

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ROBERTA OLIVEIRA DAL SOCHIO

**GENEALOGIA GENÉTICA, PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS E INVESTIGAÇÃO  
CRIMINAL**

Porto Alegre  
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS - MESTRADO

ROBERTA OLIVEIRA DAL SOCHIO

**GENEALOGIA GENÉTICA, PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS E  
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Porto Alegre

2022

ROBERTA OLIVEIRA DAL SOCHIO

**GENEALOGIA GENÉTICA, PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS E  
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Ciência Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2022

## Ficha Catalográfica

Sochio, Roberta Oliveira Dal.

Genealogia Genética, Proteção de Dados Genéticos e Investigação Criminal / Roberta Oliveira Dal Sochio – 2022.

170 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza.

1. Identificação Genômica. 2. Fenotipagem. 3. Genealogia Genética. 4. Investigativa. 5. Privacidade. 6. Tratados Internacionais. 7. Constituição Brasileira. 8. Proteção de Dados. I. Souza, Paulo Vinicius Sporleder de. II. Título

ROBERTA OLIVEIRA DAL SOCHIO

**GENEALOGIA GENÉTICA, PROTEÇÃO DE DADOS GENÉTICOS E  
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS.

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada, 14 dezembro de 2022

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor Paulo Vinícius Sporleder de Souza - Orientador  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do  
Rio Grande do Sul – PPGCCrim PUCRS

---

Professora Doutora Clarice Sampaio Alho – PUCRS  
Programa de Pós-Graduação em Biologia Celular e Molecular da Pontifícia Universidade  
Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

---

Professor Doutor Fábio Roberto D'Ávila  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do  
Rio Grande do Sul – PPGCCrim PUCRS

## AGRADECIMENTOS

O caminho da vida torna-se mais belo quando compartilhado com as pessoas que amamos. Por isso, tecer alguns agradecimentos é uma forma de expressar reconhecimento pela confiança e amizade em mim depositadas.

Aos meus pais, Fernando André Dal Sochio e Simone Oliveira Dal Sochio, reconheço que inexistem palavras para expressar o sentimento de amor e companheirismo. Os anos que convivemos no mesmo lar serão guardados com carinho no lado esquerdo do peito.

Ao meu irmão, Fernando Oliveira Dal Sochio, pelas suas críticas e aconselhamentos típicos de irmão mais velho, agradeço pela cumplicidade e colaboração com o meu crescimento.

Ao professor orientador, Paulo Vinícius Sporleder de Souza, sou grata pela amizade e apoio oferecido durante todo o mestrado. A experiência única do mestrado em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul mostrou-se em um grau de excelência, porquanto os professores zelam por um aprendizado de qualidade e por uma convivência amigável.

Aos professores presentes na banca de qualificação e na banca de defesa de dissertação, Professor Doutor Fábio Roberto D'Ávila, Professora Doutora Clarice Sampaio Alho e Professor Doutor Nereu José Giacomolli, agradeço pelas sugestões ao aprimoramento desta obra, bem como pela confiança no meu estudo e trabalho.

À Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, em especial, ao doutor Sérgio da Silva Fraga Júnior, sou grata pela oportunidade de exercer o profícuo estágio de Pós-Graduação.

Agradeço, também, às famílias Oliveira e Dal Sochio e aos meus amigos e amigas, pois, sem o vosso apoio, eu jamais teria alcançado os meus sonhos.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), sou grata pela bolsa de estudos concedida pelo Programa de Cooperação Acadêmica em Segurança Pública e Ciências Forenses (PROCAD - Segurança Pública e Ciências Forenses).

Ao leitor, agradeço pela leitura atenta e espero que a dissertação corresponda às suas expectativas.

Eventuais colaborações podem ser enviadas ao e-mail [roberta.dalsochio@gmail.com](mailto:roberta.dalsochio@gmail.com).

Boa leitura!

Cordialmente,  
Roberta Oliveira Dal Sochio.  
Dezembro de 2022.

## RESUMO

As descobertas genéticas ganham espaço nas últimas décadas, tornando-se importantes para identificar suspeitos de crimes, bem como famílias e corpos não identificados. Assim, surgem as três técnicas de utilização de amostras de DNA, a saber, o DNA *fingerprinting*, a fenotipagem e a genealogia genética. Diante dessas novas tecnologias, questiona-se a compatibilidade delas com o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o objetivo da presente dissertação é analisar se as técnicas envolvendo genética forense podem ser aplicadas na persecução penal. Logo, neste trabalho, são vistas as Declarações Internacionais relacionadas à genética forense. Também, é feito um estudo sobre os direitos pertinentes ao tema e protegidos pela Magna Carta Brasileira de 1988. Ainda, é analisada a Lei Geral de Proteção de Dados e o consentimento aplicado à seara genética. Por fim, afere-se se as novas tecnologias afrontam o direito a não produzir provas contra si mesmo e se elas, como provas científicas, têm a fiabilidade necessária para entrar como prova no processo penal. Percebe-se que a monografia, elaborada no Programa de Pós-Graduação –Mestrado- em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, objetiva aprofundar o estudo jurídico sobre a genealogia genética investigativa na identificação humana perante o ordenamento jurídico brasileiro, com base, sobretudo, em uma consulta bibliográfica. Dessa consulta, resulta uma dissertação dividida em três principais capítulos, a saber, a genealogia genética investigativa: uma nova técnica de investigação forense; genealogia genética investigativa e a proteção bioética e jurídica de dados genéticos; a genealogia genética, consentimento e proteção de dados na persecução penal. Em conclusão, afere-se que a identificação genômica está disciplinada em lei, e o Supremo Tribunal Federal verificará a (im)possibilidade de realizar a coleta compulsória de materiais genéticos. Por sua vez, a fenotipagem é vedada por lei, conforme a Lei nº 7.210/1984. Por fim, acerca da genealogia genética investigativa, entende-se ser permitida somente na hipótese de consentimento do titular dos dados genéticos. Acresce notar que o compartilhamento de dados entre as searas cível e criminal depende de lei específica, seguindo os modelos de levantamento hipotético e de duas portas. Finalmente, no juízo de admissibilidade, a genealogia genética desacompanhada do DNA *fingerprinting* não pode ser admitida no processo penal como prova, em razão do risco epistêmico.

**Palavras-chave:** Novas Tecnologias; DNA; Tratados Internacionais; Constituição Brasileira; Proteção de Dados; Consentimento.

## RESÚMEN

Los descubrimientos genéticos han ganado terreno en las últimas décadas, cobrando importancia para identificar a presuntos delincuentes, así como a familias y cuerpos no identificados. Así surgen las tres técnicas para el uso de muestras de ADN, a saber, la toma de huellas dactilares del ADN, el fenotipado y la genealogía genética. Delante de esas nuevas tecnologías, es cuestionada la compatibilidad de ellas con el ordenamiento jurídico brasileño. Así, el objetivo de la presente disertación es analizar se esas técnicas envolviendo genética forense pueden ser aplicadas en la persecución penal. En cuanto a las nuevas tecnologías genéticas, en este trabajo, se ven las Declaraciones Internacionales relacionadas con la genética forense. Asimismo, se hace un estudio sobre los derechos pertinentes al sujeto y protegidos por la Carta Magna brasileña de 1988. Además, se analiza la Ley General de Protección de Datos y el consentimiento aplicado a la cosecha genética. Finalmente, valora si las nuevas tecnologías atentan contra el derecho a no producir prueba contra uno mismo y si tienen, como prueba científica, la fiabilidad necesaria para entrar como prueba en un proceso penal. Se advierte que la monografía, elaborada no Programa de Post-Grado – master- em Ciências Criminales da Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul, línea de pesquisa Sistemas Jurídico-Penales Contemporáneos, tiene como objetivo profundizar el estudio jurídico y bioético sobre la genealogía genética investigativa en la identificación humana ante el ordenamiento jurídico brasileño, a partir, sobre todo, de una consulta bibliográfica. Esta consulta dio como resultado una disertación dividida en tres capítulos principales, a saber, genealogía genética investigativa: una nueva técnica de investigación forense; la genealogía genética investigativa y la protección bioética y jurídica de los datos genéticos; genealogía genética, consentimiento y protección de datos en la persecución penal En conclusión, se verificó que la identificación genómica está regulada por ley, y el Supremo Tribunal Federal verificará la (im)posibilidad de realizar la colecta obligatoria de materiales genéticos. Por su parte, el fenotipado está prohibido por ley, en los términos de la Ley nº 7.210/1984. Finalmente, la genealogía genética investigativa se entiende permitida sólo en caso de consentimiento del titular de los datos genéticos. También cabe señalar que el intercambio de datos entre las áreas civil y penal depende de una ley específica, siguiendo los modelos hipotéticos y de encuesta de dos puertas. Finalmente, en la sentencia de admisibilidad, la genealogía genética no acompañada de huellas dactilares de ADN no puede ser admitida en el proceso penal como prueba, debido al riesgo epistémico.

**Palabras-llave:** Nuevas tecnologías; ADN; Tratados Internacionales; Constitución Brasileña; Protección de Datos; Consentimiento.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>A GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA: UMA NOVA TÉCNICA DE GENÉTICA FORENSE.....</b>	<b>15</b>
2.1	DNA FINGERPRINTING .....	16
2.2	BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS.....	20
2.3	FENOTIPAGEM .....	23
2.4	GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA.....	33
<b>3</b>	<b>A GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA E A PROTEÇÃO BIOÉTICA E JURÍDICA DE DADOS GENÉTICOS .....</b>	<b>39</b>
3.1	OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O GENOMA HUMANO.....	40
3.1.1	Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos .....	41
3.1.2	Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos .....	44
3.1.3	Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos.....	49
3.1.4	Direito comparado .....	54
3.2	OS DIREITOS RELACIONADOS COM A GENÉTICA E CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 .....	56
3.2.1	Direito à identidade .....	58
3.2.2	Direito à privacidade e intimidade .....	62
3.2.3	Direito à proteção de dados pessoais .....	66

<b>4</b>	<b>GENEALOGIA GENÉTICA, CONSENTIMENTO E PROTEÇÃO DE DADOS NA PERSECUÇÃO PENAL.....</b>	<b>69</b>
4.1	A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DADOS GENÉTICOS.....	77
4.2	A PROTEÇÃO DE DADOS NA SEARA PENAL.....	84
4.3	O ANTEPROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA A SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL.....	88
4.4	O CONSENTIMENTO DO INVESTIGADO PARA O USO DE DADOS NA GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA.....	105
4.4.1	O consentimento do investigado e o princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i> .....	113
4.4.2	A Genealogia Genética Investigativa e o Consentimento Intergeracional.....	116
4.5	OS RISCOS EPISTÊMICOS DA PROVA CIENTÍFICA: A GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA.....	119
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>123</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>126</b>
<b>7</b>	<b>ANEXO.....</b>	<b>135</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A gênese da vida, eis o ponto de partida para os biólogos investigarem as cargas hereditárias dos seres vivos e a indagação orientadora dos estudos sobre o DNA. Nesse ínterim, a obra “O que é a vida?”, escrita por Schrödinger, ao abordar que a “vida poderia ser concebida em termos da armazenagem e transmissão de informação biológicas”<sup>1</sup>, as quais seriam comprimidas nas células em algo denominado “código de instrução hereditárias”<sup>2</sup>, influenciou muitos dos protagonistas no estudo da biologia molecular. A partir dessa obra, cientistas como Franklin, Wilkins, Crick e Watson foram cativados a estudar sobre os genes e o código genético (ácido desoxirribonucleico, DNA), chegando à conclusão de que o DNA é uma fita de dupla-hélice, o qual codificaria a vida, e o RNA é responsável por interpretar as moléculas de DNA, criando as proteínas<sup>3</sup>. A par dessas descobertas genéticas, a utilização de novas tecnologias biomoleculares no âmbito forense foi ganhando espaço, tornando-se importante para identificar suspeitos de crimes, bem como famílias e corpos não identificados. Assim, surgiu a identificação genômica, utilizando a técnica do DNA *fingerprinting*, e, mais recentemente, a genealogia genética e a fenotipagem. Tendo em vista essas novas tecnologias, esta obra questiona a compatibilidade delas com o ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, o objetivo da presente dissertação é analisar se as técnicas envolvendo genética forense podem ser aplicadas na persecução penal.

Hodiernamente, existem várias técnicas que possibilitam a utilização do DNA para fins forenses e criminais. Por exemplo, a identificação genômica feita por meio do DNA *fingerprinting* é a tecnologia mais tradicional na seara criminal e envolve a comparação entre duas amostras: a de referência – essa amostra é colhida de uma pessoa devidamente identificada - e a questionada – cuja pessoa não está previamente identificada -. Entretanto, busca-se implantar novas técnicas, como a genealogia genética investigativa e a fenotipagem, essas envolvem apenas a amostra questionada, isto é, procura-se uma pessoa desconhecida a partir de amostra de DNA encontrada em determinado local. A genealogia genética investigativa irá comparar a amostra colhida com eventual banco de dados genéticos genealógicos, já a

---

<sup>1</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 47.

<sup>2</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 48.

<sup>3</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 48-99.

fenotipagem almejará encontrar as características fenotípicas a partir do DNA encontrado (amostra questionada).

A fim de perquirir a possibilidade de implantação e manutenção das tecnologias genéticas no campo forense, torna-se importante averiguar se a legislação brasileira respeita os princípios da bioética e do biodireito, além das declarações internacionais sobre o genoma humano e das diretrizes das convenções internacionais referentes à genética. Outrossim, é imprescindível analisar os princípios constitucionais estipulados na Carta Magna de 1988, bem como a proteção conferida pela Lei Geral de Proteção de Dados à informação genética.

Ainda, ressalta-se a importância da proteção de dados no processo penal e na segurança pública e como pode ser feito o compartilhamento de dados genéticos. Ante a proteção desses dados, questiona-se se é necessário o consentimento do investigado ou de sua família para fins de investigação pela técnica da genealogia genética, bem como se indaga em quais hipóteses o consentimento do investigado aclarará que o suspeito dispensou o direito de não fazer prova contra si mesmo.

A escolha do tema mostra-se relevante, pois a genética forense está sendo progressivamente utilizada no Brasil - bem como em outros países da América e da Europa Ocidental. Ademais, é cada vez mais frequente a utilização da genética forense no âmbito da identificação humana e investigação criminal. Nesse sentido, nota-se que a genealogia genética investigativa vem proporcionando diversos benefícios, dentre os quais podem ser citados: o encontro de pessoas adotadas com seus pais biológicos, a identificação da família e de corpos não identificados e, também, a localização de criminosos. No entanto, não estão claros os limites jurídicos da utilização da genealogia investigativa quando verificados à luz da dignidade humana, considerando que a identificação de perfis genéticos envolve a pesquisa e a investigação do genoma humano, podendo afetar direitos fundamentais (como a intimidade e a privacidade) dos indivíduos (e de seus respectivos familiares) a serem identificados/ investigados, mormente, daqueles a quem pertencem as amostras de DNA desconhecido. Nesse ínterim, a dissertação versará sobre o estado da arte da genealogia genética investigativa, bem como sobre os aspectos jurídicos envolvidos frente à identificação genética humana através dessa nova ferramenta forense.

No contexto de expansiva utilização da genética para fins forenses, inclusive, com a edição de Leis e Decretos sobre o tema (vide Lei 12.654/2012 e Decreto 7.950/2013), apura-se a constitucionalidade de tais legislações, tendo em vista que o genoma humano está ligado à

dignidade humana, fundamento do Estado Brasileiro e princípio reitor dos direitos humanos e fundamentais. Por conseguinte, percorrer sobre temas como bioética, biodireito e consentimento para fins de extração de material genético é fulcral para a consecução de um entendimento sobre a legitimidade da utilização da genética no campo forense, principalmente, no âmbito da investigação criminal.

Para fins de pesquisa sobre o DNA na seara forense, realizou-se sobretudo uma consulta bibliográfica. Dessa consulta, resultou uma dissertação dividida em três principais capítulos, a saber, a genealogia genética investigativa: uma nova técnica de investigação forense; genealogia genética investigativa e a proteção bioética e jurídica de dados genéticos; e a genealogia genética, consentimento e proteção de dados na persecução penal. Nesse ínterim, observa-se que o primeiro capítulo versará sobre as três principais técnicas de investigação com DNA na seara criminal, quais sejam, DNA *fingerprinting*, fenotipagem e genealogia genética investigativa. O segundo abordará as exigências da bioética e do biodireito para a realização de investigação e utilização de material genético. O terceiro capítulo versará sobre a proteção desses dados sensíveis e a possibilidade de utilização ou compartilhamento para a seara criminal, bem como buscará esclarecer o consentimento do investigado como requisito para o uso de dados genéticos. Por fim, será vista a genealogia genética diante do princípio do *nemo tenetur se detegere* e dos riscos epistêmicos da utilização dessa tecnologia na persecução penal.

Afere-se que esta dissertação tem como objetivo aprofundar o estudo jurídico sobre a genealogia genética investigativa na identificação humana perante o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, será relacionada a identidade genética e a intimidade e a privacidade genética com a genealogia genética investigativa, bem como verificado se a genealogia genética pode ser utilizada pelas autoridades policiais brasileiras, e se isso exige consentimento dos titulares dos dados genéticos.

## 2 A GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA: UMA NOVA TÉCNICA DE GENÉTICA FORENSE

A genética, termo cunhado em 1909 pelo biólogo Bateson, designa a ciência da hereditariedade, a qual há séculos vem sendo estudada. Desde a época em que se acreditava na pangênese (segundo a qual “a atividade sexual implicava a transferência de miniaturas dos órgãos do corpo”<sup>4</sup>), passando pelo pré-formismo (teoria que sustentava que o óvulo ou o espermatozoide “contém um indivíduo *pré-formado* chamado homúnculo”<sup>5</sup>) e pelos estudos de ervilhas esquecidos por trinta anos e elaborados por Gregor Mendel, averigua-se a forma pela qual as características dos ancestrais se transferem para os seus descendentes. Apesar da longínqua história da genética, somente no início do século XX, aventou-se a teoria cromossômica da hereditariedade de Sutton-Beveri. A partir de então, várias foram as tentativas de refutar a teoria e outras de aperfeiçoá-la, desenvolvendo-se a biologia molecular ou, mais precisamente, a genética<sup>6</sup>.

Já a utilização da genética no âmbito forense é relativamente nova, pois, há cerca de trinta anos, ela se tornou uma ciência indispensável para investigações criminais em infrações não transeuntes<sup>7</sup>. Ademais, cabe não olvidar que a implantação da genética forense ocorreu gradualmente, conforme as descobertas científicas iam se revelando acidentalmente úteis. Nesse contexto, descobriu-se a técnica da identificação genômica de perfil do DNA (*DNA fingerprinting*), que é a tecnologia mais frequentemente utilizada na identificação criminal. E mais, contemporaneamente, outras tecnologias vêm proporcionando novas possibilidades de estudo sobre o DNA, a saber, tornou-se possível a realização da fenotipagem e da genealogia genética investigativa. Essas novas técnicas podem auxiliar a investigação criminal, desde que tragam resultados fiáveis e cientificamente avaliados. Dessarte, imprescindível perquirir sobre o surgimento e a operacionalização de cada técnica.

---

<sup>4</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 18-19.

<sup>5</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 19.

<sup>6</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

<sup>7</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 4.

## 2.1 DNA FINGERPRINTING

Evitar a deportação indevida de um jovem garoto, essa foi a primeira utilização da tecnologia conhecida como DNA *fingerprinting*, conquistando a simpatia do povo inglês. Isso ocorreu em 1985, quando autoridades britânicas recusaram a entrada de um rapaz na Grã-Bretanha, alegando que o jovem Andrew não era filho de Cristiana Sarbah, britânica nata, e que ele estava tentando entrar ilegalmente no país com um passaporte falso. Nesse contexto, o advogado responsável pelo caso leu uma reportagem sobre o trabalho de Jeffreys, geneticista, e resolveu pedir-lhe ajuda. A conclusão foi que, por meio da testagem com o DNA *fingerprinting*, estudado academicamente por Jeffreys, restou comprovado que Andrew era filho de Sarbah, podendo o menino Andrew retornar à Grã-Bretanha com sua família<sup>8</sup>.

