

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR MINISTRO GILMAR
MENDES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 973.837

O INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE (ITS RIO), já devidamente qualificado nestes autos, nos quais atua na qualidade de *amicus curiae*, conforme decisão publicada no DJe em 31/03/2017, vem, respeitosamente, perante V. Exa., pelos procuradores que subscrevem a presente, apresentar sua contribuição a este excelso Supremo Tribunal Federal, com vistas a auxiliar na correta apreciação do recurso extraordinário em questão.

I - DOS CONCEITOS DE DNA, MATERIAL BIOLÓGICO, PERFIL GENÉTICO E DADOS GENÉTICOS

Em primeiro lugar, cabe delimitar alguns conceitos fundamentais para o entendimento do caso em tela. O material biológico ou genético é uma amostra de sangue, saliva, bulbo capilar, dentre outros, que, a partir de sua análise, extrai-se o perfil genético. Os denominados perfis constituem uma parte das informações contidas na amostra de DNA, extraídos de regiões chamadas “não codificantes”¹. Outras regiões importantes do DNA são as “codificantes”², que seriam usadas para fins médicos ou de investigação científica, possuindo informações sensíveis sobre o indivíduo.³

¹ Não codificante é "a região específica do genoma que tipicamente contém informações diferentes em indivíduos diferentes, que segundo os conhecimentos científicos existentes não permite a obtenção de informação de saúde ou de características hereditárias específicas". Definição contida no art. 2º, 'e' da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro de Portugal.

² “as regiões codificantes são aquelas que contém a informação necessária para a célula fazer proteínas, e que são responsáveis por transmitir a informação genética”. In SAUTHIER, Rafael.

O presente Recurso Extraordinário busca a declaração de inconstitucionalidade do artigo 9 - A da Lei n. 7.210/84, introduzido pela Lei n. 12.654, que possibilita a extração de DNA, com a finalidade de identificação do perfil genético do indivíduo. Maria Celina Bodin de Moraes⁴ explica o que constitui o DNA e como pode ser usado para diferenciar cada indivíduo:

O acrônimo DNA (ou ADN, na tradução) serve a designar uma molécula denominada "ácido desoxirribonucléico", a qual contém o código genético determinado pela herança cromossômica de cada indivíduo.

Em 1953, James Watson e Francis Crick publicaram artigo no qual descreviam, pela primeira vez, a estrutura molecular em hélice do DNA. Em 1985, o inglês Alec Jeffreys descobriu que, a partir de determinadas seqüências de combinações químicas contidas na molécula, era possível diferenciar cada indivíduo, com a única exceção dos gêmeos monozigóticos, de idêntica herança genética.

Conforme destacado pela autora, por meio da observação das informações contidas no DNA é possível fazer a identificação de cada indivíduo, uma vez que, com a exceção dos gêmeos monozigóticos, toda pessoa possui um DNA diferenciado. Portanto, não resta dúvida de que o DNA, ou melhor, as informações que dele se extraem, se qualificam como dados pessoais, tendo em vista sua capacidade de diferenciar e identificar um indivíduo, conforme será demonstrado em tópico específico (v. item II desta petição).

A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12. 1ª ed. Curitiba: CRV, 2015. P. 69.

³ V. CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; CARVALHO Gisele Mendes de. A Identificação Genética dos Civilmente Identificáveis como Meio de Prova de Autoria. Revista Jurídica Cesumar. v. 14, n. 2 (2014). Disponível em <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3621>

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. A nova família: problemas e perspectivas. Vicente Barreto (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Mostra-se assim necessário se definir o que seriam dados genéticos, o que faremos a partir de agora. Para fins do presente *amicus curiae*, mostram-se relevantes as informações obtidas a partir de uma amostra de material genético e que servem a identificar determinada pessoa. O *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996 dos Estados Unidos define dado genético como “informação sobre genes, substâncias genéticas e características hereditárias que podem advir de um indivíduo ou de um membro de sua família. Isso inclui informação concernente ao status de portador de determinado gene e informação derivada de testes laboratoriais que identificam mutações em genes específicos ou cromossomos, exames médico-físicos, histórico familiar e análise direta de genes ou cromossomos.”⁵

Na mesma linha é a Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos da Unesco, de 2003, por sua vez, define dado genético humano como “informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas”⁶ e teste genético como o “método que permite detectar a presença, ausência ou modificação de um determinado gene ou cromossoma, incluindo um teste indireto para um produto genético ou outro metabólico específico essencialmente indicativo de uma modificação genética específica”.⁷

Os dados genéticos, como demonstraremos a seguir, são dados pessoais de natureza sensível e por isso demandam um nível de proteção ainda maior que os dados pessoais não sensíveis.

⁵ CAPRON. A. M. Genetics and Insurance: Accessing and Using Private Information. In PAUL, Ellen Frankel (editor). *Social Philosophy & Policy: The Right to Privacy*. Volume 17. Number 2. Bowling Green State University: Bowling Green, 2000. P. 265. Tradução livre no corpo do texto.

⁶ Artigo 2 (i) da Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos da Unesco, de 2003. Disponível em http://portal.unesco.org/shs/en/files/9193/11387255151DECLARATION_PORTUGAL.pdf/DECLARATION%2BPORTUGAL.pdf. Acesso em 13.04.2017

⁷ Artigo 2 (xii) da Declaração Internacional sobre dados genéticos humanos da Unesco, de 2003. Disponível em http://portal.unesco.org/shs/en/files/9193/11387255151DECLARATION_PORTUGAL.pdf/DECLARATION%2BPORTUGAL.pdf. Acesso em 13.04.2017.

