

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

PRISÃO em FLAGRANTE DELITO CONSTITUCIONAL

CONFORME

- Lei 14.562/2023 – Altera crime de adulteração de sinal identificador de veículo
- Lei 14.550/2023 – Altera Lei 11.340/2006 (Maria da Penha)
- Lei 14.541/2023 – Criação e funcionamento ininterrupto de Delegacias de Polícia Especializadas de Atendimento à Mulher
- Lei 14.532/2023 – Inclui injúria racial como crime de racismo
- Resolução CNJ 484/2022 – Diretrizes para reconhecimento de pessoas

4^a
Edição

revista
atualizada
ampliada

2023

5.5 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

As garantias ou princípios do contraditório e da ampla defesa encontram a seguinte previsão no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ao mencionar a expressão “**acusados em geral**”, o dispositivo constitucional acena para uma leitura de maior abrangência, para além da dicotomia acusatório-inquisitório⁶³, razão pela qual o princípio do contraditório, como direito fundamental, não deve sofrer interpretação restritiva, advindo a obrigação de se garantir ao investigado, como imputado em sentido amplo e sujeito de direitos, um contraditório possível⁶⁴ (mitigado⁶⁵ ou imperfeito⁶⁶), ajustado às peculiaridades da fase policial do processo penal, com acesso à informação sobre a imputação e sobre os elementos coligidos, e a faculdade do suspeito manifestar-se e apresentar argumentos que lhe sejam interessantes e favoráveis.

Apontam-se duas dimensões para o princípio ou garantia do contraditório: a formal e a substancial⁶⁷.

O **contraditório formal** significa o direito que a todos assiste de tomar ciência e participar do processo que lhe diga respeito ou afete seu interesse, consubstanciando o **direito à participação**.

Já o **contraditório substancial** consiste no poder de influência, vale dizer, no direito de influir no conteúdo da decisão estatal, pleiteando a produção de provas e expondo versões e argumentos, e representa na essência o **princípio da ampla defesa**.

Há, de fato, uma aplicação conjunta e integrada das garantias processuais penais. Como cláusula geral, o devido processo incorpora a observância dos procedimentos previstos em lei para regular o trâmite destinado a legitimar a responsabilização criminal do infrator e deve se desenvolver mediante ampla defesa, composta pela conjugação da autodefesa ou defesa pessoal (dividida no direito de presença, no direito de audiência e no direito de postular

63 PEREIRA, Eliomar da Silva. *Saber e poder: o processo (de investigação) penal*. Florianópolis: Tirant no Blanch, 2019, p. 116.

64 MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JUNIOR, Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 53 e 156-163.

65 MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de inquérito policial*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020, p. 27-30.

66 QUEIROZ, David. *A permeabilidade do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 90.

67 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 57.

pessoalmente)⁶⁸ e da defesa técnica (desempenhada por profissional com capacitação jurídica), bem como por meio do contraditório, expresso no binômio ciência e participação.

O contraditório, ainda que não em sua plenitude própria da fase judicial do processo penal, deve ser aplicado na prisão em flagrante delito e em seu correlato inquérito policial, com uma participação cada vez mais ativa da defesa na etapa extrajudicial, na busca de uma igualdade de condições com a acusação (“paridade de armas”), tornando possível a antecipação na produção de elementos probatórios favoráveis ao investigado, inclusive para demonstrar sua inocência, se for o caso.

A ampla defesa, a seu turno, deve ser concebida como a reação à imputação ampla no inquérito policial, que se manifesta por uma série de direitos que devem ser assegurados ao imputado ou investigado, como o direito de ter ciência e de ser ouvido sobre a imputação, de ter conhecimento das investigações, de realizar ou requerer diligências⁶⁹, mediante leitura garantista decorrente da hermenêutica evolutiva do artigo 14 do CPP: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

O vocábulo “indiciado” do dispositivo acima reproduzido precisa ser entendido numa concepção que contemple o investigado (também denominado suspeito ou averiguado) assim como o “autor”, palavra utilizada para o sujeito ativo de infrações de menor potencial ofensivo, assegurando o exercício do direito de defesa a todos os envolvidos na investigação penal.

