

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



BANCOS DE DADOS BIOINFORMACIONAIS GENÉTICOS PARA
FINS CRIMINAIS: UMA QUESTÃO DE PONDERAÇÃO ENTRE
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ramon Leite de Carvalho

Aluno nº 58957

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com especialidade em Direitos
Fundamentais

2020

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



BANCOS DE DADOS BIOINFORMACIONAIS GENÉTICOS PARA
FINS CRIMINAIS: UMA QUESTÃO DE PONDERAÇÃO ENTRE
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-
Políticas com especialidade em Direitos
Fundamentais da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, sob a orientação do
Professor Doutor João Miranda.

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com especialidade em Direitos
Fundamentais

2020

SIGLAS:

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta da Inconstitucionalidade

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

BGA – Biogeographical Ancestry

BVerfG – Bundesverfassungsgericht

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CODIS – Combined DNA Index System

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

ENFSI – European Network of Forensic Science Institutes

ESS – European Standard Set

EUA – Estados Unidos da América

EVC – Externally Visible Characteristic

FBI – Federal Bureau of Investigation

FDP – Forensic DNA Phenotyping

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

ISSOL – Interpol Standard Set of Loci

LBDADN - Lei portuguesa nº 5/2008, de 12 de fevereiro

LC – Lei Complementar

LEP – Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal brasileira)

LGPD – Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados brasileira)

LPD – Lei nº 28/2019 (Lei da Proteção de Dados Pessoais portuguesa)

NDNAD – United Kingdom National DNA Database

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

PACE – Police and Criminal Evidence Act 1984

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

RGPD – Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral de Proteção de Dados)

RIBPG – Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal brasileiro

StPO – Strafprozessordnung

SWGDM – Scientific Working Group on DNA Analysis Methods

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1) ENQUADRAMENTO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	5
1.1) Aspectos Gerais	5
1.1.1) Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana.....	7
1.1.2) Dimensões Subjetiva e Objetiva (o Dever de Proteção)	9
1.2) Principais Direitos Fundamentais envolvidos	12
1.2.1) Direitos Fundamentais em Equação.....	13
1.2.1.1) Direito à Segurança.....	13
1.2.1.1.1) Segurança e Atividade de Polícia.....	18
1.2.1.2) Direito à Integridade Pessoal	20
1.2.1.3) Direito à não autoincriminação (nemo tenetur se ipsum accusare).....	23
1.2.1.4) Direito à Privacidade.....	27
1.2.1.5) Direito à Autodeterminação Informacional (Proteção de Dados Pessoais)	33
1.2.2) A relação entre a utilização da bioinformação na área criminal e os direitos fundamentais envolvidos.....	38
1.3) As colisões entre os direitos fundamentais como princípios.....	47
2) ASPECTOS GERAIS SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	54
2.1) Dados Pessoais	57
2.2) Dados Genéticos como Categoria Especial de Dados Pessoais.....	59
2.3) Princípios	63
2.3.1) Licitude, lealdade e transparência	64
2.3.2) Limitação das finalidades	65
2.3.3) Minimização dos dados.....	67
2.3.4) Exatidão	68
2.3.5) Limitação da conservação.....	69
2.3.6) Integridade e confidencialidade	69
2.3.7) Responsabilidade	70
2.4) Fundamentos do tratamento de dados	71
2.5) Direitos do Titular dos Dados	73
2.6) <i>Privacy by design</i> e <i>Privacy by default</i>	75
2.7) Registro	78
2.8) Segurança do Tratamento	79
2.9) Transferência	81

3) UTILIZAÇÃO DA BIOINFORMAÇÃO PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - OS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS	83
3.1) Juridicidade da criação da base de dados de ADN	93
3.1.1) Legitimidade da recolha da amostra biológica	95
3.1.1.1) Voluntariedade	96
3.1.1.2) Determinação Legal	97
3.1.1.2.1) Dignidade da pessoa humana	99
3.1.1.2.2) Direito à não autoincriminação (nemo tenetur se ipsum accusare).....	101
3.1.1.2.3) Direito à integridade física.....	117
3.1.1.2.4) Direito à privacidade.....	120
3.1.2) (Des)necessidade de pronunciamento judicial?	126
3.1.2.1) Recolha de material biológico.....	126
3.1.2.1.1) Recolha coerciva.....	130
3.1.2.2) Inserção do perfil genético no banco de dados os dados após a recolha.....	134
3.2) ADN codificante x ADN não codificante.....	137
3.3) Grupos de pessoas sujeitas ao conhecimento do perfil genético	138
3.3.1) Condenados.....	139
3.3.2) Acusados e suspeitos.....	147
3.3.3) Inimputáveis.....	159
4.3.3.1) Psíquica	161
4.3.3.2) Idade.....	164
3.3.4) População em geral	167
3.4) Novas Funcionalidades	178
3.4.1) Busca Familiar (e sua diferenciação quanto às correspondências parciais).....	178
3.4.2) Fenotipagem.....	186
3.5) Gerenciamento e Segurança dos dados.....	192
3.6) Conservação e Remoção	196
3.6.1) Amostras biológicas.....	198
3.6.2) Perfis Genéticos	202
3.7) Compartilhamento.....	207
CONCLUSÕES	214
BIBLIOGRAFIA.....	219
JURISPRUDÊNCIA	232

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da tecnologia nas últimas décadas ocasionou uma transformação na forma de organização das sociedades. As fronteiras entre os Estados se tornaram rarefeitas quanto à circulação de pessoas, produtos e informações. Com isso, os riscos aos quais as pessoas estavam expostas também cresceram, em decorrência dos próprios sucessos da modernização¹. As formas de atuar na criminalidade também foram aperfeiçoadas e vieram acompanhadas de um anseio social por maior garantia de segurança, o que necessariamente passa pelo desenvolvimento de novos meios de combate à criminalidade.

A revolução tecnológica também teve efeitos reflexos nas questões relacionadas às ciências criminais. De tempos para cá, as práticas delituosas, que se consubstanciavam através de condutas que pressupunham a presença física do ofensor, em algumas circunstâncias deixaram de depender desse elemento corporal do agente. Diversas espécies de delitos relacionados com a cibercriminalidade são praticadas com recurso a meios tecnológicos, muitas vezes sem que se tenha qualquer elemento acerca de características corporais do criminoso, dependendo as investigações de identificação de máquinas utilizadas para a sua prática.

Por outro lado, a maior parte dos delitos ainda depende de uma ação presencial do agente, com especial destaque às formas de criminalidade mais violentas. Nessas hipóteses, nos ensina o princípio da troca, de Locard, que aquelas pessoas que atuam na cena do crime com ela entram em contato e, portanto, sempre levam consigo algo relacionado a ela e nela deixam alguma coisa, restando sempre algum rastro dos elementos que nela intercederam. As informações relacionadas ao corpo do criminoso são imprescindíveis e constituem elemento fundamental para a apuração da autoria dos crimes e localização dos delinquentes.

Até passado recente, os elementos de bioinformação destinados à utilização na área criminal eram essencialmente biométricos, consistentes na fisionomia pessoal e nas impressões digitais. O desenvolvimento da biomedicina permitiu que fossem identificados elementos genéticos, que podem individualizar a pessoa com margem de erro muito

¹ Cfr. Ulrich Beck, *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida* (trad. Marian Toldy e Teresa Toldy), Edições 70, Lisboa, 2016, p. 26.

restrita. Não há dúvida de que o conhecimento das características biométricas ainda representa importante componente na solução de delitos, em especial no que diz respeito às características faciais, que se apresentam como o elemento corporal mais importante para identificação de um criminoso. Na maioria dos delitos, o delinquente é identificado através de reconhecimento da sua fisionomia, seja por parte da vítima ou de testemunhas, através de contato pessoal, imagens de vídeo ou fotográficas.

Ainda no que diz respeito aos dados biométricos, a necessária existência de um banco de dados datiloscópico para fins de identificação civil, há tempos, torna possível a confrontação em caso de eventual encontro de impressões digitais em cenas de crime, possuindo relevante função também nas investigações criminais. Entretanto, nos dias atuais, existem vestígios biológicos que são muito mais facilmente encontrados nas cenas de crime do que impressões digitais e conferem garantia muito maior de exatidão na identificação, nomeadamente através do exame de ADN. Assim, a análise dos componentes genéticos do ser humano veio a ser adicionada à dos biométricos, de forma a majorar a eficiência do Estado na apuração dos crimes.

É latente a existência de avanços no campo da bioinformação. No que diz respeito aos dados biométricos, notadamente através da realização de reconhecimento facial de forma instantânea, através da captação de imagens faciais de determinada pessoa, inclusive em ambientes públicos. No campo da genética, a existência de bancos de dados de ADN para fins criminais já é uma realidade em diversos lugares do mundo, não sem que a matéria esteja permeada por inúmeras controvérsias.

Todas essas inovações se caracterizam como medidas que melhoram a eficiência estatal no combate à criminalidade e, como consequência, conferem um incremento à segurança das pessoas, reconhecida como um direito fundamental. Simultaneamente, outros direitos fundamentais, notadamente a privacidade² e a autodeterminação

² Nota-se que nalguns ordenamentos, como o Português (artigo 26º, nº 1 da CRP) e o Brasileiro (artigo 5º, X, da CRFB), o texto constitucional fala em direito à intimidade e à vida privada. A terminologia “direito à privacidade” será utilizada como padrão no trabalho, para evitar eventuais diferenciações interpretativas indesejadas e em virtude deste termo ser considerado mais abrangente do que o termo “intimidade”. Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 280, o objeto da intimidade seria mais restrito, atinente aos episódios que envolvam o âmbito familiar e amigos próximos, enquanto a privacidade abrangeria os comportamentos e acontecimentos, em geral, que a pessoa deseja que não se espalhe. Danilo Doneda, “Privacidade, Vida Privada e Intimidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais”, *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008, faz a mesma observação, acrescentando que a existência de duas terminologias não significa a existência de hipóteses distintas, sendo possível conceber que se tratou de um excesso legislativo, para evitar interpretações que

informativa, sofrem uma maior interferência em virtude da aplicação desses métodos desenvolvidos hodiernamente. Tendo em vista essa contraposição constatável quanto aos direitos fundamentais, é importante que o recurso a essas novas modalidades seja permitido, mas sempre com atenção para que seja buscado um equilíbrio entre os direitos.

Sem que seja descuidado quanto às peculiaridades que o tema pode apresentar nos diversos sistemas jurídicos, o seu desenvolvimento terá por intenção trabalhar com elementos genéricos que equilibrem os direitos fundamentais e possam servir como referência nos variados ordenamentos. O estudo se inicia através de uma abordagem teórica acerca de aspectos da doutrina relacionada aos direitos fundamentais cujo conhecimento se faz necessário à compreensão de algumas questões, como a consideração dos direitos como fundamentais, bem como a classificação normativa desses direitos e a forma como eles se ajustam, especialmente nos casos em que se opõem. A seguir, os principais direitos fundamentais que se fazem presentes quando se trata da temática proposta são apresentados, proporcionando a compreensão quanto à origem, desenvolvimento e à formatação específica de cada um deles nos dias atuais.

Ultrapassado o primeiro capítulo e apontada a autodeterminação informativa como direito fundamental, expressamente no direito português e implicitamente no direito brasileiro, passa-se a expor o desenvolvimento doutrinário acerca dos regramentos referentes à proteção de dados pessoais. A matéria ainda é incipiente no direito brasileiro, tendo sido recém promulgada a Lei nº 13.709/18 (LGPD), com inspiração no RGPD europeu. A análise será feita tendo por consideração o desenvolvimento da matéria neste continente, com apontamentos relevantes também no que diz respeito à legislação brasileira, que ainda inicia a sua adaptação aos novos conceitos.

Como os dados pessoais para utilização com finalidades criminais são mantidos em poder do Estado, o conhecimento do detalhamento da matéria referente à proteção de dados pessoais possui destacada importância quando se cuida da bioinformação. Quando permitida a execução dessa atividade pelo Estado, será a normatização referente à proteção de dados pessoais que terá o papel de estabelecer alguns limites para que a atividade seja realizada sem intervenções exageradas nos direitos individuais.

restringissem a norma. Afirma que uma discussão dogmática entre os dois termos desviaria o foco que é a efetiva aplicação do direito fundamental.

Estabelecida a base teórica geral incidente sobre o tema, passa-se à análise específica dos problemas que envolvem a criação de um banco de dados de ADN com o objetivo de combate à criminalidade. Os objetivos serão abordar as principais questões ético-jurídicas a respeito da matéria, mediante a determinação de como estão situados os direitos fundamentais incidentes no caso.

Isso significa que não se limitará o trabalho à análise específica da legislação presente em um ordenamento jurídico específico. Será desenvolvido mediante avaliações de cunho mais genérico, com compreensões globais sobre a matéria. Para tal, será explicitado como alguns institutos estão desenvolvidos em diversos ordenamentos e o que se pensa a respeito deles. Naturalmente, será conferida especial atenção ao que está estabelecido nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, ante a origem do pesquisador e local de apresentação do trabalho.

Serão realizados questionamentos, críticas e proposições acerca de diversos temas que envolvem a base de dados de ADN, como a recolha da amostra biológica e inserção do perfil genético, quais os grupos de indivíduos que poderão estar submetidos ao instituto, quais os desafios e questões acerca do conservação, acesso e apagamento de amostras e perfis, bem como compartilhamento destes.

1) ENQUADRAMENTO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1) Aspectos Gerais

A difusão do pensamento liberal no século XVIII elevou o homem, que anteriormente era apenas um componente de uma ordem institucional, a elemento principal do sistema, com o reconhecimento de que era livre e detentor de direitos naturais, justificando-se a existência do Estado para a ele servir. Criada como desdobramento da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi o marco principal do período em que se iniciou o reconhecimento dos direitos fundamentais, em especial com a consagração formal de que uma sociedade qualquer onde não esteja assegurada a garantia aos direitos não tem Constituição (artigo 16º). A partir daquele histórico diploma, os direitos fundamentais passaram a ser considerados direitos garantidos aos indivíduos por razão de humanidade, direitos de igualdade e universais³.

A sua primeira aceção teórico-jurídica, construída sob a base dos fundamentos liberais, é a de que os direitos fundamentais consistiriam em uma primordial salvaguarda das pessoas individualmente consideradas em face do Estado. Mas não somente de uma ideia de liberdade dos cidadãos foi construído o liberalismo. Não obstante essa ideia refletir a principal ideologia relacionada às teorias liberais, esta corrente de pensamento também expressava o desenvolvimento dos ideais de democracia, através da busca de maior estruturação da sociedade em grupos e conquistas no campo político, o que também teve reflexo na seara dos direitos fundamentais, na medida em que foram estabelecidos direitos de participação dos indivíduos na vida política⁴.

Esses direitos de participação política representavam o ideal de igualdade da teoria liberal. Contudo, o desenvolvimento da sociedade liberal e a concretização dos seus planos acarretou, na prática, em agravamento das desigualdades, o que gerou insatisfação das classes menos favorecidas. Os movimentos por elas capitaneados, em especial no início do século XX, resultaram no advento do Estado Social. Através dessa nova concepção de Estado, foi conferido aos direitos fundamentais também um caráter social, relacionado com

³ Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 20-21.

⁴ Idem, pp. 53-55.

um dever prestacional que o Estado possui perante os cidadãos, com a intenção de garantir condições materiais básicas e promover igualdade material⁵.

Posteriormente, mediante a conscientização da necessidade de constituir os direitos fundamentais com um caráter de solidariedade e fraternidade, novos direitos foram sendo reconhecidos dentro desta categoria, encorpando o rol dos direitos de maior importância dentro do ordenamento jurídico, como é o caso do direito ambiental.

O desenvolvimento histórico da matéria ensejou a criação de um conceito de dimensões (ou gerações) dos direitos fundamentais, estabelecido de acordo com a época de sua consagração e a densificação material dos mesmos. A primeira, coincidente com a origem dos direitos fundamentais, diz respeito aos direitos de liberdade, civis e políticos. A segunda, decorrente do surgimento do Estado Social, corresponde à consagração dos direitos sociais e econômicos, e a terceira, constituída através dos direitos de solidariedade e fraternidade.

Na ordem jurídica global, os direitos fundamentais atualmente estão internacionalmente consagrados através de diversos documentos de âmbito supranacional. No período do segundo pós-guerra, os povos, ainda aterrorizados por decorrência das graves violações de direitos humanos ocasionadas pelos regimes nazi-fascistas, sentiram a necessidade de se mobilizarem para restabelecer a garantia dos direitos humanos contra os abusos dos Estados. Este movimento também foi acompanhado internamente pela maioria dos Estados Nacionais, tendo os direitos fundamentais sido expressamente consagrados nas principais Constituições analíticas do mundo, caracterizando a categoria de direitos de maior densidade nos respectivos ordenamentos jurídicos.

Independentemente da maneira como positivadas nas constituições, as normas de direitos fundamentais se estruturam através de um conteúdo constituído pela determinação ao Estado de arcar com obrigações ou deveres que acarretam em posições jurídicas de vantagem aos particulares⁶. Cabe ao Estado desempenhar as funções de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, em decorrência dos seus fundamentos de existência,

⁵ Cfr. Daniel Sarmento, "A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria", In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 252.

⁶ Cfr. Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 54.

que são as liberdades individuais, sob uma perspectiva mais clássica, acrescidas hodiernamente da dignidade da pessoa humana.

1.1.1) Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana

O constitucionalismo fundado na garantia dos direitos fundamentais sempre se apresentou como uma ordem dirigida à garantia dos indivíduos. Ocorre que a previsão formal dos direitos fundamentais não significou sua efetivação, o que resultou nas graves violações à humanidade verificadas durante a II Guerra Mundial. A reafirmação dos direitos fundamentais foi concretizada a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um valor universal.

A aproximação do direito com valores morais verificada na segunda metade do século XX resultou na consagração da dignidade da pessoa humana em diplomas internacionais, bem como fez com que ela fosse erigida a fundamento do Estado em diversos textos constitucionais⁷. Exprime-se do conceito axiológico da dignidade da pessoa humana que esta é considerada, nos dias atuais, o elemento mais importante das ordens jurídicas constitucionais. A pessoa é o fim que justifica a própria existência do Estado.

Essa aceitação de uma nova moldura do Estado permite compreender a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais, sob a consideração de que um Estado de Direito deve respeitar, proteger e promover um conjunto de direitos ligados aos interesses mais significativos das pessoas, notadamente no que diz respeito às suas vidas, liberdade, autonomia e bem-estar. O indivíduo é reconhecido como titular de dignidade ao ser a ele concedida a garantia de ter em seu favor uma série de direitos de elevada estatura⁸. A atribuição aos indivíduos desta capacidade de possuir direitos importantes significa a efetiva consagração de sua dignidade, razão pela qual a maior parte⁹

⁷ Nesse sentido, artigo 1º da Constituição da República Portuguesa e artigo, 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸ Cfr. Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana – V. 1: Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, reimpressão 2016, pp. 69-70.

⁹ Para Ingo Sarlet, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, p. 99, em especial em Constituições analíticas, onde há um extenso rol de direitos fundamentais consagrados, nem todos os direitos fundamentais necessariamente derivam da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, há direitos previstos como fundamentais de acordo com opção do constituinte, que podem se basear também em outros valores.

dos direitos fundamentais, incluindo a segurança, a privacidade e a autodeterminação informacional¹⁰– ou todos¹¹ –, dela decorrem.

Além de se apresentar como um valor moral, a dignidade da pessoa humana constitui norma instituída nas mais variadas constituições e, assim, dotada de um conteúdo deontológico, quando pode ser classificada como um princípio constitucional. Se tratando de papéis complementares, a caracterização da dignidade da pessoa humana como um valor fundamental que se irradia para todo o ordenamento jurídico, também não é afastada em razão da aceitação da condição normativa da dignidade da pessoa humana, sob a condição de princípio¹². Sob esse último prisma, uma das maiores dificuldades é estabelecer um conteúdo normativo para sua aplicação.

Devido à circunstância de constituir, como um valor, fundamento dos principais direitos fundamentais, pode-se identificar na dignidade da pessoa humana um papel integrador e constitutivo dos mesmos. Entretanto, quando se trata de desvendar o conteúdo normativo da dignidade, deve ser reconhecido que as normas de direitos fundamentais e a norma da dignidade da pessoa humana são distintas, possuem conteúdos diversos, ainda que eventualmente venham a se sobrepor. Essa possibilidade de uma sobreposição parcial não significa que, ao se tratar de direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana poderá ser invocada de forma alargada.

Uma tendência de identificação ampliativa entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais resultaria em uma inibição dos efeitos destes, pois, em última análise, praticamente tudo acabaria se tornando uma questão de dignidade da pessoa humana. Por consequência, também se obteria como resultado um enfraquecimento da dignidade, uma vez que sua aplicação demasiadamente ampliativa, a abranger grande parte das questões que atinja os direitos fundamentais, inclusive os menos relevantes, seria capaz de banaliza-

¹⁰ Direito fundamental do qual decorre a proteção de dados pessoais.

¹¹ Para Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, p. 105: “Os direitos fundamentais não têm sentido nem valem apenas pela vontade (pelo poder) que historicamente os impõe. O conjunto dos direitos fundamentais é significativo e desvendável, porque é referido a um critério de valor; os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente, porque são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá fundamento. É que a unidade dos direitos fundamentais, como a unidade da ordem jurídica em geral, há de ser uma unidade axiológica, material, que funde e legitime o seu conteúdo normativo.”

¹² Nesse sentido, ao tratar especificamente da Constituição brasileira, mas em lição aplicável também ao ordenamento português, Ingo Sarlet, *Dignidade...*, p. 84.

la, a ponto de perder seu necessário prestígio no ordenamento jurídico e ser transformada em mero argumento retórico¹³.

Assim, considerando sua concepção deontológica, que lhe atribui um caráter normativo-principlológico, somente em certas ocasiões excepcionais, poderá ser utilizada como elemento de suporte ao direito fundamental para solução de casos concretos. Deve ser admitida sua intervenção quando a invocação de outras normas de direitos fundamentais não confira proteção suficiente e adequada aos bens dignos de tal proteção¹⁴. Somente no caso de verificação de uma interferência extremamente grave sobre os direitos fundamentais é possível identificar também uma violação da dignidade da pessoa humana.

Assim, a consideração de que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento dos direitos fundamentais, não permite concluir que as decisões referentes aos casos difíceis envolvendo tais direitos devem ter como apoio a invocação da dignidade da pessoa humana. Dificilmente as interferências em direitos fundamentais poderão configurar violação à dignidade da pessoa humana, quando normativamente esta é compreendida de forma criteriosa. Tal constatação é relevante em relação a determinados direitos – especialmente os caracterizados como direitos de defesa em face do Estado – onde muitas vezes se invoca uma aproximação com a dignidade da pessoa humana no intuito de supostamente colocar ponto final em uma discussão sem a utilização de uma argumentação construída de maneira consistente.

1.1.2) Dimensões Subjetiva e Objetiva (o Dever de Proteção)

O período pós-guerra se caracterizou como um marco de avanço constitucional em direção ao pós-positivismo, na medida em que o ordenamento constitucional passou a ser concebido de acordo com alguns destacados valores. Isso impulsionou a que direitos que eram formalmente previstos passassem a ter maior efetividade, garantindo posições jurídicas consistentes aos seus titulares, além de ter havido uma extensão do rol dos direitos, com reconhecimento de outros ainda não consagrados anteriormente.

¹³ No campo da bioética a utilização da dignidade da pessoa humana tem sido muito questionada, inclusive pelo fato de que muitas vezes é suscitada como forma de limitação das liberdades, chegando a ser tratada como um conceito inútil. Nesse sentido, Ruth Macklin, "Dignity is a useless concept", *In: British Medical Journal*, 20 de dezembro de 2003; V. 327: p.1419–1420.

¹⁴ Cfr. Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana – V. 2: Dignidade e Inconstitucionalidade*, Almedina, Coimbra, reimpressão 2017, pp. 23-24.

Inegavelmente, as novas concepções acerca do direito redundaram em uma solidificação das garantias individuais, com maior controle quanto às interferências estatais nos direitos das pessoas, de modo a evitar violações.

Os direitos fundamentais foram tradicionalmente concebidos pela atribuição de uma função de defesa dos cidadãos perante o Estado. Eram eles caracterizados exclusivamente por uma vertente negativa, onde era conferido aos titulares o direito a que não fossem violados os seus direitos. Com o advento do Estado Social, passou a ser a ele atribuído um caráter prestacional.

A maior harmonização nas relações entre Estado e indivíduo, alavancada através do reconhecimento da vertente prestacional do poder público, e solidificada principalmente nas últimas décadas do século XX, evidenciou que a consideração do Estado como um inimigo, violador das liberdades e direitos fundamentais não corresponde aos ditames do Estado de Direito democrático. Os Estados atuais exercem uma multiplicidade de funções em favor dos indivíduos. Sob tal perspectiva, deve a eles ser reconhecido um papel efetivador das normas constitucionais¹⁵, na medida em que possuem a incumbência também de proporcionar as condições para que as pessoas possam exercer as suas liberdades. Aos direitos fundamentais é conferido um duplo caráter, consistindo eles em direitos subjetivos, enquanto direitos dos cidadãos em sentido estrito e garantia de liberdade, bem como constituem elementos de um ordenamento objetivo, configurado como base para uma convivência humana justa e pacífica¹⁶.

Os atributos conferidos aos direitos fundamentais, concebidos como direitos de defesa dos indivíduos, bem como direitos a ações positivas de prestação estatal, integram o que se considera como a sua dimensão subjetiva.

Considera-se como subjetiva aquela em que são evidenciadas posições jurídicas que podem ser atribuídas às pessoas de forma individualizada. Essa dimensão, encampando os ensinamentos de Vieira de Andrade, “implica um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efetiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respetivo titular”¹⁷. Segundo a consagrada classificação atribuída por Alexy, ela se forma através de uma organização tripartida quanto às posições jurídicas fundamentais, onde os direitos de defesa e os direitos a ações positivas estatais estão

¹⁵ Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, pp. 138-139.

¹⁶ Cfr. Perez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 25-26.

¹⁷ Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, p. 112. (destaques no original)

presentes no primeiro vértice, tendo como segundo e terceiro vértices, as liberdades e as competências, respectivamente¹⁸.

Com a evolução dogmático-jurídica quanto à matéria dos direitos fundamentais, passou a ser reconhecida neles também uma dimensão objetiva, diretamente relacionada com os valores decorrentes destes direitos e que devem ser tutelados pelo Estado. As origens históricas e filosóficas dos direitos fundamentais, que os caracterizam como direitos essencialmente conferidos ao cidadão, de forma a viabilizar e incrementar sua autodeterminação em face do Estado agora são acrescidos na sua substância. Percebe-se no quadro atual que eles se expressam juridicamente de forma mais evidente como deveres jurídico-objetivos impostos ao Estado pelas normas que os estabelecem¹⁹.

Ao Estado não basta mais se abster de lesá-los, passando ele a ser responsável pela efetiva proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, aos direitos fundamentais passa a ser atribuída, para além do conteúdo negativista de não violação aos direitos individuais, uma carga objetiva valorativa, que atribui ao Estado a obrigação de atuar positivamente para tutelar esses direitos. Atento à nova configuração dos direitos fundamentais, pode-se reconhecer que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais veio para agregar novas funções e, com isso, intensificar a juridicidade das normas de direitos fundamentais, aumentando sua importância para a vida em sociedade²⁰.

Acrescida à função dos direitos fundamentais como posições jurídicas concedidas aos indivíduos em face do Estado, desenvolveu-se a percepção quanto à necessidade de acrescentar uma garantia de proteção dos titulares desses direitos das ameaças advindas de terceiros. Não se olvida que o Estado sempre desempenhou o papel de proteção de liberdades e bens jurídicos individuais, mas seu exercício estava ligado diretamente à função de manutenção da comunidade política, não compreendida como forma de proteção dos direitos individuais²¹.

Na nova ordem constitucional, a atribuição protetora do Estado ultrapassa substancialmente o viés de conservação institucional, se encontrando funcionalizado para a tutela dos direitos fundamentais. Aos cidadãos é conferido o papel de elemento principal

¹⁸ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva), 2ª ed., 5ª tiragem, Malheiros, 2017, pp. 193-253.

¹⁹ Cfr. Reis Novais, *As Restrições...*, p. 71.

²⁰ Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, p. 109.

²¹ *Idem*, p. 138.

do sistema e, em caso de eventual ineficiência do cumprimento da atividade protetiva do poder público, as próprias liberdades individuais poderão ser afetadas.

No desenvolvimento atual dos direitos fundamentais, mantém-se a dimensão subjetiva, que está no seu cerne, no sentido de que aos indivíduos são garantidas posições jurídicas que são oponíveis ao Estado. A consagração desta dimensão não exclui os efeitos jurídicos adicionais decorrentes da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais²², que vêm para densificar os já anteriormente prestigiados direitos.

Com isso, ganha desenvolvimento especial a teoria dos princípios, na medida em que se faz necessário equilibrar a medida das restrições a direitos fundamentais para a tutela de outros também de elevada importância. É legítimo e imprescindível que o Estado intervenha de forma restritiva em direitos fundamentais com o objetivo de proteção dos demais, desde que esta restrição seja realizada de forma equilibrada, pautada de acordo com a proporcionalidade.

Na abordagem das questões relacionada à utilização da bioinformação para finalidades criminais, em especial no caso da utilização do ADN, os principais direitos fundamentais correspondentes são o direito à segurança, o direito à privacidade, o direito à não-autoincriminação e o direito à autodeterminação informacional. O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais permite identificar, no âmbito do direito fundamental à segurança, a atividade estatal direcionada à garantia da segurança interna que, no que se refere ao tema específico deste estudo, implica em restrições a outros direitos fundamentais, notadamente os acima relacionados.

1.2) Principais Direitos Fundamentais envolvidos

Como os debates relacionados à bioinformação são dotados de grande complexidade, há um número considerável de direitos fundamentais que eventualmente podem estar envolvidos nessas discussões. Demonstrar a formatação teórica das diversas espécies de direitos fundamentais, considerando que alguns incidem de maneira menos decisiva para a solução dos casos, ampliaria demasiadamente e de forma desnecessária a extensão do trabalho. Eles serão devidamente apontados e contextualizados quando sua

²² Cfr. Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 145.

presença se fizer evidenciada na abordagem específica do tratamento da bioinformação referente ao ADN.

No que diz respeito aos principais direitos em questão, identificados como o direito à segurança, o direito à privacidade o direito à não-autoincriminação e o direito à autodeterminação informacional, como entram em choque na maioria dessas situações, contribuindo de forma decisiva para a possibilidade ou impossibilidade de adoção dessas medidas, bem como para a delimitação da forma como será admitida, importante estabelecer dogmaticamente sua classificação como direitos fundamentais, sua autonomia e seu conteúdo.

A seguir deste enquadramento, já com o conhecimento acerca de como estão consagrados, será o momento de demonstrar como eles estão diretamente relacionados com a utilização da bioinformação para fins criminais e porque se apresentam como os principais direitos envolvidos nessa matéria.

1.2.1) Direitos Fundamentais em Equação

1.2.1.1) Direito à Segurança

A segurança constitui elemento basilar para a vida em uma sociedade civilizada. Caso as próprias pessoas tivessem a exclusividade de sua defesa, nada haveria a temer senão o poder de outro homem. Isso levaria a que os homens, ao mesmo tempo em que buscassem maior força para subjugar os outros, estivessem sempre em perigo em relação aos demais. Todos seriam inimigos entre si, o que configuraria uma situação de guerra²³. Se o homem tiver direito a tudo, nenhum homem terá a segurança para viver o tempo que a natureza lhe permitiria viver. Assim, de acordo com uma “regra geral de razão”, os homens devem buscar a paz, e essa procura somente é possível através de uma renúncia mútua de direitos entre os homens, através da privação da própria “liberdade de negar ao outro o benefício do seu próprio direito à mesma coisa”²⁴. Daí se depreende a necessidade da existência de um pacto social, onde é atribuído pelos indivíduos a um ente o poder de decisão e punição, de modo a que lhes seja garantida segurança.

²³ Cfr. Thomas Hobbes, *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 83-84.

²⁴ *Idem*, p. 87.

Portanto, com a evolução das sociedades, os cidadãos renunciaram à primazia da autodefesa, atribuindo ao Estado o monopólio da força, estando ele obrigado a salvaguardar a segurança pública²⁵. Mesmo na origem dos direitos fundamentais, onde a liberdade pura era preconizada, ela não era anarquicamente compreendida, já que existente em um contexto social e político organizado, onde a aceitação da limitação se dava em troca da busca da segurança coletiva, considerada então como um dado político, não um direito²⁶.

Essa noção inicial de preservação da segurança foi concebida essencialmente com base na ideia de proteção da ordem pública, compreendida como uma atividade de cunho meramente restritivo dos direitos individuais por parte do Estado. A adoção dessa concepção contribuiu para que à atividade estatal em prol da segurança, notadamente a policial, fosse atribuída um caráter autoritário, de modo a ser percebido o Estado como um inimigo das liberdades individuais. Ainda nos dias atuais alguns setores ideológicos ainda expressam tal visão, o que se mostra equivocado no contexto contemporâneo.

Em que pese a ideia de que o Estado deve cuidar da segurança dos cidadãos remeta ao surgimento do Estado moderno, que tinha como função zelar pela paz social e pela segurança, a partir da consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua dogmática, esses deveres estatais passaram a estar atrelados à ideia de tutela dos direitos fundamentais, representando “obrigações juridicamente vinculativas que atuam como garantias dos direitos e que implicam direitos subjetivos a medidas de proteção.”²⁷.

A linha divisória entre o interesse privado e o interesse público está a se esvaír, o que ocorre também em relação às normas supostamente direcionadas à proteção do indivíduo e às que supostamente estão à serviço da comunidade²⁸, especialmente quando se reconhece a existência de uma dimensão objetiva para os direitos fundamentais. O ser humano não é um ser isolado na humanidade, possuindo um papel social. Existe um compromisso solidário entre todos os integrantes da sociedade. É essa dimensão intersubjetiva do Homem que estabelece os ditames de uma Constituição, sendo certo que uma das “preocupações do processo histórico-constitucional da humanidade” é a garantia

²⁵ Cfr. Maribel González Pascual, “Seguridad y Libertad en la legislación alemana del tratamiento policial de la información”, *In: Cuadernos de Derecho Público*, nº 33, 2008, p. 169.

²⁶ Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos...*, pp. 51-53.

²⁷ Cfr. Ingo Sarlet, *A eficácia...*, p. 149.

²⁸ Cfr. Mario Nigro, *apud* Vasco Manuel Pereira da Silva, *Em busca do Acto Administrativo Perdido* (reimp.), Almedina, Coimbra, 2016, p. 80.

da liberdade, da segurança e dos demais direitos que decorrem da dignidade da pessoa humana²⁹.

No estado civilizatório atual, é possível compreender o direito à segurança como um direito universal, atribuído a todos os indivíduos, decorrente da própria condição humana, sendo essencial para o desenvolvimento das liberdades individuais. Sem que seja garantida de forma adequada a segurança ao cidadão, ele naturalmente deixará de exercer diversas atividades para que possa estar protegido. Todos esses elementos são característicos dos direitos fundamentais e sua presença quando se trata de direito à segurança, permite enquadrá-lo naquela categoria. O reconhecimento de que se trata de um direito fundamental pode ser extraído também dos mais importantes instrumentos internacionais referentes à matéria dos direitos fundamentais, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁰ e o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos³¹.

Destaque-se que os diplomas internacionais citados utilizam a expressão “segurança pessoal”, a confirmar essa nova perspectiva, de que a atenção deve estar dirigida à proteção dos indivíduos. A interpretação da terminologia não pode ser realizada de forma restritiva e dissociada da leitura hodierna dos direitos fundamentais como demandantes de prestações por parte do Estado. A consagração do direito à segurança nos referidos diplomas internacionais não está limitada a uma esfera de liberdade pessoal referente à defesa da segurança física contra atos ilegais praticados pelo Estado. Deve abranger, também, o direito a que o Estado forneça aos indivíduos proteção geral contra os perigos gerados por outros particulares. As noções de segurança pública e segurança individual são indissociáveis, de maneira que as ações estatais dirigidas a uma proteção coletivamente intencionada refletirão na esfera de direitos dos indivíduos pertencentes ao corpo social.

²⁹ Cfr. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 3ª reimpressão da de 2007, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 490-491. O autor fala em segurança individual, mas considerando que a segurança pública projeta seus efeitos diretamente na segurança individual, decorrendo esta, ao menos em parte (grande), da segurança pública, não há razão para que seja estabelecida tal dissociação. Ademais, o reconhecimento do aspecto público da segurança como abrangido pelo direito fundamental à segurança se impõe como decorrência da consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, também tem como fundamento a dignidade da pessoa humana como valor, já que a segurança pública nada mais é do que uma atividade direcionada à liberdade e ao bem-estar do indivíduo.

³⁰ “Artigo III - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”

³¹ “ARTIGO 9º - nº 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.”

A previsão do direito à segurança nos documentos internacionais mencionados indica sua concretização como um direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana. O Brasil, seguindo as deliberações internacionais, consagrou formalmente³² o direito à segurança dentro do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no *caput* dos artigos 5º e 6º da CRFB/88³³. Da mesma forma, e ainda antes da Carta Magna brasileira, a fundamentalidade do direito à segurança foi reconhecida expressamente pela Constituição da República Portuguesa, nomeadamente pela localização topográfica que lhe foi atribuída, inserido no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias pessoais, mais precisamente no artigo 27º, nº 1, da CRP.

O direito à segurança se interrelaciona com diversos bens jurídicos consagrados no ordenamento jurídico. Significa, desta forma, um direito protetor de outros direitos, fundamentais ou não, ou seja, caracteriza-se como um direito integrado pelo somatório de diversos direitos, os quais incumbe ao Estado proteger³⁴.

Diversos fatores são capazes de demonstrar essa autonomia do direito à segurança em relação aos demais direitos fundamentais. Não faz sentido sustentar que cada direito impõe uma obrigação de proteção específica derivada de si próprio, que se apresenta de forma semelhante em todos esses direitos. Essa constatação de que tais obrigações seriam idênticas, permite concluir que, em verdade, ao invés de diversas obrigações iguais, se trata da mesma obrigação, que é genérica em proteger tais direitos³⁵. Sua configuração como um somatório dos outros direitos fundamentais caracteriza sua autonomização em relação a eles.

Destaque-se, também, que o direito à segurança tutela a proteção dos bens tutelados também dos demais direitos, não somente os direitos fundamentais, mais uma razão para que se entenda que desses não deriva³⁶.

³² Observa Claudio Pereira de Souza Neto que a “segurança possui dupla fundamentalidade”, sendo “materialmente fundamental, por se entrelaçar, correntemente, com a dignidade da pessoa humana, provendo a tranquilidade e a previsibilidade, sem as quais a vida se converte em uma sucessão angustiante de sobressaltos.”, “Comentário ao artigo 5º, *caput*”, In: J.J. Gomes Canotilho, et al. (coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva/Almedina, São Paulo, 2013, p. 231.

³³ Saliente-se que a segurança consta ainda do preâmbulo da CRFB/88, como valor supremo da sociedade.

³⁴ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito da Segurança: Cidadania, Soberania e Cosmopolitismo*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 299.

³⁵ Cfr. Eduardo Correia Baptista, *Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 94.

³⁶ *Idem*, p. 95.

Ademais, quando o Estado exerce a atividade de polícia preventivamente, de forma genérica, não há um outro direito específico sendo protegido, mas o direito à segurança, que é incorporado por um universo não individualizável de direitos, o que justifica sua autonomização em relação aos demais. Da mesma forma ocorre quando ele exerce seu poder punitivo, casos em que já houve a lesão a um direito particularizado, e esse poder é justificável também para fins de prevenção de delitos (geral e especial), o que abrange um leque extenso de bens jurídicos, não somente para atendimento ao direito que já foi violado, ou seja, tal poder é também baseado na tutela do direito à segurança considerado autonomamente.

Assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, o direito à segurança apresenta uma dimensão subjetiva³⁷. Através dela o indivíduo possui o direito a se manter protegido contra eventuais afetações por parte do Estado ou até de particulares, atendidos critérios de proporcionalidade. Além de reconhecida a dimensão subjetiva do direito à segurança, pode-se identificar a existência de uma dimensão objetiva do direito à segurança, como programa a ser perseguido. À possibilidade de defesa do direito por parte do particular corresponde também uma obrigação estatal de não violação e também uma obrigação de proteção, que impõe deveres determinados e restringe a discricionariedade do Estado, constituindo, de forma subjetiva, um direito, liberdade e garantia específico, que é o direito à segurança³⁸.

O reconhecimento da presença de uma dimensão objetiva nos direitos fundamentais faz com que o direito seja compreendido de maneira mais ampla. A eficácia conferida ao direito à segurança nos dias atuais vai muito além da determinação de que o Estado e os particulares sejam cuidadosos para não violarem os direitos de terceiros e de que estes podem se proteger das eventuais interferências no seu direito. O Estado deve

³⁷ A dimensão subjetiva do direito à segurança já foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional Português através do Acórdão nº 574/98: “A norma do artigo 27º, nº1, da Constituição refere-se, sem dúvida, ao direito à liberdade e à segurança; só que esta norma não pode ser o parâmetro que o recorrente pretende para a violação que invoca e tal como a desenha. De facto, o nº1 do artigo 27º garante não só o direito à liberdade como também a segurança pessoal, isto é, o exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças e agressões (cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3º Ed.,pág. 184), concretizado num direito subjectivo à segurança (direito de defesa),por um lado, e por outro, no direito à protecção contra ameaças ou agressões de outrem.”.

³⁸ Cfr. Eduardo Correia Baptista, *Os Direitos...*, pp. 99-100.

adotar medidas efetivas de proteção dos cidadãos, para que estes possam gozar suas vidas sem que os demais venham a lhes causar danos³⁹.

A maior generalidade que é constatada na dimensão objetiva do direito fundamental não torna diminuta sua importância em relação à dimensão subjetiva, apenas consistindo na consideração do direito fundamental através de outra perspectiva. Soma-se à esfera de direito negativo do indivíduo e à atuação positiva mais específica, uma vertente objetiva, com a correspondente imposição de deveres gerais ao Estado em favor da defesa dos cidadãos, correspondente a um programa que deve ser perseguido pelo poder público, função que também está abrangida pelo direito fundamental à segurança.

A imperativa atribuição estatal de prestação, além de garantir ao cidadão um direito de obtenção de prestações sociais, como nos casos de saúde e educação, também lhe confere um “direito de proteção perante os perigos que se impõe ao Estado como um dever (*Schutzgebot*)”⁴⁰. Dentro da reconhecida sociedade de risco atual, são diversos os perigos a que os indivíduos estão expostos. Compete ao Estado procurar evitar os danos deles decorrentes e, caracterizado o perigo através de ilícitos penais, se apresenta com maior destaque o direito fundamental à segurança, a ser tutelado mediante a atividade de polícia do Estado.

1.2.1.1.1) Segurança e Atividade de Polícia

Essa atividade estatal corresponde à atuação no sentido de evitar que particulares interfiram indevidamente na esfera jurídica de outros particulares ou mesmo do próprio Estado. Os fins da atividade de polícia, concebidos de forma ampla, são “todos aqueles interesses gerais, protegidos por lei, que possam ser sujeitos a um risco de dano por condutas individuais cuja perigosidade seja controlável através do exercício de competências administrativas”⁴¹.

³⁹ No Brasil, essa determinação é reforçada pelas normas previstas nos artigos 6º e 144 da CRFB/88. O referido artigo 6º classifica o direito à segurança como um direito fundamental social, o que reforça sua vertente objetiva, no sentido da existência de um dever geral de proteção da segurança das pessoas. Em Portugal, ela pode ser observada de acordo com a norma prevista no artigo 272º, nº 1 da CRP, nomeadamente quando fala na função da polícia de defesa dos direitos dos cidadãos.

⁴⁰ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O Dever de Protecção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 116.

⁴¹ Cfr. Sérvulo Correia, “Polícia”, *In: Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, Lisboa, 1994, p. 402.

As funções de polícia podem ser separadas entre polícia judiciária e polícia administrativa, de acordo com suas atribuições. Esta, por sua vez, subdivide-se em polícias especiais e polícia de segurança. As polícias especiais exercem a “função policial de defesa da legalidade democrática constitucionalmente prevista”⁴².

A polícia de segurança se relaciona com a preservação da segurança interna, conceito no qual se encontram inseridos “a segurança pública, entendida como protecção de pessoas e bens, a garantia da tranquilidade pública, a prevenção da criminalidade, nomeadamente criminalidade violenta, altamente organizada, como sabotagem, espionagem ou terrorismo, ou a luta contra a droga”⁴³. À polícia judiciária compete, essencialmente, auxiliar a justiça criminal através das investigações de delitos praticados. Essas funções, em muitas hipóteses, acabam por se tornar polivalentes, ocorrendo uma sobreposição entre as mesmas⁴⁴. Como exemplo desta circunstância, em matéria totalmente correlacionada com a do presente estudo, “os controlos de identidade, estudados muitas vezes pela doutrina como medida de polícia administrativa, são em muitos casos utilizados tendo em vista a investigação de infracções e visando a descoberta dos seus autores, numa clara finalidade de polícia judiciária.”⁴⁵.

Essas circunstâncias acabam por, em certa medida, esvaziar uma identificação da polícia de segurança como uma atividade preventiva e da polícia judiciária através de uma atividade repressiva⁴⁶. A adoção desta classificação, em verdade, não é dotada de maior relevância prática, consistindo o principal objetivo em determinar uma organização dogmática quanto à distribuição de atribuições entre os órgãos que exercem tais funções. Sob esse aspecto, não há que se desconsiderar o fato de que medidas preventivas podem se revestir de carácter repressivo no caso da ocorrência de alguma circunstância que assim a

⁴² Cfr. Catarina Sarmento e Castro, *A Questão das Polícias Municipais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 97.

⁴³ Idem, p. 300.

⁴⁴ Até mesmo tendo em consideração que, de acordo com o artigo, 25º, nº, 2, c, da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto (Lei de Segurança Interna de Portugal), a Polícia Judiciária também exerce funções de segurança interna.

⁴⁵ Cfr. Catarina Sarmento e Castro, *A Questão...*, p. 102.

⁴⁶ Marcello Caetano, *Princípios...*, p. 271-274, entende que a polícia judiciária não é caracterizada por exercer uma função repressiva, sendo esta exclusiva dos tribunais. O autor afirma que o viés repressivo que pode se apresentar em tal atividade é quando existe a aplicação de medidas restritivas da liberdade (medidas de polícia), mas sempre se apresentando como um meio necessário para a eficácia da prevenção. Sérvulo Correia “Polícia”..., p. 405, aduz que “a prevenção dos perigos é uma ideia ampla que cobre a intervenção destinada tanto a prevenir a concretização do perigo como a impedir a manutenção ou alastramento dos perigos já concretizados. Isso tanto sucede no âmbito da polícia administrativa como no da polícia judiciária”.

justifique, tampouco que de medidas repressivas também resultam efeitos preventivos, notadamente tendo por consideração as finalidades das penas.

Cabe aos órgãos de polícia de segurança, precipuamente, a proteção de pessoas e bens através do controle do ambiente social, mas sem que, com isso, deixem de atuar repressivamente em casos concretos. Já a polícia judiciária se apresenta como atividade de auxílio à justiça penal, tendo como função a investigação de crimes, mediante a realização de diligências para recolhimento de provas, descoberta dos autores e encaminhamento ao tribunal. Contudo, eventualmente também poderá atuar de forma preventiva no combate à criminalidade⁴⁷.

A formação e utilização de bancos de dados que reúnem a bioinformação, seja de ADN ou de dados biométricos, se caracterizam como função típica da atividade de polícia do Estado. Sob tal perspectiva, é possível extrair deles tanto uma vertente preventiva, na medida em que reforça a confiança no sistema penal e incute nos indivíduos maior receio para prática de delitos, ante a maior possibilidade de serem descobertos, como uma vertente repressiva, através da sua efetiva utilização nos casos concretos relacionados a atividade delitivas⁴⁸. Sua utilidade para estas finalidades, que decorrem de um aperfeiçoamento da atividade estatal quanto à persecução penal, estabelece a relação da existência dos bancos de dados de ADN com a tutela do direito fundamental à segurança.

1.2.1.2) Direito à Integridade Pessoal

O Direito à integridade pessoal pode ser considerado como um direito que, juntamente com o direito à vida, é pilar das relações humanas. Somente é possível viver comunitariamente em paz se for preservada a integridade pessoal. Possui relação próxima com a dignidade da pessoa humana e, dessa forma, é caracterizada como um direito fundamental, ainda que eventualmente não esteja constitucionalmente exposto.

No que se refere ao seu reconhecimento global, é possível verificar que alguns dos principais instrumentos normativos internacionais não dispuseram expressamente deste

⁴⁷ Cfr. Catarina Sarmiento e Castro, *A Questão...*, p. 104.

⁴⁸ O que confirma a afirmativa feita por Miguel Nogueira de Brito, "Direito de Polícia", *In*: Paulo Otero e Pedro Gonçalves (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Almedina, Coimbra, p. 358, no sentido de que "a mesma medida de polícia pode servir tanto a prevenção de um perigo como a repressão das lesões que esse perigo tenha causado".

direito, como são os casos da DUDH, do PIDCP e da CEDH. Todos esses diplomas dispõem, entretanto, acerca da proibição da tortura e de tratamentos cruéis e degradantes. Ainda em âmbito internacional, a CADH possui dispositivo expresso versando sobre o referido direito, constando no seu artigo 5º, nº 1, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. O nº 2 do mesmo artigo, ainda sob a epígrafe do direito à integridade pessoal, estabelece a vedação à submissão à tortura e a tratamento cruel, desumano ou degradante.

Quanto à previsão do direito nos ordenamentos jurídicos internos, Portugal o estabeleceu no artigo 25º da CRP, onde consta no nº 1 que a integridade física e psíquica é inviolável, e no nº 2 a vedação à tortura e a tratamento cruel, degradante ou desumano. No Brasil, a CRFB não estabeleceu expressamente um direito genérico à integridade pessoal. Contudo, dispôs no seu art. 5º, III, a vedação à tortura e a tratamento desumano e degradante e no inciso XLIX do mesmo artigo o respeito à integridade física e moral do preso.

Pode-se considerar que a integridade pessoal está consagrada como um direito fundamental no direito brasileiro, em primeiro lugar devido à sua gênese, como “elemento essencial à dignidade da pessoa humana”⁴⁹. Ademais, da previsão que consta do inciso XLIX do art. 5º da CRFB é possível extrair, analogicamente, a consagração constitucional do direito. Isso porque inexistente razão para que somente seja garantida a integridade física e moral de pessoas que estejam presas, e não de todas as pessoas.

A interpretação da norma constante do texto constitucional brasileiro deve ser realizada no sentido de que o preso teve sua situação individualizada por estar ele sujeito a maiores restrições de direitos fundamentais. Ademais, o contexto histórico e a natureza repressiva das sanções de natureza penal indicam estar esta classe de indivíduos sujeita a maiores violações deste direito, sendo carecedora de uma especial atenção. Diante de tais circunstâncias, é possível extrair desta norma constitucional um direito genérico à integridade pessoal, com destaque à situação do preso.

Em complementação, a previsão de vedação à tortura e ao tratamento desumano e degradante – estes estabelecidos de forma genérica pela CRFB –, apesar de não corresponderem exatamente ao direito à integridade pessoal, em virtude da maior

⁴⁹ Cfr. Ingo Sarlet, “Direitos Fundamentais em Espécie”, In: Sarlet, Marinoni, Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019, p. 434.

amplitude deste em relação àqueles, confere reforço interpretativo no sentido da consagração constitucional do direito, ainda que não textual. Isso porque nos ordenamentos onde o direito à integridade pessoal está expressamente previsto, a vedação à tortura e a esse tipo de tratamento à pessoa vêm estabelecidas no mesmo artigo, demonstrando sua conexão.

A integridade pessoal pode se expressar através de duas vertentes, a integridade física e a integridade moral, o que significa, na sua manifestação mais elementar, o “**direito a não agressão ou ofensa ao corpo ou espírito**, por quaisquer meios (físicos ou não)”⁵⁰. Estão sob o âmbito de proteção do direito o aspecto corporal do ser humano, tanto no que diz respeito à sua formação material, como às ingerências psíquicas, e também o aspecto moral, relacionado à imagem, à honra e a outras questões concernentes à intimidade pessoal.

No que diz respeito à inviolabilidade corporal, ela não deve ser considerada apenas quando sejam provocadas dores, mas quando houver qualquer interferência na integridade corporal. Isso significa que qualquer afetação à inviolabilidade do corpo humano, ainda que de reduzida intensidade, constitui uma interferência na inviolabilidade corporal. A questão da intensidade deverá ser considerada de acordo com a análise da justificação jurídico-constitucional da medida⁵¹.

O direito à integridade pessoal, devido à sua formatação, evidencia com destaque as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Na primeira vertente, caracteriza-se como um direito de defesa, consubstanciado no impedimento a que seja ofendida a integridade da pessoa por terceiros. Objetivamente, obriga o Estado a prestações positivas no sentido de efetivamente proteger o direito fundamental.

No que diz respeito ao banco de dados de ADN, não resta dúvida de que ambas as dimensões estão relacionadas. A que corresponde a um direito de defesa de forma direta, quando se considera que é recolhido material biológico da pessoa para a obtenção do perfil genético. A concernente à obrigação de proteção estatal pode ocorrer de forma indireta, uma vez que, ao ser tutelado o direito à segurança, de forma adjacente é protegido o direito

⁵⁰ Cfr. Pedro Garcia Marques, “Comentário ao artigo 25º”, in: *Constituição Portuguesa Anotada* (org. Jorge Miranda; Rui Medeiros), tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 556. (grifo no original)

⁵¹ Cfr. Bodo Pieroth; Bernhard Schilink, *Direitos Fundamentais* (trad. António Francisco de Sousa; António Franco), Saraiva, São Paulo, 2012, p. 326.

à integridade física, na medida em que alguns dos crimes que poderão ser evitados em virtude da medida possuem como bem jurídico tutelado a integridade pessoal.

Entretanto, como se trata a implementação da base de dados de ADN de uma medida de cunho preventivo genérico, não é possível atribuir a cada um dos bens jurídicos individualmente considerados a posição colidente com os direitos fundamentais afetados sob a perspectiva individual. Caberá ao direito à segurança, conformado e robustecido através de todos estes direitos, ser confrontado e ponderado com os demais direitos fundamentais.

1.2.1.3) Direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)

Trata-se de um direito que, não obstante possuir raízes mais antigas, começou a se consolidar com o advento do Iluminismo, quando as garantias penais e processuais penais foram mais sedimentadas. Nessa época, a maior importância conferida aos indivíduos levou a que fossem combatidos o emprego de tortura e o juramento por parte do acusado quando de seu interrogatório. Persistia, contudo, um dever por parte do acusado em declarar a verdade⁵².

Ao longo dos anos este direito foi ganhando novos contornos, reconhecido o direito ao silêncio, que foi reforçado com a garantia de assistência do acusado por advogado, tendência que foi se estabelecendo no início do século XX. O direito à não autoincriminação (*privilege against self-incrimination*) experimentou na jurisprudência norte-americana seus primeiros momentos de destaque⁵³, em especial a partir de meados do século passado.

⁵² Cfr. Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2 ed., Saraiva, São Paulo, 2012, pp. 32-33.

⁵³ Emblemático é o caso *Miranda v. Arizona*, 383 U.S. 436 (1966), em que um indivíduo americano, Ernesto Miranda, foi preso como suspeito da prática de estupro. No interrogatório em sede policial declarou-se, inicialmente, como inocente, mas, ao fim de duas horas de interrogatório confessou o delito em questão e mais dois. Foi condenado em virtude dessa confissão, tendo a defesa recorrido sob o fundamento de que não seria válida a confissão pois não teria sido o então suspeito informado do direito de ser contatar um advogado antes do ato. A Suprema Corte norte-americana decidiu, por maioria, que a confissão não era admissível em virtude da garantia de não autoincriminação, a menos que fosse dada ciência prévia quanto ao direito de assistência por advogado. Cfr. Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, pp. 61-63. Este autor (pp. 57-60) salienta que os conceitos utilizados na decisão do caso *Miranda v. Arizona* foram estabelecidos de acordo com os precedentes dos casos *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

Simultaneamente, se solidificava em nível global, o que pode ser constatado através do seu reconhecimento internacional em diversos instrumentos relacionados aos direitos humanos que sucederam a 2ª Guerra Mundial. A partir de então foi consagrada, a nível internacional, uma liberdade de não declaração por parte do arguido – direito ao silêncio –, que veio acompanhada de outras garantias relacionadas ao direito de defesa.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, como diploma internacional inovador quanto à previsão expressa do direito em questão, estabeleceu que toda pessoa acusada de um delito terá direito à garantia de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada (art. 14º, nº 3, “g”). A garantia também foi reconhecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). A CADH, no art. 8º, §2º, “g”, seguiu orientação semelhante à do PIDCP.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional intensificou as garantias anteriormente estabelecidas, estabelecendo de forma expressa que o silêncio não pode ser levado em consideração na determinação da culpa ou inocência do acusado (art. 67, nº 1, “g”). Além disso, ampliou o âmbito de incidência do direito, estendendo-o para qualquer pessoa, ainda na incidência de um inquérito, ou seja, antes da existência de uma acusação formal.

Assim foi sedimentado o instituto, que foi acolhido pelas diversas ordens jurídicas. Em alguns países as respectivas Constituições trouxeram o direito de forma expressa, podendo-se citar a Espanha (art. 17º, nº 3), os Estados Unidos da América (5ª Emenda) e o Brasil. Neste, o art. 5º, LXIII, da CRFB ganhou redação limitativa, que compreende o espectro do direito ao silêncio, senão vejamos: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Em algumas localidades, o direito não chegou a ser textualmente estabelecido, o que não significou que não lhe tenha sido atribuída aplicabilidade. É o caso da Alemanha, onde inexiste disposição específica sobre a matéria, seja a nível constitucional, seja no StPO, mas o princípio é aplicado normalmente aplicado. Entretanto, naquele país, ainda que não esteja constitucionalmente disposto, o *nemo tenetur* é considerado como um direito constitucional implícito⁵⁴.

⁵⁴ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 19 March 2013 - 2 BvR 2628/10 -, par. 60.

Em Portugal, a doutrina⁵⁵ e a jurisprudência do TC atribuem ao instituto a mesma natureza. Segundo o Tribunal, “os direitos ao silêncio e à não autoincriminação devem considerar-se incluídos nas garantias de defesa próprias do processo penal (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição; cf. também os Acórdãos n.ºs 695/95, 461/2011 e 340/2013), não deixando estes direitos processuais de proteger mediata ou reflexamente a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais com ela conexos, como sejam os direitos à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à privacidade, não se revelando necessário, para sustentar o acolhimento constitucional, o recurso a parâmetros mais genéricos ou distantes como o direito ao processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição) ou à presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição)”⁵⁶.

É possível constatar que a classificação da não autoincriminação como um direito fundamental, seja expresso ou implícito, é uma circunstância consolidada nos dias atuais. Os questionamentos que atualmente se apresentam quanto ao instituto dizem respeito especialmente à tentativa de definição do seu conteúdo e delimitação de sua amplitude.

Para tal, se faz necessário conhecer quais são os fundamentos justificadores da sua existência e sua conformação no sistema jurídico.

Considera-se que os fundamentos do *nemo tenetur se ipsum accusare* podem ser divididos em materiais ou substantivos, e processuais⁵⁷. Quando considerado sob o prisma de um direito material, além da dignidade da pessoa humana, que se configura como fonte de todos os direitos fundamentais, diante de sua face de valor que permeia o ordenamento jurídico, alicerça o *nemo tenetur se ipsum accusare* um direito fundamental de liberdade, que é o direito à integridade pessoal, especialmente, na perspectiva da integridade da moral.

Sandra Silva bem observa que no núcleo deste direito à integridade pessoal, que abarca a proteção contra tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante, bem como meios proibidos de prova, encontram suporte os atributos do direito ao silêncio e da liberdade negativa de declaração, “entendidos como a proibição de *todas* as formas

⁵⁵ V. Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 125-126.

⁵⁶ Cfr. Acórdão nº 298/2019, item 11.

⁵⁷ Cfr. Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O Direito à não Auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 15.

deliberadas de perturbação da liberdade de vontade das pessoas (tortura, hipnose, narcoanálise, etc.) dirigidas à obtenção de *declarações* autoincriminatórias”⁵⁸.

Já sob a caracterização como garantia processual, alguns princípios relacionados ao Estado de Direito possuem influência sobre o *nemo tenetur*. Em primeiro lugar, pode-se citar a garantia da existência de um processo equitativo, através da efetivação dos direitos reconhecidos aos cidadãos no sistema de justiça, que se prestam a legitimar a tutela jurisdicional mediante institutos que tornam o processo mais justo. Através deste princípio, são assegurados aos indivíduos meios efetivos de defesa dos seus direitos (direito de defesa e ao contraditório) com paridade de armas na relação processual, como garantias dentro do processo, em especial na esfera penal⁵⁹.

Em virtude da garantia dos direitos de defesa o indivíduo foi concebido como sujeito do processo e, com isso, passou a possuir instrumentos de equilíbrio das forças do processo. Como a acusação possui o suporte estatal em seu favor, é necessário atribuir ao acusado algumas garantias que tornem o processo mais equânime. Dentre eles, é possível destacar a presunção de inocência, que se configura como uma das principais fontes do *nemo tenetur* como garantia processual.

Nesse sentido, a presunção de inocência deve ser considerada para além de um instituto balizador das regras de distribuição de provas com a dúvida favorecendo ao réu⁶⁰.

⁵⁸ Cfr. Sandra Oliveira e Silva, *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 198. A autora destaca que o CPP português elenca como métodos proibidos de prova os que importarem em “perturbação da liberdade de vontade ou de decisão” ou da “capacidade de memória ou avaliação”. Em que pese o CPP brasileiro não pormenorize tais situações (se limita a afirmar que as provas ilícitas são obtidas em violação a normas constitucionais ou legais – art. 157), a CRFB também garante a integridade pessoal sob o aspecto moral, além de estabelecer expressamente que ninguém será submetido a tortura e a tratamento desumano ou degradante. Tais considerações permitem concluir que o direito à não autoincriminação também é decorrente do direito à integridade pessoal no direito brasileiro. Também estabelecendo relação entre o *nemo tenetur* e a integridade pessoal, em doutrina brasileira, Maria Elizabeth Queijo, *O direito...*, p. 77: “Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.”.

⁵⁹ Sandra Oliveira e Silva, *O arguido...*, p. 211.

⁶⁰ Sandra Oliveira e Silva, *O arguido...*, pp. 219-220, bem observa que o *nemo tenetur* não pode ser extraído genericamente das regras de distribuição das provas advindas da presunção de inocência. Isso porque elas isentam o réu de demonstrar sua inocência, mas não determinam os meios probatórios que podem ser usados pela acusação. Para isso, faz um paralelo com o processo civil, onde o réu é desonerado de comprovar os fatos alegados pelo autor, mas possui dever de cooperar para a elucidação da verdade, demonstrando que a mera transferência do ônus da prova para o outro sujeito não isenta o *ex adverso* de colaborar com a verdade, não constituindo uma decorrência automática dele.

Há aspectos que já estão pacificamente solidificados quanto ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, como o fato de não ter como beneficiário apenas o sujeito que seja formalmente acusado, se estendendo a pessoas que prestam declarações em sede de investigação⁶¹. Não podem ser os indivíduos coagidos a prestar declarações que possam ter como consequência a sua incriminação. A inexigibilidade de que o sujeito se declare culpado é uma questão indiscutível quando se trata do *nemo tenetur*, não sendo possível utilizar seu silêncio como fundamento para aferir culpa ou inocência.

As divergências começam a surgir quando se trata de definir a abrangência do direito, especialmente devido ao fato de os textos da norma referente ao direito em questão terem sido estabelecidos de forma restritiva, tanto nos instrumentos internacionais como na Constituição brasileira. Isso gera questionamentos acerca da mera existência de um direito ao silêncio ou da possibilidade de que seja dilatado para incidir quando não se trate da prestação de declarações por parte do agente, situando-se o direito ao silêncio na esfera nuclear do direito⁶².

Nesse ponto merece especial atenção a questão referente às interferências corporais sobre os indivíduos. Será possível utilizar o próprio sujeito como meio de prova quando existe a necessidade de obtenção de uma informação corporal dele? Como será objeto de apreciação quando da abordagem específica da questão da formação de bancos de dados de ADN, alguma controvérsia existe sobre o tema, com amplo predomínio doutrinário e jurisprudencial, em nível mundial, no sentido de sua admissão.

1.2.1.4) Direito à Privacidade

Decorre da própria personalidade das pessoas a busca pela manutenção de um espaço próprio, somente delas. Para isso, existe a necessidade de preservação de aspectos de suas vidas fora da esfera de conhecimento dos outros integrantes da sociedade ou do próprio Estado. Em contraposição, seja pela própria curiosidade humana, por questões

⁶¹ Nota-se que o dispositivo da CRFB tem como destinatário da norma, de forma expressa, a pessoa presa. Entretanto, a jurisprudência do STF vem reconhecendo de forma tranquila que o direito deve ser atribuído também a quem não está preso, independentemente, inclusive, de ter sobre si uma acusação formal ou não, já que o direito não seria uma decorrência do *status* do indivíduo perante o Estado. (HC 68.929-9/SP, HC 79.244-8/DF, HC 79.812/SP, HC 89.269-8/DF).

⁶² A questão será melhor desenvolvida no item 3.1.1.2.2.

comerciais ou para a própria organização da vida em sociedade, existe um interesse no conhecimento a respeito desse tipo de informação.

O crescimento do pensamento liberal, com a atribuição de maior importância aos indivíduos, resultou no desenvolvimento dogmático de novos direitos, o que também se verificou em relação ao direito à privacidade. O sistema jurídico norte-americano teve papel decisivo na matéria, o que se iniciou em razão da publicação do trabalho “*The Right to Privacy*”, de Warren e Brandeis, em que demonstram a existência de um direito à *privacy*, notadamente como reflexo da evolução da imprensa e da forma como ela afetava a vida das pessoas. Essa *privacy* foi concebida de forma incipiente e muito aquém do que hoje se possa considerar integrar o conteúdo do direito à privacidade, tendo sido estruturada sob o dogma de que consistiria em um direito de ser deixado só (*right to be let alone*)⁶³. A partir desse relevante trabalho, a *privacy* passou a ser invocada como fundamento de decisões judiciais naquele país, tendo sido prestigiada como modalidade autônoma de direito. O reconhecimento da importância deste direito redundou no seu alastramento em outras ordens jurídicas, em especial no continente europeu e, posteriormente, mundo afora.

O reflexo das violações de direitos experimentados na II Guerra Mundial redundou na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que estabeleceu em seu preâmbulo que a dignidade é inerente a todos e “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, tendo sido reconhecida a pessoa humana como a peça central do sistema político-jurídico. A partir de então, passou-se a não mais ser admitido qualquer tratamento discriminatório ou humilhante às pessoas, devendo a elas ser garantida uma “dimensão essencial e intocável de liberdade, privacidade, autonomia e bem-estar.”⁶⁴.

A sua elevada importância restou consagrada pela DUDH, quando dispôs expressamente acerca da garantia do direito à privacidade⁶⁵, sendo acompanhada por diversos outros diplomas internacionais⁶⁶. Pode ele ser considerado como um dos importantes elementos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, pilar do Estado de Direito consagrado nos tempos modernos. Atualmente, as principais

⁶³ Warren e Brandeis, “*The Right to Privacy*”, In: *Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, dezembro de 1890, pp. 193 e ss.

⁶⁴ Cfr. Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana – V. 1...*, p. 61.

⁶⁵ “Artigo XII - Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

⁶⁶ V. Art. 17º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Art. 8º da CEDH.

Constituições analíticas do mundo também o prestigiam, a integrar a categoria dos direitos fundamentais, como ocorre no caso do artigo 5º, X da CRFB/88 e no artigo 26º, nº 1 da CRP.

À privacidade foi atribuído um acréscimo de substância em relação à sua anterior concepção, como um direito a ser deixado só, apresentando importância em diversos níveis. Ela “cria o contexto necessário para atividades essenciais ao Homem – para o desenvolvimento da sua individualidade e de relações humanas de confiança pessoal, amor, amizade, etc. –, torna possível o relaxamento e a criação de “válvulas de segurança” para a agressão, permite criar o espaço necessário para a auto-avaliação do indivíduo promove a sua liberdade de ação e autonomia, permite criar comunicações limitadas e protegidas, bem como uma seletividade controlada na auto-apresentação da pessoa face aos outros, etc..”⁶⁷.

O aumento de sua importância resultou no estabelecimento de uma nova roupagem ao direito à privacidade, com a atribuição de uma maior abrangência ao direito em relação ao que fora proposto inicialmente na *privacy*⁶⁸. Não infundadamente, sua expansão veio acompanhada de desconfianças, especialmente em razão da dificuldade de estabelecer o seu delineamento, decorrência da diversidade de circunstâncias que podem ser por ele abrangidas e da forma como seja compreendido.