II - A DEFINIÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DADOS SENSÍVEIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE SE ESTABELEECER UM REGIME DE PROTEÇÃO ADEQUADO PARA OS DADOS GENÉTICOS

O conceito de dados ou informações pessoais foi incorporado ao ordenamento brasileiro com a aprovação da Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527, de 2011, que em seu art. 4º, VI definiu informação pessoal como “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Esse conceito foi reforçado com a adoção do Decreto n. 8.771, de 2016, que regulamenta a Lei n. 12.965 de 2014, o Marco Civil da Internet, e estabelece que:

Art. 14. Para os fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - dado pessoal - dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa; (Grifo nosso)

Fica claro, portanto, que dado pessoal (ou informação pessoal) é qualquer informação sobre determinada pessoa identificada, ou que pode vir a ser identificada por meio da combinação de informações que individualmente não a identifiquem. O conceito brasileiro possui grande similaridade com a concepção adotada pela União Europeia, instituída pela diretiva 95/46/CE⁸:

«Dados pessoais », qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (« pessoa em causa »); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais

⁸Legislação Europeia que trata da proteção do indivíduo no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>. Acesso em: 24/03/2017

elementos específicos da sua identidade física, fisiológica ,
psíquica , econó-mica, cultural ou social;⁹

O nosso legislador ordinário igualmente reconheceu a sensibilidade das informações genéticas e seu alto potencial discriminatório, tendo positivado tal conceito no inciso II do parágrafo 3o do art. 3o da Lei n. 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo):

informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

O legislador nacional, portanto, não apenas reconheceu que a informação genética é um dado pessoal, mas que ela é uma informação de natureza sensível, com alto potencial discriminatório caso utilizada sem as salvaguardas necessárias.

Nesse mesmo sentido, só que no contexto específico da prevenção, investigação, detecção e repressão de informações penais e da execução de sanções penais, ou seja, nas áreas envolvidas na Execução Penal e na Identificação Criminal, que são os temas afetos ao recurso extraordinário em debate, recentemente a União Europeia aprovou 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, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, que em seu considerando 23 deixou claro que: “Os dados genéticos deverão ser definidos como todos os dados pessoais relacionados com as características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa, e que dão informações únicas sobre a fisionomia ou à saúde do indivíduo, resultantes, designadamente, da análise de cromossomas, do ácido desoxirribonucleico (ADN), do

⁹ O Regulamento (UE) 2016/679, recentemente aprovado, inclui expressamente em sua definição de dados pessoal referência à informação genética, nos termos de seu artigo 4o, 1, o que será abordado ainda neste tópico da petição, revogando expressamente a Diretiva 95/46/CE que, todavia, continua em vigor até maio de 2018.

ácido ribonucleico (ARN) ou de qualquer outro elemento que permita obter informações equivalentes.”¹⁰

A referida Diretiva vai mais além, ao determinar que “as informações obtidas a partir de análises ou exames de uma parte do corpo ou de uma substância corporal, incluindo a partir dados genéticos e amostras biológicas” devem ser consideradas como dados relativos à saúde e, portanto, dados sensíveis, nos termos do art. 8o, 1, da Diretiva 95/46/CE. Com isso, em seu art. 3o, 1, a Diretiva 2016/680¹¹ incluiu expressamente a informação genética no conceito de dado pessoal, além de trazer uma definição específica para dados genéticos em seu art. 3o, 12 e de incluí-los no rol de dados sensíveis em seu art. 10:

Artigo 3.o (Definições) Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

(...)

1) «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, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular

(...)

12) «Dados genéticos», dados pessoais, relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular, que dão informações únicas sobre a sua fisiologia ou sobre a sua saúde e que resultam,

¹⁰ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN>. Acesso em 14.04.2017.

¹¹ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>. Acesso em 31.07.2017.

designadamente, da análise de uma amostra biológica da pessoa singular em causa;

Artigo 10.o (Tratamento de categorias especiais de dados pessoais)

O tratamento de dados pessoais 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 orientação sexual, **só é autorizado se for estritamente necessário, se estiver sujeito a garantias adequadas dos direitos e liberdades do titular dos dados**, e se: a) For autorizado pelo direito da União ou de um Estado-Membro; b) Se destinar a proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; ou c) Estiver relacionado com dados manifestamente tornados públicos pelo titular dos dados. (*grifos nossos*)

Esse posicionamento foi igualmente adotado no Regulamento (UE) 2016/679 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados),¹² também adotado em abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE, conforme se infere de seu considerando 34 e de seus arts. 4º, 1, 13 e 9º, 1:¹³

¹² Esse regulamento é a norma geral sobre o tratamento de dados pessoais na União Europeia, já a Diretiva é a norma específica para o tratamento de dados pessoais na esfera penal.

¹³ Importante ressaltar que mesmo à luz da Diretiva 95/46/CE já se entendia que os dados genéticos se enquadravam na definição de dados pessoais sensíveis. V. Grupo de proteção de dados do artigo 29º. Documento de Trabalho sobre os Dados Genéticos adotado em 17 de março de 2004. P. 5. “Nos termos do nº 1 do artigo 8º da directiva, certas categorias de dados pessoais, cuja sensibilidade exige um grau de protecção mais elevado, incluem os "dados relativos à saúde". Os dados genéticos podem, em certa medida, dar uma imagem detalhada da condição física de uma pessoa e do seu estado de saúde, podendo ser considerados, portanto, "dados relativos à saúde". Os dados genéticos podem ainda descrever formas específicas uma vasta série de características físicas. Sendo assim, os dados genéticos que determinam a cor do cabelo de uma pessoa, por exemplo, podem não ser considerados dados directamente referentes à saúde. Neste contexto, os dados genéticos podem contribuir para determinar, por exemplo, a origem étnica de um indivíduo e devem considerar-se também abrangidos pelo âmbito da aplicação do nº 1 do artigo 8º.

(34) Os dados genéticos deverão ser definidos como os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que resultem da análise de uma amostra biológica da pessoa singular em causa, nomeadamente da análise de cromossomas, ácido desoxirribonucleico (ADN) ou ácido ribonucleico (ARN), ou da análise de um outro elemento que permita obter informações equivalentes.