Ainda, notoriamente conhecido é um caso envolvendo o reconhecimento, por meio da técnica do DNA *fingerprinting*, de um criminoso na Inglaterra. Cuida-se do suspeito de violentar sexualmente e assassinar duas meninas de quinze anos, Lynda Mann, em 1983, e Dawn Ashworth, em 1986. Deve-se observar que foi recolhido o sêmen do suspeito nas duas cenas do crime e encontrado um suposto rapaz responsável pelos assassinatos. Esse rapaz, Richard Buckland<sup>9</sup>, chegou a confessar um dos crimes, mas negava o cometimento do outro. Todavia, a polícia insistia que o mesmo homem cometera os dois assassinatos e decidiu consultar Jeffreys para confirmar que Richard havia matado ambas as moças<sup>10</sup>. Para a surpresa de todos, o teste provou que Richard não matara nenhuma das moças; por outro lado, confirmou a hipótese da polícia no que tange a um ponto: o mesmo homem ceifara a vida das duas moças. Devido à excepcionalidade do caso, a polícia solicitou amostras de DNA de todos os homens adultos do vilarejo. Safando-se da emboscada genética, Colin Pitchfork pediu a um amigo que lhe cedesse a amostra sanguínea, articulando ter pavor de agulhas. Assim, somente mais tarde, quando alguém soube desse arranjo é que Colin foi preso e submetido ao teste de DNA *fingerprinting*. Desse modo, Colin Pitchfork recebeu a honra de ser o “primeiro criminoso preso com base na impressão digital do seu DNA”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 287.

<sup>9</sup> ROEWER, Lutz. **DNA fingerprinting in forensics: past, present future**. *Investigative Genetics*, 2013, 4:22.

<sup>10</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 288.

<sup>11</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 288.

Em suma, influenciado pela revolução instaurada pela tecnologia do DNA, Jeffreys, geneticista britânico, fez uma descoberta acidental: o DNA *fingerprinting* ou identificação genômica. Segundo Watson e Berry, “o nome identificação genômica, ou DNA *fingerprinting*, é pertinente, pois essa tecnologia tem a capacidade de identificar por meio da sua impressão – impressão digital na datiloscopia tradicional, uma impressão genômica no caso do DNA *fingerprinting*”<sup>12</sup>. Em outras palavras, a tecnologia desenvolvida permite distinguir, sem ambiguidades, o DNA de cada pessoa, identificando se o DNA encontrado em determinado local coincide com uma amostra de referência. A princípio, Jeffreys não tinha vislumbrado a utilização forense do DNA *fingerprinting*, mas a genética forense foi a primeira a utilizar essa tecnologia<sup>13</sup>, valendo destacar o trabalho desenvolvido pelo Innocence Project que, por meio de testes de DNA, já provou a inocência de 117 pessoas condenadas erroneamente<sup>14</sup>.

Em termos técnicos, observa-se que Jeffreys desenvolveu a “a técnica que permitiu analisar os polimorfismos do tipo minissatélites – ou, como ele denominou, *simple tandem repetitive regions of DNA*, ou VNTRs – dispersos em grande número pelo genoma humano”<sup>15</sup>. Ainda nos anos de 1980, Mullis aprimorou “a técnica da Reação em Cadeia da Polimerase”<sup>16</sup>, permitindo a “duplicação *in vitro* de forma exponencial de determinadas regiões do DNA”<sup>17</sup>. Ademais, Sanger desenvolveu o sequenciamento de moléculas de DNA<sup>18</sup>.

Vale lembrar que o desenvolvimento dos estudos sobre a biologia molecular, conduzidos principalmente por Crick, Watson e Wilkins, permitiu concluir que o DNA é uma fita de dupla-hélice constituída por nucleotídeos com as bases de adenina (A), timina (T), guanina (G) e citosina (C). Assim,

o DNA nada mais é do que uma corrente dupla dessas bases, cuja sequência forma os genes responsáveis pelas características genéticas do homem e de todos os seres vivos (...). Os genes fazem parte da estrutura conhecida como cromossomos e encontram-se

---

<sup>12</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 286.

<sup>13</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 286.

<sup>14</sup> WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 311.

<sup>15</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 4.

<sup>16</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 4.

<sup>17</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 4.

<sup>18</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 4.

em locais denominados locos genéticos. A expressão desses genes é representada pelas nossas características físicas, como a cor dos olhos, tipos de cabelo (...) <sup>19</sup>

Dessarte, o DNA presente nos cromossomos são compostos por nucleotídeos, os quais formam regiões codificantes e não codificantes. As primeiras regiões são conhecidas como genes e codificam uma expressão de proteína. Já as segundas regiões não expressam proteínas e não possuem função conhecida até o momento <sup>20</sup>.

Ratifica-se que, para cada característica física, há diferenças no gene respectivo. “Denomina-se alelo cada diferença encontrada em um determinado gene que, por sua vez, vai determinar uma característica diferente na pessoa” <sup>21</sup>. Ademais, algumas estruturas do DNA são “sequências de nucleotídeos que se repetem, sendo denominadas de minissatélites ou microssatélites (...). Um loco de minissatélite pode ter muitos alelos em função do número de vezes (n) em que essa estrutura é repetida ao longo do DNA” <sup>22</sup>. Nota-se que os “minissatélites são conhecidos como VNTR (*variable number of tandem repeats*)” <sup>23</sup>, enquanto “os locos de microssatélites, ou STR (*short tandem repeats*) ou repetições curtas consecutivas, são parecidos com minissatélites, mas com estrutura menor” <sup>24</sup>. Diante desses dados, entende-se que “as bases para a utilização dos testes de identificação da individualidade humana, pelo estudo de DNA, encontram-se na diversidade ou polimorfismo dos diversos locos de minissatélites, microssatélites ou HLA (antígenos leucocitários humanos)” <sup>25</sup>.

A fim de aplicar a identificação genômica (por meio da técnica DNA *fingerprinting*), são necessárias duas amostras: uma de referência e outra questionada, isto é, a primeira sabe-se de quem proveio o material genético e a segunda é usada para comparar com a primeira, pois não se sabe de quem é a segunda amostra (encontrada no local do crime, por exemplo). Há diversas técnicas de coleta de material genético, a mais comum é o duplo suabe (oral, vaginal, perimamilar ou anal). Também, é possível coletar pelos, cabelos, material subungueal, material

---

<sup>19</sup> JOBIM, Luiz Fernando et al. **Identificação humana**: identificação médico-legal, perícias odontológicas, identificação pelo DNA. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018, p. 177.

<sup>20</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 22.

<sup>21</sup> JOBIM, Luiz Fernando et al. **Identificação humana**: identificação médico-legal, perícias odontológicas, identificação pelo DNA. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018, p. 178.

<sup>22</sup> JOBIM, Luiz Fernando et al. **Identificação humana**: identificação médico-legal, perícias odontológicas, identificação pelo DNA. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018, p. 178.

<sup>23</sup> JOBIM, Luiz Fernando et al. **Identificação humana**: identificação médico-legal, perícias odontológicas, identificação pelo DNA. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018, p. 178.

<sup>24</sup> JOBIM, Luiz Fernando et al. **Identificação humana**: identificação médico-legal, perícias odontológicas, identificação pelo DNA. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018, p. 178.

<sup>25</sup> JOBIM, Luiz Fernando et al. **Identificação humana**: identificação médico-legal, perícias odontológicas, identificação pelo DNA. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018, p. 178.

de contato, preservativos, etc. Nota-se que, para cada amostra questionada, pode ser importante fazer uso de diferentes técnicas, tendo em vista a melhor coleta e armazenagem do material, as quais deverão seguir uma cadeia de custódia<sup>26</sup>. Após coletada e armazenada a amostra, deve se proceder à extração do DNA, isto é, o isolamento dessa molécula das demais, expondo e purificando o DNA presente no interior das células<sup>27</sup>.

Extraído o DNA, este será quantificado, ampliado, detectado, visualizado, analisado (por meio da técnica SNP – Single Nucleotide Polymorphisms -<sup>28</sup>, STR – Short Tandem Repeats -<sup>29</sup>,

---

<sup>26</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 48-58.

<sup>27</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 123.

<sup>28</sup> Segundo Cerqueira E Ramallo: “Además de los STRs, otra alternativa en los test de identidad genética son los polimorfismos de un solo nucleótido (SNP, por sus siglas en inglés *Single Nucleotide Polymorphism*). Estos marcadores pueden ser autosómicos, informativos de ancestralidad y permitir la definición de los linajes uniparentales, tanto del ADN mitocondrial como del cromosoma Y e incluso brindar información para la predicción de fenotipos (Budowle y Van Daal, 2008; Kayser y Kniff, 2011; Phillips et al., 2012; Cho et al., 2014). Haciendo una comparación de los diferentes polimorfismos de análisis del ADN, la tipificación empleando VNTRs utiliza cerca de 6 loci, en promedio, con un excelente poder de diferenciación; en la tipificación por STRs se emplean de 10 a 22 loci y se estima que para obtener el mismo poder de diferenciación sería necesario analizar entre 20 a 100 SNPs (Dixon et al., 2005; Budowle y Van Daal, 2008; Pakstis et al., 2010; Cho et al., 2014). Los SNPs tiene bajo poder de diferenciación inter-individual (Goodwin et al., 2010), sin embargo, esta desventaja parece ser superada, ya que se han establecido y validado algunos kits de SNPs para identificación (Børsting et al., 2009; Pakstis et al., 2010; Wei et al., 2012) con excelentes parámetros de eficiencia forense (ver Box 1). Los SNPs requieren para la amplificación por PCR apenas de un fragmento de 60-80 pares de bases, mientras que para analizar STRs se necesita un fragmento de ~100-400 pares de bases (Budowle, 2004; Divne y Allen, 2005; Butler, 2009). La cantidad de ADN necesaria para algunos SNPs es del orden de los 100 picogramos o menos (Walsh et al., 2013) mientras que para STRs es de cerca de 0,5-1 nanogramos y para VNTRs de 10-25 nanogramos (Giusti y Budowle, 1995). (CERQUEIRA, Cai Cesar de Silva; RAMALLO, Virginia. El análisis de ADN como herramienta de la Antropología Forense. In: MADRIGAL, L. y GONZÁLEZ-JOSÉ, R. (2016) Introducción a la Antropología Biológica. Asociación Latinoamericana de Antropología Biológica. 679 pags. ISBN: 978-987-33-9562-8, p. 265).

<sup>29</sup> De acuerdo con Cerqueira e Ramallo: “También conocidos como minisatélites, los VNTRs son fragmentos de ADN de 8 a 100 pares de bases, que se repiten uno detrás de otro un número variable de veces (Butler, 2009; Goodwin et al., 2010). Estos marcadores fueron sustituidos algunos años después por el análisis de microsatélites o repeticiones cortas consecutivas (STR, por sus siglas en inglés, Short Tandem Repeat), fragmentos de ADN de 2 a 7 pares de bases que se repiten in tandem un número variable de veces (Butler, 2009). Este marcador genético se utiliza actualmente en los bancos de datos criminales y civiles en todo el mundo (Budowle y Van Daal, 2008; Goodwin et al., 2010; Jobim et al., 2012). Los STRs presentan algunas ventajas en relación a los VNTRs. Por ejemplo, el menor tamaño del fragmento y la mayor capacidad de amplificación a través de la reacción en cadena de la polimerasa (PCR, por sus siglas en inglés, Polymerase Chain Reaction), lo que permite trabajar a partir de muestras de ADN incluso con relativo nivel de degradación (Budowle y Van Daal, 2008; Goodwin et al., 2010). El principio básico del estudio de repeticiones consecutivas es que son altamente polimórficas en las poblaciones humanas, de forma que el análisis forense de varios loci hace que sea estadísticamente improbable encontrar dos individuos con el mismo perfil genético. Para más detalles al respecto de marcadores polimórficos para identificación humana, consultar Butler (2009) o Goodwin et al. (2010)”. (CERQUEIRA, Cai Cesar de Silva; RAMALLO, Virginia. El análisis de ADN como herramienta de la Antropología Forense. In: MADRIGAL, L. y GONZÁLEZ-JOSÉ, R. (2016) Introducción a la Antropología Biológica. Asociación Latinoamericana de Antropología Biológica. 679 pags. ISBN: 978-987-33-9562-8, p. 263 e 264).

INDEL – Insertion-Deletion -<sup>30</sup>) e comparado com a amostra de referência. Assim, ocorre a identificação genômica (DNA *fingerprinting*) na seara criminal.

## 2.2 BANCOS DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS

Para a obtenção de um banco de dados que possuísse uma amostra de referência a ser comparada na técnica do DNA *fingerprinting*, surgiu o banco de dados genéticos para fins criminais, o qual foi instituído legalmente, no Brasil, pela Lei nº 12.654/2012, alterando a Lei nº 12.037/2009 e a Lei nº 7.210/1984, bem como pelo Decreto nº 7.950/2013. No entanto, em 2004, já eram feitas tratativas com o *Federal Bureau of Investigation* (FBI) para aquisição do *software CODIS*, utilizado como ferramenta de comparação de informações alfanuméricas de DNA. Entre 2009 e 2010, foi implantada, entre os estados interessados, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG). Logo, a Lei Federal nº 12.654, sancionada em 2012, inseriu o Banco de Dados e a RIBPG no sistema jurídico nacional, mas esses sistemas já vinham sendo progressivamente implantados no Brasil<sup>31</sup>.

Os bancos de dados são registros responsáveis por arquivar sistematicamente dados genéticos ou amostras biológicas<sup>32</sup>. Em sentido estrito, o banco de dados genéticos trabalha com dados ou informações codificadas virtualmente<sup>33</sup>, isto é, a marcação dos genes gera uma espécie de código de barras, e este é armazenado virtualmente (informações alfanuméricas)<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Ainda, para CERQUEIRA e RAMALLO: “Además de los marcadores genéticos mencionados anteriormente, también se analizan las pequeñas inserciones/delecciones (entre 2-6 pares de bases) del genoma, conocidas como marcadores INDEL (Pereira et al., 2009; Mullaney et al., 2010; Li et al., 2012; LaRue et al., 2014), útiles para la identificación humana. Estos marcadores pueden lograr un excelente poder de discriminación (por ejemplo, la frecuencia combinada del perfil genético llega a  $1,67 \times 10^{-14}$  -  $2,12 \times 10^{-15}$ ) que, como hemos visto, es uno de los parámetros estadísticos básicos para evaluar la eficiencia forense de un marcador genético y que es esencial para la caracterización de un polimorfismo para identificación, siendo también útil para las muestras degradadas (Pereira et al., 2009; Oka et al., 2014)”. (CERQUEIRA, Cai Cesar de Silva; RAMALLO, Virginia. El análisis de ADN como herramienta de la Antropología Forense. In: MADRIGAL, L. y GONZÁLEZ-JOSÉ, R. (2016) Introducción a la Antropología Biológica. Asociación Latinoamericana de Antropología Biológica. 679 pags. ISBN: 978-987-33-9562-8, p. 266).

<sup>31</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 6-8.

<sup>32</sup> RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 74.

<sup>33</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 138.

<sup>34</sup> DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 257.

Já os biobancos contém material biológico, destacando-se os bancos de sangue, de sêmen, medula óssea, etc.<sup>35</sup> Nesse contexto, impende notar que a Lei nº 12.654/2012

Não é clara no sentido de afirmar se o banco de dados que ela implementa é apenas um biobanco, um banco constituído somente por dados virtuais ou, ainda, se é uma mistura entre esses dois modelos, ou seja, um biobanco que também armazena informações genéticas codificadas<sup>36</sup>.

Diante do impasse sobre a classificação do banco de dados genéticos, apesar de cientes da posição doutrinária que defende a perpetuação dos bancos de dados, aduzindo ser ele um banco alfanumérico<sup>37</sup>, o qual registra apenas dados, mas não o material genético em si; assumimos o posicionamento segundo o qual, para fins de contraprova, é necessário guardar uma amostra do material genético colhido. Aliás, até mesmo para fins de assistência técnica a ser nomeada pelo investigado, é imprescindível manter o recurso humano (DNA) intacto. Nesse contexto, o banco autorizado pela legislação brasileira também seria um biobanco. Consoante a doutrina,

Pensa-se que o banco de dados de DNA previsto naquela lei [Lei nº 12.654/12] constitui modelo híbrido que possibilita o armazenamento de informações e material genético, simultaneamente. Isso atende o artigo 170 do Código de Processo Penal, que exige que, nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Também prestigia os princípios do contraditório e da ampla argumentação, elevando o investigado a sujeito partícipe do processo penal por meio da produção da contraperícia, influenciando o resultado da análise genética.

Assim, constatada a existência de um banco misto, faz-se mister analisar se é proporcional o tempo legal estipulado para a guarda e manutenção de dados no banco genético, pois a Lei nº 12.037/2009, modificada pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), estabelece que o perfil genético somente será excluído no caso de absolvição do acusado; ou, no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos vinte anos do cumprimento da pena. Conquanto a legislação seja omissa, entendemos que o arquivamento do inquérito policial ou o

---

<sup>35</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais**: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 138.

<sup>36</sup> SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais**: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 139.

<sup>37</sup> Nesse sentido, MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo de Oliveira: “conforme citado por Taysa Shiocchet, na obra intitulada *Les biobanques* (Os biobancos), as autoras Noiville e Bellivier, apresentam um panorama sobre a complexa realidade de *collectionner le vivant* (coleccionar o vivente). Elas referem-se aos bancos ou aos repositórios de amostras biológicas humanas e seus respectivos dados. No entanto, os biobancos diferenciam-se dos bancos de perfis genéticos, de modo que, segundo as autoras, não são possíveis qualificar um banco de perfis genéticos para fins de persecução penal como biobanco, pois aquele não tem finalidade terapêutica ou de pesquisa. A finalidade dos bancos de perfis genéticos é identificar, mais eficazmente, os autores de delitos, de modo a prevenir, inclusive, a reincidência. Nesse sentido, seria incorreto abarcar o conceito de biobanco também os bancos de perfis genéticos para fins de identificação criminal (MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo de Oliveira. Banco de Dados Genético e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 161/2019, p. 75-99, nov. 2019).

não recebimento da denúncia também autorizam a exclusão do perfil genético da base de dados, por analogia à hipótese de absolvição. Ademais, a respeito do prazo de vinte anos após o cumprimento da pena para excluir o perfil genético do banco, adotamos a posição de que tal prazo é desproporcional, pois produz a estigmatização do condenado em demasia, além de não guardar razoabilidade com a gravidade do delito cometido. No mesmo sentido, leciona Giacomolli, dizendo que

Há de se questionar o tempo de permanência dos dados no banco genético, em face da absolvição e da espécie de crime, em face do princípio da proporcionalidade. Não se pode olvidar que essa nova realidade há que ser questionada, também, na perspectiva do adiantamento da prova, da superposição da fase investigatória sobre a jurisdicional, do eficientismo punitivo, do controle estatal seletivo e poroso (mais da metade dos presos no Brasil não completaram o ensino fundamental), dos contemporâneos meios de mascarar a confissão e a tortura, bem como o mito do encontro da verdade através da prova científica<sup>38</sup>.

Já no que tange à extração de material biológico de forma compulsória para fins de exames comparativos de DNA (*DNA fingerprinting*), a doutrina divide-se sobre a possibilidade de coleta corporal compulsória, citando, por todos que defendem a coleta compulsória, Sauthier, na obra “A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12”<sup>39</sup>, e, por aqueles que rechaçam a coleta compulsória, Luis da Anunciação Melo, no livro “A submissão obrigatória à identificação de perfil genético para fins criminais: uma reflexão crítica sob a luz da dignidade da pessoa humana”<sup>40</sup>. De mais a mais, Lopes Júnior e Gloeckner aditam que

A manutenção e a ampliação de uma cultura inquisitória é vislumbrável cristalinamente mediante o recurso a essa lei. Em primeiro lugar, o dogma da verdade real ou da “verdade biológica”, que a suplantaria, serviria como uma fonte epistemológica para que a perícia sirva como uma espécie de “prova plena”, o que equivale a um retorno inquisitório e suas regras probatórias. Além disso, não se pode esquecer da circunstância de transformar ou melhor, reconduzir o investigado ao patamar de “objeto de prova” e não como sujeito de direitos. Assim, interpretado como um objeto do qual ainda continua a possibilitar o alcance “à verdade (biológica, agora)”, temos um agravamento da cultura inquisitória, amplamente consolidada no Brasil. O investigado como portador da verdade passível de ser extraída (DNA), deverá sofrer a intervenção corporal<sup>41</sup>.

