

PARECER

Ementa: Análise do Projeto de Lei nº. 1.496, de 2021, que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, para dispor sobre a obtenção do perfil genético na identificação criminal.

RELATÓRIO

1. O presente parecer, na forma da indicação apresentada ao E. Plenário desta augusta Casa, pela Dra. Marcia Dinis, Exma. Presidente da Comissão de Criminologia, da análise Projeto de Lei nº. 1.496, de 2021, que propõe alterar a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, para dispor sobre a obtenção do perfil genético na identificação criminal.
2. No momento da redação deste parecer, o Projeto de Lei nº 1.496, de 2021, foi remetido à Câmara de Deputados, após de sido aprovado em decisão terminativa na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal..
3. Este parecer não cuidará da matéria criminal, que foi objeto de uma análise em separado pela Comissão de Criminologia

FUNDAMENTAÇÃO

A coleta de material genético para a identificação criminal no Brasil foi introduzida pela Lei nº. 12.654, de 28 de maio de 2012¹, que alterou as Leis nº. 12.037, de 1º de outubro de 2009², e 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)³, que facultou a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético no procedimento de identificação criminal e tornou obrigatória tal obtenção na hipótese de ingresso no estabelecimento prisional de condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa ou por qualquer crimes hediondos, previstos no artigo 1º da Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990⁴.

Com alegado fundamento na Lei nº. 12.654/2012 foram instituídos o Banco Nacional de Perfis Genéticos, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos e o seu respectivo Comitê Gestor, através do Decreto nº. 7.950, de 12 de março de 2013⁵.

Em julgamento do Recurso Extraordinário nº. 973.837-MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal - STF adotou a seguinte ementa de

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm

² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm

³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

⁴ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm

⁵ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm

acórdão:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. (STF - RE: 973837 MG, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 23/06/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 11/10/2016)⁶

Assim, o STF adotou o Tema 905 “Constitucionalidade da inclusão e manutenção de perfil genético de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos em banco de dados estatal.” e o processo atualmente está concluso com o relator desde 28 de fevereiro de 2020.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018⁷) foi promulgada em 15 de agosto de 2018, sendo certo que o inciso III do artigo 4º daquele diploma legal, excluiu sua incidência na obtenção de perfil genético para identificação criminal.

Todavia, os parágrafos primeiro a quarto do artigo 4º da LGPD estabeleceram que o tratamento dos dados pessoais excetuados na forma acima devem ser regidos “por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos” na LGPD.

Além disso, foi vedado o tratamento destes dados por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, e foi dada competência para a autoridade nacional emitir opiniões técnicas e recomendações sobre tais tratamento, bem como, solicitar relatórios de impacto e informes específicos relativos à proteção de dados pessoais nestas hipóteses.

Ademais, no capítulo da LGPD relativo ao Tratamento de Dados Pessoais Pelo Poder Público, especificamente, no artigo 30 da Lei ficou estabelecido que a “autoridade

6

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20973837%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true

⁷ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm



nacional poderá estabelecer normas complementares para as atividades de comunicação e de uso compartilhado de dados pessoais”.

O Decreto nº. 10.046, de 9 de outubro de 2019⁸, dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados na administração pública federal e consolidou o regramento infralegal de todos os bancos de dados federais, exceto aqueles dados protegidos por sigilo fiscal sob gestão da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda.

Posteriormente, a Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019⁹, estabeleceu a obrigatoriedade da obtenção do perfil genético às hipóteses de crime doloso com violência grave contra a pessoa, bem como de crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável.

O artigo 12 da Lei nº. 13.964/2019 autorizou a criação do Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, o que não foi regulamentado até a presente data.

Relevante notar que o Decreto nº. 10.046/2019 criou o Cadastro Base do Cidadão na administração pública federal, sob a competência do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, desde 2023 (Decreto nº. 11.574, de 20 de junho de 2023¹⁰), e o parágrafo segundo do artigo 18 do Decreto nº. 10.046/2019 estabelece que dados biométricos serão acrescidos a este Cadastro Base, o que representará uma consolidação automática e injustificada deste banco de dados com o Banco Nacional Multibiométrico, quando o mesmo for implementado.

Os dados genéticos foram excluídos desta consolidação por força do disposto no parágrafo sexto do do artigo 18 do mesmo Decreto nº. 10.046/2019.

E ainda, a Lei nº. 13.964/2019 tornou “falta disciplinar” de natureza grave a recusa do condenado, enquadrado em qualquer das hipóteses de obtenção obrigatória do perfil genético, de se submeter a tal procedimento.

Ao julgar a Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387, de relatoria da Ministra Rosa Weber, o Pleno do STF decidiu o seguinte:

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à

⁸ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm

⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm

¹⁰ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11574.htm

autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. **2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não observam os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos.** O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. **5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades.** **6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros.** 7. Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. **8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020.** 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel. 11. Medida cautelar referendada. (ADI 6387 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020) (grifos acrescentados)

O norte jurídico oferecido por este precedente da Suprema Corte¹¹ indicou que a proteção dos dados pessoais tem natureza constitucional e aponta requisitos mínimos para sua valoração em face de interesse público relacionado com a segurança coletiva.

Ressalte-se ainda que, na sequência, foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 115, de 10 de fevereiro de 2022, a qual acrescentou o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal¹² com o seguinte texto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

E, na evolução jurisprudencial da proteção de dados pessoais, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6649, em 15 de setembro de 2022, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, concluiu:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE. TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO ESTADO BRASILEIRO. COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS ENTRE ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. ADI E ADPF CONHECIDAS E, NO MÉRITO, JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS FUTUROS. 1. A Ação Direta de Inconstitucionalidade é cabível para impugnação do Decreto 10.046/2019, uma vez que o ato normativo não se esgota na simples regulamentação da Lei de Acesso à Informação e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, mas inova na ordem jurídica com a criação do Cadastro Base do Cidadão e do Comitê Central de Governança de Dados. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível para impugnar o ato do poder público tendente à lesão de preceitos fundamentais, qual seja, o compartilhamento de dados da Carteira Nacional de Habilitação entre o SERPRO e a ABIN, ante a inexistência de outras ações aptas a resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata. 2. **No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387, Rel. Min. Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informacional. A Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022, positivou esse direito fundamental no art. 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal.** 3. O tratamento de dados pessoais pelo Estado é essencial para a prestação de serviços públicos. Todavia, diferentemente do que assevera o ente público, a discussão sobre a privacidade nas relações com a Administração Estatal não deve partir de uma visão dicotômica que coloque o interesse público como bem jurídico a ser tutelado de forma totalmente distinta e em confronto com o valor constitucional da privacidade e proteção de dados pessoais. 4. Interpretação conforme à

¹¹ A jurisprudência estrangeira seguiu entendimento similar, como exemplificado por *S. and Marper v. The United Kingdom* (Applications nos. 30562/04 and 30566/04).