Certo é que à *privacy*, compreendida como “um direito a ser deixado só”, foram acrescidos novos elementos, seja nos países com influência do modelo anglo-saxônico ou do modelo romano-germânico, que configuram o atual direito fundamental à privacidade. Isso tudo também sob a influência também do desenvolvimento tecnológico, que passou a demandar uma abordagem muito mais complexa para a busca de uma compreensão quanto ao sentido da privacidade. Ela, então, passa a ser integrada por uma série de componentes

⁶⁷ Cfr. Paulo Mota Pinto, “O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada”, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 69, 1993, p. 509.

⁶⁸ Paulo Mota Pinto, “O Direito...”, pp. 514-516, explica que no direito norte-americano, à *privacy* foi conferida uma abrangência enorme, aproximando-a da tutela da liberdade individual, tendo sido utilizada como argumentação exitosa em variados temas, como a proibição de abortar, da eutanásia, uso de cabelos compridos por determinados profissionais, registros policiais em face de consumidores de drogas, dentre outros. No mesmo sentido, Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 392, observando os riscos decorrentes desse alargamento conferido ao que classifica de *decisional privacy*, tendo em vista a influência de “condicionalismos políticos e sociais”.

que merecem a devida tutela, como o domicílio, o âmbito familiar e, numa configuração mais atual, a imagem e uma vertente informacional⁶⁹.

Reconhecida a relevância do direito à privacidade, uma dificuldade quanto à sua concretização decorre do fato de que suas concepções variam de acordo com as diferenças entre os povos e culturas, ou às vezes até mesmo no interior das próprias comunidades, inclusive de cultura ocidental. Tendo em consideração seu caráter relativo e subjetivo, a compreensão quanto ao que se considera como atentatório à privacidade se modifica em virtude dos valores individuais. Essa dificuldade não pode interferir na afirmação de que está também sujeito a uma série de limites, na medida em que, dentro de um Estado de Direito, o equilíbrio entre os direitos é um objetivo a ser sempre intencionado, o que decorre do próprio sistema constitucional⁷⁰, ainda que se compreenda que nele há uma inexatidão de conteúdo.

Em que pese a dificuldade de se conceituar e, até mesmo de estabelecer o conteúdo do direito à privacidade, é possível acompanhar a categorização de Ruth Gavison, que apresenta contornos genéricos à matéria, através da compreensão da existência de três elementos que se com ele estão relacionados. O primeiro diz respeito ao sigilo, à manutenção das informações pessoais fora do âmbito de conhecimento de terceiros. O segundo, que está ligado ao anonimato, se caracteriza como o interesse em não ser objeto da atenção consciente e intencional de outra pessoa⁷¹. O último, se relaciona com o acesso físico de terceiros em relação ao indivíduo, onde a perda da privacidade não decorre do conhecimento de informação sobre a pessoa, mas da proximidade física que outras pessoas obtenham⁷². Por outro lado, as situações que digam respeito essencialmente a liberdades individuais não devem estar abrangidas pelo direito à privacidade, sob risco de um alargamento demasiado do seu conteúdo⁷³.

⁶⁹ Esta última vertente veio a ganhar elevado desenvolvimento quanto à proteção de dados pessoais, vindo a constituir o que se denominou de direito à autodeterminação informacional. O assunto será melhor desenvolvido no item 1.2.1.5.

⁷⁰ Cfr. Victor Correia, *Sobre a privacidade*, Sinapis, Lisboa, 2016, pp. 107-109

⁷¹ Esses dois elementos também estão presentes na definição de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, *Curso...*, p. 283, quando afirmam que esse direito “conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral”.

⁷² Cfr. Ruth Gavison, “Privacy and the Limits of Law”, *In: Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, pp. 429-433. No mesmo sentido, Paulo Mota Pinto, “O Direito...”, p. 508.

⁷³ V. nota de rodapé nº 68.

Outra concepção que pode ser acrescida, é a de que a privacidade está relacionada ao que é próprio de cada pessoa, não somente de forma isolada, mas também nas suas relações familiares e de amizade, até mesmo quando dependente de determinadas instituições, como se dá no caso de crenças religiosas. Ela não está restrita aos ambientes residenciais, se alargando para dimensões exteriores, como locais de trabalho, grupos coletivos e, até mesmo, em ambientes públicos, desde que se refira a aspectos concernentes ao que seja inerente à individualidade das pessoas⁷⁴. O espaço territorial não se apresenta como critério determinante para a caracterização da presença do direito à privacidade, ainda que possa interferir no grau de interferência sobre ele.

O crescimento da grandeza de questões que se relacionam com o direito à privacidade, a ele conferiu um incremento qualitativo substancial. Isso pode ser ilustrado através da demonstração de que a privacidade possui relevância até mesmo quanto ao processo democrático, na medida em que o direito ao voto somente será exercido de forma livre, sem sujeição a eventuais pressões ou coações que possam lhe causar interferências, caso seja preservado o seu caráter sigiloso, diretamente relacionado a uma posição jurídica de privacidade.

Mesmo que eventualmente relacionada com questões estruturais do Estado, ainda é com relação ao viés eminentemente individual que se reconhece o seu maior destaque. Diversas são as formas de interferência na privacidade nos dias atuais, seja por meio da ação de outros particulares, seja através do Estado. Como o corpo humano constitui um dos aspectos inerentes à individualidade dos sujeitos, as informações dele extraídas estarão abrangidas pelo direito à privacidade. Por certo, como ocorre com todos os direitos fundamentais, existem posições jurídicas extraídas do direito à privacidade que são mais ou menos densificadas, de acordo com algumas variáveis, o que se constata também quando se trata da bioinformação.

Em um estágio social em que ao conhecimento é atribuído enorme relevância, o que se protege como posição jurídica do direito à privacidade tem estado cada vez mais em causa, ante suas constantes colisões. Há que se reconhecer que estamos cada vez mais “desnudos”, muitas vezes até voluntariamente, e que esta maior exposição a que as pessoas estão submetidas constitui uma faceta dos tempos contemporâneos.

⁷⁴ Cfr. Victor Correia, Sobre..., p. 70.

Por outro lado, não se deve olvidar que a intervenção demasiada sobre a privacidade pode ser capaz de anular a individualidade pessoal e afetar o livre desenvolvimento da personalidade⁷⁵, ou seja, as pessoas somente conseguem se autodeterminar quando lhes é garantida suficiente preservação do direito à privacidade. Especialmente nos casos em que é o Estado quem está a restringir o direito em questão, existe um risco de que as pessoas acabem sendo sujeitas a formas indevidas de controle social, resultando em discriminação ou exclusão social, o que não se deve admitir. A fim de evitar consequências indesejadas decorrentes de abusos, as restrições ao direito à privacidade devem sempre ser condicionadas pelo atendimento aos critérios de proporcionalidade.

A caracterização do direito à privacidade, em especial quanto à expectativa de manutenção de um espaço livre da interferência de terceiros, evidencia uma tendência natural a colidir com o direito à segurança, em que o Estado necessita do acesso ao conhecimento sobre diversas informações relacionadas às pessoas para prevenção ou repressão quanto aos danos. Assim, é perfeitamente admissível ao Estado estabelecer algumas restrições a direitos fundamentais, notadamente à privacidade⁷⁶.

Uma vez obtidos, deve ser bem delineada qual será a forma como esses dados serão gerenciados pelo Estado, incidindo de forma mais evidente a matéria quanto à proteção dos dados pessoais, corolário do direito fundamental à autodeterminação informacional. O direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade possuem características que os assemelham, razão pela qual inexistente consenso acerca do enquadramento dogmático da matéria relacionada à proteção de dados pessoais.

Aos poucos vem sendo superado o entendimento de que a proteção de dados se caracteriza como uma nova aplicação jurídica do direito à privacidade e, por tal razão, deve ser considerada uma parcela deste direito, sem qualquer independência em relação a ele. Doutrina mais atual tem entendido que, independentemente da amplamente reconhecida vertente informacional do direito à privacidade, como a proteção de dados pessoais se refere a qualquer tipo de informação acerca do titular – não somente às que se referem a

⁷⁵ Cfr. Danilo Doneda, *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 142.

⁷⁶ O artigo 8º, nº 2 da CEDH estabelece expressamente que: “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

questões de caráter mais privativo –, possui autonomia sobre os direitos da personalidade e à privacidade⁷⁷.

Ainda que verificada a natureza mais particular da informação, a privacidade é evidenciada especialmente quanto à expectativa de que a informação não transborde do seu âmbito privativo, que não chegue ao conhecimento de terceiros. Sob esse aspecto, ela se faz presente essencialmente no momento da obtenção, da recolha para formação de um banco de dados, tanto no que diz respeito ao tipo de informação, como à extensão do seu conteúdo e à forma como é obtido. A partir do momento em que essas informações passam a ser conhecidas e se caracterizam como dados pessoais em poder de terceiros, um novo direito se faz presente, relacionado ao conhecimento do titular dos dados sobre a forma como eles são tratados e sua possibilidade de ingerência sobre o tratamento.

1.2.1.5) Direito à Autodeterminação Informacional (Proteção de Dados Pessoais)

A matéria referente à proteção de dados pessoais encontra desenvolvimento mais recente, tendo começado a ser reconhecida nas últimas décadas do século XX. Seu primeiro destaque adveio da promulgação, no ano de 1970, de uma lei no estado alemão de Hessen. Nessa localidade, haviam sido coletados diversos dados pessoais dos cidadãos, que perceberam a existência de risco de uma vigilância e controle exagerados por parte do Estado, provocando uma reação popular que culminou com a elaboração da referida lei, que estava fundamentada nos mesmos dispositivos constitucionais que alicerçavam a privacidade⁷⁸.

Mais de uma década depois, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfG), em célebre julgamento relacionado à proteção de dados pessoais, conhecido como a “Decisão dos Censos”⁷⁹, reconheceu a existência de um direito constitucional à

⁷⁷ Cfr. Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy...*, p. 487, salientando a importância da doutrina da Decisão dos Censos para a separação entre a dogmática da proteção de dados com relação aos instrumentos jurídicos relativos à esfera pessoal do indivíduo.

⁷⁸ Cfr. Spiros Simitis, “Privacy - An Endless Debate”, *In: California Law Review*, vol. 98, 2010, pp. 1995-1997.

⁷⁹ De acordo com Lucrecio Rebollo Delgado e Carlos Eduardo Saltor, *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: Orígenes y regulación vigente*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 46, a Decisão dos Censos é datada de 15 de setembro de 1983, e declarou inconstitucionais alguns dispositivos da Lei do Censo, de 1982. Essa lei determinava aos cidadãos que respondessem a um questionário de cerca de 160 (cento e sessenta) perguntas, sob pena de imposição de sanções económicas severas. Possibilitava, ainda, que fossem utilizados os dados por quaisquer órgãos da administração, sempre que fosse útil às suas funções.

autodeterminação informacional. Através da construção argumentativa do BVerfG, esse direito estaria fundado através da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade e, através dele, a pessoa possui o direito a determinar quem pode usar seus dados, com qual finalidade, em que condições e por quanto tempo⁸⁰.

A autodeterminação informacional é desenvolvida num contexto de em que a tecnologia está em permanente crescimento e aperfeiçoamento, onde a utilização e a circulação das informações ocorrem de forma quase instantânea, o que representa uma ameaça mais intensa às pessoas. Pode ser identificada como um direito que confere ao cidadão ferramentas para que gerencie de forma proativa o tratamento que é realizado quanto aos seus dados, representando também uma maior possibilidade de defesa de sua personalidade⁸¹.

Em muitas hipóteses é possível perceber elementos de convergência entre a proteção de dados pessoais e o direito à privacidade, tendo em vista que há diversas informações sobre as pessoas que estão ligadas a uma esfera mais particular. Entretanto, como a proteção de dados abrange todos os dados relativos ao indivíduo, há informações que não podem ser consideradas relacionadas com questões particulares das pessoas, o que já fundamenta a existência de um direito fundamental autônomo. Mesmo no que diz respeito àquelas que estão compreendidas na esfera mais íntima, é justificável a consideração de um direito autônomo, diante do fato de que o que se pretende não é unicamente a manutenção da informação na esfera privada da pessoa, ou seja, não é resguardar apenas o não conhecimento da informação privada por terceiros. Reconhece-se atualmente que este direito atribui às pessoas o poder de dispor acerca dos próprios dados, sejam íntimos ou não, sempre que estejam submetidos a um tratamento⁸².

Atualmente está expressamente consagrada, em âmbito internacional, no artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁸³, bem como no item 45 da

⁸⁰ Cfr. Spiros Simitis, "Privacy...", p. 1997.

⁸¹ Em análise ao artigo 35º da CRP, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 551, estabelecem que o direito à autodeterminação informacional se densifica através de três direitos: 1) direito de acesso das pessoas aos registos informáticos, para conhecimento, retificação e complementação; 2) direito ao sigilo em relação aos responsáveis e terceiros; 3) direito ao não tratamento de certos tipos de dados.

⁸² Cfr. Piñar Mañas, "Objeto del Reglamento", In: *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, p. 57.

⁸³ Este documento expressa o reconhecimento internacional da autodeterminação informacional como direito fundamental autônomo em relação à privacidade, uma vez que esta está prevista em dispositivo separado, no artigo 7º da referida Carta.

Declaração de Santa Cruz de la Sierra⁸⁴, que abrange 21 países ibero-americanos. Esta prevista também expressamente em alguns ordenamentos jurídicos, através de seus textos constitucionais.

No ordenamento jurídico português, o direito à autodeterminação informacional está reconhecido expressamente no artigo 35º da CRP, dentro do título referente aos direitos, liberdades e garantias, podendo ser considerado formalmente e materialmente como um direito fundamental.

No Brasil, o direito ainda não foi contemplado expressamente na CRFB/88⁸⁵. Isso não significa que não possa ser considerado um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. A proteção de dados pessoais tem sido considerada um direito fundamental implícito, que pode ser apurado através da interpretação de outras normas constitucionais⁸⁶.

A evolução no desenvolvimento da matéria referente à proteção dos dados pessoais na Europa contribuiu para o reconhecimento do princípio da autodeterminação informacional. Sob a atual concepção, passou-se a atribuir ao titular “não somente o poder de impedir o uso de determinadas informações, mas de controle, a cada momento, do uso que é feito das suas informações pessoais.”⁸⁷. Como os dados pertencem à pessoa, o direito deve estabelecer a possibilidade de que ela controle a forma como seus dados estão sendo utilizados.

⁸⁴ Item com a seguinte redação: “45. Estamos também conscientes de que a protecção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras iberoamericanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antigua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Protecção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade.”.

⁸⁵ Tramita no Congresso Nacional a PEC nº 17/19, visando incluir, de forma expressa, o direito à proteção de dados pessoais no rol dos direitos fundamentais previstos na CRFB/88.

⁸⁶ Para Laura Mendes, “*Habeas Data e Autodeterminação Informativa: Os Dois Lados da Mesma Moeda*”, In: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, vol. 12, nº 39, 2018, p. 202: “quando se interpreta a norma do art. 5º, X, em conjunto com a garantia do *habeas data* e com o princípio fundamental da dignidade humana, é possível extrair-se da Constituição Federal um verdadeiro direito fundamental à proteção de dados pessoais.”. Segundo Danilo Doneda, “A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental”, In: *Espaço Jurídico*, vol. 12, nº 2, 2011, p. 103: “o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental não deriva de uma dicção explícita e literal, porém da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada.”.

⁸⁷ Cfr. Stefano Rodotà, *A Vida na Sociedade da Vigilância – a privacidade hoje* (organização, seleção e apresentação: Maria Celina Bodin de Moraes; tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda), Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 148.

Assim, a densificação da autodeterminação informacional foi desenhada mediante o estabelecimento de regras que disciplinam as questões referentes ao tratamento dos dados pessoais. O regramento da matéria teve seu enfoque deslocado da consideração dos dados propriamente ditos, para o tratamento que lhes é conferido pelos responsáveis, ou seja, de que maneira são utilizados os dados do titular, bem como se é conferida a garantia adequada à preservação do direito.

O direito foi estruturado a partir da ideia da concessão ao indivíduo da possibilidade de ter controle acerca dos seus dados pessoais, bem como para que haja um tratamento responsável e razoável por parte de quem detém a informação pessoal de outrem. Tudo inserido no contexto de que eles passaram a ser considerados elementos essenciais para o novo modelo de sociedade, tanto no que diz respeito à prevenção estatal de danos, quanto para a utilização no meio comercial.

Dotada desta nova configuração, a proteção de dados pessoais foi objeto de sistematização no âmbito do continente europeu, inicialmente através da Diretiva (UE) 95/46/CE e, atualmente, mediante o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD)⁸⁸. Trata-se de textos normativos que estabelecem regras gerais sobre a matéria, tendo o mais recente sido elaborado em substituição ao seu precursor.

Acompanhando o RGPD, outros regramentos específicos foram publicados pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, em especial quanto a questões relacionadas à segurança. São eles, a Diretiva (UE) 2016/680, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e a Diretiva (UE) 2016/681, relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros

⁸⁸ De acordo com o artigo 288º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o Regulamento tem caráter geral, sendo obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A Diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Verifica-se uma tendência, ao menos em âmbito europeu, em conferir uma uniformidade na forma como é estabelecida a matéria, tendo avançado de uma Diretiva, que permitia que cada Estado dispusesse com maior liberdade a respeito da proteção de dados, para um Regulamento, com objetivo de conferir maior padronização à legislação entre os integrantes da União Europeia, o que se extrai do próprio Considerando nº 9 do RGPD.

(PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave.

No que diz respeito à bioinformação para finalidades criminais em âmbito europeu, ante a sua especialidade, já que que refere a questões relacionadas a prevenção investigação e repressão de crimes, incidem as normas referentes à proteção de dados pessoais dispostas na Diretiva (UE) 2016/680, sem prejuízo da aplicação do RGPD quando se trate de questão que esteja excluída da matéria específica da Diretiva⁸⁹. A necessidade de observação das normas relativas à proteção de dados quando se trata da bioinformação, mesmo para finalidades de investigação criminal, além de atender aos ditames constitucionais, é extraída do próprio regramento da Diretiva (UE) 2016/680 que, em uniformidade com o RGPD, considera como dados pessoais toda informação acerca de

⁸⁹ A respeito da inaplicabilidade do RGPD nas questões relacionadas a crimes, V. Considerando 19 do RGPD: “A proteção das pessoas singulares em matéria de tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, e de livre circulação desses dados, é objeto de um ato jurídico da União específico. O presente regulamento não deverá, por isso, ser aplicável às atividades de tratamento para esses efeitos. Todavia, os dados pessoais tratados pelas autoridades competentes ao abrigo do presente regulamento deverão ser regulados, quando forem usados para os efeitos referidos, por um ato jurídico da União mais específico, a saber, a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho (1). Os Estados-Membros podem confiar às autoridades competentes na aceção da Diretiva (UE) 2016/680 funções não necessariamente a executar para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, de modo a que o tratamento dos dados pessoais para esses outros efeitos, na medida em que se insira na esfera do direito da União, seja abrangido pelo âmbito de aplicação do presente regulamento.”.

No que diz respeito à aplicabilidade da Diretiva (UE) 2016/680 quanto aos casos de exames de ADN no âmbito de investigações, V. Considerando 35 da Diretiva (UE) 2016/680, que fala expressamente sobre tal situação: “Para ser lícito, o tratamento de dados pessoais nos termos da presente diretiva deverá ser necessário para a execução de uma missão de interesse público por uma autoridade competente com base no direito da União ou dos Estados-Membros para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública. Estas funções deverão abranger a proteção dos interesses vitais do titular dos dados. O exercício das funções de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais conferidas institucionalmente por lei às autoridades competentes permite-lhes exigir que as pessoas singulares cumpram o que lhes é solicitado. Neste caso, o consentimento do titular dos dados, na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, não deverá constituir a fundamento jurídico do tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes. Caso seja obrigado a cumprir uma obrigação legal, o titular dos dados não tem verdadeira liberdade de escolha, pelo que a sua reação não poderá ser considerada uma livre manifestação da sua vontade. Tal não deverá obstar a que os Estados-Membros prevejam por lei a possibilidade de o titular dos dados consentir que os seus dados pessoais sejam tratados para as finalidades previstas na presente diretiva, nomeadamente que sejam efetuados testes de ADN no âmbito de investigações penais ou controlada a sua localização por meio de etiquetas eletrónicas tendo em vista a execução de sanções penais.”.

pessoa identificável, por referência a um indicador, incluindo-se os dados de localização, elementos de identidade física e genética⁹⁰.

Ainda que inexistissem no âmbito europeu os regramentos da Diretiva (UE) 2016/680, tendo em vista a consagração constitucional do direito à autodeterminação informacional na CRP, os dados pessoais relacionados a investigações criminais não poderiam ficar alheios a uma proteção. É o que ocorre no caso brasileiro, onde a legislação específica (Lei nº 11.709/18) exclui o tratamento de dados pessoais em atividades relacionadas à segurança⁹¹, o que não pode significar que as pessoas enquadradas nesses casos estarão completamente desprotegidas, tendo em vista o reconhecimento da autodeterminação informacional como direito fundamental.

Será necessário avaliar, sob uma perspectiva de equilíbrio dos direitos fundamentais em questão, de que forma poderão ser adotadas as medidas que importem em gestão da bioinformação, sem que haja restrição desproporcional aos direitos individuais. Especificamente quanto à proteção dos dados pessoais, considerando seu vasto “espectro” e sua complexidade, será dedicado um capítulo para abordagem mais detalhada quanto aos elementos principais que o constituem.

1.2.2) A relação entre a utilização da bioinformação na área criminal e os direitos fundamentais envolvidos

A informação oriunda do corpo humano constitui elemento essencial à identificação das pessoas, uma vez que é através da análise de lofoscopia, de imagens faciais, do material genético e de outras características corporais que as pessoas são materialmente individualizadas em relação às outras. Como cada pessoa possui uma impressão digital e palmar, uma fisionomia e um código genético distinto de todas as

⁹⁰ Cfr. Artigo 3º, nº, 1 Diretiva (UE) 2016/680: “«Dados pessoais», informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador como, por exemplo, um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores em linha ou um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;”.

⁹¹ Art. 4º - Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

III - realizado para fins exclusivos de:

- a) segurança pública;
- b) defesa nacional;
- c) segurança do Estado; ou
- d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

demais, esses são elementos únicos, que lhes individualizam. Contudo, a relevância desse tipo de informação não se esgota no âmbito do próprio indivíduo, sendo elemento essencial para a organização da sociedade. A importância deste tipo de informação para o Estado pode se refletir no que diz respeito a questões civis, onde a identificação é necessária para que o sujeito possa exercer sua cidadania na plenitude e, por outro lado, viabilize as políticas estatais em favor dos indivíduos. Também em matéria criminal tais informações são imprescindíveis, de modo a que sejam viabilizados o conhecimento e a punição dos delinquentes.

Na área criminal, objeto de maior interesse no nosso caso, mesmo antes da prática de delitos é possível que essas informações sejam úteis para sua prevenção, seja mediante a inibição dos indivíduos a praticarem delitos como através de uma atuação investigativa prévia sobre suspeitos. Percebe-se, contudo, sua maior importância após a ocorrência de delitos. Nesse caso, sua primeira utilidade é vista no âmbito de investigações dos delitos, onde as informações corporais dos delinquentes são essenciais à sua identificação, consistindo em componente imprescindível para a descoberta da autoria delitiva. Para o posterior desenrolar do processo também são de extrema relevância, pois incidirão tanto em fase de conhecimento, consistindo em elementos de prova, como podem ser úteis em fase de execução de pena, para localização de pessoas sobre as quais foi aplicada uma penalidade e cujo paradeiro seja desconhecido, o que permitirá a efetiva aplicação da lei penal.

O conhecimento estatal dessas informações se caracteriza como uma ferramenta de combate à impunidade, auxiliando o Estado a cumprir com eficiência sua função punitiva de ofensores criminais. O acesso e a utilização da bioinformação conferem maiores possibilidades de que aqueles que praticaram condutas violadoras da lei penal sejam efetivamente atingidos por ela e cumpram suas penas.

Como a atribuição de penalidade criminal constitui uma grave restrição do direito fundamental à liberdade, ela necessita de uma justificação estatal consistente quanto à sua funcionalidade. A matéria há muito é discutida, sem que haja um consenso quanto a quais seriam as funções das penas. De um lado, estão os defensores de uma teoria retributiva da pena (absoluta), influenciados pelos ensinamentos de Kant e Hegel, onde a pena se legitimaria por razões de justiça⁹². Para esta corrente de pensamento, deve o criminoso

⁹² Cfr. Luís Greco, "A ilha de Kant", In: *Direito Penal como crítica da pena* (org. Luís Greco e Antonio Martins), Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 264.

sofrer uma reprimenda equiparada ao mal por ele causado, sendo a ele retribuído o injusto. De outro lado se faz presente a teoria denominada “relativa”, que sustenta uma vertente preventivista da pena, cujo objetivo é combater a criminalidade de forma eficiente, através das ideias de prevenção geral e especial. Ela está fundada na experiência decorrente da vivência em sociedade, buscando soluções reais através da pena, mediante o recurso à “intimidação exitosa” e “correção ressocializante”⁹³.

A prevenção geral está associada à ideia de criação no corpo social de uma percepção de que a prática de crimes não seria benéfica. Isso poderia ser observado de duas formas, sob a vertente negativa e a positiva. A prevenção geral negativa consiste na intimidação aos cidadãos para que não venham a delinquir, e a prevenção geral positiva na de fortalecimento dos juízos de valor dos cidadãos, através do incremento na credibilidade quanto à eficácia da justiça penal⁹⁴. A prevenção especial se relaciona com a inibição que a pena produzirá no próprio delinquente para que não reincida na prática delituosa, partindo da ideia de ressocialização.

Todas essas teorias são passíveis de alguma crítica, mas ao mesmo tempo que se antagonizam, acabam por se complementar, ou seja, nenhuma das vertentes deve ser descartada completamente. A pena possui um caráter retributivo, inclusive percebido nos dias atuais com maior intensidade quando se trata da perspectiva das vítimas dos delitos já praticados. Por outro lado, a função de prevenção também pode ser percebida, tendo por base a ideia de proteção dos indivíduos através do desestímulo à prática de delitos, seja em termos gerais ou individuais, ante a atribuição de uma pena ou, em determinados casos, medida diversa desta.

Especialmente no que diz respeito à finalidade preventiva das penas é que se encontra uma correlação direta com o direito à segurança. A confiança no funcionamento do sistema penal e a intimidação dele decorrente, servem como meios inibitórios para o cometimento de novos delitos, seja pelo próprio agente ofensor da lei criminal, seja pelos demais integrantes da sociedade. A inter-relação entre penalização e segurança aqui

⁹³ Cfr. Hassemer, “Punir no Estado de Direito” (trad. Fernanda Tórtima), In: *Direito Penal como crítica da pena* (org. Luís Greco e Antonio Martins), Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 339.

⁹⁴ Cfr. Maria Fernanda Palma, *Direito Penal - Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, AAFDL, 2ª ed., 1ª reimp., Lisboa, 2017, p. 55.

exposta se dá numa lógica de causa e efeito, ou seja, o direito à segurança é tutelado, também, através da justiça criminal⁹⁵.

Isso pode ser explicado de acordo com a teoria escolha racional, ao esclarecer que, de maneira geral, os indivíduos, antes de praticarem um delito, tomam decisões racionais de acordo com o custo-benefício do seu atuar. Diante dessa constatação, quatro propósitos devem ser buscados com a intenção de reduzir a oportunidade da prática do delito: 1) aumento dos riscos de ser apreendido; 2) aumento das dificuldades para a prática do crime; 3) redução das recompensas do crime; 4) aumentar a responsabilização pelo crime⁹⁶.

Percebe-se a interligação entre a efetividade de punição por parte do Estado e a tutela do direito à segurança, na medida em que a eficiência do sistema penal desestimule os indivíduos a violarem os direitos dos outros. Sob esse aspecto, a política criminal dos dias atuais é necessariamente orientada, também, pela tutela do direito à segurança⁹⁷. O ideal de segurança serve como base para adoção de medidas, inclusive legislativas, para melhoria da eficiência da justiça penal, como pode ocorrer nos casos em que novas tecnologias venham a auxiliar essa atividade, no que se incluem as medidas de criação de banco de dados de ADN. Nesse caso atende-se ao primeiro propósito acima citado, aumentando-se os riscos de efetiva penalização do ofensor criminal.

O incremento ao direito à segurança é verificável na medida em que o acesso a esses dados permite uma maior eficiência do poder público na apuração e na efetiva punição de ofensores criminais. Não somente no caso de uma atuação eminentemente preventiva da polícia, mas também quando algum crime já tenha sido praticado. São diversos os casos em que o conhecimento da autoria de um crime somente se faz possível

⁹⁵ A segurança se configura, assim, como um objetivo a ser buscado. Aqui não se está a tratar acerca da discussão quanto à possibilidade da segurança, ante sua abstração, constituir um bem jurídico capaz de justificar, autonomamente, determinadas criminalizações, o que, notadamente, traz alguns problemas com relação à antecipação de algumas incriminações no que diz respeito à conduta do agente. Sobre essa questão, V. José Manuel Paredes Castañón, “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *In: Eguzkilore*, nº 20, San Sebastián, 2006, pp. 129-149, e Renato de Mello Jorge Silveira, “A segurança como critério de estipulação de crimes”, *In: Direito Penal como crítica da pena* (org. Luís Greco e Antonio Martins), Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 649-659.

⁹⁶ Sobre a teoria da escolha racional, V. Ronald V. Clarke, *Situational Crime: Successful Case Studies*, 2ª ed., Harrow and Heston, 1997, p. 16.

⁹⁷ Para Hassemer, “Punir...”, p. 341: “Prevenção, especialmente prevenção geral, é um conceito quase sem concorrência no pensamento dominante do mundo ocidental. Ela está bastante próxima do paradigma da segurança, que determina soberanamente não apenas a política criminal, mas também todos os setores de nossa vida – desde a política de saúde, passando pela social, até a energética. A prevenção geral é um instrumento preferencial no discurso público da hoje fortalecida proteção às vítimas; ela serve à necessidade moderna do domínio dos riscos e da precaução contra perigos.”

através da análise genética de material encontrado no local do crime ou na vítima, através de confrontação com informações de banco de dados. Não se pode olvidar, entretanto, que são medidas que restringem outros direitos fundamentais, especialmente os direitos à privacidade e à autodeterminação informacional.

As possibilidades inovadoras quanto à utilização de informações referentes ao corpo humano em decorrência da formação de bancos de dados de identificação criminal, que conferem maior eficiência no combate à criminalidade, e, conseqüentemente, uma melhor tutela do direito à segurança, trazem como consequência a restrição sobre outros direitos fundamentais. Discute-se acerca de eventual violação à integridade corporal, uma vez que a obtenção do ADN se perfaz através da recolha de material corporal do indivíduo. Outro direito que costuma ser invocado é o da não-autoincriminação, na medida em que eventualmente a informação genética poderá ser utilizada para indicar a autoria de determinados delitos.

Merecem destaque especial na posição de resguardo dos direitos individuais os direitos à privacidade e à autodeterminação informacional. Quando o Estado toma conhecimento acerca de questões pessoais dos indivíduos, existe alguma perda de privacidade por parte destes. Especialmente no que diz respeito à bioinformação, é possível perceber uma restrição da privacidade das pessoas que têm suas digitais, sua imagem facial ou seu material genético recolhidos para que o Estado tenha acesso a essas informações pessoais.

Assim, no que se refere à possibilidade ou não da recolha destes dados, notadamente no que diz respeito ao ADN, de que um agente externo ao próprio indivíduo tenha acesso a esse tipo de informação, além dos outros direitos mencionados, o direito à privacidade é aquele sobre o qual a interferência se apresenta com maior importância. Reconhece-se o corpo humano como um atributo da individualidade, possuindo um caráter de privacidade quanto à pessoa. Por tal razão, é conferida às informações corporais uma significativa posição de defesa, ante a expectativa de resguardo por parte do seu titular.

Nota-se então que é em um momento específico, o da captação das informações, que o direito à privacidade colide de forma mais intensa com o direito à segurança. Como o momento da recolha já é considerado como uma etapa do tratamento de dados pessoais⁹⁸, não se pode esquecer da obediência ao princípio da minimização dos dados a serem

⁹⁸ No âmbito da União Europeia, V. artigo 3º, nº 2 da Diretiva (UE) 680/2016.

obtidos, ou seja, eles devem estar adstritos ao estritamente necessário ao desenvolvimento da atividade. Entretanto, ainda que incidam as regras relativas à proteção dos dados, deve ser reconhecido que, nesse momento, o direito à privacidade é o principal direito em colisão com a segurança, pois se trata de uma interferência para permitir o conhecimento por um estranho de informações da esfera pessoal. A coleta indevida ou a extrapolação quanto à extensão dos dados captados poderá consistir em interferência acentuada neste direito.

Para além do direito à privacidade, diante da enorme expansão que a coleta e guarda de informações experimentou em decorrência dos avanços tecnológicos, foi necessário um aperfeiçoamento dogmático-jurídico capaz de conferir a tais situações a importância necessária, tratando-a com a complexidade que reclamam. Dentro deste contexto, foi desenvolvido o direito à autodeterminação informacional. Nos tempos atuais é justificável a desvinculação da proteção de dados pessoais da privacidade, em razão da diversidade de perspectivas entre as duas modalidades, conforme já demonstrado quando da abordagem do conteúdo de cada um dos direitos.

Enquanto a privacidade se evidencia de forma mais contundente no momento da recolha dos dados, o direito à autodeterminação informacional incide acentuadamente nas fases posteriores à captação, em decorrência da necessidade de estabelecer regramento acerca da gestão dos dados dela originados. Essa normatização quanto ao tratamento dos dados é um importante e necessário limitador da ingerência estatal sobre os direitos individuais. O direito à autodeterminação informacional funciona como uma fronteira à exacerbação da tutela do direito à segurança. Ainda que pareça indubitável que a captação das informações pessoais atenda à proporcionalidade e, por isso, seja permitida, o desenvolvimento de toda a atividade no que diz respeito aos dados pessoais deve estar cautelosamente sujeito a algumas limitações. Nesse sentido, a adoção dos regramentos conducentes à proteção de dados pessoais é essencial para o bom funcionamento do sistema sem afetações indevidas aos direitos fundamentais.

O conceito de tratamento de dados pessoais, que não foi expressamente estabelecido na legislação brasileira pelo Lei nº 13.709/19, pode ser extraído do que está previsto no nº 2 do artigo 3º Diretiva (UE) 2016/680, como sendo “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, por difusão ou por qualquer outra

forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição;”.

Através da redação do dispositivo percebe-se que diversas são as fases abrangidas pelo conceito de tratamento de dados, inclusive o da sua recolha. Nesta, como visto acima, o direito à privacidade se apresenta como principal contraponto ao direito à segurança, ainda que seja indubitosa a incidência do direito à autodeterminação informacional. As demais fases são aquelas em que a proteção de dados pessoais ganha maior protagonismo quando se trata dos bancos de dados genéticos, em especial quanto ao registro, a conservação, a utilização e o apagamento.

O direito à autodeterminação informacional, de onde decorrem as regras referentes à proteção de dados pessoais, possui extrema relevância quando se está a tratar do desenvolvimento de bancos de dados relacionados com informações corporais dos indivíduos, como forma de evitar que ocorram excessos na sua gestão que signifiquem violação aos direitos individuais. Sua invocação, com utilização na ponderação com o direito à segurança, tem a função de garantir equilíbrio à atividade, contribuindo para o seu bom desenvolvimento.

O direito à privacidade e o direito à autodeterminação informacional possuem um viés eminentemente individualista, de caráter defensivo, seja em face do Estado ou de outros indivíduos. Podem ser eles caracterizados como verdadeiros “direitos de existência”, uma vez que para sua proteção há dependência da consideração dos aspectos mais íntimos da pessoa, ligados à sua própria existência⁹⁹. Enquanto os direitos à privacidade e à proteção de dados estão fortemente relacionados com a dimensão subjetiva, o direito à segurança, além de se manifestar subjetivamente, apresenta um grande conteúdo relacionado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O direito à privacidade, em que pese não possa ser confundido com as liberdades individuais, tendo em vista que se constituem distintamente quanto aos seus objetos, caso seja afetado, poderá interferir indiretamente no direito à liberdade. Tal consideração pode se dar tanto sob a dimensão negativa, referente à esfera mais íntima do indivíduo, àquilo que deseja guardar para si próprio, como da dimensão positiva, ligada ao livre desenvolvimento da personalidade.

⁹⁹ Cfr. Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 115.

No caso do direito à autodeterminação informacional, pode ser encontrada uma dupla perspectiva no que diz respeito à sua relação com a liberdade. A primeira, no sentido de que possui um viés referente à liberdade de agir, na medida em que é atribuída ao sujeito uma liberdade comunicacional¹⁰⁰, onde deve ser ele livre para gerir seus dados. A segunda, relacionada com a liberdade geral do sujeito, sob a consideração de que, em decorrência de eventual tratamento indevido dos seus dados, pode estar sujeito constantemente a intrusões que limitam sua liberdade. Esse fato pode decorrer da atividade de entidades comerciais ou do próprio Estado, quando este condiciona a forma de exercer a atividade administrativa em face do sujeito com base nesse tipo de informação, classificando-o e excluindo-o.

Os direitos fundamentais, da forma como foram concebidos, e ainda hoje, estão necessariamente relacionados com as liberdades individuais. Eles constituem importante garantia do cidadão para o exercício de suas liberdades, sem que haja interferências indevidas por parte do Estado, caracterizando-se como verdadeiros direitos negativos dos indivíduos.

Entretanto, em situações de colisões entre princípios, a presença de direitos caracterizados como de defesa em face do Estado, ainda que tenham fundamento na relação direta com as liberdades, não lhes garante predomínio em relação a outros que não possuam tal característica. Isso porque a efetivação das liberdades também depende de condições socioculturais e institucionais, incluindo-se nestas a segurança¹⁰¹.

Não se adequa aos ditames de um Estado de Direito, onde o Estado deve prezar pela dignidade da pessoa humana, liberdade e autonomia individuais e a promoção dos direitos fundamentais do cidadão, o acolhimento do princípio *in dubio pro libertate*. Ao Estado cabe agir em favor da coletividade, e a atribuição de uma importância secundária às atividades por ele perseguidas, que o impeça de realizar seus objetivos em favor dos cidadãos, resultaria, por via de consequência, em prejuízo da própria liberdade. Com especial consideração ao direito à segurança, na perspectiva da segurança pública, o Estado não atua com o propósito de autoengrandecimento, mas em benefício da efetivação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, cumprindo sua função protetiva. A inadmissibilidade ou resistência quanto à restrição de direitos individuais para finalidades

¹⁰⁰ Cfr. Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy...*, p. 810.

¹⁰¹ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV – Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 105.

de incremento da segurança pública, mediante uma aplicação automática e descabida do *in dubio pro libertate*, atingirá de forma negativa a liberdade de todos os indivíduos¹⁰².

A própria liberdade não pode ser concebida através de uma visão essencialmente individualista. Esta naturalmente se apresenta como a vertente clássica das liberdades e a mais facilmente constatável, por apresentar um viés eminentemente personalista. Ocorre que o exercício das liberdades também é dependente e influenciado por atuações estatais em prol da coletividade e restritivas de direitos. São ações de caráter coletivo, mas que interferem decisivamente nas liberdades individuais. A deficiência da segurança pública influi de forma determinante na segurança individual de cada cidadão e modifica a rotina dos elementos de uma comunidade. Em um cenário de insegurança, as pessoas deixam de transitar tranquilamente pelos espaços públicos, com receio de serem vitimizadas por algum crime, o que constitui restrição à liberdade de todo o grupo.

A partir do momento em que a finalidade perseguida pelo Estado deixa de ser sua própria preservação (Estado-poder), surge o conceito de segurança, onde o Estado passa a ter o papel de garantir os direitos do cidadão, nomeadamente o direito à segurança (Estado-servidor)¹⁰³, através de um papel de protetor dos direitos fundamentais. Ultrapassada a concepção de que o Estado é um mero violador de direitos, entende-se que ele possui a relevante função de assegurá-los aos cidadãos mediante prestações positivas. Sob esse aspecto, a tutela ao direito de segurança constitui-se como um importante elemento para desenvolvimento das capacidades de autodeterminação dos indivíduos. O mesmo ocorre com os direitos com viés essencialmente individuais, como são os casos da privacidade e da autodeterminação informacional.

Somente o equilíbrio na relação entre esses direitos fundamentais é capaz de manter a estabilidade social, tendo por consideração que liberdade individual sem segurança resulta em caos e anarquia, enquanto segurança sem liberdade individual conduz à criação de Estados totalitários¹⁰⁴. A utilização da bioinformação na área criminal deve ser permitida como regra, mas mediante a utilização de mecanismos transparentes e obedecendo a critérios de harmonização entre os direitos.

¹⁰² Cfr. Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana – V. 1...*, pp. 89-90.

¹⁰³ Cfr. Catarina Sarmiento e Castro, *A Questão...*, p. 285.

¹⁰⁴ Cfr. Catarina Sarmiento e Castro, "O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro", *In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 92-93.

1.3) As colisões entre os direitos fundamentais como princípios

Quando se está a tratar da obtenção de informações, formação de banco de dados e utilização dos dados referentes a particulares por parte do poder público, percebe-se que existe uma antinomia entre direitos fundamentais. Esse tipo de atividade estatal no âmbito criminal visa tutelar o direito à segurança, enquanto restringe outros direitos também fundamentais, com destaque para os direitos à privacidade e à autodeterminação informacional. Todas essas informações, que dizem respeito ao corpo do indivíduo, podem auxiliar na apuração dos fatos delituosos visando a identificação de autores de delitos, como também na localização de ofensores criminais que estejam sem destino conhecido.

Por outro lado, quando se veda a possibilidade de recolha destes dados, o direito à privacidade é preenchido de forma mais substancial, em detrimento do direito à segurança. Da mesma forma, o direito à autodeterminação informacional é satisfeito em maior parcela quanto maiores forem as limitações impostas referentes ao tratamento dos dados pessoais recolhidos, o que também encontra o respectivo reflexo no direito à segurança.

Nota-se, portanto, que tais direitos se antagonizam e precisam de alguma forma ser conciliados. Para buscar uma solução quanto a este tipo de antinomia normativa se faz necessário prévio conhecimento acerca da estrutura normativa dos direitos fundamentais. O ponto de partida para esse percurso é analisar como a doutrina estabelece a distinção entre normas que estabelecem regras ou princípios. Nesse particular, o esforço de Dworkin para superar o positivismo de Hart forneceu uma contribuição determinante para o tema, ao estabelecer que a distinção entre as referidas normas decorre da natureza da orientação que cada uma delas estabelece quanto às circunstâncias em particular. As regras são aplicadas através da fórmula do tudo-ou-nada, ou seja, são aplicadas ou afastadas, enquanto os princípios possuem uma dimensão distinta, que é a do peso ou importância¹⁰⁵.

Alexy, com notória inspiração nas ideias de Dworkin, acrescentou novos elementos à dogmática sobre a matéria, tendo percebido que os princípios se apresentam como normas que demandam aplicabilidade na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas e, por isso, são conceituadas como “mandamentos de

¹⁰⁵ Cfr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, pp. 24-27.

otimização”. Por outro lado, as regras detêm “determinações” quanto ao que é jurídica e faticamente possível, ou seja, elas são ou não satisfeitas. Dessa maneira, ensina o professor alemão, as normas se diferenciam em razão de sua substância, não por uma questão de grau¹⁰⁶.

Essas teorias se difundiram e foram prestigiadas pelo meio jurídico de forma universal, sendo amplo o reconhecimento quanto ao seu acerto. Contudo, a doutrina ainda busca estabelecer critérios de maior precisão para caracterização das normas como regras ou princípios, configurando o estudo quanto à estrutura das normas um elemento adicional para conferir maior precisão à classificação. Os estudos sob esse prisma identificam que a distinção se verifica na previsão da norma. Nas regras, a previsão já especifica quais ações humanas ou estado de coisas irão provocar as consequências, enquanto a previsão das normas principiológicas não permite que se possa ter esse conhecimento previamente¹⁰⁷. Quando se trata das regras, definida a previsão, não há variação do efeito por elas gerado. Com os princípios o mesmo não ocorre, ou seja, os efeitos podem ser produzidos com flexibilidade, se adequando às circunstâncias fático-jurídicas que sejam apresentadas. Dessa forma, um fator decisivo para que se possa classificar uma norma como regra ou princípio é a “genericidade das ações hipotéticas”¹⁰⁸, tendo em conta que o aumento das possibilidades de ação ocasionará uma maior relatividade quanto às possíveis consequências.

Sob a consideração de todos os conceitos apontados, é possível estabelecer que, na imensa maioria das hipóteses, os direitos fundamentais assumem a estrutura de princípios. Especificamente, quando estão em causa direitos fundamentais referentes à privacidade, à autodeterminação informacional e à segurança, trata-se de normas que possuem as características de princípios. São normas dotadas de maior genericidade, o que resulta na variabilidade dos seus efeitos, inexistindo um resultado que seja sempre previamente estabelecido para os casos sob sua incidência.

¹⁰⁶ Cfr. Robert Alexy, *Teoria...*, pp. 90-91

¹⁰⁷ Cfr. David Duarte, “An Experimental Essay On The Antecedent And Its Formulation”, *Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, i-lex, número 16, Luglio, 2012, p. 54.

¹⁰⁸ Cfr. Pedro Moniz Lopes, “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles”, *In: Ratio Juris*, Vol. 30, No. 4, Dezembro de 2017, p. 481, onde estabelece uma diferenciação entre a “genericidade” e a “generalidade” das normas. Estas dizem respeito ao número de pessoas que pode alcançar (que seria irrelevante para a distinção entre regras e princípios), enquanto naquelas “The point here is whether norms describe a category of actions (and the indifference thereto) or actions the performance of which may vary according to differentiating properties, tools, goals or style.”.

Assente-se que é irrelevante o fato de se tratar de um direito individual ou interesse coletivo para que seja a norma classificada como princípio¹⁰⁹, razão pela qual se impõe também o reconhecimento da natureza principiológica aos direitos fundamentais que serão destacados, tenham eles uma vertente mais (privacidade e autodeterminação informacional) ou menos (segurança) individualista. Portanto, quando se tratar de um “*hard case*”, configurada uma antinomia envolvendo os direitos fundamentais em questão, como ocorre nas questões da utilização criminal da bioinformação, existirá uma colisão entre princípios.

Em virtude dessa diversidade de resultados que podem ser obtidos quando se trata de princípios, a utilização deles deve intencionar a garantia da maior aplicabilidade possível, de forma que seja atribuída uma melhor efetividade aos direitos fundamentais que lhes são correspondentes. Tratando-se de normas dotadas de elasticidade, somente mediante a presença de uma situação fática que consista na contraposição entre um princípio e outro será possível moldar o espaço de incidência de cada um deles.

Devido ao fato de os princípios constituírem normas cujo âmbito de aplicação é oscilante, o direito que inicialmente se estabelece através deles é um direito *prima facie*, que é ilimitado, diversamente do direito que será aplicado após a apreciação das circunstâncias fático-jurídicas dos casos concretos, onde são delineadas suas limitações em razão de outros interesses. Considerando a configuração dos princípios como mandamentos de otimização, verifica-se que um princípio pode ser restringido quando colidente com outro¹¹⁰, de onde se pode concluir pela inexistência de princípios absolutos¹¹¹, pois sua aplicabilidade estará sempre empiricamente condicionada. A característica de maleabilidade permite que, em caso de colisão, os princípios se ajustam dentro de uma lógica de compressão e dilatação, ou seja, existirá a tendência a uma retração de um dos princípios conforme ao princípio contraposto seja conferida aplicação mais estendida.

Verificada uma situação em que exista uma colisão entre princípios, a sua solução irá demandar a aplicação da máxima da proporcionalidade, que se caracteriza como uma

¹⁰⁹ Cfr. Robert Alexy, *Teoria...*, pp. 115-116.

¹¹⁰ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed. 4ª tiragem, Malheiros, São Paulo, 2017, p. 140.

¹¹¹ No que diz respeito ao caráter relativo de todos os princípios, a questão suscita divergências no que diz respeito à dignidade da pessoa humana. Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana – V. 2...*, pp. 162 e ss., entende que a dignidade da pessoa humana constitui um princípio absoluto, imune à ponderação. Em sentido contrário, confirmando a natureza relativa da dignidade da pessoa humana como princípio, Robert Alexy, *Teoria...*, pp. 111-114.

teoria que decorre da própria forma como se constituem os princípios. Dentro da lógica de compressão e dilatação decorrente da sua natureza relativa, em caso de colisão deve ser buscada maior efetivação possível dos princípios em causa. Cabe ao aplicador do direito realizar uma análise de proporcionalidade, consideradas as circunstâncias fático-jurídicas, para optar pela melhor concretização dos direitos, que conceda aos princípios a maior capacidade expansiva no caso concreto.

De acordo com doutrina amplamente consagrada no meio jurídico, a dogmática para a aplicação dos princípios de forma proporcional, deve estar construída tendo em consideração as “três máximas parciais” da proporcionalidade, consistentes na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras como resultado da natureza dos princípios como mandamentos de otimização relacionados às possibilidades fáticas, enquanto a última, tendo por consideração as possibilidades jurídicas¹¹².

A primeira máxima, referente à adequação da medida, significa que ela deve ser apropriada ao fomento ou concretização do objetivo intencionado, que é dependente do recurso a um dos princípios e poderá resultar na restrição do princípio em contraposição. Eventual inadequação da medida ao objetivo pretendido determina que ela não poderá ser adotada resultando na afetação a um princípio. No que diz respeito à segunda máxima, da necessidade, deve ser feita uma avaliação quanto às alternativas existentes no caso concreto. Exige-se que, em caso de existência de duas medidas adequadas para atingir o mesmo objetivo relacionado ao incremento de um princípio, que seja dada preferência à alternativa menos gravosa, que intervenha da maneira menos intensa no princípio colidente. Em ambas as hipóteses a otimização da eficácia do princípio é verificada de acordo com as circunstâncias fáticas¹¹³.

Como as duas primeiras são solucionadas mediante a apreciação quanto às circunstâncias fáticas, elas costumam ser resolvidas com menor complexidade, sendo mais fácil a verificação do seu atendimento. A última das máximas, da proporcionalidade em sentido estrito, é aquela onde são encontradas as maiores dificuldades quando se trata de colisão entre princípios, tendo em vista que a sua relação com as possibilidades jurídicas confere maior dificuldade no encontro da solução adequada. Sua aplicação ocorre de forma residual em relação às outras duas, o que significa que em primeiro lugar se faz a análise

¹¹² Cfr. Robert Alexy, *Teoria...*, pp. 116-118.

¹¹³ Idem, pp. 119-120.

quanto à adequação, em segundo quanto à necessidade e, por último, após transpostas as demais, efetua-se o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito está fundada principalmente na ideia da necessidade da realização de um sopesamento entre os princípios em colisão. Como os princípios se ajustam de forma elástica, distendendo-se e contraindo-se de forma antagônica, quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior deverá ser o grau de satisfação do outro. De forma a sistematizar o atendimento à proporcionalidade em sentido estrito, sua aplicação deve se desenvolver através de três etapas. Na primeira, efetua-se a verificação quanto ao grau de afetação ou não-satisfação de um princípio; na segunda, a análise será quanto à importância da satisfação do princípio colidente; ao final, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio que se busca incrementar justifica a afetação ou não-satisfação do outro, que será restringido¹¹⁴.

O grande desafio doutrinário referente a esta teoria consiste em evitar a proliferação de decisões com caráter eminentemente subjetivo¹¹⁵, atribuindo-lhes maior coerência através da racionalização do processo lógico-indutivo. Com este intuito, Alexy desenvolveu uma fórmula numérica (fórmula do peso) que auxilia na sistematização da argumentação incidente sobre a situação concreta, em busca de soluções racionalmente justificáveis para as colisões de princípios, com alicerce na ideia do sopesamento.

A solução jurídica extraída por decorrência da utilização desses elementos numéricos estabelecidos pela fórmula, que também se vale de operações matemáticas, não configura uma mecanização ou exatidão dos resultados. A fórmula caracteriza o desenvolvimento de uma metodologia possibilitadora de que a fundamentação argumentativa seja construída de forma estruturada, o que acarreta em uma maior racionalidade nas decisões¹¹⁶.

A fórmula tem como principais elementos a serem considerados a importância da satisfação de um princípio e a intensidade da interferência no princípio colidente. Para equilibrar o contraponto entre os princípios, são utilizados alguns critérios determinantes. O primeiro deles consiste no grau de importância ou do peso dos princípios em questão. A estimativa do peso deve ser feita sob duas perspectivas: a do peso em abstrato que princípio

¹¹⁴ Idem, pp. 593-594.

¹¹⁵ A ausência de parâmetros racionais, com a utilização de razões morais para solução dos casos, o que acarretaria em decisionismo, foi a maior crítica elaborada por Habermas quanto à teoria de Alexy. *In: Facticidad y validez*, 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 302-309.

¹¹⁶ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos...*, p. 176.

ostenta, que leva em conta sua força genérica, desconsideradas as circunstâncias do caso concreto que se apresenta; e a do grau de importância em concreto do princípio, que é extraído das condições efetivamente existentes para que seja densificado¹¹⁷.

No que concerne ao peso abstrato dos princípios colidentes, em boa parte das vezes, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, os princípios possuirão a mesma força genérica¹¹⁸. Nessas hipóteses, o peso abstrato não será relevante para a solução da equação, ante a sua equivalência, que não possuirá influência para uma inclinação favorável a algum dos direitos, diversamente do que ocorrerá em caso de diferença na importância abstrata entre os princípios.

Realizada essa primeira análise, chega o momento em que será necessária a verificação da situação concreta que se apresenta. A existência de uma colisão entre os princípios permite constatar que um sofrerá restrição na medida em que ao outro for atribuída maior satisfação. No que se refere ao princípio a ser restringido, caberá analisar qual será a “intensidade da intervenção” sobre ele através de uma grandeza concreta¹¹⁹. Essa constatação estará condicionada à verificação de quais são as “circunstâncias relevantes”¹²⁰ para a decisão a ser tomada no caso concreto. Dessa forma, a intensidade da intervenção sobre um princípio somente poderá ser aferida tendo por consideração as circunstâncias concretas existentes.

Ao mesmo tempo em que se analisa a forma como as “circunstâncias relevantes” interferirão no princípio restringido, deve-se verificar de que maneira irão influenciar no princípio que será incrementado, que com o outro colide. Conforme se apresentem as circunstâncias do caso concreto é feita a mensuração quanto à “importância da satisfação” deste segundo princípio¹²¹. Sistematizando esse entendimento, podem ser atribuídas graduações em três níveis à intensidade da intervenção e à importância da satisfação (leve, moderado ou sério), levando em consideração a forma como as circunstâncias concretas interferem nos princípios¹²².

¹¹⁷ Cfr. Robert Alexy, *Teoria...*, pp. 600-601.

¹¹⁸ *Idem*, p. 601.

¹¹⁹ *Idem*, p. 600.

¹²⁰ Segundo Alexy, *Idem*, p. 601, “os elementos do caso concreto essenciais para decisão são a medida questionada e os efeitos que sua adoção e sua não-adoção têm nos princípios envolvidos. A não-adoção faz parte da análise porque se trata de decidir se a medida é permitida ou proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais, e a proibição corresponde à constelação na qual a medida não é adotada.”

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Idem*, pp. 599-600.

Quando existir equivalência na importância abstrata dos princípios – o que ocorre quando se está a tratar de segurança, privacidade e autodeterminação informacional – o peso em concreto do princípio afetado se detrairá do resultado de uma equação entre a “intensidade da intervenção” concreta neste princípio e a “importância da satisfação” concreta do princípio contraposto. Por depender do produto desta equação, esse peso concreto será sempre um peso relativo¹²³, que consistirá em fator determinante para determinar qual princípio deverá prevalecer na situação fática apresentada. Em caso de ser encontrada uma equivalência na graduação de acordo com os critérios mencionados, impende autorizar a intervenção pretendida, pois não terá sido caracterizada qualquer desproporcionalidade. A desproporcionalidade em sentido estrito somente se faz presente no caso de a “intensidade da intervenção” ser superior à “importância da satisfação”¹²⁴.

No que diz respeito aos direitos fundamentais apontados até aqui, apesar de distinção ontológica existente entre o direito à segurança e os direitos à privacidade e à autodeterminação informacional, estes com viés eminentemente individualista e aquele, nomeadamente no caso da gestão da bioinformação para fins criminais, caracterizado através de uma dimensão coletiva, não é possível atribuir a nenhum deles, prioristicamente, maior importância em relação ao outro, apresentando pesos abstratos semelhantes. Ambos consistem em direitos de elevada importância dentro do ordenamento jurídico, relacionados com dimensões importantes do direito de liberdade e fundados através da dignidade da pessoa humana.

Portanto, somente através da identificação de quais são as circunstâncias específicas que envolvem determinado conflito normativo poderá ser verificado qual direito deverá prevalecer. No caso da bioinformação, há inúmeras questões a serem postas em debate, dentre as quais podem ser destacadas as relacionadas aos grupos de pessoas sobre os quais recairão as medidas, a extensão dos dados que podem ser captados, organização desses dados, tempo de conservação do material e dos dados, etc.

¹²³ Cfr. Robert Alexy, *Teoria...*, p. 604.

¹²⁴ *Idem*, p. 607.

2) ASPECTOS GERAIS SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A proteção de dados pessoais surge como a expressão da autodeterminação informacional, muitas vezes sendo usada como nomenclatura para designar o próprio direito fundamental. Logo, quando se fala em autodeterminação informacional, se está a tratar de proteção de dados pessoais. Como visto, se trata de um direito amplamente reconhecido nos dias atuais, especialmente na Europa, mas recentemente também no Brasil. Em âmbito europeu, a matéria já vem sendo trabalhada há algumas décadas, uma vez que existe normatização específica estabelecendo os regramentos deste direito desde a década de 90 do século passado. Tendo em conta seu elevado desenvolvimento neste continente, a legislação correspondente foi recentemente aperfeiçoada, mediante a edição do RGPD e das Diretivas que o acompanharam.

No direito português, foi editada a Lei nº 58/2019 (Lei da Proteção de Dados Pessoais), que assegura a execução do RGPD na ordem jurídica interna, tendo constado expressamente que aplicam-se todas as exclusões previstas no artigo 2º do RGPD. Isso significa que está excluído o tratamento de dados “efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública.” (artigo 2º, nº 2, c, do RGPD).

No Brasil a matéria vem começando a merecer maior atenção e desenvolvimento, tendo sido editada recentemente a LGPD. Tanto o RGPD europeu¹²⁵ como a LGPD brasileira¹²⁶ excluem do seu âmbito de aplicabilidade os dados tratados para fins de segurança pública e investigação criminal. Ocorre que no Brasil ainda restou um vácuo legislativo, enquanto na Europa foi editada a Diretiva (UE) 2016/680, versando exatamente acerca do tratamento de dados com essa finalidade específica. Considerada a autodeterminação informacional como um direito fundamental no Brasil, ainda que exista uma lacuna normativa quanto à matéria, isso não significa que o tratamento de dados com estas finalidades deva estar livre de regulamentações.

Dessa forma, o conhecimento acerca de como está estabelecido o direito na Europa é primordial para trazer parâmetros para aplicação no direito brasileiro. Em

¹²⁵ Artigo 2º, 2, d.

¹²⁶ Artigo 4º, III.

primeiro lugar, porque no “velho continente” já foi desenvolvido regramento específico quanto ao tratamento de dados com fins criminais. Em segundo lugar, deve-se considerar que existem muitos pontos de interseção das normas de proteção de dados com fins de investigação e repressão criminais e com demais finalidades, e que a LGPD brasileira possui uma evidente inspiração na normativa europeia.

Sob tais perspectivas, a Diretiva (UE) 2016/680 será adotada como paradigma para a análise de questões relacionadas ao tratamento de dados genéticos neste trabalho, já que, apesar de as legislações de Portugal e Brasil não abrangerem as finalidades ora abordadas, não deve ser ignorada a necessidade de balizamentos acerca dessa espécie de tratamento de dados pessoais.

Ademais, a doutrina será primordialmente relacionada às normativas do velho continente, pois muito mais desenvolvida e de extensa compatibilidade com o direito brasileiro. Isso possibilitará uma análise mais ampla dos ditames que estabelecem a garantia do direito fundamental, sempre com a devida atenção à novel legislação brasileira, seja quando exista omissão desta quanto a tema específico, seja quando possa ser encontrada eventual dissonância com relação ao que se desenvolveu na Europa.

A matéria de proteção de dados pessoais em âmbito europeu está fundamentalmente estabelecida através de normas comunitárias. No que diz respeito à questão criminal, deve-se ter em mente que cada vez mais os delitos ganham abrangência transnacional, sendo importante o intercâmbio de informações entre os Estados. Para isso, devem eles garantir um nível de proteção adequado dos direitos fundamentais, o que evidencia a necessidade de controle acerca deste tratamento de dados. Essa é a principal razão para que a normatização da matéria tenha sido estabelecida em nível continental na Europa¹²⁷, mediante a publicação da Diretiva (UE) 2016/680, que veio a substituir a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho, também sobre a mesma temática.

Acompanhar o progresso tecnológico, que permitiu uma difusão das informações com extrema facilidade e celeridade, foi uma das razões do aperfeiçoamento da legislação europeia, mediante sua substituição pelas novas normativas. Tanto o RGPD como a Diretiva (UE) 2016/680 foram publicados com a intenção de facilitar essa circulação das informações pessoais, garantindo, ao mesmo tempo, um nível de segurança elevado a elas. Essa semelhança no que diz respeito aos objetivos destes diplomas faz com que existam

¹²⁷ V. Considerando nº 7 da Diretiva (UE) 2016/680.

bastantes semelhanças entre o regramento genérico da proteção de dados e o regramento específico para finalidades criminais na Europa. Evidencia-se a existência de uma intercomunicação entre ambos, logicamente com a presença de algumas distinções necessárias em virtude da especialidade do tema da Diretiva¹²⁸.

Uma primeira distinção latente é o fato de uma ter sido editada sob a forma de um Regulamento, enquanto a outra como uma Diretiva. De acordo com o artigo 288º do TFUE, o Regulamento tem caráter geral, é obrigatório em todos os seus elementos e aplica-se diretamente aos Estados-Membros, enquanto a Diretiva vincula o Estado-Membro quanto aos resultados pretendidos, mas a eles confere a competência para estabelecer as formas e meios. A opção pelo regramento referente a questões relacionadas à esfera criminal ter sido elaborado sob a forma de uma Diretiva se justifica, tendo por consideração que cada país possui uma realidade e preocupações distintas, sendo razoável que cada um possa estabelecer, atendendo às suas particularidades, de qual maneira irá em busca dos programas comunitariamente determinados.

Parece, entretanto, que na gestão dos bancos de dados de ADN para fins criminais, um tratamento primordialmente equânime entre os países se justifica. Em primeiro lugar, para viabilizar um eventual intercâmbio desse tipo de dados entre os Estados, o que demanda um grau de proteção semelhante entre eles. Em segundo, tendo em vista o equilíbrio entre os direitos fundamentais em jogo. Nesse ponto, é importante consignar que, mesmo nos países onde se vivia com maior sensação de segurança, em especial na Europa, o crescimento do terrorismo elevou bastante, de forma justificada, as preocupações com essa questão. Portanto, as precauções quanto à segurança são grandes tanto nos locais onde os maiores riscos advêm da violência urbana, como nos locais onde o terrorismo aparece como maior “inimigo”.

Os dados pessoais referentes à bioinformação decorrente do ADN se apresentam como um elemento importante para a prevenção e repressão criminais, na tutela do direito à segurança. Ao mesmo tempo, consubstanciam-se como informações pessoais de grande sensibilidade, geradores de elevados riscos potenciais para os direitos individuais de seus titulares. O conhecimento e o atendimento às regras relacionadas à proteção de dados pessoais poderão permitir que o direito à segurança seja tutelado de forma substancial, sem violar outros direitos fundamentais, notadamente o da autodeterminação informacional.

¹²⁸ V. Considerandos nº 9 e 10 da Diretiva (UE) 2016/680.

Sem a pretensão de esgotar os temas referentes à proteção de dados pessoais, tendo em vista não somente a diversidade de regramentos sobre a matéria, como também a limitação e o objetivo deste trabalho, serão delineados alguns dos principais conceitos e institutos da proteção de dados, que tenham maior relação com a gestão da informação genética para fins criminais, especialmente através da criação de bancos de dados.

2.1) Dados Pessoais

A conceituação acerca do que se considera como dado pessoal a ser protegido se mantém uniforme desde o início da consagração deste direito. Por definição, dados pessoais são quaisquer informações relacionadas a uma pessoa singular identificada ou identificável. Nesse sentido, já dispunham tanto as “Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais”, de 1980, como a “Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal”, do Conselho da Europa, de 1981.

No mesmo sentido, também estabeleceram a Diretiva 95/46/CE e seu sucessor, o RGPD, bem como as Diretivas que o acompanharam, como é o caso da Diretiva (UE) 2016/680. Como esta segue a mesma definição trazida pelo RGPD, não há que se diferenciar o que é considerado como dado pessoal para finalidades criminais ou para finalidades diversas. A recente legislação brasileira (art. 5º, I, da Lei nº 13.709/18), notadamente inspirada nos documentos internacionais, também adotou o mesmo conceito apresentado.

As informações pessoais que são protegidas quando se trata desta matéria não se restringem a informações íntimas das pessoas, abrangendo todo o universo de informações que dizem respeito à pessoa, como as que dizem respeito às suas relações sociais, inclusive públicas, económicas, além das informações relacionadas às suas atividades profissionais¹²⁹. Todo tipo de informação que se relacione com a pessoa está aqui abrangido.

As referidas informações devem ser pessoais, não dizendo respeito às que são concernentes a objetos que não tragam qualquer correspondência com alguma pessoa. A

¹²⁹ Cfr. Parecer nº 4/2007 do Grupo de Trabalho do art. 29º, p. 7. Saliente-se, ainda, que o artigo 88º do RGPD dispõe especificamente sobre o tratamento de dados no contexto laboral.

pessoa a ser considerada quando se trata de proteção de dados pessoais, ao menos nos contextos de nosso maior interesse, que são o europeu e o brasileiro, são as pessoas físicas, não abrangendo as pessoas coletivas. Nesse sentido, é possível verificar que o RGPD e as Diretivas atualmente em vigor na Europa, se referem a pessoas singulares, enquanto a novel legislação brasileira fala em pessoa natural, o que não deixa dúvida, em ambos os sistemas, quanto a tal consideração¹³⁰.

Não basta que se trate de informação relacionada a pessoa, fazendo-se necessário que seja ela diretamente identificada ou identificável. De acordo com essa determinação conceitual, as informações anônimas, como é o caso dos dados estatísticos que não permitem um retorno ao conhecimento quanto a quem se referem, não estão abrangidas pelas normas protetivas de dados, uma vez que são pessoais, mas não são capazes de permitir a identificação do seu titular.

Como a definição fala também em pessoas identificáveis, não apenas os dados de pessoa diretamente identificada se enquadram como dados pessoais. Quando se trata de informações que dizem respeito a pessoas que podem vir a ser identificadas com auxílio dessas informações, considerando-se uma probabilidade razoável de acordo com os meios a serem adotados¹³¹, também estar-se-á diante de tratamento de dados pessoais para os efeitos de busca de proteção legal.

A Diretiva 95/46/CE, assim como o RGPD e demais Diretivas europeias, como diplomas que regularam a matéria de forma mais minuciosa, além de trazerem a definição acerca do que são dados pessoais, estabeleceram o que pode ser considerado como uma pessoa identificável, como sendo aquela que pode ser identificada através de um identificador ou através de elementos específicos de sua identidade. No caso de nosso

¹³⁰ Menezes Cordeiro critica a ausência de proteção dos dados pessoais de pessoas coletivas, já que são reconhecidamente titulares de direitos da personalidade. Afirma, contudo, citando jurisprudência do TJUE anterior ao RGPD, que seria admissível a proteção de dados de pessoa coletiva quando diga respeito, direta ou indiretamente, à pessoa singular, como ocorreria no caso em que o nome do sócio conste da denominação da pessoa coletiva. *In*: “Dados Pessoais, Conteúdo, Extensão e Limites”, 2018, pp. 10-11. Alexandre Sousa Pinheiro sustenta, em sentido contrário, que o legislador europeu pretendeu superar a jurisprudência do TJUE (acórdão Volker und Markus Schecke e Eifert, de 9 de novembro de 2010 – processo nº C-92/09), quando elaborou o considerando 14 do RGPD: “A proteção conferida pelo presente regulamento deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. O presente regulamento não abrange o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva.”. “Comentário ao artigo 4º, nº 1”, *In*: *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Lisboa, 2018, pp. 122-123.