Art. 4o

1) «Dados pessoais», informação relativa 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 por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

(...)

13) «Dados genéticos», os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa;

Art. 9, 1) É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados

Considerando as características extremamente singulares dos dados genéticos e a sua relação com informações susceptíveis de revelar o estado de saúde ou a origem étnica, estes devem ser tratados como dados particularmente sensíveis, na acepção do nº 1 do artigo 8º da directiva e, por conseguinte, ser objecto de protecção reforçada prevista pela directiva e pelas leis nacionais de transposição.” Disponível em http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2004/wp91_pt.pdf. Acesso em 14.04.2017.

relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

Vê-se, assim, que é indispensável, devido à sua natureza sensível, seja atribuído às informações dele derivadas do DNA um grau de proteção superior àquele conferido aos dados pessoais não sensíveis, sendo esta a tendência observada nas leis de proteção de dados pessoais adotadas mundo afora. Esse tema se torna de ainda maior relevância no Brasil em razão de não existir, até o momento, lei que trate de forma geral do tratamento de dados pessoais, nem, tampouco, lei que cuide especificamente do tratamento de dados genéticos (seja para que finalidade for), especialmente em relação aos tratamentos de dados realizados pelo próprio Estado no âmbito de suas atribuições.

Conforme destacado pelo Professor Stefano Rodotà, "Se são grandes as possibilidades proporcionadas pela genética, grandes também são os riscos da utilização dos dados genéticos que possam causar discriminações no acesso ao trabalho ou ao crédito, na realização de contrato de seguro de vida ou de doenças".¹⁴

Essa possibilidade de discriminação e estigmatização genética é real, e não faltam exemplos de situações nas quais a ausência de uma regulação protetiva possibilitou que inteiros grupos de pessoas fossem negativamente impactadas em razão de compartilharem algum tipo de herança genética. Um exemplo citado na literatura é de mulheres judias da etnia Ashkenazi, que em razão de apresentarem normalmente uma mutação do gene BRCA que aumenta as chances de se desenvolver câncer de mama, diversas seguradoras nos Estados Unidos recusaram cobertura no seguro saúde contra riscos relacionados não apenas a este tipo de câncer, mas também para outros tipos, como o de ovário.¹⁵ Não à toa o Congresso dos Estados Unidos aprovou o *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008*, que impede seguradoras de

¹⁴ RODOTÀ, Stefano. 2008. P. 250.

¹⁵ Vide, por exemplo, LENOX, Bryce A. Genetic Discrimination in Insurance and Employment: Spoiled Fruits of the Human Genome Project. *University of Dayton Law Review*. Vol. 23. 1997-1998. P. 194; 196-197.

exigir a realização de um exame genético para para fins de análise de risco na contratação de seguro saúde.¹⁶

Ademais, os dados genéticos ultrapassam a pessoa de seu titular, podendo revelar aspectos genéticos da sua família e até de futuras gerações. Imagine, por exemplo, se algum familiar de pessoa com perfil genético incluído nessa base de dados é futuramente preso, de forma preventiva, porque o seu perfil genético é semelhante ao do seu familiar. Ou ainda que não seja preso, provavelmente o familiar ficará "sob observação" por ser parente de alguém que cometeu crime ou foi processado criminalmente.¹⁷ O potencial discriminatório da informação genética na esfera penal se mostra, assim, ainda mais lesivo, já que traz implicações em termos de estigmatização que vão muito além da "simples" restrição à celebração de contrato.¹⁸

Urge destacar que é dever do estado, ou de qualquer terceiro envolvido no processo de coleta, armazenamento e tratamento do DNA, garantir uma proteção mais elaborada ao seu conteúdo, evitando sua utilização indevida ou acesso por pessoas não autorizadas. Essa atuação estatal tem por fim assegurar o resguardo ao direito à privacidade do titular de tais informações e prevenir a ocorrência de discriminação com base nessas informações, conforme preconizado pelo artigo 5º, *caput* e inciso X, da

¹⁶ V. <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/senate-bill/358>. Acesso em 13.09.2017.

¹⁷ Uma prática que é adotada em alguns países é a chamada "familial searching", que funciona da seguinte forma: depois de fazer uma análise de DNA em amostras obtidas em cenas de crime, as autoridades policiais realizam pesquisas nos bancos de perfis genéticos para ver se resulta qualquer correspondência com perfis armazenados, mesmo que a correspondência parcial. Neste caso, se a amostra obtida em uma cena de crime sobrepõe-se com um perfil de DNA, é claro que a pessoa em questão não é o autor do crime, mas poderia ser um parente próximo. Assim, inicia-se uma análise da família da pessoa cujo perfil de DNA indicou uma correspondência parcial, mesmo que eles não tenham seus perfis genéticos incluídos num banco de perfis genéticos. Sobre o tema do "familial searching" e das implicações em termos de violação da privacidade das pessoas envolvidas, vide MANSILLA, Manuel José García. BASES DE DATOS DE ADN Y DERECHO A LA PRIVACIDAD GENÉTICA. Disponível em <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/04Garcia%20Mansilla.pdf>. Acesso em 13.09.2017. P. 39-40.

¹⁸ Na verdade a restrição à celebração de um contrato por motivos genéticos poderia excluir uma pessoa do mercado de trabalho ou, no caso de sistemas de saúde amplamente privados, como o dos Estados Unidos, poderia deixar uma pessoa sem acesso a serviços de saúde essenciais. De qualquer modo, a estigmatização na esfera penal também pode ter impactos na vida civil, prejudicando o convívio de uma pessoa na sua comunidade e, muitas vezes, reduzindo significativamente suas chances de se colocar no mercado de trabalho.

CRFB/88, o que não restou claramente estabelecido na lei em discussão neste recurso extraordinário.