Sobre a inegável relevância da atuação da defesa já na prisão em flagrante delito, Marta Saad leciona⁷⁰:

A prisão em flagrante, nítida restrição constitucional ao direito de liberdade, reclama, de fato, pronta defesa. No curso do inquérito policial, instaurado a partir da prisão em flagrante, podem ainda ter lugar outras medidas restritivas de direitos individuais, tais como a decretação de cautelares, como busca pessoal ou domiciliar, apreensão, arresto ou sequestro de bens, quebra de sigilo fiscal e bancário, interceptação das comunicações telefônicas e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia, ou queixa.

68. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 19.

69. FERNANDES, Antônio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002, p. 130.

70. SAAD, Marta. A defesa técnica dos presos em flagrante delito. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*, São Paulo, nº 173, v.14, 2007, p. 6.

O Delegado de Polícia, inclusive em virtude da origem histórica do cargo, associado ao Poder Judiciário, exerce função similar ao papel do Magistrado na etapa judicial, embora com uma postura proativa, na medida em que é o julgador, o primeiro juiz de fato da instrução preliminar, na busca da verdade possível, respeitando e garantindo o exercício dos direitos da pessoa investigada, com imparcialidade, e não acumulando ou comprometendo-se com as funções e teses da acusação ou da defesa, que permanecem com a faculdade de se manifestar no curso das investigações, desde que pleiteando diligências lícitas no escopo de obter o máximo de elementos para a elucidação do fato aparentemente criminoso perscrutado.

De igual modo, a fundada suspeita, juízo técnico-jurídico de probabilidade apto a determinar a prisão em flagrante delito, como espécie de decisão de indiciamento⁷¹, só se legitima com a obtenção de elementos que, de acordo com a convicção jurídica motivada do Delegado de Polícia, convertam a situação de mero investigado para provável autor da infração penal.

Ora, por meio do indiciamento, inclusive naquele decorrente da lavratura do auto prisional e entrega da correspondente nota de culpa, o investigado é cientificado do conjunto de elementos coligidos e da imputação que contra ele recaem, fazendo com que o interrogatório se traduza em meio de prova e também como oportunidade de defesa, a ser realizado quando presentes indícios sólidos contra o suspeito, facultando que ele se defenda e se manifeste sobre os fatos apurados.

Por tais motivos, o acesso da defesa deve abranger as informações constantes no auto de prisão em flagrante delito, bem como aquelas já introduzidas no bojo do inquérito policial por ele instaurado. Apenas não atinge eventuais e excepcionais providências legais em andamento, como, à guisa de exemplo, dados sobre diligências investigatórias ainda não concluídas, sob pena de se frustrarem medidas cautelares como uma interceptação telefônica.

O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento supra ao editar a Súmula Vinculante nº 14 e garantir para o defensor o acesso aos elementos probatórios já documentados nos autos investigatórios:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

71. O instituto do indiciamento, que possui a decretação da prisão em flagrante como uma de suas modalidades é aprofundado no tópico 6.7 deste trabalho.

Reforçando a atuação da defesa técnica na prisão em flagrante delito, o artigo 7º do Estatuto da Advocacia (Lei Federal nº 8.906/1994), com a redação atualizada pela Lei Federal nº 13.245/2016, prevê, como direitos expressos do Advogado, a comunicação pessoal e reservada com o preso (inciso III), o acesso aos autos de prisão em flagrante delito e de investigações de qualquer natureza (inciso XIV), bem como a assistência durante a apuração da infração, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório e dos elementos dele decorrentes ou derivados (inciso XXI).