¹³¹ V. Considerando 26 do RGPD e Considerando 21 da Diretiva (UE) 2016/680.

interesse, é possível citar como um elemento identificador importante, consistindo em elementos de identidade, os físicos e os genéticos, expressamente relacionados nos diplomas europeus.

No que diz respeito aos elementos genéticos, que não constavam da relação da Diretiva 95/46/CE, figuram como um dos acréscimos expressos na nova legislação europeia, que veio a adaptar a legislação às inovações tecnológicas. Entretanto, a falta de previsão expressa quanto a eles não importava em desconsiderá-los como dados identificadores das pessoas mesmo naquele momento, tendo em vista a natureza meramente exemplificativa da relação estabelecida tanto no RGPD e nas Diretivas que o acompanham, quanto na Diretiva que os antecedeu.

Quando as informações genéticas estão associadas a um nome ou algum outro elemento identificador, como quando é coletado o ADN de pessoas específicas para formação de banco de dados, essa informação pode ser considerada como diretamente identificadora. No caso de dependência de cruzamento com outras informações para obtenção da identificação, como no caso de encontro de material genético de pessoa desconhecida em local de crime, estar-se-á a tratar de informações identificáveis.

2.2) Dados Genéticos como Categoria Especial de Dados Pessoais

A definição de dados pessoais é bastante abrangente e engloba uma série de modalidades de dados que devem ser protegidos. Dentro desse universo, é reconhecida a existência de informações que são dotadas de maior potencialidade lesiva dos direitos dos titulares em relação a outras. Em razão desta particular característica, são eles denominados como dados sensíveis, merecendo uma consideração diferenciada, onde devem estar estabelecidas maiores restrições à permissão do tratamento desses dados em relação aos demais.

Dentro desta espécie, podem ser elencadas algumas categorias de dados pessoais, como os dados “que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, o tratamento de dados genéticos, dados biométricos destinados a identificar uma pessoa singular de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou à ori[entação sexual”¹³². Todas essas

¹³² Cfr. Artigo 10º da Diretiva (UE) 2016/680. No mesmo sentido, artigo 9º, nº 1 do RGPD.

categorias de dados possuem em comum uma característica que as caracterizam como dados sensíveis, que é o risco de o conhecimento acerca deles permitir um tratamento excludente e segregador sobre seus titulares.

Informações acerca de raça, religião, características físicas, doenças, carregam consigo uma carga que muitas vezes é valorada de forma negativa. Quando esses dados se tornam conhecidos, aumenta-se a possibilidade de sujeição do indivíduo a medidas discriminatórias, violadoras de direitos fundamentais¹³³. Por tal razão, as normativas acerca da matéria de proteção de dados, seja em âmbito europeu, seja no Brasil, conferem disposições especiais acerca desses dados.

A principal especificidade relacionada aos dados sensíveis, é a inadmissibilidade do seu tratamento, salvo em algumas hipóteses específicas. No que diz respeito às situações relacionadas a infrações e sanções penais, abarcadas pela Diretiva (UE) 2016/680, ele será admitido quando, cumulativamente, for estritamente necessário, estiver sujeito a garantias adequadas dos direitos fundamentais e, alternativamente, for autorizado pelo direito da União ou Estado-Membro ou, proteja interesses vitais do titular ou, seja relacionado a dados tornados públicos pelo titular (art. 10º).

No caso brasileiro, o fato de a legislação excluir do seu âmbito de abrangência os casos relacionados a segurança pública e investigação e repressão penais (art. 4º, III), não pode servir para que esses dados sejam desprotegidos. Em todos os casos, seja na Europa ou no Brasil, parece que a criação de banco de dados genéticos deve estar autorizada pelo direito local – ou eventualmente comunitário, no caso da Europa – através de legislação específica regulando a matéria.

No que diz respeito ao objeto de interesse deste estudo, os dados sensíveis carecedores de delineamento são os dados genéticos. Eles foram objeto da atenção do legislador europeu que, nas suas recentes legislações, definiu expressamente no que consistem esses tipos de dados. Esse destaque decorreu das novas tecnologias, que permitiram um desenvolvimento acentuado da medicina genética, facilitando a coleta de material e o conhecimento de informações.

O artigo 3º, nº 12 da Diretiva (UE) 2016/680 conceitua os dados genéticos como sendo “dados pessoais, relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de

¹³³ Diversos considerandos das normativas europeias quando tratam dos dados sensíveis se referem a esses riscos. Nesse sentido, V. Considerandos 23, 37 e 38 da Diretiva (UE) 2016/680 e 51 do RGPD.

uma pessoa singular, que dão informações únicas sobre a sua fisiologia ou sobre a sua saúde e que resultam, designadamente, da análise de uma amostra biológica da pessoa singular em causa”. Sua previsão acompanhou o RGPD, que também trouxe, no artigo 4º, nº 13, definição semelhante.

O desenvolvimento científico experimentado nos últimos anos teve na medicina genética um de seus grandes expoentes, permitindo que as informações genéticas tragam uma enorme carga de informações a ela associadas. Através do material genético – a depender da amplitude do material analisado – é possível obter conhecimento acerca das características hereditárias das pessoas, desde questões relacionadas à sua fisionomia pessoal, até informações que dizem respeito à saúde do indivíduo, o que demonstra a especial sensibilidade dessa categoria de dados.

As informações genéticas das pessoas são encontradas através da verificação das moléculas de ADN, que se encontram nas células presentes no organismo humano. Essas moléculas se caracterizam pela presença de cadeias de nucleotídeos compostos pelas bases adenina (A), guanina (G), citosina (C) e timina (T). Esses nucleótidos se organizam em cadeias antiparalelas, onde a A se liga a T e G se liga a C através de pontes de hidrogênio, formando polímeros. Esses polímeros constituem as moléculas de ADN, podendo-se afirmar, assim, que a molécula de ADN é formada por duas cadeias polinucleotídicas¹³⁴.

Essa formação celular é adquirida hereditariamente, sendo constituída através do material genético dos genitores. As informações relativas ao ADN possuem importantes características que garantem sua relevância para a identificação pessoal. Em primeiro lugar, pode ser destacada a universalidade, ou seja, todas as células do corpo de um indivíduo possuem as mesmas informações genéticas. Em segundo lugar, a individualização, que significa que as informações genéticas são exclusivas de uma pessoa específica, somente se repetindo em casos de irmãos gêmeos univitelinos. Por último, a inalterabilidade, consistente na manutenção da integridade da informação genética, sem que seja variável de acordo com o tempo. Assim, cada pessoa possui uma identidade genética exclusiva, ela pode ser extraída de qualquer célula e se mantém imutável por todo o tempo, fatores que permitem a segura identificação do seu titular.

¹³⁴ Para análise mais detalhada acerca da biologia molecular que envolve o ADN, V. Lizabeth A. Allison, *Fundamental Molecular Biology*, Blackwell Publishing, Malden, 2007; Michael Lynch, Simon A. Cole, Ruth McNally, Kathleen Jordan, *Truth Machine: The Contentious History of DNA Fingerprinting*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2008, pp. 24-38.

São obtidas através da análise de material biológico extraído das pessoas, que pode ser originado de diversos tipos de amostras biológicas, como a saliva, o sangue, a pele, os pelos e o sêmen. As informações decorrentes desse material estão expressamente previstas como constituindo o que se entende como dados genéticos na Diretiva (UE) 2016/680 e pelo RGPD. Já no que diz respeito à amostra biológica considerada por si própria, o conceito estabelecido pelos diplomas europeus não a abrange, uma vez que definem os dados genéticos como o resultado da análise dessa amostra biológica.

Em verdade, realmente se tratam de coisas distintas, o que pode ser verificado através da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, que define de forma separada o que se caracterizam como dados genéticos humanos (art. 2º, i) e o que constituem as amostras biológicas (art. 2º, iv). Tal documento expressa que os dados genéticos são as informações das características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise dos ácidos nucleicos ou outras análises, enquanto a amostra é o material biológico onde se encontram tais informações.

Estabelecida tal diferenciação, seria possível cogitar quanto à caracterização destas amostras como dados biométricos, o que as colocaria na mesma condição de dados sensíveis dos dados genéticos. Contudo, o que se considera como dados pessoais são as informações, não o objeto material considerado por si próprio. As amostras biológicas não podem ser consideradas dados pessoais pois, por si sós, não permitem a identificação da pessoa. A imagem corporal de uma pessoa, por exemplo, permite a identificação da pessoa através da observação daquele material e, por isso, pode ser considerada como dado biométrico. Contudo, quando se trata de um fio de cabelo, sêmen, saliva, o próprio dedo onde estejam presentes impressões digitais, tais materiais corporais não são capazes de permitir, sem uma análise laboratorial, a identificação da pessoa, constituindo fontes para a obtenção dos dados¹³⁵. Dessa forma, somente o resultado desta análise, a informação que é obtida a partir destas amostras, pode ser caracterizada como dado pessoal, mais precisamente, como dado genético¹³⁶.

¹³⁵ Nesse sentido, Parecer nº 4/2007 do Grupo de Trabalho do art. 29º: “As amostras de tecidos humanos (tal como uma amostra de sangue) são fontes de que se podem extrair dados biométricos, mas não são em si dados biométricos (tal como, por exemplo, um padrão de impressões é um dado biométrico mas o próprio dedo não o é). Como tal, a extracção de informação das amostras é uma recolha de dados pessoais à qual são aplicáveis regras da Directiva. A recolha, armazenamento e utilização das próprias amostras de tecido poderão ser sujeitas a regras separadas.”.

¹³⁶ Para Tatiana Duarte, a amostra biológica também deve ser considerada como dado genético, em virtude das consequências práticas que podem redundar da sua exclusão do conceito. Afirma a autora, por exemplo, que uma recolha ilícita da amostra por ausência de consentimento deixaria um vazio na

Em atendimento à diferenciação estabelecida entre análise biológica e dados genéticos, reconhecida nos diplomas citados, não se pode considerar estarem aqueles inseridos nesta conceituação¹³⁷. Não obstante, diante da reconhecida importância de proteção das amostras biológicas, devem as legislações que tratam sobre a matéria estabelecer regramentos que não permitam uma utilização deste material em violação aos direitos fundamentais do seu titular.

2.3) Princípios

Os princípios se caracterizam como as normas que regem a disciplina da proteção de dados pessoais, irradiando efeitos por todo seu sistema. A partir deles são estabelecidos e desenvolvidos todos os regramentos referentes aos institutos que compõem a proteção de dados, razão pela qual consistem nos principais dogmas que decorrem do direito à autodeterminação informacional. Sua importância especial também faz com que sirvam como referência para a aplicação adequada das normas pelos operadores do direito, sempre de acordo com as exigências decorrentes do sistema da proteção de dados¹³⁸.

De acordo com o Considerando 2 da Diretiva (UE) 2016/680, esta se destina à busca da “realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça”. Os princípios são

proteção dos direitos do titular quanto ao momento da recolha, bem como que poderia gerar uma distorção entre a proteção da amostra e a do perfil que através dela é obtido. *In*: “Comentário ao artigo 4º, nº 13”, *In: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Lisboa, 2018, pp. 179-180. *Data vénia*, em que pese a louvável preocupação da autora, não parece que a desconsideração das amostras biológicas como dados genéticos impedirá sua proteção, o que se extrai do próprio art. 4º, b, da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Este dispositivo somente conceitua como dados sensíveis os dados genéticos, excluindo a amostra biológica de tal categoria. A referida norma ainda expressa a necessidade de proteção adequada das amostras, mesmo não as caracterizando como dados sensíveis, o que evidencia que sua exclusão de tal classificação não tem por consequência a desproteção da amostra. Ela estará resguardada através de outros direitos fundamentais, como o direito à privacidade, e deverá ser objeto de garantias suficientes. Nesse sentido, não se poderia falar que as amostras estariam desprotegidas em caso de eventual ilicitude na sua recolha, pois, ainda que não garantidas pelo direito à proteção de dados, outros direitos fundamentais cumpririam tal função, o que não levaria, também, a que tivesse proteção inferior à conferida ao perfil genético obtido, mas sim diversa, tendo em vista a diferenciação existente entre cada um dos elementos.

¹³⁷ Em que pese a LGPD brasileira não estabeleça a conceituação quanto ao que são considerados dados genéticos, tendo em vista a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, que evidencia a diferenciação conceitual entre as amostras biológicas e os dados genéticos, bem como a própria conceituação de dados pessoais pela lei brasileira, também sob a égide desta não se caracterizam as amostras biológicas como dados pessoais.

¹³⁸ Cfr. Javier Puyol Montero, “Los principios del derecho a la protección de datos”, *In: Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, p. 136.

elementos essenciais à concretização do programa objetivado através da normatização da proteção de dados pessoais, pois se apresentam como normas dotadas de maior abstração e orientadoras da produção e aplicação das demais normas.

Estão elencados no artigo 4º da Diretiva (UE) 2016/680, que em muito se assemelha ao artigo 5º do RGPD. No caso brasileiro, percebe-se que existe um rol numericamente mais extenso no artigo 6º da LGPD do que nas normativas europeias, mas sem que se trate de verdadeiro acréscimo ou inovação principiológica. Conforme será verificado, os princípios elencados separadamente na legislação brasileira decorrem e estão abrangidos nos que constam do rol previsto na Diretiva (UE) 2016/680, que será o adotado para a abordagem nos subtítulos que seguem.

2.3.1) Licidade, lealdade e transparência

A licitude significa que os dados devem ser tratados de acordo com o que está estabelecido na lei e que atendam aos ditames constitucionais. Em atendimento à licitude, deve ser verificado qual é o fundamento jurídico da proteção de dados e, nesse ponto, se apresenta uma das grandes distinções entre o regime do RGPD e o da Diretiva (UE) 2016/680. Enquanto no regramento dirigido às atividades civis o principal fundamento jurídico para o tratamento de dados é o consentimento – com a previsão de exceções previstas normativamente –, no caso da Diretiva (UE) 2016/680 o fundamento é justamente a previsão legal quanto à necessidade da execução de uma atividade de interesse público para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais¹³⁹.

O princípio da lealdade garante o direito que as pessoas possuem de serem “alertadas para os riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento dos seus dados pessoais e para os meios de que dispõem para exercer os seus direitos relativamente ao tratamento desses dados”¹⁴⁰. Ele se baseia numa ideia de consideração com os titulares dos dados, atribuindo-lhes uma posição de primordialidade no que diz respeito aos dados que lhes pertencem. Em razão disso, diversos direitos consagrados na legislação de proteção de dados, em especial aqueles que conferem uma posição proativa do titular dos

¹³⁹ V. Considerando 35 da Diretiva (UE) 2016/680 e Considerando 40 do RGPD.

¹⁴⁰ V. Considerando 26 da Diretiva (UE) 2016/680, que acrescenta que a lealdade não se limita a conferir o direito a um tribunal imparcial.

dados, podem ser considerados como uma decorrência desse princípio, como são os casos dos direitos de acesso e retificação¹⁴¹.

A licitude e a lealdade também podem ser identificadas com a proibição de tratamento de dados com fins discriminatórios. Esta forma de proceder por parte do responsável estará em desacordo com os ditames legais, bem como com a obrigação de respeito ao titular dos dados, sendo absolutamente vedada. A não discriminação é um dos princípios expressos na legislação brasileira¹⁴² que, apesar de não constar expressamente na legislação europeia, pode ser depreendido dos princípios que nela são manifestados.

No que diz respeito ao princípio da transparência, destaca-se que ele não consta expressamente da alínea “a” do nº 1 do artigo 4º da Diretiva (UE) 2016/680, apesar de estar previsto alínea “a” do nº 1 do artigo 5º do RGPD. Entretanto, o Considerando nº 26 da Diretiva (UE) 2016/680 estabelece que “o tratamento de dados pessoais tem de ser feito de forma lícita, leal e transparente para com as pessoas singulares em causa, e exclusivamente para os efeitos específicos previstos na lei”, complementado com a permissão do exercício de atividades encobertas e de videovigilância.

É possível considerar a existência de uma transparência mitigada como princípio orientador do tratamento de dados pessoais para finalidades de prevenção e repressão criminais, tendo em vista que há uma série de atividades praticadas com este objetivo que justificam a restrição da transparência. Diversas medidas estatais com esses objetivos não devem ser expostas, sob pena de perda completa da possibilidade de alcançar os resultados pretendidos. No que diz respeito à criação de bancos de dados bioinformacionais a transparência deve ser adotada como regra geral, não se justificando, como regra, o sigilo para o tratamento desses dados.

2.3.2) Limitação das finalidades

Este é um princípio elementar dentro da disciplina desenvolvida quanto à proteção de dados pessoais, se caracterizando como um verdadeiro pilar desse sistema. Desde a Convenção 108 do Conselho da Europa e as Diretrizes da OCDE, o princípio da limitação das finalidades sempre foi consagrado como um importante vetor da proteção de dados

¹⁴¹ V. Considerando 42 da Diretiva (UE) 2016/680.

¹⁴² V. Artigo 6º, IX, da Lei nº 13.709/18.

personais, o que foi acompanhado pela Diretiva 95/46/CE e, posteriormente, pelo RGPD e pela Diretiva (UE) 2016/680, o que demonstra sua essencialidade para a dogmática da proteção de dados pessoais.

A redação presente nos diplomas legais vigentes atualmente no continente europeu seguiu o que já estava previsto na Diretiva anterior, com a determinação de que os dados pessoais são “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e não tratados de uma forma incompatível com essas finalidades” (art. 4º, 1, b, da Diretiva (UE) 2016/680 e art. 5º, 1, b, do RGPD). De acordo com ela, é possível observar a presença de dois elementos fundamentais no princípio, que são a determinação da finalidade e a utilização compatível.

A determinação da finalidade se propõe a dar conhecimento ao titular acerca do objeto do tratamento dos seus dados, impedindo que exista um desvio quanto à execução da medida. Serve como um elemento de valor em honrar expectativas do titular de que seus dados serão tratados de acordo com o que é por ele previsível, o que se caracteriza como um meio de promoção da confiança e da certeza jurídica¹⁴³.

Em virtude desses objetivos inerentes ao princípio, e em conformidade com a redação dos dispositivos legais, o momento da determinação das finalidades não deverá ser, em geral, posterior à recolha dos dados. Assim, devem estar determinadas, ser explícitas e suficientemente claras as finalidades do tratamento antes ou no próprio momento da recolha dos dados.

O tratamento de dados realizado especificamente para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, tendo em vista se tratar de uma restrição a direito fundamental operada por autoridades públicas, deve estar fundado no direito da União ou dos Estados-Membros, onde devem estar especificadas as finalidades do tratamento¹⁴⁴. A existência de normativas com a finalidade concretiza o atendimento às exigências anteriores, de estabelecimento prévio e garantia de certeza jurídica a tutelar a confiança.

Pode-se perceber na determinação da finalidade uma estreita ligação com o princípio da transparência. A existência de finalidades explícitas estabelecidas significa a atribuição de conhecimento ao titular dos dados quanto à destinação dos seus dados, o que

¹⁴³ Cfr. Parecer nº 3/2013 do Grupo de Trabalho do art. 29º.

¹⁴⁴ V. artigo 8º da Diretiva (UE) 2016/680.

não deve interferir na possibilidade de realização de ações encobertas, em virtude da natureza criminal da matéria, desde que legalmente permitidas.

Em atendimento ao princípio, via de regra, os dados devem ser utilizados para as finalidades para as quais foram recolhidos. Entretanto, há possibilidade de que seu uso não se limite a tais finalidades, podendo ser utilizados quando haja compatibilidade entre a finalidade anteriormente determinada e o tratamento que se pretende realizar posteriormente. Isso permite que sejam superadas situações que não foram percebidas no momento da recolha, mas que são relevantes e conciliáveis com as finalidades originalmente concebidas, bem como que o tratamento de dados não fique engessado diante de algumas evoluções sociais e legislativas.

Devido à abstração do conceito, difícil é determinar o que se caracteriza como finalidade compatível com a originária, se apresentando alguns fatores como relevantes para a decisão. Um primeiro fator é a proximidade entre a finalidade primária e a subsequente. Um segundo, é o contexto em que ocorreu a recolha e a expectativa das pessoas quanto à utilização posterior. Um terceiro, é referente à natureza dos dados e o impacto que o tratamento posterior pode causar. Por último, devem ser verificadas as garantias fornecidas pelo responsável para que o tratamento seja leal e impedir impactos indevidos às pessoas¹⁴⁵.

No caso dos dados tratados para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, as alíneas do artigo 4º, nº 2 já indicam requisitos expressos, que são a autorização legal para o responsável tratar os dados com essa nova finalidade e que seja necessário e proporcionado o tratamento para a nova finalidade. Especialmente dentro da proporcionalidade expressa na alínea “b” do mencionado artigo, podem ser considerados os fatores mencionados supra.

2.3.3) Minimização dos dados

De acordo com o artigo 4º, nº 1, c, da Diretiva (UE) 2016/680, com redação semelhante à do artigo 5º, nº 1, c, do RGPD, os dados pessoais devem ser “adequados, pertinentes e limitados ao mínimo necessário relativamente às finalidades para as quais são

¹⁴⁵ Cfr. Parecer nº 3/2013 do Grupo de Trabalho do art. 29º.

tratados”. O princípio da minimização dos dados previsto no direito europeu condensa o que foi distribuído em dois princípios na legislação brasileira, o princípio da adequação e o princípio da necessidade, elencados no artigo 6º, incisos II e III, da LGPD, respectivamente.

Estabelecida a finalidade para a qual os dados serão tratados, somente devem ser captados e tratados os dados que sejam adequados à perseguição daquela finalidade. Os meios escolhidos devem ser apropriados para atingirem os objetivos que são pretendidos. Deve existir uma lógica de pertinência entre os dados e as finalidades, não sendo admissível o tratamento de dados incongruente com elas. Existente a pertinência entre os dados e as finalidades, deve ser verificado, também, se as estas podem ser alcançadas através de outros meios que afetem os direitos fundamentais de forma razoavelmente menos gravosa.

O tratamento dos dados pessoais somente será legítimo se atender a estes requisitos. Ao mesmo tempo em que o desenvolvimento dos recursos tecnológicos serviu como uma forma de ameaça ao direito, ante a maior facilidade na obtenção e difusão das informações, ele possibilita o aperfeiçoamento da atividade, auxiliando na eficiência quanto à delimitação dos dados a serem tratados. Nesse sentido, se relaciona com os institutos do *privacy by design* e *privacy by default*, permitindo que os meios técnicos utilizados reduzam os riscos de eventual recolha fortuita de dados que não tenham relação com as finalidades pretendidas ou sejam aplicadas técnicas que impeçam a realização de correlação entre os dados e o titular.

2.3.4) Exatidão

O princípio da exatidão significa que os dados pessoais referentes aos titulares que estão sujeitos ao tratamento devem estar corretamente descritos, sem a existência de inexatidões ou erros, e devidamente atualizados, evitando sua defasagem em decorrência do tempo transcorrido. Cabe ao responsável pelo tratamento cuidar para que os dados coletados estejam perfeitamente relatados, de modo claro e inteligível. Caso assim não se encontrem, tendo em vista a essência do direito fundamental à autodeterminação informacional, onde é conferido ao titular dos dados o controle acerca dos seus dados, terá o titular o direito a postular a retificação e o apagamento dos dados inexatos.

2.3.5) Limitação da conservação

A redação do artigo 4º, nº 1, e, da Diretiva (UE) 2016/680 dispõe que os dados são “conservados de forma a permitir a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados”. Da conceituação legal, pode-se depreender a estreita relação que a limitação da conservação tem com a finalidade, somente podendo ocorrer a manutenção dos dados enquanto estiver funcionalizado de acordo com a finalidade estabelecida.

As legislações devem estabelecer prazos para o apagamento ou para avaliação quanto à necessidade de preservação dos dados. Há dados que são recolhidos para finalidades mais imediatas, que justificam o apagamento em prazo mais breve. Outras finalidades para a recolha dos dados pessoais, entretanto, são mais duradouras, sendo justificável seu prolongamento por períodos mais longos, em razão de ainda estarem atendendo ao objetivo para o qual foram tratados.

2.3.6) Integridade e confidencialidade

Segundo este princípio, os dados devem ser “tratados de uma forma que garanta a sua segurança adequada, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidentais, recorrendo a medidas técnicas ou organizativas adequadas” (art. 4º, nº 1, f, da Diretiva (UE) 2016/680). Para garantir o atendimento aos princípios anteriormente descritos, como o da licitude, da lealdade e, em especial, o da finalidade, o responsável pelo tratamento de dados deve adotar medidas de segurança para prevenir a ocorrência de violação do direito do titular.

Essas medidas servem para permitir que os dados permaneçam íntegros, evitando que sejam indevidamente manipulados ou alterados. A conservação da higidez da informação é um pressuposto básico do respeito ao direito à proteção dos dados pessoais, uma vez que a modificação indevida dos dados pode trazer enormes interferências nos direitos fundamentais do titular.

Ainda que atendido o pressuposto de manutenção da integridade dos dados, o conhecimento acerca deles por parte de terceiros também deve sofrer restrições. Dessa

forma, os dados somente devem estar à disposição de quem possua a atribuição de realizar o tratamento para as finalidades informadas. Isso evita que exista uma quantidade desnecessária de pessoas a terem contato com as informações, o que minimiza os riscos de ocorrência de desvios de finalidade do tratamento.

Ademais, em algumas situações a depender da espécie de dados que estão sob tratamento, essa limitação de acesso servirá para proteger aspectos mais íntimos da privacidade do titular dos dados. Caso se trate de informação de natureza privada, a restrição ao número de pessoas que possam ter conhecimento sobre ela confere maior garantia de que seja resguardada a individualidade do titular dos dados. Portanto, é importante para o atendimento a este princípio, a adoção de regras rígidas de acesso e utilização dos dados, com o auxílio de técnicas que atribuam uma segurança elevada aos dados pessoais¹⁴⁶.

2.3.7) Responsabilidade

O desenvolvimento da matéria referente à proteção de dados pessoais se deu como forma de possibilitar a circulação dos dados com a preservação dos direitos individuais do seu titular. Quando um terceiro tem sob sua posse os dados de uma pessoa, deve ele zelar para que esses dados sejam tratados de forma adequada, seja quanto à sua conservação como em relação à sua utilização.

Diversas são as obrigações que o responsável pelo tratamento dos dados deve cumprir para assegurar o respeito aos direitos do titular, em especial o atendimento aos demais princípios expressos. Deve ele adotar medidas eficazes para manter um nível adequado de segurança aos dados pessoais que estão sob sua responsabilidade. Além da preservação dos direitos através de um tratamento dos dados realizado de forma correta, o responsável deve possuir uma organização que permita ao titular exercer de forma proativa seu direito fundamental à autodeterminação informacional, notadamente com meios que lhe garantam acesso regular aos dados.

Não somente a adoção dessas medidas que resguardam os direitos do titular é uma incumbência do responsável pelo tratamento, como também proceder à sua demonstração

¹⁴⁶ V. Considerando 28 da Diretiva (UE) 2016/680.

quando assim lhe for solicitado, seja ao titular, seja à autoridade competente. Quando a autoridade de controle, que possui a atribuição de exercer a fiscalização quanto ao tratamento regular dos dados, realizar alguma inspeção ou verificação acerca de como estão sendo tratados os dados, o responsável deverá estar com todos os meios estruturados de forma a viabilizar a fiscalização. O responsável tem a obrigação não somente de resguardar os direitos do titular dos dados, como de demonstrar perante a autoridade competente que o está fazendo de forma adequada.

Consideradas tais circunstâncias, o responsável poderá ser sancionado a reparações diretas ao titular dos dados que tenha seus direitos lesados, como também poderá sofrer punições impostas administrativamente como forma de dissuadir aquele que procedeu de forma a violar as regras protetoras dos dados pessoais¹⁴⁷.

2.4) Fundamentos do tratamento de dados

Caracterizado o tratamento de dados pessoais como uma restrição a direito fundamental, importante que sejam estabelecidos quais os fundamentos jurídicos que o sustenta. Quando se trata de relações de natureza civil entre particulares ou entre um particular e a administração pública, o consentimento do titular dos dados se apresenta, em regra, como uma exigência para que ocorra o tratamento. Pode-se dizer que o tratamento de dados pessoais para finalidades diversas das criminais possui no consentimento seu principal fundamento.

Não obstante, pode ser o consentimento dispensado em algumas circunstâncias relacionadas a especificidades das finalidades do tratamento dos dados. São os casos de algumas situações negociais que envolvem o titular dos dados onde o tratamento seja essencial para sua consecução, situações de interesse público com importância destacada, bem como os relacionados à saúde do próprio indivíduo ou de terceiro.

No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais com finalidades criminais, diante da evidente circunstância de existência de um interesse público relevante e da sua repercussão na esfera dos direitos individuais, o consentimento deixa de ser o principal fundamento jurídico legitimador deste tratamento. Tendo em vista que se está a cuidar de

¹⁴⁷ V. Considerando 88 e artigos 56º e 57º, todos da Diretiva (UE) 2016/680.

dados a serem tratados pelas autoridades públicas visando a prevenção e repressão da criminalidade, a previsão quanto à recolha e tratamento dos dados pessoais deve estar, como regra, estabelecida em lei.

Especialmente quando se refere aos dados considerados sensíveis, o artigo 10º da Diretiva (UE) 2016/680 estabelece que esses dados somente devem ser tratados quando for estritamente necessário, estiver sujeito a garantias adequadas dos direitos e liberdades e, alternativamente, estiver previsto em legislação, visar proteger interesses vitais do titular ou outrem, ou se relacionar com dados manifestamente tornados públicos pelo titular. Aqueles dos quais se está a abordar neste trabalho, se enquadram na primeira categoria, ou seja, devem estar previstos pelo direito, que estabelecerá uma obrigação de fornecimento dos dados pessoais.

A existência de previsão legal referente a uma obrigação de fornecimento de dados pessoais não exclui a possibilidade da existência de hipóteses em que seja permitido ao titular dos dados fornecê-los de forma consentida. Tal circunstância pode ser verificada, por exemplo, nos casos das pessoas que lidam com as amostras biológicas recolhidas para que o objeto de sua análise integre bases de dados de ADN. Por motivo de segurança, é comum haver previsão legal no sentido de que os sujeitos que as manipulem também tenha seus dados genéticos recolhidos para eventual confrontação. É uma obrigação que recai sobre um funcionário, mas dentro de uma esfera de consentimento dele, pois pode optar por não exercer tal trabalho. Esse consentimento, contudo, não poderá ser considerado como o fundamento jurídico do tratamento dos dados, que continua sendo a existência de uma obrigação decorrente da lei¹⁴⁸.

Há situações, ainda, em que existe previsão de utilização de meios coercivos a serem empregados para a recolha dos dados em caso de recusa do titular. Nesses casos, a ausência de resistência por parte do titular para fornecê-los não significa que tenha existido um consentimento livre¹⁴⁹, ante a inexistência de liberdade de escolha, de onde se depreende que o fundamento jurídico também será a existência de lei¹⁵⁰.

¹⁴⁸ V. Considerando 37 da Diretiva (UE) 2016/680.

¹⁴⁹ No caso específico do banco de dados de ADN, a questão da dispensa do consentimento é objeto de intensas divergências. Além dos aspectos de restrição ao direito à autodeterminação informacional e da própria privacidade, esta hipótese possui como questão adicional a discussão quanto à eventual violação ao direito à não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Essa divergência será objeto de abordagem mais aprofundada no capítulo referente aos bancos de dados de ADN (item xxxxxx).

¹⁵⁰ V. Considerando 35 da Diretiva (UE) 2016/680.

2.5) Direitos do Titular dos Dados

Como forma de preservação do direito à autodeterminação informacional, ao titular dos dados é conferida uma gama de direitos decorrentes da proteção de dados pessoais. O primeiro deles é um direito que se caracteriza como um pressuposto para o exercício dos demais, que é o direito à informação. Sem que o titular dos dados possua informações sobre aspectos do tratamento que a eles é destinado, não lhe é possível exercer os demais direitos que lhe são correlatos, consistentes no direito ao acesso aos dados, à retificação e ao apagamento, e à limitação do tratamento.

Cumpra observar que o direito de informação não deve ser misturado com o consentimento, já que se apresentam como institutos diversos. O direito de informação se caracteriza como uma posição jurídica conferida ao titular dos dados, independentemente do fundamento de legitimidade do tratamento, que pode ser o consentimento ou mesmo uma obrigação legal¹⁵¹. Por este motivo, é plenamente compatível com as finalidades de prevenção e repressão de delitos, cujo fundamento é a lei, a garantia do direito à informação do titular dos dados.

Não se pode olvidar, entretanto, que, em virtude da natureza da finalidade pretendida, é possível que seja necessário para garantir o interesse público e conferir alguma utilidade e efetividade do tratamento para os fins intencionados, o estabelecimento de restrições ao direito de informação. No que diz respeito à utilização da bioinformação para criação de bancos de dados, seja genético ou biométrico, não parece se justificar a atribuição de caráter sigiloso, devendo haver ciência do titular dos dados a respeito do seu tratamento.

É possível citar como informações relevantes neste caso, tendo por base o artigo 13º da Diretiva (UE) 2016/680, aquelas quanto a quem está a tratar os dados (nº 1, “a” e “b”), finalidades e fundamento jurídico do tratamento (nº 1, “c”, e nº 2, “a”), existência de direitos conexos (nº 1, “d” e “e”), prazos de conservação (nº 2, “b”) e destinatários dos

¹⁵¹ Cfr. Alexandre Sousa Pinheiro, “Comentário ao artigo 13º”, *In: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Lisboa, 2018, p. 349.

dados (nº 2, “c”). Nota-se que são informações acessórias, não relacionadas aos dados em si considerados, mas a formalidades do tratamento.

Contudo, o conhecimento de informações por parte do titular não se restringe ao momento em que é iniciado o tratamento. Em qualquer instante, tem ele o direito de que seja confirmado se seus dados estão a ser tratados, saber a respeito da qualidade dos dados propriamente ditos, bem como obter novamente aquelas informações acessórias que devem ser fornecidas inicialmente. Essa faculdade disponibilizada ao titular dos dados é uma decorrência do direito de acesso, que visa dar efetividade à essência do direito fundamental à autodeterminação informacional, que é conferir ao titular dos dados a possibilidade de possuir controle quanto ao tratamento. Naturalmente, da mesma forma que ocorre com o direito à informação, o direito de acesso pode sofrer limitações de acordo com a necessidade, obedecidos critérios proporcionais, considerando a existência de outros bens jurídicos que merecem também a devida tutela.

Funciona o direito de acesso como um direito instrumental em relação aos direitos de retificação e apagamento, e à limitação do tratamento, razão pela qual a ele deve ser dada concretude que permita ao titular dos dados possuir conhecimento sobre o tratamento, para que seja possível observar se estão sendo cumpridas as exigências legais¹⁵².

Os direitos de retificação, apagamento e limitação do tratamento estão relacionados também com princípios da proteção de dados, em especial o da exatidão dos dados. No caso de os dados referentes ao titular possuírem alguma inexatidão fática, poderá ele exigir que sejam retificados, corrigindo o equívoco apresentado. Quando houver a constatação de que o tratamento dos dados não obedece aos ditames estabelecidos pelos regramentos da proteção de dados pessoais, o titular terá direito a que sejam apagados os dados. Caso existam razões que determinem não ser adequado o apagamento dos dados inexatos ou não seja possível apurar a alegada inexatidão, deverão os dados ter seu tratamento limitado, de forma a atender somente às finalidades que ensejaram sua manutenção.

¹⁵² Cfr. Hernández Corchete, “Transparencia en la información al interesado del tratamiento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos”, *In: Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, p. 223.

2.6) *Privacy by design e Privacy by default*

O tratamento dos dados pessoais envolve uma cadeia com diversos procedimentos a serem adotados, onde a finalidade almejada deve ser aliada à preservação dos direitos do titular dos dados. Antes mesmo do efetivo tratamento, quando do planejamento realizado sobre ele, deve o responsável adotar medidas técnicas e organizacionais que o possibilitem exercer a atividade com obediência às responsabilidades que lhe são impostas quanto à proteção de dados pessoais.

A preservação dos direitos do titular dos dados não deve estar sob dependência exclusiva da regulação sobre a atividade desenvolvida. Ela deve constituir uma premissa organizativa por parte do responsável, que, já no planejamento quanto aos meios a serem adotados para realizar o tratamento dos dados pessoais, tem que observar a forma de melhor preservar a privacidade e a autodeterminação informacional do indivíduo, em especial quando se trate de categorias especiais de dados. O reconhecimento quanto à necessidade da adoção dessas medidas ainda em momento prévio ao tratamento de dados é o que se denomina de *privacy by design*, ou privacidade desde a concepção.

Para densificar o instituto, Ann Cavoukian desenvolveu sete princípios fundamentais prestigiados no meio acadêmico, quais sejam¹⁵³:

- 1) caráter preventivo, não corretivo – há antecipação de ação diante dos riscos, não se aguardando sua concretização para posterior adoção de providência;
- 2) privacidade como configuração preestabelecida – busca do maior grau de privacidade, independentemente de alguma ação por parte do indivíduo;
- 3) privacidade integrada ao projeto – privacidade está inserida na arquitetura do sistema, consistindo em elemento essencial da funcionalidade, sem que a reduza;
- 4) funcionalidade total – busca de conciliação de todos os interesses, sem criação de dicotomias, sendo todos preservados (com especial menção à relação entre privacidade e segurança);
- 5) segurança de ponta a ponta – durante todo o ciclo de vida dos dados devem ser adotadas fortes medidas de segurança, desde sua conservação até sua destruição;

¹⁵³ Ann Cavoukian, *Privacy by Design: The 7 Foundational Principles*, 2009.

- 6) visibilidade e transparência – busca de que a atividade seja exercida de acordo com as promessas e objetivos estabelecidos, através da transparência e controle;
- 7) respeito pela privacidade do indivíduo – devem ser adotadas medidas para que os interesses dos indivíduos estejam resguardados.

O princípio do *privacy by design* tem como característica marcante o fato de determinar que o responsável avalie os riscos previamente ao tratamento dos dados pessoais e adote medidas que assegurem que eles não se materializem¹⁵⁴. Para tanto, devem ser considerados diversos fatores, a serem ponderados, como as “técnicas mais avançadas e os custos da sua aplicação e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento, bem como os riscos de probabilidade e gravidade variáveis que representa para os direitos e liberdades das pessoas singulares” (art. 20º, nº 1, da Diretiva (UE) 2016/680).

Aspecto importante da *privacy by design* como adoção de medidas técnicas e organizativas para a efetiva da proteção dos dados pessoais, desde a concepção, é o da *accountability*, que está bem delineado no item 6 dos princípios específicos acima destacados. O responsável pelo tratamento deve demonstrar estar em conformidade com a obrigação de proteção dos dados, o que acaba por estimular a adoção de avaliações de impacto sobre os direitos fundamentais e de auditorias quanto ao respeito a estes direitos, gerando maior equilíbrio nestas relações¹⁵⁵.

Necessário compreender que a adoção de medidas técnicas e organizativas que visam garantir a observância dos princípios e das obrigações previstas nos regramentos sobre proteção de dados pessoais aparece de forma separada em relação à efetiva concretização deles. Caracteriza-se como uma obrigação de resultado, sendo exigível a

¹⁵⁴ Identificando o *privacy by design* com o princípio da precaução adotado no direito ambiental, onde no momento em que se coloca em funcionamento determinada atividade, deve ter sido realizada uma avaliação de riscos de caráter social, sanitário e ecológico que possam ser potencialmente provocados pela tecnologia implementada, Yves Pouillet *apud* Duaso Calés, “Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto”, *In: Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, p. 301.

¹⁵⁵ Cfr. Peter Hustinx, “Privacy by design: delivering the promises”, *In: Identity in the Information Society*, vol. 3, Issue 2, 2010, Springer, Netherlands, p. 254.

aplicação de medidas adequadas e eficientes para o cumprimento dos referidos princípios e obrigações e proteção dos direitos dos titulares dos dados¹⁵⁶.

Uma das providências de maior relevância para a concretização deste princípio, com expresse destaque na própria Diretiva (UE) 2016/680 (art. 20º, nº 1) é a pseudonimização. De acordo com o art. 3º, nº 5 da referida Diretiva, ela corresponde ao “tratamento de dados pessoais de forma que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico sem recorrer a informações suplementares, desde que essas informações suplementares sejam mantidas separadamente e sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável.”.

O emprego da pseudonimização permite que os dados sejam tratados sem que haja o conhecimento direto a respeito de identificação do titular dos dados. Os dados identificativos ficam armazenados em separado, dependendo de informações adicionais para estabelecer a correspondência entre os dados em si e as informações de identificação do seu titular, tornando mais complexa essa conexão, o que constitui elemento de reforço à proteção dos direitos do titular.

Ressalte-se que a pseudonimização é caracterizada pela necessidade de que seja possível a identificação posterior do titular dos dados. Em caso de impossibilidade dessa identificação *a posteriori*, tratar-se-á de verdadeira anonimização, circunstância em que os dados deixam de ser considerados dados pessoais, por não constituírem dados de pessoas identificadas ou identificáveis, não sendo objeto da proteção normativa específica. Enquanto a anonimização é imprestável para os fins de criação de bancos de dados bioinformacionais, pois estes se prestam exatamente para possibilitar a identificação dos indivíduos, a pseudonimização se apresenta como técnica importante de resguardo dos indivíduos submetidos a estes bancos de dados, minimizando os riscos de violações dos seus direitos.

A *privacy by default* tem por objetivo impedir que, por defeito, os dados pessoais dos indivíduos sejam difundidos de forma exacerbada, em prejuízo dos direitos do titular. Para isso, diversas são as medidas a serem adotadas pelo responsável pelo tratamento dos dados, especialmente para atendimento dos princípios gerais sobre a matéria. Em primeiro

¹⁵⁶ Cfr. Alexandre Sousa Pinheiro e Catarina Pina Gonçalves, “Comentário ao artigo 25º”, *In: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Lisboa, 2018, p. 400.

lugar, deve-se ater ao princípio da minimização dos dados, mediante a recolha da menor quantidade de dados apta a alcançar a finalidade almejada. O tratamento também não deve se distender para além do que é necessário à sua finalidade, o que caracteriza o atendimento ao elemento da utilização compatível, inserido no princípio da limitação das finalidades.

Outros princípios de destaque que devem ser observados pelo responsável para garantia de que, no decorrer do tratamento dos dados, por defeito, não haverá disponibilização destes sem a existência de intervenção humana a um número indeterminado de pessoas, são o da limitação da conservação e da confidencialidade, impedindo acesso irrestrito aos dados sob tratamento.

2.7) Registro

Constitui obrigação do responsável pelo tratamento proceder ao registo deste, onde devem constar diversas informações e ele relacionadas. A elaboração do registo configura-se como uma forma de o responsável pelo tratamento possuir um controle adequado sobre os diversos aspectos que envolvem o tratamento de dados, desde informações a respeito de sua relação com os dados, como das finalidades do tratamento, conservação, destinação, dentre outros.

O registo se apresenta como um corolário dos princípios da exatidão e da responsabilidade. A existência do registo adequado consiste em pressuposto para o adequado exercício do direito ao acesso dos dados. Quando o titular dos dados pretende ter acesso ao tratamento dos seus dados, é primordial que eles estejam registados, para que sejam por ele compreensíveis as informações, sem o quê não há verdadeira efetividade do seu direito.

Da mesma forma, o registo é essencial para que seja viabilizada fiscalização externa por parte da autoridade de controle, cabendo ao responsável pelo tratamento possuir o registo de tudo que fora realizado para permitir que a autoridade possa aferir se ele está sendo operado de forma lícita. A devida organização e sistematização das informações, inclusive as acessórias, possibilita à autoridade de controle ter o conhecimento acerca de todos os aspectos que envolvem o tratamento dos dados pessoais. Portanto, estão incluídas nas obrigações do responsável não somente as medidas relacionadas à licitude do tratamento, como as relacionadas à demonstração da sua

observância, que tem na elaboração de um registo detalhado e escoreito sua principal medida.

2.8) Segurança do Tratamento

O tratamento dos dados pessoais deve ser realizado tendo como preocupação permanente a garantia de segurança, a fim de evitar violações aos dados pessoais. Eventuais violações são capazes de gerar inúmeros danos ao titular dos dados, sejam materiais ou imateriais. Essas considerações devem ser realizadas pelo responsável pelo tratamento, através de análises de risco que dele possam decorrer.

De acordo com essa análise, exige-se do responsável a adoção de medidas de controle sobre diversos aspectos relacionados ao tratamento dos dados, visando garantir sua segurança, de especial relevância quando se trata de dados sensíveis, como os que são objeto de análise neste trabalho e quando o tratamento dos dados é automatizado. O art. 29º, nº 2, da Diretiva (UE) 2016/680 enumera uma série de tipos de controle que são relevantes na busca da segurança adequada ao tratamento dos dados pessoais, quais sejam:

- 1) controle de acesso ao equipamento – restrição de acesso aos equipamentos do tratamento somente a pessoas autorizadas;
- 2) controle dos suportes de dados – impedir que os suportes de dados sejam lidos, copiados, alterados ou retirados sem autorização;
- 3) controle da conservação – impedir que, sem autorização, sejam introduzidos dados pessoais e seja realizada inspeção, alteração ou apagamento de dados pessoais conservados;
- 4) controle dos utilizadores – impedir que os sistemas de tratamento automatizado sejam utilizados por quem não possua autorização através de equipamento de comunicação de dados;
- 5) controle do acesso aos dados – garantir que as pessoas que tenham autorização para acesso aos dados somente o façam na medida de sua autorização;
- 6) controle da comunicação – garantir que seja possível verificar e estabelecer para quais organismos os dados pessoais foram ou podem ser transmitidos ou disponibilizados, através de equipamento de comunicação de dados;

- 7) controle da introdução – possibilidade de verificação e determinação posterior quanto a quais dados foram introduzidos no sistema de tratamento automatizado, quando e por quem;
- 8) controle do transporte – impedir que os dados possam ser lidos, copiados, alterados ou suprimidos durante as transferências de dados pessoais ou transporte de suporte de dados;
- 9) recuperação – garantir que os sistemas possam ser restaurados em caso de interrupção;
- 10) confiabilidade e integridade – garantir a efetividade das funções do sistema e que suas falhas sejam relatadas, bem como que os dados pessoais conservados não possam ser corrompidos por um mau funcionamento do sistema.

Todas as formas de controle descritas são importantes para garantir a segurança do tratamento, protegendo os dados pessoais. Apresentam-se como medidas técnicas e organizativas de desenvolvimento da atividade, a constituir um verdadeiro processo de segurança dos dados, mediante um conjunto de procedimentos, prévios e durante todo o período de vida dos dados. Estão, assim, diretamente relacionadas com os princípios do *privacy by design* e *privacy by default*.

Assegurar a adoção desses cuidados, quando verificada sua necessidade, de acordo com as análises de risco, significa realizar um tratamento de dados pessoais com a menor margem possível de chance de que ocorra violação aos direitos do titular. Isso confere ao tratamento maior confiabilidade, minimizando crítica sobre eventuais tratamentos de dados que são absolutamente necessários, mas que encontram resistência com fundamento nos perigos decorrentes de eventuais desvios na atividade, o que notadamente ocorre quando se trata da bioinformação.

A preocupação com esse tipo de dado é tão significativa, que mesmo diante da existência do RGPD, que possui aplicabilidade obrigatória e direta para os Estados-membros da União Europeia, a LPD ainda estabeleceu regramentos adicionais a serem aplicados na ordem jurídica portuguesa, dispondo que devem ser regulamentadas as seguintes matérias: a) estabelecimento de permissões de acesso aos dados pessoais diferenciados, em razão da necessidade de conhecer e da segregação de funções; b) Requisitos de autenticação prévia de quem acede; c) Registo eletrónico dos acessos e dos dados acedidos. (artigo 29º, nº 7).

2.9) Transferência

A recolha de dados pessoais é realizada no âmbito dos Estados soberanos, para utilização no âmbito de seu território. Contudo, a internacionalização das relações também encontra reflexo na questão dos dados pessoais, sendo de grande utilidade o compartilhamento desse tipo de informação entre os países. Em observância ao direito à autodeterminação informacional, a transferência desses dados entre países deve ser realizada de forma que não constitua uma ameaça ao titular dos dados.

No âmbito na União Europeia, essa preocupação é explicitada no que diz respeito ao compartilhamentos de dados pessoais para fins de investigação criminal para países que não integram a União, através da Diretiva (UE) 2016/680. O artigo 36º trata da transferência com base em uma decisão de adequação, ou seja, mediante avaliação pela Comissão Europeia quanto ao fato de o país destinatário assegurar níveis de segurança adequados aos dados. Na falta desse tipo de decisão, é possível que os Estados-Membros verifiquem se foram apresentadas garantias adequadas pelo destinatário (artigo 37º). Há, ainda, outras circunstâncias excepcionais que permitem a transferência transfronteiriça, sempre com a preocupação com a segurança dos dados pessoais.

A legislação brasileira, ainda que exclua de sua incidência o tratamento de dados pessoais realizados para fins relacionados à segurança e atividades de investigação, admite a transferência internacional de dados quando “for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional” (art. 33, III). Ainda que estejam em incisos distintos e não haja qualquer menção à necessidade de cumulatividade de requisitos, não parece que seja possível aplicar o inciso III sem que seja atendido, simultaneamente, a previsão que consta do inciso I do mesmo artigo, no sentido de que a transferência internacional é permitida “para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei”.

A análise quanto a uma proteção adequada conferida aos dados pelo destinatário deve ser um requisito obrigatório para que inexista violação ao direito constitucionalmente estabelecido. No que diz respeito ao compartilhamento dos dados genéticos, existem

sistemas internacionais que abrangem diversos países e que são capazes de conferir a segurança que deve ser exigida.

3) UTILIZAÇÃO DA BIOINFORMAÇÃO PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - OS BANCOS DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS

Quando um sujeito pratica um ato delituoso, normalmente busca ocultar sua autoria, a fim de evitar a correspondente punição. Ao Estado cabe desenvolver meios efetivos de apuração de autores de atos criminosos e de localização para sua captura. O conhecimento acerca das informações identificadoras dos indivíduos constitui elemento de enorme importância para conferir efetividade à atividade estatal na procura por elementos que tenham praticado crimes.

Existem situações em que, após a prática do crime, de acordo com suspeita fundada em outros elementos, os atores responsáveis pela persecução criminal vão em busca da recolha de informações corporais que possam corroborar ou eliminar aquela suspeita prévia. Nesses casos, a bioinformação é extraída de um indivíduo em momento posterior à prática do delito e deve seguir as regras de direito processual penal. Antes mesmo da formação de bancos de dados, em especial no caso do ADN, essas informações já eram utilizadas para solução de casos concretos.

Entretanto, essa utilização fracionada não é capaz de resolver os problemas referentes aos crimes onde não existem outros elementos que indiquem qualquer suspeito. A utilização do ADN para descoberta de autoria de delitos sem que exista um banco de dados depende de uma prévia indicação de suspeita, apontada através dos meios tradicionais de investigação, o que não é satisfatório e suficiente, diante do quadro de evolução científica atual.

A formação de bancos de dados contendo essas informações, que previamente à necessidade de sua utilização já poderão estar armazenadas e passíveis de utilização – ou que no momento de sua aquisição poderão servir para interconexão da informação recém obtida com informações relativas a crimes e pendentes de confronto positivo (*cold cases*) –, facilita a identificação e o encontro de delinquentes, o que, por outros meios, não seria possível ou demandaria um trabalho hercúleo.

Sob tal aspecto, há evidências no sentido de que o desenvolvimento de bancos de dados de ADN contribuiu de forma bastante considerável para o controle de criminalidade

e para os resultados do sistema de justiça criminal¹⁵⁷. Tais demonstrações constam de trabalhos científicos, como o assinado por Tegner Anker, Doleac, e Landersø¹⁵⁸. Deve-se ter em conta, ainda, que não somente os crimes violentos são impactados pela utilização do ADN, mas também outros, em especial os crimes patrimoniais¹⁵⁹.

O interesse público em uma ordem de recolha de ADN reside na proteção da sociedade através da detecção, prisão e condenação precoces de criminosos. Além desses, outros objetivos incluem dissuadir potenciais reincidentes, detectar infratores em série, agilizar investigações, resolver “*cold cases*” e proteger os inocentes, eliminando suspeitos e exonerando os condenados erroneamente¹⁶⁰.

Ocorre que, não obstante os benefícios trazidos para o sistema de justiça penal e para o direito à segurança, a formação de bancos de dados dessa natureza traz como consequência necessária a restrição a direitos fundamentais, razão pela qual deve ser bem analisado seu cabimento e quais os seus limites.

Os direitos fundamentais de viés individualista têm sua importância reconhecida especialmente em virtude do propósito de resguardo de posições jurídicas dos indivíduos em face do Estado. Por outro lado, os direitos individuais não podem servir de óbice para que seja buscado o interesse coletivo, ou seja, a tutela do direito de outras pessoas, conjuntamente compreendidas.

Etzioni alerta para o fato de que os liberais contemporâneos tendem a enfatizar os direitos individuais e a autonomia sobre as formulações sociais do bem comum. Isso seria

¹⁵⁷ Cfr. Williams; Wienroth, “Social and ethical aspects of forensic genetics: A critical review”, *Forensic Science Review*, vol. 29 (2), 2017, p. 159.

¹⁵⁸ De acordo com o estudo de Anne Sofie Tegner Anker, Jennifer L. Doleac, e Rasmus Landersø, “The effects of DNA databases on the deterrence and detection of offenders”, 2019, p. 2: “Usando uma grande expansão do banco de dados de DNA da Dinamarca, descobrimos que o registro de DNA reduz a reincidência no ano seguinte em até 43% e aumenta a probabilidade de que os infratores sejam identificados. Assim, estimamos que a elasticidade do crime em relação à probabilidade de detecção seja -2,7, o que implica que uma probabilidade de detecção 1% maior reduz o crime em mais de 2%. Também descobrimos que o registro de DNA torna os infratores mais propensos a encontrar emprego, matricular-se na educação e viver em um ambiente familiar mais estável.”

¹⁵⁹ Sobre os efeitos positivos em crimes patrimoniais, Michael Briody, “The Effects of DNA Evidence on Property Offences in Court”, *In: Current Issues In Criminal Justice*, vol. 17, nº 3, 2006. No Brasil, essa eficácia restou registrada pelo Comitê Gestor do RIBPG, no XII Relatório: Dados estatísticos e resultados - Nov/2019 a Mai/2020, Brasília, 2020, p. 31, que apurou que “conforme os dados coletados, 58% das coincidências envolvendo vestígios estão relacionadas a crimes sexuais e 38% a crimes contra o patrimônio. Já as coincidências entre vestígios e indivíduos cadastrados criminalmente são mais comuns em crimes sexuais (52%) e crimes contra o patrimônio (40%)”.

¹⁶⁰ Cfr. Declarado pela Suprema Corte do Canadá, em *R. v. R.C.*, [2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61 (§§ 22 e 23).

um equívoco, na medida em que não deve haver a prevalência sempre de um ponto de vista, devendo ser encontrado um equilíbrio entre as reivindicações conflitantes¹⁶¹.

É certo que, nos dias atuais, com a influência da tecnologia e o volume maciço de troca de informações, associados à disseminação da utilização das redes sociais, existe um exibicionismo muito maior por parte dos indivíduos. O efeito desse novo contexto é que as dimensões da privacidade têm se alterado, diante de uma maior exposição voluntária por parte dos indivíduos. Contudo, mantém-se a necessidade de que sejam estabelecidas balizas para evitar que ocorra um desequilíbrio entre as necessidades coletivas e o que deve ser individualmente protegido.

No que diz respeito aos dados genéticos, os questionamentos estão atrelados tanto à própria possibilidade de formação dos bancos de dados, quanto às circunstâncias que envolvem o tratamento dos dados. Estando o banco de dados de ADN em conformidade com os parâmetros de juridicidade estabelecidos, as maiores divergências já terão sido dirimidas na discussão quanto à possibilidade ou não de sua formação ou de qual a sua abrangência, restando algumas questões referentes à sua efetiva utilização. Encontrado material genético em locais de crime, corpo de vítimas ou objetos relacionados com o delito, que possam estar relacionados com a autoria delitiva, faz-se a verificação quanto à existência de correspondência do ADN dele extraído com os existentes no banco de dados.

A genética é uma ciência recente, que trouxe grandes transformações no âmbito das investigações criminais. Pesquisas médicas de natureza genética descobriram que, através de materiais biológicos dos indivíduos, é possível extrair informações genéticas que os identificam. Isso ocorre em razão da presença de ADN na grande maioria das células das pessoas, que permite sua individualização em relação às demais.

O estudo da genética constituiu a maior evolução na ciência humana nas últimas décadas. Seu acelerado desenvolvimento permitiu que atingisse um alto nível de conhecimento e precisão. O grau de probabilidade na identificação humana através das análises do ADN pode ser bastante elevado¹⁶².

¹⁶¹ Amitai Etzioni, *Privacy in a Cyber Age: Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, p. 101.

¹⁶² Prieto Solla (et al.), *Interpretando la Genética Forense*, 2019, p. 30, chama atenção para o fato de que o ADN não afirma “sim” ou “não”, apenas estabelecendo probabilidades, que variam de acordo com algumas circunstâncias, em especial o número de marcadores que se consiga obter e a ausência de mistura entre materiais genéticos de duas ou mais pessoas.

A alta potencialidade de identificação conferiu a esse tipo de exame uma considerável importância probatória em matéria criminal, possibilitando correlacionar os indivíduos às cenas dos crimes, bem como afastá-los, com a respectiva exculpação. Além da confiabilidade nos resultados das análises laboratoriais do material genético, outras questões também foram relevantes para que a utilização do ADN se destacasse para fins de investigação criminal.

Uma delas é que o ADN está presente na maioria das células, podendo ser extraído de quase todos os materiais biológicos da pessoa¹⁶³. Isso torna muito mais fácil encontrar vestígios que possibilitem a identificação de um autor de crime quando se estabelece uma comparação com outros métodos de identificação decorrentes do encontro de vestígios.

Em passado não distante, o meio mais confiável para identificação era a datiloscopia, ou seja, a confrontação da impressão digital. Contudo, o encontro de uma digital na cena do crime configura uma hipótese muito mais restrita do que o encontro de todo um universo de materiais biológicos, que podem ser extraídos, inclusive, das marcas de impressão digital.

Outra análise anteriormente utilizada era através da identificação do tipo sanguíneo encontrado. Esta, além de depender do encontro de um material biológico específico, não possibilitava a identificação exata do indivíduo antes do uso do ADN. O conhecimento ficava restrito ao tipo sanguíneo da pessoa, o que ainda deixava um universo grande de pessoas como possíveis autores.

Deve-se destacar que, além do universo de materiais corporais possibilitadores da extração do perfil genético – o que já aumenta muito as chances de recolha de amostras para exame – outro fator de destaque para sua eficácia é que basta o encontro de uma pequena quantidade de ADN para que seja possível a realização do exame e extração da informação genética identificadora¹⁶⁴.

O emprego dessa técnica científica em casos penais já possibilitou inocentar diversos réus que haviam sido condenados anteriormente à sua utilização, bem como

¹⁶³ Idem, p. 10.

¹⁶⁴ As amostras que são recolhidas com pouca quantidade de ADN são chamadas de *Low Copy Number* (LCN). Nesses casos, o material genético é tão baixo que não permite a análise nas mesmas condições aplicadas às amostras consideradas normais. Isso torna necessária a utilização da técnica de *Polymerase Chain Reaction* (PCR), onde as moléculas de ADN encontradas são replicadas até que alcancem um número que permita realizar a identificação. Cfr. Arlindo Marques Lagoa; Maria de Fátima Pinheiro, “Amostras Low Copy Number”, In: *CSI Criminal* (org. Maria de Fátima Pinheiro), Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 60-64.

viabilizou que fossem solucionados inúmeros casos em que, sem o auxílio deste método de identificação, não seria possível atingir uma evolução investigativa eficaz para obtenção do justo resultado¹⁶⁵.

O encontro de vestígios de material biológico em cenas de crimes, em objetos relacionados a crimes ou nas próprias vítimas pode viabilizar a identificação genética do seu autor através do ADN. Este vestígio, cuja identificação se pretende estabelecer, pode ser denominado de amostra-problema. Por outro lado, a amostra que é utilizada como comparativo para proceder à identificação pode ser chamada de amostra-referência¹⁶⁶.

O método laboratorial da identificação através do ADN, quando do início de sua aplicação, foi utilizado para proceder a comparações de maneira direta. Sua aplicação ocorria mediante a verificação da existência de um suspeito, sendo efetuada a comparação entre o seu ADN e o que fora encontrado em razão do crime (amostra-problema). A experiência prática demonstrou que a aplicação da identificação genética através da comparação direta foi bastante exitosa.

A evidência de que a utilização do ADN trazia enorme eficácia para a investigação criminal estimulou a criação de bancos de dados genéticos, que permitissem uma confrontação automática entre as amostras-problema e as amostras-referência. Ou seja, um perfil genético é inserido no banco de dados pode ser automaticamente submetido a confrontação com os já existentes. No caso de haver um “*match*”¹⁶⁷, significa que houve

¹⁶⁵ O primeiro caso de utilização do ADN para ilibar indivíduo anteriormente condenado foi o de Gary Dotson, que havia sido condenado por sequestro e estupro de uma vítima de 16 anos de idade, chamada Cathleen Crowell. Com ajuda de um desenhista, ela teria feito a descrição do criminoso e, após a exibição de algumas fotografias, a vítima apontou Dotson como um dos autores do crime. No Tribunal, a vítima reconheceu o autor e o perito afirmou que foi encontrado material biológico indicativo de sangue B na roupa íntima da vítima, o que correspondia com o sangue do acusado – e que somente se apresenta em cerca de 10% da população branca – e que foram encontrados na vítima fios de cabelo semelhantes ao do acusado. Tal arcabouço probatório levou à condenação de Dotson em 1981. Anos depois, em 1985, Crowell confessou que havia feito sexo consentido com um namorado e criado a história para se livrar do constrangimento de uma gravidez. A partir daí, foram verificadas algumas inconsistências nas análises periciais, mas não houve alteração da condenação, tendo o juízo dado maior credibilidade à alegação de estupro do que à sua posterior retratação. Já em 1988, diante da notícia da utilização da então inovadora técnica da análise de ADN para identificação criminal, foi solicitada a realização do exame para o caso, onde se chegou à conclusão de que o material biológico recolhido nas roupas íntimas de Crowell não era de Dotson, mas de seu ex-namorado. Cfr. Sheldon Krinsky e Tania Simoncelli, *Genetic Justice: DNA Data Banks, Criminal Investigations, and Civil Liberties*, Columbia University Press, New York, 2011, pp. 126-129.

¹⁶⁶ Denominações utilizadas pelo artigo 2º, alíneas “c” e “d”, da Lei portuguesa nº 5/2008, de 12 de fevereiro.

¹⁶⁷ Conforme destacado pelo ENFSI DNA Working Group, *DNA Database Management: Review and Recommendations*, abril de 2017, p. 22, nos EUA costuma ser feita diferenciação entre os termos “*match*” e “*hit*”. O primeiro usado quando dois perfis de ADN no banco de dados corresponderem um ao outro,

um resultado positivo na comparação entre amostra-problema e amostra-referência. Assim, durante a década de 90 começaram a ser desenvolvidos os bancos de dados de ADN, sendo Reino Unido e Estados Unidos precursores na sua implementação¹⁶⁸.

No âmbito europeu, a criação das bases de dados de ADN foi fomentada através da Resolução do Conselho da UE 97/C 193/02, de 09 de junho de 1997, que convidou os Estados-membros a considerarem a possibilidade de sua criação, incentivando a implementação. O que se pode extrair como conclusão quanto ao posicionamento deste importante órgão é que, realizada uma ponderação entre os princípios em colisão, o resultado obtido é no sentido de ser legítima e recomendável a criação dos bancos de dados de ADN, ainda que tenha se preocupado em ressaltar a necessidade de observância de garantia da integridade física (item III, 1).

Ainda antes desta data, em 10 de fevereiro de 1992, já havia sido publicada a Recomendação nº R (92) 1, de 10.2.1992, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que estabeleceu princípios referentes à recolha e uso de DNA para fins de investigação criminal, reconhecendo que a luta contra o crime demanda métodos modernos e efetivos e que as análises de DNA são importantes para o sistema de justiça criminal.

O Conselho da Europa, órgão continental representativo de algumas das mais importantes democracias mundiais, asseverou a relevância da criação das bases de dados de ADN para o funcionamento do sistema de combate à criminalidade. Os prestigiados documentos europeus destacam a necessidade de que sejam elas implementadas, sempre com a preocupação quanto ao estabelecimento de regras que preservem os direitos individuais.

As últimas décadas foram marcadas pela demanda por uma maior atenção dos Estados na preservação do direito à segurança, diante de um contexto de crescimento da criminalidade organizada e violenta. A utilização de meios científicos mais modernos para a apuração de crimes foi um dos grandes avanços nessa área, consistindo a utilização do ADN no maior deles.

enquanto o segundo é usado no caso em que uma correspondência for confirmada por um especialista em ADN. Esta estudo não fará distinção entre as terminologias, conforme sugerido pela ENFSI.

¹⁶⁸ A NDNAD (base de dados do Reino Unido – Inglaterra e País de Gales) foi a primeira a ser criada no mundo, em 10 de abril de 1995. Cfr. Michael Lynch; Simon A. Cole; Ruth McNally; Kathleen Jordan, *Truth machine...*, p. 142.

Este é um movimento que se dissipa universalmente. Diversos países já implementaram suas bases de dados de ADN, com destaque para os Estados Unidos e os principais países do continente europeu¹⁶⁹. No Brasil, embora haja legislação dispendo sobre a matéria desde 2012, o banco de dados ainda não encontram desenvolvimento satisfatório.

Portugal, que possui lei datada de 2008, também não teve um desenvolvimento significativo de sua base de dados. Algumas das causas apontadas para a insuficiência da sua efetividade foram o reduzido número de perfis inseridos, reduzido tempo de permanência, metodologia difícil de implementar, desconhecimento geral dos diferentes operadores¹⁷⁰.

Nota-se que diversos são os aspectos necessários para que ocorra um desenvolvimento eficaz do banco de dados, como a inserção de perfis genéticos em número suficientemente abrangente, desburocratização dos processos de recolha e inserção, capacitação dos agentes envolvidos no processo, dentre outros.

A criação dos bancos de dados surgiu com o propósito de auxiliar as investigações e seus resultados para apuração de delitos têm sido positivos¹⁷¹. O bom funcionamento dos bancos de dados de ADN depende de alguns fatores imprescindíveis para que ocorra

¹⁶⁹ Cintia Águas, “Estudo comparado da legislação internacional”, *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012, desenvolveu um estudo onde elenca as particularidades dos bancos de dados de DNA dos países europeus, elencando as legislações pertinentes a cada país. Nesse sentido, podem ser citados exemplificativamente, dentre outros: Alemanha (§§ 81a, 81e, 81f and 81g StPO; § 3 Identitätsfeststellungsgesetz e §§ 2, 7 and 8 Bundeskriminalamtgesetz); Espanha (Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre); França (Lei FNAEG – Alteração Code de la Procédure Pénale – arts 706-54 a 706-56); Itália (Legge 30 giugno 2009, n. 85); Portugal (Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro); Reino Unido (Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE); Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA) de 1994). Convém destacar, pela importância, também no âmbito do Reino Unido, legislação posterior à obra citada, consistente no “*Protection of Freedoms Act 2012*”, que entrou em vigor em 31 de outubro de 2013, elaborado em decorrência da paradigmática Decisão do TEDH no caso S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM – Applications nos. 30562/04 and 30566/04.

¹⁷⁰ Carlos Farinha, “Base de Dados de ADN – da Amostra-Problema à “Amostra-Solução”, através da Amostra-Referência”, *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012, pp. 178-179.

¹⁷¹ A título exemplificativo, na Espanha, que não é dos países com bases de dados mais desenvolvidas, de acordo com Prieto Solla (et al.), *Interpretando...*, p. 25: “En la actualidad (julio 2018), en el nodo nacional de la base de datos de ADN se han detectado 13.967 coincidencias entre vestigios biológicos y personas sospechosas, detenidas o imputadas de un delito grave. Así mismo, el número de coincidencias detectadas entre perfiles de ADN de vestigios biológicos ha sido de 9.582 en estos diez años de funcionamiento, lo cual ha permitido relacionar diferentes delitos entre sí. Por otro lado, el número de coincidencias con otros 19 países europeos a través de las herramientas de intercambio de perfiles de ADN desarrolladas en el marco del tratado de Prüm ha sido de 16.695 entre personas y vestigios biológicos, y de 6.627 coincidencias entre perfiles de ADN de origen desconocido recuperados de vestigios biológicos hallados en escenas de delitos.”.

sucesso na sua aplicação, relacionados à intervenção humana, especialmente através dos agentes de polícia. São questões que estão além da formação em si dos bancos de dados e que merecem ser destacadas.