Diante da controvérsia doutrinária, o Pacote Anticrime (Lei nº13.964/2019) incluiu a recusa a submeter-se ao procedimento de identificação de perfil genético como falta grave, de

<sup>38</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200.

<sup>39</sup> SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. 1ª ed. Curitiba, PR: CRV, 2015.

<sup>40</sup> MELO, Bricio Luis de Anunciação. **A submissão obrigatória à identificação de perfil genético para fins criminais**: uma reflexão crítica sob a luz da dignidade da pessoa humana. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

<sup>41</sup> LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 495-496.

modo que tornou obrigatória, a nosso ver, a coleta corporal de material genético. Dessarte, restou afastada a tese defendida por Marteleto Filho, segundo a qual a ausência de disposição legal expressa sinalizaria a proibição de tal coleta em face dos direitos fundamentais envolvidos<sup>42</sup>. Nesse diapasão, no âmbito da Suprema Corte brasileira, há recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida quanto à compulsoriedade de coleta corporal de material genético em presos definitivos por prática de crime hediondo (RE 973.837/MG).

O posicionamento adotado por nós leva em conta que o bem jurídico identidade genética deve ser protegido, porquanto fulcrado em uma camada dos direitos da personalidade, bem como em direitos fundamentais, e, portanto, é essencial o consentimento do acusado/condenado para fins de investigação sobre o seu DNA. Isso significa que a identidade genética merece ser protegida de ingerências do Poder Público, sob pena de se viver um estado policial, no qual os cidadãos podem ser investigados e catalogados sem anuência do titular dos direitos, prejudicando a proteção dos bens jurídicos envolvidos. Nesse contexto, reputa-se inconstitucional a intervenção corporal compulsória para fins de coleta de DNA.

Por sua vez, a obtenção maliciosa do material genético também merece ser evitada, porquanto a utilização de meios eticamente não recomendáveis pelo Estado demonstra a ineficiência e deslealdade do Estado para com seus cidadãos. Assim, devem-se preferir os meios usuais de busca de prova genética, tendo em vista que a obtenção maliciosa do material genético (induzindo em erro o investigado, por exemplo) somente pode ser aceita mediante um juízo rígido de proporcionalidade.

Por fim, vale notar que a controvérsia sobre a coleta compulsória não repercute na genealogia genética investigativa, pois nesta o material foi colhido voluntariamente e há o acesso do Poder Público a dados de bancos privados. Quanto à fenotipagem, a questão será analisada em tópico específico deste trabalho.

### 2.3 FENOTIPAGEM

---

<sup>42</sup> MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Cuida-se de um caso real: um homem foi violentamente agredido até a morte. O agressor, cuja identidade é desconhecida, fugiu do local do crime e inexistiram testemunhas oculares. Ainda, foi encontrada uma alça de embalagem com gotas de sangue, perto do local. Uma amostra foi colhida e submetida a um exame pericial, o qual constatou DNA da vítima conhecida e do desconhecido homem que cometeu o crime. Além disso, traços de DNA foram encontrados na jaqueta da vítima, a alguns metros do local. Nesse contexto, a polícia responsável pela investigação revelou que a vítima fatal era uma pessoa envolvida em vários negócios, logo se cuidava de uma averiguação complexa e demorada<sup>43</sup>.

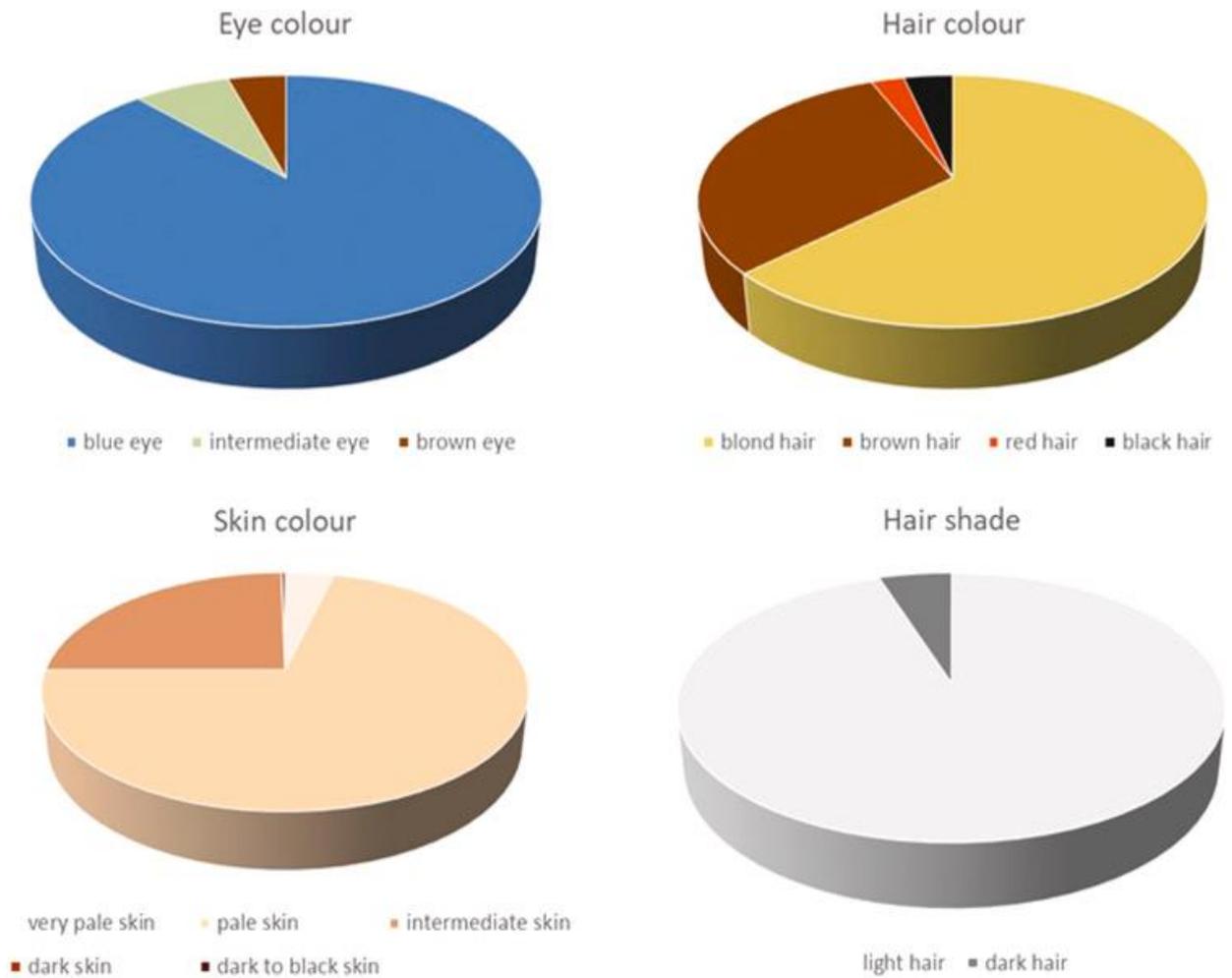
A lei do país no qual ocorreu o caso descrito permite que, por meio de análise do DNA, chegue-se a probabilidades de se estabelecer a cor dos olhos, dos cabelos e da pele, mas proíbe a verificação de ancestralidade biogeográfica<sup>44</sup>. A partir de então, os peritos começaram a analisar o caso com os métodos da fenotipagem e chegaram a conclusão do genótipo e fenótipo da vítima conhecida e do provável genótipo e fenótipo do suspeito, conforme seguem os gráficos abaixo:

---

<sup>43</sup> RALF, Arwin; KAYSER, Manfred. Investigative DNA analysis of two-person mixed crime scene trace in a murder case. **Forensic Science International: Genetics**, volume 54, 2021, 102557, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2021.102557>.

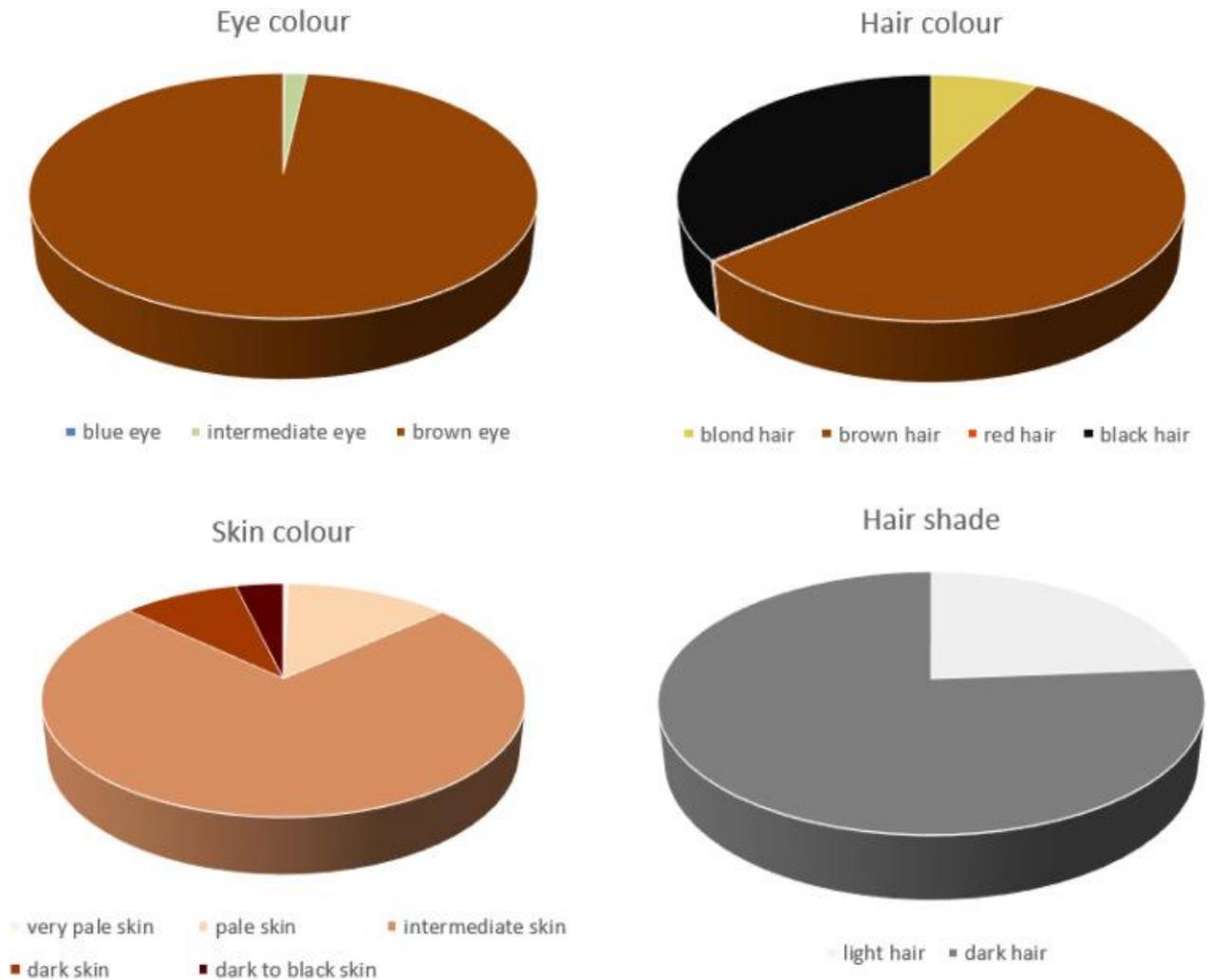
<sup>44</sup> RALF, Arwin; KAYSER, Manfred. Investigative DNA analysis of two-person mixed crime scene trace in a murder case. **Forensic Science International: Genetics**, volume 54, 2021, 102557, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2021.102557>

Figura 01 – Organograma da probabilidade da aparência do suspeito.



Fonte: RALF, Arwin; KAYSER, Manfred. Investigative DNA analysis of two-person mixed crime scene trace in a murder case. **Forensic Science International: Genetics**, volume 54, 2021, 102557, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2021.102557>.

Figura 02 – Organograma da probabilidade da aparência da vítima.



Fonte: RALF, Arwin; KAYSER, Manfred. Investigative DNA analysis of two-person mixed crime scene trace in a murder case. **Forensic Science International: Genetics**, volume 54, 2021, 102557, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2021.102557>.

Enfim, no caso narrado, aferiu-se que os dados genéticos colhidos da vítima diferem bastante dos dados do suspeito. Ainda, observou-se que as características externas visíveis da vítima, ditadas pelo exame de fenotipagem do DNA, concordaram com os verdadeiros olhos, cabelos e cor da pele da vítima fatal, como demonstrou a necropsia. Diante disso, pergunta-se o quão útil pode ser esta nova tecnologia, a fenotipagem, na seara forense. Estamos a um passo de predizer as características físicas de um suspeito por meio do exame do seu DNA?

A fenotipagem ou *Forensic DNA Phenotyping* (FDP) é uma tecnologia usada para prever características externas visíveis de uma pessoa desconhecida. Isso significa que,

em casos criminais nos quais os suspeitos são desconhecidos pela autoridade policial e não podem ser identificados por comparação de perfis de DNA [isto é, DNA *fingerprinting*], a fenotipagem (FDP) pode ser usada para gerar pistas investigativas sobre um possível suspeito e ajudar na identificação de pessoas desaparecidas quando não são encontrados parentes ou amostras de DNA anteriores à morte<sup>45</sup>.

Ainda, observa-se que há um risco epistêmico na utilização da fenotipagem, porquanto essa técnica não traz certeza em termos científicos. Todavia, o uso de probabilidade não próxima a 100% não impede que a nova tecnologia seja utilizada, tendo em vista que ela pode apontar, com demais indícios, para uma prova mais robusta. Em outras palavras, a inteligência “para investigações criminais pode ter um menor limite de validade e confiabilidade, uma vez que será usada para orientar uma investigação para encontrar evidências mais robustas (Lawless, 2016: 136)”<sup>46</sup>.

Ademais, de acordo com os geneticistas forenses, há uma distinção que delinea os “espaços onde o risco epistêmico é considerado aceitável e gerenciável (procedimentos científicos e investigativos) e os espaços dos quais ele deve ser excluído (procedimentos de condenação)”<sup>47</sup>. Dessarte, para alguns geneticistas forenses, a solução é evidenciar os riscos epistêmicos da fenotipagem, e não a abandonar em razão da mera probabilidade a ser encontrada por meio dessa técnica.

Outra crítica que se faz à fenotipagem diz respeito à mutabilidade do corpo durante a vida. “Tal abordagem implica conceber as interferências que elementos interdependentes – sociais, culturais e biológicos – podem produzir no ‘corpo incorporado’”<sup>48</sup>. Um dos especialistas em genética ressalta que

Estamos cada vez mais aptos a usar cosméticos, pequenas cirurgias e lifting [procedimentos], e podemos mudar muito a aparência. Eu chamo isso de síndrome de Michael Jackson. Michael Jackson, quando ele era um garotinho, você o chamava de

<sup>45</sup> KATSARA, Maria-Alexandra; BRANICKI, Wojciech; WALSH, Susan; KAYSER, Manfred; NOTAHNAGEL, Michael. Evaluatio of supervised machine-learning methods for predicting appearance traits of DNA. **Forensic Science International: Genetics**, volume 53, 2021, 102507, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2021.102507>, p\_1, tradução nossa.

<sup>46</sup> GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena. Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation: Views of forensic geneticists in Europe. **Social Studies of Science**. Julho, 2020, doi:10.1177/0306312720945033, tradução nossa.

<sup>47</sup> GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena. Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation: Views of forensic geneticists in Europe. **Social Studies of Science**. Julho, 2020, doi:10.1177/0306312720945033, tradução nossa.

<sup>48</sup> GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena; QUEIRÓS, Filipa. The (De)materialization of Criminal Bodies in Forensic DNA Phenotyping. **Body & Society**. 2021;27(1):60-84. doi:10.1177/1357034X20919168, tradução nossa.

(...) afro-americano (...). Além disso, quando ele estava morrendo, era muito difícil dizer o que ele era<sup>49</sup>.

Além da cor da pele estar sujeitas a alterações durante a vida, outros elementos como a cor do cabelo (tendem a ficar grisalhos), a cor dos olhos (pode ser alterada por lente de contato) e a morfologia facial (pode variar de acordo com o peso do indivíduo) são características externas visíveis que podem ser alteradas pelo meio ambiente ou por um procedimento estético. Assim, a determinação de características fenotípicas é complexa, pois não depende somente da genética.

Contudo, para os geneticistas, a alteração do corpo humano durante a vida não significa o abandono à fenotipagem, mas sim a necessidade de se levar em conta o risco dessas alterações quando se usa a técnica da fenotipagem. Em outras palavras:

o reconhecimento da mutabilidade do corpo não implica que a utilidade forense da fenotipagem forense do DNA esteja ameaçada. Tal reconhecimento fornece a base para a necessidade percebida de desenvolvimento de abordagens e práticas antecipatórias (Wienroth, 2018a) que permaneçam vigilantes à potencial interferência dos ambientes biossociais nos corpos<sup>50</sup>.

De acordo com Bárbara Santa Rosa, a fenotipagem indireta é “a possibilidade de inferir a ancestralidade do titular de uma amostra a partir do perfil STR, com base em estudos de frequências alélicas populacionais”<sup>51</sup>. Nesse sentido, é sabido que já existem testes de ancestralidade em que se pode determinar se o genótipo é predominantemente europeu, asiático, africano, etc. Além disso, ressalta -se que

Com a aplicação informática PopAffiliator230, é possível traduzir o número de repetições de cada alelo nos *loci* dos 17 marcadores STR autossômicos, habitualmente analisados na perícia Genética em Portugal, por probabilidades de pertença, do titular da amostra, a cinco grandes grupos populacionais. Esta análise de inferência biogeográfica permite ter uma noção, ainda que muito vaga, da provável aparência do titular da amostra, enquadrando o conceito de fenotipagem indirecta. Mas considerando a ubiquidade alélica populacional (mesmo quando falamos de polimorfismos STR), o valor preditivo deste tipo de análise não é, para já, satisfatório (Shriver et al., 2005 e Kayser et al., 2011)<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena; QUEIRÓS, Filipa. The (De)materialization of Criminal Bodies in Forensic DNA Phenotyping. **Body & Society**. 2021;27(1):60-84. doi:10.1177/1357034X20919168, tradução nossa.

<sup>50</sup> GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena; QUEIRÓS, Filipa. The (De)materialization of Criminal Bodies in Forensic DNA Phenotyping. **Body & Society**. 2021;27(1):60-84. doi:10.1177/1357034X20919168, tradução nossa.