Sob a égide da ordem jurídica vigente, há de ser proporcionada uma atuação cada vez mais efetiva da defesa na etapa preliminar do processo, sobretudo na prisão em flagrante delito. Nesse sentido, vale enfatizar a série de garantias constitucionais e legais, comentadas no decorrer deste trabalho, tais como o respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX); o exercício no interrogatório policial da autodefesa positiva (o direito de fala para oferecer sua versão dos fatos⁷²) ou da autodefesa negativa (direito ao silêncio), invocando também o direito de não produzir prova contra si em face do princípio da não autoincriminação (CF, art. 5º, LXIII e CADH, art. 8º, II, “g”); a assistência jurídica via Advogado ou Defensor Público (defesa técnica), incluindo comunicação reservada e exame do auto prisional e respectivo inquérito policial (Lei Federal nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, art. 7º, incisos III, XIV e XXI, CPP, art. 306, § 1º e Súmula Vinculante nº 14); o direito de comunicação à família e ao Juiz de Direito competente (CF, art. 5º, LXII); a ciência quanto aos motivos da prisão e a identificação dos responsáveis pela captura e interrogatório via nota de culpa (CF, art. 5º, LXIV e CPP, art. 306, § 2º); o direito subjetivo de concessão de fiança quando admitida (CF, art. 5º, LXVI e CPP, art. 322); a formulação de diligências, somente indeferíveis quando ilegais, irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, arts. 14 e 400, §1º), sem prejuízo da defesa exógena via medidas judiciais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança⁷³.

5.6 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade é a regra da atuação estatal, por comando expresso da Constituição Federal, no inciso LX de seu artigo 5º: “a lei só poderá restringir

72 GONÇALVES, Fernando David de Melo; PEREIRA, Luis Henrique Lima. Direito de fala no inquérito policial e sua resignificação como face da moeda autodefesa do investigado. In: SÃO PAULO. *Revista Arquivos da Polícia Civil* – vol. 57. Academia de Polícia: São Paulo, p. 11-31.

73. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.

a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

A Lei Maior ainda reforça em seu artigo 37, *caput* e eleva o princípio da publicidade como diretriz para toda a Administração Pública, assim explicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁴:

O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

A limitação à regra da publicidade é traduzida no sigilo, que figura como exceção no desempenho das atividades estatais e está assim previsto no artigo 20 do CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

O sigilo, como limitação da publicidade, pode alcançar pessoas não envolvidas nos fatos tratados, como setores midiáticos, revestido no chamado “sigilo externo” ou “publicidade restrita ou interna”. Também pode ser expandido a um grau de maior restrição à publicidade pelo denominado “sigilo interno”⁷⁵, impedindo momentaneamente o acesso a pessoas diretamente envolvidas, como o investigado e seu Advogado, reclamando duração temporal curta e certa em face da repercussão no direito de defesa.

Gustavo Badaró⁷⁶ leciona que a publicidade externa, também designada ampla, popular ou geral, seria a regra, viabilizando o acesso aos autos a todo cidadão, enquanto a publicidade interna ou restrita consiste no impropriamente denominado “segredo de justiça”, que corresponde ao mencionado sigilo externo, entendido como a limitação do acesso ao conteúdo às partes e seus Advogados, além das autoridades e agentes estatais atuantes no caso.

De modo sucinto, são apontadas três graduações da limitação à publicidade do conteúdo dos procedimentos investigatórios, equivalentes a três níveis de intensidade do sigilo:

74. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75. A previsão da publicidade como princípio do Poder Público é reforçada em Constituições Estaduais, como na Carta Paulista, em seu artigo 111.

75. TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello. *O sigilo no inquérito policial*. 2011. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 74; SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. O sigilo no processo criminal e o interesse público à informação. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

76. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 27.

1º) A **publicidade externa**, regra geral, com acesso aos autos investigatórios a qualquer interessado e ao defensor mesmo **sem procuração** (EAOAB, art. 7º, XIV);

2º) A **publicidade interna** ou **sigilo externo**, nível intermediário e correspondente ao “**segredo de justiça**”, restringindo o acesso às partes diretamente envolvidas e seus respectivos defensores, **mediante procuração** (EAOAB, art. 7º, § 10);

3º) O **sigilo interno**, que consiste no mais intenso e excepcional patamar, atrelado às **diligências em andamento** e ainda não documentadas nos autos investigatórios principais, normalmente tramitando em autos apartados, com acesso restrito às autoridades e agentes estatais, durante prazo determinado e sob permanente controle judicial (EAOAB, art. 7º, § 11).

Constata-se que, diante da imposição constitucional pela publicidade no agir do Poder Público, inclusive no campo processual penal, é preciso revisar as classificações que costumam ser elencadas para as características do inquérito policial, notadamente no sentido de considerá-lo sigiloso como regra, reconhecendo-o como um procedimento de **publicidade restringível**⁷⁷.