Os laboratórios responsáveis pela definição do perfil genético constante da amostra biológica devem ser de elevada qualificação e creditação, para que seja garantida a exatidão dos dados obtidos. Essa exigência minimiza os riscos de erros, garantindo maior fiabilidade quanto ao acerto no processo de determinação do ADN.

Outro ponto crucial para que a medida tenha sucesso é a boa qualidade do serviço policial. A disponibilização de meios técnicos adequados para a preservação da prova e um bom treinamento dos agentes de polícia são questões imprescindíveis para que a utilização do ADN para investigação criminal seja exitosa¹⁷².

Os peritos que realizam a recolha dos materiais biológicos em locais ou objetos de crimes, ou na própria vítima, devem ter um bom treinamento para exercerem sua atividade. Isso permite que seja encontrado o máximo de evidências materiais, em especial nos locais dos crimes, não deixando para trás elementos probatórios que poderiam ser determinantes no seu desfecho.

Esses profissionais devem ter à sua disposição os equipamentos necessários para que seja possível manter o maior grau de conservação possível do material. A maximização da preservação do objeto encontrado viabiliza uma análise mais precisa da amostra, majorando a probabilidade de extração das informações genéticas fundamentais à identificação da pessoa.

Ademais, os locais de crimes devem ser adequadamente preservados pelos agentes de polícia logo quando de sua chegada. A inobservância desta medida pode levar ao fato de que sejam indevidamente abandonados nos locais de crime materiais genéticos de pessoas que não possuem qualquer relação com o delito, contaminando a cena do crime. Essa circunstância torna extremamente dificultosa sua apuração, podendo gerar o insucesso da investigação.

¹⁷² Helena Machado e Filipe Santos, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal”, *In: Polícia, segurança e ordem pública. Perspetivas portuguesas e brasileiras (org. Susana Durão; Márcio Darck)*, Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2012, p. 154, destacam que nos países com bases de dados mais desenvolvida, como Estados Unidos e Reino Unido, a polícia possui um desenvolvimento profissional-científico de destaque relacionado à utilização da genética para fins de investigação criminal.

Adotadas as medidas necessárias ao acautelamento do local do crime nesse primeiro contato, é possível que sejam recolhidos vestígios importantes para solução do caso. Os cuidados para que seja garantida a integridade dos vestígios devem ser tomados desde o momento da sua coleta, passando por todas as etapas em que for ele trabalhado. Toda a cadeia de custódia do material recolhido deve ser documentada para que exista credibilidade quanto à sua correção¹⁷³.

A harmonia entre atos é administrado através do uso de protocolos padrão, do desempenho de rotinas organizacionais e do registro documental do seu percurso. A integridade das evidências que foram movidas dentro da cadeia de custódia depende da sua rastreabilidade¹⁷⁴.

Nesse aspecto, importante realizar registros quanto aos locais exatos onde foram recolhidas as evidências, através de fotografias e relatórios. O local exato onde foi encontrado o vestígio pode ser um elemento essencial para verificação quanto à sua relevância e pertinência com o fato investigado.

Imagine-se o encontro de vestígios de sangue em um objeto arrombado para a prática de um crime patrimonial. É provável que o perfil genético dele extraído seja de uma pessoa relacionada ao crime. O mesmo pode não ocorrer com fios de cabelo encontrados em um banheiro que aparentemente não tenha sido explorado pelos delinquentes. Apesar de essa evidência também não poder ser totalmente desconsiderada, *ab initio*, a chance de congruência entre este elemento e o delito investigado é bastante inferior. Por isso, o delineamento de forma precisa do local de encontro do vestígio é deveras importante para avaliar sua relação com o fato sob apuração.

Além das questões relacionadas ao local do crime, todo o percurso do material coletado até que seja submetido a análise deve estar documentado, permitindo que seja verificado como foi realizado o trabalho durante todo o processo até a análise laboratorial. A adoção dessas cautelas permite que exista uma segurança para estabelecer a relação entre o resultado da análise e o material que efetivamente se encontrava no local do crime.

¹⁷³ No Brasil, a Lei nº 13.964/19 inseriu no CPP os artigos 158-A a 158-F, que trazem disposições pormenorizadas acerca da cadeia de custódia dos vestígios. A lei conceituou a cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. Destaca as seguintes etapas para o rastreamento dos vestígios:

I – reconhecimento; II – isolamento; III – fixação; IV – coleta; V – acondicionamento; VI – transporte; VII – recebimento; VIII – processamento; IX – armazenamento; X – descarte.

¹⁷⁴ Cfr. Michael Lynch; Simon A. Cole; Ruth McNally; Kathleen Jordan, *Truth machine...*, p. 140.

Para que a reconhecida relevância dessa verdadeira transformação na investigação criminal seja real, portanto, deve a implementação da base de dados estar acompanhada da qualificação dos agentes envolvidos na produção deste tipo de prova e da disponibilização dos meios técnicos necessários para o seu desenvolvimento. Entretanto, essas medidas somente geram resultados se as bases de dados tiverem um desenvolvimento suficiente, ou seja, são elementos complementares para conferir efetividade à utilização do ADN como meio de prova de delitos.

As dificuldades que podem existir na identificação do delinquente podem ser superadas através da adoção de métodos eficientes por parte dos agentes e de uma boa alimentação das bases de dados. Com isso, o potencial para resolução da autoria de delitos através do ADN é significativamente majorada.

Entretanto, sempre deve-se ter em consideração que o mero encontro de material genético de determinada pessoa no local de crime não a liga diretamente ao crime. Diversas circunstâncias devem ser consideradas para que seja possível relacionar o indivíduo portador do perfil genético extraído desse material com o delito em si.

É possível que o sujeito tenha estado no local antes do fato e lá deixado algum vestígio; é possível também haver algum tipo de contaminação do local do crime caso não seja preservado o local do crime adequadamente, além de outras hipóteses plenamente viáveis. Logo, a identificação de um indivíduo cujo material biológico esteja presente em um local de crime não é determinante, por si só, para relacioná-lo à autoria do delito, dependendo da avaliação dos demais elementos extraídos do evento ocorrido¹⁷⁵.

Os operadores do direito devem estar atentos a todas essas possibilidades, mas conscientes de que o fato de, eventualmente, serem encontrados materiais biológicos de pessoas alheias ao crime não significa que deva ser descartado esse auxílio científico. O ADN continuará possuindo extrema relevância na investigação criminal, onde assumiu

¹⁷⁵ Nesse sentido, Peter Schneider, "DNA Databases: International Reality and Perspectives", *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012, p. 99, assim expõe: "Consequently, it may be problematic to look at the dna result alone, for you have no way of knowing when and how it was deposited. You may have a mixture of three people who have been at three different time points at the crime scene. If you swab the area and extract the dna you cannot discriminate who was the first, second, or third person to deposit the dna trace, because it is all in the same extraction and in the same result. You have to be very careful when you look at this type of data and very strict in analysing these aspects in relation to the crime event. The advantage, of course, is that you might get unexpected investigative leads. But I will only call them investigative leads. It does not necessarily mean that particular person has actually been the perpetrator in a particular crime. So this type of sample may be useful but it may be misleading as well."

verdadeiro protagonismo. Isso porque constitui elemento sólido e confiável para a solução de casos, em especial os de maior dificuldade, mesmo que se reconheça que deve ser combinado com os demais componentes que os envolvem.

Impende desmistificar, ainda, a imagem de vilania que se costuma atribuir às tecnologias voltadas à vigilância. É reconhecido que os avanços da tecnologia de vigilância possibilitaram a expansão de conhecimento útil e controle social racional, que trouxeram benefícios à expectativa e qualidade de vida, auxiliaram na proteção contra abusos e, inclusive, no controle de epidemias. O problema não se caracteriza no desenvolvimento acentuado das tecnologias de vigilância, mas sim na adoção de medidas de controle para evitar abusos¹⁷⁶.

Nesse sentido, um dos principais desafios é manter atualizados a legislação e os regulamentos correspondentes, bem como buscar que todos os pormenores estejam normativamente estabelecidos. Como o desenvolvimento tecnológico costuma se desenvolver de forma significativamente mais célere que as modificações legais, existe a possibilidade de que surjam algumas lacunas legais. Essas brechas podem ocasionar um controle insuficiente da “function creep”, com a possível consequência de uma expansão sem controle das utilizações do banco de dados¹⁷⁷.

Assim, importante que sejam estabelecidos quais indivíduos podem ser inseridos, quais os requisitos exigidos para a inserção, quais as funcionalidades admitidas, além de critérios de gestão e segurança dos dados, mediante controle de acesso e utilização, incluindo questões acerca do compartilhamento com outros Estados. Necessário, também, que estejam claras as delimitações acerca da conservação de amostras e perfis, com a previsão de prazos para apagamento. Tudo isso, pensado à luz dos direitos fundamentais que incidem especificamente sobre a matéria.

3.1) Juridicidade da criação da base de dados de ADN

¹⁷⁶ Cfr. David Garland, “Panopticon Days: Surveillance and Society”, In: *Criminal Justice Matters*, nº 20, 1995, p. 4.

¹⁷⁷ Cfr. Dahl; Sætnan, ““It all happened so slowly”: On controlling function creep in forensic DNA databases”, In: *International Journal of Law, Crime and Justice*, 37(3), 2009. Segundo os autores, a “function creep” corresponde ao processo em que uma estrutura tecnologia que foi implementada para determinado propósito passa a ser utilizada com maior amplitude.

Com o aval do Conselho da Europa, o movimento de criação das bases de dados de ADN se alastrou por este continente e, na atualidade, já se concretiza por todo o mundo. Sua ampla difusão tem ensejado estudos e debates, o que é característico dos institutos relacionados ao campo da bioética. Esta é uma temática relativamente inovadora e transformadora, por envolver avançada ciência relacionada com os elementos corporais dos indivíduos.

O banco de dados de ADN é necessariamente instituído através de previsão legal, diante das significativas restrições a direitos fundamentais que dele decorrem, que demandam densidade normativa para sua implementação. Essa lei deve ser suficientemente clara ao ponto de que as pessoas sobre as quais ela incide tenham conhecimento acerca das circunstâncias que acarretam na sua aplicabilidade e a forma de sua aplicação. Além da reserva de lei, também é exigido que a medida atenda a legítimo objetivo e que seja necessária em uma sociedade democrática¹⁷⁸.

Se a necessidade de previsão legal é objetivamente verificável, os demais requisitos demandam maior esforço argumentativo para seu reconhecimento. Para que seja admitida a recolha do material biológico da pessoa e inserção do respectivo perfil genético na base de dados, necessário se faz avaliar como se comportam os direitos fundamentais na espécie.

A disponibilização do material biológico para que seja extraído o perfil genético e inserido na base de dados pode ser feita voluntariamente ou mediante determinação legal quanto à obrigatoriedade. No caso de se tratar de uma obrigação legal, é possível, ainda, que ocorra o consentimento do indivíduo em se sujeitar à recolha do material ou que ele não seja fornecido, quando será objeto de discussão a possibilidade de recolha coerciva.

Trata-se de controvérsia decisiva para a própria viabilidade dos bancos de dados dessa espécie. Um banco de dados de ADN que dependa do consentimento dos indivíduos para que forneçam suas informações, sem que exista alguma medida coerciva para o caso de recusa, dificilmente poderá cumprir sua função, já que não será satisfatoriamente alimentado.

¹⁷⁸ Estes são os requisitos estabelecidos pelo TEDH para avaliação quanto à legitimidade das normas acerca dos bancos de dados de ADN, conforme se verifica, por exemplo, em PERUZZO AND MARTENS v. GERMANY – Applications nos. 7841/08 and 57900/12. No caso, o TEDH entendeu que a formação de banco de dados de ADN alemão, de acordo com o previsto no artigo 81g do StPO está em conformidade com os ditames previsto no artigo 8º da CEDH.

Outra discussão relevante quando se trata da recolha da amostra e a correspondente extração e inserção do perfil genético no banco de dados é a que diz respeito a dever ser necessária uma manifestação judicial nesse sentido ou se bastaria a previsão legal que assim o determinasse.

3.1.1) Legitimidade da recolha da amostra biológica

As bases de dados de ADN podem ser alimentadas a partir de diversos tipos de amostras, cada uma delas com suas particularidades. Há amostras que são obtidas através de objetos relacionados a um crime, obtidas no local do crime, bem como obtidas no corpo da própria vítima. Estas são as amostras-problema, que não estão inicialmente identificadas, constituindo o objeto sob investigação.

Por corresponder a um elemento fortuitamente encontrado e que estará sujeito à averiguação em virtude de um delito, esse tipo de amostra deve ser recolhido logo que se tenha conhecimento acerca do crime. Quão mais breve for a sua recolha, maior a chance de preservação como elemento de prova, a evitar sua deterioração, bem como a preservar o material biológico quanto aos riscos de contaminação¹⁷⁹. Quanto maior a demora para que seja feita a recolha dessas amostras, menores as chances de êxito da investigação.

Em virtude de se tratar de uma recolha de material biológico não incidente sobre um indivíduo específico, mas dirigida a elementos relacionados ao delito, sua admissibilidade não chega a ser objeto dos questionamentos mais incisivos. Da mesma forma, a inserção do perfil genético obtido através da amostra-problema na base de dados não parece suscitar maiores divergências, sempre com a atenção para que o material possa ter relação com a autoria do delito.

Ao contrário do que ocorre com as amostras-problema, quanto às amostras-referência as discussões são muito mais frequentes, seja no que diz respeito à recolha da amostra biológica, seja no que se refere à inserção do perfil de ADN na base de dados. Esse tipo de amostra é coletado diretamente do corpo da pessoa e o perfil genético dela extraído

¹⁷⁹ O artigo 6º, do CPP brasileiro estabelece que, tendo conhecimento da prática de uma infração criminal, as autoridades policiais devem: providenciar para que não se alterem o estado e conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais (inciso I); colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (inciso III).

já é atribuível a um sujeito identificado, fatores que tornam sua legitimidade objeto de maiores reflexões.

3.1.1.1) *Voluntariedade*

No universo das possíveis formas de recolha de amostras-referência para inclusão do perfil de ADN no banco de dados com fins criminais, a que pode ser aceita com maior tranquilidade é a que se dá de forma voluntária. Quando isso ocorre, trata-se de verdadeira renúncia aos direitos fundamentais em causa, uma vez que ocorre “a afectação de uma posição de direito fundamental, traduzida na redução dos efeitos de protecção desse direito, por força da vontade do respectivo titular”¹⁸⁰.

A titularidade de posições jurídicas de direitos fundamentais pressupõe, em regra, o poder de disposição acerca do seu exercício. Ou seja, desde que não exista uma determinação que prive o titular quanto à disponibilidade do direito, pode o titular renunciar quanto a posições jurídicas correspondentes a ele¹⁸¹. Tal admissibilidade é uma decorrência do carácter dúplice característico da renúncia de direitos fundamentais. A natureza dúplice significa que, normalmente, quando existe a renúncia de posição jurídica quanto a um direito fundamental, ao mesmo tempo existirá um incremento na posição jurídica correspondente a outro direito fundamental.

É possível extrair desta renúncia, de forma simultânea, uma concepção de exercício de direitos fundamentais, o que se verifica através de duas constatações. A primeira no sentido de que, com a garantia da possibilidade da renúncia, estar-se-á prestigiando outro direito, que é o da autodeterminação individual. A segunda, de que a renúncia permite ao sujeito perseguir seus objetivos de forma livre, de acordo com seu melhor interesse, exercendo de forma mais plena determinados direitos fundamentais em detrimento de outros¹⁸².

Quando uma pessoa, de forma voluntária, cede seu material biológico para que ocorra a inclusão do seu perfil genético na base de dados, ocorre uma renúncia legítima,

¹⁸⁰ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2ª ed., Príncipe, Cascais, 2011, p. 146.

¹⁸¹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 234.

¹⁸² Idem, p. 235.

que atende à autodeterminação individual, pois se está a permitir que o sujeito opte por incrementar um direito fundamental em detrimento de outro, de acordo com o que melhor lhe convier.

No caso deste voluntário desejar revogar a renúncia ao direito e retirar suas informações da base de dados, deverá ser permitida a remoção a qualquer momento, desde que não tenha sobrevivido uma obrigação de fornecimento dos dados que anteriormente não existia, como seria eventualmente o caso de uma condenação criminal cuja legislação estabelecesse tal obrigatoriedade.

Outra situação em que é comum a inclusão de perfis de ADN de forma voluntária é a referente aos profissionais que trabalham diretamente com a recolha e a análise das amostras. Por estarem em contato direto com a amostra biológica, a estes profissionais normalmente é estabelecida a condicionante de fornecerem seus perfis genéticos para que seja possível a verificação de eventual contaminação da amostra sob análise pelo material biológico do profissional¹⁸³.

Atualmente, as tecnologias têm a capacidade de detectar quantidades mínimas de ADN, o que aumenta o risco de uma contaminação por parte destes profissionais, ainda que aplicadas de forma cuidadosa as medidas de segurança. A aparição dos perfis desses profissionais quando da análise, caso não estejam identificados, podem atrapalhar o curso das investigações e aumentar consideravelmente seus custos¹⁸⁴.

Tais circunstâncias evidenciam a essencialidade da obtenção do perfil genético desses profissionais. Ela se legitima através da voluntariedade na assunção da função que lhes é destinada. Trata-se de uma relação especial de poder, em que tal voluntariedade, acompanhada do consentimento específico quanto ao fornecimento do material genético, fundamentam a restrição aos direitos fundamentais.

3.1.1.2) Determinação Legal

¹⁸³ Cfr. Francisco Corte-Real, “A Base de Dados Forense Portuguesa (Lei n.º 5/2008)”, *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012, p. 62.

¹⁸⁴ Cfr. Martine Lapointe, Anita Rogic, Sarah Bourgoïn, Christine Jolicoeur, Diane Séguin, “Leading-edge forensic DNA analyses and the necessity of including crime scene investigators, police officers and technicians in a DNA elimination database”, *In: Forensic Science International: Genetics*, nº19, 2015, pp. 50–51.

Dentro das hipóteses em que é a lei quem autoriza a formação do banco de dados com o perfil genético dos sujeitos que ela especifica, existe a situação em que esses indivíduos permitem que seja efetuada a recolha do material e aquela em que ocorre uma resistência por parte deles. A verdade é que, nos casos de recusa, descartar a possibilidade de coercibilidade significa reduzir significativamente a efetividade da implementação deste banco de dados.

Ainda que um universo considerável de pessoas seja favorável à medida – o que notoriamente ocorre, em busca de segurança – dificilmente elas irão colaborar espontaneamente sabendo que outras podem se recusar à submissão, até mesmo por suporem que os potenciais delinquentes serão justamente os que a ela não se submeterão.

Casos outras sanções sejam estabelecidas, os indivíduos que estão mais envolvidos com a criminalidade e que seriam os prováveis alvos de coincidências futuras – seja quanto a fatos posteriores ou até mesmo anteriores, quando da confrontação com a vestígios já inseridos no banco de dados – poderão se furtar de fornecer o perfil genético, optando por uma sanção mais branda em relação à que poderia sofrer posteriormente.

Com isso, perde-se o sentido do estabelecimento da base de dados, deixando de cumprir de forma efetiva o seu papel no sentido de tutelar o direito à segurança e auxiliar na promoção da justiça.

O estabelecimento da possibilidade da recolha de forma coerciva no caso da base de dados de ADN é primordial para viabilizar minimamente sua operacionalização. Por isso, não há como pretender instituir uma base de dados genética sem a permissão de recolha coerciva da amostra biológica e correspondente inserção do perfil na base.

Por tal razão não se conhece algum ordenamento onde tenha sido implementado o banco de dados de perfis genéticos e não seja admitida a recolha coerciva do material biológico para as amostras-referência. Tratam-se de coisas indissociáveis, razão pela qual a análise dos direitos fundamentais envolvidos será realizada de forma abrangente, tanto no que diz respeito à implementação do banco de dados, quanto à recolha coerciva.

Mesmo que elas estejam em pleno funcionamento e evolução em diversos países desenvolvidos a alimentação das bases de dados através de amostras-referência ainda é

objeto de questionamento¹⁸⁵. Uma primeira argumentação se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o tratamento da pessoa como um meio e não o fim em si mesmo.

Outra questão às vezes invocada quando se trata da recolha do material genético e obtenção do perfil genético é a do direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Em Portugal já restou decidido pelo TC, através do Acórdão nº 155/2007, que inexistente violação a tal princípio pelo estabelecimento do banco de dados. No Brasil a questão ainda está pendente de análise pelo STF, havendo entendimento doutrinário a defender que este princípio se constituiria como óbice à criação do banco de dados¹⁸⁶.

Ainda diretamente relacionada com a recolha da amostra biológica do indivíduo está a questão acerca da interferência no direito à integridade pessoal, nomeadamente através da integridade corporal, tendo em vista que se trata de uma ingerência estatal sobre o seu corpo da pessoa que está obrigada ao fornecimento do ADN.

Por fim, o direito à privacidade talvez seja o direito fundamental mais invocado quando se argumenta contrariamente ao banco de dados de ADN, pois envolve não somente o conhecimento de informações acerca da pessoa como o próprio acesso ao corpo dela, que também está abarcado pelo direito em questão.

3.1.1.2.1) Dignidade da pessoa humana

A força normativa da dignidade da pessoa humana é muito elevada, diante do *status* que as ordens jurídicas contemporâneas lhe conferiram. Isso significa que ela somente poderá se fazer presente para eventual sopesamento quando existir uma violação muito intensa de direitos, que reduzam o indivíduo a uma situação indigna. Dentro das relações normais que envolvem indivíduos, e entre estes e o Estado, os direitos fundamentais, ainda que tenham como fonte a dignidade da pessoa humana, consistirão

¹⁸⁵ No Brasil, por exemplo, está pendente de julgamento pelo STF, com repercussão geral reconhecida, o (RE) 973837, que questiona a constitucionalidade da coleta de material genético de condenados por crimes violentos ou hediondos para manutenção de banco de dados estatal.

¹⁸⁶ Nesse sentido, Aury Lopes Jr., “Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*)?”, *In*: Boletim IBCCRIM, ano 20, nº 236, Julho/2012. Esta também é uma das principais linhas argumentativas desenvolvidas no (RE) 973837, pendente de julgamento pelo STF.

no parâmetro para as ponderações necessárias, sem que tenham a dignidade da pessoa humana como uma base de apoio argumentativo.

Quando se trata de questões relacionadas com o corpo humano, como ocorre no caso da bioinformação, é comum verificar a invocação da dignidade da pessoa humana em apoio a outros direitos, como integridade corporal ou privacidade. Ocorre que ela somente deve ser utilizada para resolução de casos difíceis quando haja realmente uma situação de extrema gravidade, sempre com cuidado para evitar sua banalização. Nos dias atuais, pode-se dizer que o maior risco que se corre não é o de uma real ofensa à dignidade da pessoa humana, uma vez que ela tem sido invocada com muito maior frequência do que deveria. Mas diante da forma pouco criteriosa com que vem sendo suscitada, o maior perigo é o de deterioração do seu conteúdo pela sua utilização em situações de menor importância se comparadas com sua origem histórica¹⁸⁷.

Ainda que a recolha e tratamento do ADN pelo Estado correspondam a interferências em direitos fundamentais – e isso é verificável quanto à integridade física e a privacidade –, elas estão longe de configurar uma atuação estatal que atinja a esfera de dignidade do ser humano. Na guarda de perfis genéticos inexistem, *a priori*, intervenções de natureza grave que justifiquem a invocação da dignidade da pessoa humana como forma de inadmiti-la. O debate deverá estar restrito às intensidades de interferência e satisfação de direitos fundamentais.

Merece destaque a apreciação a respeito da ideia de não-instrumentalização como caracterizadora de violação da dignidade, relacionado ao paradigma da impossibilidade de afetação da humanidade intrínseca. Todas as formas de identificação do ser humano envolvem a obtenção de informações acerca de suas características pessoais, que acabam consistindo, de alguma forma, em instrumentalização da pessoa.

Entretanto, tal circunstância não basta para que seja concebida uma violação de dignidade. A invalidade decorrente deste conceito somente é verificável quando “as pessoas sejam tratadas *apenas* como meios”¹⁸⁸, ou seja, quando inexistam circunstâncias razoáveis a justificá-las. A instrumentalização deve ser associada a uma circunstância caracterizadora de degradação, para que seja considerada violadora da dignidade da pessoa

¹⁸⁷ Cfr. Ernst Benda, “The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)”, 53 SMU L. Rev. 443, 2000, pp. 447-448.

¹⁸⁸ Cfr. Daniel Sarmiento, *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 107.

humana¹⁸⁹. Por tal razão, são diversas as situações em que as pessoas são instrumentalizadas de forma legítima, sem que isso signifique violação da dignidade da pessoa humana, já que não tratadas de forma ultrajante. Na própria esfera criminal é possível citar a monitoração eletrônica de pessoas, onde o corpo é utilizado como suporte para algum dispositivo que possua tal funcionalidade.

Assim, a instrumentalização para que o Estado obtenha informações pessoais é perfeitamente admissível sob o aspecto constitucional e necessária para que seja promovido o direito à segurança dos cidadãos. A construção de banco de dados de ADN não é capaz de afetar a humanidade intrínseca da pessoa, fato que somente ocorre quando seja revelado desprezo pela condição humana¹⁹⁰.

3.1.1.2.2) Direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)

Trata-se do direito a que a pessoa não produza prova contra si própria, possuindo, em seu favor, uma prerrogativa contra a autoincriminação. Compreendidos os fundamentos do direito, com apoio no que fora delineado no item 1.2.1.3, cumpre analisar sua aplicabilidade ou não no caso da base de dados de ADN, através da verificação do seu âmbito de incidência, tendo em vista se tratar de um elemento corporal, ou seja, não inserido no espectro das declarações. Para isso, é necessário estar atento às especificidades das bases de dados de ADN.

Sua alimentação é feita através de amostras-problema e de amostras-referência, sendo estas as que são recolhidas de pessoas identificadas. Elas têm como principal característica armazenar informações pessoais de indivíduos para que, em caso de futura ocorrência de delito onde sejam encontrados vestígios biológicos relacionados ao crime, exista a possibilidade de realizar uma confrontação com os perfis genéticos guardados de indivíduos conhecidos, a fim de que seja viabilizada ou simplificada a identificação da autoria delitiva. Essa primeira funcionalidade verificada quando se trata de amostras-referência é eminentemente preventiva e está relacionada com crimes que poderão vir a ser cometidos em momento futuro.

¹⁸⁹ Cfr. Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana – V. 2...*, p. 117.

¹⁹⁰ Idem, p. 103

Outra possibilidade que se apresenta é de que, quando ocorra a inserção do perfil genético obtido através da amostra-referência no banco de dados, já seja identificada sua compatibilidade com perfil resultante de amostra-problema nele inserida em razão de um delito anterior. Constata-se, assim, uma dupla funcionalidade quanto ao perfil genético obtido através da amostra biológica de uma pessoa individualizada para inserção no banco de dados. Ele servirá como fonte para comparações com vestígios obtidos *a posteriori*, bem como poderá ser objeto de confrontação com os perfis de amostra-problema já presentes no banco de dados e pendentes de identificação.

A distinção quanto a essas duas circunstâncias não pode ser desconsiderada quando se discute a incidência do direito à não autoincriminação no caso da criação da base de dados de ADN para fins criminais. Apesar do resultado ser o mesmo, no sentido de que inexistente afetação ao *nemo tenetur* em ambas as circunstâncias, os fundamentos para se chegar a tal conclusão são diferentes.

De acordo com Figueiredo Dias e Costa Andrade, o direito ao silêncio e a não autoincriminação é aplicável quando “o cumprimento da prestação da informação exponha a pessoa ao perigo de uma persecução penal”¹⁹¹. O fornecimento de informações pessoais ao Estado para criação de uma base de dados, ainda que para fins criminais, não pode ser considerado como uma exposição a perigo de uma persecução penal, quando tiver como função prevenir eventos futuros.

Não há como se cogitar sobre a existência de um direito a não se autoincriminar quanto a um crime que não existiu, pois isso consistiria em uma contradição nos próprios termos. Além de uma questão de lógica, essas conclusões também podem ser extraídas dos próprios fundamentos de existência do *nemo tenetur se ipsum accusare* desenvolvidos em capítulo anterior, notadamente quanto à sua vertente processual.

A não autoincriminação busca substrato jurídico no princípio da presunção de inocência. Esta, por sua vez, pressupõe necessariamente a existência de um fato previamente ocorrido, somente se podendo presumir alguém inocente quanto a um evento concreto preexistente. Em termos criminais, isso dependerá da existência de um fato penalmente típico que tenha sido praticado. Ninguém é presumidamente inocente ou

¹⁹¹ Jorge de Figueiredo Dias; Manuel da Costa Andrade, “Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (parecer), *In: Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova* (Jorge de Figueiredo Dias et. al), Almedina, Coimbra, 2009, p. 44.

culpado de um “nada”, ou seja, de um fato que sequer aconteceu. Para que seja possível falar em não autoinculpação¹⁹², é pressuposta a existência de uma culpa prévia.

O perfil genético de amostras-referência para alimentação da base de dados de ADN quando não utilizado para comparação com os já extraídos de amostras-problema jamais poderia ser relacionado com a presunção de inocência e, conseqüentemente, com o direito à não autoincriminação. Como garantia processual que é, eventual invocação do *nemo tenetur se ipsum accusare* depende da possibilidade de que, através daquele elemento obtido, seja estabelecida alguma relação do sujeito com um evento que seja objeto de um processo ou dele seja potencialmente gerador.

O *nemo tenetur se ipsum accusare* tem por escopo garantir a equidade do processo, resguardando o indivíduo quanto a eventuais excessos estatais na apuração de um fato. Não se presta o referido direito a impedir a adoção por parte do Estado de medidas de cunho preventivo quanto à prática de crimes. O acesso prévio a informações individuais pode ser questionado à luz de outros direitos fundamentais, mas não do direito à não-autoincriminação.

Nota-se, através da definição acima transcrita, que o direito possui incidência no momento do cumprimento da prestação da informação. Isso porque ele tem como razão de ser a evitação de que o indivíduo seja tratado como culpado de um fato e compelido a trazer informações que o vinculem de forma negativa ao mesmo.

Roxin, ao tratar das medidas de identificação, reconhece a diferenciação entre as situações em que os dados são recolhidos para persecução penal repressiva ou para a atividade policial de prevenção. Na primeira, pressupõe-se a existência de um procedimento penal pendente, onde a medida possui natureza de ato processual. Na segunda, em que os dados são previamente recolhidos e recaem sobre o sujeito por ocasião de eventual procedimento penal, trata-se de ato administrativo¹⁹³.

Em se tratando de um ato administrativo que visa uma melhor organização da administração pública na função de prevenção de delitos¹⁹⁴, não é possível invocar uma

¹⁹² Termo utilizado por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O Direito à não Auto-inculpação...*, 2009.

¹⁹³ Cfr. Roxin, *Derecho procesal penal* (trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor), 1ª ed. 2ª reimp., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 293. Também no sentido de se tratar de procedimento de cunho administrativo, Cleber Masson e Vinícius Marçal, “A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hipérbole do Direito ao Silêncio”, 2017.

¹⁹⁴ Função reconhecida pelo TEDH através da decisão proferida em V. S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM – Applications nos. 30562/04 and 30566/04: “100. The Court agrees with the Government that the retention of fingerprint and DNA information pursues the legitimate purpose of the detection and,

garantia essencialmente processual para obstar a obtenção do perfil genético para formação de uma base de dados.

Como se trata de direito relacionado diretamente à liberdade de ação do indivíduo, sua incidência há de ser constatada de acordo com as circunstâncias existentes no momento em que as informações são obtidas¹⁹⁵. Logo, não se pode cogitar em admitir sua incidência *a posteriori*, quando da investigação acerca do delito praticado posteriormente à obtenção do perfil genético¹⁹⁶. Isso se trataria, em verdade, de evitar a utilização por parte do Estado de informações prévias que possui a respeito do indivíduo na apuração de um crime, o que consistiria não em um direito à não autoincriminação, mas em um direito à não utilização de qualquer informação que não tivesse sido facultada voluntariamente pelo indivíduo ao Estado.

Fosse isso possível, qualquer obrigação legal de fornecer informações por parte do indivíduo ao Estado, caso fosse utilizada posteriormente, poderia ser questionada à luz do *nemo tenetur se ipsum accusare*, conferindo-lhe uma abrangência superlativa e totalmente desconectada de seus fundamentos. E isso independe do fato de a informação ser recolhida para fins de prevenção de crimes ou para viabilizar a atividade administrativa em qualquer outra área. Ambas correspondem a informações obtidas através de obrigações decorrentes de determinações legais que terão utilidade para apuração de um fato posterior. Estaria criado um direito geral à não utilização de informações que o Estado possuísse acerca do indivíduo em virtude de uma obrigação legal.

Isso impossibilitaria, por exemplo, a utilização de impressão digital que o Estado tenha colhido anteriormente, em virtude de obrigação imposta ao cidadão para fins de

therefore, prevention of crime. While the original taking of this information pursues the aim of linking a particular person to the particular crime of which he or she is suspected, its retention pursues the broader purpose of assisting in the identification of future offenders.”.

¹⁹⁵ Essa consideração ficou evidenciada através do Acórdão nº 298/2019 do TC português, sobre o dever de colaboração em matéria tributária, em que foi feita diferenciação quanto às situações em que existia ou não procedimento criminal em desfavor do sujeito no momento em que entregou documentação em virtude de obrigação relacionada a procedimento tributário. Nota-se em ambas hipóteses já teria ocorrido o ilícito penal, razão pela qual cabível a discussão acerca do *nemo tenetur*, no que se diferencia da situação aventada neste momento do trabalho, onde sequer ocorreu a prática de um delito.

¹⁹⁶ Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, *Prova Genética: implicações em processo penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 136, ao tratarem da inviabilidade da consideração de um direito ao silêncio corporal, mas sem adentrarem na distinção entre as situações que se caracterizam como ato processual ou ato administrativo, chegam à mesma conclusão: “pense-se, p. ex., na hipótese de recolha, pela polícia, de um vestígio biológico em cena de crime, cujo perfil de ADN obtido coincide com outro perfil de referência ou porventura já existente numa base de dados; parece-nos que, aí, o seu titular não poderá invocar qualquer direito ao silêncio corporal emergente do direito à não autoincriminação e suscitar a ilicitude ou a invalidade do meio de prova produzido contra si.”.

identificação, ou até mesmo de um endereço que o Estado possua e permita eventual busca e apreensão, ambos os casos para apuração da autoria de um delito criminal. Trata-se de informação individual que o Estado possui em virtude de uma obrigação atribuída ao sujeito, que, ao ser utilizada para apuração de autoria do delito, em nada vai se diferenciar da informação genética.

O que deve ser observado é se a determinação legal está eivada de alguma inconstitucionalidade à luz de outros direitos. Sendo ela juridicamente válida, não poderá ser invocado o *nemo tenetur* para impedir que essa informação conhecida pelo Estado em decorrência de uma obrigação legal seja utilizada na apuração de um crime posterior à sua obtenção.

Não é o *nemo tenetur se ipsum accusare* que irá delimitar as informações que o Estado impõe que o indivíduo preste antes de um crime. Se o direito em questão tivesse essa abrangência, simplesmente todas as informações que o indivíduo presta ao Estado de forma obrigatória em momento anterior à prática de um crime estariam por ele resguardadas e poderiam ensejar o seu questionamento, o que claramente extrapola seus fundamentos.

Diferentes são as circunstâncias de evitar que o Estado trate alguém como se culpado fosse de um fato, coagindo-a a, em prejuízo próprio, se autoinculpar, e a de o indivíduo invocar o direito para evitar a utilização de informação previamente conhecida pelo Estado, obtida de maneira legítima, para evitar que seja punido por um crime posteriormente praticado. A aferição quanto à existência do direito deve ser realizada quando da obtenção da informação, de onde decorre que a segunda claramente está fora do âmbito de aplicabilidade do direito.

Admitir que essa garantia processual penal possa ser dilatada inclusive para aplicação a fatos que sequer ocorreram, desprezando como critério o momento de sua obtenção, é conferir uma prerrogativa ao indivíduo para que possa cometer crimes sem que o Estado tenha meios efetivos de os solucionar.

A conclusão a que se pode chegar é que o *nemo tenetur se ipsum accusare* jamais poderá servir como justificção para impedir a recolha da amostra biológica e a inserção do perfil genético dela extraído na base de dados de ADN¹⁹⁷. A depender do direito à não

¹⁹⁷ Nesse sentido, já decidiu o STJ, em decisão monocrática da lavra do Min. Félix Fisher no HC nº 407.627/MG, na qual consta: “Desse modo, o material biológico que se busca colher não tem por

autoincriminação, os perfis sempre poderão ser incluídos na base de dados, diante de sua utilidade para aproveitamento posterior, em caso de futuras práticas criminosas.

Diversa é a discussão acerca da possibilidade de uso imediato dos dados, ou seja, quanto à legitimidade desse perfil genético ser submetido a interconexão com os obtidos através de vestígios oriundos de crimes anteriormente praticados. Nesses casos, diante da prévia existência de um fato gerador ou capaz de gerar um procedimento penal de investigação, o debate se assemelha, no que diz respeito ao direito à não autoincriminação, com o que é travado quanto à obtenção do perfil genético para comparação direta no curso de uma investigação específica.

No caso da comparação direta já existe uma suspeita quanto à autoria, que resulta na necessidade de confirmação através do uso do ADN. No que concerne ao perfil genético inserido na base de dados para confrontação imediata com perfis pendentes de identificação, em que pese inexistir essa suspeita, ele já será utilizado como meio de prova para um fato anterior. Em ambas as hipóteses, quando da obtenção da informação genética já existe a potencialidade de expor a pessoa ao perigo de uma persecução penal, o que as assemelha entre si e, por outro lado, as diferencia, no que diz respeito ao direito à não

finalidade a produção de prova, mas a composição de banco de dados, nos termos do que determina a Lei que rege a matéria. No caso posto, portanto, não há como se conceber a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA seria capaz de configurar ilegalidade ou violação à garantia constitucional da não autoincriminação.”. (p. 5). Através da fundamentação da decisão é possível constatar que o Ministro se aproxima da distinção estabelecida por Roxin, diferenciando o ato processual e o ato administrativo.

A 6ª Turma do STJ, por unanimidade, em decisão de relatoria do Min. Nefi Cordeiro, no HC nº 536.114/MG, também se manifestou quanto à ausência de inconstitucionalidade e de constrangimento ilegal em virtude da recolha do perfil genético determinada pelo artigo 9º-A da LEP. Entretanto, parece haver algum desacerto quanto à fundamentação no que diz respeito ao direito à não autoincriminação no julgado em questão. O acórdão do STJ faz constar a transcrição, dentre outras, das seguintes considerações feitas pelo eminente Desembargador Edilson Fernandes no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade n. 1.0144.13.001808-4/005 (decisão recorrida), afirmando endossá-las: “O direito contra a autoincriminação decorre, diretamente, da interpretação conjugada dos dispositivos consagradores da presunção de inocência (art. 5º, LVII), da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV), sendo plenamente assegurado na Constituição da República o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII). Contudo, a Lei nº 12.654/12 introduziu a coleta do material biológico já na execução penal por crimes violentos ou hediondos, ou seja, em momento posterior à condenação, não comprometendo o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, porquanto já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado.”. Inicialmente, está correta a correlação feita entre os direitos à não autoincriminação e à presunção de inocência. Ocorre que o fim de um processo criminal com decreto condenatório somente finda o direito à presunção de inocência em relação a este fato julgado. Com relação a fatos diversos do processo em que o sujeito foi condenado, persiste a incidência da presunção de inocência e, logicamente, do direito à não autoincriminação. Portanto, não deve ser este o fundamento para que seja afastada a incidência do direito à não autoincriminação nesta hipótese, mas os fundamentos que são expostos nesse trabalho, quanto ao seu caráter eminentemente processual e a criteriosa delimitação do seu conteúdo normativo.

autoincriminação, do caso da mera alimentação da base de dados para eventual uso futuro do ADN.

É nessa questão que deve entrar em pauta o debate acerca do conteúdo do *nemo tenetur se ipsum accusare* para análise de sua incidência quanto à recolha coativa de elementos corporais do indivíduo que permitam que lhe seja atribuído um crime praticado. Normativamente, o instituto foi consagrado de forma bastante restritiva nos instrumentos internacionais. Da mesma forma, nas Constituições norte-americana, ordenamento de destaque quanto à construção do direito, e brasileira, foi ele concebido como um direito ao silêncio.

Conforme visto, o direito à não autoincriminação, assim como os direitos ao processo equitativo e à presunção de não culpabilidade, dos quais decorreu, foi impulsionado a partir do reconhecimento do indivíduo como sujeito do processo. Foi a ele concedida a possibilidade de participar para influenciar na apreciação do direito no caso concreto. A atribuição de condições para que a pessoa pudesse estar numa condição de maior paridade em relação ao Estado quando existente uma persecução criminal não significa que sobre ele não possam recair obrigações processuais.

Os seus atos processuais devem se configurar como uma manifestação da sua livre personalidade, não podendo as medidas probatórias ser direcionadas a extorquir declarações ou outra forma de autoincriminação. Isso não significa que ele não possa, de acordo com previsão legal, “ser objeto de *medidas coactivas* e constituir, ele próprio, um *meio de prova*”¹⁹⁸. Assim, não pode ele estar sujeito a investigações atentatórias à sua dignidade ou a atos de violência para compeli-lo a confessar ou prestar esclarecimentos que lhe tragam prejuízo. Contudo, está obrigado a se sujeitar a reconhecimentos, exames de identificação e buscas¹⁹⁹.

A consideração do indivíduo sobre o qual recai a persecução penal como meio de prova possui previsão legal no CPP brasileiro e é praticada sem maiores questionamentos, pois é através das características corporais que é possível identificar uma pessoa e a identificação é elemento essencial para o que seja possível punir o autor de um delito. Nesse sentido, os incisos VI e VIII do art. 6º do CPP dispõem sobre o reconhecimento de pessoas

¹⁹⁸ Cfr. Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 430. (grifos no original)

¹⁹⁹ Cfr. Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1965, pp. 61-62.

e a sujeição de identificação por meio datiloscópico na fase de investigação, respectivamente. O procedimento referente ao reconhecimento de pessoas está pormenorizado no artigo 226 do CPP e, existe, ainda, previsão quanto à obrigação do réu em sujeitar-se ao reconhecimento, com condução coercitiva em caso de não atendimento (art. 260 do CPP²⁰⁰).

Observado que o indivíduo, além de sujeito processual também constitui um meio de prova no processo penal, cabe verificar como a doutrina e a jurisprudência, de forma global, têm tratado a questão acerca das intervenções corporais quanto à persecução penal, com especial atenção à recolha da mucosa bucal para obtenção do perfil de ADN.

Não obstante a literalidade do instituto nos diplomas internacionais e nos diversos ordenamentos onde está previsto, a doutrina e a jurisprudência têm se empenhado e até mesmo inovado para delinear seus contornos, inexistindo consenso quanto à sua abrangência. No Brasil, diante da redação do art. 5º, LXIII da CRFB, abalizada doutrina brasileira defende que o conteúdo do direito se limita ao direito de permanecer em silêncio²⁰¹, inexistindo, em verdade, um direito a não produzir prova contra si, o que constitui uma compreensão restritiva do dispositivo constitucional.

Ocorre que, em virtude dos seus fundamentos de constituição, há uma tendência em reconhecer o direito à não autoincriminação, conferindo-se ao instituto amplitude superior ao mero direito ao silêncio, seja nos locais onde o direito encontra previsão constitucional expressa ou naqueles onde é tacitamente reconhecido.

O direito ao silêncio passa a ser compreendido como elemento fulcral do direito a não produzir prova contra si mesmo, constituindo o seu núcleo. Para além deste, estabelecer qual seria a extensão do direito é tarefa árdua, havendo quem estenda mais ou menos sua garantia. Nesse ponto, uma das questões de maior relevância é a referente às intervenções corporais não consentidas.

No sistema norte-americano, paradigmático quanto ao direito em causa, não somente por constituir sua origem como também pelo grande desenvolvimento que o

²⁰⁰ Ressalte-se que a decisão proferida pelo STF na ADPF 444 apenas estabeleceu a não recepção pela CRFB da condução coerciva para o interrogatório, estando mantida sua admissibilidade para o procedimento de reconhecimento.

²⁰¹ Neste sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira, "Breves notas sobre a não autoincriminação". In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011; Sérgio Moro, "Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais", In: *Revista dos Tribunais*, vol. 853, nov. 2006, pp. 429-441.

instituto ali conheceu, tem-se entendido que a não autoincriminação, consagrada na V Emenda, se limita à esfera de comunicação do indivíduo. Essa comunicação, entretanto, não estaria limitada à palavra, podendo se dar de maneira verbal ou não verbal. A inclusão da comunicação não verbal configura um pequeno alargamento quanto à definição do conteúdo para além do direito ao silêncio.

Esse foi o entendimento adotado pela Suprema Corte através da decisão no caso *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966), que se mantém como o modelo orientador naquele país para verificação da “(in)conformidade constitucional de vários expedientes de identificação coativa no processo criminal”²⁰². Trata-se de caso que versava sobre a recolha não consentida de sangue para teste de alcoolemia, onde restou decidido que o procedimento não está abrangido pelo direito à não autoincriminação estabelecido na V Emenda, devendo ser verificada, quanto à intervenção corporal, a razoabilidade na forma de busca intrusiva, sob a perspectiva do estabelecido na IV Emenda.

Para esta concepção, diante de ausência de um ato de comunicação da pessoa sujeita à persecução penal, não há que se considerar a incidência do direito à não autoincriminação. Isso significa que, de acordo com a jurisprudência norte-americana, as intervenções corporais não estão abrangidas pelo referido direito.

Sob a perspectiva continental, no âmbito do TEDH a conclusão é semelhante quanto à não abrangência das intervenções corporais pelo *nemo tenetur se ipsum accusare*, mas baseada em fundamento diverso. Este Tribunal tem utilizado como critério para densificação do direito, em especial para uma delimitação negativa, a análise quanto à existência do material probatório independentemente da vontade do sujeito.

Se o material objeto da diligência existe sem depender da vontade da pessoa, o que é perceptível quanto ao material genético utilizado para obtenção do ADN, não há que se falar em direito à não autoincriminação. Trata-se de um elemento que, apesar de estar relacionado ao corpo do indivíduo, não encontra no *nemo tenetur* fundamento que obste a intervenção estatal. O elemento corporal não deixa de ser um objeto que existe e do qual o

²⁰² Cfr. Sandra Oliveira e Silva, *O arguido...*, p. 281, citando como exemplos os casos *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967), que trata da obrigação do sujeito a proferir determinadas palavras, com o rosto coberto, considerando a descrição dos fatos pelas testemunhas, onde foi considerado que foi obrigado a usar a voz como característica física identificativa e não para confessar a culpa; *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967), onde foi o réu obrigado a escrever algumas palavras para comparação de caligrafia, sob o mesmo fundamento anterior; *United States v. Dionisio*, 410 U.S. 1 (1973), que determinou o dever de conceder amostra de voz para comparação.

Estado pode obter informações, sem que isso afete a livre personalidade do indivíduo. Assemelha-se, nestes casos, à obtenção de prova através de outros objetos que estão sujeitos à ordem de busca e apreensão.

Dessa forma, a jurisprudência do TEDH admite o estabelecimento de poderes compulsórios para obtenção do material que possua existência independente da vontade da pessoa. Nesse sentido, o Tribunal já se manifestou, por exemplo, nos casos SAUNDERS v. UNITED KINGDOM – Application no. 19187/91²⁰³ e CARUANA v. MALTA – Application no. 41079/16²⁰⁴.

Trata-se de importante referência para toda a comunidade internacional e, principalmente, para os Estados europeus. A jurisprudência do TEDH acabou por ser consagrada legislativamente no âmbito da União Europeia, na medida em que a Diretiva (UE) 2016/343, no seu art. 7º, nº 3, estabeleceu que “o exercício do direito de não se autoincriminar não impede a recolha pelas autoridades competentes de elementos de prova que possam ser legitimamente obtidos através do exercício legal de poderes coercivos e cuja existência é independente da vontade do suspeito ou do arguido.”.

A jurisprudência portuguesa referente à matéria, ainda anteriormente à referida Diretiva, já acompanhava o entendimento do TEDH, tendo adotado fundamentação semelhante em caso referente à recolha de material biológico para obtenção de ADN. Outro fundamento utilizado pelo TC português é o de que essa espécie de elemento probatório se trata de uma perícia de resultado incerto, que pode resultar tanto em uma condenação como em uma absolvição. Dessa forma, não ocorreria qualquer violação à presunção de inocência e ao direito à não autoincriminação²⁰⁵.

²⁰³ “The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.” (§69).

²⁰⁴ “Similarly, the Court has consistently held that the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use, in criminal proceedings, of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood, urine, hair or voice samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.” (§36).

²⁰⁵ Assim foi decidido no paradigmático Acórdão nº 155/2007 do Tribunal Constitucional Português, sobre a matéria (12.1.5): “Ora, entende o Tribunal, no seguimento da jurisprudência e doutrina acabada de citar, que o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar

Na Alemanha, o principal critério estabelecido quanto à abrangência do *nemo tenetur* tem sido a diferenciação quanto à existência de uma cooperação ativa ou de mera tolerância passiva por parte do indivíduo²⁰⁶. Nos casos em que há necessidade de uma conduta por parte da pessoa para que seja obtido o meio de prova, incide o direito à não autoincriminação. Nas demais hipóteses, ele é obrigado a tolerar a atuação do Estado na busca pelos elementos probatórios.

Essa teoria está baseada na ideia de que a autonomia pessoal é afetada de forma mais incisiva quando ao indivíduo é estabelecida uma obrigação de colaborar de forma ativa com a persecução penal em seu desfavor do que quando não cabe a ele esta cooperação²⁰⁷. A legislação alemã parece ter encampado esta teoria, sendo certo que a coleta de prova através de intervenções corporais é expressamente admitida pelo StPO (por exemplo: § 81a – exame sanguíneo, § 81f – exame genético).

É notória a inclinação jurisprudencial, tanto na América do Norte como na Europa, principais centros de desenvolvimento deste direito no mundo, no sentido de excluir do seu campo de incidência intervenções corporais como a realizada para recolha de material biológico obtenção de perfil genético. Seja por não se caracterizar como elemento comunicativo (Suprema Corte dos EUA), seja por possuir existência independente da vontade da pessoa (TEDH e TC português) ou até mesmo por se caracterizar como elemento obtido através de tolerância passiva, não de uma conduta ativa (Alemanha), a intervenção corporal para obtenção de material genético não se encontra no âmbito de incidência do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

declarações, não abrangendo, como igualmente se concluiu na sentença do TEDH supracitada, o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN. Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação. Assim sendo, não se pode sustentar, ao contrário do que pretende o recorrente, que as normas questionadas contendam com o privilégio contra a auto-incriminação.”. (grifo no original). Em doutrina, sustentando também que a perícia de resultado incerto não configura violação ao direito à não autoincriminação, Bárbara Santa Rosa, “Problemas éticos do uso da genómica individual na investigação criminal”, In: *Princípios de Genética Forense* (coord. Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 184.

²⁰⁶ Cfr. Roxin, *Derecho Procesal...*, p. 290. Em Portugal, a teoria também encontra amparo na doutrina de Manuel da Costa Andrade, *Sobre...*, pp. 127-132, que destaca algumas dificuldades práticas em estabelecer a diferenciação entre uma ação positiva e o tolerar passivo, sem que seja relacionado o caso da recolha do ADN. Parece realmente não se tratar de um dos casos onde tal dificuldade apareça, não havendo dúvida acerca de existência de uma mera passividade.

²⁰⁷ Cfr. Sandra Oliveira e Silva, *O arguido...*, p. 645.

Em que pese estes sejam os critérios prevaletentes quanto à delimitação do direito à não autoincriminação, outras teorias divergentes também conduzem à mesma conclusão. Como exemplo, outra delimitação do conteúdo do direito é estabelecida, na doutrina portuguesa, através do aprofundado trabalho desenvolvido por Sandra Silva. Para esta autora, “a prerrogativa contra a autoincriminação deve ser perspectivada como instrumento de salvaguarda da autonomia e liberdade do arguido na revelação do seu conhecimento sobre os factos, proscrevendo o acesso pelo Estado aos saberes probatórios da pessoa investigada não voluntariamente exteriorizados”²⁰⁸. Por estar circunscrito o conteúdo normativo do *nemo tenetur* ao conhecimento sobre os fatos – com a observação da autora quanto à exclusão da incidência quando a revelação deste conhecimento for realizado de forma voluntária em outros contextos –, não impede a sujeição coativa a medidas investigativas incidentes sobre o corpo²⁰⁹.

Não obstante, doutrina respeitável adota uma concepção maximalista do direito, que induz à consideração da inexistência de qualquer dever de colaboração na produção da prova por parte do indivíduo sobre o qual recai ou pode recair a persecução penal²¹⁰. Sob tal perspectiva, as intervenções corporais, que não correspondem à esfera de comunicação do indivíduo, ainda que tenham existência independente da sua vontade, e mesmo que se caracterizem como uma mera tolerância passiva do sujeito, estariam inseridas no conteúdo do direito à não autoincriminação.

Este entendimento, de natureza extremamente garantística, não parece encontrar amparo nos fundamentos que originam o direito. Inicialmente, porque o *nemo tenetur* se baseia em uma ideia de equidade e paridade de armas. A partir do momento em que qualquer dado corporal fica resguardado pelo direito, torna-se excessivamente árdua a tarefa do Estado em desvelar os casos criminais. A decorrência deste excesso de proteção individual é um evidente desequilíbrio em favor do indivíduo e em desfavor do interesse comunitário.

Ademais, no que diz respeito à integridade moral da pessoa como fundamento do *nemo tenetur*, o que se deve ter em consideração é que visa impedir que se estabeleça uma

²⁰⁸ Idem, pp. 699-700.

²⁰⁹ Idem, pp. 700-701.

²¹⁰ Neste sentido, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O Direito...*, p. 25. No mesmo sentido, Paulo Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal*, 3ª reimp., Almedina, Coimbra, 2015, p. 210; Maria Elizabeth Queijo, *O direito...*, p. 428.

obrigação de que ela produza a prova contra si, não a de sujeição a que o Estado obtenha acesso a uma prova que já possui existência, ainda que a extraia do seu corpo.

A expansão exagerada do direito acaba por caracterizar uma ausência de delimitação do seu âmbito de proteção. Feita uma análise generalista, tudo que está relacionado à pessoa pode ser passível de incriminá-la e, de acordo com esse entendimento, portanto, estaria protegido pela norma. A consequência desta concepção é que todas as questões serão resolvidas através da ponderação entre os direitos em colisão, sem que tenha sido realizado um esforço metodológico para a densificação do âmbito de proteção do direito. Esse tipo de abordagem acaba por justificar a crítica no sentido de que se está em processo de substituição do Estado-de-Direito pelo Estado-da-Ponderação²¹¹. Uma delimitação criteriosa do conteúdo normativo do direito, impedindo um alargamento excessivo do seu âmbito de proteção, ajuda a evitar que decisões sejam proferidas de forma pouco consistente.

Entende-se que o *nemo tenetur se ipsum accusare*, assumindo a natureza de princípio também está sujeito à ponderação, se tratando de um direito relativo²¹². Tal reconhecimento não induz à consideração de que a questão das intervenções corporais esteja por ele abarcada, pois elas não integram seu conteúdo normativo. Portanto, o processo de ponderação que envolva a questão dessas intervenções não deve ter esse direito como parâmetro.

Mas ainda que se entenda poder ser utilizado o princípio da não autoincriminação para a ponderação na questão das intervenções corporais, em se tratando de recolha de material genético através da mucosa bucal, com a utilização do difundido método da zaragatoa bucal, pode ser constatada a proporcionalidade da medida. Os critérios de necessidade e adequação são facilmente superados, na medida em que não somente é um meio eficaz, mas o que possui maior efetividade para realização da identificação da autoria delitiva.

²¹¹ Nesse sentido, Sandra Oliveira e Silva, *O arguido...*, p. 693.

²¹² No sentido de que o *nemo tenetur* está sujeito à ponderação, em tema que não versa sobre a questão da recolha do ADN, se posicionou o TC português, através do Acórdão nº 298/2019, item 17: “É verdade que tal utilização no âmbito do processo penal tributário implica um *desvio de fim* (os documentos entregues ao abrigo de deveres de cooperação e sob a ameaça de sanções são utilizados para uma finalidade diferente daquela que justificou a sua entrega), mas o mesmo, além de eventual e consequencial, ainda se pode considerar justificado com base na ponderação feita entre os benefícios para o interesse público alcançado e os custos impostos por tal solução para o interesse da defesa penal do contribuinte.”.

No que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito, identifica-se como amplamente minoritário o entendimento de que esse tipo de intervenção corporal esteja inserido no âmbito do *nemo tenetur*. Portanto, caso seja necessário chegar à ponderação, o que somente ocorre se adotada uma teoria maximalista do direito, não é possível desconsiderar que se trata de uma intervenção corporal realizada através de mera tolerância, de forma indolor²¹³, através da coleta de uma informação que independe da vontade do sujeito. Ademais, seu resultado é incerto, não necessariamente lhe trazendo algum prejuízo. Todos esses elementos permitem concluir que estar-se-á a cuidar da área mais periférica do direito à não autoincriminação.

Por outro lado, deve-se ter em conta que a análise do ADN normalmente se destina a solucionar alguns dos mais importantes delitos previstos nos ordenamentos jurídicos, como o homicídio, estupro, roubo, furto, casos de violência doméstica, dentre outros.

A ausência de uma solução de casos desta envergadura constitui um enfraquecimento no direito à segurança tutelado pela efetividade da justiça penal. Logo, a importância da satisfação do direito à segurança através da realização da justiça penal nesses casos é, no mínimo, moderada, sendo superior à intervenção no direito à não autoincriminação, que é de pequena intensidade.

Na hipótese da imediata confrontação do perfil genético inserido na base de dados como amostra-referência com amostras-problema de crimes anteriores, essa superioridade é ainda acentuada, na medida em que, além da possibilidade de que seja o perfil atrelado a crime de elevada gravidade, é factível que seja solucionada uma pluralidade de delitos que estejam pendentes de resolução.

Certo é que, nesta hipótese específica que constitui o principal interesse deste trabalho, outros delitos estatuídos como de menor ofensividade, de acordo com a escala penal, pendentes de solução, também poderão estar inseridos na base de dados das amostras-problema. Contudo, além destes normalmente não serem os principais beneficiários da análise do ADN, merece destaque o fato de que os bens jurídicos amparados pelo direito penal são os selecionados como mais relevantes dentro do ordenamento jurídico, não se podendo minimizar sua importância.

²¹³ Nesse sentido, V. Artigo 9º-A da LEP: “Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.”.

Quando se pensa na realidade brasileira, não há como afastar dessa análise o fato de que é baixíssimo o percentual de solução de crimes no país, com especial relevância para o homicídio²¹⁴. Logo, a proporcionalidade que é demonstrada de maneira geral para este tipo de medida quando confrontada com o *nemo tenetur*, quando considerada sob os aspectos fáticos relacionados à impunidade no Brasil é ainda mais evidenciada.

Nota-se, portanto, que mesmo a adoção do entendimento que confere uma elasticidade extrema ao conteúdo do direito à não autoincriminação não será impeditiva, aplicados os métodos de análise de proporcionalidade da medida, quanto à obtenção de material genético para identificação da autoria de delitos, em especial quando se trata de utilização do perfil genético obtido para formação da base de dados de ADN.

Não se conhece legislação internacional que institua uma base de dados de ADN e impeça a comparação da amostra-referência com as amostras-problema nela previamente inseridas. Tampouco, de acordo com a jurisprudência internacional dos principais países democráticos, existe impedimento à recolha de material genético de forma coerciva sob fundamento de violação ao direito à não autoincriminação, seja quanto à hipótese de comparação direta, seja no que concerne à utilização do perfil genético da base de dados para comparação com as amostras-problema anteriores.

No Brasil inexistente orientação jurisprudencial acerca da matéria referente à possibilidade de recolha coativa do material biológico. A questão não possui jurisprudência sedimentada no âmbito dos Tribunais Superiores brasileiro, mas já existem algumas decisões que se orientam, de forma correta, no sentido de reconhecer que o *nemo tenetur se ipsum accusare* não obsta a admissibilidade da recolha de material corporal para servir como prova²¹⁵.

É desejável que inexistam uma grande discrepância quanto à concepção desses direitos relacionados ao processo penal, na medida em que a transnacionalidade é uma

²¹⁴ Cfr. Grupo de Persecução Penal da ENASP (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública), *Relatório Nacional da Execução da Meta 2 : Um Diagnóstico da Investigação de Homicídios no País*, Brasília, Conselho Nacional do Ministério Público, 2012, p. 22, estima-se, de acordo com pesquisas realizadas, que o índice de elucidação de crimes de homicídio no Brasil varie entre 5% e 8%, sendo que este percentual é de 65% nos Estados Unidos, no Reino Unido é de 90% e na França é de 80%. Ademais, tendo por referência Estudo Global sobre Homicídios, produzido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes - UNODC, verifica-se que o Brasil, no ano de 2009, tinha o maior número absoluto de homicídios do mundo (43.909), mais do que a Índia (40.752), que tinha o equivalente a cinco vezes a população brasileira e maior volume de pessoas vivendo abaixo da linha da miséria.

²¹⁵ STJ: HC nº 407.627/MG, HC nº 536.114/MG.

característica cada vez mais presente nas atividades criminosas, exigindo, em diversas circunstâncias, uma colaboração mútua entre os Estados para sua solução. Por tal razão, o estudo comparado no que diz respeito a essa questão é de extrema importância quando se trata do uso da bioinformação.

Ademais, não se pode olvidar que se trata de um direito fundamental amplamente reconhecido e que possui um mesmo fundamento lógico, calcado na integridade pessoal dos indivíduos, no livre desenvolvimento da personalidade, na garantia de um processo equitativo e na presunção de inocência. Isso tudo aliado ao fato de que o *nemo tenetur se ipsum accusare* está previsto no ordenamento jurídico brasileiro de forma semelhante ao instituído nos diplomas internacionais de direitos humanos, normalmente utilizados como parâmetro normativo deste direito, razão pela qual convém conferir aproximação quanto à sua interpretação.

Para delinear o âmbito de proteção do direito à não autoincriminação, é importante que os Tribunais brasileiros tenham por consideração a aplicação do referido direito nos sistemas dos outros países democráticos onde é reconhecido. Em nenhum dos sistemas que se caracterizam como principais fontes de inspiração quanto ao tema para o direito brasileiro há impedimento da recolha de material corporal para obtenção de ADN.

Ao mesmo tempo em que é salutar observar os outros ordenamentos, não deve ser desconsiderado que a densificação do conteúdo do direito poderá variar de acordo com a realidade de cada Estado e do que estiver estabelecido no seu ordenamento jurídico. Tendo isso em conta, a observação de que o texto previsto na CRFB é bastante restritivo quanto à consagração do direito é imperativa, não sendo admissível inovar interpretativamente a ponto de conferir à norma uma extensão que em nada se aproxima do seu texto.

Nos ordenamentos jurídicos em que o texto constitucional orienta e condiciona o sentido e a amplitude do direito à não autoincriminação, existe necessariamente uma maior limitação quanto à possibilidade de ponderação, ao contrário do que se verifica nos ordenamentos onde inexistia texto constitucional estabelecendo o direito²¹⁶. O texto da norma é importante balizador quanto ao seu âmbito de proteção. No caso do Brasil, como o texto é restritivo, caso se estabeleça alguma diferenciação quanto ao posicionamento adotado em outras ordens jurídicas, especialmente naquelas onde inexistia previsão constitucional expressa do direito, ela deve possuir um viés mais redutor do que estas.

²¹⁶ Cfr. Sandra Oliveira e Silva, *O arguido...*, p. 694 (nota 1589).

Isso não quer dizer que todas as ingerências corporais sejam juridicamente admissíveis. Significa que não será o direito a não produzir prova contra si aquele que poderá retirar a juridicidade da medida, mas, eventualmente, outro direito fundamental que seja atingido desproporcionalmente. Assim, quando ingerências corporais possam ser consideradas inconstitucionais, não será o *nemo tenetur* o direito violado, mas sim outros princípios de índole constitucional, a depender do caso concreto²¹⁷.

3.1.1.2.3) Direito à integridade física

O direito à integridade física, juntamente com a integridade moral, é um componente do direito à integridade pessoal. Este se caracteriza como um direito “organicamente ligado à defesa da pessoa como tal”²¹⁸. O direito à integridade física, como seu desdobramento, é um direito a que seja mantido intacto o corpo do indivíduo, ou seja, que não seja afetado por interferências de terceiros.

O debate quanto a eventual ofensa à integridade física quando da recolha da amostra deve ser iniciado mediante a verificação quanto ao tipo de material coletado e à técnica a ser utilizada no exame em questão. Já foi relatado que diversos são os materiais biológicos humanos que permitem a extração do perfil de ADN, dentre eles o sangue, os pelos, o sêmen e a saliva. Em que pese se diferenciem quanto à dificuldade na obtenção do perfil genético a partir de cada um²¹⁹, todos são de grande utilidade, em especial quando se trata da recolha de amostras-problema, onde qualquer vestígio é importante para que se busque a identificação do delinquente.

No que diz respeito à coleta de amostra diretamente de uma pessoa específica, a saliva tem sido o principal material corporal utilizado para esta finalidade. A recolha de células da mucosa bucal é realizada através da utilização de zaragatoa (uma haste com duas

²¹⁷ Cfr. Eugênio Pacelli de Oliveira, *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2012, pp. 180-181.

²¹⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, p. 454.

²¹⁹ Sobre as técnicas e dificuldades para extração do ADN das espécies de amostras referidas (sangue, sêmen, saliva e pêlos), V. Maria de Fátima Pinheiro, “A Perícia em Genética e Biologia Forense – Criminalística Biológica”, *In: CSI Criminal* (org. Maria de Fátima Pinheiro), Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 32-35.

extremidades de algodão). Cada um dos seus lados deve ser esfregado na parte de dentro das bochechas, de forma a que seja obtido o material necessário ao exame²²⁰.

A descrição quanto ao método de se coletar a amostra demonstra que ele, apesar de estar afeto à esfera da intimidade da pessoa, se dá de forma indolor. Quando a zaragatoa é roçada na parte interna da boca do indivíduo, a ela é aderida a mucosa que é produzida naturalmente pelas pessoas, não provocando qualquer constrangimento ou ferimento. O procedimento não é capaz de ensejar qualquer afetação à segurança ou à saúde do indivíduo.

A ausência de uma lesão não denota a inexistência de uma afetação no direito à integridade corporal do indivíduo. A partir do momento em que o Estado intervém forçosamente sobre o corpo da pessoa, retirando dele algum tipo de material, existe uma interferência no respectivo direito fundamental. Resta verificar se, considerada sua intensidade e sua finalidade, esta atuação estatal está em conformidade com o sistema constitucional²²¹.

Considerado como um princípio, o direito à integridade corporal não se reveste de caráter absoluto, podendo ceder quando confrontado com outros direitos fundamentais. Nesse sentido, uma análise de importância central é quanto ao grau da interferência na integridade corporal em virtude da recolha de amostra de saliva através do método da zaragatoa bucal.

Já foi observado que a raspagem da mucosa bucal não causa lesão importante, nem gera sofrimento físico ou mental. Diante dessa constatação, pode-se afirmar que a coleta do material bucal através dessa técnica constitui uma interferência de pequena importância no direito à integridade corporal²²². Imaginando-se o universo de hipóteses de afetação deste direito, é possível vislumbrar situações em que ele é atingido de forma muito

²²⁰ Cfr. Maria João Porto, “Colheita e acondicionamento de amostras biológicas para identificação genética”, *In: Princípios de Genética Forense* (coord. Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 24, que destaca ser recomendável, no caso de ser o único material recolhido, que sejam utilizadas duas zaragatoas, para que seja feito o processamento em duplicado.

²²¹ Nesse sentido, V. Acórdão nº 155/2007 do Tribunal Constitucional Português (item 12.1.1).

²²² Nesse sentido, já se manifestou o TEDH no caso CARUANA v. MALTA – Application no. 41079/16 (§41). O TC português também já decidiu no mesmo sentido, através dos acórdãos nº 155/2007 e nº 228/2007. Essas decisões consideraram que, pela análise de proporcionalidade, a medida seria plenamente justificável. Também nesse sentido já se pronunciou a Suprema Corte do Canadá, no caso R. v. R.C., [2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61 (§26). Neste último, considerando as circunstâncias do caso concreto, o fato de se tratar de menor de idade e a legislação local, se entendeu que não deveria ser recolhido o perfil genético do jovem, em prestígio à “informational privacy”.

mais gravosa. Retirar da principal via de acesso ao corpo – a boca – uma substância que ele produz de forma constante e espontânea, sem que seja causado qualquer sofrimento ao indivíduo, constitui uma restrição mínima ao seu direito.