<sup>51</sup> ROSA, Bárbara Santa. Problemas Éticos do Uso da Genómica Individual na Investigação Criminal. In: *CORTE-REAL, Francisco. VIEIRA, Duarte Nuno (orgs.). Princípios da Genética Forense. Coimbra: Imprensa de Universidade de Coimbra, 2015, p. 189.*

<sup>52</sup> ROSA, Bárbara Santa. Problemas éticos do uso da genómica individual na investigação criminal. In: *CORTE-REAL, Francisco. VIEIRA, Duarte Nuno (orgs.). Princípios da Genética Forense. Coimbra: Imprensa de Universidade de Coimbra, 2015, p. 189-190.*

A fenotipagem indireta é permitida na Holanda, onde os estudos mostram-se avançados, em virtude de ser o primeiro país a permitir esse tipo de técnica investigativa. Hopman, em pesquisa nos laboratórios holandeses, notou que, primeiramente, os geneticistas se concentram em como um traço particular se relaciona e pode fazer sentido no contexto holandês. Em segundo lugar, busca-se descobrir com quem o doador compartilha biomarcadores para atribuí-lo como pertencente a um grupo. Em terceiro, analisa-se a frequência desse biomarcador no grupo/população de interesse, aferindo-se se cuida de uma característica rara ou comum<sup>53</sup>. Em termos técnicos e analisando um caso concreto, Hopman leciona que

Com este método [fenotipagem indireta], os analistas sequenciaram 42 fragmentos do cromossomo Y de um doador em que se sabia que polimorfismos particulares (SNPs) estavam localizados. Eles, então, determinaram se esse doador tinha uma mutação para esses locais específicos (loci) ou o tipo selvagem, com base no qual ele foi alocado a um haplogrupo específico. Cada haplogrupo foi assim baseado em uma combinação particular de mutações. Como os haplogrupos estão associados a diferentes partes do mundo, pode-se então fazer inferências sobre sua “ancestralidade” geográfica e, indiretamente, sua aparência. Através de um conjunto de marcadores genéticos compartilhados, o suspeito desconhecido é localizado em uma população. Seguindo a primeira definição de comum, o que importa aqui não é estabelecer uma relação de um para um entre um indivíduo e seu fenótipo, mas sim entre o indivíduo e, neste caso, a população que vive na Holanda. Ao contrário do laboratório de pesquisa, que desenvolveu ferramentas focadas na aplicação no sentido mais amplo possível, os resultados produzidos por este laboratório tiveram que produzir pistas para investigações criminais holandesas em particular. (...) O que ganha importância aqui são as frequências com que ocorrem na população, ou quão comum é um haplogrupo na população que vive na Holanda<sup>54</sup>.

Dessarte, percebe-se a peculiaridade da fenotipagem indireta, porquanto busca traços comuns dentro um determinado grupo. Logo, não se buscam diretamente as características externas visíveis, mas sim o grupo étnico/social a que pertence o DNA do indivíduo de interesse.

Por sua vez, a fenotipagem direta é aquela que pode fazer a predição de características visíveis externamente, como morfologia facial, altura, estimativa de idade, e a pigmentação dos olhos, cabelos e pele<sup>55</sup>. Isso é possível porque os genes e os marcadores de DNA preditivos (SNPs) que são causais para as características externas foram identificados e associados. Dessa

---

<sup>53</sup> HOPMAN, Roos (2020) Opening up forensic DNA phenotyping: the logics of accuracy, commonality and valuing, *New Genetics and Society*, 39:4, 424-440, DOI: 10.1080/14636778.2020.1755638, tradução nossa.

<sup>54</sup> HOPMAN, Roos (2020) Opening up forensic DNA phenotyping: the logics of accuracy, commonality and valuing, *New Genetics and Society*, 39:4, 424-440, DOI: 10.1080/14636778.2020.1755638, tradução nossa.

<sup>55</sup> CERQUEIRA, Caio Cesar Silva de; FRANCEZ, Pablo Abdon da Costa. DNA, Ancestralidade e Características Físicas. In: DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues et al. **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020, p. 503.

forma, testes de DNA forense foram desenvolvidos e validados com um adequado modelo estatístico preditivo<sup>56</sup>.

Entretanto, o teste de DNA preditivo não significa que se terá uma imagem do “titular da amostra estudada comparável com uma fotografia”<sup>57</sup>, mas sim será possível fazer um estreitamento dos possíveis suspeitos do cometimento de um crime entre aqueles que possuem características externas visíveis similares ao apontado pela fenotipagem<sup>58</sup>. Ademais, cabe lembrar que doenças genéticas e suas predisposições estão excluídas da fenotipagem, pois seu uso violaria desproporcionalmente a privacidade<sup>59</sup>.

No tocante às legislações europeias, desde o início do século XXI, elas vêm regulamentando a utilização da fenotipagem (FDP – *Forensic DNA Phenotyping*). De acordo com Granja e Machado,

em 2003, a Holanda foi o primeiro país a regular explicitamente o uso do FDP (M'charek, 2008). Agora, o país permite testes para sexo, ascendência biogeográfica e cor do cabelo e dos olhos (Hopman, 2020; Hopman e M'charek, 2020; Samuel e Prainsack, 2018). Na Eslováquia, também é permitido testar “características fenotípicas visíveis” (Samuel e Prainsack, 2019). Até o final de 2019, a Alemanha também aprovou a previsão de características externas visíveis, como cabelo, olhos e cor da pele, além da idade. Na Alemanha, a Lei de Polícia da Baviera também testa ancestralidade biogeográfica desde 2018. Em outros países europeus, há legislação implícita ou ausente em relação ao FDP. Tais vazios legais, portanto, levam a interpretações variadas sobre o uso do FDP no sistema de justiça criminal (Samuel e Prainsack, 2018) o que, em alguns casos, implica que a tomada de decisão seja colocada dentro dos usuários forenses locais (Wienroth, 2018)<sup>60</sup>.

Vale notar que há um grande debate acerca da utilização da fenotipagem, pois o estreitamento da investigação pode recair sobre um grupo de pessoas com a mesma origem étnica ou com a mesma cor de pele, levando a uma estigmatização de todo o grupo. Nesse ínterim, nota-se que, na Alemanha, “o motivo para excluir a ancestralidade biogeográfica foi

<sup>56</sup> SCHNEIDER, Peter M; PRAINSACK, Barbara; KAYSER, Manfred. The use of forensic DNA phenotyping in predicting appearance and biogeographic ancestry. *Dtsch arztebl int* 2019; 116: 873-80. DOI: 10.3238/arztebl.2019.0873

<sup>57</sup> ROSA, Bárbara Santa. Problemas Éticos do Uso da Genômica Individual na Investigação Criminal. In: *CORTE-REAL, Francisco. VIEIRA, Duarte Nuno (orgs.). Princípios da Genética Forense. Coimbra: Imprensa de Universidade de Coimbra, 2015, p. 192.*

<sup>58</sup> KATSARA, Maria-Alexandra; BRANICKI, Wojciech; WALSH, Susan; KAYSER, Manfred; NOTAHNAGEL, Michael. Evaluatio of supervised machine-learning methods for predicting appearance traits of DNA. *Forensic Science International: Genetics*, volume 53, 2021, 102507, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2021.102507>, p.1, tradução nossa.

<sup>59</sup> SCHNEIDER, Peter M; PRAINSACK, Barbara; KAYSER, Manfred. The use of forensic DNA phenotyping in predicting appearance and biogeographic ancestry. *Dtsch arztebl int* 2019; 116: 873-80. DOI: 10.3238/arztebl.2019.0873

<sup>60</sup> GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena. Forensic DNA phenotyping and its politics of legimation and contestation: Views of forensic geneticists in Europe. *Social Studies of Science*. Julho, 2020, doi:10.1177/0306312720945033, tradução nossa.

justificado pelos formuladores de políticas por seu aparente potencial de discriminar certos grupos populacionais (Rath 2019)”<sup>61</sup>. Nesse encadeamento de ideias, a legislação alemã, conquanto proíba a predição de origem biogeográfica na sua lei federal, incorporou a previsão de cor da pele. Nesse contexto, a ministra da Justiça, justificou tal regulamentação, seguindo a “lógica de classificar a cor da pele como a aparência externa que também poderia ser relatada por uma testemunha ocular: “Se uma testemunha diz que o agressor era moreno, a polícia já está procurando um perpetrador de pele escura” (Rath 2019)”<sup>62</sup>.

A fim de evitar a estigmatização e o preconceito, alguns geneticistas sustentam que, em vez de fechar fontes de controvérsias, os riscos associados à fenotipagem devem ser deixados visíveis para serem resolvidos por outros. Nesse contexto, destaca-se que a

abordagem implica um tipo específico de trabalho de fronteira discursiva entre a ciência e o sistema de justiça criminal: os geneticistas forenses dissociam a necessidade de manter a propriedade científica (na qual a incerteza é parte integrante da prática científica) e a necessidade de determinar a justiça (na qual as proposições devem ser apoiadas por argumentos claros e evidências robustas)<sup>63</sup>.

Acresce salientar que deixar transparecer que a fenotipagem cuida de mera probabilidade a respeito de características externas visíveis seria uma maneira de se evitar a estigmatização de todo o grupo, levando em consideração que a técnica pode apresentar falhas, as quais sempre devem ser ressaltadas.

Enfim, a fenotipagem pode ser compreendida como uma técnica que visa encontrar características externas visíveis ou ancestralidade biogeográfica de uma amostra de DNA questionada. Essa amostra de DNA é encontrada em determinado local – de crime ou de uma tragédia, por exemplo – e não se sabe de quem esse material genético proveio.

Em relação à possibilidade de realização da fenotipagem na seara criminal brasileira, cabem se tecer algumas considerações. Primeiramente, no que tange ao consentimento, percebe-se a impossibilidade fática de o investigado consentir com a análise sobre o seu DNA. É dizer, a amostra encontrada no local de um crime é de uma pessoa desconhecida e, somente por meio da análise do DNA, poderá se chegar ao investigado. Assim, não é possível que o

---

<sup>61</sup> AMELUNG, Nina; MACHADO, Helena. (2021) Governing expectations of forensic innovations in society: the case of FDP in Germany, **New Genetics and Society**, 40:4, 498-519, DOI: 10.1080/14636778.2020.1868987, tradução nossa.

<sup>62</sup> AMELUNG, Nina; MACHADO, Helena. (2021) Governing expectations of forensic innovations in society: the case of FDP in Germany, **New Genetics and Society**, 40:4, 498-519, DOI: 10.1080/14636778.2020.1868987, tradução nossa.

<sup>63</sup> GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena. Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation: Views of forensic geneticists in Europe. **Social Studies of Science**. Julho, 2020, doi:10.1177/0306312720945033, tradução nossa.

investigado autorize/consinta com a investigação do seu DNA de antemão, porquanto não se sabe a quem a amostra do DNA pertence. Logo, o consentimento não legitima o uso da técnica da fenotipagem, pois ele poderia ser dado apenas posteriormente.

Por sua vez, constata-se a incompatibilidade da fenotipagem com o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto a Lei nº 7.210/1984, alterada pela Lei nº 13.964, de 2019, dispõe literalmente acerca da proibição da fenotipagem. Nesse sentido, pode ser lido que:

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

Dessarte, para fins de realização da fenotipagem na seara criminal, teria de ser revogado o §5º, do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), bem como publicada nova lei regulamentando o procedimento, a coleta, o tratamento e a exclusão dos materiais e dos dados genéticos. Vale notar que também se aplicaria a disposição do Anteprojeto da Lei de Proteção de Dados para a persecução penal e segurança pública, *in verbis*:

Art. 13. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser realizado por autoridades competentes se estiver previsto em lei, observadas as salvaguardas desta Lei.

Parágrafo único. A autoridade competente responsável pelo tratamento de dados pessoais sensíveis elaborará relatório de impacto à proteção de dados pessoais e informará o Conselho Nacional de Justiça<sup>64</sup>.

Logo, enquanto há taxativa proibição legal na Lei de Execução Penal e inexistente lei regulamentando a fenotipagem, essa tecnologia é proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro no âmbito criminal. Vale notar, ainda, que, a nosso ver, a proibição legal à fenotipagem é desproporcional, pois essa tecnologia genética pode auxiliar a investigação criminal, orientando-a, sem violar direitos fundamentais. Nesse sentido, bastaria limitar o uso dessa técnica à seara investigativa (isto é, proibindo a sua utilização como prova no processo penal, em virtude do risco epistêmico) e estabelecendo o dever de sigilo sobre os dados genéticos. Certamente, para a utilização da fenotipagem, exige-se uma lei regulamentadora, mas esse pressuposto pode ser suprido se a atividade legislativa fizer uma previsão de como se dará o estreitamento das investigações por meio da fenotipagem, sem que se ofendam direitos fundamentais.

---

<sup>64</sup> Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal, art. 13.

## 2.4 GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA

“Golden State Killer”, este foi o caso norte-americano responsável por protagonizar a utilização da genealogia genética investigativa. Segundo Wickenheiser, entre 1974 e 1986, um homem violentou sexualmente mais de cinquenta vítimas, além de ter matado outras doze. No entanto, não havia suspeito de quem praticou os crimes<sup>65</sup>, pois o perfil de DNA encontrado não coincidia com nenhum do banco de dados genéticos (CODIS, utilizando a técnica *DNA fingerprinting*) gerido pelo *Federal Bureau of Investigation* (FBI). Ante a colheita de amostra de DNA no local do crime, a polícia norte-americana consultou um geneticista e, a partir de então, pediu autorização para acessar dados genéticos privados da empresa GEDMatch, pois esta empresa tinha uma política de privacidade que permitia o acesso de autoridades públicas para fins de persecução penal<sup>66</sup>.

Vale destacar que a GEDMatch, 23andMe, MyHeritage e FTDNA são companhias que proporcionam testes genéticos diretamente aos consumidores. Esses testes oferecem o conhecimento sobre riscos de saúde individuais e/ou raízes ancestrais, além de oportunizar o encontro de prováveis parentes anteriormente desconhecidos. Cada companhia utiliza diferentes abordagens para detectar segmentos<sup>67</sup> de IBD (*Identical by Descent*)<sup>68</sup>, sem revelar todos os detalhes sobre como é implementado seu algoritmo<sup>69</sup>.

Logo, a polícia estadunidense, tendo acesso aos dados da companhia GEDMatch, encontrou um ancestral do suspeito, pois a amostra de material genético colhido no local do crime apontava para aquele ancestral, mas este teria vivido em 1800<sup>70</sup>. Diante disso, por quatro meses, a polícia e um geneticista construíram a árvore da família envolvida no crime<sup>71</sup>, chegando a dois suspeitos, não esquecendo que a persecução foi estreitada com dados como

<sup>65</sup> WICKENHEISER, Ray A. Forensic Genealogy, bioethics and Golden Statte Killer case. **Forensic Science International: Synergy**, 2019, 114-125, p. 115.

<sup>66</sup> WICKENHEISER, Ray A. Forensic Genealogy, bioethics and Golden Statte Killer case. **Forensic Science International: Synergy**, 2019, 114-125, p. 115.

<sup>67</sup> KLING, Daniel; PHILLIPS, Christopher; KENNET, Debbie; TILMAR, Andreas. Investigativa genetic genealogy: Current methods, knowledge and practice. **Forensic Science International: Genetics**, 2021, p. 10.

<sup>68</sup> International Society of Genetic Genealogy. **Identical by descent**. [https://isogg.org/wiki/Portal: Identical by descent](https://isogg.org/wiki/Portal:Identical_by_descent). Acesso em 11 de março de 2022.

<sup>69</sup> KLING, Daniel; PHILLIPS, Christopher; KENNET, Debbie; TILMAR, Andreas. Investigativa genetic genealogy: Current methods, knowledge and practice. **Forensic Science International: Genetics**, 2021, p. 10

<sup>70</sup> MURPHY, Erin. Law and policy iversight of familial searches in recreational genealogy databases. **Forensic Science International**, v. 292, nov. de 2018, p. 5.

<sup>71</sup> WICKENHEISER, Ray A. Forensic Genealogy, bioethics and Golden Statte Killer case. **Forensic Science International: Synergy**, 2019, 114-125, p. 115.

sexo masculino e provável idade do suspeito. Os dois suspeitos fizeram o teste de DNA *fingerprinting*, mas a comparação não logrou evidenciar quem era, de fato, o *Golden State Killer*, pois nenhum dos perfis de DNA coletados coincidiu com a amostra coletada no local do crime, por meio da técnica de identificação genômica (DNA *fingerprinting*)<sup>72</sup>. A terceira pista apontou para DeAngelo, o qual teve uma amostra de DNA recolhida, e esta coincidiu com o DNA colhido no local do crime. Assim, DeAngelo restou preso, em abril de 2018, pelos crimes cometidos na década de 70 e 80.

Pode ser observado que o procedimento de genealogia genética forense difere daquele usado para o DNA *fingerprinting*, porquanto, para fins de genealogia genética, são examinados mais de meio milhão de SNP (*single nucleotide polymorphisms*). Isso “permite que os cientistas identifiquem blocos compartilhados de DNA entre uma amostra forense e uma amostra de parentes potenciais do doador”<sup>73</sup>. Assim, tendo em vista os níveis previstos de recombinação entre gerações, é possível analisar os “blocos de informação genética e fazer inferências a respeito de potenciais relações familiares”<sup>74,75</sup>. Pode-se dizer que

---

<sup>72</sup> MURPHY, Erin. Law and policy oversight of familial searches in recreational genealogy databases. **Forensic Science International**, v. 292, nov. de 2018, p. 5.

<sup>73</sup> United States Department of Justice. Interim policy. **Forensic Genetic Genealogical DNA analysis and searching**, p. 3 < United States Department of Justice Interim Policy: Forensic Genetic Genealogical DNA Analysis and Searching >. Acesso em 13, jul., 2021.

<sup>74</sup> United States Department of Justice. Interim policy. **Forensic Genetic Genealogical DNA analysis and searching**, p. 3 < United States Department of Justice Interim Policy: Forensic Genetic Genealogical DNA Analysis and Searching >. Acesso em 13, jul., 2021.

<sup>75</sup> Nesse diapasão, vale notar que “Atualmente, os laboratórios do departamento [dos EUA] não analisam SNPs durante o trabalho forense de DNA. Assim, nos casos apropriados, é necessário terceirizar o material biológico para laboratórios fornecedores que realizam FGG [Forensic Genetic Genealogical]. Depois que uma amostra forense ou de referência é genotipada por um laboratório do fornecedor, o perfil de FGG resultante é inserido em um banco de dados de DNA genômico ou serviços de genealogia genética direto ao consumidor (aqui referidos coletivamente como 'serviço (s) GG'). O perfil de FGG é então comparado por automação contra os perfis genéticos de indivíduos que enviaram voluntariamente suas amostras biológicas ou inseriram seus perfis genéticos nesses serviços GG ("usuários do serviço"). Um algoritmo de computador é usado para avaliar potenciais relações familiares entre o (forense ou referência) doador de amostra e usuários do serviço” (tradução nossa). (United States Department of Justice. Interim policy. **Forensic Genetic Genealogical DNA analysis and searching**, p. 3 < United States Department of Justice Interim Policy: Forensic Genetic Genealogical DNA Analysis and Searching >. Acesso em 13, jul., 2021). Ainda, acrescenta-se as etapas do procedimento a ser seguido pela autoridade policial, a saber: coleta de uma amostra biológica probatória na cena do crime; desenvolvimento de um perfil de DNA de *short tandem repeat* (STR) (consistindo no CODIS Core Loci) da amostra coletada; busca de todas as pistas investigativas viáveis, incluindo nenhuma correspondência resultante de uma pesquisa de CODIS usando o perfil de DNA de STR; desenvolvimento de dados SNP de todo o genoma da amostra coletada; pesquisa de um ou mais bancos de dados SNP de terceiros usando os dados SNP para identificar parentes genéticos potenciais no banco de dados; avaliação de possíveis relações genealógicas entre o potencial genético de parentes e a pessoa de interesse; investigação de pistas geradas pela pesquisa para identificar a pessoa de interesse; obtenção de DNA da pessoa de interesse para o desenvolvimento de um DNA STR cujo perfil esteja apto a realizar uma comparação um-para-um com o DNA de STR da cena do crime; ou coleção de DNA de parentes em potencial para o desenvolvimento de um perfil STR, YSTR ou SNP, ou sequência de DNA mitocondrial, a fim de realizar uma comparação de análise de parentesco. (**OVERVIEW of Investigative Genetic Genealogy**. Policy Forensic

O perfil SNP da pessoa de interesse é carregado em um ou mais bancos de dados de DNA que usam um conjunto de algoritmos projetados para combinar parentes. Os bancos de dados D2C que estão sendo usados para FGG [genealogia genética forense/genealogia genética investiga] usam algoritmos proprietários para combinar segmentos, o que é uma limitação dessa técnica quando está sendo usada como prova em casos criminais. Os algoritmos examinam o número e o comprimento dos segmentos de DNA correspondentes que são usados para avaliar o grau de parentesco entre a pessoa de interesse e as pessoas que carregaram seu perfil no banco de dados<sup>76</sup>

A fim de aferir a descendência genética, é usado o termo “identical by descent” (IBD), o qual descreve o encontro de segmentos de DNA compartilhados por duas ou mais pessoas cujo DNA foi herdado de um antecessor comum sem nenhuma recombinação intermediária<sup>77</sup>. O segmento IBD é mensurado, mais recentemente, por centiMorgans (unidade de distância genética). Nesse ínterim, impende notar que o segmento IBD é mais relevante para os testes de SNP *microarray* (“microssatélites”) do que os resultados da sequência de todo o genoma, pois o IBD traz menos informações por centiMorgans de DNA. Além disso, os testes de SNP *microarray* são menos caros do que um sequenciamento de todo o genoma<sup>78</sup>. Contudo, ratifica-se que os segmentos com uma alta frequência de IBD indicam, provavelmente, uma partilha distante da população (uma etnia), enquanto um segmento observado entre dois simples indivíduos aponta, mais provavelmente, pelo encontro de um segmento IBD<sup>79</sup>. Vale notar que o IBD é usado por testes de genealogia genética da *FamilyTreeDNA* e do *23andMe*, ambas companhias que disponibilizam testes genéticos genealógicos no mercado de consumo. Em sequência à identificação do IBD, pode ser feita a árvore genealógica da família, a fim de se chegar à pessoa de interesse:

Uma vez que uma correspondência relativa é identificada usando um banco de dados de DNA, os genealogistas usam fontes tradicionais de informação para desenhar árvores genealógicas para identificar a pessoa de interesse. Essas podem incluir certidões de nascimento, óbito e casamento, obituários e registros de túmulos e outras fontes de informações publicamente disponíveis. Uma vez que uma ou mais

---

Genetic Genealogical DNA Analysis and Searching. Approved by the Scientific Working Group on DNA Analysis Methods, February 18, 2020. <<https://www.justice.gov/olp/page/file/1204386/download>>. Acesso em 13, jul., 2021).