Nessa esteira, ainda que se repute a publicidade como regra na investigação criminal⁷⁸, ela é restringível. Admite-se a decretação do sigilo sobretudo para a preservação de direitos individuais e apenas remotamente para a proteção da eficiência dos atos investigatórios.

Da redação do destacado artigo 20 do CPP já se depreende o sigilo como exceção. Só é admitido enquanto comprovada a necessidade ou quando o interesse público vier a conclamá-lo⁷⁹.

Na mesma linha, a incidência do preceito constitucional da publicidade, aplicável a todo ato da Administração Pública e assim abarcando a etapa extrajudicial do processo penal, reforça o sigilo como exceção na investigação criminal⁸⁰.

77. MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 205-210; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. A publicidade do inquérito policial. *Consultor jurídico*, São Paulo, 28 mai. 2020.

78. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 249.

79. LESSA, Marcelo de Lima. *O sigilo na fase inquisitiva*. São Paulo: Informativo Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo (Adpesp), São Paulo, 2004.

80. MORAES, Maurício Zanóide de. *Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira*. In: ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de (Coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

Repise-se que, em face da regra da publicidade nos atos persecutórios criminais, neles albergados os investigativos e os judiciais, conquanto se possa reconhecer o acesso aos autos do procedimento investigatório a qualquer pessoa, por se tratar de seara sensível e de imediata relação com direitos da personalidade como a imagem e a privacidade, impõe-se a possibilidade de restrição fundamentada, revestida na publicidade interna ou sigilo externo dos autos.

Conforme assinalado, a restrição à publicidade do inquérito policial pode e deve ser determinada para conter violações a direitos fundamentais das pessoas envolvidas na investigação criminal, com fulcro no inciso X do artigo 5º da Carta Magna, que estipula a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem das pessoas, como aconselha Édson Luís Baldan⁸¹:

A cláusula de sigilo (CPP, art. 20), que pode ser decretada pela própria Autoridade Policial ou pelo Juiz de Direito, antes que ferramenta de eficiência da investigação, é providência que configura, em última instância, prestígio à presunção constitucional de não-culpabilidade e da intimidade da pessoa investigada (nos termos da CRFB, art. 5º, X, V, XI, XIII e LX, e do CPP, art. 792, § 1º). Decreta-se o sigilo não para lançar trevas sobre o caminho da investigação e, assim, impedir o imputado de esquadrihá-lo à cata de sua defesa. Baixa-se o segredo para que os holofotes da imprensa (nem sempre cônica) não avassalem direitos individuais manejados nos autos. Remota-mente protege-se a eficiência dos atos investigatórios cuja revelação poderia ser-lhe nociva.

Ao Delegado de Polícia presidente da investigação e particularmente na formalização da prisão em flagrante delito, incumbe limitar a publicidade dos autos mediante determinação motivada⁸², conjugando o artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal, que autoriza a restrição com vistas à defesa da intimidade ou ao interesse social, com o citado artigo 20 do CPP, corroborado pelo artigo 201, § 1º, do CPP, que faculta a imposição de “segredo de justiça” na tutela da privacidade, da honra e da imagem de vítimas para evitar sua exposição aos meios de comunicação e a espetacularização⁸³.

81. BALDAN, Édson Luis. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 173.

82. TUCUNDUVA, Ricardo Cardozo de Mello. *O sigilo no inquérito policial*. 2011. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 73.

83. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 3 do Seminário “Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)”, realizado na Academia da Polícia Civil de São Paulo no dia 19 de novembro de 2019, com o seguinte teor: “O Delegado de Polícia decretará o sigilo externo de procedimento investigatório, fundamentadamente, para a tutela da intimidade ou do interesse social e, do mesmo

Assim também atuará a Autoridade Policial quando houver comando legal, como nos delitos contra a dignidade sexual, na disposição do artigo 234-B do Código Penal, segundo o qual os autos que versem sobre crimes dessa natureza tramitarão em “segredo de justiça” (“sigilo externo” ou “publicidade interna”), bem como nos inquéritos que tenham como parte envolvida pessoa que vive com infecção pelos vírus da imunodeficiência humana (HIV) e das hepatites crônicas (HBV e HCV) e pessoa com hanseníase e com tuberculose, de modo a prover os meios necessários para garantir o sigilo da informação sobre essa condição, em atenção ao artigo 5º, da Lei Federal nº 14.289, de 3 de janeiro de 2022.