A quase irrelevância da coleta da mucosa bucal para o direito à integridade física²²³ permite concluir que, ainda que a satisfação dos direitos em contraposição fosse pequena, haveria proporcionalidade na sua restrição, ou seja, a integridade física não constituiria qualquer óbice para a coleta da amostra biológica através da saliva. Entretanto, já se destacou a importância para a realização de justiça e para o direito à segurança na elaboração de uma base de dados de ADN, o que acentua ainda mais o atendimento ao princípio da proporcionalidade na utilização da zaragatoa bucal para esta finalidade.

Destaque-se que, até mesmo medidas que afetam de forma mais intensa o direito à integridade física, como é o caso da coleta de sangue, têm sido admitidas como legítimas para apuração de delitos pela jurisprudência europeia, bem como pela portuguesa²²⁴. Portanto, a argumentação de violação da integridade física não é suficiente para ser constituída como óbice à obtenção do perfil genético de indivíduos que não tenham prestado seu consentimento quanto à recolha do material biológico.

²²³ Considerando, ainda, a existência de interferência no direito à integridade física pela utilização da zaragatoa bucal, Patrícia Naré Agostinho, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 76; Mário Ferreira Monte, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?”, *In: Revista do Ministério Público*, ano 27, nº 108, 2006, pp. 260-262; Marta Maria Botelho, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 213-216. Entendendo que nessa forma de coleta do material biológico sequer existiria qualquer problema quanto à integridade física, Helena Moniz, “A Ciência do Crime: Da recolha de provas à base de dados de perfis de DNA”, *In: A ciência na luta contra o crime: Potencialidades e limites* (org. Susana Costa e Helena Machado), Húmus, V. N. de Famalicão, 2012, p. 32; Helena Soletto, “DNA Data in Criminal Procedure in the European Fundamental Rights Context”, *In: Recent Advances in DNA and Gene Sequences*, vol. 8, issue 2, Bentham Science Publishers, 2014, p. 93. De qualquer forma, seja um ou outro o entendimento quanto à interferência no direito à integridade física, é certo que este direito não se configura como óbice à recolha do material biológico para fins de extração do ADN.

²²⁴ Em âmbito continental, v. decisões do TEDH nos casos SAUNDERS v. UNITED KINGDOM – Application no. 19187/91 (§69) e JALLOH v. GERMANY – Application no. 54810/00 (§70) (*obiter dictum*). Na jurisprudência portuguesa, o TC, através do acórdão nº 418/2013 assim de pronunciou: “Ora, a recolha de amostra de sangue, envolvendo uma punção venosa e a subtração de material biológico que não seria naturalmente expelido pelo organismo, corresponde a uma interferência na integridade física de outrem. Porém, tendo em conta as características de tal intervenção — nomeadamente o facto de ser obrigatoriamente realizada em estabelecimento de saúde, com observância das *leges artis* médicas; o grau de afetação da integridade corporal envolvido, designadamente a duração, a dor ou incómodo infligido, bem como a reversibilidade da lesão, na perspectiva da facilidade de recuperação dos tecidos afetados e da sua (ir)relevância no contexto do funcionamento global do organismo — poderemos concluir que se traduz numa violação do direito à integridade física do visado de grau muito baixo.”

3.1.1.2.4) Direito à privacidade

Diante do caráter recente da identificação por ADN, que é também dependente e influenciado pelos avanços tecnológicos, essa ciência está em constante desenvolvimento. Isso permite que se avance cada vez no que diz respeito ao volume de informações extraíveis das amostras. Ainda não se conhece, por completo, quais as potencialidades de obtenção de informações acerca de uma pessoa através da análise do seu material biológico, estando a ciência ainda em evolução quanto a este aspecto. Tal circunstância leva a que a medida tenha sido (e continue a ser) alvo de questionamentos ético-jurídicos, tendo o direito à privacidade papel relevante nessa consideração.

O corpo corresponde à própria existência humana e particulariza a pessoa, figurando como um dos principais vértices da estrutura da privacidade. Os dados genéticos de um indivíduo se constituem como elementos que fazem parte de sua essência, intrínsecos à sua individualidade e sua composição material. Eles trazem informações caracterizadoras da pessoa, como sua constituição familiar, seu gênero e sua identificação.

Ainda que de difícil conceituação, conforme já visto no item 2.2.1.4, a privacidade pode ser encarada sob as perspectivas física e informacional. Para que seja feita a recolha do ADN do indivíduo, é necessário o acesso ao seu corpo, o que já configura alguma restrição à privacidade, ante à natureza essencialmente pessoal daquele. Soma-se o fato de que, na medida em que as informações genéticas correspondem a informações referente a uma questão privativa do indivíduo, o conhecimento acerca dela por parte do Estado também configura uma restrição ao direito fundamental à privacidade.

Assim, à formação das bases de dados de ADN, como resultado da recolha da amostra biológica, com a consequente extração das informações dela decorrentes, corresponde uma restrição ao referido direito fundamental, ainda que as informações extraídas estejam restritas à região não codificante.

Resta verificar se essa restrição deve ser aceita, passando pelo crivo do princípio da proporcionalidade ou se é caracterizada como uma medida desproporcional e, consequentemente, antijurídica.

Reconhecido que existe uma restrição de privacidade, impende destacar, em contraposição, que o banco de dados de ADN tutela adequadamente outros direitos fundamentais. Nesse sentido, merece ser pontuado, *ab initio*, que o TEDH reconhece que

a formação dessas bases de dados cumpre os objetivos legítimos de prevenção do crime e proteção dos direitos e liberdades de terceiros²²⁵.

Na medida em que sua eficácia identificativa é bastante considerável, ela é necessária, representando um importante papel de garantia do direito à segurança. Genericamente, ela vem a corporificar uma demanda social por eficiência no combate à criminalidade. Prescindir deste tipo de desenvolvimento científico para garantir segurança às pessoas, poderia configurar, inclusive, uma proteção insuficiente por parte do Estado nos tempos atuais.

O estabelecimento de um banco de dados de ADN satisfaz os direitos e liberdades de forma bastante significativa, enquanto a restrição à privacidade, genericamente considerada, não é elevada a ponto de impedir totalmente que seja ele criado.

Entretanto, esse balanceamento e as eventuais restrições deverão ser feitos de acordo com questões específicas, como a avaliação acerca da possibilidade de obtenção de informações codificantes ou não codificantes, grupos de pessoas sujeitas à medida e conservação de amostras e perfis.

Sua implementação é corretamente tratada pela jurisprudência do TEDH como uma interferência no direito à privacidade “necessária numa sociedade democrática”²²⁶.

²²⁵ A jurisprudência do TEDH reconhece que as bases de dados de ADN representam uma restrição ao direito à vida privada. Não obstante, possui firme posição no sentido de que são admitidas, tratando-se de uma restrição necessária em uma sociedade democrática. Nesse sentido, V. S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM – Applications nos. 30562/04 and 30566/04; VAN DER VELDEN v. THE NETHERLANDS – Application no. 29514/05; PERUZZO AND MARTENS v. GERMANY – Applications nos. 7841/08 and 57900/12; CARUANA v. MALTA – Application no. 41079/16.

²²⁶ Merece destaque o seguinte trecho da decisão do TEDH em S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM – Applications nos. 30562/04 and 30566/04: “101. An interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need” and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”. While it is for the national authorities to make the initial assessment in all these respects, the final evaluation of whether the interference is necessary remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention (see *Coster v. the United Kingdom* [GC], no. 24876/94, § 104, 18 January 2001, with further references).

102. A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual’s effective enjoyment of intimate or key rights (see *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 82, 27 May 2004, with further references). Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider (see *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V).”

Criar bases de dados de ADN é uma medida necessária diante do contexto de criminalidade atual, cada vez mais violenta, transnacional e organizada, cujo combate não pode dispensar o auxílio de técnicas científicas avançadas. A privacidade será preponderante para ponderar a extensão das informações, tanto quantitativamente como qualitativamente.

Logo, não se admite considerar a privacidade como óbice completo à formação de bases de dados de ADN, mas como um direito a ser avaliado diante de questões específicas relacionadas à sua formação.

Alguns temores específicos são relacionados quando se trata da formação desse tipo de banco de dados, sendo o principal deles a possibilidade de conhecimento acerca de informações relacionadas à saúde das pessoas. Por este motivo, existe grande preocupação quanto à retenção das amostras biológicas pelo Estado, o que viabilizaria eventual extração dessas informações. Ainda que as amostras não sejam guardadas, o problema surge também em decorrência dos tipos de marcadores genéticos analisados (ADN codificante e ADN não codificante – desde já adiantando que somente este poderá ser obtido da pessoa identificada²²⁷), que eventualmente podem permitir o conhecimento de informações quanto à propensão ao desenvolvimento de determinados tipos de patologia.

O caráter sensível desse tipo de dados enseja alguns questionamentos e deve ser observado pelo Estado, por se tratar de informação que possui elevado risco de gerar discriminação e exclusão. As informações sobre a saúde da pessoa, destacadamente, trazem consigo enorme receio de destinação para finalidades distintas, em especial o de que cheguem ao conhecimento das companhias de seguro²²⁸.

Ocorre que tal receio é minimizado na medida em que somente se venha a admitir o acesso à região não-codificante da célula, que não tem a funcionalidade de revelar informações sensíveis referentes à saúde da pessoa. Entretanto, como se trata de ciência relativamente recente e em desenvolvimento, ainda que a região não-codificante restrinja bastante as informações disponíveis sobre a pessoa, não se sabe ao certo ainda o que pode dela ser extraído.

Para além disso, ainda que não se possa conhecer informações acerca da saúde do indivíduo, o ADN não codificante permite o conhecimento acerca da parentalidade,

²²⁷ V. item 3.2.

²²⁸ Cfr. Francisco Corte-Real, "A Base...", p. 64, especificamente quanto ao risco referente à manutenção das amostras biológicas.

conectando indivíduos, que às vezes sequer têm conhecimento acerca de seus vínculos parentais, bem como inferências acerca da ascendência biogeográfica.

Por outro lado, as próprias bases de dados são recentes, o que ainda gera certa desconfiança quanto à sua gestão e eventual possibilidade de desvio na sua utilização, seja quanto ao fornecimento de informações a terceiros, seja no que concerne à própria utilização pelo poder público. Portanto, ainda que reduzido o espectro de interferência no direito à privacidade em virtude do tipo de informação obtida, existem certos receios que não devem ser desconsiderados nessa análise.

No que concerne ao aspecto material, de acesso ao corpo do titular dos dados, é possível notar que o método de recolha do material biológico normalmente recomendado é através da zaragatoa bucal. Trata-se de um método não invasivo, conforme reconhecido expressamente pelo artigo 2º, viii, da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos.

Esse reconhecimento internacional permite compreender que, no aspecto de afetação corporal relacionado ao direito à privacidade, a afetação a este direito é de grau bastante reduzido. Portanto, nota-se que o direito à privacidade não é significativamente atingido quando se trata da elaboração de um banco de dados de ADN. O que deve ser verificado é se a satisfação ao direito à segurança é suficiente a justificar sua existência.

Para realizar tal operação, se faz relevante abordar a questão quanto aos grupos de pessoas que serão afetados pela medida, o que será analisado com maior detalhamento no item 3.3 do trabalho. De acordo com cada um deles será possível realizar uma avaliação quanto ao equilíbrio dos direitos fundamentais, tendo em conta a intensidade da intervenção em um direito e a importância da satisfação do outro.

A implementação legítima desse tipo de banco de dados vai exigir a observação criteriosa dos limites éticos e constitucionais, que não devem ser ultrapassados. Eles ditarão qual será a possibilidade expansiva do banco de dados, determinando sua abrangência máxima permitida. Por outro lado, o grau de restrição à medida não deve ser exagerado a ponto de esvaziá-la e torná-la ineficaz²²⁹.

²²⁹ O Acórdão nº 155/2007 do Tribunal Constitucional Português traz precisa lição de Canotilho em um parecer juntado aos autos daquele processo: "Gomes Canotilho, que começa por afirmar que "o recurso ao ácido desoxirribonucleico (DNA) é, pelo seu elevado grau de fiabilidade, certamente o caminho do futuro, discutindo-se, quando muito, os limites que devem rodear a informação assim obtida", acrescenta que "as virtualidades das análises de DNA como meio de investigação criminal são incontornáveis, não

Em contraposição, quando as restrições são elevadas, os propósitos de prevenção de criminalidade, realização da justiça e, conseqüentemente, tutela do direito à segurança não são atingidos adequadamente, praticamente inviabilizando o instituto. Se o número de perfis genéticos na base de dados é muito pequeno, as chances de verificação de uma coincidência ficam bastante reduzidas. Conforme seja ampliada a alimentação do banco de dados, maior a probabilidade de que ocorra a correspondência entre uma amostra-problema e uma amostra-referência.

As bases de dados de ADN têm sido reconhecidas como um relevante instrumento de combate à criminalidade. O armazenamento de um número considerável de perfis genéticos e a manipulação de dados genéticos em grande escala levaram a significativas transformações nos sistemas criminais dos países com maior desenvolvimento desses bancos de dados, diante do seu sucesso e comprovada utilidade²³⁰.

Por se tratar de um procedimento relativamente recente, a análise acerca da experiência da implementação dos bancos de dados nos diversos países é fundamental para que tais parâmetros sejam adequadamente estabelecidos. Nesse sentido, é importante observar que há países com regramentos mais expansivos quanto à formulação dos bancos de dados de ADN e outros com viés mais restritivos²³¹.

Diversos são os aspectos onde pode haver discordâncias e distorções no que se refere a esta matéria. Discute-se acerca dos grupos de pessoas que poderiam estar abrangidas quanto à recolha do ADN, bem como quais espécies de informações podem dele ser extraídas. Divergências existem, ainda, quanto à possibilidade de conservação do material biológico, além do perfil genético, além da necessidade de estabelecimento de prazo para apagamento tanto deste quanto daquele, caso admitido. Dentro de todo esse

podendo ser escamoteada a [sua] importância [...] para a prossecução da verdade material em processo penal" e sublinhando mesmo que "desse objectivo [prossecução da verdade material] depende em larga medida a legitimação do Estado de direito material e das respectivas instituições junto da opinião pública, condição de viabilidade a prazo de uma ordem constitucional livre e democrática". (12.2.2)

²³⁰ Cfr. Filipe Santos; Susana Costa; Helena Machado, "A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre sua operacionalização", In: *A ciência na luta contra o crime: Potencialidades e limites* (org. Susana Costa e Helena Machado), Húmus, V. N. de Famalicão, 2012, p. 100. Ainda, para constatação de que a utilização do ADN possui reflexo muito positivo na solução de casos e na promoção do direito à segurança, com a indicação de diversos estudos nesse sentido, V. Amitai Etzioni, *Privacy...*, pp. 171-175.

²³¹ Essas inclinações podem ser observadas de forma comparada em Helena Machado, Helena Moniz, Filipe Santos, Susana Silva, *Bases de dados genéticos com fins forenses: Análise comparativa de legislação europeia*, Coimbra, outubro de 2011.

contexto, se faz necessário resguardar a confidencialidade dos dados através da adoção de procedimentos que garantam a autodeterminação informacional²³².

Não existe um modelo único para a formação das bases de dados de ADN, o que se constata pelas divergências envolvendo os aspectos acima relacionados. Contudo, alguns países que criaram suas bases de dados sob uma vertente mais restritiva têm alterado suas legislações para expandirem a capacidade delas, sem que isso se caracterize como ausência de salvaguarda dos direitos individuais²³³.

Isso demonstra que muitos países foram cautelosos em excesso na sua implementação e passaram a perceber que é necessário expandir seus bancos de dados para que possuam significativa efetividade. Ademais, o fluxo de informações transfronteiriço demanda alguma forma de cooperação entre os Estados, o que demanda certo grau de eficiência que somente pode ser atingido através da evolução dos bancos de dados.

Percebe-se que problemática não é a recolha do material biológico, tampouco a formação do banco de dados para finalidade de investigação criminal. São questões consideradas legítimas e necessárias dentro do convívio em sociedade. Defender o contrário significa estar do lado oposto à evolução da sociedade; significa ignorar que essa (r)evolução está essencialmente apoiada pelo desenvolvimento científico, e que a busca de segurança, pacificação social e realização de justiça penal dependem do seu emprego também em âmbito jurídico.

As contribuições da utilização do ADN para a coletividade são substanciais e suas intrusões nos direitos individuais são pequenas. Ademais, o uso do ADN possui um perfil

²³² O Considerando 33 da Diretiva (UE) 2016/680, *in fine*, estabelece que “o direito dos Estados-Membros que rege o tratamento de dados pessoais no âmbito da presente diretiva deverá especificar, pelo menos, os objetivos, os dados pessoais a tratar, as finalidades do tratamento e os procedimentos destinados a preservar a integridade e a confidencialidade dos dados pessoais, bem como os procedimentos para a destruição dos mesmos, proporcionando assim garantias suficientes contra o risco de abusos e de arbitrariedade.”.

²³³ Cfr. Artur Pereira, “Bases de Dados Genéticos”, *In: CSI Criminal* (org. Maria de Fátima Pinheiro), Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 111-119. Alguns exemplos elencados pelo autor são a lei Alemã de 2005 (complementando a lei de 1998 que permitiu o armazenamento de ADN), ampliadora do grupo de pessoas sujeitas à recolha do DNA; as leis francesas nº 2001-1062, de 15 de novembro de 2001, nº 2003-239, de 18 de março de 2003, nº 2004-204, de 9 de março de 2004, que acrescentaram diversos crimes na relação dos que permitem a recolha do ADN em caso de punição; na Holanda, as bases de dados foram inicialmente estabelecidas apenas com perfis de suspeitos por crimes com penas de 8 ou 6 anos, a depender do crime; em 2001 houve alteração legislativa para alargar o rol para crimes acima de 4 anos; houve uma alteração em 2003 para permitir a análise de características fenotípicas em amostras-problema não identificadas; e a lei de 16/09/2004, que entrou em vigor em 01 de fevereiro de 2005, estendeu as bases de dados para incluir não somente suspeitos, mas também os condenados por estes crimes, inclusive com efeito retroativo.

incomum, consistindo em fonte de ganhos para os dois elementos centrais do equilíbrio comunitário liberal. Eles não apenas aumentam significativamente o bem comum, mas também aumentam o direito dos indivíduos de serem afastados de suspeitas e, acima de tudo, exoneram centenas de indivíduos inocentes²³⁴.

3.1.2) (Des)necessidade de pronunciamento judicial?

3.1.2.1) *Recolha de material biológico*

Para a existência de adequação jurídico-constitucional na formação do banco de dados de ADN é imperioso que ele seja erigido por lei que seja certa e precisa, de forma a permitir que o indivíduo a ela adeque sua conduta. Diante da significativa restrição de direitos fundamentais que a medida constitui, se faz necessário conferir a ela densidade normativa para que não sejam surpreendidos os indivíduos a ela sujeitos.

No que diz respeito às amostras-problema, são recolhidas em locais de crime com a maior celeridade possível, a fim de impedir alguma contaminação do local que inviabilize a investigação criminal. Dessa forma, não há que se falar em decisão judicial para a obtenção desses vestígios, cabendo à autoridade responsável pela investigação sua realização.

No que se refere às amostras-referência, diante da inadmissibilidade atual da constituição de bancos de dados universais, que abranjam todos os indivíduos, as legislações de cada país têm estabelecido alguns grupos de pessoas sujeitas à medida. De forma mais ou menos restritiva, esses grupos normalmente são os que estão relacionados com casos envolvendo a prática de delitos (V. item 4.1.5).

No que diz respeito ao momento da recolha, é possível que ela seja realizada para servir como prova em investigação ou processo criminal já em curso, direcionada a pessoa específica, com eventual possibilidade de que integre o banco de dados para confrontos futuros. A outra possibilidade é de que seja efetivada especificamente para alimentação do banco de dados para utilização posterior.

A recolha feita para investigação de um caso concreto depende de análise das circunstâncias do caso, em especial os indícios de autoria quanto à pessoa a ser submetida

²³⁴ Cfr. Amitai Etzioni, *Privacy...*, p. 178.

ao exame, tendo em vista a incidência do princípio da presunção de inocência, além da necessidade em concreto da prova em questão.

A recolha incidente em uma investigação específica, para fins de comparação direta, deve ser regulada por normas processuais penais e, ainda que esses dados venham a integrar o banco de dados de ADN, o fundamento da recolha é diverso, carecendo de autorização judicial, em virtude da necessidade da análise circunstancial que enseje a restrição aos direitos fundamentais²³⁵.

A sistemática para obtenção do perfil genético quando existem requisitos objetivos previamente estabelecidos pode ser diversa. Quando destinado à integração ao banco de dados, ocasião em que não possui caráter processual, é suficiente a determinação legal, de forma objetiva, quanto a quais são os conjuntos de indivíduos que estarão sujeitos a este procedimento.

A questão já foi objeto de análise pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Em *Maryland v. King*, 569 U.S. 435 (2013) restou decidido que, como o sujeito estava sob custódia policial válida através de uma causa provável, seria desnecessária a exigência de um mandado, já que a busca deveria ser analisada através do critério de razoabilidade, não fundada em individualizada suspeita²³⁶. A razoabilidade seria determinada através da ponderação entre a promoção de interesses governamentais legítimos e o grau de intromissão na privacidade do indivíduo, efetivada através da lei do Estado de Maryland.

O processo penal anterior – ou em curso, se admitida inclusão de perfis de acusados – somente se configurará como o requisito para que o indivíduo esteja enquadrado na hipótese objetiva legalmente prevista. A recolha do material biológico quando destinado à alimentação do banco de dados não se trata de uma questão incidental a ser decidida no âmbito do processo, mas de uma medida de cunho administrativo. A previsão legislativa

²³⁵ No Brasil, o parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 12.037/09, estabelece a possibilidade de identificação criminal essencial à investigação criminal através de perfil genético: “Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.”.

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

²³⁶ Merece destaque, ainda, o fato de que o TEDH não estabelece como condição para a recolha do ADN a necessidade de prévia decisão judicial ou de órgão administrativo independente. Em outros casos, onde entende ser necessária tal medida, aquele Tribunal se pronunciou expressamente, como se verifica do caso *BIG BROTHER WATCH AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM* (Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15), §467.

quanto aos grupos sujeitos à medida pode ser suficiente para atender à exigência de segurança aos direitos fundamentais, permitindo que seja aferida judicialmente eventual desproporcionalidade do comando legal.

A adição da exigência de uma autorização judicial específica para a recolha do material biológico, neste caso, é uma faculdade do legislador, não sendo medida imprescindível ao legítimo funcionamento da base de dados e, muitas vezes, realmente desnecessária e prejudicial ao seu funcionamento.

Há países, como Portugal²³⁷, em que foi feita a opção legislativa pela necessidade de ordem judicial para que seja realizada a recolha do material a ser submetido à análise. No Brasil, por outro lado, o legislador ordinário determinou ser obrigatória a recolha do ADN, dispensando a necessidade de decisão judicial para tal providência²³⁸. Ressalte-se que a legislação brasileira, quando pretendeu estabelecer a necessidade de decisão judicial ao tratar dos efeitos da condenação nos artigos 91 e 92 do Código Penal, o fez expressamente no parágrafo único do artigo 92, não restando dúvida quanto à desnecessidade de manifestação judicial específica determinando a recolha.

Os sistemas em que foi efetuada uma exigência legislativa da necessidade de uma decisão judicial autorizadora da recolha do material biológico, podem ser diferenciados de duas formas. A primeira possibilidade é a de que os requisitos sejam objetivos e o pronunciamento judicial se trate de um poder-dever²³⁹. Em se tratando de uma

²³⁷ Artigo 8º, nº 1 e 2, da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro.

²³⁸ O artigo 9º-A da LEP não faz qualquer menção à necessidade de decisão judicial para recolha do material biológico ou inserção dos dados de ADN na base de dados. Ressalte-se que existe uma decisão judicial anterior que redundou na condenação criminal do indivíduo, mas inexistente a exigência de que seja determinada expressamente a recolha do material biológico. Merecem destaque o *caput* e o §4º do referido artigo: “Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.”

“§ 4º O condenado pelos crimes previstos no *caput* deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.”

²³⁹ Nesse sentido se manifestou o Tribunal da Relação de Coimbra, ao tratar da recolha do material genético de arguido condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, no acórdão referente ao processo nº 269/16.9GAACB-A.C1: “Com referência a dúvidas sobre os pressupostos que alguma jurisprudência colocava acerca dos termos em que haveria de processar-se a ordem de recolha de amostra com vista a obtenção do perfil de ADN do condenado, e com menção, inclusive, a dúvidas igualmente suscitadas sobre o seu alcance constitucional, concluiu-se não emergirem estas últimas e, por outro lado, ser implícita, visto o regime constante da conjugação dos n.ºs 2 e 6 do art.º 8.º da Lei n.º 5/2008, a aceitação de que a recolha de ADN, na situação de condenação em pena de prisão igual ou superior a 3 anos pela prática de crime doloso, incumbir ao juiz, não se tratando de mera faculdade mas sim de obrigatoriedade legal, o que lhe confere a natureza de um poder-dever.

obrigatoriedade e não de uma faculdade do juiz, tal decisão corresponde a um ato de reduzida utilidade, na medida em que o juiz se limitaria a averiguar a presença dos requisitos objetivos previstos em lei.

Uma segunda hipótese seria prever a necessidade de apreciação de um magistrado quanto a questões subjetivas de cada indivíduo, ainda que inserido em determinados grupos pré-estabelecidos. Tal exigência, que naturalmente se caracteriza como um fator de maior proteção dos direitos individuais, tem alguns aspectos negativos importantes.

Estabelecer a necessidade de um pronunciamento judicial a respeito da sujeição individualizada à medida significa a criação de um elemento dificultador quanto ao funcionamento da base de dados de forma eficaz, na medida em que restringe bastante a possibilidade de alimentação do sistema. A depender de uma análise subjetiva, a base de dados provavelmente viria a ser muito pouco desenvolvida.

Deve-se ter em consideração que a base de dados não encontra numa ótica individualista sua efetividade. Ela funciona através de mapeamentos mais genéricos e de considerável extensão, majorando a efetividade da justiça penal e desestimulando um maior número de pessoas a praticarem delitos. Portanto, tal avaliação deve ser realizada de maneira abstrata, de acordo com análises estatísticas e demandas sociais.

A análise subjetiva de requisitos hipotéticos, como eventual propensão do indivíduo específico a praticar novos delitos ou idade ou estado de saúde da pessoa, se trata de elemento dificultador do estabelecimento do banco de dados, o que acabaria por reduzir significativamente a determinação de recolha do material biológico. Ademais, resultaria em um casuismo judicial que levaria a uma assimetria de critérios, o que não atende à finalidade de um banco de dados coerentemente estruturado²⁴⁰. Portanto, a objetivização dos critérios para a recolha do material para alimentação dos bancos de dados se configura como medida mais adequada para este tipo de providência.

Regime e entendimento que se susceptível de dúvidas no primitivo regime foi definitivamente assumido com a redacção entretanto introduzida ao n.º 2 daquele art.º 8.º, através da Lei n.º 90/2017, de 22.08, cujo passou a ter a redacção seguinte: “A recolha de amostra em arguido condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, é sempre ordenada na sentença.” O entendimento acolhido no aresto citado afigura-se-nos efectivamente incontroverso, donde que sem mais delongas concluamos que a resposta à primeira questão é indubitavelmente a de que estando o arguido condenado a uma pena (única) de três anos e seis meses de prisão, se mostrava exigível que, desde logo, a sentença contivesse a ordem de recolha de amostra com vista a obtenção do seu perfil de ADN.”.

²⁴⁰ Cfr. Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, *Prova Genética...*, pp. 213-214.

No caso da recolha para alimentação do banco de dados, objetivizar as hipóteses através de lei, dispensando a necessidade de decisão judicial, confere maior efetividade à medida e, conseqüentemente, ao direito à segurança, sem que, por correspondência, sejam violados os demais direitos fundamentais²⁴¹.

Eventual violação poderá ocorrer não pelo fato de inexistir a previsão do pronunciamento judicial, mas em virtude do conteúdo do que restar estabelecido legislativamente, mediante a análise de proporcionalidade. As ponderações serão realizadas pelo legislador, podendo haver o controle judicial através da análise quanto à constitucionalidade da determinação legislativa.

3.1.2.1.1) Recolha coerciva

Especificado o grupo de indivíduos que estará sujeito à inserção das informações no banco de dados, importante destacar a forma como será realizada a recolha dos dados. Em caso de consentimento do indivíduo não há dúvida de que estará dispensada a necessidade de determinação judicial, já que não haverá qualquer resistência por parte da pessoa a quem se destina. Maior dificuldade existe quando se trata da recusa na submissão ao exame e necessidade de recolha coerciva da amostra biológica.

Conforme visto nos tópicos anteriores, a utilização de meios coercivos para a obtenção do perfil genético não é violadora de direitos fundamentais, sendo admissível através da aplicação do método de ponderação dos direitos envolvidos. Essa ponderação não necessariamente deve ser realizada por órgão jurisdicional.

Entretanto, quando se trata de uma recusa de ser submetido a uma intervenção corporal, parece, no mínimo, recomendável, que a questão seja submetida a uma autoridade judiciária para apreciação. Esse procedimento ameniza o risco de eventuais ações

²⁴¹ Há legislações, como as de Portugal, Espanha, Alemanha e Reino Unido, onde, diversamente da brasileira, além dos condenados, outras categorias de agentes do processo penal também estão sujeitos ao fornecimento do perfil de ADN (como suspeitos e/ou arguidos). Nesses casos, como ainda não se trata de pessoa condenada, há maior razão para que se entenda que o provimento judicial se faz importante para resguardo dos direitos fundamentais de natureza essencialmente individual. Entretanto, continua a se tratar de uma opção legislativa, não havendo óbice de que a legislação estabeleça, de forma objetiva, as hipóteses de submissão desses atores processuais à medida, cabendo a ela a respectiva ponderação. Da mesma forma, seria evitado o casuismo judicial, mantendo critérios uniformes para cada classe de agentes.

autoritárias dos órgãos policiais, permitindo maior controle de suas ações, o que confere maior proteção na tutela dos direitos fundamentais.

Por tal razão, diversos ordenamentos jurídicos estabeleceram em suas legislações a necessidade de tal procedimento. Nesse sentido, pode-se apontar o caso da Alemanha, que na seção 81g §3 do StPO expressa que na ausência de consentimento a recolha do material deve ser ordenada por um Tribunal ou em circunstâncias excepcionais, pelo Ministério Público.

Na Espanha, a disposição adicional terceira da Ley Orgánica 10/2007 também estabelece que a recolha de amostras que requeiram intervenções corporais, sem consentimento do indivíduo, necessitará de autorização judicial. Da mesma forma estabelece a legislação portuguesa, através do n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

Ocorre que um banco de dados de perfis genéticos somente é viável se admitido com um caráter minimamente genérico, razão pela qual se configuraria inadequada qualquer legislação que flexibilizasse a coercibilidade da recolha das amostras biológicas. Além dessa questão prática, eventual decisão que se oponha à recolha coerciva não estará em conformidade com uma ponderação criteriosa entre os direitos fundamentais em jogo, conforme já detalhado nos itens anteriores.

Logo, a exigência de decisão judicial somente pode ser compreendida, neste caso, como uma forma de que seja fixado o método de intervenção corporal, com o menor grau possível de restrição dos direitos fundamentais, atendendo ao que estiver estabelecido na legislação respectiva ou de acordo com o resultado que importará no menor grau possível de interferência nos direitos do indivíduo.

No Brasil, o artigo 9.º-A da LEP estabelece para determinado grupo de condenados criminalmente a obrigatoriedade de submissão à identificação do perfil genético, sem determinar qualquer necessidade de decisão judicial específica para isto. Trata-se de um efeito da condenação que se dá de forma automática²⁴².

Entretanto, para o caso de recusa do sujeito a se submeter ao exame, o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos no Brasil (RIBPG), no exercício do poder regulamentar atribuído pelo parágrafo 1.º-A do mesmo artigo, editou a Resolução

²⁴² Nesse sentido, Rogério Greco, *Código Penal Comentado*, 11ª ed., Impetus, Niterói, 2017, p. 399.

nº 10, de 28 de fevereiro de 2019 que, no parágrafo único do seu artigo 8º, estabeleceu a necessidade de que seja a questão da compulsoriedade decidida por uma autoridade judiciária, evitando qualquer questionamento quanto a eventual alegação de violação aos direitos fundamentais em virtude da ausência de uma manifestação judicial.

A previsão regulamentar de caráter garantidor, na mesma medida em que acerta ao estabelecer a necessidade de decisão judicial, consagra que a autoridade judiciária decidirá “sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012”²⁴³, parecendo conferir uma alternativa ao juiz distinta da compulsoriedade.

Nesse aspecto, a resolução em referência está eivada de manifesta ilegalidade. Pode-se perceber através da análise do artigo 9º-A da LEP, que seu *caput* estabelece diretrizes gerais quanto à obtenção do perfil genético. Enquanto isso, os parágrafos 1º e 1º-A do mesmo artigo estabelecem a necessidade de regulamento para disciplinar o banco de dados genéticos, de forma a conferir garantias mínimas de proteção aos dados²⁴⁴.

Importante destacar que um regulamento não tem o condão de inovar originariamente no ordenamento jurídico, somente fixando regras destinadas ao desenvolvimento dos preceitos presentes na lei, de acordo com as diretrizes por ela estabelecida²⁴⁵. O regulamento não pode extrapolar a permissão legal que lhe foi atribuída, tampouco criar requisitos que contrariem o que está previsto em a lei.

O *caput* do artigo 9º-A da LEP estabeleceu a obrigatoriedade da submissão à recolha. Ainda que o texto legal não seja expresso quanto à coercibilidade da medida, a

²⁴³ “Art. 8º Em caso de recusa, o fato será consignado em documento assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta.

Parágrafo único. O responsável pela coleta comunicará a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decida sobre a submissão do acusado à coleta compulsória ou a outras providências que entender cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012.” Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/66952743.

²⁴⁴ Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º. A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

²⁴⁵ Cfr. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, *Curso...*, p. 245.

norma que pode ser dele extraída é evidente neste sentido²⁴⁶, já que aliado à obrigatoriedade, restou expresso no dispositivo que a recolha deve ser realizada mediante técnica adequada e indolor.

Isso é reforçado, inclusive, pelo que consta do §4º do mesmo artigo, ao estabelecer que “o condenado pelos crimes previstos no *caput* deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena”. Nota-se que este parágrafo reforça a imperatividade da submissão do sujeito ao procedimento de extração do ADN, inexistindo alternativa à compulsoriedade que seja legalmente admissível.

A previsão legal do artigo 9º-A da LEP, ao consagrar tanto a obrigatoriedade quanto o tipo de técnica a ser utilizada na extração do material exauriu as possibilidades de ponderação entre os direitos em questão. Inexiste espaço para que seja proferida uma ordem judicial de conteúdo diverso da determinação de recolha coerciva, que atenda à obrigatoriedade legalmente estabelecida.

Somente se pode imaginar uma situação de autorização de escusa ao indivíduo em alguma circunstância excepcionalíssima, de difícil visualização, tendo em vista que se trata de procedimento que não acarreta em qualquer afetação à saúde do indivíduo. Contudo, ainda que exista, ela não poderá estar caracterizada como uma providência que atenda “à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012”. Deverá buscar fundamento em alguma norma constitucional que, no caso concreto, seja capaz de afastar a obrigatoriedade legalmente instituída.

A previsão desta obrigatoriedade está de acordo com as restrições aos direitos fundamentais – notadamente a integridade pessoal e a privacidade – constitucionalmente admitidas, afetando de forma pouco gravosa tais direitos, conforme já demonstrado nos tópicos anteriores.

²⁴⁶ No mesmo sentido, Wagner Marteleto Filho, *O direito à não autoincriminação no processo penal Contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, Del Rey, Belo Horizonte, 2012, p. 161, onde, ao tratar da Lei 12.654/12, afirma que a lei não fez alusão à possibilidade de emprego de coerção para coleta de material biológico de indiciado em caso de sua recusa, acrescentando, que “de modo bastante diverso, a Lei determina, em seu artigo 3º, que o **condenado** por delito doloso praticado mediante “violência grave conta a pessoa”, ou catalogado na Lei 8.072/90, seja **obrigatoriamente submetido à extração** de material genético, para fins de armazenamento no Banco de Dados de DNA, habilitando a realização de intervenção corporal naquele”. Destaca o autor, em nota de rodapé, que devido ao fato de a lei não estabelecer qual material pode ser extraído do condenado, a afetação à integridade física deve ser o mais superficial possível, somente sendo legítima a recolha de pêlo, cabelo ou saliva.

No que concerne à regra constante do parágrafo único do artigo 8º Resolução nº 10, de 28 de fevereiro de 2019, do Comitê Gestor da RIBPG, a conclusão que se extrai da análise da sua juridicidade, é a de que somente estará inserida nos parâmetros da legalidade a interpretação no sentido de que a compulsoriedade é medida que se impõe, cabendo ao juiz somente declará-la e definir a técnica adequada e indolor a ser empregada.

3.1.2.2) Inserção do perfil genético no banco de dados os dados após a recolha

Autorizada a recolha do material biológico, outra questão a ser avaliada é se deve depender de manifestação judicial a inserção das informações genéticas dele decorrentes. No que diz respeito à amostra-referência, em caso de ser autorizada por lei a recolha do material biológico e especificadas as hipóteses de alimentação das bases de dados – com ou sem a necessidade de determinação judicial para a recolha, de acordo com cada ordenamento –, não há qualquer necessidade de que seja estabelecida uma dependência de análise judicial quanto à conveniência da inserção em circunstâncias concretas.

A amostra-referência é obtida através de formas diversas, como o consentimento, onde já deve estar especificada qual é a sua finalidade, mediante autorização legal ou por ordem judicial. Efetivada a recolha do material tendente à obtenção do perfil genético, é suficiente a existência de previsão legal para que seja possível a inserção do perfil no banco de dados. Conforme visto, a criação da base de dados de ADN se caracteriza como uma medida administrativa, não judicial.

No que tange às amostras-problema, há uma particularidade que merece a devida atenção. O material biológico que corresponde a esse tipo de amostras é composto por vestígios relacionados ao delito, normalmente recolhidos no local do crime ou na própria vítima do delito. Não se trata de material atribuído inicialmente a pessoa específica, mas que será submetido à extração do perfil genético para confronto com outros dados genéticos em busca de uma identificação que possibilite vincular uma pessoa identificada à cena do crime.

Essa identificação intencionada somente se justifica no que diz respeito a vestígios que possam estar relacionados com a autoria do delito. Em locais de crimes, há possibilidade de que haja materiais biológicos de diversas pessoas, inclusive que não tenham qualquer relação com a sua prática. Assim, para que sejam efetivamente integrados

os dados genéticos no banco de dados, deve ser realizada uma verificação quanto à possível relação dos vestígios recolhidos com a autoria de um delito.

Contudo, não se trata de verificação que seja necessariamente atribuída à autoridade judiciária. Não há razão para que não seja permitido à autoridade policial responsável pela investigação a análise circunstancial da pertinência do vestígio para a elucidação do caso. Obviamente, essa análise poderá ser reavaliada pela autoridade judiciária quando da análise processual do caso, mas não especificamente para os fins de inserção do perfil na base de dados.

Isso não significa um afrouxamento das garantias de direitos fundamentais. A avaliação da pertinência do vestígio para fins de recolha do perfil genético não confere à autoridade policial amplo acesso à base de dados. Tratam-se de coisas distintas. O acesso às informações do banco de dados devem ser restritos a pessoas determinadas, designadas para sua gestão. Contudo, cabe à autoridade responsável pela investigação definir se o vestígios é relevante para a apuração do crime.

Importante ressaltar que a existência de uma exigência de despacho judicial prévio pra inclusão de amostras-problema na base de dados de ADN existente na redação original do artigo 18º, nº 2 da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro foi apontada como uma importante causa para que em Portugal ela não tivesse um desenvolvimento satisfatório²⁴⁷. Destaque-se que outros vestígios, não destinados à obtenção do perfil genético, seja em Portugal ou em diversos outros ordenamentos, como no brasileiro, não possuem o mesmo regime de exigência de despacho judicial prévio para que sejam submetidos a análise e investigados²⁴⁸.

Em virtude desse excesso de cautela que interferiu na efetividade da base de dados portuguesa, a Lei nº 90/2017, de 22 de agosto, passou a possibilitar, através da nova redação

²⁴⁷ Para Francisco Corte-Real, “Base de dados de perfis de ADN”, *In: Princípios de Genética Forense* (coord. Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 163: “Entre todas as normas referidas a que mais contestação tem merecido, designadamente pelas autoridades policiais, tem sido a necessidade de obtenção de despacho de magistrado para a inserção de um perfil de uma amostra problema na base de dados. Tal exigência tem sido apontada como a causa do reduzido número de perfis inseridos na base.”.

²⁴⁸ Observação feita por Carlos Farinha, “Base de Dados de ADN...”, p. 179, ao também criticar a necessidade de intervenção de magistrado para inserção das amostras-problema: “Desde logo, uma solução ainda longe de estar apreendida pelos operadores do sistema e com requisitos diferentes da rotina – por exemplo, a necessidade de intervenção do magistrado competente no respectivo processo para inserção de amostras problema. Art.º 18º n.º 2, é uma das soluções adoptadas que, pela sua singularidade e ausência de paralelo relativamente à preservação de outros elementos vestigiais, carece de uma estratégia de pedagogia e formação.”.

dada ao nº 4 do artigo 18º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que a inserção dos perfis referentes a amostras-problema seja realizada diretamente pelos laboratórios competentes, sem a necessidade de prévio despacho judicial, com o intuito de desburocratizar a alimentação da base de dados. Através da novel legislação, restou disposto no nº 6 do mesmo artigo, que a inserção seja comunicada à autoridade judiciária para validação *a posteriori*, no prazo de 72 horas²⁴⁹.

A solução portuguesa pretendeu conferir maior efetividade à base de dados, com incremento da alimentação das amostras-problema, mas ainda com uma cautela maior do que a necessária. No Brasil, inexistente qualquer regramento que traga previsão quanto à obrigatoriedade de submissão dessa inserção, seja de forma prévia ou posterior, cabendo à autoridade policial proceder à inserção.

Inclusive, com o advento do regramento concernente à instituição do juiz de garantias, onde foram incluídos no CPP brasileiro os artigos 3º-A a 3º-F, através da Lei nº 13.964/2019, não há qualquer norma que trate de necessidade de intervenção judicial para que exista a inclusão de vestígios, que constituem as amostras-problema, no banco de dados de ADN.

A Alemanha exigia até o ano de 2005 que houvesse autorização judicial para inclusão de amostras-problema. Quando ocorreu a alteração para dispensar tal necessidade, em virtude da compreensão de que não havia qualquer direito pessoal em questão, ocorreu um grande aumento de perfis na base de dados, o que consistiu em elemento diferencial para que houvesse um aumento significativo na solução de casos²⁵⁰.

Para os casos em que a amostra-problema, antes de ser integrada à base de dados, é submetida à comparação direta e dessa análise seja obtido resultado positivo, não deve mais o vestígio ser inserido na base de dados como tal²⁵¹, uma vez que já identificada a

²⁴⁹ De acordo com o Conselho de Fiscalização da Base de Dados de ADN de Portugal, Relatório Anual 2018, p. 17, foi deliberado por este órgão, em reunião ordinário do dia 18 de abril de 2018, que as disposições dos nº 3 e 6 do artigo 18º da Lei nº 5/2008 “devem ser interpretadas no sentido de que a autoridade judiciária competente valida tacitamente a inserção de amostras problema na base de dados de perfis de ADN, feita ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 18.º, se não se manifestar contra tal inserção no prazo máximo de 72 horas após a comunicação feita nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 18.º”.

²⁵⁰ Cfr. Peter Schneider, “DNA Databases...”, p. 91.

²⁵¹ Nesse sentido, estabelece expressamente o artigo 18º, nº 3, a, da Lei portuguesa nº 5/2008, de 12 de fevereiro:

3 - Os perfis de ADN resultantes de «amostras problema» para identificação civil e de «amostras problema» para investigação criminal, recolhidas nos termos do n.º 1 do artigo 7.º e do n.º 5 do artigo 8.º, respetivamente, bem como os correspondentes dados pessoais, quando existam, são inseridos na

pessoa titular do perfil genético. O que deverá ser feito é a avaliação acerca da eventualidade de a pessoa que foi individualizada estar abrangida pelos pressupostos legais que determinam que seu perfil genético seja inserido no banco de dados, não como amostra-problema, mas como amostra-referência, atendendo aos requisitos estabelecidos quanto a esta.

Inexiste uma necessidade sistemática genérica decorrente da teoria dos direitos fundamentais de que exista despacho judiciário específico para alimentar as bases de dados genéticos. Cada Estado soberano poderá estabelecer, de acordo com seu ordenamento jurídico e com a realidade fática que lhe afeta, a respeito dessa questão da forma que mais lhe for adequado. Essa consideração deverá ter em perspectiva que não é desejável que a opção legislativa realizada seja um óbice ao bom desenvolvimento da base de dados.

3.2) ADN codificante x ADN não codificante

Os nucleotídeos, menor unidade de organização do material genético, são formados pelas bases adenina (A), guanina (G), citosina (C) e timina (T). As sequências de nucleotídeos formam os alelos, que se encontram em lugares específicos do cromossomo, denominados de marcadores genéticos (também chamado de *locus*, sendo o seu conjunto denominado de *loci*)²⁵².

Embora os seres humanos sejam geneticamente mais semelhantes do que diferentes, em certas localidades do genoma existe uma boa variabilidade genética (polimorfismo). A variabilidade é verificada através do método STR (*short tandem repeat*), onde são analisadas as repetições dos alelos. A verificação destas repetições em determinados *loci* permite que seja traçado um perfil que identifica o indivíduo. Os locais que apresentam maior variabilidade induzem a uma maior capacidade de diferenciação das pessoas, sendo mais eficazes para fins de identificação. Os polimorfismos são verificados de forma muito mais acentuada na região não codificante do ADN²⁵³.

base de dados de perfis de ADN, exceto se:

a) Da comparação direta realizada tiver resultado a identificação que se pretendia estabelecer;

²⁵² Cfr. Helena Costa; Luís Miranda, “Novas Ferramentas da Investigação Criminal — Potencialidades e Limites da Revisão de Características Físicas Através da Análise de ADN”, *In: Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (org. Helena Machado e Helena Muniz), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 273.

²⁵³ Cfr. Sonia M. Suter, “All in the Family: Privacy and DNA Familial Searching”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 23, nº 2, 2010, p. 314.

Portanto, os marcadores genéticos localizados na região não codificante do ADN são muito mais úteis do que os da região codificante, quando se pretende identificar uma pessoa. Por outro lado, se trata de uma região pouco útil para a obtenção de informações mais sensíveis, especialmente as relacionadas a características físicas ou à saúde da pessoa. Assim, além de ser mais útil para fins de identificação, o ADN obtido desta região representa uma interferência muito menor do direito à privacidade do indivíduo.

Por tais razões, considera-se que, com relação a pessoas identificadas, somente a análise desta região do ADN pode ser reconhecida como medida que atende à proporcionalidade, pois representa menor afetação aos direitos individuais, enquanto é mais eficaz para fins de identificação. Quanto aos perfis referentes a pessoas não identificadas, decorrentes de vestígios de crimes, a possibilidade de análise da região codificante merece uma análise mais detalhada, que será realizada quando da abordagem do tema da fenotipagem (item 3.4.2).

3.3) Grupos de pessoas sujeitas ao conhecimento do perfil genético

A única notícia que se tem nos dias atuais acerca da tentativa, por parte de um Estado soberano, de disciplinar seu banco de dados de forma a abranger todos os cidadãos que o integrem é o caso do Kuwait²⁵⁴. A possibilidade de um banco de dados genético que abranja toda a população tem sido objeto de reflexão em âmbito internacional, especialmente no que diz respeito à sua juridicidade.

Até o presente momento, a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos têm estabelecido alguns grupos de pessoas que devem ser submetidas ao fornecimento do seu perfil genético. Essas categorias têm sido determinadas através da relação que possuem com eventos criminosos. A opção por esta forma de formação do banco de dados também não é livre de questionamentos, em especial por considerarem que se trata de uma medida com caráter estigmatizante.

Na determinação quanto a quais são os grupos de pessoas que estão submetidas à disponibilização do perfil genético, há ordenamentos jurídicos que realizaram opção mais restritiva, limitando severamente tais categorias. Em outras localidades, foi feita a opção

²⁵⁴ Cfr. Williams, e Wienroth, "Social and ethical...", p. 147.

por uma maior abrangência do banco de dados, com alargamento dos grupos sujeitos à medida.

Para fins de estudo, a questão deve ser analisada da forma mais ampla possível. Devem ser considerados quais são os questionamentos referentes à viabilidade de formação de um banco de dados genérico para toda a sociedade. Em caso de não adoção deste modelo, diversos são os grupos de pessoas em que existe interesse na análise do cabimento da medida, que supostamente poderiam nela estar inseridos.

Bancos de dados que abrangem condenados criminalmente são os mais comuns, sendo certo que alguns ordenamentos preveem a inserção de todos os condenados, enquanto outros estabelecem limitações de acordo com o grau da condenação capaz de sujeitar o indivíduo à medida. Alguns ordenamentos realizam a delimitação de acordo com a pena concretamente aplicada, outros de acordo com o tipo penal violado. Alguns abrangem arguidos, outros também os suspeitos. Discute-se, ainda, se os inimputáveis, seja em decorrência da idade ou do estado mental, também podem estar sujeitos à obtenção do perfil genético pelo Estado.

3.3.1) Condenados

As bases de dados de perfil genético espalhadas pelo globo nos dias atuais têm como principais destinatários as pessoas envolvidas com a criminalidade. Os indivíduos que já foram condenados criminalmente integram o grupo sobre o qual se iniciou esse processo de criação nos países precursores. O alastramento da sua implementação em diversos países também teve nos condenados seu principal enfoque, sendo este o conjunto de pessoas onde existe mais ampla aceitação no sentido de que devem ser submetidos à extração do perfil genético para formação de um banco de dados.

Mesmo dentro desse grupo, de condenados criminalmente, inexistente um padrão de incidência da medida. Alguns ordenamentos jurídicos optaram por abranger todos os indivíduos condenados, enquanto outros optaram por estabelecer restrições dentro do próprio grupo. Essas delimitações costumam se dar em virtude da pena atribuída ao delito

pelo qual foi condenado ou em virtude da espécie de crime praticado que foi objeto de uma sanção²⁵⁵.

Qualquer das formas de alimentação do banco de dados com perfis genéticos de condenados criminalmente, seja com abrangência total ou parcial, é juridicamente legítima. Isso não significa que essas pessoas tenham seus direitos fundamentais extirpados ou que estejam alijados de qualquer proteção estatal.

Um dos princípios que podem ser extraídos da teoria dos direitos fundamentais é o da universalidade. Conforme lição de Jorge Miranda, “todos quantos fazem parte da comunidade política fazem parte da comunidade jurídica, são titulares dos direitos e deveres aí consagrados; os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, no povo.”²⁵⁶.

²⁵⁵ Como exemplos dos sistemas, pode-se verificar que no Reino Unido e na Áustria inexistem restrições, estando todos os condenados submetidos ao banco de dados de ADN.

Em Portugal, a pena concreta atribuída ao crime pela qual o sujeito foi condenado tem que ser igual ou superior a 3 anos, incidindo mesmo que ela tenha sido substituída (artigo 8º, nº 2 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro).

No Brasil a medida incide sobre quem tenha sido condenado pela prática de crime doloso mediante violência de natureza grave contra a pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/90 (artigo 9º-A da LEP).

O rol dos crimes previstos na lei para a qual o dispositivo remete é o seguinte: **I** - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII); **I-A** – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; **II** - roubo: a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V); b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B como exemplos); c) qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (art. 157, § 3º); **III** - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º); **IV** - extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, **caput**, e §§ 1º, 2º e 3º); **V** - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º); **VI** - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); **VII** - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); **VII-B** - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, **caput** e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998); **VIII** - favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, **caput**, e §§ 1º e 2º); **IX** - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A). Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: **I** - o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956; **II** - o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; **III** - o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; **IV** - o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; **V** - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

²⁵⁶ Cfr. Jorge Miranda, *Direitos...*, p. 279.

Ainda que tenham seus direitos fundamentais preservados, os sujeitos contra quem já foi proferida uma sentença criminal condenatória se encontram em uma situação especial na relação com o Estado e com a sociedade, que influencia no balanceamento dos direitos em questão²⁵⁷. A esfera de proteção do direito à privacidade dos condenados é contraposta com um importante efeito decorrente da utilização do ADN desses indivíduos, seja para o aumento na solução de delitos, seja para a obtenção de um resultado justo no processo, inclusive com a absolvição de acusados e até de pessoas já condenadas. Este é um efeito geral da utilização de perfis genéticos que atesta a sua importância para a satisfação do direito à segurança.

A escolha dos condenados em processo criminal como destinatários principais da medida é motivada pelo fato de já terem vulnerado bens jurídicos relevantes coletivamente, a provocar a necessidade de maior atenção sobre seus atos, que é justificada através de dados empíricos. Estudo realizado no Reino Unido demonstrou que grande parte dos crimes são praticados por um número reduzido de pessoas e que a maioria desses criminosos já eram conhecidos pelas forças policiais²⁵⁸. Tal constatação resultou, naquela localidade, no estabelecimento de uma estratégia de redução da criminalidade focada nestes criminosos.

²⁵⁷ Há entendimento no sentido de que existe um enfraquecimento no âmbito de proteção de posições jurídicas de alguns direitos fundamentais do condenado, como à privacidade. Nesse sentido se pronunciou a Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Maryland v. King*, 569 U.S. 435 (2013). O argumento também foi externado pela UK Human Genetics Commission, *Nothing to Hide, Nothing to Fear? Balancing individual rights and the public interest in the governance and use of the National DNA Database*, London, 2009, p. 33. Entretanto, à luz da teoria dos direitos fundamentais, não parece ser esse o melhor entendimento. Todos os indivíduos possuem, *prima facie*, todas as posições jurídicas referentes ao direito à privacidade. Suas restrições vão sendo estabelecidas de acordo com as ponderações realizadas com os demais direitos que estão em colidência. É natural que as posições jurídicas da privacidade do condenado sejam mais comprimidas, em virtude da importância da satisfação de outros direitos, mas essa redução de expectativa de privacidade não pode ser um parâmetro para a realização da ponderação. Não se pode partir dessa ideia para levar à ponderação um direito à privacidade enfraquecido. Há que ser constatado em que medida os direitos que com ela colidem são satisfeitos de forma mais robusta a ponto de ser justificada a restrição da privacidade maior sobre esses indivíduos. Assim, a redução da expectativa da privacidade deve ser apenas uma constatação fática decorrente do resultado das ponderações realizadas, não uma condição prévia a ser considerada para praticar a ponderação. Nesse sentido, D. Kaye, "What the Supreme Court Hasn't Told You About DNA Databases", 2013, p. 7, que, ao questionar em que consistiriam os termos usados na decisão *Maryland vs. King* "reduced" "expectations of privacy and freedom", afirma que a perda de grande parte da privacidade por uma pessoa por estar presa (como a sujeição a buscas em sua cela) não significa que haja uma redução automática do seu interesse em manter outros aspectos da privacidade.

²⁵⁸ Cfr. Secretary of State for the Home Department, *Home Office Strategic Plan 2004-2008: Confidential Communities In a Secure Britain*, 2004, pp. 32-33. O estudo destaca que em um ano, aproximadamente 100.000 pessoas cometeram metade de todos os crimes e que apenas 5.000 pessoas cometeram 9% do total de quase 1.000.000 de crimes.

No Brasil, um estudo do IPEA fez uma compilação de diversos estudos anteriores que analisaram a reincidência. Como os estudos analisados adotam critérios distintos para consideração da reincidência, inexistente uma estatística segura quanto à taxa de ofensores criminais que voltaram a praticar delitos.

Os critérios variam, pois alguns estudos consideram ofensores que já foram presos (condenados ou não) e voltam a ser presos novamente, outros somente tomam por base a nova prisão a partir de presos que haviam sido condenados anteriormente. Há, ainda, estudos que adotam como critério o conceito de reincidência previsto no CP²⁵⁹, onde somente é considerado reincidente quem comete novo crime após o trânsito em julgado de condenação anterior, limitado ao prazo de 5 anos entre o cumprimento ou extinção da pena e a prática do novo delito.

Diante dos distintos critérios utilizados em cada um dos estudos, o percentual encontrado de reincidência oscila entre eles. O estudo do IPEA destaca que, entretanto, os números são sempre altos. Nos estudos que adotam parâmetros mais amplos, a taxa de reincidência chega a 70%, enquanto, nos que são mais restritivos quanto à metodologia, a taxa de reincidência fica em torno de 30%²⁶⁰.

O fenômeno da criminalidade varia de acordo com as especificidades relacionadas às realidades de cada país. Entretanto, o fenômeno relacionado aos altos índices de recidiva criminosa pode ser constatado empiricamente mesmo em localidades com realidades bastante diversas, seja política, econômica ou cultural.

Esses estudos demonstram que um percentual considerável dos crimes é praticado por uma parcela restrita da população, que já está mais intrinsecamente envolvida com a criminalidade. Essas verificações empíricas se caracterizam como elementos que auxiliam na configuração da juridicidade do estabelecimento de base de dados genéticos para fins criminais restrita a grupos que já estejam relacionados com a prática de delitos anteriores.

Em primeiro lugar, servem para afastar eventuais alegações no sentido de que ocorreria violação ao princípio da presunção de inocência. A sujeição deste grupo de pessoas – e eventualmente de outros – à recolha do ADN está relacionado a uma análise de

²⁵⁹ Artigos 63 e 64.

²⁶⁰ IPEA, *Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa*, Rio de Janeiro, 2015, pp. 11-12,

prognose futura de acordo com condutas anteriores, não de uma concreta suspeita de reincidência²⁶¹.

Diversos países optaram por estabelecer restrições de acordo com a pena ou a espécie do crime praticado. A gravidade da conduta delituosa anterior é um fator relevante para a justificativa de grau de intensidade da interferência estatal nos direitos dos condenados. Entretanto, não foge aos critérios de proporcionalidade a consideração no sentido de que qualquer condenação poderia ser apta a sujeitar o titular à medida.

Ainda que eventualmente a infração em causa não seja classificada como grave dentro das categorias dos delitos penais, não se pode desconsiderar que somente é justificável atribuir a uma conduta o *status* de crime quando ela atinge bens jurídicos de elevada relevância. A simples previsão de uma conduta como criminosa, sujeita a sanção penal, já significa uma vulneração importante da ordem jurídica, justificando interferências nos direitos fundamentais do sujeito que a tenha praticado.

Aliado a isso, deve ser destacado que as informações obtidas para alimentação do banco de dados deverão ser referentes à região não codificante do ADN e que o método de recolha da amostra é não invasivo, fatores capazes de minimizar os impactos nos direitos individuais contrapostos.

Esses elementos não indicam, por si sós, que a interferência no direito à privacidade seja insignificante ou leve. Outras circunstâncias relevantes que envolvem o direito à privacidade merecem ser considerados. As informações genéticas, mesmo não codificantes, podem revelar vínculos familiares mesmo quando não especificamente direcionadas a tal finalidade (correspondências parciais – V. item 3.4.1), não consistindo em mero elemento de individualização identificativa do indivíduo.

Além disso, o TEDH já decidiu que a preocupação do indivíduo quanto à utilização futura de informações privadas mantidas pela autoridade pública é relevante para

²⁶¹ Cfr. TEDH, em PERUZZO AND MARTENS v. GERMANY – Applications nos. 7841/08 and 57900/12, nº 53 e 54, onde esclarece, ainda, que no momento da obtenção dos dados inexistia qualquer verificação no sentido de que fossem os requerentes acusados de um outro crime. Merece destaque, neste caso concreto, o fato de que a legislação alemã somente admite a medida se a personalidade da pessoa em causa ou outras informações fornecerem motivos para supor que um processo criminal será conduzido contra ela no futuro em relação a um crime de considerável significado. Mesmo no caso de exigência de demonstração específica deste requisito, o TEDH entendeu inexistir violação ao princípio da presunção de inocência.

verificar se existe uma interferência no direito²⁶². Ainda que tais elementos possam retirar a interferência na privacidade de um grau leve, como as informações extraídas de ADN não codificantes são muito restritas e o maior receio é quanto a eventual utilização futura inadequada, não há como considerar que a interferência seja significativamente elevada, sendo possível determinar que possua um grau entre leve e médio.

Enquanto isso, a importância da satisfação do direito à segurança, em conjunto com os benefícios para o justo resultado do processo, pode ser considerada, no mínimo, de nível médio, ante as constatações empíricas tanto de que os índices de reiteração criminosa são significativos, como dos resultados que os bancos de dados eficientemente implementados vêm alcançando.

Importante destacar, também, que no caso de bancos de dados de perfis genéticos, uma alimentação significativa é elemento essencial ao seu bom funcionamento, não devendo ser reduzido em demasia o universo das pessoas sujeitas à sua incidência²⁶³. Portanto, quando ele é instituído com uma abrangência mais ampla – e que, no caso, engloba pessoas que estão em um estatuto penal semelhante, de forma proporcional – maior seu impacto positivo para os direitos de viés coletivo.

Além do incremento de efetividade em virtude de uma ampliação do banco de dados, outros argumentos também são colocados de forma favorável a que ele não diferencie os condenados pelo tipo de crime. Há questionamentos no sentido de que a delimitação da sua alimentação através de perfis genéticos exclusivamente de indivíduos relacionados a alguns crimes segue uma falsa percepção de linearidade criminosa²⁶⁴. Os

²⁶² Cfr. TEDH, S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM – Applications nos. 30562/04 and 30566/04, nº 71.

²⁶³ A base de dados de ADN de Portugal ainda não se encontra com alimentação satisfatória, sendo pouco efetiva. De acordo com Filipe Santos; Susana Costa; Helena Machado, “A base...”, p. 108, o fato de haver na legislação portuguesa limitação da inserção de perfis a condenados a penas de prisão iguais ou superiores a 3 anos é visto como um dos elementos que obstaculiza o aumento de registros e, conseqüentemente, da eficácia da base de dados.

²⁶⁴ Cfr. A. Tseloni; K. Pease, “DNA retention after arrest: Balancing privacy interests and public protection”, *European Journal of Criminology*, nº 8(1), 2011, p. 43: “O segundo critério alternativo para a exclusão seletiva é a gravidade do crime que levou à primeira prisão. No entanto, essa abordagem é baseada em uma suposição incorreta de homogeneidade dentro das carreiras criminais (ver Roach, 2009). A pesquisa mostrou que um crime que resultou na retenção de DNA que subsequentemente levou à resolução de um caso de assassinato foi mais frequentemente um crime de drogas (em 29 casos), menos frequentemente um crime de roubo (em 10 casos) e menos frequentemente um crime de violência (Townsend et al., 2005). Eliminar seletivamente o DNA obtido após delitos de drogas ou roubo teria, portanto, perdido a maior parte do potencial de evidências para a solução de assassinatos. Da mesma forma, Stuart Cundy, Oficial de Investigação Sênior do assassinato de Sally Anne Bowman, afirmou que, se uma amostra tivesse sido colocada no banco de dados nacional após um crime de roubo cometido em 2003, “[nós] poderíamos ter identificado o assassino de Sally Anne em 24 horas. Em vez disso, demorou

indivíduos não praticam sempre o mesmo tipo de infração, muitas vezes vindo a praticar posteriormente delitos mais graves que os anteriores²⁶⁵.

Essa questão pode ser percebida através do tráfico de drogas. É sabido que o tráfico de drogas está relacionado a diversas outras atividades criminosas violentas, como homicídios, roubos de carga, dentre outros, sendo comum que indivíduos já condenados por tráfico sejam posteriormente acusados por outros delitos. Na experiência brasileira, não é raro, também, encontrar indivíduos que praticaram crime de receptação (burla) e que, posteriormente, venham a praticar furto ou roubo, delitos nos quais o emprego da análise de ADN possui grande eficácia para a solução²⁶⁶.

Ademais, ainda que seja razoável estabelecer diferenciações entre condenados de acordo com o crime praticado ou com a pena aplicada – o que efetivamente ocorre em diversas situações, como em relação a benefícios penais que podem ou não ser concedidos –, a diferenciação dentro do grupo de condenados quanto à questão da recolha do ADN pode constituir elemento que agrava a percepção de estigmatização desse grupo de pessoas²⁶⁷. Quanto mais restritivas as hipóteses de submissão, maior será essa sensação entre aqueles que estão incluídos.

As alegações quanto a riscos de estigmatização e eventual discriminação de pessoas que foram envolvidas com delito – condenados, arguidos ou suspeitos, a depender de cada ordenamento – constituem críticas normalmente formuladas em desfavor do banco de dados de ADN.

quase nove meses até que Mark Dixie fosse identificado e quase dois anos e meio para que a justiça fosse feita” (Kelly, 2008).” (livre tradução do autor).

²⁶⁵ Alex R. Piquero, David P. Farrington, Alfred Blumstein, “The Criminal Career Paradigm”, *In: Crime and Justice*, Vol. 30, 2003, p. 380, destacam que além de um certo grau de especialidade, indivíduos que possuem uma carreira criminosa tendem a praticar crimes diversos, normalmente através de uma escalada criminosa, evoluindo para a prática de crimes mais graves.

²⁶⁶ Os critérios utilizados também são bastante questionáveis. Nos crimes patrimoniais, em especial o roubo e o furto, muitas vezes são deixados vestígios pelo autor. Em Portugal, o furto na modalidade simples somente estará sujeito à recolha do ADN caso tenha a ele atribuída a pena máxima estabelecida no tipo penal do artigo 203º do CP, e, no que diz respeito ao furto qualificado, em diversas hipóteses somente será recolhido seu perfil genético caso a pena aplicada seja elevada, conforme se depreende do artigo 204º do CP. A legislação brasileira, por outro lado, não abrange quase nenhuma das modalidades de furto qualificado, notadamente as previstas no artigo 155, §4º do CP. E pior, também não contempla boa parte dos crimes de roubo circunstanciado e, por via de consequência, também o roubo simples.

²⁶⁷ Essa foi a constatação em pesquisa comparativa realizada com prisioneiros austríacos e portugueses em estudo de Helena Machado e Barbara Prainsack, *Tracing Technologies: Prisoners’ Views in the Era of CSI*, MPG Books Group, Farnham, 2012, p. 153.

Esse estigma está muito mais ligado à relação do condenado com o poder público, em virtude de futuras atividades investigativas, do que nas relações entre os indivíduos. O fato, em si, de haver a obtenção do perfil genético do indivíduo condenado pouco acresce, na sua relação com os outros cidadãos, à estigmatização decorrente simplesmente do conhecimento que as pessoas tenham de que ele cometeu um crime anteriormente.

Apesar de existir algum efeito estigmatizante, ele é justificável em virtude da proporcionalidade entre os direitos fundamentais envolvidos. É legítimo nesse caso o tratamento desigual de indivíduos que estão submetidos a estatutos pessoais distintos quanto à sua relação com o Estado.

Problemática também é a diferença de tratamento entre pessoas que se encontram em estatutos pessoais semelhantes, como quando se estipula diferença entre pessoas condenadas, o que poder dar a sensação de certa discriminação de umas em relação às outras.

Apesar do apontamento quanto a esses problemas atribuídos ao tratamento diferenciado entre condenados, já se pronunciou o TEDH no sentido de que é justificável a distinção no tratamento entre condenados por crimes mais ou menos graves, para fins de obtenção do perfil genético²⁶⁸.

Isso não significa que eventual opção legislativa de determinados ordenamentos jurídicos abrangendo no banco de dados todo o conjunto de pessoas condenadas venha a ser considerado ilegítimo. Qualquer das opções será legítima dentro de um Estado de Direito.

A opção por um sistema que estabeleça a abrangência total dos condenados, além de conferir-lhe maior efetividade, minimiza alegações de tratamento discriminatório entre pessoas condenadas. No caso de restarem estabelecidas limitações, no sentido de privilegiar os direitos individuais, deve-se tomar cuidado para que as restrições não sejam exageradas.

A despeito de argumentações refratárias à medida, além do reconhecimento de sua grande utilidade, outros pontos de vista positivos existem também a respeito da recolha do ADN por parte do Estado, inclusive por parte dos condenados submetidos à recolha do ADN. A medida também é vista por alguns como um elemento de empoderamento, na

²⁶⁸ Cfr. VAN DER VELDEN v. THE NETHERLANDS – Application no. 29514/05, pp. 9-10.

medida em que serve como meio para evitar uma futura acusação falsa²⁶⁹. O próprio TEDH já reconheceu que a inclusão do ADN na base de dados pode ter um lado benéfico, na medida em que o indivíduo pode ser rapidamente excluído de qualquer suspeita em investigação onde foram recolhidos vestígios²⁷⁰.

Nota-se, portanto, que diversos são os pontos de vista a respeito do tema. O que existe de unanimidade é que é imperativa a existência de um controle rígido acerca do seu gerenciamento. Deve ser fielmente respeitado o princípio da finalidade, evitando desvio dos dados e a própria utilização indevida por parte do Estado, o que poderia agravar o problema da estigmatização.