Não restam dúvidas, portanto, que as informações disponíveis a partes das amostras biológicas/genéticas coletadas para compor os Bancos de Perfis Genéticos são pessoais, e mais, são informações sensíveis, demandando um grau de tutela maior do que dados pessoais não sensíveis, especialmente em se tratando de uso na esfera penal, proteção esta que não está assegurada nos dispositivos que a Lei 12654/12 acrescentou à lei de Execução Penal e à Lei de Identificação Criminal, conforme será tratado a seguir.

II.1- Da coleta de material biológico para a extração do perfil genético:

Recentemente, o Comitê Consultivo da *Forensic Genetics Policy* colocou em discussão salvaguardas importantes no que diz respeito à coleta de material genético para fins de extração do perfil genético, entre elas, a exigência de uma suspeita embasada de que o indivíduo possa ter cometido crime e, ainda, a possibilidade de controle externo desta medida, seja pelo poder judiciário ou outro órgão com legitimidade para tanto.

Entretanto, a legislação contestada exige para o caso de investigados apenas que o juiz considere que a identificação genética seja “essencial às investigações policiais” (art. 3º, inciso IV, L. 12.037/09), previsão esta bastante abstrata e que pode, ao final, servir de justificativa para qualquer caso, ainda que não exista suspeita embasada de que o indivíduo possa ter cometido o crime.

É importante, portanto, que se exponham os propósitos para os quais estão sendo obtidos os dados e, ainda, que se garanta que tal explicação seja adequada para o indivíduo específico e suas habilidades para compreendê-las. As informações fornecidas devem ser tão abrangentes quanto possível, expondo as finalidades, os riscos, a utilização dos dados e as possíveis consequências, quanto tempo a amostra e os dados serão conservados e como verificar se as informações ou materiais são

conservados e possíveis recursos contra isso. Nos próximos tópicos apresentaremos alguns parâmetros que devem ser considerados para que a implementação de bancos de dados de perfis genéticos esteja em conformidade com os mandamentos constitucionais e com as melhores práticas internacionais.

II.2- Dos limites ao tratamento de dados genéticos

É verdade que em outros países, inclusive naqueles considerados como modelos na área de proteção de dados pessoais, como os integrantes da União Europeia, existem bancos de dados de perfis genéticos. Porém, este fato por si só não é argumento suficiente para atestar a constitucionalidade das normas combatidas, isto porque naqueles países há leis protetivas dos dados pessoais, inclusive na esfera de tratamento de dados para a persecução penal, com uma série de limites a serem observados pelas autoridades daqueles países. Exemplo disso é a DIRETIVA (UE) 2016/680, aprovada no ano passado, que é o resultado de anos de experiência e de discussão nos países membros da União Europeia na seara de proteção de dados pessoais. No que tange à atuação policial e judicial na esfera criminal, apesar de reconhecer a possibilidade de tratamento de dados genéticos no âmbito da prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, estabelece uma série de regras relativas ao exercício de direitos por seus titulares e às obrigações do responsável pelo tratamento - no caso o gestor do banco nacional de perfis genéticos. Além disso, dispõe sobre proteção de dados desde a concepção, autoridade de controle e, também, a segurança dos dados pessoais, dentre outros temas, sendo certo que abordaremos alguns destes tópicos nesta manifestação, diante da pertinência com o objeto do recurso extraordinário em questão.

Exemplo disso é a Lei Portuguesa n. 5/2008,¹⁹ que aprovou “a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal”. Esta lei, além de fazer referência expressa à necessidade de observância da Lei Portuguesa de

¹⁹ Disponível em <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2008/02/03000/0096200968.pdf>. Acesso em 13.09.2017.

proteção de dados pessoais, estabelece uma série de direitos aos titulares dos dados com relação aos seus perfis genéticos (acesso, correção, supressão), e estabelece regras claras para a inserção, comunicação, interconexão e acesso aos dados, assim como fixa limites claros para a conservação dos perfis genéticos e dos dados pessoais deles extraídos.²⁰

Na mesma direção é a Recomendação n. R (92) 1 do Conselho de Ministros dos Estados Membros do Conselho da Europa sobre o uso de análise de DNA no contexto do sistema de justiça criminal,²¹ que faz referência expressa à necessidade de a coleta de amostras e do uso de análises de DNA serem feitos em conformidades com os padrões e regras estabelecidas nas normas de proteção de dados pessoais, notadamente a Convenção n. 108/1980 do Conselho da Europa. Essa recomendação ainda estabelece regras restritivas no que toca à conservação de amostras de material genético e dos dados delas extraídos, esclarecendo que na hipótese nas quais a segurança do estado está em jogo, que a lei de um estado membro pode permitir a armazenagem de amostras de DNA, dos resultados da análise dessa amostra e dos dados dela derivados ainda que o seu titular não tenha sido processado ou condenado criminalmente, devendo, neste caso, serem previstos por lei prazos de armazenamentos bem rigorosos, após os quais tais amostras, resultados de análises e dados deverão ser descartados.

Vê-se, assim, que a criação de bases de dados de perfis genéticos deve ser precedida do estabelecimento, em lei, de uma série de salvaguardas e limites, com vistas a compatibilizá-la com a nossa Constituição da República e, também, com a

²⁰ Importante notar que no âmbito da União Europeia todos os países que criarem bancos de dados de perfis genéticos deverão observar não apenas as normas locais sobre proteção de dados pessoais, mas, também, aquelas decorrentes de instrumentos produzidos no âmbito da União Europeia. Vide, por exemplo, MUÑOS, Helena Soletto; FIODOROVA, Anna. DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection. *Utrecht Law Review*. Vol 10, Issue 1 (January) 2014. P. 158.

²¹ Disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e54f7>. Acesso em 13.09.2017.

experiência internacional sobre a matéria, o que não foi alcançado com a lei em questão. Neste tópico trataremos dos limites e salvaguardas que deveriam ter sido estabelecidos por lei para a criação dos bancos de dados em questão.