Convém registrar que as próprias pessoas envolvidas como vítimas ou investigados em prisões em flagrante e procedimentos investigatórios de um modo geral, pessoalmente ou por seus procuradores, poderão requerer ao Delegado de Polícia que decrete a publicidade interna dos autos, com o objetivo de preservar seus direitos fundamentais e dificultar a difusão sensacionalista dos fatos pelos meios de comunicação de massa, inclusive nas redes sociais em ambientes virtuais.

Ainda no que tange à publicidade dos autos investigatórios, existe providência conhecida como “testemunha não identificada” ou “testemunha secreta”, hipótese que determina a publicidade interna (sigilo externo) dos autos, com acesso restrito ao defensor constituído ou nomeado e controle de vistas. Trata-se de medida regulamentada em alguns Estados brasileiros, por meio da qual se admite que testemunhas ou vítimas coagidas ou submetidas a grave ameaça, em assim desejando, não tenham seus endereços e dados de qualificação lançados nos termos de suas oitivas, inclusive por ocasião da lavratura da prisão em flagrante delito. Referidas informações ficam anotadas em impresso distinto, remetido pelo Delegado de Polícia ao Juiz de Direito competente juntamente com os autos do inquérito policial após edição do relatório final⁸⁴.

modo, determinará o sigilo interno quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências a serem realizadas”.

84. No Estado de São Paulo, referida medida é disciplinada pelo Provimento nº 32, de 24 de outubro de 2000, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça Paulista, assim como pela Portaria nº 33, de 3 de novembro de 2005, da Delegacia Geral de Polícia, aplicável aos inquéritos policiais e processos criminais que envolvam delitos discriminados na Lei de Prisão Temporária (Lei Federal nº 7.960/1989, art. 1º, III), quando vítimas ou testemunhas reclamarem de coação ou grave ameaça, em decorrência de oitivas que devam prestar ou tenham prestado. No ofício judicial, a comunicação contendo os dados sob sigilo das vítimas ou testemunhas permanece arquivada em pasta própria, sob responsabilidade do Escrivão. O artigo 4º da citada Portaria DGP nº 33/2005 assim dispõe: “Em todos os inquéritos policiais que versarem sobre a investigação de quaisquer dos crimes discriminados no art. 1, inciso III, da Lei Federal 7.960, de 21 de dezembro de 1989, em que exista coação efetiva ou potencial dirigida a vítimas e testemunhas, será obrigatória, com registro nos autos, a formulação de advertência expressa

Ao ordenar fundamentadamente a publicidade interna do inquérito policial, o Delegado de Polícia limita o acesso aos autos às autoridades públicas, à acusação (pública ou particular) e à defesa (também pública ou particular), podendo ainda determinar o sigilo interno quando se tratar de atos investigatórios em andamento e não documentados nos autos principais, mas apenas se houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências, em atenção ao § 11 do artigo 7º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994), com a redação dada pela Lei nº 13.245/2016.

Decretado o sigilo externo nos autos investigatórios, o mencionado Estatuto da Advocacia reclama a apresentação de procuração pelo Defensor para o acesso aos autos (art. 7º, § 10), circunstância que, por ocasião de prisões em flagrante delito, deve servir para evitar o eventual acesso a causídicos que não estejam autorizados pelo sujeito autuado, mas jamais dificultar ou procrastinar indevidamente a pronta comunicação, pessoal e reservada do Advogado com seu cliente preso, assim como o exame e a extração de cópias pelo Procurador, em estrito respeito ao estipulado no mesmo diploma de regência (art. 7º, III e XIV).

Ainda sobre a publicidade dos autos, a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) criminaliza a violação das aludidas prerrogativas do Defensor previstas no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), assim veiculando em seu artigo 32:

Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (grifamos).