¹² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Constituição para subtrair do campo semântico da norma eventuais aplicações ou interpretações que conflitem com o direito fundamental à proteção de dados pessoais. **O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos e entidades da Administração Pública, pressupõe: a) eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018); b) compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II); c) limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada (art. 6º, inciso III); bem como o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, no que for compatível com o setor público.** 5. O compartilhamento de dados pessoais entre órgãos públicos pressupõe rigorosa observância do art. 23, inciso I, da Lei 13.709/2018, que determina seja dada a devida publicidade às hipóteses em que cada entidade governamental compartilha ou tem acesso a banco de dados pessoais, “fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos”. **6. O compartilhamento de informações pessoais em atividades de inteligência deve observar a adoção de medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; a instauração de procedimento administrativo formal, acompanhado de prévia e exaustiva motivação, para permitir o controle de legalidade pelo Poder Judiciário; a utilização de sistemas eletrônicos de segurança e de registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em caso de abuso; e a observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular previstos na LGPD, no que for compatível com o exercício dessa função estatal.** 7. O acesso ao Cadastro Base do Cidadão deve observar mecanismos rigorosos de controle, condicionando o compartilhamento e tratamento dos dados pessoais à comprovação de propósitos legítimos, específicos e explícitos por parte dos órgãos e entidades do Poder Público. A inclusão de novos dados na base integradora e a escolha de bases temáticas que comporão o Cadastro Base do Cidadão devem ser precedidas de justificativas formais, prévias e minudentes, cabendo ainda a observância de medidas de segurança compatíveis com os princípios de proteção da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, inclusive a criação de sistema eletrônico de registro de acesso, para fins de responsabilização em caso de abuso. 8. O tratamento de dados pessoais promovido por órgãos públicos que viole parâmetros legais e constitucionais, inclusive o dever de publicidade fora das hipóteses constitucionais de sigilo, importará a responsabilidade civil do Estado pelos danos suportados pelos particulares, associada ao exercício do direito de regresso contra os servidores e agentes políticos responsáveis pelo ato ilícito, em caso de dolo ou culpa. 9. Declaração de inconstitucionalidade, com efeitos pro futuro, do art. 22 do Decreto 10.046/2019. O Comitê Central de Governança de Dados deve ter composição independente, plural e aberta à participação efetiva de representantes de outras instituições democráticas, não apenas dos representantes da Administração Pública federal. Ademais, seus integrantes devem gozar de garantias mínimas contra influências indevidas. (ADI 6649, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-06-2023 PUBLIC 19-06-2023) (grifos acrescidos)

Considerado este breve histórico da proteção dos dados pessoais, cabe também resumir os principais aspectos da legislação brasileira acerca da identificação criminal na atualidade.

A identificação criminal está prevista no inciso VIII do artigo 6º do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)¹³ e sua legitimidade está reforçada pelo enunciado da Súmula do Supremo Tribunal Federal nº 568, aprovada em 15 de dezembro de 1976¹⁴.

Embora estes dispositivos não tenham sido expressamente revogados, deve-se notar que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal estabeleceu que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Este dispositivo constitucional foi regulamentado pelas Leis nº. 9.034, de 3 de maio de 1995¹⁵ (artigo 5º), e 10.054, de 7 de dezembro de 2000¹⁶ (artigos 1º e 3º), que foram revogadas, sendo atualmente regulada pela Lei nº. 12.037, de 1º de outubro de 2009¹⁷.

Portanto, a identificação criminal e a coleta de perfil genético, na atualidade brasileira, somente estão autorizadas nos termos dos artigos 3º, 5º e 5º-A da Lei nº. 12.037/2009, que demanda autorização judicial (inciso IV do artigo 3º combinado com o parágrafo único do artigo 5º); e do artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984.

Há, portanto, três hipóteses legais que permitem a identificação criminal de uma pessoa natural no Brasil, a saber:

- (1) se a pessoa natural não estiver civilmente identificada ou houver dúvida acerca da validade da identificação civil, na forma dos incisos I, II, III, V e VI do artigo 3º da Lei nº. 12.037/2009;
- (2) se for essencial às investigações policiais, por despacho da autoridade judiciária, na forma do inciso IV do artigo 3º da Lei nº. 12.037/2009; ou
- (3) se a pessoa natural ingressar no estabelecimento prisional, na condição de condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, na forma do artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984.

Estes dois últimos são pontos que o PL nº. 1.496/2021 pretende ampliar.

Note-se que a pessoa natural que esteja validamente identificada por documento civil somente será identificada criminalmente por ordem judicial ou após a condenação por determinados crimes.

¹³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

¹⁴ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula568/false>

¹⁵ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm

¹⁶ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10054.htm

¹⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm

Numa avaliação sistêmica da atual estrutura normativa da rede pública de bancos genéticos, a falta de lei prévia para possibilitar a criação da estrutura organizacional da administração federal da RIBPG ao instituir o Comitê Gestor somente através do Decreto nº. 7.950/2013 é flagrantemente inconstitucional por violar o comando expresso na alínea “a” do inciso VI do artigo 84 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – **dispor, mediante decreto**, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, **quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos**; (grifos acrescidos)

A irregularidade da instituição do Comitê Gestor da RIBPG por decreto tem como consequência a nulidade de toda a atividade regulamentar ou normativa emanada daquele órgão, por vício de competência.