Não se cogita, nos tempos atuais, em um retrocesso para um modelo onde seja vedado um banco de dados de condenados, ao menos parcial. Ao contrário, tem-se verificado uma tendência expansiva nos bancos de dados, muitos deles a abranger não somente os indivíduos já condenados, como também arguidos e até mesmo suspeitos. Alguns admitindo, inclusive, a retenção dos dados mesmo após eventual decreto absolutório.

3.3.2) Acusados e suspeitos

Os acusados são aqueles sujeitos contra os quais já pende uma acusação formal, existindo um processo criminal em seu desfavor. Os suspeitos são os indivíduos contra os quais existe uma desconfiança de que tenham praticado algum ato delitivo, pendendo sobre eles alguma espécie de investigação.

De forma semelhante com o que ocorre quanto aos condenados, inexistente uma linearidade quanto ao desenvolvimento do banco de dados através da alimentação com perfis de acusados e/ou suspeitos. Há uma tendência a que os ordenamentos contemplem a admissibilidade de inclusão de perfis desses grupos de pessoas ou daqueles contra os quais já existe um processo em curso ou, ainda, daqueles que se encontram custodiados.

Inexistente qualquer instrumento jurídico internacional que impeça a alimentação de bases de dados de ADN com perfis de acusados ainda não condenados²⁷¹. Isso não significa

²⁶⁹ Cfr. Helena Machado e Barbara Prainsack, *Tracing...*, p. 144.

²⁷⁰ Cfr. VAN DER VELDEN v. THE NETHERLANDS – Application no. 29514/05 (p. 9).

²⁷¹ Cfr. Destacado por Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, *Prova Genética...*, p. 198.

que a abrangência para além dos condenados esteja livre de questionamentos. Uma das principais linhas de argumentação contrárias é através da invocação do princípio da presunção de inocência. (PENSAR SE REALMENTE ABORDA DESSA FORMA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA)

Alega-se que, em razão deste princípio, não deveria aquele que não foi condenado estar submetido à mesma situação de quem o foi. Entretanto, não parece que este seja o terreno em que tal princípio deva ser aplicado.

A presunção de inocência é um princípio constitucional de natureza processual penal, que está consagrada nas constituições dos Estados de Direito²⁷². Em decorrência dela, ninguém pode sofrer consequências jurídicas sob a consideração de ser culpado do processo ao qual responde. Isso não impede que pessoas contra as quais recaia uma fundada suspeita ou uma acusação não possam ter determinados direitos restringidos em virtude de tal circunstância.

Tal consideração se aplica à recolha do ADN para alimentação de base de dados. Trata-se de uma medida que tem como escopo a melhoria da eficácia da justiça penal e a prevenção de delitos futuros. Com esse objetivo, têm sido os bancos de dados atuais desenvolvidos de forma a abarcar grupos de pessoas que incrementem qualitativamente o banco de dados. Isso não deve significar um alastramento demasiado do instituto, mas o ingresso de grupos que, mesmo não constituindo numericamente uma parcela elevada dentro de um universo populacional considerado, propiciem uma quantidade substancial de coincidências com manchas de crime.

Por questões de constatação empírica quanto aos resultados bastante positivos, e de razoabilidade, já que se está a tratar de solução e prevenção de crimes, os grupos são os que possuem alguma relação com processos criminais. Isto não significa que se trate necessariamente de uma medida que esteja restrita ou que seja destinada exclusivamente a condenados. Não está a recolha do ADN relacionada com reconhecimento da culpa do sujeito.

A inclusão de grupos distintos dos condenados não se trata de uma forma de equiparação com estes, ou mesmo de que deixem de ser inocentes em relação à acusação

²⁷² Na CRP está prevista expressamente no artigo 32º, que trata das garantias de processo criminal. Na CRFB encontra acolhida no artigo 5º, LVII.

que corre em seu desfavor²⁷³. O que existe é um tratamento de acordo com o estatuto pessoal de cada um, respeitadas as diferenças entre eles. É legítimo que o indivíduo contra o qual recai algum tipo de acusação ou suspeita grave esteja sujeito a um controle estatal que provoque maiores restrições quanto a direitos fundamentais, durante o período em que ele esteja inserido nesta categoria, desde que dentro dos critérios de proporcionalidade. Isso não significa que seja alijado do direito à presunção de inocência.

Na existência de estudos que demonstram que a inclusão de perfis de acusados e suspeitos melhoram de forma representativa a eficácia dos bancos de dados²⁷⁴, esse é um fundamento suficiente a que seja possibilitada a inclusão desses agentes, ao menos enquanto existir indícios suficientes de autoria reconhecidos por órgão jurisdicional.

Quanto à questão da presunção de inocência, merece uma análise criteriosa a decisão do TEDH em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM*²⁷⁵. Inicialmente, deve ser pontuado que, neste caso, os requerentes eram pessoas em face de quem não mais pendia qualquer acusação criminal.

Em determinado momento da decisão, o TEDH afirma que uma preocupação no caso é o risco de estigmatização decorrente do fato de que pessoas como os requerentes,

²⁷³ Tendo por consideração que se trata de um instituto que se destina a ser empregado em processos diversos daquele ao qual a pessoa é acusada ou foi condenada, também não há que se alegar uma violação de presunção de inocência sob a perspectiva das eventuais acusações que podem recair posteriormente sobre o indivíduo. A conformação deste direito não tem por objeto obstar a justa investigação de fatos anteriormente ocorridos e ainda não solucionados e, tampouco, impedir que o Estado possua substratos informacionais para investigações futuras.

Visto sob esse prisma, como a utilização do perfil genético para inclusão na base de dados de ADN é dirigida a eventual utilização em outros processos, mesmo o sujeito já condenado anteriormente mantém suas posições jurídicas referentes a tal direito para processo criminal distinto daquele anterior. Se fosse o caso de considerar a existência de violação da presunção de inocência através dessa visão, não seria possível realizar a recolha do ADN de qualquer pessoa, nem mesmo dos condenados, o que já foi rechaçado pelo TEDH em *PERUZZO AND MARTENS v. GERMANY* – Applications nos. 7841/08 and 57900/12, §§ 53 e 54 (V. Nota de rodapé nº 261).

²⁷⁴ Peter Schneider, “DNA Databases...”, pp. 90-91, destaca que a inclusão de perfis de suspeitos no banco de dados aumenta significativamente a possibilidade de coincidência entre manchas de crimes e perfis genéticos nele presentes. Para tal, analisa dados do DNA Working Group do ENFSI de junho de 2011, exibindo um quadro comparativo entre países europeus, onde se verifica que Austrália, Alemanha, Finlândia, França, Holanda, Suécia, Suíça e Reino Unido, locais onde é admitida a inclusão de perfis de suspeitos, possuem um percentual bastante superior ao da Bélgica, onde ela não é admitida.

²⁷⁵ O caso trata de dois requerimentos formulados contra a retenção de amostras e perfis genéticos, além de impressões digitais, dos indivíduos S., que contava com 11 anos de idade à época do fato, e Marper, que já havia atingido a maioridade, que haviam sido presos por fatos distintos. Mesmo após o fim do processo criminal, um com absolvição e o outro sem que tenha sido dado prosseguimento, o Reino Unido continuou a reter indefinidamente as amostras e o perfil delas extraído. Os requerentes alegaram que esse procedimento constituía uma violação aos artigos 8 e 14 da CEDH, tendo sido reconhecida a violação do artigo 8 pelo TEDH, o que resultou na desnecessidade de apreciação da violação ao artigo 14.

que não foram condenadas por nenhum crime e têm direito à presunção de inocência, são tratadas da mesma maneira que condenados. No mesmo item da decisão, o Tribunal afirma que o direito de ser presumido inocente inclui a regra geral de que nenhuma suspeita sobre a inocência de um acusado possa ser manifestada após sua absolvição. Entretanto, destaca que é verdade que a retenção dos dados privados dos requerentes não pode ser equiparada à manifestação de suspeitas. Logo depois, afirma que a percepção de que eles não estão sendo tratados como inocentes é aumentada pelo fato de que seus dados são retidos indefinidamente da mesma maneira que os dados de pessoas condenadas, enquanto os dados daqueles que nunca foram suspeitos de um crime são obrigados a serem destruídos²⁷⁶.

É possível verificar algumas contradições neste trecho da decisão. Em primeiro lugar, porque dá a entender que haveria violação da presunção de inocência, afirmando que, de acordo com ela, nenhuma suspeita sobre a inocência pode ser manifestada após a absolvição, mas afirma, de forma acertada, em seguida, que a retenção desses dados não corresponde a uma suspeita.

Em segundo lugar, afirma que as pessoas que foram acusadas e não condenadas estariam sendo tratadas da mesma maneira que condenados, mas se olvida de prestar a informação de que as pessoas suspeitas e acusadas ainda não julgadas também estão sujeitas à recolha do ADN naquele ordenamento. Logo, a inserção no banco de dados, por si só, não se tratava de uma equiparação à situação do condenado, mas sim com todos os grupos sujeitos à medida. Neles estão incluídas também outras pessoas ainda não condenadas, em favor das quais também se aplica o princípio da presunção de inocência, e sobre os quais o Tribunal não exarou qualquer consideração.

Portanto, quando se analisa a questão dos bancos de dados de ADN, as discussões devem estar baseadas em princípios diversos da presunção de inocência. Tanto é que no processo em questão, os artigos da CEDH sobre os quais incidiram os questionamentos dos requerentes foram o 8º (privacidade) e o 14º (proibição de discriminação), e não o artigo 6º, que consagra a presunção de inocência.

No tratamento relativo às pessoas acusadas e suspeitas, antes de um julgamento definitivo, o que está em questão e deve ser colocado em pauta são os estatutos pessoais

²⁷⁶ Cfr. TEDH, S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM – Applications nos. 30562/04 and 30566/04, nº 122.

dos indivíduos, com os respectivos graus de controle a que estão sujeitos, em conformidade com os equilíbrios entre o incremento de direitos fundamentais, de um lado, e as interferências das restrições, do outro. Aqui, se faz essencial observar que essa coleta e retenção de dados não pode ser feita de maneira indiscriminada e excessivamente abrangente.

A decisão do TEDH em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM*, apesar de confusa no aspecto apontado, traz algumas considerações importantes a respeito da questão, em especial no que se refere ao direito à privacidade. O Reino Unido, à época da decisão, era o único Estado-membro que permitia expressamente a retenção sistemática e indefinida de amostras e de perfis de ADN de pessoas absolvidas ou contra quem havia uma descontinuidade de processo²⁷⁷.

Afirmou o TEDH que a natureza geral e indiscriminada dos poderes de retenção dos dados pessoais de pessoas suspeitas, mas não condenadas por delitos, não atendia ao justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes e que o Estado havia ultrapassado qualquer margem de apreciação aceitável. Em conclusão, decidiu que a retenção em questão constituía uma interferência desproporcional no direito dos requerentes de respeitar a vida privada e não podia ser considerada necessária em uma sociedade democrática²⁷⁸.

Para chegar a tal conclusão, a decisão do TEDH apontou diversos aspectos que, através do seu somatório, geravam uma interferência desproporcional no direito à privacidade. O Tribunal considerou como fator principal para a desproporcionalidade a retenção dos dados por prazo indefinido, mesmo após a absolvição dos sujeitos.

Existe uma concepção tendencialmente consensual no sentido de que aqueles contra quem recai uma fundada suspeita de crime, antes de serem julgados, podem estar sujeitos à medida. A exclusão dessas pessoas representa um grande prejuízo ao desenvolvimento dos bancos de dados, na medida em que impossibilita, em certo grau, relacionar o perfil de uma mesma pessoa a dois casos²⁷⁹. Aguardar o trânsito em julgado de uma condenação, também pode acarretar no indesejável advento da prescrição de alguns crimes que poderiam ser solucionados e, ainda que não ocorra tal resultado, influencia

²⁷⁷ Cfr. TEDH, *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM* – Applications nos. 30562/04 and 30566/04, nº 47.

²⁷⁸ Cfr. TEDH, *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM* – Applications nos. 30562/04 and 30566/04, nº 125.

²⁷⁹ Cfr. Artur Pereira, “Bases...”, pp. 110-111.

negativamente na rápida solução do delito, o que também gera efeitos deletérios no sistema de justiça penal.

Diversos Estados-membros da União Europeia possuem previsões no sentido de incluir grupos de pessoas não condenadas em seus ordenamentos jurídicos, sendo certo que em muitos casos há permissão de manutenção das informações no banco de dados mesmo após a absolvição, desde que preenchidos requisitos específicos ou restrita a conservação a um lapso temporal²⁸⁰.

Parte significativa dos ordenamentos jurídicos estabelece, para os sujeitos que não foram condenados criminalmente, a necessidade de decisão judicial específica para que ocorra a inclusão do perfil genético no banco de dados²⁸¹.

A legislação portuguesa, não estabelece a possibilidade de recolha do perfil genético de suspeitos para fins relacionados à base de dados, mas através do artigo 8º, nº 1, da LBDADN, com a redação conferida pela Lei nº 90/2017, de 22 de agosto, passou a admitir em relação aos arguidos em processo criminal pendente²⁸². Ela sempre será realizada através de uma ponderação entre a necessidade de sua realização e os direitos à integridade pessoal e à privacidade, com o objetivo de que seja realizada a interconexão com alguns perfis que já se encontram inseridos na base de dados, conforme estabelece o artigo 19º-A da LBDADN.

Entretanto, não são todos os perfis de arguidos que passam a integrar a base de dados. Passou a constar da lei a existência de uma pasta específica de perfis de arguidos em processo criminal, que somente abrange os arguidos para os quais seja aplicável pena igual ou superior a 3 anos de prisão (artigo 15º, nº 1, g), em simetria ao que é estabelecido para os indivíduos já condenados.

²⁸⁰ De acordo com o TEDH, S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM – Applications nos. 30562/04 and 30566/04, nº 47: a Alemanha, o Luxemburgo e os Países Baixos permitem que essas informações sejam mantidas sempre que subsistirem suspeitas sobre a pessoa ou se forem necessárias investigações adicionais noutro processo; A Áustria permite a sua retenção quando existe o risco de o suspeito cometer uma infração perigosa e a Polónia o mesmo em relação a certos crimes graves; Noruega e Espanha permitem a retenção de perfis se o réu for absolvido por falta de responsabilização criminal; A Finlândia e a Dinamarca permitem a retenção por um e dez anos, respectivamente, no caso de uma absolvição.

²⁸¹ De acordo com variados critérios, alguns incluindo e outros não os suspeitos, Alemanha, Itália, Suécia, Portugal e Brasil são exemplos de ordenamentos onde é exigida análise de requisitos subjetivos para indivíduos não condenados.

²⁸² Destaque-se que a qualidade de arguido no sistema processual penal português não é limitada ao sujeito já acusado formalmente, constando do artigo 58º do CPP hipóteses em que o indivíduo é constituído arguido mesmo antes de ser réu no processo penal.

No Brasil, a Lei nº 12.037/09, que já estabelecia a possibilidade de identificação criminal, mediante despacho da autoridade judiciária, quando fosse essencial às investigações policiais, ganhou acréscimos através da Lei nº 12.654/12, onde restou prevista a possibilidade de a identificação criminal incluir a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, e a determinação de que os dados relacionados a essa coleta deverão ser armazenados no banco de dados.

Ainda que seja esta uma solução que confira maior prestígio aos direitos fundamentais de viés individualista, não parece decorrer do sistema internacional dos direitos fundamentais uma imperatividade no sentido de que deva existir uma avaliação casuística subjetiva para que as pessoas pertencentes a tais grupos estejam sujeitas a fornecer o perfil genético.

Aqui se faz importante esclarecer a razão de uma diferenciação quanto a este requisito entre a recolha do ADN para comparação direta em investigação específica, onde se faz necessária uma autorização judicial específica, e a recolha para alimentação do banco de dados, onde não é exigível que os ordenamentos estabeleçam tal necessidade.

A recolha para inserção no banco de dados sempre pode ter duas finalidades, a interconexão imediata com as amostras-problema já incluídas e uma eventual utilização futura, quanto a amostras-problema posteriores. No que se refere aos indivíduos não condenados, ambas se apresentam, mas a interconexão se destaca, especialmente quando se pensa em indivíduos que respondam a processo criminal presos.

No caso da comparação direta, existe um suspeito específico e a autoria eventualmente poderá ser-lhe atribuída através da análise do perfil genético ou mediante outros meios investigativos, sem que seja necessária a recolha do ADN. Acrescente-se que os riscos inerentes a esta recolha são bastante superiores, na medida em que é atribuída ao sujeito uma suspeita específica quanto ao crime que está sendo investigado. Portanto, se faz premente a exigência de uma avaliação judicial concreta quanto à necessidade da submissão a tal procedimento, seja quanto à razoabilidade da suspeição, seja quanto às opções disponíveis para a investigação.

No que diz respeito à recolha para o banco de dados, com especial atenção à interconexão, ela se destina a solucionar investigações onde tenham sido arrecadados vestígios mas não existam suspeitos da prática delitiva. Em virtude da inexistência de uma suspeita específica para uma investigação pendente de solução onde existem vestígios a

serem confrontados, a necessidade da obtenção do ADN é genérica e presumida. Ademais, o estatuto pessoal do mero investigado ainda demanda uma apreciação judicial quanto à sua condição, enquanto o indivíduo inserido em um grupo que está legalmente sujeito à análise do ADN já deve ter sido submetido a prévia análise judicial para que integre tal grupo, conforme será analisado adiante. Logo, não deveria haver a previsão quanto à necessidade em concreto de uma avaliação deste requisito, até mesmo porque o indivíduo não é suspeito dos demais crimes pendentes de solução, mas somente um controle de proporcionalidade quanto às opções legislativas realizadas²⁸³.

A previsão legislativa de que certos grupos de pessoas que estejam relacionadas com crimes estejam sujeitos à medida, inclusive acusados e suspeitos, é suficiente para que seja obtido o perfil genético para inserção na base de dados²⁸⁴. Isso não significa que a autoridade judiciária deva estar excluída deste processo.

O posicionamento dos indivíduos nesses grupos que a legislação define estarem sujeitos à medida deve estar atrelado a algum tipo de atuação de uma autoridade judiciária. Veja-se a hipótese dos indivíduos que se encontram na posição de acusados. Sobre eles recai uma acusação formal, em processo criminal onde já ocorreu por parte de um magistrado o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

²⁸³ Em sentido contrário, Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, *Prova Genética...*, p. 182. Ao analisarem a legislação portuguesa que exige, também para casos de recolha de ADN de arguidos em processo criminal pendente, a análise judicial da proporcionalidade, os autores assim se posicionam: “Sempre que o próprio processo permita uma solução eficaz e satisfatória com a recolha de amostras e comparação direta dos perfis obtidos dessas amostras sem recurso à base de dados, não se vislumbra como necessário o recurso ao regime estabelecido no art. 8º, nº 1 da Lei nº 5/2008. O regime estabelecido neste diploma é, compreensivelmente, mais exigente, por estar em causa a base de dados que poderá ajudar a solucionar crimes que estejam em investigação, pois essa recolha (realizada nos termos do art. 8º, nº 1) permite que se compare esse perfil com os perfis inseridos nos ficheiros previstos nas alíneas *b)*, *d)* e *f)*, dos nº 1 do art. 15º (art. 19º-A da Lei nº 5/2008) e, caso exista um *match*, poderá ajudar a solucionar investigação ou investigações em curso. Compreende-se, por isso, uma maior exigência na salvaguarda de direitos dos visados – v.g., o direito à reserva da intimidade, o direito à tutela dos dados [personalíssimos] de identificação genética e a autodeterminação informacional – com a existência de uma indicição reforçada da suspeita da prática de um ou mais crimes.”. Nota-se que os autores alegam que o regime da LBDADN seria mais exigente pois poderá ajudar a solucionar crimes que estejam em investigação. Contudo, nenhuma diferença existe nesse sentido entre a recolha para comparação direta e a para interconexão na base de dados. Ao final, os autores afirmam existir maior exigência de salvaguarda dos direitos, com a existência de uma indicição reforçada da suspeita da prática de crime. Entretanto, ao contrário do que alegam os autores, a existência de uma suspeita reforçada ocorre exatamente no caso oposto, da recolha para comparação direta, onde o indivíduo já é suspeito. Para a recolha com a finalidade de interconexão, inexistente uma suspeita, não havendo qualquer relação prévia do indivíduo com algum delito pendente na base de dados – o que constitui a razão da recolha do ADN –, senão se trataria de caso de comparação direta.

²⁸⁴ Reino Unido, Áustria, Espanha, Holanda e Estados Unidos são exemplos de locais onde os ordenamentos jurídicos seguem essa orientação.

Em relação a esses indivíduos, já existe um juízo apreciativo por parte do Ministério Público e do Juízo quanto à existência de indícios de autoria delitiva de um fato específico. Tal circunstância caracteriza a existência de um maior interesse social na obtenção do perfil genético dessas pessoas em relação às das pessoas em face de quem não recai a acusação da prática de um delito, a justificar que o Estado destine a ele uma maior atenção²⁸⁵⁻²⁸⁶.

Além disso, há evidências no sentido de que a inclusão de pessoas relacionadas com delitos que ainda não sejam condenadas aumenta significativamente o percentual de “*matches*” entre as manchas de crimes e os perfis incluídos na base de dados.

Se em relação aos acusados em processo formal já existe a aceitação de uma acusação em desfavor do sujeito, quando se trata dos suspeitos da prática de um crime o mesmo não ocorre. Uma questão relevante que deve ser formulada é qual o grau de suspeita exigido para que possa ser extraído o DNA do suspeito para inserção na base de dados. A indefinição quanto a este ponto consiste em uma crítica formulada em relação ao sistema espanhol, onde a base de dados abrange essa categoria²⁸⁷.

Conforme sustentado, ainda que não seja prevista uma necessidade de análise judicial casuística para a recolha do ADN, sendo suficiente a ponderação legislativa mais genérica, que determine os grupos submetidos ao procedimento, a atividade jurisdicional não pode estar excluída de um processo que envolve atores relacionados a práticas delitivas. No caso da inclusão de um grupo de suspeitos como sujeitos ao instituto, a definição de quem está nesta condição deve estar dependente de algum reconhecimento

²⁸⁵ No Brasil, a LC nº 135/2010, vulgarmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, alterou a LC nº 64/1990, que trata de inelegibilidades, incluindo a alínea “e” no inciso I do artigo 1º nesta lei, consagrando a hipótese de inelegibilidade de pessoas condenadas criminalmente por decisão proferida por órgão judicial colegiado logo após a condenação, mesmo antes do trânsito em julgado. Instado a se manifestar, através das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, acerca da constitucionalidade do dispositivo legal, o STF entendeu que estabelecer a inelegibilidade antes mesmo do trânsito em julgado não caracteriza violação ao princípio da presunção de inocência. Superada esta questão, entendeu o Tribunal que a legislação atendia ao princípio da proporcionalidade.

²⁸⁶ O CPP francês, no artigo 706-54, estabelece que, para além dos condenados, as impressões digitais genéticas das pessoas contra as quais existem indicações sérias ou consistentes que tornam provável que tenham cometido um dos delitos mencionados no artigo 706-55, também são mantidas no arquivo nacional de ADN.

²⁸⁷ Cfr. Montserrat de Hoyos Sancho, “Obtención y Archivo de Identificadores Extraídos a Partir del ADN de Sospechosos: Analisis de la Regulación Española a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”, *In: Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, Madrid, enero/abril 2010, p. 113.

judicial. Não pode ser suficiente uma mera suspeita policial para permitir que esta própria autoridade realize a recolha do ADN.

A mera detenção e condução de uma pessoa a uma unidade policial como justificativa para que seja o indivíduo submetido à recolha do material biológico, por exemplo, não parece consistir em condição que resguarde de forma satisfatória os direitos fundamentais²⁸⁸. Uma permissibilidade nesse sentido, sem a previsão de uma espécie de controle judicial prévio quanto ao enquadramento pessoal em uma determinada categoria, é capaz de estimular medidas autoritárias por parte do Estado e acentuar eventuais perseguições e discriminações.

Hipótese distinta ocorre quando, após uma detenção realizada por forças de polícia, tal prisão é submetida a uma análise jurisdicional que entende, fundamentadamente, ser justificável a prisão²⁸⁹. Nesses casos, ainda que possa se tratar de uma providência anterior a uma acusação criminal formalizada pelo Ministério Público, já terá ocorrido uma avaliação criteriosa dos órgãos do sistema de justiça quanto aos indícios de autoria ou participação em delitos²⁹⁰.

A medida cautelar prisional caracteriza uma significativa restrição de direitos fundamentais, em especial da liberdade, mas também da privacidade, dentre outros. Se a situação do indivíduo perante a justiça criminal admite uma restrição tão significativa nos seus direitos, a ponto de proporcionar uma privação de liberdade, não parece razoável afastar a possibilidade de recolha do perfil genético, que constitui uma interferência de grau, no máximo, médio no direito à privacidade.

Conforme visto, a admissão de grupos de pessoas ainda não condenadas – mas em face de quem já existe um reconhecimento judicial de que há indícios de serem autoras

²⁸⁸ Em sentido oposto ao aqui sustentado, a NDNAD do Reino Unido admite a recolha do ADN diante de uma mera detenção, sem qualquer controle judicial.

²⁸⁹ Na Itália, a legge n.85/2009, no seu artigo 9º, nº, 1, a) e b), admite, para além dos condenados, a recolha do ADN dos: a) sujeitos a quem é aplicada a medida de prisão preventiva, seja no cárcere ou domiciliar; b) sujeitos presos no ato de um crime ou sujeitos à detenção por suspeição de crime. Com relação à esta última hipótese, o nº 3 do mesmo artigo afirma que a retirada é feita após a validação pelo juiz.

²⁹⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, ainda antes da existência de uma acusação formalizada judicialmente pelo Ministério Público, há duas modalidades de prisão que podem ser aplicadas, quais sejam, a prisão temporária e a prisão preventiva. Para a decretação da prisão temporária, requisito obrigatório é a existência de “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado” em alguns crimes específicos (artigo 1º, III da Lei nº 7.960/89). A prisão preventiva tem como um dos seus requisitos obrigatórios a existência de “indício suficiente de autoria” (artigo 312 do CPP).

de um delito – propicia resultados importantes para a eficácia do banco de dados. No caso dos presos essencialmente através da interconexão imediata dos dados, capaz de solucionar delitos que estejam pendentes de apuração, sem que seja aguardado um posterior – e muitas vezes longínquo – trânsito em julgado²⁹¹.

Tal permissibilidade para grupos diversos dos condenados, entretanto, deve obedecer a uma lógica sistemática. Nesse sentido, parece que as legislações que disciplinam as bases de dados que estabeleçam restrições ao grupos dos condenados, seja pela espécie de crime, seja pela pena estabelecida, devem prever, no mínimo, o mesmo tipo de restrições para os grupos diversos dos condenados.

Os condenados constituem o conjunto de indivíduos para o qual se justificam as maiores restrições de direitos. Se determinado ordenamento jurídico restringe a recolha do ADN para eles, o mínimo exigido deve ser que o mesmo ocorra em relação aos demais sujeitos. Não atende a critérios de razoabilidade uma legislação que possua previsões mais gravosas para outros indivíduos do que para condenados criminalmente. Sob esse aspecto, cabem algumas análises críticas quanto aos sistemas português e brasileiro.

Conforme visto anteriormente, Portugal admite a recolha de ADN, de forma obrigatória, para condenados por crimes com pena igual ou superior a 3 anos. Admite, ainda, que arguidos em processo pendente por crimes com a mesma pena possam integrar a base de dados. Ademais, permite a recolha do ADN em arguidos em processo pendente, sem limitação quanto à pena, para interconexão com dados existentes na base de dados (art. 8º, nº 1 combinado com artigo 19º-A, ambos da LBDADN).

Nota-se que, quanto à alimentação da base de dados, a legislação foi simétrica entre arguidos em condenados, inclusive com previsão mais gravosa aos condenados, já que estes estão sujeitos à recolha obrigatória enquanto os arguidos dependem de uma análise de proporcionalidade pela autoridade judicial.

Entretanto, no que se refere à interconexão, parece que a legislação portuguesa coloca os condenados a pena inferior a 3 anos em situação privilegiada em relação aos arguidos que respondem a processo com pena inferior a 3 anos. Isso porque, enquanto estes

²⁹¹ Merece destaque, ainda, o fato de que a imensa maioria dos indivíduos que respondem a processos presos, vem a ser condenada posteriormente, realidade empírica que não pode ser ignorada. De acordo com pesquisa em território brasileiro realizada pelo IPEA, *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*, Rio de Janeiro, 2015, pp. 37-38, no caso dos réus que cumpriam prisão provisória, apenas 17,3% foram absolvidos (tabela 24).

arguidos, mediante despacho judicial, poderão estar sujeitos à interconexão do seu perfil genético com outros da base de dados, inexistindo qualquer previsão legal quanto à possibilidade de que os condenados a pena inferior a 3 anos possam estar sujeitos à recolha do ADN, ainda que somente para efeitos de interconexão.

Como a sujeição de indivíduos a tal medida deve estar sujeita a reserva legal, diante da relevância da restrição de direitos fundamentais, a ausência de previsão legal parece impedir que, ainda que exista uma proporcionalidade reconhecida judicialmente, seja recolhido o ADN de condenados a pena inferior a 3 anos. Nesse sentido, haveria uma previsão legal não razoável em desfavor do arguido.

Logo, de acordo com uma interpretação do dispositivo previsto artigo 8º, nº 1, da LBDADN conforme a constituição, somente será possível dele extrair uma norma que limite a possibilidade de recolha do ADN para interconexão junto ao banco de dados a arguidos em processo cuja pena seja igual ou superior a 3 anos.

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou a obrigatoriedade da recolha de ADN de condenados, com limitação referente a alguns delitos específicos. No que diz respeito a suspeitos e acusados, quando autorizada judicialmente a identificação criminal através do perfil genético, este será incluído no banco de dados. Ocorre que quanto a estes grupos sujeitos à identificação criminal inexistindo qualquer restrição referente ao delito imputado.

De acordo com a legislação, seria possível, em tese, a inserção no banco de dados do ADN de suspeitos ou acusados de delitos leves, enquanto, em relação aos condenados, somente existe a permissão para que ocorra a inserção em determinados crimes considerados graves. Não existe qualquer previsão legal de possibilidade da recolha de ADN de condenados fora do rol determinado pelo artigo 9º-A da LEP, nem mesmo diante de decisão judicial específica.

Logo, ainda que no caso dos acusados e suspeitos de crimes diversos dos informados pelo artigo 9º-A da LEP exista uma análise casuística que permite a recolha dos dados, eles deveriam ser usados somente para a comparação direta, não para interconexão ou para alimentação do banco de dados, por consistir em previsão mais gravosa em desfavor desses grupos quando comparada com os condenados.

Assim, a única interpretação que atende a critérios de razoabilidade é aquela que delimita o dispositivo previsto no artigo 5º-A da Lei nº 12.037/09 para que a norma dele

extraída seja no sentido de que a inserção no banco de dados dos perfis genéticos de pessoas sujeitas à identificação criminal somente é autorizada para os suspeitos e acusados dos crimes a que se refere o artigo 9º-A da LEP.

Por fim, uma questão importante que envolve os dados genéticos dos grupos de acusados e suspeitos é a referente a qual será a providência adotada no caso de um arquivamento de investigação ou de absolvição em processo criminal. Em virtude de uma questão de organização metodológica, tal temática será abordada nos tópicos que discorrerão sobre conservação e remoção (item 3.6).

3.3.3) Inimputáveis

A imputabilidade constitui-se como um dos pressupostos para o reconhecimento da culpabilidade penal. Deve ser verificado se, no momento da prática do injusto penal, o agente era capaz de atuar de modo responsável, ou seja, de compreender a ilicitude do fato e de agir de acordo com tal compreensão, a renunciar a realização da conduta²⁹². É exigida a existência de capacidade pessoal de evitar o fato, que pode faltar em algumas pessoas. Quando ausente esta capacidade, o desvalor objetivo do fato antijurídico não estará acompanhado do desvalor pessoal²⁹³.

Essa carência da capacidade de autodeterminação capaz de gerar a inimputabilidade pode ser estabelecida de acordo com a idade do indivíduo ou com alguma patologia psíquica. No primeiro caso, a ausência de capacidade está relacionada à sua evolução moral e intelectual, caracterizada através de um marco biológico de desenvolvimento, demarcado em razão da idade. A adoção do estado de evolução biológica alcançado como critério somente possui substrato em virtude do seu reflexo na capacidade de compreensão e ação por parte do agente. Dessa forma, pode-se dizer que, nesses casos, é adotado um critério biológico-psicológico caracterizador da ausência de culpabilidade²⁹⁴.

No que diz respeito aos indivíduos inimputáveis que já atingiram a maioridade, o critério para exculpação evoluiu ao longo do tempo, sendo formatado, hodiernamente, através de um método psicológico-normativo. O tradicional critério biopsicológico foi

²⁹² Cfr. Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible* (trad. Manuel Cancio Meliá, Marcelo Sancinetti), Thomson Civitas, Navarra, 2000, p. 235.

²⁹³ Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, p. 551.

²⁹⁴ Cfr. Stratenwerth, *Derecho...*, p. 237.

superado, em especial no que diz respeito à vertente biológica, a partir da identificação de que alguns transtornos de consciência não decorriam de deficiências corporais-orgânicas. Isso não significa que tais transtornos não devam estar presentes, razão pela qual ainda é possível falar em uma vertente psíquica quanto ao método para exculpação dos indivíduos que atingiram a maioridade. Entretanto, os estados psicológicos defeituosos não são suficientes para conduzir à exculpação sem uma valoração normativa, na medida em que deve ser realizada a constatação acerca da capacidade do agente de atuar de modo diverso à conduta praticada²⁹⁵.

De acordo com os sistemas penais estabelecidos em Estados de Direito, os indivíduos inimputáveis, ainda que pratiquem um fato típico e ilícito, não estão sujeitos a uma sanção de natureza penal. A pena se apresenta como resposta a uma conduta humana culpável. Entretanto, a ausência de responsabilidade penal não exclui, em algumas hipóteses, a possibilidade de aplicação de outras medidas, de viés essencialmente preventivo.

Ainda que não se possa aplicar uma pena a esses agentes, em determinadas hipóteses existe um processo judicial que apura as circunstâncias do caso, e pode resultar no reconhecimento da prática de um ato típico e ilícito. Diante de tais circunstâncias, pode ser legítimo ao Estado estabelecer a recolha do perfil genético de alguns desses indivíduos, merecendo análise diferenciada os casos em que a inimputabilidade está relacionado a indivíduos que já atingiram ou não a maioridade.

Nos caso em que admita-se a recolha do perfil genético, uma questão deve ser trabalhada de forma semelhante quanto às duas espécies de inimputáveis. Conforme visto quando se tratou da coercibilidade, o indivíduo deve estar ciente de que será submetido à recolha do seu material biológico e, em caso de ausência de consentimento, é desejável que a questão seja encaminhada a uma autoridade judiciária para decisão. Devido ao fato de possuírem como característica comum a ausência de capacidade, a recolha do material biológico tanto dos menores quanto dos maiores inimputáveis devem ser precedida de manifestação dos respectivos representantes legais.

Como não possuem o discernimento necessário para avliação das questões concernentes a tal procedimento, será o representante legal a pessoa a quem deve ser

²⁹⁵ Cfr. Roxin, *Derecho Penal – Parte General, Tomo I: Fundamentos. Las Estructura de la Teoria del Delito* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, p. 823.

atribuída tal responsabilidade. Isso não significa que não possa ser determinada judicialmente a coercibilidade da medida. Conforme visto anteriormente, uma criteriosa ponderação entre os direitos em jogo não obsta a possibilidade de recolha coercitiva, o que não se altera quando se trata de inimputáveis, inclusive no caso dos menores.

A questão do equilíbrio quanto aos menores deve ser valorada principalmente no que diz respeito à extensão da medida e critérios de conservação e apagamento. Entretanto, no que diz respeito à recolha do material biológico, a interferência na integridade corporal continuar a ser mínima e, quanto à privacidade, também não é significativa a interferência quando considerado o ato de recolha.

4.3.3.1) Psíquica

Uma das espécies de inimputabilidade é aquela decorrente das condições psíquicas do indivíduo. Alguns sujeitos, quando da prática do injusto penal, não possuem capacidade de se autodeterminar de acordo com as normas de convivência social, ou seja, de orientar seu comportamento de forma não violadora dos regramentos estabelecidos pelo direito penal.

Entretanto, em caso de reconhecimento judicial de que foi praticada pelo agente uma conduta típica e ilícita, é possível que lhe seja atribuída uma medida de segurança prevista em lei. A justificativa para a imposição da medida de segurança em desfavor dessa categoria de inimputáveis é a sua periculosidade criminal. Através do fato praticado e das circunstâncias pessoais do indivíduo, torna-se possível realizar um prognóstico de comportamento futuro que revele a probabilidade de cometimento de novos delitos²⁹⁶.

Ainda que esses indivíduos não estejam sujeitos à aplicação de uma pena, o Estado dispensa-lhes uma atenção através de tratamento das causas provocadoras do seu atuar, seja mediante internação ou tratamento ambulatorial. Reconhece-se a necessidade de que seja destinada uma atenção especial a esse indivíduo, em virtude do injusto praticado e do risco social que ele gera.

Com relação a esses indivíduos, já terá sido reconhecida a circunstância de uma ausência de orientação através de normas sociais, razão pela qual a lógica de prevenção especial não seria suficiente a justificar a obtenção do seu ADN. Em se mantendo a

²⁹⁶ Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal...*, pp. 821-822.

patologia, não se pode considerar que esse agente se sentiria desestimulado a praticar um delito futuro devido ao maior risco de ser descoberta a sua prática, diante do conhecimento do seu ADN por parte do Estado. Em caso de eventual evolução clínica capacitante, considera-se que não mais existiria a causa que o levou a delinquir, o que, em teoria, afastaria a utilidade da recolha do seu perfil genético.

Por outro lado, sob uma perspectiva preventivista geral, as circunstâncias de reconhecimento da prática de um injusto penal são suficientes a ensejar a recolha do ADN dessa categoria de inimputáveis. A obtenção do ADN desses indivíduos tem como efeito conferir maior efetividade à persecução criminal, majorando as chances de êxito na solução do caso criminal. E ainda que eventualmente não venha a ser aplicada uma pena ao agente diante de sua inimputabilidade, a verificação da existência de um processo criminal efetivo com a descoberta e o reconhecimento da autoria de um fato delituoso, é capaz de fortalecer a confiança da comunidade no ordenamento jurídico penal, que corresponde à eficácia de prevenção geral positiva, com reflexos no direito à segurança.

Mas ainda que não se pense na recolha do perfil genético dessa categoria de inimputáveis através dessa perspectiva, pode ser concebida de outra forma. Conforme visto, nesse caso, pouco teria a acrescentar o conhecimento do ADN pelo Estado para evitar uma eventual reincidência. Contudo, no caso de o agente reincidir – e sabe-se que muitos desses indivíduos voltam a praticar injustos penais – haverá maiores possibilidades de concretização do valor justiça, através de sua realização no caso concreto.

A adequada solução de um caso criminal pode ser vista sob dois aspectos. Um deles correspondente ao afastamento da possibilidade de que uma pessoa inocente venha a ser condenada, que se caracteriza como relevante efeito da utilização do ADN na esfera criminal. O outro, através do respeito à condição da vítima, que naturalmente deseja ver o seu caso solucionado e que seja aplicada ao infrator a medida legalmente prevista. Cada vez mais, tal circunstância tem sido vista através de um prisma relacionado à existência de um direito da vítima. Através dessa perspectiva, há entendimento doutrinário no sentido da formatação de um direito fundamental de combate à impunidade²⁹⁷.

²⁹⁷ Nesse sentido, Américo Bedê Freire Júnior, “O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade”, In: Revista Jurídica ESMP-SP, V. 14, 2018. O autor discorre a respeito, tendo como parâmetro o artigo 5º, LIX da CRFB/88, que possui a resuante redação: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”. De acordo com o autor: “O nosso artigo 5º da CF não deixa dúvidas ao prever a ação penal privada subsidiária da pública como meio de propor uma demanda toda vez que a ação pública não for proposta no prazo legal. É possível reconhecer, então,

Diante de todas essas circunstâncias, inexistente qualquer desproporcionalidade na previsão da obtenção de perfil genético de pessoas maiores de idade que tenham praticado um injusto penal reconhecido judicialmente. O que não deve ser admitido é que a previsão legal seja mais abrangente e permissiva quanto à recolha referente a estes sujeitos, quando em comparação com os imputáveis condenados criminalmente. Já quanto ao oposto, não parece haver problemas de juridicidade. Pode o legislador optar por ser mais permissivo em relação aos indivíduos não culpáveis quando comparados aos culpáveis.

Foi a opção realizada pela legislação portuguesa através do artigo 8º, nº 3, da LBDADN, quando fez remissão ao artigo 91º, nº 2, do CP. Este artigo estabelece a possibilidade de aplicação de medida de segurança de internação de duração mínima de três anos, quando praticado crime contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos. A lei restringe a algumas espécies de delitos a possibilidade da recolha do ADN dessa categoria de inimputáveis, o que não faz quanto aos imputáveis, além de a escala penal ser superior (crimes com pena superior a cinco anos, enquanto para os imputáveis o parâmetro é a pena concreta de três anos)²⁹⁸.

O ordenamento jurídico brasileiro atual não estabelece a possibilidade de recolha do perfil genético do inimputável maior de idade. Ainda que o critério de obtenção do ADN estabelecido na LEP esteja relacionado a crimes especificados, sem que haja uma vinculação a uma pena criminal, o dispositivo legal fala expressamente em indivíduos que sejam condenados.

No sistema penal brasileiro, a sentença que reconhece a prática de um injusto penal por um inimputável tem natureza absolutória, nos termos do artigo 386, VI em combinação com o inciso III do parágrafo único do mesmo artigo²⁹⁹. A única interpretação que pode ser realizada quando analisados os dispositivos de forma sistemática é a de que não é admitida a obtenção do perfil genético das pessoas às quais foi aplicada medida de segurança, em razão da ausência de autorização legal.

nessa possibilidade de movimentação da máquina processual pela vítima, o reconhecimento material do direito da vítima de combate à impunidade.” (p. 158).

²⁹⁸ Reconhecendo a legitimidade da opção legislativa em estabelecer tal diferenciação, apesar de considerar discutível o critério, Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, *Prova Genética...*, pp. 225-226.

²⁹⁹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz: III - aplicará medida de segurança, se cabível.

4.3.3.2) Idade

Quando se trata da inimputabilidade decorrente da idade do indivíduo, maiores são os desafios a serem enfrentados. *Ab initio*, deve ser destacada a diferenciação de tratamento que deve ser conferida de acordo com o grau de desenvolvimento da pessoa quando se trata da existência de um injusto penal. As crianças que possuem tenra idade, com inferior capacidade de compreensão quanto à ilicitude do fato e de se orientarem nesse sentido, não devem estar sujeitas a qualquer espécie de reprimenda.

Com relação aos menores que possuem uma maior capacidade de entendimento quanto aos resultados de suas condutas, os ordenamentos jurídicos normalmente estabelecem alguma espécie de resposta a atos infracionais por eles praticados, que devem se diferenciar das reprimendas atribuídas aos que já atingiram a maioridade.

De acordo com o artigo 40 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em caso de infração de lei penal por indivíduos considerados incapazes em decorrência da idade, deve ser levada em consideração a idade e a importância no estímulo de sua reintegração, devendo ser tratado de modo a estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer seu respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros.

Do referido instrumento internacional é possível extrair uma preocupação com a formação da personalidade do jovem infrator, com sua reabilitação. Não se pode perder de vista, entretanto, que a aplicação de alguma medida aos jovens significa o reconhecimento de que são responsáveis pelos seus atos e devem receber a prestação jurisdicional condizente com os parâmetros legais estabelecidos³⁰⁰.

É importante que sejam aplicadas aos jovens medidas adequadas às finalidades socioeducativas, com especial primazia ao seu aspecto pedagógico. Ao mesmo tempo em que necessário o acompanhamento do jovem, a medida a ele aplicada pode possuir algum efeito estigmatizante, em especial quando se trata daqueles que resultam na restrição de sua liberdade.

³⁰⁰ Cfr. Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos, "A Prática do Ato Infracional", *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*, 4ª ed., 2ª tiragem, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 829.

Sempre que possível, deve ser evitada a estigmatização, em especial dos jovens, a fim de minimizar alguma interferência negativa no processo reabilitador. Isso não significa que não possam estar submetidos às medidas socioeducativas e, tampouco, a outras consequências estabelecidas em lei. Nesse contexto, merece destaque o fato de que o viés estigmatizante da recolha do ADN não é de elevada monta quando adotadas as devidas precauções quanto à proteção dos dados pessoais.

Ademais, a obtenção do perfil genético tem na prevenção especial um dos seus pilares, o que não deixa de se caracterizar como um elemento de apoio no processo socioeducativo do jovem infrator³⁰¹.

Esses elementos vêm a robustecer o principal argumento no sentido da admissibilidade da recolha do perfil genético de jovens infratores. Estudos demonstram que a iniciação da prática delitiva em idade precoce é um dos elementos característicos de uma carreira criminosa longa³⁰², e que indivíduos que começam a atividade criminosa com pouca idade geralmente cometem crimes em taxas maiores que outros ofensores³⁰³.

É perceptível a existência de evidências empíricas quanto à necessidade de obtenção do perfil genético de jovens infratores. Caracteriza-se como medida relevante para que seja buscado um controle na iniciação da carreira criminosa, uma vez que a devida apuração de eventuais atos infracionais praticados pelos adolescentes permite que o Estado continue a buscar a reabilitação do jovem delinquente, com o conhecimento mais exato acerca das suas condutas.

Grande parte dos Estados soberanos consagra em seu ordenamento a possibilidade de recolha do ADN de menores infratores³⁰⁴. É amplamente reconhecida a

³⁰¹ O TEDH, em *W v. THE NETHERLANDS* (Application No. 20689/08), destacou que, nas deliberações no Parlamento acerca da lei holandesa, esse foi um argumento apresentado pelo Ministro da Justiça para demonstrar que não havia violação da Convenção sobre os Direitos da Criança na recolha do ADN de menores condenados. No referido caso, o TEDH confirmou que não havia qualquer razão para que se entendesse que, simplesmente devido ao fato de se tratar de uma pessoa menor de idade, a medida estava em desacordo com o critério da “necessidade em uma sociedade democrática”, concluindo pela inexistência de violação ao artigo 8º da CEDH.

³⁰² Cfr. Alex R. Piquero; Robert Brame; Donald Lynam, “Studying Criminal Career Length Through Early Adulthood Among Serious Offenders”, *In: Crime & Delinquency*, Vol. 50, nº 3, July 2004, 412-435.

³⁰³ Cfr. Alex R. Piquero, David P. Farrington, Alfred Blumstein, “The Criminal...”, p. 379. No mesmo sentido, Busher (2002) *apud* Francisco Corte-Real, “Base de dados de perfis...”, p. 156, onde destaca que dados da Grã-Bretanha tomados em consideração afirmavam que menos de um quarto das detenções se referiam a novos indivíduos, 85% dos criminosos tinham a sua primeira condenação entre os 14 e os 19 anos de idade, a probabilidade de um indivíduo de 14 anos reincidir no crime era de 77% e que 20% dos criminosos cometiam 80% dos crimes.

³⁰⁴ A título ilustrativo, podem ser citados os exemplos de Alemanha, Áustria, Canadá, Itália, Reino Unido.

proporcionalidade da medida quando incide sobre esses indivíduos, considerando o balanceamento entre os direitos fundamentais em jogo³⁰⁵.

Entende-se, entretanto, que, como a medida de recolha do ADN está relacionada à conduta, também deve estar condicionada à possibilidade de que seja atribuída à pessoa alguma forma de responsabilização pelo fato, não devendo ser recolhido o perfil genético daqueles que sequer atingiram a idade limite legalmente prevista para que estejam sujeitos à aplicação de procedimentos socioeducativos³⁰⁶.

Por outro lado, a constatação quanto à legitimidade da recolha do perfil genético de jovens infratores não significa que sua admissibilidade deva se dar na mesma extensão que a permissão em relação aos imputáveis. As principais normativas internacionais que abordam a questão do delinqüente que ainda não alcançou a maioridade evidenciam a necessidade de intervenções mais pontuais e cuidadosas para esses casos³⁰⁷.

³⁰⁵ Importante destacar que em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM* – Applications nos. 30562/04 and 30566/04, o TEDH analisou a questão referente a um jovem que teve seu perfil genético recolhido e guardado no NDNAD após ser acusado de tentativa de roubo, tendo sido absolvido posteriormente, sem que tenham sido apagados seus dados. As considerações realizadas pelo Tribunal em momento algum questionaram a legitimidade da recolha dos dados do jovem. As objeções que levaram o Tribunal a decidir pela violação do direito à privacidade do requerente, ainda que tenham considerado a questão da idade, tiveram como fatores predominantes o fato de a retenção não encontrar qualquer limitação temporal, e que isto ocorria mesmo após a absolvição do jovem, conforme se extrai do seguinte trecho: “124. O Tribunal considera ainda que a retenção dos dados das pessoas não condenadas pode ser especialmente prejudicial no caso de menores como o primeiro requerente, dada a sua situação especial e a importância do seu desenvolvimento e integração na sociedade. A Corte já destacou, com base nas disposições do artigo 40 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, a posição especial dos menores na esfera da justiça penal e notou, em particular, a necessidade de proteção. de sua privacidade em julgamentos criminais (ver T. v. Reino Unido [GC], no. 24724/94, §§ 75 e 85, 16 de dezembro de 1999). Da mesma forma, o Tribunal considera que deve ser dada atenção especial à proteção dos menores contra qualquer prejuízo que possa resultar da retenção pelas autoridades de seus dados privados após a absolvição de um crime. O Tribunal partilha a opinião do Nuffield Council on Bioethics quanto ao impacto da retenção indefinida do seu material de ADN nos jovens e registra as preocupações do Conselho de que as políticas aplicadas conduziram a uma representação excessiva na base de dados de jovens e grupos étnicos minorias que não foram condenadas por nenhum crime (ver parágrafos 38-40 acima).” (livre tradução do autor).

³⁰⁶ Conforme destacado por Helena Machado e Barbara Prainsack, *Tracing...*, p. 26, a legislação austríaca não estabelece uma idade mínima a partir da qual pode ser recolhido o ADN de uma pessoa, mas as autoras chamam a atenção de que geralmente não se recolhe o ADN de crianças menores de 10 anos. Essa delimitação de idade apontada pelas autoras, no contexto de uma base de dados voltada a ofensores criminais, parece ser extremamente expansiva e desproporcional, na medida em que a idade mínima de responsabilização de menores naquele país é de 14 anos.

³⁰⁷ A Suprema Corte do Canadá, no caso *R. v. R.C.*, [2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61, decidiu que, embora o Código Penal canadense não estabeleça distinção entre jovens e adultos para as hipóteses de recolha do perfil genético, a aplicação dos fatores estabelecidos será necessariamente diferente entre jovens e adultos infratores. Destacou que os jovens infratores devem ser tratados diferentemente devido a diferenças de vulnerabilidade, maturidade, experiência e outros fatores relacionados à sua juventude, acrescentando que não se pode assumir que o impacto na privacidade será mínimo, como ocorre com os adultos (§44). Ponderou quanto à desnecessidade da medida, já que se tratava da primeira ocorrência

Considerada a formatação das bases de dados de ADN baseada na relação do indivíduo com eventos delitivos, eventual admissibilidade de que sejam recolhidos perfis genéticos de jovens deve obedecer uma ordem mais restritivista quando em comparação com os adultos, onde a tendência deve ser mais expansivista.

Em razão da maior maleabilidade no que diz respeito ao desenvolvimento da personalidade do jovem, que permite com que ele altere com maior facilidade seu comportamento, de modo a se afastar da prática de delitos, deve haver maior reflexão quanto à profundidade de integração deles em um banco de dados que esteja vinculado a eventos criminosos.

Como o jovem se trata de uma pessoa em formação, medidas interventivas do Estado possuem um potencial maior de impacto no seu desenvolvimento, somente sendo justificadas quando exista uma razão de maior gravidade. Outros parâmetros devem ser levados em conta para a recolha do ADN quando se trata do jovem infrator, como a gravidade da ofensa, a reincidência e a probabilidade de reincidência no futuro³⁰⁸.

3.3.4) População em geral

A forma mais abrangente que se pode cogitar quanto à formulação de um banco de dados genéticos é através da submissão de toda a população ao fornecimento do seu perfil genético para que o integre. Tal como ocorre com outros dados biométricos, não é incomum encontrar quem defenda a criação de um banco de dados universal de identificação civil, que também pudesse ser aproveitado para finalidades criminais³⁰⁹.

Quando se aborda essa questão não se deve desconsiderar que, extrapolando as finalidades criminais, o banco de dados de ADN tem importante relevância para identificação de desaparecidos e de cadáveres, seja quando tal identificação possua

envolvendo o jovem e que o fato, apesar da gravidade, foi praticado no decorrer de uma disputa entre o garoto de 13 anos e sua mãe como uma resposta reflexiva à humilhação por ela praticada (§§ 68 e 69). No caso, um jovem de 13 anos havia agredido sua mãe, atingindo-a no pé com uma caneta após ela jogar roupa suja nele para que ele levantasse para ir à escola, tendo sido reconhecida a prática de uma agressão com arma. Foi levada à Suprema Corte a questão da recolha do ADN, tendo ela restabelecido a sentença de 1º grau, que havia sido reformada pelo Tribunal de Recurso de Nova Escócia quanto a esta questão.

³⁰⁸ Cfr. Pascal Borry, "Ethical Principles and Forensic Databases", *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012, p. 32.

³⁰⁹ Segundo Helena Machado e Barbara Prainsack, *Tracing...*, pp. 43-44, em 2005, o Governo português recém eleito declarou a intenção de criar um banco de dados para toda a população, o que acabou não sendo consagrado legislativamente.

interesse histórico, seja quando possua função humanitária relevante, como no caso da ocorrência de catástrofes naturais³¹⁰.

No que diz respeito à utilidade no campo penal, a majoração no volume de informações da base de dados está intrinsecamente relacionada com a sua efetividade, seja pelo aumento do número de perfis genéticos disponíveis para confronto com um vestígio, seja pela fiabilidade que é conferida aos exames realizados quando o banco de dados está suficientemente alimentado.

Não obstante o ganho em efetividade decorrente do alastramento da base de dados de ADN, os Estados de Direito liberais ainda não realizaram a implementação de forma universal. Uma primeira circunstância, de natureza material, que tem sido colocada como óbice para que seja adotado um banco de dados universal que abranja todos os cidadãos, é o seu elevado custo financeiro.

Por se tratar de um exame laboratorial, que necessita de envolvimento de profissionais tecnicamente capacitados, a obtenção do perfil genético se caracteriza como uma providência de custos consideráveis. A formação de um banco de dados universal de forma repentina geraria, inevitavelmente, um enorme impacto financeiro. Esta pode ser considerada uma das razões pelas quais ainda não se tenha verificado empenho dos países em implementar seu banco de dados com tal abrangência³¹¹.

Ainda que esta seja uma dificuldade evidente para a implementação de uma base de dados universal a curto prazo³¹², como se trata de uma medida com potencial para perdurar ao longo de muito tempo, não se pode descartar a ideia uma evolução gradual, chegando-se à universalidade a médio ou longo prazo. Os custos financeiros não deixariam

³¹⁰ Observações realizadas por Marta Maria Botelho, *Utilização...*, p. 26 e nota de rodapé nº 4, quando afirma que dispor de um ficheiro universal contendo perfis de ADN de toda a população seria um instrumento de enorme valor, não somente no que respeita à investigação criminal, mas também quanto às várias necessidades de identificação civil.

³¹¹ Francisco Corte-Real, "Base de dados de perfis...", p. 152, afirma que um dos argumentos contrários à criação de uma base de dados geral em Portugal foi sua inexecutabilidade em breve prazo, tendo em vista que Portugal não possui laboratórios suficientes para proceder à análise desse número enorme de amostras, razão pela qual "seria extremamente dispendioso e moroso ter de criar novos laboratórios e formar recursos humanos que pudessem dar resposta a essas exigências".

³¹² De acordo com C. McCartney; T. Wilson; R. Williams, "Transnational Exchange of Forensic DNA: Viability, Legitimacy, and Acceptability", *European Journal on Criminal Policy and Research*, 17(4), 2011, p. 307, a menos que os laboratórios forenses do governo tenham recursos, apetite ou capacidade de aumentar a produção de dados de DNA, há pouco sentido aprovar legislação para permitir um uso mais extenso do DNA forense. Assim, somente se justifica eventual expansão legislativa do banco de dados se os laboratórios possuem capacidade de absorver tal expansão.

de ser elevados, mas seu impacto seria sentido com menor intensidade, já que diluídos os gastos ao longo do tempo.

Nesse cenário, o elevado custo deixaria de ser um elemento praticamente inviabilizador da implementação geral do banco de dados genético, como ocorre na sua adoção a curto prazo. Ainda que se trate de um alto gasto orçamentário, há que se discutir se, dentro de uma lógica econômica, não se trataria de uma medida capaz de minimizar outros custos, que compensariam seu investimento.

Segundo Christopher Slobogin, Ellen Wright Clayton, J. W. Hazel, e B. A. Malin, a atividade criminosa é extremamente cara, seja para os cidadãos, não somente tendo por consideração bens intangíveis para as vítimas, como sob o próprio aspecto monetário, seja para terceiros, como é o caso de empresas e seguradoras, e também para o governo, considerando os gastos em investigações e manutenção de pessoas encarceradas³¹³.

Para além destes gastos diretamente derivados da atividade criminosa, outros custos também podem ser relacionados. Como exemplo, podem ser citadas as despesas que envolvem produção e logística das empresas, que acabam por sofrer impactos em virtude da criminalidade. A alta mortalidade de pessoas em idade economicamente ativa se apresenta como outro aspecto relacionado com a criminalidade que também traz impactos negativos para a economia.

Os custos também podem ser mensurados através das perdas de receita e investimentos. As atividades relacionadas ao turismo, por exemplo, são diretamente impactadas pela violência, deixando de gerar grande quantia em termos financeiros, seja para os empresários e trabalhadores do setor, seja para o Estado. A violência também pode desestimular empresas a exercerem suas atividades em determinadas localidades, onde o poder público deixa de arrecadar recursos em virtude da criminalidade.

Portanto, ainda que sejam elevados os investimentos em um banco de dados universal, na medida em que esse gasto possa ser diluído no tempo e que os reflexos econômicos possam ser positivos, o aspecto econômico não mais consistiria em empecilho para sua adoção gradual.

Se a questão financeira ainda tem sido um impeditivo instrumental, outra discussão torna ainda mais tormentosa a análise de viabilidade da implementação universal

³¹³ Christopher Slobogin, Ellen Wright Clayton, J. W. Hazel, e B. A. Malin, "Is it time for a universal genetic forensic database?", *Science*, vol. 362, 2018, p. 900.

do banco de dados. A legitimidade jurídica da adoção da medida com tal extensão tem sido objeto de profundos questionamentos e objeções.

Na busca do equilíbrio entre os direitos fundamentais tem sido reconhecida a validade da criação de bancos de dados genéticos de forma segmentada, em relação a determinados grupos de pessoas. Quando se trata de abranger toda a população, existem circunstâncias de fato distintas, que ensejam outros questionamentos e, sob determinados aspectos, outro tipo de balanceamento dos direitos fundamentais.

O número de pessoas atingida pela obrigatoriedade em disponibilizar o perfil genético é imensamente inferior quando limitado às pessoas que possuem alguma vinculação pretérita com alguma criminalidade. Quando há uma ampliação que passa a abranger, inclusive, pessoas sobre as quais jamais pendeu qualquer suspeita de prática de atos ilícitos, surge o argumento no sentido de que todos estão a ser tratados como suspeitos ou como potenciais infratores e não como cidadãos de boa vontade e intenção benigna³¹⁴.

Na medida em que não se está a investigar qualquer pessoa, mas somente a guardar dados identificativos delas, essa argumentação parece excessivamente alarmista³¹⁵. Por óbvio, os respectivos dados serão usados como parâmetro para tentativas de confronto futuro, mas isso caracteriza uma mera pesquisa aleatória de compatibilidade, não a significar que as pessoas sejam consideradas ou tratadas como suspeitas. Medidas genéricas de prevenção de criminalidade são realizadas diariamente, como é o caso do policiamento nas ruas, sem que sejam invocadas para atribuir uma suspeição geral a todos cidadãos, que possa consistir em questionamento quanto à legitimidade dessa providência.

A alegação de tratamento de pessoas como suspeitas parece somente ser válida quando existe o tratamento distinto para alguns grupos. A consideração quanto à maior possibilidade da prática de delitos é um fator que serve como um dos fundamentos para justificar esse tratamento diferenciado a determinar quais grupos estarão sujeitos à medida.

³¹⁴ Cfr. Nuffield Council on Bioethics, *The forensic use of bioinformation: ethical issues*, Cambridge Publishers, Cambridge, 2007, p. 60 (§ 4.76).

³¹⁵ D. H. Kaye; Michael E. Smith, "DNA Identification Databases: Legality, Legitimacy, and the Case for Population-Wide Coverage", *In: Wisconsin Law Review*, no. 3, 2003, p. 446, afirmam que, como retórica, essa é uma afirmativa poderosa, mas substancialmente é "fofa". Destacam que estabelecer um sistema capaz de vincular indivíduos às cenas de crime na maior extensão possível, sem adentrar em suas mentes ou invadir suas propriedades não faz de todos suspeitos, em qualquer sentido. Salientam, ainda, que a medida reduziria o ônus para muitos indivíduos poderiam ter sido os principais suspeitos.

Quando se trata da idealização de uma base de dados universal, o que se tem em conta não é uma suspeição generalizada, mas a consideração de que os indivíduos vivem em comunidade e que é necessário que o Estado possua algumas informações sobre elas para a consecução do bem comum. Isso já ocorre em algumas localidades com outras informações biológicas, como as datiloscópicas, a possibilitar que o poder público identifique os cidadãos que se encontram em seu território.

No que diz respeito ao real e efetivo tratamento de pessoas como suspeitas, é possível vislumbrar, também, um viés mais benéfico da universalização da base de dados em relação àquelas restritas a determinados grupos³¹⁶. Neste tipo de base de dados, quando uma amostra-problema é nela inserida, é possível que seja verificada alguma coincidência com outro perfil genético que dela conste, sem que exista um “*match*”. Isso pode ocorrer quando as semelhanças apontam a existência de parentalidade entre o titular da amostra-problema e o do perfil genético constante da base de dados.

Encontrada essa correspondência familiar, o grupo de parentes consanguíneos da pessoa passa a ser suspeita do delito e, portanto, submetida a alguma espécie de investigação direcionada. Nesse caso sim é possível falar em pessoas consideradas suspeitas. Caso houvesse um banco de dados universal, já seria diretamente identificado o titular do perfil genético relacionado à amostra-problema, o que não acarretaria na consideração de um conjunto de pessoas – onde diversas são inocentes – como suspeitas da prática de delitos³¹⁷.

O mesmo ocorre quando se pensa na possibilidade de obtenção de fenótipos através dos ADN's de amostras-problema. Sua utilização ocorre através da identificação de características físicas do titular da amostra que auxiliam na delimitação de um grupo, que passa a ser objeto de uma investigação mais centrada. Logo, a situação se assemelha ao que foi verificado quanto à parentalidade.

Um banco de dados universal minimizaria bastante ou até mesmo encerraria a acirrada discussão quanto à legitimidade da obtenção de informações fenotípicas do ADN, na medida em que as informações meramente identificadoras presentes na amostra-problema já bastariam para que o resultado fosse positivo, tendo em vista que a amostra-

³¹⁶ Esses grupos podem ser considerados como pré-suspeitos, na medida em que, quando é encontrado perfil genético em cena do crime eles serão os primeiros a serem investigados, através da verificação da coincidência no banco de dados de ADN. Cfr. Ruth McNally *apud* UK Human Genetics Commission, *Nothing...*, p. 48.

³¹⁷ Cfr. Christopher Slobogin, Ellen Wright Clayton, J. W. Hazel, e B. A. Malin, “Is it time...”, p. 899.

referência correspondente constaria da base de dados. Não seria necessário recorrer a informações mais sensíveis, como características fisiológicas, com o desiderato de encontrar um grupo delimitador que viabilizasse as investigações.

Ao banco de dados formado de modo universal é possível atribuir outros benefícios quando colocado em comparação com os modelos atualmente adotados. Uma grande crítica que se faz aos modelos atuais, onde somente determinados grupos estão sujeitos ao fornecimento do perfil genético, é no sentido de que este tratamento diferenciado se configura como uma forma de estigmatização de determinados grupos, que tradicionalmente estão mais suscetíveis ao poder punitivo estatal.

A universalidade da obtenção de perfis genéticos para inserção na base de dados inibe essa argumentação e minimiza as desconfianças quanto a eventual tratamento discriminatório entre os cidadãos destacados para entregar seus perfis genéticos. Isso significa que a universalidade da base de dados também possui, de certa forma, um caráter democrático, tendo em vista seu efeito inibitório de discriminação.

Entretanto, conforme destacado pela UK Human Genetics Commission, a necessidade de evitar consequências discriminatórias não é, por si só, razão para que seja instituída uma base de dados que abranja a população inteira³¹⁸. Outros elementos devem ser levados ao debate, em especial o balanceamento entre os direitos fundamentais à segurança, à privacidade e à autodeterminação informacional.

É certo que a expansão total induz a um incremento da segurança, na medida em que haverá a cobertura total dos casos que deixam vestígios. A sua limitação tem como consequência a ausência de correspondência em quantidade significativa dos casos, nos quais os vestígios recolhidos em vítimas ou cenas de crime ficam à procura de um perfil genético, sem que haja êxito no seu encontro. Tal questão seria resolvida através do estabelecimento de um banco de dados geral, o que geraria um benefício à segurança.

Por outro lado, quando se trata de abranger toda a população, incluindo as pessoas que jamais tiveram qualquer pendência criminal, existe uma enorme expansão da base de dados. No caso dos grupos relacionados de alguma forma com a criminalidade, nota-se que a privacidade de uma parcela reduzida da população será restringida para produzir um impacto significativo na segurança e na justiça penal.

³¹⁸ UK Human Genetics Commission, *Nothing...*, p. 59.

O mesmo não ocorre quando se fala na submissão de toda a população à recolha do ADN. Nesse caso, a medida incidirá sobre um número imensamente superior de pessoas e, ainda que o ganho nos direitos de natureza coletiva não seja irrelevante, não acompanhará a mesma escala de grandeza da afetação à privacidade, se comparado com os modelos atualmente estabelecidos³¹⁹.

Comparativamente ao que ocorre com relação à restrição do banco de dados a pessoas das quais se constata alguma vinculação com evento criminoso, a recolha do ADN incidente sobre pessoas em face das quais sequer existe uma fundada suspeita de envolvimento em um fato delituoso, constitui uma medida que resulta em uma importância da satisfação do direito à segurança significativamente inferior.

Ainda que seja difícil estabelecer percentuais exatos ou próximos da exatidão, sabe-se que parte considerável dos crimes solucionáveis através da utilização do ADN pode ser beneficiada apenas com o perfil genético de um grupo restrito de pessoas³²⁰. Para que fosse solucionada a outra parcela dos delitos, que ficou pendente de resolução, seria necessária uma ampliação muito maior, que traria desequilíbrio nas proporções.

A título ilustrativo, imagine-se que 50% dos casos que demandam a utilização do ADN para sua resolução possam ser solucionados mediante a recolha do ADN de 5% de uma população, qual seja, aquela que já esteve relacionada de alguma forma com uma suspeita de prática de crime. Para resolver os outros 50% dos casos – que continua sendo um número bastante relevante – seria necessária a recolha do perfil genético dos outros 95% dos cidadãos.

Isso significa que à obtenção do perfil genético de uma pessoa inserida no grupo das que jamais tiveram qualquer suspeita de envolvimento em atos delitivos corresponde uma importância de satisfação para o direito à segurança significativamente inferior à que é reconhecida na recolha do ADN do outro grupo, mais restrito. Enquanto isso, a

³¹⁹ Francisco Corte-Real, “Base de dados de perfis...”, p. 153, alerta que “Dado que apenas uma determinada proporção de indivíduos de uma população comete crimes, se analisássemos os perfis de ADN de toda a população em vez de somente os que estão envolvidos em atividades criminosas, a taxa proporcional de sucesso seria naturalmente inferior. O número de sucessos seria superior, mas a proporção de resultados positivos relativamente ao total analisado seria seguramente muito inferior”.

³²⁰ De acordo com o UK Human Genetics Commission, *Nothing...*, p. 75, tendo por base o levantamento feito no Home Office Strategic Plan 2004-2008, cerca de 50% de todos os crimes no Reino Unido são cometidos por 2,2% das pessoas que estão registradas no banco de dados (não de toda a população). Nota-se, com isso, que a hipótese ora proposta, de 5% do total da população, é bastante superestimada.

interferência no direito à privacidade, vista sob o aspecto individual, seria semelhante em ambos os casos, já que incide da mesma forma sobre cada indivíduo.