<sup>76</sup> DOWDESWELL, Tracey Leigh. Forensic genetic genealogy: A profile of cases solved. **Forensic Science International: Genomics**. Volume 58, 2022, 102679, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2022.102679>, tradução nossa.

<sup>77</sup> International Society of Genetic Genealogy. **Identical by descent**. <[https://isogg.org/wiki/Portal: Identical by descent](https://isogg.org/wiki/Portal:Identical_by_descent)>. Acesso em 13 de julho de 2021.

<sup>78</sup> International Society of Genetic Genealogy. **Identical by descent**. <[https://isogg.org/wiki/Portal: Identical by descent](https://isogg.org/wiki/Portal:Identical_by_descent)>. Acesso em 13 de julho de 2021.

<sup>79</sup> International Society of Genetic Genealogy. **Identical by descent**. <[https://isogg.org/wiki/Portal: Identical by descent](https://isogg.org/wiki/Portal:Identical_by_descent)>. Acesso em 13 de julho de 2021.

correspondências relativas tenham sido feitas no banco de dados, traçar as árvores genealógicas é uma tarefa demorada e não trivial<sup>80</sup>

As árvores genéticas podem ser formuladas por, especialmente, duas companhias, quais sejam *GEDmatch* e *FamilyTreeDNA*<sup>81</sup>. Cuida-se de tecnologia que, por meio da análise de Single Nucleotide Polymorphism (SNP), visa descobrir fatos sobre a própria pessoa que cede os seus dados genéticos e sobre sua família, aditando-se que alguns testes permitem aferir doenças, como alguns tipos de câncer<sup>82</sup>.

Percebe-se, pois, que a genealogia genética investigativa (IGG) pode ser definida como uma prática usada para encontrar membros de uma família de um indivíduo suspeito de cometer crimes, pela checagem do DNA do local do crime comparado com a árvore genealógica da família constante de um banco de dados<sup>83</sup>. Em outras palavras:

A genealogia genética forense (FGG) é uma prática interdisciplinar que combina genômica e tecnologias de banco de dados de computador, bem como métodos tradicionais e genéticos de pesquisa genealógica para identificar indivíduos desconhecidos, reconstruindo suas linhagens ancestrais e desenhando suas árvores genealógicas. Essa técnica pode ser usada para identificar indivíduos vivos, falecidos desconhecidos ou suspeitos que são a fonte de uma amostra de tecido biológico encontrada na cena do crime. A investigação do FGG produzirá, assim, um ou mais candidatos para identificação, que são então confirmados ou excluídos como sendo a pessoa de interesse por meio de perfis de DNA forense<sup>84</sup>.

A favor da implantação da técnica de genealogia genética investigativa, os geneticistas apontam que os indivíduos perpetradores de crimes violentos (muitas vezes reincidentes) infligem dano emocional e físico em suas vítimas e famílias. Por conseguinte, se uma carreira criminosa pode ser prevenida assim que começar, as futuras vítimas e os custos associados, para elas e para a sociedade, podem ser evitados. Isso garantiria um equilíbrio ético entre os direitos de privacidade e independência, em oposição aos direitos públicos de segurança e proteção pessoal. Outro argumento a favor diz respeito à população branca, a qual está sub-representada nas bases de dados criminais, embora esteja fortemente sobre-representada em

---

<sup>80</sup> DOWDESWELL, Tracey Leigh. Forensic genetic genealogy: A profile of cases solved. **Forensic Science International: Genetics**. Volume 58, 2022, 102679, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2022.102679>, tradução nossa.

<sup>81</sup> G. Samuel, D. Kennett. The impact of investigative genetic genealogy: perceptions of UK professional and public stakeholders. **Forensic Science International: Genetics** 48 (2020) 102366.

<sup>82</sup> REGALADO, Antonio (11 February 2019). "More than 26 million people have taken an at-home ancestry test". **MIT Technology Review**. Acesso em: 13 jul. 2021.

<sup>83</sup> GARCÍA, Óscar. Forensic genealogy. Social, ethical, legal and scientific implications. **Spanish Journal of Legal Medicine**, 2020.

<sup>84</sup> DOWDESWELL, Tracey Leigh. Forensic genetic genealogy: A profile of cases solved. **Forensic Science International: Genetics**. Volume 58, 2022, 102679, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2022.102679>, tradução nossa.

bancos de dados genealógicos. Desse modo, o uso da genealogia forense pode tornar possível equilibrar as disparidades raciais no sistema de justiça criminal americano<sup>85</sup>.

Já sopesam em desfavor da genealogia genética os seguintes argumentos:

A metodologia não foi validada para o uso forense e atualmente não há programa de treinamento ou qualificação acadêmica para genealogistas genéticos. Insuficientes informações científicas foram publicadas sobre genotipagem e metodologia de identificação para uma revisão por pares adequada em publicações científicas.

A União Americana pelas Liberdades Civas expressou sua preocupação com o uso de bancos de dados públicos de DNA para investigações de crimes. Argumenta que, quando os perfis de DNA são publicados em domínio público, também estão sendo divulgadas informações sobre suas relações próximas ou mesmo distantes, com implicações potencialmente graves para os direitos à privacidade.

Algumas pessoas adotadas acreditavam ter encontrado seus pais biológicos, apenas para posteriormente descobrir que os dados foram mal interpretados. Se isso acontecer nos casos de busca de adoção, pode ocorrer também em uma investigação criminal, com maior gravidade emocional e consequências reputacionais (por exemplo, como aconteceu numa fase inicial da busca pelo "Golden State Killer", quando uma pessoa foi ligada a isso por buscas em um banco de dados do cromossomo Y).

A evidência de DNA, às vezes, mostra que o DNA de um indivíduo foi encontrado em um determinado lugar, mesmo que eles tenham nada a ver com o crime em questão: pode ser em uma lata de refrigerante deixada na cena do crime, por exemplo. Situações desse tipo dificilmente poderiam ser investigadas em casos com mais de 40 ou 50 anos, por exemplo.

Possível perda de dados ou invasão de empresas com genealogia em bancos de dados. Por exemplo, uma alta porcentagem dos genótipos de outros usuários com dados de DNA em um banco de dados podem ser extraídos (até 92% dos marcadores com precisão de até 98%).

Dados falsos podem ser inseridos para que certos indivíduos possam ser relacionados a outras pessoas específicas, dificultando possíveis linhas de investigação.

Ficou comprovado que é possível identificar dados anonimizados (em bases de dados científicos, por exemplo), e isso continuará a ser uma ameaça real até que a confiança em suas técnicas de codificação estejam disponíveis. Dados que são acessíveis no GEDmatch podem ser transferido para outros serviços online (como DNA.Land --- <https://dna.land>--- ou Promethease --- <https://promethease.com>) que oferecem dados sobre suscetibilidades a doenças. Isso poderia ter um efeito adverso sobre as possibilidades de alguém ou sua família estendida de fazer uma apólice de seguro ou encontrar trabalho.

Não há segurança se os bancos de dados fecharem ou forem adquiridos, ou se concordarem em colaborar com outras empresas: em julho 2018 a empresa farmacêutica GlaxoSmithKline [GSK] assinou um contrato de quatro anos por 300 milhões de dólares para o desenvolvimento de novos medicamentos com base nos usuários do 23andMe

A probabilidade de ser capaz de prever genótipos STR com base em dados de haplótipos SNP e vice-versa. Perfis de STR poderiam, portanto, ser vinculados a registros SNP em bancos de dados como GEDmatch, e estes podem revelar não apenas informações de identidade, mas também de ancestralidade e de saúde.

Dado que a consanguinidade e a endogamia afetam a identificações, o GEDmatch, por exemplo, oferece ferramentas para verificar se há pais de indivíduos investigados relacionado de alguma forma, e isso poderia revelar uma história de incesto em sua família<sup>86</sup>

<sup>85</sup> GARCÍA, Óscar. Forensic genealogy. Social, ethical, legal and scientific implications. **Spanish Journal of Legal Medicine**, 2020.

<sup>86</sup> GARCÍA, Óscar. Forensic genealogy. Social, ethical, legal and scientific implications. **Spanish Journal of Legal Medicine**, 2020, tradução nossa.

No contexto de se recriar árvores genealógicas a partir do DNA de um ancestral comum, constata-se a existência de direitos individuais e fundamentais dos familiares envolvidos nessa busca, razão pela qual, em países como a Alemanha, tal prática não é permitida, mas em outros locais, como, por exemplo, Reino Unido, Espanha e Polônia, não há óbices para a utilização da genealogia genética investigativa<sup>87</sup>. Diante dos direitos humanos e fundamentais que protegem o direito à intimidade genética, torna-se imprescindível fazer uma análise dos preceitos do biodireito e da bioética, bem como dos tratados internacionais que versam sobre a proteção dos dados genéticos.

---

<sup>87</sup> G. Samuel; D. Kennett. The impact of investigative genetic genealogy: perceptions of UK professional and public stakeholders. **Forensic Science International: Genetics**, 48, 2020,

### 3 A GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA E A PROTEÇÃO BIOÉTICA E JURÍDICA DE DADOS GENÉTICOS

A segunda Grande Guerra e os crimes realizados, especialmente, os perpetrados por médicos nazistas em prisioneiros de guerra<sup>88</sup>, bem como a descoberta pela mídia de experimentos medicamentosos em humanos realizados nos Estados Unidos da América<sup>89</sup> fizeram surgir a necessidade de estabelecer princípios e regras para as investigações biológicas e direitos das pessoas envolvidas em pesquisa<sup>90</sup>.

Assim, diante da utilização inadequada da biologia molecular e das ciências médicas, foram catalogados princípios bioéticos no conhecido *Belmont Report* ou Informe de *Belmont* de 1978. Logo, após quatro anos de trabalhos da Comissão Nacional do Congresso dos Estados Unidos da América, foram consagrados os princípios bioéticos que, desde o pós-Guerra com o Código de Nuremberg, vinham se desenhando. Além disso, em 1997, surgiu o primeiro documento internacional sobre os direitos humanos envolvendo a pesquisa genética. Nesse ínterim, imprescindível analisar as Declarações Internacionais que versam sobre o genoma

---

<sup>88</sup> A segunda Grande Guerra fez com que víssemos com ressalvas os estudos de Galton, o qual utilizava o termo *eugenia* para denotar uma *evolução humana autocontrolada*: “os eugenistas acreditavam que, tomando decisões conscientes entre quem deve ou não ter filhos, eles seriam capazes de impedir a erupção da “crise eugênica”, precipitada na imaginação vitoriana pela alta taxa de reprodução da raça inferior associada às famílias caracteristicamente menores das classes médias superiores”. Ainda, os estudos eugênicos também foram desenvolvidos nos Estados Unidos da América, país em que se fundou a *Eugenics Record Office* (Agência de Registros Eugênicos). Essa agência tinha como meta coletar dados genéticos determinantes para certos traços que iriam desde a epilepsia até a criminalidade<sup>88</sup>. E mais, houve o movimento da eugenia negativa, o qual consistia na esterilização de indivíduos considerados degenerados. O seu objetivo era simples e nefasto: a não reprodução de genes considerados ruins por meio da esterilização compulsória de certos indivíduos. Tal movimento começou nos Estados Unidos da América e expandiu-se para a Alemanha nazista, Suíça e países escandinavos. O movimento eugenista, aos poucos, foi desmascarado e denunciado por geneticistas, antes mesmo do nazismo praticá-lo. Em última análise, a eugenia provou-se uma tragédia para a humanidade e um obstáculo para novos estudos sobre a genética, a qual também se viu contaminada<sup>88</sup>. (WATSON, James D; BERRY, Andrew. DNA: o segredo da vida. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 33-45).

<sup>89</sup> Além do movimento eugenista, houve experimentos em seres humanos noticiados pela mídia norte-americana dentre os quais se destacam um experimento em Seattle (EUA) e outro no Alabama (EUA). O experimento de Seattle (1960) consistiu em deixar pessoas leigas escolherem quem faria o tratamento da diálise, pois havia um contingente de doentes maior do que a oferta de tratamento. Assim, foi deixado que leigos escolhessem, ou seja, sem critérios médicos, quem deveria se submeter à diálise. O segundo experimento (Alabama, 1940) desenvolveu-se em cidadãos afrodescendentes que não foram tratados por sífilis (cerca de 400 homens), a fim de se estudar a evolução de tal doenças. De acordo com Ruiz, “enganados por um falso tratamento os pacientes morriam como cobaias para que fosse possível evidenciar a trajetória natural da doença. Em que pese a penicilina ter sido descoberta em 1945. Apenas em 1972 é que o governo encerrou a trágica pesquisa“. RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 29.

<sup>90</sup> RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 28.

humano, porquanto o estudo permitirá concluir sobre a possibilidade da utilização da ciência genética no âmbito da investigação criminal.

### 3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O GENOMA HUMANO

No plano internacional, realçam importância algumas Declarações, tais como: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO – 1997), a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO – 2003) e a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (UNESCO/2005)<sup>91</sup>, as quais, em uma análise perfunctória, consideram o genoma humano a base fundamental dos membros da família humana e patrimônio da humanidade<sup>92</sup>.

Gize-se que as declarações supracitadas são instrumentos normativos de direito internacional de matiz ético e, por não terem sido aprovadas conforme à Convenção de Viena sobre Tratados de 1969<sup>93</sup>, são caracterizadas como *soft law*<sup>94</sup>. Em virtude da natureza jurídica de *soft law*, é comum afirmar a força não vinculante dessas declarações, mas deve ser feita uma ressalva: se a norma em questão for caracterizada como de *jus cogens*<sup>95</sup>, sua força será vinculante. Nesse contexto, analisar-se-ão as principais declarações internacionais sobre a bioética e o genoma humano.

---

<sup>91</sup> PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

<sup>92</sup> PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43.

<sup>93</sup> A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, define, em seu artigo 2, §1º, letra *a*: “tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. Assim, as declarações sobre bioética e genoma humano foram aprovadas pela UNESCO, não havendo tratado entre Estados, logo são textos de *soft law*.

<sup>94</sup> OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. A salvaguarda de princípios bioéticos e o Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n.35, p. 28 a 41, jul/dez 2009.

<sup>95</sup> “*Jus cogens*, como anteriormente dito, são normas imutáveis, conhecidas também por imperativas, cogentes, fundamentais ou peremptórias de direito internacional. Desta forma, determinadas normas reconhecidas pela Sociedade Internacional como fundamentais para sua estruturação e manutenção, contendo valores e propósitos comuns se não a todos, a maior parte dos Estados. A convenção não exemplifica tais normas imperativas. Apesar de criar certa imprecisão para o direito internacional determinar que normas fossem, abre a possibilidade de ampliação hermenêutica sobre sua imperatividade, não restringindo tais cruciais normas ao texto de um tratado. Nesta ideia, cabe à práxis internacionalista, basicamente se tratando de fontes secundárias conforme a literatura jurídica e a jurisprudência internacional determinar quais seriam as normas com o cará ter *jus cogens*”. (LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. *Jus Cogens E A Validade Normativa: Ruptura Ao Paradigma Das Tradicionais Fontes Na Teoria Do Direito Internacional*. **Termínós Revista Científica**, v. 05, nº 02, jul-dez 2015).

### 3.1.1 Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos

Primeiramente, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO – 1997) versa sobre o respeito à dignidade humana e sobre os princípios relacionados à pesquisa genética<sup>96</sup>. Nesse ínterim, a Declaração começa dizendo que o genoma humano é a *base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do reconhecimento de sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, é o legado da humanidade*<sup>97</sup>.

Em relação à proteção da pessoa diante das pesquisas científicas envolvendo o genoma humano, a Declaração de 1997 ressalta que a *pesquisa, tratamento ou diagnóstico que afete o genoma de uma pessoa só será realizado após uma avaliação rigorosa dos riscos e benefícios associados a essa ação em conformidade com as normas e os princípios legais do país*<sup>98</sup>. Nesse diapasão, percebe-se que a Declaração adotou o princípio da beneficência em seu caráter utilitarista, porquanto devem ser sopesados os riscos e os benefícios da ação envolvendo a pesquisa, tratamento ou diagnóstico<sup>99</sup>.

Ademais, declarou-se, no artigo 5, *b*, que deve ser sempre obtido *o consentimento livre e esclarecido da pessoa envolvida*<sup>100</sup>, sejam os dados utilizados para qualquer fim. Nesse contexto, consagrou-se o princípio da autonomia<sup>101</sup>, segundo o qual pessoa tem a capacidade

<sup>96</sup> PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

<sup>97</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**, 1997. Art. 1º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por). Acesso em 06 de nov. de 2022.

<sup>98</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**, 1997. Art. 5º, *a*. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por). Acesso em 06 de nov. de 2022.

<sup>99</sup> Já o princípio da beneficência significa contribuir para o bem-estar, comportando duas vertentes, a saber, a beneficência positiva, a qual implica em prover benefícios, e a utilitária, que significa sopesar os benefícios com as desvantagens. Nesse ínterim, Beauchamp e Childress citam como exemplos de regra de beneficência: proteger e defender direito alheio, prevenir ferimentos alheios, ajudar pessoas com deficiência, socorrer pessoas em perigo (BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. **Principles of Biomedical Ethics**. 4ª ed. New York, Oxford, 1994, p. 262). Em outras palavras, o princípio da beneficência pode ser traduzido como o mandado de otimizar os benefícios e minimizar os riscos (SOUZA, Valdir Monteiro de. **Direito de recusa do paciente à transfusão de sangue e a outros procedimentos médicos**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p. 21).

<sup>100</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**, 1997. Art. 5º, *b*. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por). Acesso em 06 de nov. de 2022.

<sup>101</sup> O princípio da autonomia é a capacidade ou competência de tomar as suas próprias decisões diante da exposição de todas as opções científicas disponíveis (disclousure). Para Beauchamp e Childress, todas as teorias da autonomia concordam que existem dois requisitos para a tomada de decisão ser autônoma, a saber, liberdade

de tomar suas próprias decisões sobre determinadas atividades que alterem suas condições físicas ou mentais, ciente de que as informações completas e adequadas lhe foram passadas a respeito do tratamento ou da pesquisa<sup>102</sup>.