Atualmente, todo o detalhamento normativo regulamentar dos bancos de dados genéticos, relacionados com a identificação criminal no Brasil, está fundamentado em resoluções do Comitê Gestor da RIBPG, sem embasamento legal¹⁸.

Na verdade, o Manual de Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos - RIBPG, aprovado pela Resolução nº. 17, de 14 de fevereiro de 2022¹⁹, pelo Comitê Gestor da RIBPG, amplia as possibilidades de coleta de dados pessoais sensíveis, quando estabelece que a condição de condenado, para efeito de coleta obrigatória de perfil genético, decorre da condenação em primeira instância, nos seguintes termos:

A coleta de condenados pode ocorrer após condenação em primeira instância, não sendo necessário o trânsito em julgado, ressalvadas decisões em contrário.

Para fins de inserção de perfis genéticos na categoria condenado, é considerado suficiente como identificação a existência da impressão digital e de fotografia em documentação disponibilizada pelos órgãos competentes.

Outras disposições referentes à coleta de condenados estão contidas em Resolução específica.

O fundamento legal para a coleta obrigatória de condenado, repita-se, está prevista no artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), que diferencia o condenado, do internado e do preso provisório, distinção que não se observa no Manual de Procedimentos Operacionais da RIBPG.

¹⁸ Veja-se: ATALIBA, Geraldo – Poder Regulamentar do Executivo, *in* Revista de Direito Público – RDP 57-58/184, jan.-jun.1981; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo, 31ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 268 e segs.; Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, incisos I e III do artigo 13, 53 e 55.

¹⁹ <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao-ndeg-17-aprova-o-manual-de-procedimentos-operacionais-da-ribpg/view>

Igualmente, não existem previsões regulamentares claras sobre os limites temporais²⁰ ou funcionais de tratamento, nem de exclusão dos dados no caso de extinção da punibilidade, na forma do artigo 107 do Código Penal²¹.

Além disso, vale ressaltar que o Decreto nº. 9.759, de 11 de abril de 2019²², extinguiu todos os colegiados criados por decreto presidencial, o que inclui o Comitê Gestor da RIBPG, o que gerou, formalmente, um vácuo de competência administrativa na gestão da RIBPG.

Neste particular, cabe registrar que (i) o próprio Decreto nº. 9.759/2019 previu a possibilidade de recriação dos colegiados por decreto presidencial, sem quebra de continuidade de seus trabalhos, o que não ocorreu no caso do Comitê Gestor da RIBPG; que (ii) o Decreto nº 9.759/2019 foi revogado pelo Decreto nº. 11.371, de 1º de janeiro de 2023²³, sem previsão de represtinação; e que (iii) o Supremo Tribunal Federal, ao julgar Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121-DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, suspendeu a eficácia do parágrafo segundo do artigo 1º do Decreto nº. 9.759/2019 para afastar “a possibilidade de ter-se a extinção, por ato unilateralmente editado pelo Chefe do Executivo, de colegiado cuja existência encontre menção em lei em sentido formal, ainda que ausente expressa referência “sobre a competência ou a composição”, o que não se aplica ao Comitê Gestor do RIBPG, pois o mesmo não é mencionado na Lei nº. 12.654/2012, que o fundamenta.

Antes de ingressarmos na análise do PL nº. 1.496/2021 propriamente dito, é importante ressaltar que o Decreto nº. 7.950/2013 inovou ao “regular” que o Banco Nacional de Perfis Genéticos poderá ser utilizado para a identificação de pessoas desaparecidas (artigo 8º), sem a necessidade de autorização judicial ou permissão destas pessoas, utilizando-se “amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes consaguíneos” (parágrafo único do artigo 8º).

Tal possibilidade tem característica de decreto autônomo, o que não encontra guarida na Constituição Federal, e claramente representa uma violação à garantia de autodeterminação informacional das pessoas desaparecidas, cuja autorização não pode ser presumida pela autoridade governamental.

Por fim, o Decreto nº. 7.950/2013, buscando criar alguma aparência de governança e segurança para a gestão do Banco Nacional de Perfis Genéticos, estabelece uma previsão de auditoria periódica a ser realizada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, que é o mesmo órgão responsável por sua administração.

²⁰ Como bem apontou o colega Alexandre M. Mattos, durante o debate deste parecer na Comissão de Direito Digital do IAB: “(...) a retenção da informação genética pelo Estado em nenhuma hipótese deve ser ilimitada no tempo. E para isso podemos tomar como base a Lei de Identificação Criminal (art. 5º, parágrafo único) e a LGPD, que garantem o descarte dos dados depois de atingidos os seus objetivos. Ou seja, os dados deverão ser excluídos imediatamente quando ocorrer o arquivamento ou a rejeição da peça de acusação, desde que com formação de coisa julgada material, e a absolvição. No caso de prosseguimento efetivo da persecução criminal ou de sua interrupção sem coisa julgada material (e.g., arquivamento por falta de provas), a exclusão deve ocorrer imediatamente após transcorrido o prazo prescricional do crime investigado.”

²¹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

²² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9759.htm

²³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Decreto/D11371.htm#art1

Esta função de auditoria, sendo realizada pelo mesmo órgão responsável pela gestão, está evidentemente eivada de conflito de interesses e não atende à aparente pretensão de redução de riscos na atividade, violando os princípios básicos da boa governança pública de dados.

No que diz respeito ao processo legislativo, é importante ressaltar que o PL nº. 1.496/2021, por representar criação de despesa permanente sem a estimativa do impacto orçamentário-financeiro e demonstração da origem dos recursos para seu custeio, fere os artigos 15, 16 e 17 da Lei Complementar nº. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)²⁴, bem como, no que se refere aos parágrafos 6º, 7º, 9º e 10º propostos para o artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984, viola as alíneas “a” e “b” do inciso II do parágrafo primeiro do artigo 61, da Constituição Federal, por tratar da organização administrativa e criar funções públicas, o que é de iniciativa exclusiva do Presidente da República.