Portanto, a negativa ou impedimento doloso e injustificado de acesso pela defesa aos documentos relacionados a uma prisão em flagrante ou a quaisquer autos investigatórios, prerrogativa assegurada no artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994), pode caracterizar a infração penal

a vítimas e testemunhas, quanto ao direito de requerer a exclusão de quaisquer de seus endereços e dados de qualificação dos termos de declarações ou de depoimento que prestarem.

Parágrafo único – Manifestado o desejo de sigilo pela vítima ou testemunha, seus dados de qualificação e de residência sigilosos permanecerão anotados em impresso distinto, o qual somente será anexado à contracapa do inquérito policial por ocasião de sua remessa ao Juízo de Direito competente, após a elaboração do relatório final pela Autoridade Policial”.

6.7.5 Identificação

A identificação, ainda que esteja diretamente atrelada aos dados que integram a qualificação do indiciado, com eles não se confunde. Retrata, na verdade, a confirmação ou o reconhecimento desses dados qualificativos (nome, filiação, nascimento e naturalidade) e a identidade ofertada, para regular individualização do sujeito a quem a conduta está sendo imputada.

A concretização da identificação opera-se pela obtenção de elementos individualizadores como fotografias pessoais e impressões datiloscópicas, utilizadas pelos institutos de identificação dos Estados da Federação para o cadastro das carteiras de identidade (também chamadas “cédulas de identidade”), mediante registro em ordem numérica, popularmente conhecido pela sigla “RG” (“Registro Geral”).

A referida identificação compreende a denominada identidade civil, que todos os cidadãos devem possuir para o regular exercício de seus direitos e cumprimento de seus deveres, cuja formalização em regra é baseada na certidão de nascimento do indivíduo, gerando também outros documentos pessoais que permitem a identificação civil de cada ser humano.

6.7.5.1 Identificação civil e identificação criminal

Há comando constitucional que baliza a identificação, assim inserto na Lei Maior em seu artigo 5º, inciso LVIII: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Importante assentar que a regra é a identificação civil, comprovada por intermédio de documentos pessoais, sendo a identificação criminal admitida somente nos casos regulados no ordenamento.

O diploma que atualmente disciplina a matéria é a Lei Federal nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, que prevê que a identificação civil pode ser atestada por qualquer dos documentos pessoais elencados em seu artigo 2º: carteira de identidade (como dito, conhecido como “RG”), carteira de trabalho, passaporte, carteira de identificação funcional e qualquer outro documento público que permita a identificação do indiciado, em geral, incluindo-se nesta última hipótese documentos oficiais ostentando foto identificatória, como a carteira nacional de habilitação (CNH). O diploma ainda equipara aos documentos de identificação civil os de identificação militar e estes, portanto, também podem ser empregados para o mesmo objetivo (Lei Federal nº 12.037/2009, art. 2º, p.u.).

Isto posto, quando o indivíduo a ser indiciado não portar documentos pessoais, ou quando os documentos que apresentar forem insuficientes para sua regular identificação civil, ele será submetido à identificação criminal,

compreendida pelos processos datiloscópico (coleta das impressões digitais dos dedos das mãos) e fotográfico (registro e captura da imagem do rosto do indivíduo), nos moldes dos artigos 3º e 5º, da mencionada Lei Federal nº 12.037/2009.

O ideal seria que os documentos de identificação civil fossem unificados pelo Poder Público, em âmbito nacional, com um número único de registro de identidade civil. Referido cadastro ainda não foi implementado, conquanto exista previsão legal para tal desiderato, apontada na Lei Federal nº 9.454, de 7 de abril 1997, que pretendeu instituir o número único de Registro de Identidade Civil¹¹⁴.

Há, entretanto, tendência nos documentos de identificação civil de que os registros dos dados pessoais sejam acompanhados do armazenamento eletrônico tanto da identificação biométrica das papilas dérmicas dos dedos das mãos (coleta das impressões digitais) quanto da fotografação de cada indivíduo, o que já ocorre ou, ao menos já se iniciou, com documentos como o passaporte, a carteira nacional de habilitação (CNH), o título de eleitor e a própria carteira de identidade (“RG”), esta última por ora registrada de modo restrito ao âmbito de cada estado da Federação, com numeração sequencial distinta e específica em cada um deles.