II.2.1 - Exercício de direitos por seus titulares

Uma das bases fundamentais das leis de proteção de dados pessoais é justamente o estabelecimento de garantias para que os titulares de dados pessoais possam exercer direitos concernentes ao tratamento de seus dados por terceiros. Essas garantias têm sido amplamente aplicadas em diversos países que criaram bancos de dados de perfis genéticos com fins de identificação criminal, que é o caso sob análise, sendo exemplos as leis dos países integrantes da União Europeia,²² assim como as regras estabelecidas pelo Conselho da Europa, como a já citada recomendação R (92) 1.

A Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da proteção de dados em âmbito criminal, estabelece, em seu capítulo III, uma série de regras para o exercício de direitos dos titulares dos dados, que vão desde o fornecimento de informações relativas ao tratamento que está sendo dado aos seus dados pessoais (*in casu* o seu perfil genético), passando direito de acesso - com regras específicas relacionadas às hipóteses de limitação desse direito -, o direito de retificação ou apagamento dos dados.²³

A Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, por sua vez, em nenhum dos dispositivos que incluiu nas Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 e nº 7.210, de 11

²² Para uma visão geral das regras aplicáveis aos bancos de dados de perfis genéticos em âmbito europeu, vide ÁGUAS, Cíntia. ESTUDO COMPARADO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL. In A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal. Conferências CNECV Coimbra 13.04.2012. COLEÇÃO BIOÉTICA | 15 Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Disponível em http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf. Acesso em 13.09.2017. P. 128-141.

²³ Os direitos de acesso e retificação já estão contemplados no ordenamento brasileiro nas leis do cadastros positivo e no Código de Defesa do Consumidor, apesar de estes diplomas legais não terem aplicação ao processo penal.

de julho de 1984, trouxe qualquer previsão relativa ao exercício de direitos pelos titulares dos perfis genéticos, apenas prevendo a hipótese de apagamento quando da ocorrência da prescrição do delito, o que por si só já demonstra a fragilidade dessa norma. A ideia por traz da possibilidade do exercício dos direitos de acesso, retificação e apagamento é justamente de possibilitar ao titular das informações corrigir eventuais equívocos e assegurar que a informação ali armazenada é correta. Isso importa dizer que, no caso do titular do perfil genético, este poderá verificar a exatidão ou inexatidão dos dados armazenados, o que na esfera criminal é de fundamental importância. Imagine-se a hipótese de uma amostra de DNA utilizada para elaboração de um perfil genético de uma pessoa ser trocada, por engano, pela de outra pessoa. Isso levaria a que o registro que constaria do banco de dados se referisse a um terceiro e não àquele cujo perfil genético se pretende identificar, o que poderia levar, na eventualidade de existir uma coincidência futura com tal perfil genético deste terceiro, que não consta no banco de dados de perfis genéticos como titular do perfil armazenado, à irregular responsabilização da pessoa a quem este perfil foi equivocadamente vinculado por um crime que efetivamente não cometeu. Mostra-se, portanto, de fundamental importância que sejam previstos em Lei direitos e garantias para os titulares dos perfis genéticos, com vistas a possibilitar que sejam apuradas e corrigidas inexatidões porventura existentes nos perfis genéticos armazenados nos bancos de dados previstos no art. 5º - A da 12.037/2009, na forma introduzida pela Lei nº 12.654/2012.

II.2.3 - Obrigações do responsável pelo tratamento

Outro tema de fundamental importância relacionado à criação de bancos de dados de perfis genéticos é o estabelecimento de obrigações claras para o responsável pelo tratamento de dados conduzido no âmbito de tais bancos de dados. Dentre as obrigações normalmente estabelecidas para os gestores desses bancos de dados estão a obrigatoriedade de utilização de medidas técnicas e organizativas com vistas a assegurar que o tratamento dessas informações em conformidade com as regras de proteção de dados pessoais. Isso inclui o emprego de medidas técnicas concebidas para observar, desde a concepção do aparato tecnológico que hospeda o banco de dados -

no caso o banco de dados de perfis genéticos -, os princípios norteadores da proteção de dados pessoais, o que se conhece como privacidade na concepção, ou "privacy by design",²⁴ compreendendo, por exemplo, a utilização de técnicas de pseudonimização, que não foram objeto de tratamento pela lei em comento.

O estabelecimento de obrigações claras nesse sentido possibilitaria, por exemplo, que apenas fossem coletadas e armazenadas as informações estritamente necessárias à formação do perfil genético para o fim de identificação criminal, e que tais informações fossem apagadas do banco de dados uma vez expirado o prazo legal de sua conservação (a ser melhor definido) – não apenas na hipótese de prescrição do delito - , já que haverá situações nas quais o identificado será absolvido antes mesmo da prescrição do delito.²⁵ No caso sob análise, além de não existir no Brasil uma lei geral sobre proteção de dados pessoais, que serviria a estabelecer as garantias e obrigações necessárias, a Lei nº 12.654/12 no que toca aos "condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº8.072, de 25 de julho de 1990" deixou de prever qualquer prazo para a exclusão do seu perfil genético dos bancos de dados em questão. Essa ausência de limite temporal, além de ser desproporcional conceber que informações de alguém possam ser mantidas eternamente em um cadastro de perfis genéticos para fins de identificação criminal, configura-se verdadeira suspeita prospectiva, já que não se trata de investigação criminal, contrariando tanto o instituto

²⁴ Vide, por exemplo, CAVOUKIAN, Ann. Privacy by Design - The 7 Foundational Principles: Implementation and Mapping of Fair Information Practices. Disponível em https://iab.org/wp-content/IAB-uploads/2011/03/fred_carter.pdf. Acesso em 13.09.2017.