A mais recente publicação do relatório global da Interpol (2019²⁵) sobre a manutenção de banco de dados de perfis genéticos por países membros informa que 89 países utilizavam técnicas de identificação de perfis genéticos para uso em investigação criminal, dos quais 70 países mantinham repositórios nacionais e 31 também usavam estes bancos de dados para a busca de pessoas desaparecidas.

Neste relatório, o escritório brasileiro da Interpol informou que havia 18.064 perfis genéticos ativos ao final de 2018.

Atualmente, o levantamento da Secretaria Nacional de Políticas Penais²⁶ aponta que a população carcerária, incluindo em prisão domiciliar e excluindo os presos em custódia das polícias judiciárias ou militares, totalizava 757.277 pessoas, sendo 724.142 do sexo masculino e 33.135 do sexo feminino.

Considerando os crimes incluídos na atual legislação (sem a alteração proposta pelo PL nº. 1.496/2021), ou seja, homicídio qualificado (50.113M e 1.711F), latrocínio (15.104M e 655F), roubo qualificado (112.182M e 2.523F), extorsão mediante seqüestro (1.998M e 106F), tortura (670M e 144F), estupro (12.730M e 111F), atentado violento ao pudor (2.638M e 25F), estupro de vulnerável (25.986M e 521F), posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (13.101M e 277F), comércio ilegal de arma de fogo (251M e 8F), tráfico internacional de arma de fogo (293M e 15F), seriam 241.162 condenados (235.066M e 6.096F) com perfis genéticos obrigatórios.

Deste modo, cerca de um terço de toda a população carcerária está inclusa na obrigação de submissão ao perfil genético criminal (com a inclusão dos crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, prevista no PL nº. 1.496/2021, este número será acrescido de 13.541 pessoas).

²⁴ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm

²⁵

<https://www.interpol.int/en/content/download/15469/file/INTERPOL%20Global%20DNA%20Profile%20Survey%20Results%202019.pdf>

²⁶

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2Q1ZmFmZWItNDNhMi00OTFjLTgyZGYtMjc1MmFiZDhmNGQ4IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

A expansão da utilização do uso policial dos perfis genéticos, nas últimas duas décadas, com a criação de bancos nacionais como ferramentas de investigação tem se baseado na busca de aumento na eficiência e redução de custos para os procedimentos investigativos²⁷ e na exoneração de pacientes suspeitos, reduzindo a dependência de provas menos confiáveis como testemunhas.

Alguns autores chegam a afirmar que o uso de bancos de dados de perfis genéticos pode reduzir o risco de preconceito racial por parte das autoridades policiais ou testemunhas²⁸, bem como, potencialmente poderia auxiliar na eliminação de múltiplos suspeitos pela identificação de determinados traços fenóticos, independente da descrição de testemunhas (que seria altamente suscetível a preconceitos e avaliações subjetivas)²⁹.

Entretanto, tendo completado dez anos de existência, não há prova de eficiência ou da essencialidade do BNPG para o combate aos crimes, nem uma avaliação pública independente de relação custo-benefício favorável a sua manutenção³⁰.

E a vinculação da coleta de perfis genéticos a uma população marginalizada, ou melhor, à população carcerária, gera um viés negativo para todo o sistema de proteção de tratamento de dados genéticos, ao associar este tratamento de dados pessoais sensíveis à aplicação de penalidade criminal no Brasil. Na prática, estamos ampliando a punição com o acréscimo da perda da autodeterminação informacional do condenado.

No Reino Unido, primeiro país a adotar um banco de perfis genéticos nacional para fins de investigação policial, em 2008³¹, 42% de toda a população masculina afrodescendente tinha tido seus dados genéticos coletados e inseridos naquele banco de dados, que atingiu cerca de 5% da população geral.

²⁷Krimsky, Sheldon, and Tania Simoncelli. "Japan's Forensic DNA Data Bank: A Call for Reform." *Genetic Justice: DNA Data Banks, Criminal Investigations, and Civil Liberties*, Columbia University Press, 2011, pp. 186–93. JSTOR, Disponível em <http://www.jstor.org/stable/10.7312/krim14520.15>.
<https://theintercept.com/2020/11/17/dhs-biometrics-dna/>
<https://theintercept.com/2023/08/29/fbi-dna-collection-surveillance/>;
<https://www.nytimes.com/2020/06/17/world/asia/China-DNA-surveillance.html>;
<https://theintercept.com/2023/08/18/gedmatch-dna-police-forensic-genetic-genealogy/>; Schneider PM, Martin PD. Criminal DNA databases: the European situation. *Forensic Sci Int.* 2001 Jun 15;119(2):232-8. doi: 10.1016/s0379-0738(00)00435-7. PMID: 11376989. Disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11376989/>; H. Westermarck H., Aronovitz A. et al. The Regulation of the Use of DNA in Law Enforcement, current to : 28.08.2020. E-Avis ISDC 2020-02. Disponível em <https://www.isdc.ch/media/1953/e-2020-02-20-016-use-of-dna.pdf>

²⁸ FOX, Dov. The Second Generation of Racial Profiling. *University of San Diego.* 38 AM. J. CRIM. L. 49 (2010). Disponível em https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/17791/Margaret_Gruter_Prize_submission_Dov_Fox_30_June_2010.pdf?sequence=2

²⁹ ZIEGER, Martin. *Forensic DNA phenotyping in Europe: How far may it go?* Oxford University Press, 2022. *Journal of Law and the Biosciences*, 1–22. Disponível em <https://doi.org/10.1093/jlb/lsac024>

³⁰ Alguns estudos estrangeiros indicam a potencial maior eficiência deste método de investigação em comparação com métodos tradicionais: Doleac, Jennifer L. 2017. "The Effects of DNA Databases on Crime." *American Economic Journal: Applied Economics*, 9 (1): 165-201. LaBerge, Gregory et al. Effectiveness and Cost Efficiency of DNA Evidence in Volume Crime. Disponível em <https://projects.nfstc.org/fse/pdfs/DNABurgrCostEfficiencyReserch1.pdf>; Roman, John et al. The DNA Field Experiment: Cost-Effectiveness Analysis of the Use of DNA in the Investigation of High-Volume Crimes, Urban Institute, 2008. Disponível em <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/222318.pdf>.