Visto sob uma ótica mais coletivista, por outro lado, poderia-se considerar mantida a importância de satisfação do direito à segurança, já que na hipótese a solução dos casos ficou na escala de 1 pra 1 (50% x 50%), enquanto a interferência no direito à privacidade seria muito superior, pois se trataria de uma majoração enorme no número de pessoas afetadas.

Em que pese a reconhecida importância do direito à segurança para a pacificação social e para o próprio exercício das liberdades individuais, ele não deve ser sempre priorizado em relação direitos individuais que lhe são contrapostos. O balanceamento entre os direitos, sob a perspectiva atual das formas de concretização e interferência dos direitos em jogo, conduz à conclusão de que eventual base de dados universal. evidenciaria uma desproporcionalidade em desfavor dos direitos individuais.

Algumas incertezas e inseguranças ainda estão muito presentes quando considerados os bancos de dados genéticos. As pesquisas relacionadas às informações genéticas ainda podem ser consideradas relativamente recentes. Mais recente, ainda, é a implementação dos bancos de dados, carecendo de maior confiança da população quanto à adequação de sua utilização, sem distorções. Esses perigos se refletem na forma como é considerada a intensidade da interferência do direito à privacidade e no direito à autodeterminação informacional, e induzem a que o grau de interferência nos direitos individuais pelos bancos de dados de ADN não possa ser considerado leve.

No que diz respeito ao desenvolvimento das pesquisas genéticas, a questão central diz respeito à profundidade das informações que podem ser obtidas. Se atualmente os *loci* utilizados não são capazes de fornecer informações adicionais à meramente identificativa, é importante que, caso novas tecnologias venham a descobrir que através de determinado *locus* utilizado para a identificação é possível extrair outras informações mais intrusivas, como as relacionadas à saúde, haja proibição de que essa informação seja aditada ao respetivo perfil³²¹. Tal previsão serviria como forma de evitar que fossem indevidamente

³²¹ Em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM* – Applications nos. 30562/04 and 30566/04 (§71), o TEDH demonstrou sua preocupação com o fato de que, com o ritmo acelerado dos desenvolvimentos no campo da genética e da tecnologia da informação, seja possível que no futuro os interesses da vida privada relacionados à informação genética possam ser adversamente afetados de maneiras novas ou de uma maneira que não pode ser antecipada com precisão hoje. A proposta de minimização desse risco, concernente na previsão da impossibilidade de aditamento do perfil genético para inserção de

afetadas a privacidade e a autodeterminação informacional, através da obtenção de informações além das necessárias para a mera identificação.

É recomendável, ainda, que conforme haja ampliação quanto à alimentação dos bancos de dados, haja uma tendência a que as amostras biológicas das quais foram extraídos os perfis genéticos sejam eliminadas³²². Isso minimizaria muito os riscos aos quais estão submetidos os indivíduos quanto a utilizações futuras, sendo que o benefício gerado não seria significativo³²³.

A consolidação das bases de dados de ADN, acompanhada de procedimentos de segurança das informações bem estabelecidos, acarretará em uma maior confiabilidade quanto ao seu correto direcionamento e minimização de possibilidades de lesões aos direitos individuais. Caso seja solidificado o funcionamento escorreito das bases de dados³²⁴, mediante a ausência de malversações no seu gerenciamento por períodos mais prolongados, é possível que se passe a considerar uma redução quanto ao grau de interferência nos direitos individuais.

A eventual superação dos receios que ainda hoje pendem sobre a utilização dos dados genéticos obtidos poderá ocasionar, no futuro, modificações quanto à forma de equilibrar os direitos ora considerados. Em verdade, caso venham a ser afastados esses receios, a interferência verificada no direito à privacidade será bastante reduzido, diante da confiança de que somente estão sendo tratados dados meramente identificativos, sem que se desvie da finalidade imediata da base de dados³²⁵.

informações não meramente identificativas que viessem a ser descobertas, foi sugerida por Artur Pereira, “Bases...”, p. 107.

³²² Conforme será verificado no item 3.6.1, entende-se que, sob qualquer perspectiva, o material biológico de amostras-referência deveria ser eliminado após a obtenção do perfil genético, ante a significativa elevação de risco que sua conservação caracteriza.

³²³ O TEDH, em VAN DER VELDEN v. THE NETHERLANDS – Application no. 29514/05 (p. 8), já reconheceu, em especial quanto ao material biológico, que o uso que possa ser concebido no futuro, por ir além da identificação neutra, é suficientemente intrusivo para constituir uma interferência no direito à privacidade.

³²⁴ Amitai Etzioni, *Privacy...*, p. 162, chega a afirmar que o abuso quanto à utilização do ADN é menos difundido do que os críticos supõe. Para tanto, destaca que um relatório de 2009 do Department of Justice Office of the Inspector General encontrou um raro caso de abuso, em um caso onde um laboratório forense do Texas forneceu acesso ao CODIS a um indivíduo não autorizado pelo FBI. Salienta que se tratou de um equívoco de supervisão e não de tentativas maliciosas de obter o perfil genético de pessoas específicas.

³²⁵ Paul Monteleoni, “DNA Databases, Universality, and the Fourth Amendment”, *In: New York University Law Review*, Vol. 82:247, 2007, p. 274, defende que o estabelecimento de bancos de dados universais serviria como um reforço aos sistemas de controle dos dados. A incidência da recolha do ADN sobre todos os membros de uma comunidade não sobreviveria muito tempo se a população estivesse insatisfeita com as medidas de segurança adotadas. De acordo com essa concepção, o resultado seria, provavelmente, a

E não é somente isso. A própria concepção acerca da proteção de posições jurídicas relacionadas ao direito à privacidade pode sofrer alterações em um contexto onde as pessoas cada vez mais se expõem voluntariamente, abdicando de parcelas de suas privacidades em decorrência de estímulos proporcionados pelas novas tecnologias, especialmente as relacionadas a redes sociais.

À medida em que a forma de enxergar os direitos possa ser alterada, é possível que se alterem os consensos quanto ao que é ou não vedado³²⁶. A. Tseloni e K. Pease sugerem que a tolerância do público a esse tipo de restrição, que obedece a condições e circunstâncias específicas, deva ser avaliada periodicamente, mediante pesquisa de opinião pública, para avaliar possíveis mudanças no sentimento público ao longo do tempo, que não devem ser negligenciadas quando do balanceamento dos direitos³²⁷.

O Nuffield Council on Bioethics afirma que um banco de dados dessa abrangência dependeria de um amplo debate, pois na atualidade o equilíbrio de argumentos e evidências é contra uma medida com tal amplitude. Sob os parâmetros atuais, acrescenta, ela é considerada desproporcional à necessidade de controle da criminalidade, é improvável que possua apoio público, e apresenta alguns aspectos poucos práticos. Ressalta, entretanto, que a possibilidade do seu estabelecimento deve estar sujeita a revisão à medida que ocorre o desenvolvimento da tecnologia biométrica e que sejam ponderadas suas contribuições à segurança pública, à detecção de crimes, bem como seu potencial para reduzir práticas discriminatórias³²⁸.

O alerta no sentido de que não se deve descartar a possibilidade de que sejam alterados os entendimentos no futuro quanto à possibilidade de criação de base de dados geral é também o resultado de algumas constatações. Através da análise de um contexto histórico, se nota que após a implementação de novas tecnologias e técnicas de

adoção de proteções substanciais à privacidade, que acabaria por estabelecer o equilíbrio entre os direitos fundamentais em causa. A visão do autor, ainda que fundada em um aspecto prático, não parece ser suficiente para fundamentar uma base de dados universal. A exigência de salvaguardas rígidas aos direitos individuais deve ser uma exigência presente em qualquer base de dados de ADN, independentemente da sua abrangência, e, somente após a sua constatação parece possível cogitar-se em ampliação tão significativa.

³²⁶ Em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM* – Applications nos. 30562/04 and 30566/04 (§112), o TEDH entendeu que, quanto à demasiada extensão do NDNAD, havia um enfraquecimento inaceitável da proteção ao direito à privacidade. Salientou que existia um forte consenso entre os Estados Contratantes nesse sentido, o que era de considerável importância e reduziria a margem de apreciação a um Estado quanto aos limites de interferência na privacidade, destacando que um Estado que reivindique um papel pioneiro nesse tema tem responsabilidade por encontrar o correto equilíbrio entre os direitos envolvidos.

³²⁷ Cfr. A. Tseloni; K. Pease, “DNA retention...”, p. 44.

³²⁸ Cfr. Nuffield Council on Bioethics, *The forensic...*, pp. 60-61.

identificação criminal, existe uma tendência de ampliação a todos os cidadãos³²⁹. Após a utilização desses procedimentos para controle das subpopulações de risco, é comum que sejam expandidos para a identificação civil e passem a abranger toda a população³³⁰.

Os bancos de dados já implementados ainda se encontram distantes de tal extensão, sendo certo que o resultado da ponderação atual aponta para o desequilíbrio de um banco de dados que abranja toda a população. Isso é confirmado através do julgamento proferido em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM*, onde o TEDH freou um alargamento demasiado intuitido pelo Reino Unido na NDNAD, por violação ao direito à privacidade previsto na CEDH.

A decisão citada indica que, em futuro próximo, dificilmente será possível conceber banco de dados genéticos tão abrangente. Deve-se ter atenção, entretanto, para o fato de, na mesma decisão, ter o TEDH sinalizado que um aspecto relevante para a avaliação quanto à legitimidade das disposições acerca do instituto do banco de dados de ADN é a existência de concepções tendencialmente consensuais entre os Estados-Membros, o que acaba se refletindo, também, em âmbito global.

Nos últimos anos foi possível observar a consolidação de uma vertente expansionista nos modelos adotados em diversos países. De acordo com UK Human Genetics Commission, em consulta à Liberty, esta entidade indicou que, no Reino Unido, continuando a recolha de ADN nos níveis que vêm sendo realizada, será atingido um ponto de inflexão no qual os argumentos para novas implantações de retenção ganharão força, particularmente em resposta a preocupações com discriminação e estigmatização³³¹.

Esse fato, aliado aos processos históricos evidenciados quanto à evolução da obtenção da bioinformação por parte do Estado, pode sugerir que, a médio ou longo prazo, sejam mais intensamente propostas e discutidas as possibilidades de implementação de bases de dados universais.

³²⁹ Cfr. Diana Miranda, "O trajeto histórico dos métodos de identificação criminal em Portugal", *In: Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (org. Helena Machado e Helena Muniz), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 337.

³³⁰ Nuno Luís Madureira, "A estatística do corpo: Antropologia física e antropometria na alvorada do século XX", *In: Etnográfica*, VII(2), 2003, p. 298, alerta que, em Portugal, o fenómeno se verificou com a antropometria, a datiloscopia e fotografia bertilloniana. De acordo com o autor, "O estado universaliza meios de prova da "personalidade física e social" dos cidadãos, anunciando um sistema onde todos são iguais face à administração e onde o ónus da prova se torna uma obrigação individual: o miserável e o descendente da nobreza titular, o camponês analfabeto e o académico passam a ser oficialmente reconhecidos pelo mesmo tipo de documento."

³³¹ UK Human Genetics Commission, *Nothing...*, p. 74.

3.4) Novas Funcionalidades

A utilização do ADN em investigações criminais teve seu desenvolvimento baseado essencialmente na correspondência total entre perfis genéticos. Fosse através da comparação direta, fosse mediante a utilização de um banco de dados, a utilidade do ADN estava adstrita ao confronto entre o perfil genético extraído do vestígio do crime e o da amostra de referência ou de um suspeito, de modo a que se identificasse individualmente o sujeito que estava relacionado à prática do delito.

As evoluções experimentadas na área genética viabilizaram formas inovadoras de utilização do ADN para os fins de investigação criminal. Novas funcionalidades já foram identificadas, existindo capacidade técnica para sua adoção. As principais modalidades de procedimentos alternativos à utilização do ADN, para além da vinculação a um indivíduo específico, que vêm ganhando destaque são a busca familiar e a fenotipagem.

Através das buscas familiares, é possível que sejam localizadas coincidências que não sejam totais entre perfis genéticos, mas que indiquem a probabilidade da existência de uma relação familiar entre os titulares de dois perfis genéticos. A fenotipagem consiste na extração de informações genéticas que extrapolam aquelas que servem meramente para identificação através de uma correspondência, sendo desveladas características físicas que possam auxiliar na correlação entre os vestígios de crimes e grupos de pessoas.

Ambas funcionalidades têm sido objeto de importantes considerações, tendo em vista que se caracterizam como medidas que impactam de forma mais contundente os direitos fundamentais de viés individualista. Diante das características ínsitas a cada um desses procedimentos, merecem eles análise particularizada.

3.4.1) Busca Familiar (e sua diferenciação quanto às correspondências parciais)

As coincidências encontradas entre perfis genéticos normalmente são utilizadas para realizar uma identificação direta do indivíduos. Como os bancos de dados não são alimentados com perfis de todas as pessoas, é possível que, em determinadas situações, seja constatada uma coincidência parcial entre os alelos de marcadores genéticos, que

indique a existência de parentesco entre o titular da amostra-referência e a pessoa relacionada ao vestígio.

Enquanto as pessoas que não possuem qualquer relação entre si normalmente não apresentam coincidências significativas em seus perfis genéticos, quando consideradas aquelas que possuem algum parentesco é possível que sejam identificadas importantes semelhanças, já que o material genético do indivíduo é herdado de seus genitores. Quanto mais próximo o grau de parentesco verificado, maiores as chances de encontro de coincidências.

Deve-se ter atenção para o fato de que o encontro de coincidências parciais, por si só, não significa uma evidência robusta de que a pessoa que deixou seu ADN na cena do crime seja parente daquela cujo perfil está inserido no banco de dados. Deve ser feito cálculo de probabilidade em razão da proximidade da correspondência e da frequência dos alelos na população em geral³³².

A indicação de uma relação de parentesco através do ADN pode ocorrer de duas maneiras distintas. Elas podem ocorrer através das buscas familiares (*familial searching*) e das correspondências parciais (*partial matches*). Estas não se apresentam como pesquisas deliberadamente direcionadas à identificação de parentes do autor, caracterizando-se como eventos fortuitos decorrentes de pesquisas de rotina que apontam uma semelhança que pode ser identificada por um cientista como indicativa de parentesco. Alguns softwares de ADN podem ser configurados de modo a permitir que correspondências não sejam perdidas devido à degradação ou mistura do ADN, sendo capazes de identificar coincidências parciais³³³.

Estas podem ser encontradas através da normal utilização do CODIS. Esse sistema pode ser configurado para pesquisar em três níveis diferentes de rigor: alto, moderado e baixo. As pesquisas de alta exigência requerem que todos os alelos correspondam exatamente em todo o *loci*, enquanto níveis moderados e baixos de identificação permitem a identificação de correspondências parciais, que possibilitam o encontro de correlações familiares³³⁴.

³³² Cfr. Sonia M. Suter, "All in the Family...", pp. 319-320.

³³³ Cfr. Lorraine Alleyne et al., *Interpol Handbook on DNA Data Exchange and Practice: Recommendations From The Interpol DNA Monitoring Expert Group*, 2ª ed., Lyon, 2009, p. 74.

³³⁴ Cfr. S. Debus-Sherrill; M. Field, "Familial DNA searching – An emerging forensic investigative tool", *Science & Justice*, vol. 59(1), 2019, p. 20.

Já as pesquisas familiares se dão através da utilização de softwares desenvolvidos especificamente para esta finalidade. Neste tipo de pesquisa direcionada, o programa, em uma primeira etapa, utiliza algoritmos genéticos para identificar padrões de similaridade que provavelmente ocorrem entre familiares próximos. Em uma segunda etapa, são feitos testes de linhagem, capazes de reduzir a ocorrência de falsos positivos em uma lista de correspondências parciais. Os testes de linhagem possuem maior efetividade para confirmar a relação entre dois homens, pois normalmente utilizam o cromossomo Y (existem testes de linhagem para verificar a relação de um membro da família do sexo feminino, como o teste de DNA mitocondrial, mas poucos laboratórios atualmente têm a capacidade de realizar esse teste)³³⁵.

De acordo com Jeffrey Rosen, a principal diferença entre as duas técnicas é que as *partial matches* emergem inadvertidamente de uma pesquisa de rotina do banco de dados, enquanto a *familial searching* representa uma segunda busca deliberada do banco de dados por parentes biológicos próximos após a primeira pesquisa não ter conseguido uma correspondência perfeita³³⁶.

A utilização do *software* específico para a *familial searching*, além de direcionado especificamente para produzir esse tipo de resultado, possui uma capacidade muito maior de obtenção de resultados do que a decorrente de *partial matches*. Isso significa que à busca familiar corresponde uma vulneração mais acentuada do direito à privacidade, ante o impacto genérico que é capaz de ocasionar³³⁷.

³³⁵ Cfr. S. Debus-Sherrill; M. Field, "Familial DNA...", p. 20.

³³⁶ Cfr. Jeffrey Rosen, *Genetic Surveillance for All*, Slate, 17 de março de 2009. A mesma diferença é estabelecida pelo SWGDAM, *Recommendations from the SWGDAM Ad Hoc Working Group on Familial Searching*, 2014: "A busca familiar é uma busca adicional em um banco de dados de DNA de aplicação da lei conduzida depois que uma busca de rotina foi concluída e nenhuma correspondência de perfil foi identificada durante o processo. Ao contrário de uma pesquisa de banco de dados de rotina que pode produzir perfis parciais de correspondência espontaneamente, a busca familiar é uma pesquisa deliberada de um banco de dados de DNA conduzida com o propósito de potencialmente identificar parentes biológicos próximos ao perfil forense desconhecido obtido a partir de evidências da cena do crime. A busca familiar é baseada no conceito de que parentes de primeira ordem, como irmãos ou relações pais / filhos, terão mais dados genéticos em comum do que indivíduos não aparentados. Em termos práticos, a busca familiar só seria realizada se a comparação do perfil de DNA forense com os perfis de DNA do infrator / preso conhecido não identificasse nenhuma correspondência com nenhum dos infratores / presos." (livre tradução do autor).

³³⁷ Destacando a importância da diferenciação dos conceitos, Niedzwiecki; Debus-Sherrill; Field, *Understanding familial DNA searching: Coming to a consensus on terminology*, 2016. No mesmo sentido, Lorraine Alleyne et al., *Interpol Handbook...*, p. 74: "O termo "pesquisa familiar" é frequentemente usado em conjunto com "correspondências parciais". "Pesquisa familiar" não é o mesmo que "correspondência parcial". Nos Estados Unidos, ocorreu um sério debate sobre "partidas parciais". Ao contrário das pesquisas familiares, "correspondências parciais"; não são buscas deliberadas para identificar possíveis

Ainda que na correspondência parcial, após o encontro fortuito, seja necessário adotar procedimentos que permitam uma melhor filtragem para que sejam evitados falsos positivos, isso somente ocorrerá para as hipóteses excepcionalíssimas onde, na busca por correspondências diretas, tiver sido indicada uma possibilidade significativa da correlação com um familiar. Ou seja, as análises deliberadas são realizadas somente após existirem evidências prévias indicativas de prováveis suspeitos. E tal procedimento será realizado em atendimento à melhor tutela dos direitos individuais, a fim de minimizar os riscos de suspeitas falsas.

O reconhecimento desta diferenciação, entretanto, não permite que se olvide que as situações guardam algumas semelhanças. Os principais impactos podem ser atribuídos a ambas hipóteses, o que demanda a análise conjunta de algumas questões. Determinadas providências necessárias ao desenvolvimento das buscas familiares também devem ser adotadas para os casos de coincidências parciais, especialmente visando evitar resultados errados. Entretanto, o volume de resultados que a pesquisa familiar é capaz de produzir é significativamente superior ao das coincidências parciais, que são mais raras, o que majora significativamente o potencial de interferência nos direitos individuais, merecendo tratamento diferenciado sob alguns aspectos.

Quando se realiza esse tipo de busca, existe uma majoração de interferência na privacidade das pessoas quando comparada à mera identificação individual. Nota-se que, primordialmente, são apresentadas preocupações de privacidade relacionada a três níveis: 1) a pessoa que é a fonte da amostra genética cujo perfil consta do banco de dados, cuja

parentes do perpetrador. “Correspondências parciais” são a identificação, por um perito forense, de perfis de ADN de diferentes indivíduos com semelhança significativa de perfis. As “correspondências parciais” são a consequência dos algoritmos de pesquisa de banco de dados que permitem a incompatibilidade entre a cena do crime e os perfis do criminoso.” (livre tradução do autor). Em sentido contrário, entendendo que a diferenciação tem um significado mais retórico, Natalie Ram, “Fortuity and Forensic Familial Identification”, *Stanford Law Review*, vol. 63, 2011. Esta última autora, entretanto, faz uma análise onde identifica que, à época, diversos Estados norte-americanos diferenciavam as situações de encontros fortuitos e buscas deliberadas. Alguns permitiam ambas as hipóteses, mas com diferenciação de tratamento, outros somente as correspondências parciais. Dentre os que não tinham norma a respeito e não tinham relatado qualquer hipótese de coincidência, alguns informaram que ainda tinham que enfrentar a questão do encontro fortuito, o que indica o reconhecimento de que as situações merecem consideração diversa. O somatório entre os que admitem ao menos as correspondências parciais fortuitas e aqueles que ainda não haviam enfrentado essa questão constitui a grande maioria dos Estados norte-americanos. Dos Estados que deliberadamente não comunicavam ambas as hipóteses, boa parte afirmou que não o fazia diante da inexistência de orientação do Procurador-Geral ou legislação acerca da matéria. A autora destaca poucos Estados, como Alasca e Maryland, como locais onde deliberadamente não se admitia qualquer tipo de correspondência parcial, sendo certo que, neste último, somente está expressa a proibição das correspondências parciais deliberadas (pp. 768-775). Percebe-se, assim, uma evidente tendência na diferenciação de tratamento entre as hipóteses nos Estados norte-americanos.

correspondência próxima à evidência da cena do crime leva a polícia a investigar membros da família; 2) os familiares que a polícia investiga e de quem eles podem tentar obter amostras e; (3) a unidade familiar como um todo. Esses motivos sugerem que, para que sejam realizadas buscas familiares, devem ser observadas salvaguardas que minimizem as ameaças aos interesses de privacidade de cada um desses grupos³³⁸.

Isso se deve ao fato de que a utilização para finalidades criminais é bastante distinta de quando usada para procura de desaparecidos. Normalmente, na procura de desaparecidos um membro da família fornece seu ADN voluntariamente e recebe um benefício direto. No contexto criminal, a contribuição costuma ser coercitiva e inexistente um benefício direto, podendo até existir um prejuízo à família, através do estigma e da criminalização³³⁹.

A possível consideração de várias pessoas inocentes de um grupo familiar como suspeitos, a descoberta de circunstâncias e vínculos familiares desconhecidos (adoção, paternidade biológica), a descoberta de familiares acerca do envolvimento de um familiar com outros casos criminais, são também exemplos de como podem ser afetados os indivíduos naqueles três níveis. Outros problemas que podem ser apontados quando se trata da pesquisa familiar, são o impacto em grupos demográficos com unidades familiares maiores, bem como os questionamentos acerca da maior representatividade de minorias raciais e étnicas nos bancos de dados de perfis genéticos, o que aumentaria o impacto dessa medida sobre as minorias³⁴⁰.

Quanto à argumentação de que haveria maior impacto sobre as minorias, D. Kaye destaca que se trata de uma consequência do fato desses grupos serem encarcerados em maior número, possuindo maior representatividade em um banco de dados de ADN. Ainda que algumas leis e táticas de controle, como uma maior vigilância sobre determinadas zonas de maior risco, possam resultar em um maior número de criminalização de determinados grupos, inexistente uma sobrerepresentação que seja decorrente de discriminação intencional. Dessa forma, sendo a política criminal relacionada ao ADN aplicada da mesma forma a todos os indivíduos incluídos no banco de dados, estando todos

³³⁸ Sonia M. Suter, “All in the Family...”, p. 328.

³³⁹ Cfr. Rafaela Granja; Helena Machado, “Ethical Controversies of Familial Searching: The Views of Stakeholders in the United Kingdom and in Poland”, *Science, Technology, & Human Values*, vol. 44(6), 2019, p. 1087.

³⁴⁰ Cfr. S. Debus-Sherrill; M. Field, *Understanding Familial DNA Searching: Policies, Procedures, and Potential Impact*, agosto de 2017, p. 5.

sujeitos à pesquisa familiar, não há que se falar em discriminação racial. O que se verifica, em verdade, é um impacto díspar sobre grupos de pessoas, não um tratamento díspar³⁴¹.

Observe-se que este tipo de crítica não se restringe à questão da busca familiar, incidindo sobre o banco de dados de ADN em geral e sobre todas as medidas que são destinadas a indivíduos relacionados à prática de delitos. Isso significa que não se trata de um problema relacionado a esta medida especificamente. No que diz respeito à recolha dos perfis genéticos, as únicas formas de impedir essa sobre-representação são impedir a criação do banco de dados, que se caracteriza como uma solução desproporcional, ou criando um banco de dados universal, que gera diversos outros questionamentos relacionados a interferências sobre a privacidade.

Levando em consideração, também, a perspectiva das vítimas de crimes, merece atenção o fato de que as minorias são, na maioria das vezes, as próprias vítimas de crimes cometidos por minorias. A super-representação de famílias minoritárias investigadas por meio de busca familiar pode, assim, beneficiar grupos minoritários. A busca familiar poderia elevar a capacidade de encontro de criminosos que vitimaram comunidades minoritárias, aumentando assim a segurança dessas comunidades e honrando seus interesses como vítimas³⁴².

Ainda ao tratar sobre a diferença entre o que se trataria de um tratamento díspar e um impacto díspar, D. Kaye destaca que alguns grupos, como católicos, mórmons e latinos, costumam ter famílias maiores, podendo ser mais atingidos. Ressalta, ainda, que afro-americanos têm maior diversidade genética, gerando maior precisão na verificação do parentesco. Todas essas circunstâncias, entretanto, não são capazes de ensejar uma consideração quanto à existência de discriminação, já que esse tipo de pesquisa pode gerar pistas em relação a qualquer grupo, sendo racional usá-la em face de todos aqueles que integram o banco de dados, ainda que a eficácia e o impacto possam ser maiores em relação a alguns deles³⁴³.

Apesar das preocupações de privacidade e liberdade civil levantadas pela recolha de perfis de ADN e buscas familiares, elas não são necessariamente maiores ou mais ameaçadoras do que as produzidas por outras formas de vigilância ou buscas policiais. As

³⁴¹ D. Kaye, "The Genealogy Detectives: A Constitutional Analysis of 'Familial Searching'", *American Criminal Law Review*, 2013, pp. 125-127.

³⁴² Cfr. Sonia M. Suter, "All in the Family...", p. 373.

³⁴³ Cfr. D. Kaye, "The Genealogy...", p. 127.

outras formas de investigações policiais também podem resultar em danos colaterais ao descobrir informações pessoais sobre um suspeito ou a família e amigos de um suspeito na busca de informações relevantes a um crime. O respeito à privacidade pode estabelecer limites às buscas, mas as proteções do indivíduo não são ilimitadas³⁴⁴.

As pesquisas familiares devem ser permitidas, observando-se o equilíbrio necessário ao seu desenvolvimento. Qualquer uso eticamente justificado da pesquisa familiar deve ser adotado, de forma a maximizar seu potencial para a resolução de delitos³⁴⁵. A questão essencial é a adoção de providências que possam minimizar o impacto nos direitos individuais por decorrência dessas medidas.

Uma preocupação primordial quanto às pesquisas familiares é relacionada aos falsos positivos e à abrangência da investigação sobre um número elevado de pessoas. De maneira a minimizar esses impactos, é importante que seja adotado como parâmetro um elevado grau de coincidência quanto à correspondência parcial. Adotada essa providência, maiores seriam as justificativas legitimadoras de impactos sobre os direitos de terceiros, pois maior a probabilidade de que realmente exista um parentesco entre o autor do crime e a pessoa que tem seu perfil guardado no banco de dados, além de não alargar em demasia o raio de abrangência do parentesco pesquisado³⁴⁶.

Com relação à descoberta de informações familiares anteriormente desconhecidas, ainda que constitua uma interferência adicional à privacidade, tampouco é capaz de impedir as pesquisas familiares. Diversas diligências investigativas também podem ser capazes de revelar segredos familiares, o que não induz à ilegitimidade delas.

A pesquisa familiar não revela, por si só, as relações familiares. Ela apenas identifica os indivíduos cujo perfil está inserido no banco de dados que podem ter um parente próximo que possa ter cometido um crime específico e não solucionado. A polícia pode localizar esses parentes para uma investigação mais aprofundada. Sob a perspectiva daquele que tem o ADN conhecido, em muitos casos, a polícia não terá interesse e sequer precisará interrogá-lo³⁴⁷.

³⁴⁴ Cfr. Sonia M. Suter, “All in the Family...”, p. 328.

³⁴⁵ Sonia M. Suter, “All in the Family...”, p. 385.

³⁴⁶ Na Alemanha, é permitida a pesquisa acerca do parentesco em linha reta ou colateral até o terceiro grau, não sendo desproporcional à gravidade da infração e com atenção quanto ao número de pessoas afetado pela medida (StPO §81h (1)).

³⁴⁷ Cfr. D. Kaye, “The Genealogy...”, p. 146.

Ainda assim, devem ser considerados os impactos à privacidade em situações concretas. Devem ser adotadas medidas voltadas a desencorajar a revelação deste tipo de descobertas para a família, acrescida do treinamento de policiais para que em interrogatórios não revelem inadvertidamente estes fatos³⁴⁸. Essas providências minimizariam eventuais efeitos negativos sobre a privacidade quando se estivesse diante desse tipo de circunstância atípica.

Até aqui, todos os impactos citados e as soluções sugeridas estão relacionados tanto à *familial searching* quanto aos *partial matches*. Contudo, a intenção deliberada de descobrir os vínculos familiares e as técnicas aplicadas na busca familiar conduzem a um incremento significativo do potencial de interferência da privacidade considerada sob um aspecto global, quando confrontada com as coincidências parciais, que são fortuitas e bastante raras.

Por tal razão, as hipóteses de admissão das buscas familiares deliberadas devem ser estabelecidas de forma mais restritiva do que o que ocorre com as coincidências parciais³⁴⁹. Como estas decorrem de um encontro fortuito em pesquisas que visam correspondências diretas, se esta pesquisa não possui restrição quanto ao crime a ser apurado, não há necessidade de que seja atribuída alguma restrição ao encontro ocasional. Sua permissividade estará atrelada à legitimidade da pesquisa inicialmente intencionada. Isso não impede, entretanto, que as legislações estabeleçam restrições, até mesmo semelhantes às das buscas familiares, ainda que haja distinção a ser considerada entre os dois procedimentos.

Já as pesquisas familiares, de natureza deliberada desde sua concepção, devem estar restritas à apuração de crimes de gravidade mais elevada³⁵⁰. As buscas familiares realmente justificam a existência de algum tipo de restrição quanto aos crimes em apuração. Pesquisas direcionadas à descoberta de relações familiares, se forem difundidas em larga escala, são capazes de provocar uma compressão mais acentuada do direito à privacidade. A delimitação quanto aos crimes nos quais pode essa técnica ser aplicada garante que a

³⁴⁸ Cfr. Sonia M. Suter, “All in the Family...”, p. 393-394.

³⁴⁹ É o que se tem verificado na prática nos Estados Unidos, conforme se extrai do trabalho de Lorraine Alleyne et al., *Interpol Handbook...*, p. 74. Os autores, após enfatizarem a diferenciação entre as hipóteses, informam que, nos EUA, cabe a cada Estado determinar se as correspondências parciais serão comunicadas haja qualquer ressalva acerca do tipo de crime. Já no que tange à busca familiar, destacam que as autoridades policiais a endossam como um mecanismo de investigação adicional em casos graves (assassinatos, agressões sexuais) em que não há outras pistas a serem seguidas.

³⁵⁰ Nesse sentido, Peter Schneider, “DNA Databases...”, p. 102.

proteção dos direitos de natureza coletivista seja séria a ponto de justificar a restrição à privacidade.

Ademais, diante da inovação que as pesquisas familiares constituem e do impacto alargado sobre os direitos individuais, a previsão em legislação acerca da sua possibilidade ou impossibilidade e a delimitação das suas funcionalidades é medida salutar. É importante estabelecer de forma clara como os ordenamentos jurídicos absorverão a questão das buscas deliberadas.

Já existe um movimento de normatização acerca da matéria. Nos Estados Unidos, a questão é tratada de forma diferenciada pelas legislações de cada Estado. Califórnia, Colorado, Virgínia, Texas e Nova York já aprovaram o uso da técnica investigativa das pesquisas familiares, enquanto Maryland e Washington a proibiram³⁵¹. Reino Unido, França, Holanda e, mais recentemente, a Alemanha, são exemplos de países europeus que admitiram expressamente as buscas familiares³⁵². A questão ainda está pendente em diversos outros locais. Países europeus, como Espanha, Polônia e Itália, não possuem a pesquisa familiar regulamentada, mas têm se valido das correspondências parciais, existindo registros de casos criminais que envolveram o uso do DNA de parentes para procurar suspeitos de crimes³⁵³.

3.4.2) Fenotipagem

Para além das correspondências através de cruzamentos de perfis genéticos que o ADN possibilita através da utilização da sua região não codificada, outras utilidades identificativas podem ser dele extraídas. As análises da região codificante do ADN também são capazes de trazer informações relevantes para a identificação de uma pessoa, através da extração do fenótipo do indivíduo. O termo fenótipo foi desenvolvido pelo pesquisador dinamarquês Wilhelm Ludvig Johannsen para descrever as individualidades visíveis e mensuráveis dos organismos. Através das análises de ADN já é possível determinar algumas características externas visíveis dos indivíduos (EVCs – externally visible

³⁵¹ Diversos Estados, entretanto, utilizam as correspondências parciais fortuitamente encontradas para identificação de parentes de pessoas que constam do banco de dados de ADN (V. nota de rodapé nº 337 Niedzwiecki).

³⁵² Cfr. Helena Machado; Rafaela Granja, *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, Palgrave Macmillan, 2020, p. 87.

³⁵³ Idem, p. 87.

characteristics), que podem auxiliar na sua identificação, bem como a ancestralidade biogeográfica (BGA – biogeographical ancestry).

A análise forense do fenótipo através do ADN (FDP – Forensic DNA Phenotyping) pode prever com boa precisão algumas EVCs, como idade, cor dos olhos, cor do cabelo e cor da pele. A continuidade do desenvolvimento desse tipo de análise poderá vir a ser capaz de prever, com confiabilidade em nível suficiente para auxiliar as investigações criminais, características como altura, morfologia facial, inserção do lóbulo da orelha, estrutura do cabelo, lateralidade dominante, calvície masculina, fenda do queixo, covinhas, sardas³⁵⁴.

Existe uma evidente diferença entre a utilização das informações do ADN codificante e do não codificante. Este é utilizado para realização de confrontação entre dois perfis, a fim de identificar uma pessoa específica. O uso do codificante, através da FDP, tem como objeto a análise das características relacionadas a uma pessoa desconhecida, com o objetivo de reduzir a abrangência da investigação, direcionando-a a pessoas que apresentem as características encontradas. Encontrado suspeito em virtude da utilização da FDP, deverá ser realizada a confrontação do ADN através da região não codificante, destinada à identificação³⁵⁵.

Como aqui se trata da análise de ADN codificante, além das EVC's e BGA, é possível que sejam extraídas informações mais confidenciais, que não digam respeito a características que são visíveis externamente. Esse tipo de análise pode ser capaz de apurar patologias e propensões a doenças ou traços comportamentos dos indivíduos. Tal constatação induz à necessidade de uma importante diferenciação. A obtenção de informações do fenótipo de pessoas conhecidas não é útil para fins de identificação, não possuindo valor forense para esta finalidade, uma vez que a região não codificante tem um poder individualizante muito maior. O interesse na obtenção de dados fenotípicos de pessoas identificadas está relacionado a uma eventual intenção de traçar perfis criminológicos, não para fins identificativos. No que diz respeito ao fenótipo relacionado a indivíduos identificados, a análise dessas características mais sensíveis é que pode possuir maior interesse, por poder revelar, por exemplo, propensão a violência ou pedofilia.

³⁵⁴ Cfr. Charles E. MacLean, Adam Lamparello, "Forensic DNA Phenotyping in Criminal Investigations and Criminal Courts: Assessing and Mitigating the Dilemmas Inherent in the Science", *In: Recent Advances in DNA and Gene Sequences*, vol. 8, nº 2, 2014, p. 104.

³⁵⁵ Cfr. Gabrielle Samuel; Barbara Prainsack, "Forensic DNA phenotyping in Europe: views "on the ground" from those who have a professional stake in the technology", *New Genetics and Society*, 2018, p. 4.

Por outro lado, no que diz respeito aos vestígios recolhidos em razão de um crime, de pessoas não identificadas, é improvável que tais informações de maior sensibilidade tragam algum proveito relevante. Não há proveito em revelar que um serial killer é propenso à violência, pois além de óbvio, tal informação em nada auxilia na identificação e descoberta do delinquente. Podem existir situações em que informações relacionadas a saúde sejam úteis para identificar um indivíduo, mas isso será raro. Na maior parte dos casos, as informações relevantes serão aquelas visíveis externamente, como altura, cabelo, olhos, pele, idade³⁵⁶.

Nota-se que o interesse pelas informações mais sensíveis está atrelado justamente às pessoas identificadas. Conforme já abordado anteriormente (item 4.2), somente a análise do ADN não codificante deve ser admitida em relação os indivíduos conhecidos. Em relação às amostras extraídas de vestígios de crimes, por corresponderem a pessoas desconhecidas, seus reflexos em direitos fundamentais são observados de forma mais abstrata, somente se concretizando quando eventualmente identificada a pessoa buscada. Conseqüentemente, os impactos sobre os direitos fundamentais são atenuados, o que induz à compreensão no sentido de que somente em relação a este tipo de amostra deve ser pensada a hipótese de descoberta do fenótipo.

Para que seja concebida a utilização do FDP, a primeira questão a ser observada diz respeito à confiabilidade e validade dos resultados produzidos. A certeza de que um teste preditivo para um traço fenotípico específico foi cientificamente validado é um fator chave para decidir se aquele teste deve ser considerado para fins de FDP. Antes de desenvolvida de maneira suficiente e responsável, não se pode considerar que a tecnologia é capaz de encontrar respostas. A utilização de métodos confiáveis atende a limites éticos e assegura que os erros nas pesquisas sejam minimizados, reduzindo os riscos de produção de pistas falsas³⁵⁷.

O atendimento a esse requisito essencial não exclui a incidência de questionamentos éticos a respeito da fenotipagem, havendo a necessidade de pensar a

³⁵⁶ Cfr. Erin Murphy, "Legal and Ethical Issues in Forensic DNA Phenotyping", *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No. 13-46, 2013, pp. 15-16.

³⁵⁷ Cfr. Gabrielle Samuel; Barbara Prainsack, "Forensic...", p. 17. O trabalho é baseado em entrevistas de agentes envolvidos com o uso forense do ADN, tanto autoridades de segurança como peritos. As autoras destacam a dificuldade em estabelecer qual seria o limite de precisão probabilística admissível, uma vez que, devido à própria natureza dos testes, inexistente uma certeza quanto ao resultado. Cada categoria de atores envolvidos possui uma tendência, sendo mais expansiva por agentes de segurança e mais restritiva por técnicos, devendo todas essas opiniões serem levadas em consideração, em atendimento a um pluralismo ético.

respeito de ajustes e limites sobre tal atividade. Algumas preocupações são externadas quando se trata da utilização da FDP. Nesse sentido, é essencial rememorar que as características fenotípicas internas, que podem trazer informações sobre predisposições a doenças, são mais sensíveis e, ao mesmo tempo, menos eficazes para auxiliar nas investigações. Logo, não é atingido um equilíbrio proporcional na obtenção deste tipo de informação.

Esse limite ético entre a utilização de EVCs e características fenotípicas internas é refletido nas legislações de países que admitem expressamente a utilização de FDP, como são os casos de Holanda e Eslováquia. Na França, onde essa regulamentação não é expressa, restou estabelecido em um processo judicial recente que apurava estupros em série, que é possível utilizar o FDP para verificação de características morfológicas, ou seja, aqueles visíveis externamente, não sendo permitida a fenotipagem preditiva para características internas ou privadas³⁵⁸.

Com relação às EVCs, há quem sequer vislumbre problemas relevantes na fenotipagem. Manfred Kayser afirma que nessa hipótese não haveria qualquer questão de privacidade a ser considerada, uma vez que se trata de características que são visíveis por qualquer pessoa. Assim, considera Kayser que a FDP se caracteriza, em realidade, como uma “testemunha biológica”, semelhante à testemunha ocular humana, mas podendo fornecer informações ainda mais precisas do que estas³⁵⁹.

Outros autores criticam essa visão e destacam que a fenotipagem envolve questões adicionais à sua consideração como uma mera testemunha biológica. Destacam que os riscos que envolvem o exame pontual dessas características, como ocorre com o testemunho, são bem inferiores aos relacionados ao armazenamento digital de tais informações, que as tornam utilizáveis para outras finalidades e por diferentes atores. Embora a divulgação de EVCs possa parecer pouco problemática, permitir ao Estado a

³⁵⁸ Cfr. Gabrielle Samuel; Barbara Prainsack, “Forensic...”, p. 13. Deve ser ressaltado, entretanto, que há características internas e comportamentais que não são sensíveis, como é o caso da lateralidade dominante, tipo de voz. Essas características, segundo Koops e Schellekens, “Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues”, *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol. IV, 2008, p. 201, também não devem levantar objeções quanto à sua utilização.

³⁵⁹ Cfr. Manfred Kayser, “Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes”, *Forensic Science International: Genetics*, nº 18, 2015, p. 45.

retenção e eventual utilização futura dessas informações induz a importantes questões acerca do equilíbrio entre os direitos³⁶⁰.

Essas observações e preocupações são consistentes e não podem ser ignoradas. Entretanto, é inegável que as características visíveis são muito menos problemáticas do que aquelas internas e sensíveis. Logo, os questionamentos dela decorrentes não são indicativas da necessidade de uma proibição de adoção da FDP, em especial quando se trata de EVCs, mas da exigência da adoção de critérios restritivos quanto à sua utilização, conforme tem se posicionado a doutrina internacional. Além das exigências já expostas, relacionadas à confiabilidade quanto ao resultado da análise, e a vedação da utilização de informações internas sensíveis, outras medidas restritivas merecem observância.

As características fenotípicas possuem importância até o momento em que é possível identificar a pessoa procurada. Quando se encontra o indivíduo que é buscado, a retenção desse tipo de informação somente pode ser justificada durante o curso do processo, para a eventualidade de ser objeto de algum questionamento, em especial defensivo. Após sua finalização, não existe razão para que essas informações estejam armazenadas em banco de dados de ADN, devendo ser destruídas³⁶¹. Findo o processo, somente o perfil genético referente à região não codificante do ADN do sujeito poderá ser armazenado no banco de dados, a depender sempre das circunstâncias que envolvem a questão.

Além disso, a fenotipagem não deve ser utilizada de forma expansiva. Outros métodos investigativos, como é o caso do encontro de testemunhas, devem ser utilizados e não se mostrarem eficientes para o encontro da autoria delitiva. Ademais, deve ser a última opção quando se trata de utilização de ADN para apuração de crimes³⁶². Sua utilização somente deverá ser aceita após a realização de tentativa de interconexão com as bases de dados estabelecidas. No caso de estas restarem negativas, aí sim é possível começar a considerar a utilização da FDP. Tal consideração evidencia a essencialidade da sua utilização, como última forma de buscar uma solução investigativa eficaz, capaz de justificar sua adoção.

³⁶⁰ Cfr. Toom et al., Approaching ethical, legal and social issues of emerging forensic DNA phenotyping (FDP) technologies comprehensively: Reply to 'Forensic DNA phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes' by Manfred Kayser, *Forensic Science International: Genetics*, nº 22, 2016, p. 2.

³⁶¹ Cfr. Koops e Schellekens, "Forensic...", p. 201.

³⁶² Cfr. Erin Murphy, "Legal...", p. 30; Koops e Schellekens, "Forensic...", p. 201

Deve, ainda, estar adstrito aos casos que envolvam crimes de elevada gravidade³⁶³. Trata-se de exigência que se coaduna com a significativa interferência nos direitos fundamentais, especialmente em razão de seu caráter ainda genérico, abrangente e não suficientemente individualizante.

Outros problemas ainda são relacionados à fenotipagem. Um deles diz respeito ao fato de que este tipo de método investigativo pode conduzir à utilização de “redes de arrasto”, onde são recolhidos materiais genéticos de um elevado número de pessoas para tentar identificar o autor de um crime, impactando sobre um elevado número de pessoas inocentes. Além dessas, outra preocupação está presente e parece ser a principal quando se trata da fenotipagem, que está relacionada aos potenciais efeitos discriminatórios que esse tipo de investigação pode gerar, em especial quando se tratar da detecção da ancestralidade.

Ainda que a fenotipagem auxilie na delimitação de um grupo de potenciais suspeitos, acaba por refletir sobre um grupo significativo de pessoas. Enquanto em alguns casos, com o auxílio de outras técnicas, seja possível afunilar significativamente as pessoas a serem investigadas, em outros casos isso não pode ocorrer, restando a opção de utilização de redes de arrasto, que se dá através da recolha do ADN de um número elevado de pessoas que estão inseridas no grupo que fora delimitado, mas sem que tenha sido possível fazer um grande estreitamento quanto às suspeitas. As redes de arrasto não estão limitadas a esse tipo de investigação, já tendo sido utilizadas em outras dissociadas da FDP, mas diante da natureza genérica das características fenotípicas, se apresentam como uma consequência possível neste tipo de investigação³⁶⁴.

Associado a este elemento, ao qual corresponde um significativo reflexo nos direitos individuais, deve ser destacado que, quando se utiliza pesquisa a respeito de ancestralidade, há riscos de discriminação de determinados grupos de pessoas. Investigações que se baseiam em elementos técnicos e que acabam por indicar características que podem ser relacionadas a raça ou etnia do delinquente, possuem em potencial efeito reflexo de provocar um sentimento coletivo negativo em face do grupo apontado, devendo ser adotadas com demasiado cuidado³⁶⁵.

³⁶³ Cfr.

³⁶⁴ Erin Murphy, “Legal...”, p. 24 e 30, sugere que, aliado à confiabilidade da análise, a fenotipagem somente deve ser admitida quanto tenha a capacidade de estreitar consideravelmente a investigação, questionando a possibilidade da utilização de redes de arrasto.

³⁶⁵ Cfr. Erin Murphy, “Legal...”, p. 25.

Tanto a utilização da pesquisa quanto à ancestralidade, quanto das redes de arrasto constituem um acréscimo de interferência quanto ao que se verifica na fenotipagem comum, baseada em EVCs e que possibilite uma filtragem mais acentuada. São hipóteses que merecem reflexões específicas e somente devem admitidos mediante outras condicionantes ou em ocasiões excepcionalíssimas³⁶⁶.

3.5) Gerenciamento e Segurança dos dados

Recolhido o material biológico, será ele submetido a análise para obtenção do perfil genético. A primeira medida importante de gerenciamento e segurança no tratamento dos dados pessoais é que constem identificadores quanto laboratório de origem e ao técnico responsável pela análise que resultou na definição do perfil, para fins de controle quanto a este procedimento inicial.

Extraídos os perfis genéticos, sua guarda deve ser realizada de forma organizada e segura. Boa parte dos bancos de dados de ADN espalhados pelo mundo utilizam o *software* norte-americano CODIS, desenvolvido pelo FBI, para o gerenciamento dos seus bancos de dados³⁶⁷. Esse programa permite que os perfis genéticos sejam registrados de forma compartimentada, mediante rúbricas diversas para cada categoria de perfil genético que possa ser inserido no banco de dados. Esta é uma forma de organização recomendável para qualquer sistema que seja adotado para a gestão de bancos de dados dessa natureza, propiciando uma maior organização dos dados que o alimentam.

É necessário ao bom funcionamento dessa espécie de base de dados que sejam armazenados separadamente os perfis genéticos. Os que são extraídos de vestígios de crimes obrigatoriamente devem estar separados dos que correspondem a pessoas identificadas, ante a incompatibilidade de guarda em um mesmo ficheiro, pois são utilizados exatamente para confrontação entre um e outro, carecendo de tratamento distinto.

³⁶⁶ Charles E. MacLean, Adam Lamparello, "Forensic...", p. 108, destacam que usar o FDP para chegar a estimativas probabilísticas da aparência de uma pessoa não identificada através da ancestralidade é muito distante de avaliar evidência fenotípica direta quanto às EVCs particulares de um indivíduo, como cor da íris, altura adulta ou cor do cabelo. Sugeram os autores que a ancestralidade somente pode vir a ser considerada quando apoiada por outras evidências que sejam mais diretas e confiáveis.

³⁶⁷ Hoje, o CODIS é usado por mais de 190 laboratórios policiais nos Estados, e por mais de 90 laboratórios policiais em mais de 50 países. Disponível em: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis>. (acesso em 26/06/2020).

Demonstrado que perfis de amostras-problema e de amostras-referência não podem ser guardados conjuntamente, é importante observar que mesmo dentro dessas categorias, é relevante estabelecer distinções no que diz respeito ao registro. O decorrente de amostras-problema, que possuem o mesmo fundamento para coleta, que é o fato de terem sido encontradas em local ou corpo de crime, convém sejam seccionadas. Há vestígios que, eventualmente, podem conter a mistura de perfis de mais de um contribuinte, a justificar seu destaque em relação aos que contenham o perfil de uma pessoa. Também neste último caso, é possível estabelecer diferenciações, na medida em que alguns vestígios apresentam um perfil completo e outros se tratam de vestígios parciais, o que justifica sejam registrados através de índices diversos³⁶⁸.

Os derivados de amostras-referência, com maior destaque, ensejam tal segmentação, considerada a incidência da coleta do ADN sobre diferentes grupos de pessoas. Normalmente, sobre as diferentes fontes das quais se obtém as amostras-referência são aplicadas normas de regência que diferenciam a forma como os dados serão tratados, o que torna relevante a manutenção desses dados em arquivos distintos. A depender do grupo de pessoas inserido no banco de dados, como são os casos de condenados, suspeitos, adolescentes, ou outros, costumam ser estabelecidos regimes diferenciados, especialmente no que diz respeito à conservação e apagamento dos dados. Isso conduz à necessidade de que os dados sejam devidamente registrados e tratados de forma separada, visando uma melhor gestão das informações guardadas.

Mais importante ainda no caso das amostras-referência – às quais correspondem os perfis de pessoas identificadas –, pois relacionada à segurança dos dados, é que exista uma desvinculação entre perfis genéticos e os dados identificativos correspondentes. Trata-se de um processo de anonimização dos dados, que contribui de maneira determinante para que seja minimizado o risco de obtenção maliciosa de perfil genético de uma pessoa específica que está submetida ao banco de dados de ADN.

O perfil genético e sua respectiva identificação não devem estar disponíveis através da mesma base de acesso. Cada um deles deve estar vinculado, de forma separada, a algum elemento identificador que permita realizar uma posterior conjugação entre o perfil

³⁶⁸ O banco de perfis genéticos brasileiro tem arquivos para separados para: a) vestígio (*forensic, unknown*); b) vestígio parcial (*forensic partial*); c) vestígio com mistura (*forensic mixture*). Maiores informações acerca do seu desenvolvimento são fornecidas pelo Conforme informado pelo Comitê Gestor RIBPG, *Manual de Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*, Brasília, 2019.

e os dados de identificação do titular. Esse descolamento entre os dados do perfil e os identificadores da pessoa, exige que exista um duplo acesso para que seja realizada a reidentificação.

Esse processo de gerenciamento técnico que dificulta a reversão da anonimização somente é dotado de efetividade se estiver associado a outras medidas que, conjuntamente aplicadas, garantem o fortalecimento da segurança dos dados. O sistema de separação das informações, para ser eficaz, depende da existência de um rígido controle de acesso a esses dados, assim como de previsão de responsabilização adequada daqueles que violarem os procedimentos de segurança.

A implementação de um sistema operacional seguro estará mais solidificado quando acompanhado de um adequado arcabouço normativo, que esteja comprometido com a preservação da segurança dos dados pessoais. Nesse sentido, merece destaque a norma portuguesa prevista no artigo 15º, nº 2, da LBDADN, quando estabelece que “o sistema deve garantir que os perfis de ADN e os dados pessoais correspondentes sejam armazenados em ficheiros separados lógica e fisicamente, manipulados por utilizadores distintos, mediante acessos restritos, codificados e identificativos dos utilizadores”. O dispositivo legal mencionado manifesta a preocupação do legislador português com diversos cuidados a serem tomados, quais sejam, a separação dos ficheiros, a diferenciação dos utilizadores e o controle de acesso aos dados.

O acesso às informações genéticas e às identificativas deve ser concedido de forma restritiva, com a atribuição da permissão ao menor número de pessoas possível, com a adequada preservação da segurança dos dados, mas sem que ocorra prejuízo à atividade. Além da limitação do número de utilizadores, qualquer acesso realizado no banco de dados deve se dar através de códigos de acesso, que garantam que somente a pessoa específica detentora do código o acesse. A implementação desse procedimento permite a identificação do utilizador, através da geração de um registro acerca de quem obteve o acesso, em qual instante e qual espécie de utilização fez do banco de dados.

A grande preocupação quando se trata do banco de dados de ADN é relacionada a eventuais desvios que possam ocorrer quanto à sua gestão. O desenvolvimento atual do sistema CODIS permite assegurar que é proporcionada uma segurança adequada aos dados,

na medida em que eles são desacoplados de qualquer identificador pessoal³⁶⁹. Isso não significa que a segurança no tratamento dos dados pessoais não deva merecer permanente atenção e, dentro das possibilidades, deve sempre estar em busca de aperfeiçoamentos.

Uma sugestão que parece ser capaz de produzir efeitos positivos para o aprimoramento dos sistemas de segurança, é a de que seja estabelecido um processo de “desmascaramento” rigoroso, onde se limite o acesso das autoridades a qualquer informação pessoal apenas na hipótese em que tenha ocorrido uma associação do perfil genético, e somente após a sua confirmação³⁷⁰. Tal providência limitaria o procedimento de reidentificação exclusivamente aos casos em que já se tenha certeza quanto ao resultado positivo do confronto, ocasião em que é indispensável identificar a pessoa a quem corresponde o perfil genético.

Outra proposição formulada visando garantir uma maior segurança aos dados é no sentido de que sejam estabelecidos protocolos criptográficos dos dados que demandem um controle através de múltiplas chaves de acesso. Como decorrência dessa providência, poderia ser estabelecida a necessidade de que mais de uma organização interviesse para que fosse possível proceder à identificação de um perfil genético. Quando mais de um órgão é envolvido no processo de descryptografia dos registros dos perfis genéticos, são significativamente reduzidos os riscos de que indivíduos ou agências mal intencionados se utilizem dessas informações³⁷¹.

No item 3.8 foram destacadas uma série de modalidades de controle de dados elencadas pelo art. 29º, nº 2, da Diretiva (UE) 2016/680, que merecem ser consideradas quando se trata do banco de dados de ADN. Associada essas medidas de controle deve

³⁶⁹ Nesse sentido, ao analisar a operatividade do CODIS no sistema norte-americano, narra Kirsten Dedrickson, “Universal DNA databases: a way to improve privacy?”, *In: Journal of Law and the Biosciences*, 2017, p. 639: “O CODIS não armazena nenhuma informação de identificação pessoal com um perfil de DNA, nem mesmo o nome da pessoa que forneceu a amostra de DNA ou a própria amostra. Se uma amostra de DNA retirada da cena do crime corresponder a um perfil do CODIS, um laboratório forense público deve entrar em contato com os outros laboratórios envolvidos na criação do perfil de DNA para obter o nome do suspeito. Além de limitar as informações armazenadas em bancos de dados de DNA, os bancos de dados atuais também limitam estritamente o acesso e o uso dessas informações. Todos os computadores CODIS estão “localizados em [um] espaço fisicamente seguro” e as comunicações do laboratório ocorrem em uma rede privada “acessível apenas a agências de justiça criminal aprovadas pelo FBI”. Geralmente, o acesso aos bancos de dados é estritamente limitado às agências de justiça criminal “para fins de aplicação da lei”, ou seja, apenas identificação criminal. Os réus criminais também podem ter acesso a amostras e análises relacionadas aos seus casos. A adulteração, aquisição, divulgação ou uso não autorizado de perfis de DNA está sujeito a multas e processos judiciais.” (livre tradução do autor).

³⁷⁰ Christopher Slobogin, Ellen Wright Clayton, J. W. Hazel, e B. A. Malin, “Is it time...”, p. 900.

³⁷¹ Idem, p. 900.

existir um sistema de responsabilização bem delineado para os utilizadores que incorrerem em violações. De nada adianta um procedimento de acesso rigoroso se não são devidamente punidos aqueles que se desviam do caminho correto e o infringem, o que deve ocorrer tanto na esfera administrativa quanto, eventualmente, na criminal³⁷².

Portanto, um banco de dados de perfis genéticos que respeite os direitos individuais, deve ter como preocupação principal o atendimento aos princípios relacionados ao tratamento de dados pessoais, em especial o princípio da integridade e da confidencialidade, bem como o princípio da responsabilidade.

Outra medida de extrema relevância para que seja atribuída ao banco de dados a confiabilidade necessária dentro de uma sociedade democrática é que seja ela transparente. Deve ser conferido amplo conhecimento acerca de todos os procedimentos que envolvem conservação, acesso e utilização dos dados pessoais, de forma a que não exista uma face obscura que provoque receios quanto ao tratamento desses dados.

A elaboração de relatórios constantes acerca do desenvolvimento do banco de dados, por exemplo, é um importante elemento nesse sentido. A preocupação com a adoção de medidas nesse sentido vai ao encontro do que se deseja através da tutela adequada do princípio da transparência, refletindo diretamente também no princípio da lealdade no tratamento dos dados genético.

Somente é possível atribuir legitimidade aos bancos de dados de perfis genéticos quando as medidas de segurança são adotadas de forma séria e transparente. São requisitos para minimização dos riscos de agravamento de interferência nos direitos fundamentais de caráter individualista, essenciais à manutenção do equilíbrio na análise de proporcionalidade.

3.6) Conservação e Remoção

³⁷² O TEDH, em *I v. FINLAND* – Application no. 20511/03 já entendeu que o estabelecimento pela legislação nacional da possibilidade de que seja reivindicada indenização por danos sofridos em virtude da ilegalidade na divulgação de dados pessoais não é suficiente para proteção da vida privada. Antes, existe a necessidade de uma proteção prática e eficaz para excluir qualquer possibilidade de acesso não autorizado. (§47). No caso, a requerente era funcionária de um hospital e foi diagnosticada com HIV, sendo que começou a suspeitar que seus colegas tiveram conhecimento acerca de sua patologia, uma vez que a equipe do hospital tinha livre acesso aos prontuários.

A obtenção do perfil genético se dá através da análise de um material biológico previamente recolhido. A partir do momento em que é conhecido o ADN, o Estado tem sob sua guarda dois elementos distintos, quais sejam, o material biológico recolhido e os dados genéticos dele extraídos. No capítulo relacionado à proteção de dados pessoais, especificamente no item 3.2, restou demonstrado que se incluem na categoria de dados pessoais apenas os dados genéticos, estando excluído do gênero o material biológico do qual foi obtido.

Ainda naquele capítulo, quando da análise dos princípios relacionados à proteção de dados pessoais, verificou-se que um dos princípios reconhecidos quanto à matéria é o da limitação da conservação. Os dados pessoais recolhidos somente devem ser conservados pelo período necessário ao atendimento à finalidade para a qual foram obtidos. Verificado que não existe mais necessidade de que o detentor dos dados os mantenha – aqui incluído o Estado e também para finalidades de segurança – devem ser removidos.

O reconhecimento da abrangência do conceito de dados pessoais a incluir o perfil genético impõe que, no que diz respeito ao seu tratamento, seja levado em consideração o princípio da limitação da conservação. Sobre a amostra biológica, em razão de não estar abrangida pelos regramentos que disciplinam a proteção de dados pessoais, não está sujeita à incidência do princípio específico que rege aquela categoria.

Contudo, não há como desconsiderar que à conservação da amostra biológica corresponde um elevado grau de risco aos direitos fundamentais do indivíduo. Enquanto o perfil genético que está integrado à base de dados de ADN está restrito às informações não codificantes, a amostra biológica pode trazer informações significativamente mais sensíveis, especialmente as relacionadas à saúde do indivíduo³⁷³. A consideração quanto a esta circunstância exige que sejam analisadas cuidadosamente as questões que envolvem a sua manutenção ou eliminação.

Metodologicamente, a verificação apartada entre as duas categorias é necessária, menos em virtude da incidência ou não do princípio da limitação da conservação, e mais em razão da significativa diferença de potencial de violação de direitos individuais que

³⁷³ Em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM* – Applications nos. 30562/04 and 30566/04 (§120), o TEDH reconhece que a retenção das amostras é mais intrusiva ao direito à privacidade do que a dos perfis genéticos, dada a riqueza genética e as informações de saúde que podem ser extraídas daquelas.

cada uma carrega consigo, bem como dos maiores questionamentos aos quais os vestígios estão sujeitos³⁷⁴.

3.6.1) Amostras biológicas

O material biológico pode ser recolhido de pessoas já identificadas, quando servem para obtenção do perfil que será parâmetro para comparação (amostra-referência), ou em locais ou vítimas de crimes, caracterizando as amostras cuja identificação se pretende obter (amostra-problema). Os critérios utilizados para conservação e remoção devem ser diferenciados para as duas espécies.

No que concerne à amostra-problema, como relacionadas a autores de delitos ainda não identificados, os riscos que podem ser vislumbrados estão relacionados com a possibilidade de sua eventual utilização para pesquisas genéticas visando buscar propensões genéticas à prática de crimes. Os riscos podem ser considerados bastante reduzidos quando comparados com as amostras-referência, a considerar que o vestígio não gera perigo de que sejam desvelados dados sensíveis de pessoa específica.

Aliado a tais circunstâncias, a retenção de amostras correspondentes a vestígios possui fundamentos robustos a evidenciar sua necessidade. Caso não imediatamente identificado, o perfil decorrente dessa amostra terá sido submetido a interconexão, que terá produzido resultado negativo. A retenção da amostra permite que o desenvolvimento tecnológico possibilite uma eventual obtenção de informações mais completas a serem aditadas ao perfil, que pode permitir um aumento das chances de um resultado positivo em confrontação futura.

Se esse é um justo motivo para sua conservação, há outro que não deixa dúvida quanto à necessidade de sua conservação, especialmente quando da obtenção do perfil genético correspondente. Quando da identificação da pessoa a quem corresponde o perfil extraído do vestígio, o fato dele ter sido conservado possibilita que seja realizada nova análise para contraprova, a pedido ou de ofício, de forma a expungir qualquer possibilidade

³⁷⁴ Williams; Wienroth, "Social...", p. 156, destacam que os regimes de análise, retenção e destruição geralmente tratam as amostras da cena do crime de maneira diferente das amostras de indivíduos conhecidos.

de que tenha ocorrido equívoco na correlação entre a amostra-problema e a pessoa identificada.

É recomendável que a conservação do perfil do qual não se obteve a identificação seja mantido por um prazo prolongado, ante sua utilidade para a solução do delito, com sua remoção a ocorrer após o decurso do prazo prescricional do delito ao qual corresponda ou após algum lapso temporal extenso legalmente estabelecido. Ao menos até a identificação da pessoa a quem corresponde o perfil resultante da amostra-problema ou até a prescrição do crime é imperiosa sua retenção.

Identificada a pessoa e confirmada a sua correspondência, há entendimento no sentido de que as amostras deverão permanecer retidas mesmo após a condenação, para o caso de ser necessária a apreciação de eventual erro judiciário³⁷⁵. Diante da segurança dos resultados atuais desse tipo de exame, bem como do fato de ser possível a realização de contraprova no curso da investigação ou processo, não parece ser razoável manter esse tipo de amostra.

Difícilmente ocorreria uma alteração do resultado das análises anteriormente realizadas. A adoção daquele entendimento corresponderia à manutenção de amostras biológicas de milhares de pessoas em virtude de uma quase impossível reversão de resultado de julgamento. Parece correto que, nestes casos, passem a incidir as regras concernentes às amostras-referência, diante da existência da identificação da pessoa, que serão abordadas a seguir.

Como solução alternativa para o problema de eventual erro judiciário, é aconselhável que seja estabelecida a possibilidade de que o próprio condenado, quando entenda ter sido alvo de uma injustiça, solicite a não destruição do material biológico recolhido na cena do crime. Trata-se de solução que prestigia os direitos fundamentais, pois resguarda o indivíduo que se julga sujeito a um julgamento errôneo sem que sejam colocados em risco os direitos dos outros milhares de condenados devido à conservação do seu material biológico pelo Estado.

³⁷⁵ A UK Human Genetics Commission, *Nothing...*, p. 70, já se manifestou no sentido de aceitar que a existência da necessidade de manutenção de amostras mesmo após a condenação, citando o caso Sean Hodgson. Ocorre que, no caso Hodgson, existe a particularidade de não ter sido realizado o exame de ADN à época de sua condenação, o que torna mais justificável e aceitável a retenção. Para os casos em que já foi analisado e, eventualmente, reanalisado o material biológico, parecem maiores os riscos aos direitos individuais do que os reais benefícios que poderão advir da retenção.

Outra avaliação merece a questão acerca da retenção de amostras de pessoas identificadas. Aqui os riscos envolvidos são maiores, ante o conhecimento da identificação da pessoa. Os desvios nesses casos podem constituir em elevada violação de direitos fundamentais, seja através de descoberta de patologias como através de eventuais estudos que visem indicar propensão à prática de crimes.

Isso não significa que não existam fundamentos razoáveis para a defesa da conservação dessas amostras biológicas, especialmente expressados nos seguintes argumentos: a) a verificação da integridade e utilidade futura do sistema de banco de dados de ADN; b) uma reanálise para a atualização de perfis de ADN, onde a nova tecnologia pode melhorar o poder de discriminação do processo de correspondência de ADN; c) reanálise que incremente a capacidade de extrair outros marcadores de DNA e, assim, oferecer benefícios em termos de velocidade, sensibilidade e custo de buscas do banco de dados; d) análise adicional nas investigações de alegados erros judiciais; e) análise adicional de modo a poder identificar quaisquer erros analíticos ou de processo³⁷⁶.

A primeira questão a ser considerada são os efeitos que as inovações tecnológicas podem trazer para melhoria do sistema através da reanálise das amostras conservadas. O estágio atual de desenvolvimento das técnicas relativas às análises genéticas já permite resultados bastante expressivos e seguros. Ainda que possam ser considerados avanços a serem obtidos nesse campo, não parecem ser tão significativos a ponto de justificar o elevado risco que a conservação das amostras acarreta.

Atualmente já existe uma relação significativa de *loci* que podem ser integrados em bases de dados de ADN, a permitir uma elevada efetividade deles. É preferível permitir uma elasticidade maior do número de marcadores genéticos atualmente já mapeados, bem como permitir a guarda de informações relativas ao sexo do fornecedor, a reter as amostras biológicas sob fundamento de possibilidade de obtenção de novos marcadores no futuro. Essa argumentação quanto à necessidade de atualização dos perfis já foi considerada inconvincente pela UK Human Genetics Commission, que alertou, ainda, para o fato de que ele serviria, em tese, para que fosse defendida a retenção das amostras indefinidamente³⁷⁷.

³⁷⁶ Estes foram os argumentos utilizados pelo Lord Justice Waller na decisão do Tribunal de Recurso do Reino Unido submetida ao TEDH no caso S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM – Applications nos. 30562/04 and 30566/04, conforme se depreende do §13 da decisão do TEDH.

³⁷⁷ UK Human Genetics Commission, *Nothing...*, p. 70.

Da mesma forma, a afirmativa no sentido de que a retenção das amostras permitiria a correção de eventuais erros também constitui justificativa insuficiente para retenção das amostras-referência. Ela somente é justificável em relação aos vestígios de crimes, ante a irrepetibilidade deles após uma destruição. No caso das amostras-referência, por estarem relacionadas a pessoas identificadas – ou identificáveis – a sua eliminação não impede que seja feita uma nova recolha caso exista tal necessidade. Quando for suscitada dúvida acerca da análise de alguma amostra deste tipo, basta que seja novamente recolhida e, então, submetida a nova análise³⁷⁸.

Outro argumento que também pode ser rechaçado é o de que seria justificável a retenção em virtude do compartilhamento dos dados com outros Estados. Alega-se que, como diversos países estabelecem marcadores genéticos distintos para que sejam integrados à base de dados, seria necessário manter a amostra biológica para que houvesse compatibilidade com as demandas de outros países. Se os Estados pretendem atuar colaborativamente quanto ao compartilhamento de informações genéticas, devem, ao invés de se utilizar de tal circunstância como argumento para conservação das amostras, envidar esforços para a padronização do conjunto de marcadores genéticos entre eles³⁷⁹.