Nos termos do artigo 3º, da Lei Federal nº 12.037/2009, será admitida a identificação criminal (cadastro da fotografia e das impressões datiloscópicas), ainda que apresentado um documento de identidade, quando este ostentar rasura ou indício de falsificação, quando forem exibidos documentos distintos com informações conflitantes entre si, quando houver registros policiais de uso de outros nomes ou de qualificações diferentes pelo sujeito, quando o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais ou quando, de qualquer modo, o documento apresentado for insuficiente para identificar o indiciado, como, por exemplo, se ele possuir apenas a certidão de nascimento ou outro documento desprovido de fotografia.

O dispositivo em comento também autoriza, ainda que apresentado documento de identidade civil, mediante deliberação judicial de ofício ou via

114. A Lei Federal nº 9.454/1997 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.166, de 5 de maio de 2010, que criou o Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil, ainda pendente de plena execução pelo Poder Público. Não se ignora a existência do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), que compreende numeração vinculada a banco de dados gerenciado pela Receita Federal do Brasil, regulado pela Instrução Normativa RFB nº 1.548, de 13 de fevereiro de 2015, e que armazena informações cadastrais de contribuintes para a prática de determinados atos, mormente aqueles com repercussão no campo tributário, mas que não serve como referência para a identificação civil da pessoa por não constar elementos de individualização como a imagem fotográfica e as impressões digitais.

representação do Delegado de Polícia ou pedido da acusação ou da defesa, que se proceda à identificação criminal quando esta for essencial às investigações, se assim demandarem as circunstâncias do caso concreto. Nessa hipótese, pode-se incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do sujeito identificado (Lei Federal nº 12.037/2009, art. 5º, p.u.), melhor tratada em subtópico adiante.

Assinala-se que a permissão de identificação criminal quando há intervalo temporal que inviabilize a completa identificação dos caracteres essenciais do sujeito se faz necessária porque o indivíduo pode apresentar documento com foto muito antiga, na qual sua fisionomia já tenha sofrido intensa alteração. Do mesmo modo, a distância da localidade de expedição do documento, mormente das cédulas de identidade, também é hipótese que autoriza a medida, visto que, conforme citado, o Poder Público brasileiro ainda carece de uma integração de âmbito nacional dos registros civis e, por ora, cada unidade da Federação possui seu cadastro próprio de identificação, razão pela qual não são raros casos em que um mesmo indivíduo obtém carteiras de identidade civil em Estados diversos, por vezes com dados pessoais diferentes, sobretudo quando imbuído de intenções espúrias para a prática de delitos¹¹⁵.

A identificação afeta ao indiciamento do sujeito normalmente se formaliza com um documento específico no qual são inseridos os dados relativos à pessoa do indiciado (dados qualificativos) e à infração penal a ele atribuída (dispositivo legal que está sob incidência), bem como informações sobre a numeração do respectivo inquérito policial¹¹⁶.

115. Assinala-se que a identificação criminal difere da simples colheita decadactilar para fins de composição de prontuário do preso, protocolo conhecido no meio policial como “legitimação”, que tem por escopo a mera confirmação dos dados qualificativos via confronto com aqueles existentes no banco de dados dos institutos de identificação. Quando a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVIII, prevê que o civilmente identificado não está obrigado à identificação criminal, alude à hipótese do citado artigo 6, inciso VIII do CPP, qual seja, àquela integrante do formal indiciamento. Deste resultam, como visto, o auto de qualificação e de interrogatório e as informações sobre a vida pregressa do implicado, aos quais, ao final, é acrescido um boletim de identificação criminal e *modus operandi*. Tal documento (que ostenta numeração sequencial própria), presta-se, como mencionado, a angariar informações pessoais e somáticas dos indiciados, ostentando ele, ainda, espaço apropriado para a colheita das individuais datiloscópicas do sujeito identificado. Nesse campo, se assim se pode chamá-lo, são apostas as impressões digitais daquelas pessoas que, nas hipóteses legalmente previstas, são obrigadas a passar pelo processo de identificação criminal. Assim, quando a Carta Magna licenciou o civilmente identificado desse tipo de identificação, fez ela referência à aposição de suas digitais no corpo do boletim de identificação e não à mera colheita de impressões para as chamadas “planilhas menores” (individuais), que são empregadas, destarte, apenas para fins de movimentação carcerária ou “legitimação”, vale dizer, para a mera confirmação via confronto dos dados qualificativos armazenados no órgão público de identificação.