³¹ <https://www.thenation.com/article/archive/hidden-cost-dna-banking/>

O mesmo tipo de padrão tem ocorrido nos países que estão adotando este tipo de tratamento de dados genéticos coletivos, tornando a coleta desproporcional entre a população geral e comunidades historicamente marginalizadas³².

Esta seleção prévia dos dados coletados gera uma distorção estatística que aumenta o risco de uso preconceituoso pelas autoridades públicas³³ em relação às parcelas da população mais expostas, num processo que se autoalimenta³⁴.

Neste particular, o PL nº. 1.496/2021 pretende aprofundar a flexibilização indevida do princípio da presunção de inocência, estabelecendo que a coleta obrigatória do perfil genético deverá ocorrer após simples aceitação da denúncia ou de prisão em flagrante, ao acrescentar o inciso VII ao artigo 3º e os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 5º da Lei nº. 12.037/2009.

A presunção de inocência deve ser garantida pela total ausência de qualquer registro de suspeita pelas autoridades públicas, exceto no exercício de acusação em sentido estrito. Além do direito à autodeterminação informacional, o direito à preservação da reputação, da imagem pública e da não exposição a risco de dano moral são garantias constitucionais que não podem ser flexibilizados para facilitar o trabalho investigativo do poder público.

Isto posto, merece nota que o projeto de lei não estabelece penalidade específica para o cidadão que se recusar a permitir a coleta do material biológico nas novas hipóteses previstas no PL nº. 1.496/2021, sendo certo que não se cuidaria de falta grave, na forma do parágrafo oitavo do artigo 9-A da Lei nº. 7.210/1984, pois não foi iniciada a execução penal.

Apesar da propagada certeza alcançada com a análise do perfil genético, é essencial ter em mente que o sistema de tratamento destes dados não é livre de erros. E mesmo na hipótese de total correção dos dados incluídos no BNPG, estudos recentes apontam a possibilidade de erro no processo de identificação³⁵.

³² Krinsky, Sheldon and Simoncelli, Tania. *Genetic Justice: DNA Data Banks, Criminal Investigations, and Civil Liberties*, New York Chichester, West Sussex: Columbia University Press, 2010; Risher, Michael. *Racial Disparities in Data banking of DNA Profiles*, New York Chichester, West Sussex: Columbia University Press, 2011.

³³ Alguns autores propõem que a universalização dos bancos de perfis genéticos (alcançado a totalidade da população) seria uma solução para este risco de seleção prévia. Por exemplo: Marques, C., & Abdalla, E. (2012). Banco Nacional de Perfis Genéticos Criminal: uma discussão bioética. *Revista Brasileira De Bioética*, 8(1-4), 31–46. <https://doi.org/10.26512/rbb.v8i1-4.7775>

³⁴ BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. O reflexo da seletividade do sistema de justiça criminal na composição dos bancos de perfis genéticos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre*, n. 50, p. 150-182, dez. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.124895>; Duster, Troy, 'Selective Arrests, an Ever-Expanding DNA Forensic Database, and the Specter of an Early Twenty-First-Century Equivalent of Phrenology', in Beatriz da Costa, and Kavita Philip (eds), *Tactical Biopolitics: Art, Activism, and Technoscience* (MIT Press Scholarship Online, 2013). Disponível em <https://doi.org/10.7551/mitpress/9780262042499.003.0010>.

³⁵ Bodner, M.; Parson, W. The STRidER Report on Two Years of Quality Control of Autosomal STR Population Datasets. *Genes* 2020, 11, 901. <https://doi.org/10.3390/genes11080901>

Mesmo quando são adotados parâmetros das melhores práticas internacionais, como a ISO 15189:2022³⁶ ou as melhores práticas da Interpol³⁷, não há garantia de pleno atendimento do requisito de confiabilidade dos dados, o que pode gerar danos a terceiros, especialmente quando não há um controle externo dos procedimentos e da cadeia de custódia.

No Brasil, repita-se, o controle, a gestão e a auditoria do BNPG é do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o que gera evidente conflito de interesses.

Os procedimentos de anonimização dos dados relativos aos perfis genéticos são desconhecidos e a cadeia de custódia tem controle social frágil, quase inexistente, sendo concentrado pela Polícia Federal, que também está subordinada ao mesmo Ministério³⁸.

Em comparação, os procedimentos da ICP-Brasil³⁹ têm muito mais transparência, embora sejam igualmente relevantes os dados de identidade submetidos ao seu controle e seu Comitê Gestor tem participação social significativa⁴⁰, reduzindo o risco de conflitos de interesses estatais.

Outro ponto relevante é a inexistência de processo administrativo para questionar a inclusão dos dados no BNPG, pedir sua exclusão (já prevista, de forma limitada, nas hipóteses dos incisos do artigo 7-A da Lei nº. 12.037/2009) ou retificação, nem foi normalizado o acesso do titular dos dados à cadeia de custódia e aos próprios dados do perfil genético (parágrafo terceiro do artigo 9-A da Lei nº. 7.210/1984).

É notável que a proposta inicial de legislação para autorizar a coleta compulsória de dados genéticos como prova em processos criminais no Brasil partiu do sopesamento das garantias individuais com o interesse coletivo⁴¹, dentro de um processo criminal, considerando que a não compulsoriedade da coleta tornaria impossível a produção da prova, ao mesmo tempo em que a aplicação de penalidade pela negativa de submissão ao exame teria pouco efeito prático e/ou acarretaria maiores violações constitucionais.

³⁶ International Organization for Standardization - <https://www.iso.org/standard/76677.html>

³⁷

https://www.interpol.int/en/content/download/4876/file/MEG_Recommendation_Establishing_DNA_Database.pdf

³⁸ O Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa terão um representante cada para participar das reuniões do Comitê Gestor, contudo sem direito a voto ou mandato, na forma do parágrafo quinto do artigo 2º do Decreto nº. 7.950/2013.