Também no artigo 5, c, foi assegurada a autodeterminação informativa, nos seguintes termos: *deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das consequências dela decorrentes*. A autodeterminação informativa é um princípio basilar da proteção de dados pessoais que vem sendo recentemente desenvolvido no direito brasileiro, mas, internacionalmente, já possui previsão desde 1997, quanto aos dados genéticos.

Ainda, foi estabelecido que *ninguém poderá ser discriminado com base nas suas características genéticas de forma que viole ou tenha o efeito de violar direitos humanos, liberdades fundamentais e dignidade humana*<sup>103</sup>. Cuida-se de diretriz que pode ser aplicada ao campo criminal, pois se vedaria buscar o código genético de criminosos natos, bem como na seara cível, na celebração de contratos de seguro, por exemplo, diferenciado para certas predisposições genéticas.

E mais, foi almejado que, para proteger os direitos humanos e liberdades fundamentais, fosse *vedada a restrição aos princípios de consentimento e confidencialidade*, os quais só poderiam ser excepcionados *mediante lei por razões imperiosas, dentro dos limites*

---

(independência de controle ou influências) e vontade (capacidade de agir intencionalmente), mas os autores acrescentam outro pressuposto: o conhecimento sobre as circunstâncias com as quais se está concordando (BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. **Principles of Biomedical Ethics**. 4ª ed. New York, Oxford, 1994, p. 121-123). Já para outros autores, a respeito da autonomia devem ser considerados quatro elementos, quais sejam, conduta livre e espontânea, autenticidade, deliberação efetiva e reflexão moral. Nesse ínterim, segundo Minahim: “por ação livre, deve-se entender (...) que uma pessoa, quando age, sabe o que está fazendo e voluntariamente decide-se no sentido do que faz. Há uma notória tolerância com relação à noção de liberdade, porque Miller considera que uma ação deve ser considerada livre ainda que o agente sofra influências internas e externas já que, de outra maneira, poucas condutas realizadas por uma pessoa em sua rotina diária poderiam ser consideradas autônomas. Já o requisito de autenticidade, refere-se à coerência entre a escolha e os valores que o indivíduo tinha ao longo de sua vida. De fato, pretendendo-se que apenas condutas absolutamente racionais sejam consideradas livres, como deseja Veatch, pode-se concluir com ele que o comportamento humano é muito menos voluntário do que se imagina. A deliberação efetiva é um processo que consiste em tomar em consideração os prós e os contras de cada opção e escolha racional pela opção capaz de maximizar as metas do indivíduo. Miller reconhece que poucos pacientes atravessam todas essas etapas, mas apenas aqueles muito racionais. A maioria tenderia a aderir à posição do médico. Reflexão moral é o mais abstrato dos requisitos da autonomia, consistindo naquele segundo o qual o paciente deve avaliar cada opção à luz dos seus valores morais (MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42).

<sup>102</sup> SILVA, Lilian Ponchio e; PENNA, João Bosco. Bioética crítica: conceitos e desafios. *In*: Temas Fundamentais de Direito e Bioética. MARCHETTO, Patrícia Borba; BERGEL, Salvador Dario; FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; RAPIN, Talita Tatiana Dias. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2012, p. 39

<sup>103</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**, 1997. Art. 6º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por) . Acesso em 06 de nov. de 2022.

*estabelecidos no direito público internacional e a convenção internacional de direitos humanos*<sup>104</sup>. Nesse encadeamento de ideias, tem-se que os dados pessoais pertencem à pessoa em questão e somente poderiam ser usados com o seu consentimento ou mediante lei (por compartilhamento de dados), a qual deve respeitar os limites do direito internacional público.

Foi assegurado o direito à indenização quando houver dano causado por intervenção no genoma humano. Nesse sentido, o artigo 8 da Declaração de 1997, dispôs que *cada indivíduo terá direito, conforme a legislação nacional ou internacional, à justa indenização por qualquer dano sofrido resultante, direta ou indiretamente, de intervenção sobre seu genoma*.

Por sua vez, o artigo 12, *a*, estabelece que *os benefícios dos avanços na biologia, na genética e na medicina, relacionados ao genoma humano, devem ser disponibilizados a todos, com a devida consideração pela dignidade e pelos direitos humanos de cada indivíduo*. Essa disposição reflete o princípio bioético da justiça, o qual possui uma definição complexa, tendo em vista que sequer há uma definição filosófica uníssona sobre o significado da justiça, mormente, da justiça distributiva. Na Bioética, todavia, existe um consenso de que o princípio em questão se refere à obrigação de garantir uma distribuição universal, equitativa e justa do benefícios e descobertas científicas<sup>105</sup>. De acordo com Silva e Penna:

É inegável que o ideal de justiça é considerado supremo em toda sociedade humana. Por isso, a Bioética, implica no compromisso da sociedade em manter as pesquisas e a aplicação dos seus resultados. Isso significa, também, que os avanços científicos devem ser utilizados de modo universal beneficiando todos o indivíduos, independentemente de raça, sexo, cor ou classe social<sup>106</sup>.

Sobre a liberdade de pesquisa, ela foi assegurada, mas deve ser atender às diretrizes dispostas no corpo da Declaração. E mais,

Os pesquisadores e responsáveis por políticas científicas, públicas e privadas, devem atuar com responsabilidade (art. 13), solidariedade e difusão do conhecimento científico sobre o genoma humano e cooperação com os países em desenvolvimento (arts. 17, 18 e 19), para que as pesquisas e o conhecimento do genoma humano sirvam

<sup>104</sup>ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**, 1997. Art. 9º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por) . Acesso em 06 de nov. de 2022.

<sup>105</sup> SILVA, Lilian Ponchio e; PENNA, João Bosco. Bioética crítica: conceitos e desafios. *In: Temas Fundamentais de Direito e Bioética*. MARCHETTO, Patrícia Borba; BERGEL, Salvador Dario; FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; RAPIN, Talita Tatiana Dias. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2012, p. 39.

<sup>106</sup> SILVA, Lilian Ponchio e; PENNA, João Bosco. Bioética crítica: conceitos e desafios. *In: Temas Fundamentais de Direito e Bioética*. MARCHETTO, Patrícia Borba; BERGEL, Salvador Dario; FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; RAPIN, Talita Tatiana Dias. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2012, p. 43.

para aliviar o sofrimento da humanidade, melhorar a saúde pública e beneficiar a todos, excluídos os fins não pacíficos (arts. 14, 16 e 20)<sup>107</sup>

Percebe-se, pois, a abrangência do instrumento declaratório de 1997, o qual fez com que a UNESCO adotasse um sistema voltado para o acompanhamento da sua implementação. Assim, foi criado o Comitê Internacional de Bioética da UNESCO, que deve contribuir para a difusão dos princípios estabelecidos na Declaração de 1997, bem como para a futura análise das questões decorrentes de sua aplicação e evolução das tecnologias que envolvam o DNA<sup>108</sup>.

### 3.1.2 Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos

Anos mais tarde, mais precisamente em 2003, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) publicou a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos. Nessa Declaração, foi reprisada a garantia do respeito à *dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na recolha, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos, dos dados proteômicos humanos e das amostras biológicas a partir das quais eles são obtidos*<sup>109</sup>. Além disso, foi aditado que os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade seriam protegidos, tendo em vista a *liberdade de pensamento e de expressão, incluindo a liberdade de investigação*; bem como a definição dos *princípios que deverão orientar os Estados na formulação da sua legislação e das suas políticas sobre estas questões*<sup>110</sup>.

Entretanto, cabe ressaltar que a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos não é aplicável às investigações, detecções e julgamentos de casos penais, os quais

<sup>107</sup> DIEDRICH, Gislayne Fátima. Genoma Humano: direito internacional e legislação brasileira. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.) **Biodireito: ciência da vida e novos desafios**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais 1ª ed., 2001, p. 223.

<sup>108</sup> PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45 e 46.

<sup>109</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Art. 1º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0). Acesso em 06 de nov. de 2022.

<sup>110</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Art. 1º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0). Acesso em 06 de nov. de 2022.

deverão ser regidos pelo direito interno, em consonância com os direitos humanos internacionalmente consagrados. Literalmente:

As disposições da presente Declaração aplicam-se à recolha, ao tratamento, à utilização e à conservação dos dados genéticos humanos, dos dados proteômicos humanos e das amostras biológicas, exceto na investigação, detecção e julgamento de casos de delito penal, e de testes de paternidade, que se regem pelas leis internas em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos<sup>111</sup>.

Em sequência, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos trouxe alguns termos científicos e suas definições, dentre as quais merecem ser destacadas:

- (i) Dados genéticos humanos: informações relativas às características hereditárias dos indivíduos, obtidas pela análise de ácidos nucleicos ou por outras análises científicas;
- (iii) Consentimento: qualquer acordo específico, expresso e informado dado livremente por um indivíduo para que os seus dados genéticos sejam recolhidos, tratados, utilizados e conservados;
- (iv) Amostra biológica: qualquer amostra de material biológico (por exemplo células do sangue, da pele e dos ossos ou plasma sanguíneo) em que estejam presentes ácidos nucleicos e que contenha a constituição genética característica de um indivíduo;
- (v) Estudo de genética de populações: estudo que visa determinar a natureza e a amplitude das variações genéticas numa população ou nos indivíduos de um mesmo grupo ou entre indivíduos de grupos diferentes;
- (vi) Estudo de genética do comportamento: estudo que visa determinar possíveis relações entre características genéticas e comportamento;
- (vii) Método invasivo: obtenção de uma amostra biológica por um método que implica uma intrusão no corpo humano, por exemplo a extração de uma amostra de sangue com a ajuda de uma agulha e de uma seringa;
- (viii) Método não invasivo: obtenção de uma amostra biológica por um método que não implica intrusão no corpo humano, por exemplo por zaragatoa bucal;
- (ix) Dados associados a uma pessoa identificável: dados que contêm informações como o nome, a data de nascimento e a morada, a partir dos quais é possível identificar a pessoa cujos dados foram recolhidos;
- (x) Dados dissociados de uma pessoa identificável: dados não associados a uma pessoa identificável, por terem sido substituídas, ou dissociadas pela utilização de um código, todas as informações que permitiam identificar essa pessoa;
- (xi) Dados irreversivelmente dissociados de uma pessoa identificável: dados que não podem ser associados a uma pessoa identificável, por ter sido destruído o nexo com qualquer informação que permitisse identificar a pessoa que forneceu a amostra;
- (xii) Teste genético: método que permite detectar a presença, ausência ou modificação de um determinado gene ou cromossomo, incluindo um teste indirecto para um produto genético ou outro metabolito específico essencialmente indicativo de uma modificação genética específica;
- (xiii) Rastreamento genético: teste genético sistemático em grande escala proposto, no âmbito de um programa, a uma população ou a uma fração desta com o propósito de detectar características genéticas em indivíduos assintomáticos;
- (xiv) Aconselhamento genético: procedimento que consiste em explicar as consequências possíveis dos resultados de um teste ou de um rastreamento genético, suas vantagens e seus riscos e, se for caso disso, ajudar o indivíduo a assumir essas consequências a longo prazo. O aconselhamento genético tem lugar antes e depois do teste ou do rastreamento genético;

---

<sup>111</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Art. 1º, c. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0) . Acesso em 06 de nov. de 2022.

(xv) Cruzamento de dados: estabelecimento das relações entre as informações sobre um indivíduo que constam de diversos ficheiros constituídos para finalidades diferentes

Em que pese a importância dos dados genéticos para a identidade da pessoa, a Declaração de 2003 afirmou que não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, levando em consideração que ela é constituída pela *intervenção de complexos fatores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afetivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade*<sup>112</sup>.

Ademais, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos destacou a especificidade dos dados genéticos humanos, pois eles são preditivos para as predisposições genéticas, podendo ter impacto significativo para a família e para as futuras gerações. Além disso, revertem-se de importância cultural para o grupo. Nesse ínterim, conclui a Declaração que se deve *prestar a devida atenção ao caráter sensível dos dados genéticos humanos e garantir um nível de proteção adequados a esses dados e às amostras biológicas*.

Ainda, declararam-se as finalidades que as coletas de dados genéticos podem ter, destacando-se o diagnóstico e cuidado com a saúde, investigação médica e científica, medicina legal e processos civis e penais, bem como qualquer outro fim compatível com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997) e com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Os procedimentos aplicados devem ser transparentes para a coleta, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos<sup>113</sup>. Nesse diapasão, os Estados devem criar comitês de ética independentes e com a participação da sociedade *no seu conjunto no processo de tomada de decisão sobre as políticas gerais de recolha, tratamento, utilização e conservação dos dados genéticos humanos e dos dados proteômicos humanos e na avaliação da respectiva gestão, nomeadamente nos casos de estudos de genética das populações*.

A respeito do consentimento livre e informado, foram reprisadas as informações acerca do princípio bioético da autonomia privada, concedendo poderes de atuação à pessoa

---

<sup>112</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Art. 3º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0). Acesso em 06 de nov. de 2022.

<sup>113</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Art. 5º e 6º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0). Acesso em 06 de nov. de 2022.

humana<sup>114</sup>. E mais, acrescentou-se que *a pessoa poderá retirar o seu consentimento sem coerção e que daí não deverá resultar para ela qualquer desvantagem ou penalidade*. Tal direito foi esmiuçado nos artigos 8º e 9º<sup>115</sup>.

A respeito da não-estigmatização e da não discriminação, foi dito ser *necessário prestar a devida atenção às conclusões dos estudos de genética de populações e dos estudos de genética do comportamento, bem como às respectivas interpretações*.

Ratificou-se, no art. 12º, que, *quando são recolhidos dados genéticos humanos ou dados proteômicos humanos para fins de medicina legal ou de processos civis ou penais ou outras ações legais, incluindo testes de paternidade, a colheita de amostras biológicas in vivo ou post mortem só deverá ter lugar nas condições previstas pelo direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos*.

Ademais, acerca da vida privada e da confidencialidade dos dados genéticos, deve ser destacado o art. 14, *b*<sup>116</sup>, o qual prevê a proteção dos dados genéticos, garantindo a sua

---

<sup>114</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire e Navas; OLIVEIRA, Bruno Torquato. **Bioética e biodireito**. 5ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 28-30.

<sup>115</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Art. 8º e 9º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 8º Consentimento: (a) O consentimento prévio, livre, informado e expresso, sem tentativa de persuasão por ganho pecuniário ou outra vantagem pessoal, deverá ser obtido para fins de recolha de dados genéticos humanos, de dados proteômicos humanos ou de amostras biológicas, quer ela seja efectuada por métodos invasivos ou não-invasivos, bem como para fins do seu ulterior tratamento, utilização e conservação, independentemente de estes serem realizados por instituições públicas ou privadas. Só deverão ser estipuladas restrições ao princípio do consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos. (b) Quando, de acordo com o direito interno, uma pessoa é incapaz de exprimir o seu consentimento informado, deverá ser obtida uma autorização do seu representante legal, de acordo com o direito interno. O representante legal deverá agir tendo presente o superior interesse da pessoa em causa. (c) Um adulto que não esteja em condições de exprimir o seu consentimento deverá participar na medida do possível no processo de autorização. A opinião de um menor deverá ser tomada em consideração como um factor cujo carácter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade. (d) Os rastreios e testes genéticos praticados para fins de diagnóstico e de cuidados de saúde em menores e adultos incapazes de exprimir o seu consentimento não serão em princípio eticamente aceitáveis a não ser que tenham importantes implicações para a saúde da pessoa e tenham em conta o seu superior interesse.* *Art. 9º. Retirada do consentimento: (a) Quando são recolhidos dados genéticos humanos, dados proteômicos humanos ou amostras biológicas para fins de investigação médica e científica, o consentimento pode ser retirado pela pessoa envolvida, salvo se os dados em questão forem irreversivelmente dissociados de uma pessoa identificável. Em conformidade com as disposições do artigo 6º (d), da retirada do consentimento não deverá resultar qualquer desvantagem ou penalidade para a pessoa envolvida. (b) Quando uma pessoa retira o seu consentimento, os seus dados genéticos, os seus dados proteômicos e as suas amostras biológicas não deverão voltar a ser utilizados a menos que sejam irreversivelmente dissociados da pessoa envolvida. (c) Se os dados e as amostras biológicas não estiverem irreversivelmente dissociados, deverão ser tratados de acordo com os desejos da pessoa em causa. Se tais desejos não puderem ser determinados ou forem irrealizáveis ou perigosos, os dados e as amostras biológicas deverão ser irreversivelmente dissociados ou destruídos*

<sup>116</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Art. 14, *b*, *c*. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0)

confidencialidade, especialmente, no que tange a empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, os quais só poderão ter acesso aos dados por meio do consentimento do titular dos dados ou por um motivo de interesse público importante, previstos pelo direito interno e em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos.

Quanto à alteração da finalidade da utilização de dados genéticos, o artigo 16º referiu que esses dados sensíveis *não deverão ser utilizados para uma finalidade diferente incompatível com o consentimento dado originariamente, a menos que o consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa ou a utilização proposta, decidida de acordo com o direito interno, responda a um motivo de interesse público importante e esteja em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos*. Resta claro, portanto, que para o compartilhamento de dados no plano interno é imprescindível o consentimento do titular de dados ou lei específica autorizadora. Nesse mesmo sentido, dispõe o artigo 22 da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos de 2003<sup>117</sup>.

Por fim, foi reforçado o papel do Comitê Internacional de Bioética e o Comitê Intergovernamental de Bioética, os quais deverão analisar e formular os pareceres e propostas que possam acentuar a efetividade da Declaração, bem como foi ressaltada a vedação à interpretação da Declaração contrária aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

Tendo em vista a Declaração sobre Dados Genéticos de 2003, entende-se que ela é rica no sentido de proteger a coleta, o tratamento, a utilização e o descarte dos dados genéticos, caracterizando-os como dados sensíveis. Entretanto, a Declaração em comento é expressa no

---

382b852432a0 . Acesso em 06 de nov. de 2022. Art. 14, b, *Os dados genéticos humanos, os dados proteômicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos. A vida privada de um indivíduo que participa num estudo em que são utilizados dados genéticos humanos, dados proteômicos humanos ou amostras biológicas deverá ser protegida e os dados tratados como confidenciais*

<sup>117</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Art. 22. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0) . Acesso em 06 de nov. de 2022. Artigo 22. *Deverá ser indispensável obter o consentimento para qualquer cruzamento dos dados genéticos humanos, dos dados proteômicos humanos ou das amostras biológicas conservados para fins de diagnóstico e cuidados de saúde e também para fins de investigação médica e outra investigação científica, salvo se o direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, dispuser em sentido diferente.*

sentido da sua restringibilidade quando estiverem presentes disposições do direito interno em matéria de persecução penal. Nesse caso, o direito interno deve observar as diretrizes internacionais, bem como as normas de *jus cogens*, a fim de tutelar os direitos à privacidade e à confidencialidade dos dados, em contrapartida também deve ser permitido o cruzamento (ou compartilhamento) de dados para a persecução penal no interesse da sociedade, desde que haja previsão legal ou consentimento livre da pessoa.

### 3.1.3 Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos

Nos idos de 2005, veio à tona a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, a qual foi inaugurada dizendo ser aplicável a *questões de ética*<sup>118</sup> *suscitadas pela medicina, pelas ciências da vida e pelas tecnologias que lhes estão associadas, aplicadas aos seres humanos, tendo em conta as suas dimensões social, jurídica e ambiental*<sup>119</sup>.