116. No Estado de São Paulo esse documento se denomina atualmente “Boletim Eletrônico de Identificação Criminal”, editado por meio digital, também chamado de “Boletim de Identificação Criminal” (“BIC”), ou simplesmente “boletim de identificação”, e conterá também a fotografia e as impressões datiloscópicas,

6.7.5.2 Identificação criminal pelo perfil genético

A Lei Federal nº 12.654, de 28 de maio de 2012, acrescentou alguns dispositivos no diploma de identificação criminal, dentre eles o parágrafo único do artigo 5º, da citada Lei Federal nº 12.037/2009, e passou a autorizar a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético do indivíduo identificado, mediante autorização judicial.

De igual sorte, foi também incluído o artigo 5º-A na referida lei de identificação criminal, *in verbis*:

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.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

Pela leitura do texto legal, percebe-se que a exigência de ordem judicial mediante representação do Delegado de Polícia ou pedido da acusação ou da defesa (Lei nº 12.037/2009, art. 3º, IV) deve demonstrar que a identificação criminal pelo perfil genético é essencial para a investigação dos fatos apurados e será analisada sempre de acordo com as peculiaridades do caso concreto, não havendo óbice para que ocorra em sede de inquérito policial iniciado via prisão em flagrante delito.

caso o indiciado não apresente documento atestador da identidade civil apto. Exibido o documento civil, cópia deste deverá ser juntada aos autos do inquérito policial (Lei Federal nº 12.037/2009, art. 3º, p.u.). Devidamente preenchido, cópia do "boletim de identificação", ou documento a ele equivalente, é encaminhada ao Instituto de Identificação respectivo ou repartição congênere da entidade federativa, e alimentará o banco de dados criminais, em homenagem ao artigo 23 do CPP, para eventuais consultas pelos órgãos policiais ou judiciários. Ainda no caso paulista, os dados de identificação afetos ao indiciamento são geridos e alimentados por intermédio do Instituto de Identificação "Ricardo Gumbleton Daunt" (IIRGD) e o banco de dados criminais é mantido e controlado pela Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo (Prodesp), empresa de economia mista vinculada à Secretaria Estadual de Gestão Pública.

No mesmo diapasão, a destacada Lei Federal nº 12.654/2012 também acresceu o artigo 9º-A na Lei Federal nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que por sua vez sofreu reformas pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), atualmente com a seguinte redação:

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

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

§ 1º-A A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

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

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

(...)

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Nesta hipótese, observa-se que há comando legal de que os sujeitos condenados por delitos violentos contra a pessoa ou por qualquer crime hediondo (Lei Federal nº 8.072/1990) sejam submetidos à identificação pelo perfil genético, via coleta do *DNA*¹¹⁷ do indivíduo, facultando aos Delegados de Polícia o acesso mediante ordem judicial ao respectivo banco de dados, justamente para eventuais confrontos com materiais obtidos em sede de investigação criminal.

Não obstante eventual argumentação de suposta incompatibilidade da medida em comento com o citado princípio da não autoincriminação, a ponto de inviabilizar a identificação pelo perfil genético sem a anuência do agente, porquanto o sujeito não poderia ser compelido a contribuir ativamente com a

117. A sigla *DNA* possui origem na expressão inglesa “*deoxyribonucleic acid*”, ou “ácido desoxirribonucleico”, representado pela sigla ADN, e consiste no composto orgânico cujas moléculas contêm as informações genéticas de todos os seres vivos, transmissíveis das características hereditárias. Na medicina forense pode ser utilizado o *DNA* existente no sangue, no sêmen, na pele, ou na saliva obtidos no local ou objeto de um crime para confronto com o de um indivíduo suspeito e assim identificar o criminoso, técnica denominada de “impressão genética” ou perfil de *DNA*.