Deve ser permitido, inclusive, que seja incluído no banco de dados o segmento correspondente ao marcador sexual, para que não se justifique a conservação da amostra com base em eventual necessidade de averiguação quanto ao sexo³⁸⁰. É preferível que esta informação conste do perfil genético do que reter a amostra biológica sob tal justificativa.

A destruição das amostras biológicas é o meio mais eficaz contra o uso secundário prejudicial. Essa medida deve ser considerada, de fato, a única capaz de salvaguardar os indivíduos contra violações dos direitos genéticos de privacidade³⁸¹. A lei deve exigir que as amostras físicas analisadas para criar o banco de dados sejam destruídas após a obtenção das informações genéticas relevantes, para reduzir o risco de que a amostra seja submetida a análise posterior ou usada para outros fins que não o preenchimento do banco de dados³⁸².

Essa é a providência determinada pelas legislações de alguns países europeus, como Alemanha, Bélgica, Lituânia, Portugal e Suécia. Entretanto, a maior parte dos países

³⁷⁸ Cfr. Paul Monteleoni, "DNA Databases...", p. 255, nota 43.

³⁷⁹ Idem, p. 71.

³⁸⁰ O artigo 706-54 do CPP francês permite expressamente a inclusão deste tipo de marcador.

³⁸¹ Cfr. Van Camp; Dierickx, "The retention of forensic DNA samples: a socioethical evaluation of current practices in the EU", *In: Journal of Medical Ethics*, nº 34, 2008, p. 608.

³⁸² Cfr. Christopher Slobogin, Ellen Wright Clayton, J. W. Hazel, e B. A. Malin, "Is it time...", p. 900.

européus estabelecem critérios diversos para a eliminação das amostras biológicas, sendo predominante a previsão no sentido de que as amostras seguem destina semelhante à da remoção dos perfis³⁸³.

Ainda que grande parte dos países ainda retenha as amostras por períodos mais longos, parece que, ao contrário do que se refere aos perfis, onde há um movimento de expansão das inserções nas bases de dados, pode haver alguma tendência de retração quanto à conservação de amostras.

Em decorrência da decisão preferida pelo TEDH em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM* – Applications nos. 30562/04 and 30566/04, onde foi considerado que a retenção indiscriminada de amostras e perfis, inclusive após absolvição dos indivíduos, violava o artigo 8º da CEDH, o Reino Unido alterou sua legislação quanto à destruição das amostras. O Protection of Freedoms Act 2012 incluiu a seção 63R no Police and Criminal Evidence Act 1984, estabelecendo que as amostras devem ser destruídas logo após a análise do perfil ou, no máximo, dentro de 6 meses após sua recolha, salvo algumas exceções.

Nota-se, portanto, que, após a condenação pelo TEDH que criticou a retenção indeterminada das amostras, a providência adotada pelo Reino Unido quanto à sua destruição seguiu a orientação mais restritiva, ao invés de seguir regramentos expansivos semelhantes a outros países, que retém as amostras por períodos mais prolongados. Andou bem o Reino Unido em tal providência, que resguarda os direitos individuais e reforça a confiabilidade na gestão do Estado quanto à bioinformação, ainda mais se considerado que seu banco de dados é bastante expansivo no que diz respeito à quantidade de perfis genéticos inseridos.

3.6.2) Perfis Genéticos

O princípio da limitação da conservação impede a manutenção dos dados após cessada sua necessidade para as finalidades para as quais foram recolhidos. No caso de fornecimento voluntário do perfil genético, assim que manifestado o interesse quanto à remoção do perfil genético da base de dados por parte do titular, deve ser ele efetivado.

³⁸³ Cfr. Helena Machado; Helena Moniz; Filipe Santos; Susana Silva, *Relatório - Bases de Dados...*, pp. 17-19.

Como a recolha estava fundada no consentimento, quando este é retirado, deve ser excluído o perfil genético correspondente.

No que diz respeito aos indivíduos obrigados a fornecerem seu ADN, a perspectiva é diversa, uma vez que a obtenção do perfil genético decorre de determinação legal. É sabido que os bancos de dados de ADN, na vertente aqui abordada, têm por função precípua o armazenamento de perfis genéticos para fins criminais. Em tese, durante todo o período de vida da pessoa de quem foi recolhido o ADN, a manutenção do perfil genético no banco de dados estaria a cumprir sua finalidade, pois a qualquer momento de sua vida a pessoa pode praticar um delito em que o encontro de vestígios seja relevante para sua solução.

Não obstante, é comum que as legislações estabeleçam prazos para a remoção dos perfis genéticos dos bancos de dados, seja no caso dos condenados ou daqueles que tenham sido absolvidos. Normalmente, o tratamento destinado a essas situações é diverso, diante de uma justificativa mais robusta de conservação de perfis de condenados. Importante, ainda, que sejam pensados prazos diferenciados para os ordenamentos que admitem a recolha de dados de jovens infratores, tendo por consideração o artigo 40 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Nesse sentido, é sempre oportuno rememorar que o TEDH, em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM*, fez incisivas críticas ao caráter indeterminado da retenção de amostras e perfis pelo NDNAD, seja no que se refere a indivíduos condenados, mas principalmente quanto aos não condenados.

Além da censura ao estabelecido na base de dados do Reino Unido, quando se trata de condenados, parâmetros importantes podem ser extraídos do que restou decidido pelo TEDH no caso *AYCAGUER v. FRANCE* (Application no. 8806/12). Na hipótese, o TEDH entendeu haver violação ao artigo 8º da CEDH, tendo em vista algumas circunstâncias que se somavam. A lei francesa estabelecia o prazo de 40 anos para a remoção do perfil genético da pessoa condenada, sem que estivessem disponíveis meios para solicitação de remoção de perfis por parte dos indivíduos. Tais circunstâncias, associadas à pequena gravidade da

infração cometida no caso concreto, sem que houvesse diferenciação com relação a delitos graves, conduziram o TEDH a decidir nesse sentido³⁸⁴.

Tendo como parâmetro essa decisão, é relevante a adoção de algumas providências quando se trata da conservação e remoção de perfis genéticos dos bancos de dados no caso de condenados. Não parece ser razoável, quando não se trata de bancos de dados universais, que a retenção do perfil genético seja estabelecida por período indefinido, somente vindo a ser removido com o óbito do titular, ou em tempo posterior³⁸⁵. Dentro do universo de infratores criminais, é muito pequeno o número de delinquentes que se encontram em idade avançada. Portanto, com o decorrer do tempo, a manutenção do perfil genético vai perdendo importância para a satisfação do direito à segurança, não sendo justificável uma retenção genérica indefinida. Isso não significa que em determinados casos, ou para alguns tipos de crimes, seja possível estabelecer prazos extensos.

Os critérios utilizados têm sido os mais diversos, com alguns países estabelecendo um prazo fixo genérico para todos os casos de condenação. Outros países adotaram como critério o apagamento dos dados com prazos distintos, que se relacionam de acordo com o crime pelo qual o indivíduo foi condenado. O que se percebe através do julgamento do TEDH acima referido é que, caso a legislação estabeleça um prazo longínquo para a remoção dos perfis, é aconselhável que, pelo menos quanto aos delitos de menor gravidade, preveja meios de reanálise quanto à necessidade da conservação do perfil genético³⁸⁶.

Com relação aos dados recolhidos de acusados e suspeitos que, posteriormente, não venham a ser condenados, as regras devem ser diversas das que aplicadas aos condenados. Primeiramente, deve ser ressaltado que inexistente qualquer obrigatoriedade de que uma base de dados de ADN seja uma base de dados de condenados. A grande maioria dos ordenamentos admite que sejam incluídos acusados e suspeitos nos grupos de pessoas

³⁸⁴ No caso, a pessoa havia sido condenada por ter, durante uma manifestação, desferido golpes com um guarda-chuva contra policiais, sem que tenha ocasionado inaptidão ao trabalho, tendo sido determinada a recolha do seu ADN.

³⁸⁵ A “Loi Relative à la Procédure d'Identification par Analyse ADN en Matière Pénale”, da Bélgica, que estabelecia a remoção do perfil genético de condenados somente 10 anos após o óbito, passou a prever no seu artigo 5º, §2º, após alteração estabelecida pela L 2011-11-07/16, que os perfis de ADN são automaticamente excluídos do banco de dados trinta anos após seu registro, a menos que o magistrado competente tenha estabelecido um prazo mais curto.

³⁸⁶ Na Alemanha, o § 489 (4) 1 do StPO estabelece que será feita análise, no prazo de 10 anos, acerca da exclusão dos dados. Destaque-se que inexistente um prazo para remoção automática naquele país, devendo ser avaliada a necessidade de sua conservação (§ 489 (2) 2 do StPO).

sujeitas à recolha do ADN. A própria inclusão desses grupos já demonstra que ela não tem relação direta com a condenação.

Entretanto, a partir do momento que a pessoa é absolvida, ela deixa de estar inserida em um grupo que possui uma relação especial com o Estado em virtude de sua condição. Excetuada a hipótese da absolvição imprópria, onde é aplicada uma medida de segurança ao indivíduo, que já foi objeto de análise em item destacado, deixa de existir qualquer vinculação da pessoa com a justiça criminal. Ou seja, desaparece a causa genérica que estabelecia o equilíbrio necessário à restrição dos direitos individuais.

Isso não significa que, de forma automática, todos os sujeitos que tenham sido absolvidos devem ter seu perfil genético removido do banco de dados. Esta deve ser a regra, tendo em vista não pender sobre eles qualquer manifestação estatal quanto à existência de indícios acerca da prática de um ato delitivo. Além da absolvição, deve-se ter por consideração que, conforme defendido, os perfis genéticos desses indivíduos já terão sido submetidos a interconexões, com resultado negativo. Caso haja interconexão positiva anterior com processo ou investigação em curso por fato diverso do que gerou a absolvição, o perfil deve ser mantido na base de dados.

A absolvição e a inexistência de outro processo ou investigação em desfavor do indivíduo, ante a ausência de resultado positivo nas interconexões, destaca a diferença entre este caso e o da recolha em acusados e suspeitos. Para o absolvido, inexistente o fundamento da necessidade de conservação para submissão a interconexões, que é muito relevante para o caso de acusados e suspeitos, pois elas já foram realizadas anteriormente quanto ao absolvido. Assim, sua utilidade específica seria para casos futuros, reduzindo seu grau de importância. Mesmo em relação a esta hipótese seria diminuta em relação a acusados e suspeitos, já que contra estes últimos existe um risco de nova prática delitiva para dissimular ou encobrir a anterior que contra eles pende, o que inexistente no caso dos absolvidos.

Logo, a regra geral deve ser de que seja eliminado do banco de dados – automaticamente ou a pedido, a depender da legislação – o perfil genético do sujeito que foi absolvido ou que teve alguma investigação em seu desfavor arquivada, nos casos em que se admita a recolha de suspeitos mesmo antes da existência de uma acusação judicialmente formalizada.

Se a regra é o apagamento do perfil nessas hipóteses, pode ser legítimo que o ordenamento jurídico estabeleça alguma possibilidade da manutenção do perfil genético de alguns desses sujeitos no banco de dados. Em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM*, o TEDH³⁸⁷ afirma que “pesadas razões” (“weighty reasons”) teriam que ter sido apresentadas pelo Governo do Reino Unido para que fossem justificadas as diferenças de tratamento entre os reclamantes (um anteriormente inocentado e outro em face de quem o processo sequer teve prosseguimento) e outras pessoas não condenadas, notadamente os que forneciam seu material genético voluntariamente, o que não ocorreu. Com relação a estes, a legislação previa a obrigatoriedade de destruição de amostras e perfis a pedido, o que serviu como motivo para afastar a alegação do governo no sentido de que a retenção seria justificada meramente em razão do aumento do banco de dados.

O TEDH indicou que, na existência de “pesadas razões”, seria possível manter a retenção do perfil mesmo após uma absolvição. Não restou definido quais seriam as razões justificadoras de tal providência. Não parece possível que estas razões estejam relacionadas de forma meramente objetiva com o fato pelo qual foi julgado, em virtude da absolvição anterior.

Assim, para a avaliação quanto à presença de tal requisito é imprescindível a realização de uma análise subjetiva quanto à necessidade de que o perfil genético esteja inserido no banco de dados³⁸⁸. Deve o magistrado avaliar casuisticamente as circunstâncias incidentes para que possa ser estabelecida uma suspeita concreta quanto a riscos de que o indivíduo venha a delinquir, capaz de permitir a conservação do seu ADN.

No que diz respeito aos menores, ainda que diversos ordenamentos jurídicos estabeleçam regras semelhantes de conservação de remoção de perfis entre infantes e

³⁸⁷ Na referida decisão (§47), o TEDH aponta que o Reino Unido era o único Estado-membro que permitia a retenção sistemática a indefinida, mesmo quanto a indivíduos absolvidos. Acrescenta que, à época do julgamento, cinco Estados (Bélgica, Hungria, Irlanda, Itália e Suécia) exigiam que essas informações fossem destruídas oficiosamente mediante absolvição ou descontinuação do processo penal. Dez outros Estados membros aplicavam a mesma regra geral com certas exceções muito limitadas.

³⁸⁸ Após a decisão do TEDH em *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM*, O Protection of Freedoms Act 2012 alterou a PACE, estabelecendo que a retenção dos perfis de absolvidos somente poderá ocorrer no caso de crimes graves, e pelo prazo de 3 anos. Ainda que tenha sido uma notória evolução à retenção indefinida anterior, tal previsão foi objeto de crítica de Carole McCartney, “Of Weighty Reasons and Indiscriminate Blankets: The Retention of DNA for Forensic Purposes”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, Vol 51, No 3, Julho de 2012, pp. 245-260, ao afirmar que o governo continua ligado a uma abordagem geral e indiscriminada, na medida em que não individualiza o risco quanto aos indivíduos que não foram condenados, sendo mantido um período de retenção geral a ser aplicado. A autora afirma não ter sido considerado o equilíbrio necessário entre as implicações de privacidade e igualdade do NDAD e o interesse público na detecção criminal.

adultos, a diferenciação no tratamento atende de forma mais adequada aos ditames da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Dessa forma, é recomendável que os prazos estabelecidos para a retenção dos perfis genéticos dos jovens infratores sejam reduzidos para patamares inferiores aos dos adultos.

Estabelecidos prazos de conservação dos perfis genéticos, é importante que sejam adotados cuidados para que os dados não continuem a integrar os bancos de dados mesmo após expirado o prazo estipulado. É importante que sejam criadas rotinas de sistema que permitam que esses dados sejam automaticamente removidos quando alcançado o prazo estabelecido. Além disso, nos casos de absolvição, prescrição ou outros atos judiciais que tenham como efeito a remoção dos perfis, é necessário que haja determinação para que os magistrados comuniquem o fato aos administradores do banco de dados³⁸⁹.

3.7) Compartilhamento

Nos tempos modernos foram desenvolvidas novas formas de organização econômica e de intercâmbio comercial, que trouxeram como consequência o abrandamento dos controles de fronteiras entre diversos Estados soberanos, em especial os que possuem boas relações política e comercial. Disso resultou uma maior facilidade de circulação de pessoas entre os países, tendo como efeito, também, uma majoração dos crimes praticados por indivíduos de nacionalidades estranhas à do local da prática do crime.

O mundo globalizado também resultou em uma criminalidade cada vez mais globalizada. Como resposta à nova dinâmica da prática de delitos, verificou-se a necessidade de uma maior integração entre os países para aumentar a eficácia das investigações criminais. O compartilhamento de informações se tornou um importante instrumento de cooperação com este desiderato. As informações genéticas, que se consistem em elementos de identificação dos indivíduos, possuem relevante papel dentro desta dinâmica cooperativa.

Por outro lado, se a conservação desse tipo de informação dentro de um país já enseja diversos questionamentos, seu compartilhamento com outros países acentua algumas problemáticas. É necessário cuidado redobrado com relação às questões de

³⁸⁹ Cfr. Grupo Jurídico y Bioético de la CNUFADN del Ministerio de Justicia de España, *Balance Actividad CNUFADN 2012-2016*, Madrid, 14 de julho de 2016, p. 7.

segurança conferida aos dados, sendo essencial uma adequada regulação quanto aos procedimentos de gerenciamento desses dados, a evitar uma circulação excessiva de informações pessoais.

A ausência de aproximação entre as normatizações nos diversos Estados também se caracteriza como uma preocupação. Em alguns casos, há disparidade significativa entre os ordenamentos, a dificultar uma harmonização adequada para fins de compartilhamento. Há países com bancos de dados mais restritivos, outros mais expansivos, com diferenças quanto aos grupos de pessoas incluídos, quanto aos critérios de remoção dos perfis, quanto aos marcadores genéticos que estão abrangidos, dentre outras diferenças.

Outra questão levantada é que esse compartilhamento internacional se caracterizaria como uma das expressões da “function creep” relacionada aos dados genéticos. A possibilidade do compartilhamento internacional consistiria em uma utilização muito alargada do ADN em relação ao seu objetivo inicial. Apontadas as principais inquietações acerca da temática, se faz necessário analisar como tem ocorrido, na prática, essa cooperação.

O compartilhamento de dados genéticos se dá através de mecanismos que podem se diferenciar, com destaque para três formas de cooperação. Uma primeira possibilidade é de formação de uma base de dados internacional, que é o que se verifica no caso do Interpol DNA Gateway. Outra modalidade é a que foi estabelecida pelo Tratado de Prüm, onde o funcionamento se dá através de uma rede de bancos de dados vinculada ou em rede. Uma última forma se dá através da simples troca de informações entre países, manejada através de acordos bilaterais por eles estabelecidos³⁹⁰. Esta última hipótese, desenvolvida através dos meios tradicionais de cooperação internacional, perde espaço na nova dinâmica colaborativa, onde a multilateralização do compartilhamentos dos perfis genéticos se mostra muito mais eficiente, pois permite uma interconexão mais alargada. Os dois sistemas de maior destaque quanto a esse compartilhamento são os anteriormente citados, quais sejam, o da Inter.pol e o sistema Prüm.

A Interpol DNA Database³⁹¹ permite que os países encaminhem perfis genéticos de ofensores criminais, recolhidos de cenas de crimes, pessoas desaparecidas ou restos

³⁹⁰ A. Amankwaa, “Trends in forensic DNA database: transnational exchange of DNA data”, *Forensic Sciences Research*, 2019.

³⁹¹ Atualmente ela contém mais de 242.000 perfis disponibilizados por 85 países membros. Para mais informações, acessar <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/DNA>.

humanos não identificados. Os dados pessoais não costumam do banco de dados, estando o perfil genético relacionada através de um código alfanumérico. Os países mantêm a propriedade das informações, bem como podem escolher com quais outros países compartilham seus dados.

Ele funciona mediante o encaminhamento dos perfis genéticos pelos países ao banco de dados da Interpol, quando recebem um número de acordo com o país. Os perfis são submetidos a comparações e, caso algum já esteja inserido anteriormente no banco de dados, a coincidência é informada aos dois países. Caso os resultados sejam negativos, o perfil poderá continuar no banco de dados mediante autorização do país membro que o enviou.

Outra forma é a estabelecida entre os países que integram a União Europeia. No seu âmbito foi assinado o Tratado de Prüm, inicialmente por um grupo restrito de países (Áustria, Bélgica, França, Alemanha, Luxemburgo, Holanda e Espanha). Posteriormente foram publicadas as Decisões 2008/615/JAI e 2008/616/JAI do Conselho da União Europeia, ambas de 23 de Junho de 2008, que estabeleceram diversas regras acerca do compartilhamento de alguns dados, incluídos os genéticos, pelos Estados integrantes. Atualmente, diversos países europeus (integrantes e não integrante da União Europeia) integram o sistema, que permite o compartilhamento das informações relativas ao DNA.

O sistema funciona através de uma rede de bancos de dados vinculada ou em rede. Os seus integrantes permitem que outros Estados tenham acesso aos índices de referência dos seus ficheiros de análise de ADN, com direito a efetuar consultas automatizadas mediante comparação de perfis de ADN. O processo é desenvolvido em duas fases. Primeiro, os perfis decorrentes de vestígios são submetidos a comparação nos bancos de dados dos países que integram o sistema Prüm. Em caso de existência de uma correspondência de perfil, somente é informada a existência do resultado positivo, sem que haja uma disponibilização automática dos dados pessoais. É necessário que as autoridades do país (ponto de contato nacional – PCN) de onde derivam os vestígios entrem em contato com o PCN do país onde se encontra o perfil da pessoa a ser identificada para que sejam obtidas as informações identificadoras, através de procedimentos de assistência mútua (segunda fase). Outro resultado possível é de que sejam verificadas correspondências entre

duas ou mais cenas de crimes, indicando se tratar da mesma pessoa. Isso pode facilitar as investigações na medida em que permite avaliar fluxo migratório do indivíduos³⁹².

Cabe destacar que é reconhecido pelo Conselho da União Europeia que o DNA Gateway da Interpol é compatível com o que estabelecido no sistema Prüm, tratando-se de um meio de transferência eletrônica automatizado seguro, na medida em que não é guardado qualquer dado nominal identificativo³⁹³. Nada impede, dessa forma, que os países que integram o sistema Prüm também compartilhem perfis através do Interpol DNA Gateway. Cabe ressaltar que ambos os sistemas permitem que seja respeitada a legislação do país de onde são originadas as informações identificativas do perfil. De acordo com a sua legislação, cada país analisará a adequação quanto ao compartilhamento dos dados de identificação da pessoa à qual corresponde o perfil genético.

Esses sistemas de cooperação através do compartilhamento de perfis genéticos constituem uma majoração no aspecto de vigilância, na medida em que os grupos de pessoas que tiveram seu ADN recolhido estarão sujeitos a uma amplitude bastante alargada de possibilidade de correspondência. Ainda que haja carência de avaliações de custo-benefício, é certo que esse tipo de cooperação transfronteiriça se mostra uma medida relevante para apuração delitiva diante da dinâmica mundial, auxiliando na solução de crimes³⁹⁴. Ademais, a alegação de que consistiria em materialização da “function creep” não pode ser considerada, na medida em que existe ampla ciência a respeito do aprimoramento dos procedimentos de cooperação internacional, inexistindo expectativa pessoal de que

³⁹² Cfr. B. Prainsack; D. Toom, “The Prüm regime: Situated dis/empowerment in transnational DNA profile exchange”, *British Journal of Criminology*, 50, Oxford University Press, 2010, p. 1123.

³⁹³ Cfr. General Secretariat of the Council of the European Union, Manual on Law Enforcement Information Exchange, 5 de setembro de 2019, p. 71.

³⁹⁴ De acordo com o COMITÊ GESTOR RIBPG, *XII Relatório: Dados estatísticos e resultados - Nov/2019 a Mai/2020*, Brasília, 2020, p. 15: “Visando fomentar a troca de informações entre países, em especial aqueles da América Latina, em maio de 2020, 12.600 perfis genéticos (vestígios e restos mortais não identificados) originados no Brasil foram inseridos no banco de perfis genéticos da INTERPOL (INTERPOL DNA Database), em uma ação conjunta do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), do Escritório Central Nacional da INTERPOL-Brasil (NCB/Brasil) e da Unidade de DNA da INTERPOL (INTERPOL DNA Unit). Esta inserção em massa resultou em 9 coincidências entre perfis oriundos de vestígios de locais de crimes ocorridos no Brasil e perfis gerados em outros países. Tais potenciais coincidências estão sendo analisadas pelos Administradores de bancos de perfis genéticos relacionados aos casos com a finalidade de serem confirmadas.”.

Esse número brasileiro ainda é tímido quando comparado com os números de troca entre os Estados europeus que integram o sistema Prüm. O estudo de Filipe Santos e Helena Machado, “Patterns of exchange of forensic DNA data in the European Union through the Prüm system”, *Science and Justice*, Vol. 57 (4), julho de 2017, ainda que traga somente dados de correspondência inicial, sem as informações acerca dos reflexos processuais dessas correspondências, já expressa um número expressivo de coincidências geradas pelo sistema Prüm entre os anos de 2011 e 2015.

alguns dados não sejam compartilhados com países terceiros quando da apuração de um delito.

Ademais, esses sistemas garantem de forma mais adequada a proteção dos dados pessoais. B. Prainsack e D. Toom destacam que antes da implementação do sistema Prüm, quando as autoridades entendiam que suspeitos eram de outro país, solicitavam seus dados pessoais ainda em uma fase de pesquisas, aumentando o grupo de pessoas que teriam seus dados compartilhados. Com o modelo atual, as informações identificadoras dos indivíduos somente são compartilhadas no caso de existência de uma correspondência, o que significa uma redução da quantidade de dados que atravessam as fronteiras, o que constitui um instrumento de proteção de dados pessoais³⁹⁵.

Essa segurança quanto à proteção dos dados pessoais é reforçada através da padronização de procedimentos garantida pelos sistemas ICT (protected information and communication technology) e pelos processos de anonimização aplicados na troca transnacional de dados de DNA³⁹⁶.

Ainda que a segurança do compartilhamento desses dados seja adequada nos sistemas analisados, a diferença de normatização entre os Estados-Membros pode fazer com que os ordenamentos estabeleçam marcadores diferentes como padrão para que seja obtido o perfil genético. Essa diferenciação pode fazer com que, quando seja buscada a correspondência em âmbito internacional, o número de marcadores coincidentes não seja tão elevado, podendo não garantir uma segurança suficiente de que se trata realmente de uma identificação correta. Isso pode conduzir a um número indesejável de falsos positivos³⁹⁷.

As questões técnicas de produção de correspondências também não são objeto de problemas. Mas deve-se ter ciência de que, quando não houver uma correspondência grande de marcadores, essas coincidências devem ser avaliadas com cautela. Se existe segurança pelos operadores quanto à interpretação de tais análises dentro do seu próprio país, alguns têm receio de como esses resultados serão avaliados pelos sistemas de justiça de outros países³⁹⁸. Trata-se de um receio que não deve ser utilizado como crítica à

³⁹⁵ Cfr. B. Prainsack; D. Toom, "The Prüm regime...", p. 1124.

³⁹⁶ Cfr. Helena Machado; Rafaela Granja, "Ethics in Transnational Forensic DNA Data Exchange in the EU: Constructing Boundaries and Managing Controversies", *Science as Culture*, 2018, p. 13.

³⁹⁷ Cfr. C. McCartney; T. Wilson; R. Williams, "Transnational Exchange...", p. 313.

³⁹⁸ Esse foi um receio apontado por médicos forenses diretamente envolvidos no sistema Prüm, conforme apontado por Helena Machado; Rafaela Granja, "Ethics in Transnational...", pp. 11-12.

cooperação, em si, mas para que sejam aperfeiçoados os procedimentos de compartilhamento e as avaliações acerca dos países parceiros.

Esses riscos, entretanto, vêm sendo minimizados. Os principais sistemas de compartilhamento de perfis genéticos estabeleceram, na última década, alguma padronização de marcadores genéticos que devem estar incluídos nos perfis genéticos compartilhados. Tanto a Série normalizada europeia (ESS), como o Conjunto Normalizado de Loci da Interpol (ISSOL) contam atualmente com 12 *locus* mínimo recomendados na tentativa de um mínimo de uniformização³⁹⁹.

Entretando, o sistema CODIS, que é o mais utilizado internacionalmente pelos países para gerenciamento dos bancos de dados de perfis genéticos nacionais, estabelece como marcadores requeridos apenas 7 dos 12 que constam nos sistemas de compartilhamento internacional. Os outros 5 constam apenas como aceitos, não sendo de obtenção obrigatória⁴⁰⁰. É de extrema importância que nos países onde o CODIS é adotado, seja buscada a inclusão também dos marcadores aceitos, como forma de majorar as possibilidades de identificação e reduzir as chances de resultados falsos.

A inclusão de um número maior de marcadores genéticos como padrão é capaz de minimizar o risco de falsos positivos, como também de falsos negativos. Ela permite que exista coincidência entre um número maior de marcadores, a acarretar um incremento do poder de individualização⁴⁰¹. Como consequência, é conferida maior confiabilidade quanto ao acerto do resultado obtido.

A minimização dos riscos de resultados falsos é o grande desafio quando se trata da cooperação transfronteiriça. Tanto a ocorrência de falsos positivos – que podem implicar em condenações injustas –, como de falsos negativos – onde deixa-se de obter a indicação da autoria de um crime –, devem ser eliminadas. Passos importantes já foram dados nesse

³⁹⁹ A Resolução do Conselho da União Europeia 2009/C 296/01 reconheceu que o aumento do número de marcadores facilita um intercâmbio eficaz de informações, tendo majorado os marcadores que integram a Série normalizada europeia (ESS - European Standard Set). Trata-se de um conjunto mínimo de locus que os Estados-Membros são convidados a utilizar na definição do perfil genético. Da mesma forma, após recomendação da ENFSI, a Interpol também aumentou, em 2010, o número de marcadores obrigatórios do ISSOL, passando de 7 para 12. Os marcadores atualmente estabelecidos por estes sistemas são: D3S1358, VWA, D8S1179, D21S11, D18S51, TH01, FGA, D1S1656, D2S441, D10S1248, D12S391, D22S1045.

⁴⁰⁰ Os 5 não obrigatórios pelo CODIS são exatamente os que foram adicionados ao ISSOL após a recomendação da ENFSI, quais sejam, D1S1656, D2S441, D10S1248, D12S391, D22S1045.

⁴⁰¹ Cfr. A. Amankwaa, "Trends...", p. 4.

sentido, mas deve estar na pauta dos países que compartilham esses perfis a busca por uma padronização que envolva o maior número possível de marcadores genéticos.

CONCLUSÕES

O debate jurídico relacionado à questão dos bancos de dados genéticos para fins criminais está fundado essencialmente na busca de equilíbrio entre os direitos fundamentais envolvidos. É reconhecida internacionalmente a juridicidade da implementação desse tipo de banco de dados, tendo em vista que cumpre legítimos objetivos de prevenção de delitos e proteção de direitos de terceiros, sendo necessário dentro de uma sociedade democrática, conforme o entendimento do TEDH. Inexiste, assim, fundamento jurídico capaz de resultar na sua exclusão por completo.

Os direitos à dignidade da pessoa humana, à não autoincriminação, à integridade física e à privacidade não se apresentam como impeditivos de sua adoção, alguns servindo como vetores de delimitação de sua abrangência. O mesmo escopo possui o direito à autodeterminação informacional. No caso do fornecimento voluntário, a situação é considerada como uma legítima renúncia a direitos fundamentais. Quando decorre de determinação legal, as reflexões são dotadas de maior densidade e complexidade.

Eventual invocação da dignidade da pessoa humana como obstativa da medida é inadequada, ante a ausência de colocação do indivíduo em situação de degradação, ainda que se considere se tratar de uma forma de instrumentalização da pessoa. Tampouco há que se falar em violação à não autoincriminação. Em primeiro lugar, sob a consideração da utilização para crimes futuros, onde falar em autoincriminação é uma contradição nos próprios termos. No que diz respeito aos casos pendentes de resolução, onde ocorre a prática do crime anteriormente à recolha, ela também não constitui óbice, seja em virtude da consideração de que o conteúdo normativo do direito não abrange a obtenção do ADN ou, caso seja adotado entendimento no sentido de que a recolha do perfil genético está inserida no âmbito do direito, em virtude da ponderação à qual ele está sujeito, que não é capaz de lhe conferir preponderância.

Como delimitadores dos banco de dados de ADN são destacados os direitos à integridade física, à privacidade e à autodeterminação informacional. O direito à integridade física, a ser observado no momento da intervenção sobre o corpo do indivíduo, torna exigível que a atividade de recolha do material biológica do indivíduo seja exercida de forma não invasiva e indolor, causando o menor nível de impacto corporal possível.

O direito à privacidade torna exigível, em primeiro lugar, que, com relação às pessoas identificadas, não seja admitida a obtenção do ADN codificante – aquele que

permite o conhecimento de informações adicionais às meramente identificativas, como as relativas a questões de saúde –, de maneira a resguardar as informações mais sensíveis e cujo conhecimento por terceiros possa ocasionar maiores danos ao titular. A recolha do ADN não codificante, ainda que em menor intensidade quando comparado ao codificante, também constitui restrição ao direito à privacidade. Esse reconhecimento conduz à necessidade de demarcação acerca dos grupos de pessoas sobre as quais a medida pode recair, através da utilização de critério de ponderação com o direito à segurança.

A incidência da recolha do ADN sobre o grupo de pessoas condenadas criminalmente é admitida, na medida em que existem evidências concretas quanto a índices significativos de reiteração criminosa, que elevam substancialmente a importância da satisfação do direito à segurança, tornando-o preponderante na ponderação com a privacidade. A maior ou menor amplitude do rol de crimes cuja condenação enseja a incidência da providência será uma opção de política legislativa, sendo certo que eventual opção por abranger todos os condenados não induz a desproporcionalidade, tendo em vista que a tutela do direito penal já é dirigida exclusivamente para a proteção dos bens jurídicos mais importantes.

Quando se trata dos acusados e suspeitos, também é legítima a previsão acerca da incidência da obrigatoriedade em fornecer o perfil genético, por se tratarem de grupos sobre os quais o Estado dispensa maior atenção. Há evidências no sentido de que ampliar o banco de dados para esses grupos aumenta a eficiência do banco de dados de forma importante, sem que isso se constitua como um alargamento exagerado dele. Aguardar o trânsito em julgado pode trazer efeitos deletérios, dificultando que dois casos sejam relacionados, além de facilitar que ocorra a prescrição de crimes não solucionados. Não se faz necessária autorização judicial específica para recolha de dados desses grupos, por não se basear em uma fundada suspeita da prática do crime, bastando que haja previsão legal.

Não somente aos imputáveis deve ser admitida a obtenção do ADN. Os inimputáveis, tanto por questão psíquica quanto por idade, ainda que não estejam sujeitos à aplicação de uma pena, podem sofrer algumas espécies de intervenção estatal. A obtenção do perfil genético deles é justificável tanto por questões de prevenção, quanto para a colmatação do valor justiça, não devendo ser admitido de forma mais gravosa do que o estabelecido para os imputáveis.

Devido à contínua expansão dos bancos de dados genéticos em diversos lugares, tem ganhado maior repercussão a ideia da implementação de bancos de dados que abrangem

toda a população. Trata-se de uma providência que soluciona algumas questões sensíveis relacionadas aos bancos de dados quando direcionados a grupos específicos, como alegações quanto ao caráter estigmatizante e discriminatório da medida. Entretanto, se configura como uma elevada majoração da interferência sobre a privacidade, já que aumenta enormemente o número de pessoas sujeitas à medida, sem que o impacto sobre a solução dos casos acompanhe tal grandeza, uma vez que muitos casos já são solucionados com o auxílio de um banco de dados muito menor, restrito a alguns grupos.

Tais razões explicam o impedimento de adoção de bancos de dados genéticos universais, já tendo sido declarado pelo TEDH, por exemplo, ilegítimo o caráter sistemático e indefinido da retenção no Reino Unido, através do caso *S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM*. Isso não significa que, com o passar do tempo, a questão não possa ser revisitada. Alterações quanto ao âmbito de proteção do direito à privacidade, à confiabilidade no funcionamento da base de dados, podem ser capazes de alterar o sentimento público quanto à sujeição à medida, o que não deve ser ignorado, sendo importante o conhecimento periódico acerca da percepção da população quanto ao banco de dados genético.

Enquanto não se considera aceitável o banco de dados universal, que seria capaz de solucionar todos os casos que deixam vestígios simplesmente através da análise direta do ADN não codificante, outras tecnologias vêm sendo desenvolvidas para permitir uma maior eficiência do banco de dados restrito a grupos de pessoas. A busca familiar e a fenotipagem são instrumentos desenvolvidos com esta intenção.

A busca familiar se caracteriza através do desenvolvimento de um software específico para o encontro de parentalidade que auxilie na investigação através do ADN, se diferenciando do encontro fortuito de correspondências parciais através da pesquisa no banco de dados por correspondências totais. Ambas merecem ser admitidas, mas algumas precauções devem ser tomadas, como a adoção de um elevado grau de coincidência, que evite ou minimize a ocorrência de falsos positivos, e o treinamento de investigadores para que não revelem desnecessariamente descobertas familiares. Especificamente quanto à busca familiar, como a pesquisa deliberada por relações de parentesco é capaz de gerar um volume maior de descobertas, maior será o impacto sobre a privacidade. Tal consideração exige que sobre ela incidam cuidados adicionais, como a previsão legal quanto à sua adoção e a restrição a crimes de gravidade mais elevada.

A fenotipagem se caracteriza como uma análise do ADN codificante, que permite extrair características externas visíveis das pessoas, além da ancestralidade biogeográfica. Por se tratar de análise de região codificante, somente pode ser admitida em relação ao material genético de pessoas não identificadas, ou seja, recolhidas como vestígios de crimes. Através dessa análise, é possível que seja restringido significativamente o universo de pessoas a serem investigadas. As principais cautelas que devem ser observadas são referentes à necessidade de que haja confiabilidade quanto aos resultados referentes ao traço preditivo utilizado, à não admissão de que sejam extraídas informações fenotípicas internas, dotadas de sensibilidade mais acentuada, bem como à vedação de que sejam tais informações armazenadas após a identificação do indivíduo, quando já não sejam necessárias para utilização no processo. Ademais, deve ser utilizada como última opção investigativa, após restar infrutífera a interconexão com a base de dados, bem como estar restrita a crimes de maior gravidade.

Como os dados genéticos são dados sensíveis, o tratamento deles deve observar protocolos rígidos de segurança, a evitar que possam ser conhecidos por terceiros e utilizados para finalidades espúrias. Meios de organização dos dados, controle quanto ao acesso e o estabelecimento de responsabilização severa para casos de desvio são medidas importantes para conferir a confiabilidade que se constitui como mecanismo de minimização de interferência nos direitos do titular dos dados e, por isso, fundamento de legitimidade do banco de dados. Somente é possível admitir a implementação de bancos de dados genéticos se houver segurança quanto ao tratamento dos dados, pois a ponderação somente será favorável ao estabelecimento do banco de dados caso seja reduzida a intensidade da interferência nos direitos individuais, o que está diretamente relacionado às medida de segurança.

Outra providência que merece ser observada com o fim de minimizar o impacto aos direitos à privacidade e à autodeterminação informacional é a referente à destruição das amostras e remoção dos perfis do banco de dados. No que diz respeito às amostras biológicas, ainda que não sejam classificadas como dados pessoais e, portanto, não incidam as regras de proteção de dados, como a limitação da conservação, a conservação do material biológico representa um risco ao indivíduo, pois em caso de algum desvio, dele podem ser extraídas informações muito sensíveis, inclusive relacionadas à saúde. Assim, após a identificação, ainda que haja argumentos importantes no sentido da utilidade da

conservação, parece salutar que as amostras sejam destruídas, a fim de acabar com o risco de má utilização e violação grave da privacidade.

Com relação aos dados genéticos, o princípio da limitação da conservação dos dados pode ser aplicado para estabelecer um prazo para a retenção do ADN em caso de condenação. No caso de absolvição, dentro dos parâmetros atuais que inadmitem bancos de dados universais, a regra deve ser a remoção dos dados, salvo hipóteses excepcionais em que seja reconhecida a necessidade específica de retenção dos dados.

Por fim, merece consideração a transferência transfronteiriça desses dados. Os principais sistemas atualmente em operação para tal finalidade são o da Interpol e o Prüm. Este último é restrito aos países europeus, enquanto aquele possui maior abrangência. Em ambos, os procedimentos de segurança são cumpridos, a garantir que sejam garantidos os direitos do titular dos dados também pelo país destinatário das informações. Esses sistemas ajudam a minimizar impactos de privacidade, na medida em que são aplicados processos de anonimização dos dados, com os dados identificativos da pessoa somente sendo compartilhados no caso de uma prévia correspondência, evitando que sejam compartilhados desnecessariamente dados antes de um *match*. A principal questão quando se trata de compartilhamento internacional é que exista uma padronização quanto aos marcadores e que seja utilizado um grande número de marcadores, para que seja reduzido o risco da ocorrência de falsos positivos.

BIBLIOGRAFIA

- AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- ÁGUAS, Cintia, “Estudo comparado da legislação internacional”, *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf. (acesso em 20/07/2019).
- ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2ª ed., Príncipe, Cascais, 2011.
- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. Virgílio Afonso da Silva), 2ª ed., 5ª tiragem, Malheiros, 2017.
- ALLEYNE, Lorraine et al., *Interpol Handbook on DNA Data Exchange and Practice: Recommendations From The Interpol DNA Monitoring Expert Group*, 2ª ed., Lyon, 2009. Disponível em: https://dnadatabank.forensischinstituut.nl/binaries/nederlandse-dna-databank/documenten/publicaties/2018/11/01/interpol-handbook-on-dna-data-exchange-and-practice.-second-edition-2009/interpol-dna-handbook-second-edition-2009_tcm127-477447_tcm37-209503.pdf. (acesso em 28/07/2020).
- ALLISON, Lizabeth A., *Fundamental Molecular Biology*, Blackwell Publishing, Malden, 2007.
- AMANKWAA, Aaron Opoku, “Trends in forensic DNA database: transnational exchange of DNA data”, *Forensic Sciences Research*, 2019. DOI: [10.1080/20961790.2019.1565651](https://doi.org/10.1080/20961790.2019.1565651). (acesso em 14/07/2020).
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- BAPTISTA, Eduardo Correia, *Os Direitos de Reunião e de Manifestação no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2006.
- BECK, Ulrich, *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida* (trad. Marian Toldy e Teresa Toldy), Edições 70, Lisboa, 2016.
- BENDA, Ernst, “The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law)”, 53 *SMU L. Rev.* 443, 2000. Disponível em <http://scholar.smu.edu/smulr/vol53/iss2/4> (acesso em 07/02/2019).
- BORRY, Pascal, “Ethical Principles and Forensic Databases”, *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012, pp. 59-67.

- Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf. (acesso em 10/06/2020).
- BOTELHO, Marta Maria, *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2013.
- BOTTINO, Thiago, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2009.
- BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso, *Prova Genética: implicações em processo penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018.
- BRIODY, Michael, “The Effects of DNA Evidence on Property Offences in Court”, *In: Current Issues In Criminal Justice*, vol. 17, nº 3, 2006.
- BRITO, Miguel Nogueira de, “Direito de Polícia”, *In: Paulo Otero e Pedro Gonçalves (coord.), Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. I, Almedina, Coimbra, p. 358.
- CAETANO, Marcello, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CASTRO, Catarina Sarmiento e, *A Questão das Polícias Municipais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- CASTRO, Catarina Sarmiento e, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro”, *In: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 65-95.
- CAVOUKIAN, Ann, *Privacy by Design: The 7 Foundational Principles*, 2009. Disponível em: <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>. (acesso em 26/06/2019).
- CLARKE, Ronald V., *Situational Crime: Successful Case Studies*, 2ª ed., Harrow and Heston, 1997.
- COMITÊ GESTOR RIBPG *Manual de Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*, Brasília, 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/manual/resolucao_14-2019_aprova_o_manual.pdf/view. (acesso em 19/06/2020).
- COMITÊ GESTOR RIBPG, *XII Relatório: Dados estatísticos e resultados - Nov/2019 a Mai/2020*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/suaseguranca/seguranca-publica/ribpg>. (acesso em 17/06/2020).

- CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO DA BASE DE DADOS DE ADN DE PORTUGAL, Relatório Anual 2018.
- CORDEIRO, António Barreto Menezes, “Dados Pessoais, Conteúdo, Extensão e Limites”, 2018. Disponível em: <http://blook.pt/publications/publication/e38a9928dbce/> (acesso em 26/03/2019).
- CORREIA, Sérvulo, “Polícia”, In: *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, Lisboa, 1994, pp. 393-408.
- CORREIA, Victor, *Sobre a privacidade*, Sinapis, Lisboa, 2016.
- CORTE-REAL, Francisco, “A Base de Dados Forense Portuguesa (Lei n.º 5/2008)”, In: *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012, pp. 59-67. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf. (acesso em 23/07/2019).
- CORTE-REAL, Francisco, “Base de dados de perfis de ADN”, In: *Princípios de Genética Forense* (coord. Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pp. 145-178. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/38492>. (acesso em 10/09/2019).
- COSTA, Helena; MIRANDA, Luís, “Novas Ferramentas da Investigação Criminal — Potencialidades e Limites da Revisão de Características Físicas Através da Análise de ADN”, In: *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (org. Helena Machado e Helena Muniz), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 272-306.
- DAHL, Johanne Yttri; SÆTNAN, Ann Rudinow, ““It all happened so slowly”: On controlling function creep in forensic DNA databases”, In: *International Journal of Law, Crime and Justice*, 37(3), 2009, pp. 83-103.
- DEBUS-SHERRILL, Sara; FIELD, Michael B., *Understanding Familial DNA Searching: Policies, Procedures, and Potential Impact*, agosto de 2017. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/251043.pdf>. (acesso em 20/07/2020).
- DEBUS-SHERRILL, Sara; FIELD, Michael B., “Familial DNA searching – An emerging forensic investigative tool”, *Science & Justice*, vol. 59(1), 2019, pp. 20–28.
- DEDRICKSON, Kirsten, “Universal DNA databases: a way to improve privacy?”, In: *Journal of Law and the Biosciences*, 2017, pp. 637-647.
- DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, *O Direito à não Auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004,
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, “Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (parecer), In: *Supervisão, direito ao*

silêncio e legalidade da prova (Jorge de Figueiredo Dias et. al), Almedina, Coimbra, 2009.

DONEDA, Danilo, *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

DONEDA, Danilo, “Privacidade, Vida Privada e Intimidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais”, *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460. (acesso em 10/09/2019).

DONEDA, Danilo, “A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental”, *In: Espaço Jurídico*, vol. 12, nº 2, 2011, pp. 91-108. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. (acesso em 06/05/2020).

DUARTE, David, “An Experimental Essay On The Antecedent And Its Formulation”, *In: Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, i-lex, número 16, Luglio, 2012, pp. 37-60.

DUARTE, Tatiana, “Comentário ao artigo 4º, nº 13”, *In: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Lisboa, 2018, pp. 173-185.

DUASO CALÉS, Rosario, “Los principios de protección de datos desde el diseño y protección de datos por defecto”, *In: Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, pp. 295-320.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

ENFSI DNA WORKING GROUP, *DNA Database Management: Review and Recommendations*, abril de 2017. Disponível em: <https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2017/09/DNA-databasemanagement-review-and-recommendations-april-2017.pdf>. (acesso em 31/07/2020).

ETZIONI, Amitai, *Privacy in a Cyber Age: Policy and Practice*, Palgrave Macmillan, New York, 2015.

FARINHA, Carlos, “Base de Dados de ADN – da Amostra-Problema à “Amostra-Solução”, através da Amostra-Referência”, *In: A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf. (acesso em 15/04/2020).

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, “O combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade”, *In: Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 14, 2018, pp. 149-162.

- GARLAND, David, “Panopticon Days: Surveillance and Society”, In: *Criminal Justice Matters*, nº 20, 1995, pp. 3-4.
- GAVISON, Ruth, “Privacy and the Limits of Law”, In: *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, pp. 429-433. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol89/iss3/1>. (acesso em 19/03/2019)
- GENERAL SECRETARIAT OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Manual on Law Enforcement Information Exchange*, 5 de setembro de 2019. Disponível em <https://db.eurocrim.org/db/en/doc/3349.pdf>. (acesso em 14/07/2020).
- GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, “Seguridad y Libertad en la legislación alemana del tratamiento policial de la información”, In: *Cuadernos de Derecho Público*, nº 33, 2008, pp. 167-194.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito da Segurança: Cidadania, Soberania e Cosmopolitismo*, Almedina, Coimbra, 2018.
- GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena, “Ethical Controversies of Familial Searching: The Views of Stakeholders in the United Kingdom and in Poland”, *Science, Technology, & Human Values*, vol. 44(6), 2019, pp. 1068-1092.
- GRECO, Luís, “A ilha de Kant”, In: *Direito Penal como crítica da pena* (org. Luís Greco e Antonio Martins), Marcial Pons, São Paulo, 2012, p. 263-279.
- GRECO, Rogério, *Código Penal Comentado*, 11ª ed., Impetus, Niterói, 2017.
- GRUPO JURÍDICO Y BIOÉTICO DE LA CNUFADN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA, *Balance Actividad CNUFADN 2012-2016*, Madrid, 14 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organismos-ministerio-justicia/instituto-nacional/pleno-cnufadn>. (acesso em 12/07/2020).
- GRUPO DE PERSECUÇÃO PENAL DA ENASP (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública), *Relatório Nacional da Execução da Meta 2 : Um Diagnóstico da Investigação de Homicídios no País*, Brasília, Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_ensap_FINAL.pdf. (acesso em 20/05/2020).
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidade y validez*, 4ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- HASSEMER, Winfried, “Punir no Estado de Direito” (trad. Fernanda Tórtima), In: *Direito Penal como crítica da pena* (org. Luís Greco e Antonio Martins), Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 335-344.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio, “Transparencia en la información al interesado del tratamiento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos”, In: *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, pp. 205-226.

- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- HOYOS SANCHO, Montserrat de, “Obtención y Archivo de Identificadores Extraídos a Partir del ADN de Sospechosos: Análisis de la Regulación Española a la Luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo De Derechos Humanos”, *In: Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, Madrid, janeiro/abril 2010, pp. 93-116.
- HUSTINX, Peter, “Privacy by design: delivering the promises”, *In: Identity in the Information Society*, vol. 3, Issue 2, Springer, Netherlands, 2010, pp. 253-255. Disponível em <https://doi.org/10.1007/s12394-010-0061-z>. (acesso em 28/06/2019).
- IPEA, *Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/15061_1_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. (acesso em 30/04/2020)
- KAYE, David H.; SMITH, Michael E., "DNA Identification Databases: Legality, Legitimacy, and the Case for Population-Wide Coverage", *In: Wisconsin Law Review*, no. 3, 2003, pp. 413-460.
- KAYE, David H., “What the Supreme Court Hasn't Told You About DNA Databases”, 2013. Disponível em: <http://www.promega.es/en/resources/profiles-in-dna/2013/what-the-supreme-court-hasnt-told-you-about-dna-databases/>. (acesso em 29/06/2020)
- KAYE, David H., “The Genealogy Detectives: A Constitutional Analysis of 'Familial Searching'”, *American Criminal Law Review*, 2013, pp. 109-163.
- KAYSER, Manfred, “Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes”, *Forensic Science International: Genetics*, nº 18, 2015, pp. 33-48.
- KOOPS, Bert-Jaap; SCHELLEKENS, Maurice, “Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues”, *The Columbia Science and Technology Law Review*, vol. IV, 2008.
- KRIMSKY, Sheldon, SIMONCELLI, Tania, *Genetic Justice: DNA Data Banks, Criminal Investigations, and Civil Liberties*, Columbia University Press, New York, 2011.
- LAGOA, Arlindo Marques; PINHEIRO, Maria de Fátima, “Amostras Low Copy Number”, *In: CSI Criminal* (org. Maria de Fátima Pinheiro), Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 60-81.
- LAPOINTE, Martine; ROGIC, Anita, BOURGOIN, Sarah; JOLICOEUR, Christine; SÉGUIN, Diane, “Leading-edge forensic DNA analyses and the necessity of including crime scene investigators, police officers and technicians in a DNA elimination database”, *In: Forensic Science International: Genetics*, nº19, 2015, pp. 50–55.

- LOPES, Pedro Moniz, “The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction between Rules and Principles”, *In: Ratio Juris*, Vol. 30, No. 4, Dezembro 2017, pp. 471-490.
- LOPES, Jr., Aury, “Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere)?”, *In: Boletim IBCCRIM*, ano 20, nº 236, Julho/2012.
- LYNCH, Michael, COLE, Simon A., MCNALLY, Ruth, JORDAN, Kathleen, *Truth Machine: The Contentious History of DNA Fingerprinting*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2008.
- MACHADO, Helena; MONIZ, Helena; SANTOS, Filipe; SILVA, Susana, *Bases de dados genéticos com fins forenses: Análise comparativa de legislação europeia*, Coimbra, outubro de 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/276069555_Bases_de_dados_geneticos_com_fins_forenses_Analise_comparativa_de_legislacao_europeia. (acesso em 01/07/2020).
- MACHADO, Helena; SANTOS, Filipe, “Entre a polícia ficcional e a polícia real: Os usos do DNA na investigação criminal em Portugal”, *In: Polícia, segurança e ordem pública. Perspetivas portuguesas e brasileiras* (org. Susana Durão; Márcio Darck), Imprensa de Ciências Sociais, Lisboa, 2012, pp. 154-165.
- MACHADO, Helena; PRAINSACK, Barbara, *Tracing Technologies: Prisoners’ Views in the Era of CSI*, MPG Books Group, Farnham, 2012.
- MACHADO, Helena; GRANJA, Rafaela, “Ethics in Transnational Forensic DNA Data Exchange in the EU: Constructing Boundaries and Managing Controversies”, *Science as Culture*, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09505431.2018.1425385>. (acesso em 13/07/2020).
- MACHADO, Helena; GRANJA, Rafaela, *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, Palgrave Macmillan, 2020.
- MACKLIN, Ruth, “Dignity is a useless concept”, *In: British Medical Journal*, 2003 Dec 20; V. 327: pp.1419–1420. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC300789/> (acesso em 06/02/2019).
- MACLEAN, Charles E.; LAMPARELLO, Adam, “Forensic DNA Phenotyping in Criminal Investigations and Criminal Courts: Assessing and Mitigating the Dilemmas Inherent in the Science”, *In: Recent Advances in DNA and Gene Sequences*, vol. 8, nº 2, 2014, pp. 104-112.
- MADUREIRA, Nuno Luís, “A estatística do corpo: Antropologia física e antropometria na alvorada do século XX”, *In: Etnográfica*, VII(2), 2003, pp. 283-303.
- MARQUES, Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro-São Paulo, 1965.

- MARQUES, Pedro Garcia, “Comentário ao artigo 25º”, in: *Constituição Portuguesa Anotada* (org. Jorge Miranda; Rui Medeiros), tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 551-602.
- MARTELETO FILHO, Wagner, *O direito à não autoincriminação no processo penal Contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*, Del Rey, Belo Horizonte, 2012.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius, “A Identificação Compulsória pelo Perfil Genético e a Hipérbole do Direito ao Silêncio”, 2017. Disponível em <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/465259157/a-identificacao-compulsoria-pelo-perfil-genetico-e-a-hiperbole-do-direito-ao-silencio?ref=serp>. (acesso em 06/09/2019).
- MCCARTNEY, Carole; WILSON, Tim; WILLIAMS, Robin, “Transnational Exchange of Forensic DNA: Viability, Legitimacy, and Acceptability”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 17(4), 2011, pp. 305-322.
- MCCARTNEY, Carole, “Of Weighty Reasons and Indiscriminate Blankets: The Retention of DNA for Forensic Purposes”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, Vol 51, No 3, Julho de 2012, pp. 245-260.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015.
- MENDES, Laura Schertel Ferreira, “Habeas Data e Autodeterminação Informativa: Os Dois Lados da Mesma Moeda”, In: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, vol. 12, nº 39, 2018, pp. 185-216.
- MENDES, Paulo Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, 3ª reimp., Almedina, Coimbra, 2015.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal: Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MIRANDA, Diana, “O trajeto histórico dos métodos de identificação criminal em Portugal”, In: *Bases de Dados Genéticos Forenses: Tecnologias de Controlo e Ordem Social* (org. Helena Machado e Helena Muniz), Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 307-345.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV – Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2017.
- MONIZ, Helena, “A Ciência do Crime: Da recolha de provas à base de dados de perfis de DNA”, In: *A ciência na luta contra o crime: Potencialidades e limites* (org. Susana Costa e Helena Machado), Húmus, V. N. de Famalicão, 2012, pp. 31-33.
- MONTE, Mário Ferreira, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?”, In: *Revista do Ministério Público*, ano 27, nº 108, 2006, pp. 239-262.

- MONTELEONI, Paul, “DNA Databases, Universality, and the Fourth Amendment”, *In: New York University Law Review*, Vol. 82:247, 2007, pp. 247-280.
- MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira, “A Prática do Ato Infracional”, *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*, 4ª ed., 2ª tiragem, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 795-890.
- MORO, Sérgio Fernando, “Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais”, *In: Revista dos Tribunais*, vol. 853, nov. 2006, pp. 429-441.
- MURPHY, Erin, “Legal and Ethical Issues in Forensic DNA Phenotyping”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No. 13-46, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2288204>. (acesso em 22/08/2020).
- NIEDZWIECKI, Emily; DEBUS-SHERRILL, Sara; FIELD, Michael B., *Understanding familial DNA searching: Coming to a consensus on terminology*, 2016. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/251080.pdf>. (acesso em 28/07/2020).
- NOVAIS, Jorge Reis, *A Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis, *A Dignidade da Pessoa Humana – V. 1: Dignidade e Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, reimpressão 2016.
- NOVAIS, Jorge Reis, *A Dignidade da Pessoa Humana – V. 2: Dignidade e Inconstitucionalidade*, Almedina, Coimbra, reimpressão 2017.
- NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *The forensic use of bioinformation: ethical issues*, Cambridge Publishers, Cambridge, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, “Breves notas sobre a não autoincriminação”. *In: Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/eugenio_oliveira.html. (acesso em 04/09/2019).
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2012.
- OTERO, Paulo, *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 3ª reimpressão da de 2007, Almedina, Coimbra, 2017.
- PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal - Conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas*, AAFDL, 2ª ed., 1ª reimp., Lisboa, 2017.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *In: Eguzkilore*, nº 20, San Sebastián, 2006, pp. 129-149.

- PEREIRA, Artur, “Bases de Dados Genéticos”, *In: CSI Criminal* (org. Maria de Fátima Pinheiro), Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 95-130.
- PEREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard, *Diretos Fundamentais* (trad. António Francisco de Sousa; António Franco), Saraiva, São Paulo, 2012.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Objeto del Reglamento”, *In: Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, pp. 51-62.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa, “Comentário ao artigo 4º, nº 1”, *In: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Lisboa, 2018, pp. 121-130.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa, “Comentário ao artigo 13º”, *In: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Lisboa, 2018, pp. 347-351.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa, GONÇALVES, Catarina Pina, “Comentário ao artigo 25º”, *In: Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados* (coord. Alexandre Sousa Pinheiro), Almedina, Lisboa, 2018, pp. 397-406.
- PINHEIRO, Maria de Fátima, “A Perícia em Genética e Biologia Forense – Criminalística Biológica”, *In: CSI Criminal* (org. Maria de Fátima Pinheiro), Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2008, pp. 11-40.
- PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada”, *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 69, 1993, pp. 479-585.
- PIQUERO, Alex R.; FARRINGTON, David P.; BLUMSTEIN, Alfred, “The Criminal Career Paradigm”, *In: Crime and Justice*, Vol. 30, 2003, pp. 359-506.
- PIQUERO, Alex R.; BRAME, Robert; LYNAM, Donald, “Studying Criminal Career Length Through Early Adulthood Among Serious Offenders”, *In: Crime & Delinquency*, Vol. 50, nº 3, 2004, pp. 412-435. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0011128703260333>. (acesso em 08/06/2020).
- PORTO, Maria João, “Colheita e acondicionamento de amostras biológicas para identificação genética”, *In: Princípios de Genética Forense* (coord. Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pp. 17-40. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/38492>. (acesso em 01/08/2019)
- PRAINSACK, Barbara; TOOM, Victor, “The Prüm regime: Situated dis/empowerment in transnational DNA profile exchange”, *British Journal of Criminology*, 50, Oxford University Press, 2010, pp. 1117-1135.

- PRIETO SOLLA, Lourdes (et al.), *Interpretando la Genética Forense*, 2019. Disponível em: https://senseaboutscience.org/wp-content/uploads/2019/04/SaS-ForensicGenetics-spanish-translation-WEB-spreads-13_03-amend.pdf. (acesso em 24/07/2019).
- PUYOL MONTERO, Javier, “Los principios del derecho a la protección de datos”, In: *Reglamento General de Protección de Datos: Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad* (dir. Piñar Mañas), Reus, Madrid, 2016, pp. 135-150.
- QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2 ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- RAM, Natalie, “Fortuity and Forensic Familial Identification”, *Stanford Law Review*, vol. 63, 2011.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio; SALTOR, Carlos Eduardo, *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: Orígenes y regulación vigente*, Dykinson, Madrid, 2013.
- RODOTÀ, Stefano, *A Vida na Sociedade da Vigilância – a privacidade hoje* (organização, seleção e apresentação: Maria Celina Bodin de Moraes; tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda), Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- ROSEN, Jeffrey, *Genetic Surveillance for All*, Slate, 17 de março de 2009. Disponível em: <http://www.slate.com/id/2213958>. (acesso em 31/07/2020).
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal – Parte General, Tomo I: Fundamentos. Las Estructura de la Teoria del Delito* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor), 1ª ed. 2ª reimp., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- SAMPAIO, Jorge Silva, *O Dever de Proteção Policial de Direitos, Liberdade e Garantias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- SAMUEL, Gabrielle; PRAINSACK, Barbara, “Forensic DNA phenotyping in Europe: views “on the ground” from those who have a professional stake in the technology”, *New Genetics and Society*, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14636778.2018.1549984>. (acesso em 24/08/2020).
- SANTA ROSA, Bárbara, “Problemas éticos do uso da genômica individual na investigação criminal”, In: *Princípios de Genética Forense* (coord. Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pp. 179-197. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/38492>. (acesso em 05/09/2019)
- SANTOS, Filipe; COSTA, Susana; MACHADO, Helena, “A base de dados de perfis de DNA em Portugal. Questões sobre sua operacionalização”, In: *A ciência na luta contra o crime: Potencialidades e limites* (org. Susana Costa e Helena Machado), Húmus, V. N. de Famalicão, 2012, pp. 99-118.

- SANTOS, Filipe; MACHADO, Helena, “Patterns of exchange of forensic DNA data in the European Union through the Prüm system”, *Science and Justice*, Vol. 57 (4), julho de 2017, pp. 307-313.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang, “Direitos Fundamentais em Espécie”, In: SARLET, MARINONI, MITIDIERO, *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019, pp. 410-813.
- SARMENTO, Daniel, “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria”, In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, pp. 251-314.
- SARMENTO, Daniel, *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2016.
- SCHNEIDER, Peter, “DNA Databases: International Reality and Perspectives”, In: *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal – Conferências CNECV*, Coimbra, 2012, pp. 87-103. Disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf. (acesso em 24/07/2019).
- SWGDM, *Recommendations from the SWGDAM Ad Hoc Working Group on Familial Searching*, 2014. Disponível em: <https://www.swgdam.org/publications>. (acesso em 31/07/2020)
- SECRETARY OF STATE FOR THE HOME DEPARTMENT, *Home Office Strategic Plan 2004-2008: Confident Communities In a Secure Britain*, 2004. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/251067/6287.pdf. (acesso em 29/04/2020).
- SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, Almedina, Coimbra, 2018.
- SILVA, Vasco Manuel Pereira da, *Em busca do Acto Administrativo Perdido* (reimp.), Almedina, Coimbra, 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed. 4ª tiragem, Malheiros, São Paulo, 2017.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, “A segurança como critério de estipulação de crimes”, In: *Direito Penal como crítica da pena* (org. Luís Greco e Antonio Martins), Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 649-659.

- SIMITIS, Spiros, “Privacy - An Endless Debate”, *In: California Law Review*, vol. 98, 2010, pp. 1995-1997. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol98/iss6/7>. (acesso em 27/06/2019).
- SLOBOGIN, Christopher; CLAYTON, Ellen Wright; HAZEL, J. W.; MALIN, B. A., “Is it time for a universal genetic forensic database?”, *Science*, vol. 362, 2018, pp. 898-900. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/1044>. (acesso em 22/01/2019).
- SOLETO, Helena, “DNA Data in Criminal Procedure in the European Fundamental Rights Context”, *In: Recent Advances in DNA and Gene Sequences*, vol. 8, issue 2, Bentham Science Publishers, 2014, pp. 91-97.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de, “Comentário ao artigo 5º, *caput*”, *In: J.J. Gomes Canotilho, et al. (coord.), Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva/Almedina, São Paulo, 2013.
- STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible* (trad. Manuel Cancio Meliá, Marcelo Sancinetti), Thomson Civitas, Navarra, 2000.
- SUTER, Sonia M., “All in the Family: Privacy and DNA Familial Searching”, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 23, nº 2, 2010, pp. 309-399.
- TEGNER ANKER, Anne Sofie; DOLEAC, Jennifer L.; LANDERSØ, Rasmus, “The Effects of DNA Databases on the Deterrence and Detection of Offenders”, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2811790> (acesso em 22/04/2020).
- TOOM, V. et al., Approaching ethical, legal and social issues of emerging forensic DNA phenotyping (FDP) technologies comprehensively: Reply to ‘Forensic DNA phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes’ by Manfred Kayser, *Forensic Science International: Genetics*, nº 22, 2016.
- TSELONI, Andromachi; PEASE, Ken, “DNA retention after arrest: Balancing privacy interests and public protection”, *European Journal of Criminology*, nº 8(1), 2011, pp. 32-47.
- UK Human Genetics Commission, *Nothing to Hide, Nothing to Fear? Balancing individual rights and the public interest in the governance and use of the National DNA Database*, London, 2009. <http://www.statewatch.org/news/2009/nov/uk-dna-human-genetics-commission.pdf>. (acesso em 29/04/2020)
- VAN CAMP, Nathan; DIERICKX, Kris, “The retention of forensic DNA samples: a socioethical evaluation of current practices in the EU”, *In: Journal of Medical Ethics*, nº 34, 2008, pp. 606-610.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., “The Right to Privacy”, *In: Harvard Law Review*, vol. IV, nº 5, dezembro de 1890, pp. 193 e ss.

WILLIAMS, Robin; WIENROTH, Matthias, “Social and ethical aspects of forensic genetics: A critical review”, *In: Forensic Science Review*, vol. 29 (2), 2017, pp. 145-169.

JURISPRUDÊNCIA

TEDH:

SAUNDERS v. UNITED KINGDOM (Application no. 19187/91). Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>. (acesso em 08/08/2019).

JALLOH v. GERMANY (Application no. 54810/00). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307>. (acesso em 08/08/2019).

S. AND MARPER v. THE UNITED KINGDOM (Applications nos. 30562/04 and 30566/04). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051>. (acesso em 25/07/2019).

VAN DER VELDEN v. THE NETHERLANDS (Application no. 29514/05). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78858>. (acesso em 25/07/2019).

PERUZZO AND MARTENS v. GERMANY (Applications nos. 7841/08 and 57900/12). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121998>. (acesso em 25/07/2019).

CARUANA v. MALTA (Application no. 41079/16). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183511>. (acesso em 25/07/2019).

I v. FINLAND – Application no. 20511/03

AYCAGUER v. FRANCE (Application no. 8806/12). Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175007>. (acesso em 27/05/2020).

W v. THE NETHERLANDS (Application No. 20689/08). Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91123>. (acesso em 30/06/2020).

BIG BROTHER WATCH AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM (Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15). Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-186048>. (acesso em 22/08/2020).

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT:

BVerfG, Judgment of the Second Senate of 19 March 2013 - 2 BvR 2628/10 -, paras. (1-132). Disponível em:

http://www.bverfg.de/e/rs20130319_2bvr262810en.html. (acesso em 13/05/2020)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS:

Acórdão n.º 155/2007, Diário da República n.º 70/2007, Série II de 2007-04-10, pp. 9088-9100. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/2068880/details/maximized> (acesso em 31/07/2019).

Acórdão n.º 228/2007, Diário da República n.º 99/2007, Série II de 2007-05-23, pp. 13790-13798. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/2091697/details/maximized> (acesso em 31/07/2019).

Acórdão n.º 418/2013, Diário da República n.º 201/2013, Série II de 2013-10-17, pp. 31186-31190. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/2774216> (acesso em 12/08/2019)

Acórdão n.º 298/2019, Diário da República n.º 134/2019, Série II de 2019-07-16. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190298.html> (acesso em 26/09/2020).

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA:

Acórdão 269/16.9GAACB-A.C1. Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/0aead7e109bdb0e3802583a9003d0f41?OpenDocument>.

STJ BRASIL:

HC n.º 407.627/MG. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82774760&num_registro=201701676886&data=20180427

HC n.º 536.114/MG. Disponível em:

[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque
ncial=1906616&num_registro=201902906042&data=20200210&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seque
ncial=1906616&num_registro=201902906042&data=20200210&formato=PDF)

SUPREMA CORTE EUA:

Miranda v. Arizona, 383 U.S. 436 (1966)

Schmerber v. California, 384 U.S. 757 (1966)

Maryland v King https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-207_d18e.pdf.
(acesso em 26/06/2020)

SUPREMA CORTE DO CANADÁ:

R. v. R.C., [2005] 3 S.C.R. 99, 2005 SCC 61. Disponível em: [https://scc-
csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2242/index.do](https://scc-
csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2242/index.do) (acesso em 08/05/2020)