²⁵ Países como Bélgica, Hungria, Irlanda, Itália e Suécia, para citar alguns exemplos, exigem que as amostras genéticas e os perfis genéticos de pessoas que já foram absolvidas devem ser imediatamente destruídas ao término dos procedimentos criminais nos quais foram coletadas. V. MUÑOS, Helena Soletó; FIODOROVA, Anna. Op. cit. P. 157. De todo modo, conforme decidido no caso Marper contra Reino Unido decidido pela Corte Europeia de Direito Humanos (que tratava de pleito de exclusão de dados pessoais, amostras de DNA e digitais de banco de dados da polícia em razão de absolvição de um dos acusados e de retirada das acusações com relação ao outro), a conservação por tempo indeterminado tanto de amostras de material genético quando de perfis genéticos é injustificável e viola a privacidade das pessoas as quais se referem.

da reabilitação quanto o princípio da inocência. Conforme destacado por André Nicolitt²⁶:

A lei, no âmbito da execução, não dispôs sobre quanto tempo poderá ser mantido o arquivo. No domínio da investigação criminal, o arquivo permanecerá enquanto não prescrever o crime em apuração. Mas no caso da execução penal, sequer há investigação, sendo a extração medida preventiva, verdadeira suspeita prospectiva. Parece--nos que para aqueles que admitirão a medida, por vezes adotarão entendimento no sentido de que deve permanecer pelo período da prescrição da pretensão executória, outras vezes pelo período do cumprimento da pena, pois seu efeito secundário não poderia ser temporalmente maior que a própria pena.

Vale destacar, ainda, que, apesar de o Brasil não possuir uma lei geral de proteção de dados pessoais, conforme destacado, o princípio da limitação temporal para o tratamento de dados pessoais se encontra sedimentado em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, sendo exemplos os artigos 43, §1º, do CDC²⁷, 13 e 15 da Lei 12.965/14²⁸ e 14 da Lei 12.414/2011²⁹.

²⁶ NICOLITT, André. Banco de dados de perfis genéticos (DNA): as inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012. Boletim IBCCRIM, n. 245, p. 15, São Paulo, abril 2013.

²⁷ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

²⁸Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

²⁹ Art. 14. As informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a 15 (quinze) anos.

II.2.4 - Mecanismos de segurança da informação

Outro princípio basilar da proteção de dados pessoais é o princípio da segurança física e lógica, pelo qual os dados devem ser protegidos contra a destruição, modificação, acesso não autorizado e transmissão não autorizada. Esses riscos podem ocorrer por meio físico, diretamente no sistema, ou por meio de acesso remoto. O referido princípio pode ser encontrado nos artigos 10 do Marco Civil da Internet³⁰ e 13 do seu decreto regulamentador³¹. No caso em tela, o artigo 9-A, §1º, da Lei 7.210 estabelece que os dados deverão ser mantidos em sigilo, conforme regulamento do Poder Executivo. O artigo 5º, III, do Decreto 7.950/13, por sua vez, atribui ao Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos a responsabilidade de garantir medidas de segurança para o sigilo dos bancos de dados. Contudo, ao se analisar as Resoluções do Comitê³² verifica-se que não foram elaboradas quaisquer diretrizes de segurança, o que só serve a corroborar a necessidade de se estabelecer por Lei os requisitos mínimos de segurança a serem empregados.

³⁰ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

³¹ Art. 13. Os provedores de conexão e de aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança:

I - o estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários;

II - a previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros;

III - a criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações, contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou do responsável pelo acesso designado pela empresa e o arquivo acessado, inclusive para cumprimento do disposto no [art. 11, § 3º, da Lei nº 12.965, de 2014](#); e

IV - o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes.

³² Disponíveis em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/resolucoes> Acesso em 30/03/2017.

II.3 - Do descarte de amostras - necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade e da finalidade

O princípio da proporcionalidade no que toca ao tratamento de dados pessoais, exige que estes somente sejam tratados se relevantes e pertinentes em relação à finalidade para a qual foram coletados, evitando sua utilização excessiva. Esse princípio frequentemente é relacionado ao princípio da necessidade, pelo qual devem ser coletados e tratados somente os dados pessoais que são necessários para o atendimento de uma determinada finalidade, devendo outros dados exorbitantes ser descartados. Os artigos 3º, §1º, da Lei de Cadastro Positivo e 16, II, do Marco Civil da Internet incorporaram ao nosso ordenamento jurídico nacional este princípio.

No caso da lei sob análise, a extração da amostra de DNA tem como fim específico a identificação do perfil genético, o que importa dizer que uma vez realizada a identificação de tal perfil, está encerrada a finalidade da utilização de tal amostra, o que justificaria seu descarte imediato. Admitir a manutenção das amostras após a identificação do perfil genético gera o risco de que a parte codificante do DNA possibilita a extração de informações sensíveis sobre a pessoa a que se refere - e que não é necessária para a identificação do perfil genético -, venha a ser utilizada, o que atrai grande potencial discriminatório em relação ao titular do dado. Entretanto, a Lei nº 12.654/12 não traz qualquer previsão nesse sentido.

II.4 - Autoridade de controle e autoridade de proteção de dados pessoais

Um ponto importante nas leis de outros países que criaram bancos de perfis genéticos é a criação de uma autoridade pública independente para a fiscalização do cumprimento das normas legais no âmbito de funcionamento desses bancos de dados e, também, na coleta e descarte das amostras de material genético. A já citada Lei n. 5/2008 de Portugal prevê a criação do Conselho de fiscalização da base de dados de

perfis de ADN,³³ que é uma entidade administrativa independente, com competência para fiscalizar o fiel cumprimento das regras estabelecidas na referida lei.

