de pessoas envolvidas com o crime organizado seja realizada independentemente da existência de identificação civil.*

Pois bem.

Agora temos uma nova lei que, expressamente, revogou a Lei 10.054/2000; repetindo o dispositivo constitucional, o seu art. 1º estabelece que *o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.*

No art. 3º, dispõe que, nada obstante o indiciado ou acusado possuir um documento de identificação civil, poderá (não deverá) ser também identificado criminalmente se o respectivo documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação ou for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; ou se ele portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; ou se constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; ou o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresente impossibilidade a completa identificação dos caracteres essenciais. Nada impede que a identificação criminal seja feita após o início da ação penal.

Tais hipóteses estão em perfeita harmonia com a CF, sob o ponto de vista do princípio da razoabilidade. Como afirma Luiz Flávio Gomes, *se existe dúvida fundada (séria) sobre a identificação civil do sujeito, nada mais ponderado que proceder à sua identificação criminal.* Importante alertar, porém, que *não existe poder discricionário da autoridade de identificar ou não (aliás, raciocinar-se assim, pode-se chegar a atos arbitrários).* Seu ato é vinculado: *cabe-lhe examinar os pressupostos fáticos da situação e agir dentro da lei, conferindo sempre ao interessado o prazo de 48 horas para a comprovação de sua identificação civil, a não ser que seja patente, por exemplo, a inexistência de qualquer identificação.*

Exatamente por isso, entendemos que, nestes casos, a identificação criminal só deverá ser feita se o indiciado ou acusado não comprovar, em 48 horas, sua identificação civil (como permitia o art. 3º, VI da Lei 10.054/00), pois *é notório que muitas pessoas não costumam portar o documento original de identificação civil, mas apenas cópias reprográficas do mesmo. Outras sequer trazem consigo o documento de identificação civil. Diante de tais situações, o legislador conferiu ao indivíduo um prazo de 48 horas, para comprovar sua identificação civil. Somente após o transcurso do prazo, sem que tenha havido a comprovação, é que será possível a identificação criminal. (...) Desnecessário ressaltar, que as restrições aos direitos e garantias constitucionais devem ser interpretadas de forma restritiva. Não se pode concluir, pois, que o legislador tenha dado à autoridade policial uma faculdade ou poder discricionário. Nem se argumente que, em tal caso, sem a apresentação do documento, não houve a identificação civil, que é o pressuposto da regra constitucional para que se não realize a identificação criminal. O legislador ordinário ampliou a garantia constitucional, o que é perfeitamente possível. A regulamentação legal do dispositivo constitucional prevê, como regra geral, que a identificação criminal fica vedada, tanto quando o indivíduo imediatamente apresente sua identificação civil, quanto nos casos em que se comprometa a comprová-la no prazo legal. (...) Da mesma forma, também não presume que o portador de documento de identidade antigo ou em mau estado de conservação o tenha falsificado. Trata-se, apenas de juízo de conveniência do legislador, perfeitamente compatível com o critério de razoabilidade que se deve exigir de toda lei.*(grifo nosso).

Esta interpretação coaduna-se também com o princípio da proporcionalidade que, *surgió en el Derecho de policía para pasar a impregnar posteriormente todo el Derecho público, ha de observarse también en el Derecho Penal.* Note-se que a CF, *razoável e proporcionalmente,* estabelece medidas mais gravosas para autores dos chamados crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo, o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ao passo que permite medidas despenalizadoras quando se trata de infração penal de menor potencial ofensivo (cfr. arts. 5º., XLII, XLIII e XLIV e 98, I, ambos da CF).

Na lição de Humberto Ávila, a proporcionalidade *aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.* Para ele, *um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais. Para analisá-lo é preciso comparar o grau de intensidade da promoção do fim com o grau de intensidade da restrição dos direitos fundamentais. O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.*

Já para Mariângela Gama de Magalhães Gomes, este princípio *constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.*

Assim, explica Pedraz Penalva, que a *proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo, utilizável para afirmar conseqüências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto sua devida utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.*

Outrossim, poderá ser exigida a identificação criminal se esta providência *for essencial às investigações policiais, segundo despacho (leia-se: decisão) da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.* Também nesta hipótese valem as advertências feitas acima quanto à observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. E mais: deverá ser uma decisão excepcionalmente prolatada, não como regra. Tampouco será um mero despacho como está escrito na lei; e, como toda decisão judicial, exige-se a devida fundamentação, comprovando-se de plano o **fumus commissi delicti** (pressuposto) e o **periculum in mora** (requisitos: necessidade). Atente-se, com Luiz Flávio Gomes, que o *princípio da proporcionalidade tem base constitucional (é extraído da conjugação de várias normas: arts. 1º, III, 3º, I, 5º, caput, II, XXXV, LIV, etc.) e complementa o princípio da legalidade.*

Em qualquer caso, *quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado* (art. 4º), como, por exemplo, a sua exposição na mídia, tão comum nos dias atuais.

De toda maneira, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado, as cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, como o Termo Circunstanciado (art. 3º, parágrafo único).

Para efeitos da lei, a identificação civil poderá ser atestada pelas carteiras de identidade, de trabalho e profissional, pelo passaporte e pelas carteiras de identificação funcional (exemplos: art. 13 da Lei 8.906/94 e art. 42 da Lei 8.625/93), além de qualquer outro documento público que permita a identificação do indiciado, inclusive os documentos de identificação militares (art. 2º).

Observamos que a lei distingue como gênero a identificação criminal e, como espécies a identificação datiloscópica e fotográfica, ao estabelecer que ambas *serão juntadas aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação* (art. 5º). Aqui, *fica claro, portanto, que a identificação criminal não é sinônima de identificação datiloscópica. Esta é apenas uma das formas de identificação criminal. De se destacar que, embora o art. 6º, VIII, do CPP, refira-se apenas à identificação pelo processo datiloscópico, a jurisprudência vinha interpretando o dispositivo como sendo uma previsão que abrangia a identificação criminal em sua acepção mais ampla, incluindo a identificação fotográfica, considerada inclusive como elemento útil para a instrução criminal.* A propósito, a identificação criminal, modernamente, pode ser feita por meio da íris, que é a membrana pigmentada dos olhos, inclusive, menos suscetível a erros que o reconhecimento por voz ou impressão digital bem como pelo DNA, respeitando-se, sempre e evidentemente o princípio de não auto incriminação.

Por fim, em perfeita consonância com o princípio da presunção de inocência e com o parágrafo único do art. 20 do CPP, veda-se *mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.* (art. 6º). A inobservância deste mandamento pode ser remediado pela utilização do **habeas corpus**, pois, como se sabe, esta garantia constitucional

deve ser também conhecida e concedida sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Logo, se a medida foi abusiva (não necessária), cabível a utilização do **habeas corpus** que visa a tutelar a liberdade física, a liberdade de locomoção do homem: **ius manendi, ambulandi, eundi ultra citroque**. Como já ensinava Pontes de Miranda, em obra clássica sobre a matéria, é uma ação preponderantemente mandamental dirigida *contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir*. (Grifo nosso). Para Celso Ribeiro Bastos o **habeas corpus** *é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, isto é, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de se locomover em razão de violência ou coação ilegal*. Aliás, desde a Reforma Constitucional de 1926 que o **habeas corpus**, no Brasil, é ação destinada à tutela da liberdade de locomoção, ao direito de ir, vir e ficar.

Por fim, caso a peça acusatória não seja oferecida, ou seja inadmitida ou, ainda, o réu seja absolvido, faculta-se ao indiciado ou ao réu, *após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil*. (art. 7º).