³⁹ Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil- https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm

⁴⁰ São onze membros, sendo seis representantes do governo federal e cinco representantes da sociedade civil.

⁴¹ Veja-se sobre este ponto: HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A Constitucionalidade do Exame de DNA Compulsório em Processos Criminais e Propostas de sua Regulação. Revista EMERJ, v. 10, nº. 39, 2007. Disponível em <https://portal.trf1.jus.br/dspace/handle/123/152134>.

Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal já declarou a existência do direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informacional, o que reiterado pela promulgação da Emenda Constitucional nº. 115, de 10 de fevereiro de 2022, que positivou esse direito fundamental no art. 5º, inciso LXXIX, da CF88.

Assim, o tratamento obrigatório dos dados genéticos, imposto pela legislação brasileira atual, implica em acréscimo de penalidade ao condenado, “sem prévia cominação legal” (inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal), pois impede o pleno exercício de um direito autônomo. Logo, a aplicação da obrigatoriedade da coleta do perfil genético a pessoa natural que tenha sido condenada antes da promulgação da Lei nº. 13.964/2019 resta inconstitucional.

Outrossim, se considerarmos que o condenado é uma pessoa natural contra qual foi imposta uma penalidade estatal por processo legal e decisão judicial transitada em julgado, o acréscimo de nova medida restritiva de direito a esta mesma pessoa fere a coisa julgada, violando o inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna.

Por outro lado, a limitação ou o impedimento do pleno gozo do direito à autodeterminação informacional representa inovação da pretensão punitiva do Estado, que não pode prosperar em face de sujeito condenado, mesmo quando, após a sentença, não há o trânsito em julgado da condenação (como autorizado pelo Manual de Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, aprovado pela Resolução nº. 17/2022⁴², pelo Comitê Gestor da RIBPG) também por ferir o princípio *non reformatio in pejus*⁴³.

Ressalte-se que a prova obtida por meio ilegal, ou seja, através de procedimento que fere direito constitucional do paciente é inadmissível, na forma do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Mesmo que assim não fosse, a análise histórica da discussão sobre o uso dos perfis genético como prova criminal no Brasil foi fundamentada na base de processos individuais, sujeita ao controle do Poder Judiciário, que deveria autorizar o uso do banco de dados de forma criteriosa, conforme consta do comando emanado do parágrafo segundo do artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984, com a redação dada pela Lei nº. 12.654/2012.

Além disso, há vedação expressa a “práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar”, pelo parágrafo quinto do mesmo artigo (com a redação dada pela Lei nº. 13.964/2019).

A prática, todavia, mostrou distorção inaceitável!

⁴² <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao-ndeg-17-aprova-o-manual-de-procedimentos-operacionais-da-ribpg/view>

⁴³ Art. 617 do Código de Processo Penal.

Constam os seguintes itens do Manual de Procedimentos Operacionais da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos - RIBPG, aprovado pela Resolução nº. 17, de 14 de fevereiro de 2022⁴⁴, pelo Comitê Gestor da RIBPG:

O chamado “phishing expedition” (quando não há qualquer suspeita em relação ao titular do perfil genético) está previsto numa rotina de busca, que será comunicada posteriormente à vara de execução penal:

- **Coincidência confirmada com indivíduo cadastrado criminalmente ou RMI (*Offender Hit*)** - Ocorre quando um ou mais vestígios é ligado a um indivíduo cadastrado criminalmente ou a um RMI. Pode ser fria (*cold*), quando não existe qualquer suspeita, ou quente (*warm*), quando existe suspeita prévia. As varas de execução penal podem ser comunicadas em caso de *match* com condenados (por meio de laudo, ofício etc).

As buscas podem ser realizadas com solicitação direta de autoridade policial ou judicial, mesmo quando não atendem aos critérios de inserção no BPG:

IMPORTANTE! Mediante solicitação de autoridade policial ou judicial, perfis que não atendem aos critérios para inserção no BPG (mas que possuam qualidade para a liberação de um laudo) podem ser comparados com perfis de indivíduos cadastrados criminalmente que estejam inseridos no banco, já que é equivalente a um caso fechado. Tal comparação pode ser consignada em laudo pericial.

Foi construído um conceito restrito e peculiar de busca familiar para possibilitar a ampliação do uso do BNPG:

IMPORTANTE! A “busca familiar” a qual se refere o parágrafo 5º do Art. 9-A da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) é a definida no tópico 1.1 deste Manual, estando, portanto, impedido tal procedimento no contexto de buscas em bancos de perfis genéticos para fins criminais. Ressalta-se que a proibição de “buscas familiares”, no contexto da mencionada Lei, não abrange a busca por pessoas desaparecidas ou a identificação de corpos ou restos mortais.

- **Busca Familiar:** Busca deliberada, intencional em base de dados de DNA oficial, para fins criminais, podendo utilizar marcadores autossômicos, sexuais e/ou de linhagem, utilizando o programa CODIS (ou outro programa equivalente) e configurações específicas para detectar, classificar e ordenar estatisticamente uma lista de candidatos em potencial que poderiam indicar indivíduos com vínculo biológico próximo (pai/mãe, filho/filha, irmão/irmã) com a pessoa de interesse, fonte da amostra questionada.