Além disso, a referida lei estrangeira exige, também, que o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais, órgão independente responsável por assegurar o cumprimento da legislação de proteção de dados naquele país, seja ouvido em diversas ocasiões³⁴ como forma a assegurar que o banco de perfis genético funcione em perfeita harmonia não apenas com as regras estabelecidas na lei que o criou, mas, também, com as normas de proteção de dados pessoais que, conforme já destacado, são de vital importância em razão de estar-se lidando com o tratamento de dados sensíveis, mais especificamente dados genéticos. O envolvimento das autoridades de proteção de dados em iniciativas estatais que possam impactar a privacidade das pessoas é prática corrente nos países integrantes da União Europeia, sendo certo que a já citada Diretiva (UE) 2016/680, que regula o tratamento de dados pessoais no âmbito da prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais ou execução de sanções penais exige que os países membros tenham autoridades de controle independentes responsáveis pela fiscalização da correta observância das regras de proteção de dados nesse contexto. Essa diretiva igualmente prevê que tais autoridades sejam ouvidas previamente toda vez que novo banco de dados pretenda ser criado nessa seara criminal, isso sem falar da obrigação de realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados sempre que “um tipo de tratamento, em particular que use novas tecnologias, e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, seja suscetível de resultar num elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares”, que é exatamente o caso da criação de bases de dados de perfis genéticos.

A Lei nº 12.654/12, por sua vez, além de não fazer qualquer referência à proteção de dados pessoais ou ao envolvimento da autoridade respectiva - até porque como já dito o Brasil não possui até o momento uma norma que regule de forma geral

³³ V. artigos 29 e 30.

³⁴ Exemplos de situações nas quais a intervenção do Conselho Nacional de Proteção de Dados Português é exigida podem ser encontrados nos artigos 12, 2; 17, 1; e 19, 2.

o tratamento de dados pessoais, nem tampouco o de dados genéticos, igualmente não estabelece uma autoridade independente para fiscalizar o funcionamento dos bancos de dados de perfis genéticos, sejam em âmbito nacional ou estadual e do Distrito Federal, o que serve apenas a reforçar a necessidade de estabelecimento de garantias à proteção dos direitos fundamentais inerentes ao tratamento de dados genéticos e a coleta e armazenagem de amostras de material genético.

Vê-se, assim, que a Lei cuja constitucionalidade ora se discute, deixou de observar requisitos mínimos necessários a salvaguardar a privacidade das pessoas cujos perfis genéticos serão armazenados e, também, a assegurar a observância ao princípio da igualdade, evitando-se que consequências discriminatórias possam decorrer da incorreta utilização das informações mantidas nos bancos de dados de perfis genéticos.

II.5. Armazenamento e anonimização

Nosso perfil genético - espécie de padrão contido no DNA de cada pessoa e que é capaz de identificá-la - é extraído da parte não-codificante do DNA contido no material biológico e esse número é armazenado em bancos de dados genéticos forenses. No entanto, a legislação contestada e sua respectiva regulamentação não deixam claro que outros dados são armazenados em conjunto e se existe alguma espécie de anonimização desses dados.

Nesse sentido, vale mencionar que a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para armazenamento nos bancos que comporão a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), conforme previsto na Resolução nº 03 do Comitê Gestor Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.³⁵

³⁵ O Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos foi criado através de Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013, tendo suas competências estabelecidas pelo art. 5º de referido Decreto.

O artigo 5º da referida Resolução estabelece as informações que deverão constar no formulário de coleta:

Art. 5º Deverão constar do formulário de coleta de material biológico os seguintes dados:

I - identificação única e inequívoca do formulário;

II - indicação se a coleta refere-se a condenado ou identificado criminalmente ou a outro tipo de decisão judicial que determine a coleta;

III - número do processo, se não houver, número do inquérito policial;

IV - dados da pessoa submetida à coleta:

a) nome da pessoa submetida à coleta;

b) número do documento de identidade;

c) CPF, se houver; e

d) impressão digital.

V - dados da testemunha:

a) nome;

b) identificação funcional ou civil; e

c) assinatura.

VI - dados do responsável pela coleta:

a) nome;

b) identificação funcional; e

c) assinatura.

VII - local e data da coleta.

Além disso, em seu art. 6º, a Resolução nº 03 afirma ser recomendável que conste no formulário a fotografia da pessoa submetida à coleta. Esses artigos preveem uma importante medida a fim de garantir a verificação e confirmação inequívoca da identidade da pessoa a ser submetida à coleta. No entanto, a legislação não prevê o momento em que essas informações pessoais e documentação seriam dissociados do perfil genético a ser extraído do indivíduo.

No contexto europeu, em geral, as amostras biológicas são processadas em laboratório e os perfis genéticos são enviados para os bancos de perfis genéticos já anonimizados, de forma que os agentes que atuam no banco de dados não têm acesso direto à amostra de DNA física.

No Reino Unido, apenas para citar um outro exemplo, novos procedimentos foram implementados de forma que os laboratórios passassem a receber amostras com um código de barras único e sem qualquer informação pessoal sobre o indivíduo do qual a amostra foi retirada.³⁶

Portanto, por não conter previsão contrária, a regulamentação brasileira parece indicar que as informações do perfil genético não serão dissociadas das informações pessoais do titular - nem tampouco apagadas -, medidas estas que se apresentam como salvaguardas para a garantia da privacidade dos titulares dos dados genéticos, o que serve a reforçar a fragilidade técnica da norma combatida.

II.6 Prazo de armazenamento

Apesar de haver previsão de cancelamento dos dados após o prazo prescricional do delito, tal prazo de prescrição está em clara desconformidade com os princípios de que os dados pessoais só devem ser mantidos enquanto adequados e **necessários aos fins que justificaram a coleta**. Ora, se a coleta nesses casos é justificada pela necessidade daquela investigação criminal específica, não há que se falar em necessidade após o arquivamento da investigação ou declaração de inocência do catalogado geneticamente.