A Declaração de 2005, também, trouxe como objetivos:

- (a) proporcionar um enquadramento universal de princípios e procedimentos que orientem os Estados na formulação da sua legislação, das suas políticas ou de outros instrumentos em matéria de bioética;
- (b) orientar as ações de indivíduos, grupos, comunidades, instituições e empresas, públicas e privadas;
- (c) contribuir para o respeito pela dignidade humana e proteger os direitos humanos, garantindo o respeito pela vida dos seres humanos e as liberdades fundamentais, de modo compatível com o direito internacional relativo aos direitos humanos;
- (d) reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando ao mesmo tempo a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos se insiram no quadro dos princípios éticos enunciados na presente Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais;
- (e) fomentar um diálogo multidisciplinar e pluralista sobre as questões da bioética entre todas as partes interessadas e no seio da sociedade em geral;

<sup>118</sup> De acordo com Goldim, “a palavra *bioética* foi utilizada pela primeira vez por Fritz Jahr, filósofo e teólogo alemão, em um pequeno texto publicado em 1926” (GOLDIM, José Roberto. 10 ensaios de Bioética. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2018, p. 12). Entretanto, a doutrina costuma mencionar Van Renssealer Potter (1971), da Universidade de Wisconsin, em Madison, como o primeiro nome a utilizar o termo bioética referindo-se a um ramo do conhecimento destinado a fazer um elo entre as ciências da vida e os estudos de valores (SILVA, Lillian Ponchio e; PENNA, João Bosco. Bioética crítica: conceitos e desafios. In: Temas Fundamentais de Direito e Bioética. MARCHETTO, Patrícia Borba; BERGEL, Salvador Dario; FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; RAPIN, Talita Tatiana Dias. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2012, p. 34).

<sup>119</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 1º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1). Acesso em 06 de nov. de 2022.

(f) promover um acesso equitativo aos progressos da medicina, da ciência e da tecnologia, bem como a mais ampla circulação possível e uma partilha rápida dos conhecimentos relativos a tais progressos e o acesso partilhado aos benefícios deles decorrentes, prestando uma atenção particular às necessidades dos países em desenvolvimento;

(g) salvaguardar e defender os interesses das gerações presentes e futuras;

(h) sublinhar a importância da biodiversidade e da sua preservação enquanto preocupação comum à humanidade<sup>120</sup>.

Em sequência, foram repetidos os princípios da dignidade humana e direitos humanos<sup>121</sup>, benefício e dano<sup>122</sup> (princípio da beneficência com viés utilitarista), autonomia e responsabilidade<sup>123</sup> individual<sup>124</sup>, consentimento<sup>125</sup>, respeito pela vulnerabilidade humana e

<sup>120</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 2º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1). Acesso em 06 de nov. de 2022.

<sup>121</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 3º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1). Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 3º. Dignidade Humana e Direitos Humanos: a) A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade. b) Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.*

<sup>122</sup> Art. 4º *Benefícios e Danos. Os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisa e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trate da aplicação e do avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas.*

<sup>123</sup> O princípio da responsabilidade sobreleva o “aspecto da causalidade, proporcionalidade e da imputabilidade das consequências atribuíveis à conduta” (SÁ, Maria de Fátima Freire e Navas; OLIVEIRA, Bruno Torquato. **Bioética e biodireito**. 5ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 30).

<sup>124</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 5º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1). Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 5º. Autonomia e Responsabilidade Individual. Deve ser respeitada a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões e respeitem a autonomia dos demais. Devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia.*

<sup>125</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 6º e 7º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1). Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 6º. Consentimento: a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito. b) A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito. Exceções a este princípio somente devem ocorrer quando em conformidade com os padrões éticos e legais adotados pelos Estados, consistentes com as provisões da presente Declaração, particularmente com o Artigo 27 e com os direitos humanos. c) Em casos específicos de pesquisas desenvolvidas em um grupo de indivíduos ou comunidade, um consentimento adicional dos representantes legais do grupo ou comunidade envolvida pode ser buscado. Em nenhum caso, o consentimento coletivo da comunidade ou o consentimento de um líder da comunidade ou outra autoridade deve substituir o consentimento informado individual. Artigo 7º. Indivíduos sem a Capacidade para Consentir. Em conformidade com a legislação, proteção especial deve ser dada a indivíduos sem a capacidade para fornecer consentimento: a) a autorização para pesquisa e prática médica deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo envolvido e de acordo com a legislação nacional. Não*

pela integridade individual<sup>126</sup>, privacidade e confidencialidade<sup>127</sup>, igualdade, justiça e equidade<sup>128</sup>, não-discriminação e não-estigmatização<sup>129</sup>, respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo<sup>130</sup>, solidariedade e cooperação<sup>131</sup>, responsabilidade social e saúde<sup>132</sup>,

---

*obstante, o indivíduo afetado deve ser envolvido, na medida do possível, tanto no processo de decisão sobre consentimento assim como sua retirada; b) a pesquisa só deve ser realizada para o benefício direto à saúde do indivíduo envolvido, estando sujeita à autorização e às condições de proteção prescritas pela legislação e caso não haja nenhuma alternativa de pesquisa de eficácia comparável que possa incluir sujeitos de pesquisa com capacidade para fornecer consentimento. Pesquisas sem potencial benefício direto à saúde só devem ser realizadas excepcionalmente, com a maior restrição, expondo o indivíduo apenas a risco e desconforto mínimos e quando se espera que a pesquisa contribua com o benefício à saúde de outros indivíduos na mesma categoria, sendo sujeitas às condições prescritas por lei e compatíveis com a proteção dos direitos humanos do indivíduo. A recusa de tais indivíduos em participar de pesquisas deve ser respeitada.*

<sup>126</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 1º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 8º Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual. A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.*

<sup>127</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 9º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 9º. Privacidade e Confidencialidade. A privacidade dos indivíduos envolvidos e a confidencialidade de suas informações devem ser respeitadas. Com esforço máximo possível de proteção, tais informações não devem ser usadas ou reveladas para outros propósitos que não aqueles para os quais foram coletadas ou consentidas, em consonância com o direito internacional, em particular com a legislação internacional sobre direitos humanos*

<sup>128</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 10º. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 10º. Igualdade, Justiça e Equidade. A igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e de direitos deve ser respeitada de modo que todos sejam tratados de forma justa e equitativa.*

<sup>129</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 11. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 11. Não-Discriminação e Não-Estigmatização. Nenhum indivíduo ou grupo deve ser discriminado ou estigmatizado por qualquer razão, o que constitui violação à dignidade humana, aos direitos humanos e liberdades fundamentais.*

<sup>130</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 12. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 12. Respeito pela Diversidade Cultural e pelo Pluralismo. A importância da diversidade cultural e do pluralismo deve receber a devida consideração. Todavia, tais considerações não devem ser invocadas para violar a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais nem os princípios dispostos nesta Declaração, ou para limitar seu escopo.*

<sup>131</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 13. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 13. Solidariedade e Cooperação. A solidariedade entre os seres humanos e cooperação internacional para este fim devem ser estimuladas.*

<sup>132</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 14. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1)

compartilhamento dos benefícios<sup>133</sup>, proteção das gerações futuras<sup>134</sup>, proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade<sup>135</sup>.

Os princípios elencados gozam de aplicabilidade por instrumentos previstos na própria Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, não se excluindo a efetividade de demais instrumentos previstos na ordem interna dos Estados. Nesse diapasão, a tomada de decisão no tratamento de questões bioéticas deve ser realizada a partir de um diálogo, isto é, um *debate público pluralista, buscando-se a manifestação de todas as opiniões relevantes*. Além disso, é prevista a criação, manutenção e apoio aos comitês de ética que devem ser independentes, multidisciplinares e pluralistas, buscando os fins previstos na Declaração de 2005.

De mais a mais, deve-se *promover a avaliação e o gerenciamento adequado de riscos relacionados à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas*. Nesse contexto, vem

---

c0a8d48644e1 . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 14. Responsabilidade Social e Saúde. a) A promoção da saúde e do desenvolvimento social para a sua população é objetivo central dos governos, partilhado por todos os setores da sociedade. b) Considerando que usufruir o mais alto padrão de saúde atingível é um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, convicção política, condição econômica ou social, o progresso da ciência e da tecnologia deve ampliar: (i) o acesso a cuidados de saúde de qualidade e a medicamentos essenciais, incluindo especialmente aqueles para a saúde de mulheres e crianças, uma vez que a saúde é essencial à vida em si e deve ser considerada como um bem social e humano; (ii) o acesso a nutrição adequada e água de boa qualidade; (iii) a melhoria das condições de vida e do meio ambiente; (iv) a eliminação da marginalização e da exclusão de indivíduos por qualquer que seja o motivo; e (v) a redução da pobreza e do analfabetismo.*

<sup>133</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 15. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 15. Compartilhamento de Benefícios. a) Os benefícios resultantes de qualquer pesquisa científica e suas aplicações devem ser compartilhados com a sociedade como um todo e, no âmbito da comunidade internacional, em especial com países em desenvolvimento. Para dar efeito a esse princípio, os benefícios podem assumir quaisquer das seguintes formas: (i) ajuda especial e sustentável e reconhecimento aos indivíduos e grupos que tenham participado de uma pesquisa; (ii) acesso a cuidados de saúde de qualidade; (iii) oferta de novas modalidades diagnósticas e terapêuticas ou de produtos resultantes da pesquisa; (iv) apoio a serviços de saúde; (v) acesso ao conhecimento científico e tecnológico; (vi) facilidades para geração de capacidade em pesquisa; e (vii) outras formas de benefício coerentes com os princípios dispostos na presente Declaração. b) Os benefícios não devem constituir indução inadequada para estimular a participação em pesquisa.*

<sup>134</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 16. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 16. Proteção das Gerações Futuras. O impacto das ciências da vida sobre gerações futuras, incluindo sobre sua constituição genética, deve ser devidamente considerado.*

<sup>135</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Art. 17. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022. *Artigo 17. Proteção do Meio Ambiente, da Biosfera e da Biodiversidade. Devida atenção deve ser dada à inter-relação de seres humanos com outras formas de vida, à importância do acesso e utilização adequada de recursos biológicos e genéticos, ao respeito pelo conhecimento tradicional e ao papel dos seres humanos na proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade.*

à tona o princípio da precaução, o qual significa que “diante de uma incerteza científica sobre o risco que acarreta uma determinada atividade ou produto, cabe adotar medidas de segurança. Trata-se de uma estratégia preventiva (...)”<sup>136</sup>.

Também, é incentivado que os Estados promovam a bioética nas esferas internas, criando comitês de éticas independentes. Por sua vez, na seara internacional, as ações serão acompanhadas pelo Comitê Intergovernamental de Bioética e pelo Comitê Internacional de Bioética.

Observa-se ainda que a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos refere-se, precipuamente, a investigações enquanto pesquisas científicas, e não à seara criminal. Nesse encadeamento de ideias, deve ser gizado que a Declaração citada incide na seara criminal, mas pode ser limitada, diante da legislação interna, sempre respeitando os direitos e as liberdades de terceiro. Vide o artigo 27, porquanto é único que trata da seara criminal, literalmente:

Se a aplicação dos princípios da presente Declaração tiver que ser limitada, tal limitação deve ocorrer em conformidade com a legislação, incluindo a legislação referente aos interesses de segurança pública para a investigação, constatação e acusação por crimes, para a proteção da saúde pública ou para a proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Quaisquer dessas legislações devem ser consistentes com a legislação internacional sobre direitos humanos.

Por fim, observa-se que as normas bioéticas também devem ser aplicadas à genética forense, utilizando o patrimônio genético de forma a se preocupar com o “cuidado com a vida, com o outro, numa relação de corresponsabilidade”<sup>137</sup>. Assim, os princípios bioéticos da não-maleficência, da beneficência, da justiça e da autonomia, bem como os princípios do biodireito<sup>138</sup> devem incidir no campo investigativo quando tiver em questão a busca por dados genéticos, sempre visando a promoção de um nível de bem-estar melhor para a coletividade, sem deixar de sopesar os direitos individuais e fundamentais do investigado.

---

<sup>136</sup> MICHEL, Mónica Navarro. *In*: CASADO, María (org.). **Sobre a dignidade e os princípios: uma análise da declaração universal sobre bioética e direito humanos da Unecos**. Janaína de Azevedo Baladão (trad.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

<sup>137</sup> CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58.

<sup>138</sup> O neologismo biodireito designa o caráter jurídico que venha a surgir dos desdobramentos do avanço científico na área da biotecnologia. É dizer, o “Biodireito, além de disseminar as mais variadas discussões das consequências jurídicas impostas pela biociência, tem a missão de normatizar os fenômenos sociais derivados dos avanços tecnológicos envolvendo a vida” (SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Editora Pilhães, 2008, p. 74). Conquanto não haja consenso sobre se o biodireito deve ser qualificado como um novo ramo do direito, é salutar a existência de um processo legiferante que transcenda o Biodireito e a Bioética, colocando essas ciências em diálogo e debate, a fim de assegurar um equilíbrio entre desenvolvimento científico e dignidade humana RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 32). Ademais, devem ser referidos os princípios gerais do Biodireito, a saber, o princípio da precaução, da autonomia privada, da responsabilidade e da dignidade humana

### 3.1.4 Direito comparado

No âmbito do direito comparado, constata-se que a Constituição da República Portuguesa e a Constituição da Suíça também trazem a proteção da identidade genética como merecedora de tutela constitucional.

A Constituição Federal da Confederação Suíça traz, no artigo 118 *b*<sup>139</sup>, alguns princípios bioéticos para a pesquisa envolvendo a genética. Nesse contexto, vale notar o artigo 119 dessa Magna Carta, o qual é de suma importância, pois versa sobre procriação medicamente assistida e engenharia genética. Pela sua relevância, transcreve-se o artigo 119 da referida Carta:

1. Os seres humanos devem ser protegidos contra abusos no campo da procriação medicamente assistida e da engenharia genética.
2. A Confederação legisla sobre o uso do patrimônio germinal e genético humano. Ao fazê-lo, assegura a proteção da dignidade humana, da personalidade e da família e respeita, em particular, os seguintes princípios:
  - a. é proibida qualquer forma de clonagem e qualquer intervenção no patrimônio genético de gametas e embriões humanos;
  - b. o patrimônio genético e germinal não humano não pode ser transferido nem fundido com o patrimônio germinal humano;
  - c. o uso de métodos de procriação medicamente assistida só é autorizado quando a esterilidade ou o perigo de transmissão de uma doença grave não puder ser descartado de outra forma, e não para desenvolver certas qualidades na criança ou fazer a pesquisa; a fertilização de óvulos humanos fora do corpo da mulher só é permitida nas condições previstas em lei; apenas o número de óvulos humanos necessários para a procriação medicamente assistida pode ser desenvolvido fora do corpo da mulher até o estágio embrionário.
  - d. a doação de embriões e todas as formas de barriga de aluguel são proibidas;
  - e. não pode haver comércio de material germinal humano ou produtos resultantes de embriões;
  - f. o patrimônio genético de uma pessoa só pode ser analisado, registrado e comunicado com o consentimento dessa pessoa ou por força de lei;

---

<sup>139</sup> SUÍÇA. **Constituição da Confederação Federal da Suíça**. Disponível em: <RS 101 - Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (admin.ch) >. Acesso em: 01 abr. 2022. Tradução nossa. *Art. 118, b. A Confederação legisla sobre a pesquisa em seres humanos, na medida em que a proteção da dignidade humana e da personalidade assim o exija. Ao fazê-lo, garante a liberdade de pesquisa e leva em consideração a importância da pesquisa para a saúde e a sociedade.*

*2 Adere aos seguintes princípios para pesquisa em biologia e medicina envolvendo pessoas:*

- a. um projeto de pesquisa só pode ser realizado se a pessoa que nele participa ou a pessoa designada por lei tiver dado seu consentimento informado; a lei pode prever exceções; uma recusa é obrigatória em todos os casos;*
- b. os riscos e encargos incorridos pelas pessoas que participam de um projeto de pesquisa não devem ser desproporcionais à utilidade do projeto;*
- c. um projeto de pesquisa só pode ser realizado em pessoas incapazes de discernimento se resultados equivalentes não puderem ser obtidos em pessoas capazes de discernimento; quando o projeto de pesquisa não permite esperar um benefício direto para pessoas incapazes de discernimento, os riscos e constrangimentos devem ser mínimos;*
- d. um laudo pericial independente do projeto de pesquisa deve ter estabelecido que a proteção das pessoas que participam deste projeto está garantida.*

g. todos têm acesso a dados relativos à sua ascendência<sup>140</sup>.

O artigo revela, consoante alínea f, que o consentimento ou a lei são necessários para que se analise, registre ou se comunique o patrimônio genético. Nesse ínterim, por ser disposição constitucional, tal dispositivo também é aplicável à seara penal.

Já a Constituição da República Portuguesa de 1976 estabelece no artigo 26, 3, que a “lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”<sup>141</sup>. De acordo com a doutrina, essa disposição aponta que a identidade genética é inviolável e irrepetível, bem como deve ser fruto do acaso – e não da heterodeterminação -, de forma a se revelar o genoma humano como substrato da identidade pessoal, enquanto expressão da dignidade humana<sup>142</sup>.

Ainda, segundo Otero, a revisão constitucional de 1997 que introduziu o artigo 26 remeteu à lei ordinária a configuração do que seria identidade genética, sem prejuízo de poder extrair-se duas funções de tal artigo, quais sejam, (i) sob pena de inconstitucionalidade por omissão, o legislador deve disciplinar a matéria envolvendo a garantia da identidade genética; (ii) a norma atentatória à identidade genética é inconstitucional<sup>143</sup>.

No contexto do direito internacional e do direito interno comparado, percebe-se a preocupação com a genética e demais ciências da vida. Dessarte, foram estabelecidas diretrizes que respeitam os direitos humanos e fundamentais no que tange à pesquisa e à manipulação de dados genéticos.

O direito internacional também repercutiu na legislação brasileira. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na sua redação original, já protegia direitos relacionados com a intimidade e privacidade. Dessarte, no próximo capítulo, cuidaremos da proteção conferida pela Lei Maior da República Brasileira.

---

<sup>140</sup> SUÍÇA. **Constituição da Confederação Federal da Suíça**. Disponível em: <RS 101 - Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (admin.ch)>. Acesso em: 01 abr. 2022. Tradução nossa.

<sup>141</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** de 2 de abril de 1976. Disponível em: <Constituição da República Portuguesa (parlamento.pt)>. Acesso em 06 de julho de 2021.

<sup>142</sup> PÉTTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

<sup>143</sup> OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p 85-86.

### 3.2 OS DIREITOS RELACIONADOS COM A GENÉTICA E CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Um Estado de direitos humanos, como é reconhecida a República Federativa do Brasil, bem como a maioria dos Estados Nacionais ocidentais, deve assumir uma postura orientada pela ética no que diz respeito às ciências da vida. Nesse diapasão, não deve ser permitida uma neutralidade científica, em termos éticos, pois a suposta neutralidade revela-se como uma indiferença perante valores como vida humana e garantia da dignidade do ser humano<sup>144</sup>.

Diante da necessidade de assumir uma postura orientada pela ética e impulsionadora dos direitos humanos fulcrados na dignidade humana, o desenvolvimento da tecnologia nos domínios da biomedicina e da genética enfrentam, ou deveriam enfrentar, limites na própria investigação ou utilização das mais novas técnicas. Consoante Otero:

Fala-se mesmo em necessidade de “moralização da natureza humana”, salientando tudo aquilo que a ciência e a técnica tornaram possível no domínio das ciências da vida tem de estar sujeito a um controlo moral limitativo das possibilidades tecnicamente abertas ou, em termos complementares, identificando a “moralização da natureza humana” com a afirmação de uma “autocompreensão ética da espécie”<sup>145</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora não tenha cláusula expressa envolvendo a genética, não é neutra, porquanto resguarda a dignidade humana como fundamento do Estado e protege os direitos da personalidade<sup>146</sup>.

Embora não exista uma qualificação completa sobre o termo dignidade humana, propõe-se que ele seja visto sob as perspectivas das seguintes teorias jurídico-filosóficas:

(i) da “fórmula-objeto” (a pessoa não pode ser reduzida a mero objeto); (ii) do dote (o homem é dotado de qualidade especial, seja ela de origem divina, como propunha Agostinho, ou derivada da autonomia moral, como também se pode depreender de Kant); (iii) do desempenho (ganha-se dignidade com o livre desenvolvimento da

---

<sup>144</sup> OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Tomo I, 3ª reimpressão da edição de setembro de 2007, Coimbra: Almedina, 2020, p. 634.