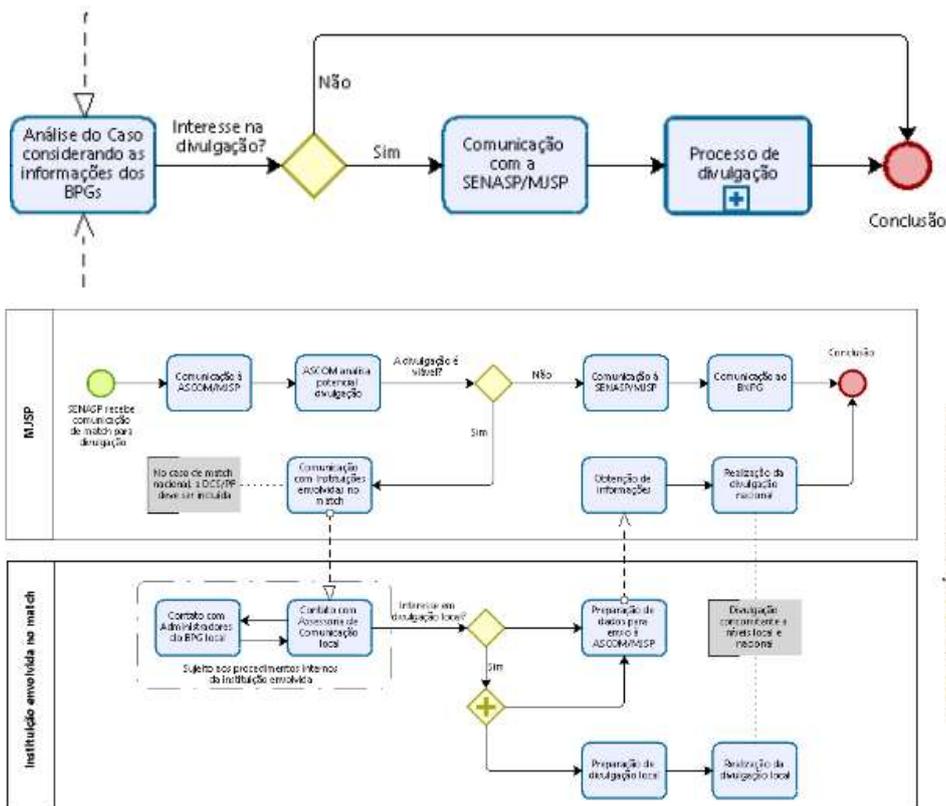
⁴⁴ <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao-ndeg-17-aprova-o-manual-de-procedimentos-operacionais-da-ribpg/view>

Também foram criados fluxos de comunicação das coincidências nas buscas de perfis genéticos ao público em geral:

No que refere à divulgação para o público externo, tal como na mídia, sítios eletrônicos e redes sociais, visando à preservação da efetividade do exame de DNA no meio forense, considera-se imperioso que sejam divulgadas apenas informações gerais sobre os casos, sem detalhamentos sobre a investigação e, notadamente, quanto aos materiais processados. Por exemplo, deve-se evitar a menção aos tipos de objetos/vestígios examinados, adotando-se no máximo termos mais gerais como “vestígios”.

IMPORTANTE! A divulgação de coincidências registradas no BNPG, por envolverem diferentes instituições, deverão ser realizadas em comum acordo entre as partes, obtendo-se prévia autorização quanto ao conteúdo a ser veiculado e à correta utilização das marcas dos partícipes. Os **Apensos 7, 8 e 9** apresentam os fluxos a serem seguidos para a confirmação e a divulgação das coincidências registradas.

É evidente que tal divulgação não guarda qualquer razoabilidade ou respeita os princípios de finalidade e necessidade do tratamento e a decisão de tornar público tratamento é tomada pelos órgãos de comunicação social das entidades envolvidas, sem qualquer interferência do titular dos dados.



A Corte Suprema, como já expressei acima, fixou os parâmetros mínimos para o tratamento de dados pessoais pela administração pública, - gênero no qual se enquadra a coleta obrigatória de perfil genético de condenado -, exigindo a: “a) eleição de propósitos legítimos, específicos e explícitos para o tratamento de dados (art. 6º, inciso I, da Lei 13.709/2018); b) compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas (art. 6º, inciso II); c) limitação do compartilhamento ao mínimo necessário para o atendimento da finalidade informada (art. 6º, inciso III); bem como o cumprimento integral dos requisitos, garantias e procedimentos estabelecidos na Lei Geral de Proteção de Dados, no que for compatível”.

Os parágrafos primeiro a quarto do artigo 4º da LGPD estabeleceram que o tratamento dos dados pessoais para fins de segurança pública e atividades de investigação e repressão de infrações penais deve ser regido “por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos” na LGPD.

Dentre os princípios gerais da proteção de dados (exemplificados no artigo 6º da LGPD) está o de transparência, que garante ao titular dos dados pessoais o direito a informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre o tratamento, o que importa ser informado, no momento da coleta do material genético sobre os seus direitos e dos procedimentos a que tal material será submetido. Não há previsão para que estas informações sejam fornecidas ou disponibilizadas.

Isto fere também o direito à não autoincriminação (inciso LXII, artigo 5º da CF/88), pois ao forçar a pessoa natural a fornecer seus dados genéticos para tratamento desconhecido e desconhecido, o agente público também está forçando que esta pessoa produza (involuntariamente) prova contra si mesma (como ocorre, por exemplo, na escuta telefônica ou ambiental), o que fere garantia constitucional⁴⁵.

No que se refere ao direito à não incriminação, membros desta Comissão de Direito Digital divergiram da posição adotada por este relator, sendo a posição divergente representada pelo Dr. Alexandre M. Mattos, que transcrevo:

“A garantia da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere – “nada a temer por se deter”) protege o indivíduo contra a imposição estatal de que produza prova contra si mesmo.

A despeito das inúmeras críticas, os números e os estudos mostram a importância dos bancos de DNA no combate ao crime. Desde a sua criação até junho de 2013, o CODIS americano revelou mais de 274.001 coincidências de perfis genéticos, auxiliando em mais de 261.501

⁴⁵ “Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, entre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal” (HC 99.289, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 23/6/2009)

investigações (FBI, 2015).

No Brasil, até maio de 2020, 1.928 coincidências confirmadas foram apresentadas por meio da RIBPG (Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos), ou seja, coincidências entre diferentes vestígios (78,2%) ou entre vestígio e um indivíduo cadastrado no banco (21,8%). Já em relação às investigações auxiliadas, ou seja, quando a análise do perfil genético agrega algum tipo de valor ao processo investigativo, 1.406 casos foram relatados. Ao longo dos anos, se observa um crescimento nas taxas de coincidência na RIBPG, passando de 2,49% em 2014, para 6,33% em 2017, e alcançando 16% em 2020.