É importante destacar que o Decreto presidencial n. 7.950/13 prevê em seu art. 7º que decisão judicial poderá determinar o cancelamento dos dados em data anterior à prescrição. Isso, no entanto, não soluciona a problemática. Em primeiro lugar, por representar previsão em Decreto, que não goza da segurança jurídica necessária a uma

³⁶ UK Home Office. KEEPING THE RIGHT PEOPLE ON THE DNA DATABASE SCIENCE AND PUBLIC PROTECTION (2009). Disponível em <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100408151339/http://www.homeoffice.gov.uk/documents/cons-2009-dna-database/dna-consultation2835.pdf?view=Binary>. Acesso em 01/09/2017.

garantia tão importante e, em segundo lugar, por não implicar na exclusão automática dos dados a partir do momento em que esses não condizem mais com a justificativa para a qual foram coletados. Isso sem falar que um Decreto, ato normativo de hierarquia inferior a uma lei ordinária, como é o caso da Lei ora questionada, e, portanto, incapaz de alterar a previsão contida na lei de se aguardar a prescrição do delito para só então cancelar os dados.

Portanto, a manutenção de perfis genéticos de pessoas já declaradas inocentes ou cujo processo investigativo foi extinto ou arquivado pode constituir violação a direitos humanos como já visto anteriormente. Na verdade, nenhuma petição deveria ser exigida para que os dados genéticos de pessoas declaradas inocentes ou extintas do processo sejam excluídos, o que deveria ocorrer de forma automática.

A Lei 12.654/12 prevê que apenas ao término do prazo de prescrição do delito o perfil genético deverá ser retirado dos bancos de dados forenses (Lei de Identidade Criminal). Mais uma vez o diploma legal atacado se mostra em flagrante desconformidade com as boas práticas internacionais, no sentido de que não se deve manter perfis genéticos de inocentes nos bancos de dados, entendimento consolidado no caso *S. and Marper vs United Kingdom*.³⁷

No caso de pessoas condenadas, submetidas à coleta de material biológico nos termos do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, **sequer é previsto em lei um prazo para a exclusão dos dados**, existindo apenas previsão no Decreto n. 7.950/13 - que, frise-se, não é lei - no sentido de que esse prazo também será o de prescrição do delito (art. 7º).

Mostra-se, portanto, fundamental que uma garantia tão importante como esta para a proteção do direito fundamental à privacidade esteja prevista em lei *stricto*

³⁷ O caso *S e Marper v Reino Unido* foi decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que considerou que a manutenção em bancos de dados da polícia de amostras de DNA de indivíduos que foram presos e que mais tarde vem a ser absolvidos ou a ter as acusações que pesam contra eles retiradas é uma violação do direito à privacidade e portanto tais amostras devem ser descartadas. *S and Marper v United Kingdom* [2008] ECHR 1581. Disponível em <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em 13.09.2017.

sensu, e não em decreto, ato normativo facilmente modificável ao sabor dos acontecimentos políticos.

II.7 Descarte

Outro tema que não foi adequadamente tratado pelo diploma legal impugnado é o descarte das amostras biológicas. O armazenamento da amostra biológica, conforme demonstramos acima (v. item II.5) não é necessário para os fins de funcionamento de um banco de dados genéticos forense, além de representar verdadeira ameaça à privacidade, uma vez que a informação genética privada pode ser revelada através da análise da amostra.

Portanto, a destruição de amostras biológicas de indivíduos fornece a garantia pública de que eles não serão re-analisados para obter informações sensíveis adicionais, como informações sobre saúde. Além disso, esta prática reduz os custos de armazenamento de um grande número de amostras (que normalmente requerem refrigeração) e ajuda a impedir o acesso não autorizado a informações genéticas.

Assim, a destruição de amostras pode ser considerada um exemplo de "privacidade desde a concepção", uma abordagem que promove a observância da privacidade e da proteção de dados desde o início de um projeto.

O Decreto n. 7.950/13 foi igualmente omissivo e foi deixada ao Comitê Gestor a tarefa de dar tratamento à matéria. A Resolução nº 5, de 29 de maio de 2014, do Comitê Gestor, por sua vez, que trata dos procedimentos de auditoria dos laboratórios, menciona, em seu Anexo II, a averiguação das condições de armazenamento dos vestígios - amostras biológica advinda de vítimas ou do local do crime (Anexo II, 4.) -, mas nada menciona em relação ao material biológico extraído de suspeitos e condenados.

Vê-se, portanto, que apesar de o Comitê Gestor ter regulamentado o armazenamento de amostras advindas de vestígios – amostras da cena do crime ou de vítimas -, **não há qualquer disposição a respeito da destinação das amostras**



biológicas do identificado criminalmente ou condenado após a extração do perfil genético.

II.8 Acesso e Responsabilidade

A regulamentação brasileira não dispõe com clareza quem terá acesso às bases de dados de perfis genéticos e das amostras biológicas dos titulares, enquanto ainda não descartadas ou destruídas. A Lei 12.654/12 afirma que os bancos de perfis genéticos serão gerenciados por unidades oficiais de perícia criminal, que terão caráter sigiloso e, ainda, que responderá civil, penal e administrativamente aquele que “permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos” na Lei ou em decisão judicial. Por outro lado, é aberta a possibilidade de acesso aos dados às autoridades policiais federais e estaduais, no caso de inquéritos instaurados, desde que com autorização judicial.

O Decreto 7.950/13 prevê a responsabilidade do Comitê Gestor em definir as medidas de segurança para garantir a confiabilidade e o sigilo dos dados (art. 5º, inciso III), porém até o momento esse tema não foi objeto de regulamentação.

III - DO PEDIDO

Por todo o exposto, espera o Instituto de Tecnologia e Sociedade que tenha contribuído para o aprofundamento do tema e que os argumentos apresentados neste memorial auxiliem os excelentíssimos Ministros no julgamento do Recurso Extraordinário em questão.

N. Termos.

De Rio de Janeiro para Brasília, 25 de setembro de 2017.

Ronaldo Lemos

Carlos Affonso Pereira de Souza



Instituto
de Tecnologia
& Sociedade
do Rio

OAB/SP 166.255

OAB/RJ 107.337