Este dado reflete o aumento do número de perfis genéticos cadastrados no BNPG pelos estados, principalmente em 2019, e a adesão de outros laboratórios na RIBPG ao longo dos anos, porém estes resultados estão muito aquém de países como EUA, Reino Unido e Holanda. (RIBPG 2020)

Se, por um lado, o uso da prova genética pode colocar em xeque direitos individuais – sobretudo os direitos à intimidade, à liberdade e à integridade física e a não produzir prova contra si mesmo –, por outro não se pode esquecer que a segurança pública também é um direito fundamental, de titularidade da sociedade, indispensável para a legitimação e o funcionamento do próprio Estado.

Não podemos deixar de considerar que esse direito não pode se sobrepor ao direito à segurança presente no caput dos Arts. 5º e 6º e no preâmbulo do texto constitucional e que já foi reconhecido pelo STF no Agravo Regimental (AgR) no RE 639.337/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello. “A natureza de direito fundamental da segurança pública”, leciona Thiago André Pierobom de Ávila, ‘é reforçada pelo reconhecimento de que se trata de um pré-requisito essencial para o exercício dos demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente’” (SILVA, 2014, p. 162).

Dessa forma existe o entendimento que direitos básicos como a vida, a liberdade, a incolumidade física e a propriedade não podem ser exercidos se for constante a ameaça gerada pela falta de segurança pública.

Nisso não posso deixar de ponderar que o banco de dados genético jamais cumprirá sua função social se sua alimentação depender da voluntariedade da entrega de material genético por parte dos imputados ou de buscas e apreensões para a coleta de amostras biológicas dos investigados em locais que tenham frequentado ou de objetos que tenham usado, pois a complexidade desse procedimento reduziria significativamente o número de perfis genéticos disponíveis para confronto, comprometendo a eficácia do sistema.

Entendo que a coleta, para fins de investigação criminal, não viola a garantia da não autoincriminação, pois o investigado não está obrigado a adotar postura ativa no sentido de fornecer a prova, nem mesmo pode ser compelido a abrir a boca para a coleta de células da bochecha (swab bucal) se não quiser cooperar; neste caso, estará optando pela adoção de outro método pelo profissional que estiver cumprindo a decisão judicial, que dependa apenas de sua cooperação passiva, como a coleta de um pedaço de unha ou de uma amostra de sangue, ambos meios adequados e

indolores. Mesmo porque um investigado não pode se negar a ter suas digitais colhidas e nem sua fotografia tirada para constarem livro para futura identificação

Outro fator justificante da identificação por perfil genético, e que estaria previsto no art. 9º-A da LEP, é a constatação de que, diante dos altos índices de reincidência observados no Brasil e da gravidade dos crimes que justificam a medida de identificação, é do interesse público manter por certo período os dados genéticos do sentenciado, como forma de proteção social, tanto pela inibição de novas condutas criminosas quanto pela facilitação da sua persecução criminal.

Embora a Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execução Penal, com as alterações introduzidas pela Lei 12.654/2012, tratem a inclusão de perfis genéticos de investigados e sentenciados em banco de dados como uma forma de simples identificação criminal, trata-se também e sobretudo de um instrumento de investigação criminal potencialmente ensejador de mais eficiência na persecução criminal brasileira, que apresenta estatísticas pobres, como a que aponta um índice de elucidação de homicídios entre 5% e 8% (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2017)."

Note-se que o PL nº. 1.496/2021 perde a oportunidade de regular o uso do BNPG para a busca de pessoas desaparecidas ou busca familiar, limitando-se a excluir a proibição expressa à busca familiar, ao dar nova redação ao parágrafo quinto do artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984, bem como, deixou de cuidar da inexistência de regulação legal para o tratamento de perfis genéticos de crianças, adolescentes e incapazes em geral.

A nova redação inclusa no PL nº 1.496/2021 para o parágrafo sexto do citado artigo 9º-A estabelece a obrigatoriedade de guarda de material genético suficiente para uma eventual nova perícia, sem fixar prazo ou autorizar sua utilização pelo titular para contraprova.

A proposta de nova redação do parágrafo sétimo e o acréscimo do parágrafo nono ao artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984 parecem procurar permitir que as amostras de material genético sejam coletadas por agentes policiais treinados, ao invés da atual exigência que tal coleta seja feita por perito oficial.

Esta alteração não se adequa às melhores práticas internacionais e gera risco de contaminação da cadeia de custódia por tratamento inadequado das evidências pelo agente responsável pela investigação.

Não somente isto aumenta o risco de erro pela falta de expertise do agente, mas também pode ocasionar a redução da confidencialidade da produção probatória, diante de eventual alegação de que a prova foi "plantada" pelo agente policial responsável.

Além disso, é necessário sopesar os custos e os benefícios de se empregar desnecessariamente tempo do agente policial (para o adequado cuidado na coleta da evidência), enquanto o mesmo poderia estar exercendo sua função primordial na segurança ostensiva. Tal alteração não parece atender ao interesse público.

Por fim, o texto do acréscimo do parágrafo décimo ao artigo 9º-A da Lei nº. 7.210/1984 gera insegurança jurídica, pois fixa um prazo para a produção probatória, com o inadequado uso da expressão condicional “se possível” e não estabelece a consequência para inobservância do prazo legal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, somos pela inconstitucionalidade e ajuridicidade do projeto, recomendando-se, outrossim, que

- a. haja profunda revisão, por parte do Ministério da Justiça e Segurança Pública, acerca da regulação e operação do Banco Nacional de Perfis Genéticos, visando ajustar suas práticas à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018), bem como, buscando tornar mais transparente e aumentar os controles sobre as atividades do seu Comitê Gestor;
- b. seja rejeitado totalmente o Projeto de Lei nº. 1.496/2021.

Rio de Janeiro, 05 de outubro de 2023.

Marcelo Ribeiro Nogueira
Membro da Comissão Permanente de Direito Digital