<sup>145</sup> OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Tomo I, 3ª reimpressão da edição de setembro de 2007, Coimbra: Almedina, 2020, p. 633.

<sup>146</sup> Segundo NAVES e SÁ, “os direitos da personalidade são situações jurídicas subjetivas sobre a própria pessoa, considerada como unidade física e moral. Sua origem romana já indicava, pela expressão *ius in se ipsum*, o fato de os direitos da personalidade dizerem respeito a algo da pessoa em si mesma, tendo por objeto manifestações determinadas da personalidade humana. O ser humano é absoluto, no sentido de que deve ser considerado em seu todo incindível. Os direitos da personalidade são diretamente proporcionais à qualidade precípua a de ser pessoa, do que decorre a sua dignidade moral, o homem tem direito sobre si mesmo” (NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 32).

personalidade) e (iv) da comunicação (a dignidade deriva do acordo da comunidade)<sup>147</sup>.

Dessarte, no âmbito jurídico e filosófico, a dignidade humana é vista como elemento intrínseco, isto é, inseparável da humanidade de todo indivíduo, não se cuidando de mero elemento accidental<sup>148</sup>. Nesse ínterim, destaca-se que a dignidade humana, decorrente da Constituição Brasileira de 1988 e da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, é a forma pela qual se dá o tratamento e se confere a fundamentação “aos direitos humanos, aos direitos fundamentais e, por consequência, aos direitos da personalidade”<sup>149</sup>.

Consoante a doutrina e a jurisprudência brasileira, existe uma “uma cláusula geral inclusiva de todas as manifestações particulares da personalidade humana”<sup>150</sup>, fulcrada na dignidade humana, a qual funciona como fundamento de um direito implícito e geral da personalidade no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

Em síntese, é possível afirmar que o direito geral de personalidade (ou direito ao livre desenvolvimento da personalidade) implica uma proteção abrangente em relação a toda e qualquer forma de violação dos bens da personalidade, estejam eles, ou não, expressa e diretamente reconhecidos ao nível da constituição. É, portanto, em virtude da existência de uma cláusula geral e aberta de proteção e promoção da personalidade que, no caso brasileiro, tem sido fundada especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, que se adota o entendimento de que o rol de direitos especiais de personalidade (sejam eles previstos na legislação infraconstitucional, sejam eles objeto de reconhecimento expresso na Constituição Federal) não é de cunho taxativo<sup>151</sup>.

Assim, o papel do hermeneuta, a partir da cláusula aberta quanto ao livre desenvolvimento da personalidade, é reconhecer os direitos fundamentais por meio da análise de seu conteúdo e relevância, atuando com critérios cujo rigor deve ser observado, sob pena de, por um lado, esvaziar o conteúdo e enfraquecer a força normativa da Constituição, e por outro lado, proporcionar uma proteção ineficiente de direitos fundamentais<sup>152</sup>. Nesse ínterim, almejando a efetiva proteção de direitos fundamentais, “é possível, inicialmente, construir os contornos do

<sup>147</sup> MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco (trads) São Paulo: Saraiva, 2016. *Apud* CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun; FIGUEIREDO, Anna Ascensão Verdadeiro de. Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade: uma visão crítica. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus [et al] **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. CORREIA, Atalá;; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2018, p. 28.

<sup>148</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Identificación genética, discriminación y criminalidad: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82.

<sup>149</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 397.

<sup>151</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 398.

<sup>152</sup> PETTERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (orgs). **Direitos fundamentais e biotecnológica**. São Paulo: Método, 2008, p.245.

direito à identidade genética – como direito fundamental implícito na ordem jurídico-constitucional brasileira – especialmente a partir do princípio da dignidade humana”<sup>153</sup>.

Restando consignado que os direitos da personalidade são uma das formas de expressão do princípio fundante da dignidade humana, imprescindível relacionar o direito à identidade, à privacidade, à intimidade e à proteção de dados com a proteção do genoma humano e dos dados genéticos para aferir a posição ideológica e axiologicamente comprometida da República Federativa do Brasil estatuída em 1988.

### 3.2.1 Direito à identidade

O direito à identidade, direito fundamental de cunho moral, não está expressamente previsto, mas está constitucionalmente assegurado em virtude da proteção à dignidade humana. Nesse encadeamento de ideias, nota-se que o direito à identidade é um direito da personalidade, pois é um atributo da personalidade humana, e esta, por sua vez, está baseada na dignidade do ser humano.

Assim, considerando que a cláusula geral de proteção da personalidade está constitucionalmente assegurada, já que decorre da proteção à dignidade da pessoa humana, o “fundamento dos direitos especiais da personalidade está na cláusula geral, como emanção do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, com a imposição de que todas as manifestações dessa dignidade sejam juridicamente tuteladas”<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> PETERLE, Selma Rodrigues. Notas sobre a fundamentação e a titularidade do direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (orgs). **Direitos fundamentais e biotecnológica**. São Paulo: Método, 2008, p.246.

<sup>154</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 55.

Consoante a doutrina, os direitos da personalidade são “absolutos<sup>155</sup>, extrapatrimoniais ou extrapecuniários<sup>156</sup>, intransmissíveis ou indisponíveis<sup>157</sup>, impenhoráveis e imprescritíveis<sup>158</sup>, irrenunciáveis<sup>159</sup>, vitalícios e necessários<sup>160</sup> e, finalmente, ilimitados<sup>161»162</sup>. Dessa forma, o direito à identidade também possui tais características, dentre as quais destacamos a irrenunciabilidade, pois esta não é uma característica absoluta.

Ademais, o direito à identidade apresenta duplo aspecto: um estático e outro dinâmico. O aspecto estático reflete a identidade pessoal, abrangendo o nome e caracteres físicos da pessoa.

---

<sup>155</sup> De acordo com Leite, “os direitos da personalidade são absolutos ou de exclusão, com preferem alguns autores, pois são oponíveis *erga omnes*, implicando um dever geral de abstenção, vale dizer, uma obrigação negativa. São absolutos porque o seu respeito impõe a todos”. (LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 157).

<sup>156</sup> Segundo Leite, “Extrapatrimoniais, ou, como identificam alguns, extrapecuniários: os bens jurídicos sobre os quais incidem os direitos da personalidade não são suscetíveis de avaliação econômica ou pecuniária. Tais bens não dispõem de qualquer utilidade econômica e, por essa razão, não podem ser comercializados ou por impossibilidade natural ou por vedação da lei. São bens que estão fora do comércio. Isso não obsta, entretanto, que sua lesão possa dar lugar a consequências patrimoniais, através do ressarcimento do dano, tanto material como moral. Desse modo, falar-se-ia que os direitos da personalidade não são patrimoniais, a não ser reflexamente, quando violados”. (LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 158).

<sup>157</sup> Conforme Leite, “Intransmissíveis ou indisponíveis: são intransmissíveis, pois inseparáveis da pessoa, razão pela qual nascem e se extinguem *ope legis* com a pessoa. Em verdade, a ninguém é dado gozar em lugar de outrem bens como a vida a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra, o nome, o recato e assim por diante. É claro que a intransmissibilidade decorre, naturalmente, do fato de se encontrarem tais direitos fora do comércio, sendo vedada, assim, sua avaliação em dinheiro. Essa impossibilidade de transmissão ou de transferência, que marca os chamados direitos da personalidade, decorre da própria natureza dos bens que envolve. (LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 158).

<sup>158</sup> Consoante Leite, “impenhoráveis ou imprescritíveis: pois não se extinguem, quer pelo não uso, quer pela inércia na sua defesa, não ficando sujeitos à execução forçada (...)”. (LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 158).

<sup>159</sup> Para Leite, “Irrenunciáveis: a não é possível alienar a personalidade, então também não há a que se falar em renúncia da mesma. A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: ter ligação íntima com a personalidade e ter eficácia irradiada por essa”. (LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 159).

<sup>160</sup> Nas palavras de Leite, “Vitalícios e necessários: são necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos. Em consequência, jamais se perdem esses direitos, enquanto viver o titular, sobrevivendo-lhes a proteção legal em algumas espécies. Tratam-se de direitos que permanecem ligados em caráter definitivo à pessoa do respectivo titular” (LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 159).

<sup>161</sup> Nos ensinamentos de Leite, “Ilimitados: é impossível limitá-los em um *numerus clausus*, porque são próprios do ser humano” (LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 159).

<sup>162</sup> LEITE, Rita de Cássia Curvo. Direitos da Personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 157..

Já o aspecto dinâmico é interno, mas é formado pela alteridade e pelo convívio social, dizendo respeito às crenças e experiências das pessoas<sup>163</sup>.

A respeito do direito à identidade genética, cuida-se de um novo direito humano e fundamental, pois atinge a constituição do ser humano enquanto espécie e pessoa<sup>164</sup>, tendo como fundamento a dignidade humana. Nas palavras de Cardoso,

Certo é que a pessoa tem a prerrogativa de buscar sua identidade genética, um dos sinais sociais da identidade humana, que, junto com seu nome, estado civil, naturalidade, domicílio, assim como sua história pessoal e sua reputação, entre outros, moldam a sua inserção socioambiental, são objetos de tutela jurídica e formam a originalidade e individualidade do ser humano permitindo que ele atinja sua afirmação pessoal e o pleno desenvolvimento de sua personalidade<sup>165</sup>.

Outrossim, entende-se que “os dados genéticos de uma pessoa revelam uma faceta de sua identidade – a identidade genética, a qual traz em seu bojo a correspondência ao genoma de cada ser humano, ou seja, o fundamento biológico ínsito a cada um”<sup>166</sup>. Nesse ínterim, percebe-se a articulação ambivalente do direito à identidade genética do ser humano: por um lado, corresponde à identidade personalíssima do indivíduo; por outro lado, engloba a identidade genética do ser humano enquanto espécie, constituindo patrimônio da humanidade, conforme a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997<sup>167</sup>.

No contexto da proteção do genoma humano e da identidade genética, ratifica-se que existe uma garantia, prevista implicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, forte na cláusula geral dos direitos da personalidade e na dignidade humana, contra a realização de pesquisas científicas atentatórias à dignidade e à identidade genética. Nesse ínterim, ensina Otero:

a tendência da moderna investigação científica ser conduzida sem qualquer alusão a uma visão moral ou ética, levando certos cientistas a defenderem a pesquisa como um fim em si mesma, isto sem ‘meterem no centro do seu interesse, a pessoa e a globalidade de sua vida’ mostra-se contrariada pelo imperativo constitucional no âmbito da pesquisa biomédica: liberdade de criação, a liberdade de desenvolvimento tecnológico e a liberdade de experimentação científica não são ilimitadas, antes se

<sup>163</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 89.

<sup>164</sup> XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 57.

<sup>165</sup> CARDOSO, Marcia Sadi Haron. DNA, investigação de paternidade e direitos da personalidade: uma análise jurisprudencial. *In*: **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato**. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus *et al.* Barueri, SP: Manole, 2019, p. 493.

<sup>166</sup> NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 109.

<sup>167</sup> XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 59.

encontram teleologicamente orientadas ao serviço do homem e condicionadas a respeitar a dignidade e a identidade genética de cada ser humano<sup>168</sup>.

Consignado que a pesquisa não pode ser cega, pois a Constituição é cristalina quanto à dignidade humana ser fundamental, resta clara a existência de um bem jurídico protegido que serve de linha mestra na utilização de tecnologias envolvendo o genoma humano. Nesse diapasão, é sabido ser controverso o próprio conceito de bem jurídico, mas adotaremos, neste trabalho, o conceito de bem jurídico como um valor vital para a vida humana e comunitária, que, por sua significação cultural e social, é juridicamente protegido<sup>169</sup>.

À luz dos ensinamentos de Souza, existe o bem jurídico identidade genética, o qual é uma expressão da dignidade humana e está fulcrado em uma das camadas do direito de personalidade<sup>170</sup>. Embora esse bem jurídico seja aplicado frequentemente quando se fala em engenharia genética, é possível trazê-lo para o âmbito da investigação criminal, pois o uso de dados genéticos pode ingerir sobre a identidade genética, a qual tem como base o genoma humano.

Ademais, observa-se que, conquanto o direito à identidade seja irrenunciável, pois assim o são os direitos à personalidade, o seu exercício pode ser restringido em alguns casos, desde que seja possibilitado o restabelecimento integral a qualquer tempo<sup>171</sup>. Nesse sentido, embora o Código Civil Brasileiro situe que os limites do exercício dos direitos da personalidade devem ser estabelecidos em lei, a doutrina aponta que eventual limite negocial deve levar em consideração se a restrição violou (ou não) o princípio geral da preservação da dignidade humana e o respeito ético pela pessoa humana como atributo de uma cláusula geral<sup>172</sup>.

Finalmente, os direitos da personalidade, incluindo o direito à identidade, possuem limites intrínsecos e extrínsecos. Os primeiros limites são demarcados pela lei que estabelece o seu conteúdo, estabelecendo uma pré-delimitação do domínio de aplicação do respectivo direito. Já os limites extrínsecos dizem respeito à conjugação dos direitos da personalidade com outras situações protegidas pela ordem jurídica<sup>173</sup>. Diante disso, conclui-se que

---

<sup>168</sup> OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Livreria Almedina, 1999, p. 96.

<sup>169</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **A criminalidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

<sup>170</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **Bem jurídico penal e engenharia genética humana**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 355 e 383.

<sup>171</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27.

<sup>172</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29-30.

<sup>173</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29-30.

O caráter absoluto dos direitos da personalidade não pode significar uma liberdade arbitrária atribuída ao seu titular, devendo, pois, sofrer limitações do direito na própria lei que os instituiu e diante da dinâmica do direito em face da conjugação com outras situações protegidas, deve sofrer limitações valoradas, objetivamente segundo os interesses e fins sociais da ordem jurídica<sup>174</sup>.

Logo, o direito à identidade genética está fulcrado na dignidade humana, pertencendo à categoria dos direitos da personalidade. Nessa toada, deve ser destacado que esse direito não é ilimitado e arbitrário e, por conseguinte, respeita os limites legais e constitucionais, bem como o princípio da proporcionalidade para ser restringido.

### 3.2.2 Direito à privacidade e intimidade

O direito à privacidade foi contemplado no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e tem suas raízes na liberdade individual. Cuida-se de um direito inerente à pessoa, isto é, “não precisa ser conquistado para possuí-lo nem se perde por desconhecê-lo”<sup>175</sup>. Além disso, o Código Civil de 2002<sup>176</sup>, seguindo os ditames da Magna Carta Brasileira, “disciplinou o direito à vida privada, como direito da personalidade, determinando a existência de um isolamento natural da pessoa, onde a mesma possa viver o seu interior e se manifestar livre dos olhos sociais”<sup>177</sup>.

Embora exista doutrina sustentando a distinção entre o direito à privacidade e o direito à intimidade – o primeiro versando sobre “comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, incluindo as relações comerciais e profissionais, ao passo que o segundo guardaria relação com a proteção mais íntima do indivíduo”<sup>178</sup>-, adotamos a posição de que, devido à fluidez entre as diversas esferas da vida privada (incluindo a

<sup>174</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 31.

<sup>175</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 93.

<sup>176</sup> Vide artigo 21 do Código Civil Brasileiro de 2002, *in verbis*: art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL, LEI N o 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm), acesso em 21 de abril de 2022).

<sup>177</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 129.

<sup>178</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 405,

intimidade), a privacidade deve ser vista de forma ampla, abrangendo a intimidade no seu âmbito de proteção<sup>179</sup>.

Ainda, de acordo com a doutrina tradicional, o direito à intimidade e à privacidade é um direito de cunho psíquico, porquanto resguarda que certos aspectos da personalidade não cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, “limita-se, com esse direito, o quanto possível, a inserção de estranho na esfera privada ou íntima da pessoa”<sup>180</sup>. Assim, o direito à privacidade seria um direito de primeira geração, pois estabeleceria a não ingerência do Estado.

Adita-se estar situado, no âmbito do direito à intimidade, o resguardo da vida privada em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais. Segundo Bittar, “o ponto nodal desse direito encontra-se na exigência de resguardo ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade cheguem ao conhecimento de terceiros”<sup>181</sup>. No mesmo sentido, lecionam Canotilho e Vital Moreira:

O direito à reserva da intimidade e da vida privada e familiar analisa-se principalmente em dois direitos menores (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Alguns outros direitos fundamentais funcionam como garantias deste: é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, da proibição de tratamento informático e de dados referentes à vida privada. Instrumentos jurídicos privilegiados de garantia deste direito são igualmente o sigilo profissional e o dever de reserva das cartas confidenciais e demais papéis pessoais”<sup>182</sup>.

Vale notar que, para uma doutrina mais contemporânea, o direito à intimidade comporta duas dimensões, quais sejam, uma negativa – de proteção contra ingerências ilegítimas – e outra positiva – de livre desenvolvimento da personalidade<sup>183</sup>. Nesse contexto da dimensão positiva, há o direito “a não ser impedido de levar sua vida privada conforme seu projeto existencial pessoal e de dispor livremente das informações sobre os aspectos que dizem respeito ao domínio da vida pessoal e que interferem em direitos de terceiros”<sup>184</sup>.

<sup>179</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 405.

<sup>180</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173.

<sup>181</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173.

<sup>182</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, p. 517. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 407.

<sup>183</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 95.

<sup>184</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 408.

Ademais, acrescenta Perlingieri que o direito à *riservatezza* nas relações familiares assume um papel problemático, porquanto a situação do indivíduo é complexa, pois “uns e outros fundados na unidade e solidariedade familiar e nas obrigações juridicamente relevantes nas especiais relações (conjugal, de filiação) reforçadas pela convivência”<sup>185</sup> inter-relacionam-se, possuindo direitos e deveres para com o grupo familiar. Nesse ínterim, a tutela à intimidade é ligada à pessoa como componente do núcleo familiar, de forma que “cada um tem o direito, em relação aos parentes próximos, a que fatos e comportamentos de natureza existencial, relativos a ele e à sua família em sentido lato, não sejam divulgados ao externo”<sup>186</sup>. Acrescente-se:

a privacidade do grupo familiar em relação à ingerência de terceiros, sujeitos particulares e, ainda mais, públicos, apresenta-se como uma manifestação de respeito da mais qualificada e constitucionalmente privilegiada formação social, além da dignidade das pessoas que dela fazem parte<sup>187</sup>.

No âmbito da genética, percebe-se que a intimidade apresenta natureza peculiar, pois a informação genética é individual, familiar e universal. Segundo Bidasolo, a informação genética é polimórfica, porquanto ela deriva de três níveis de informação: o primeiro nível seria a identidade genética, a qual corresponde à constituição genética individual; o segundo nível comportaria a capacidade de inferir a expressão genotípica de uma pessoa a partir de sua família; o terceiro nível estaria destinado a reconhecer uma esfera social da genética humana<sup>188</sup>.

Ainda, para Ruiz<sup>189</sup>, a intimidade genética possuiria natureza tridimensional, porquanto contemplaria as dimensões subjetiva, objetiva e axiológica. A dimensão subjetiva poderia ser exercitada pelo titular positiva ou negativamente, ou seja, seria atribuída à pessoa a faculdade “de exigir da intervenção dos poderes públicos para proporcionar uma efetiva proteção à informação genética”<sup>190</sup>, ao mesmo tempo que o titular poderia optar por excluir, perante os demais, o acesso ou o tratamento de sua informação genética. Por sua vez, a dimensão objetiva implicaria em duas vertentes, quais sejam, orgânica ou procedimental, que, respectivamente,

<sup>185</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Maria Cristina de Cicco (trad.), 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 183.

<sup>186</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Maria Cristina de Cicco (trad.), 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 183.

<sup>187</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Maria Cristina de Cicco (trad.), 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 183.

<sup>188</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Protección penal de la intimidad genética. In: CASADO, María; GUILLÉN, Margarita (coords). **ADN forense: problemas éticos e jurídicos**. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, tradução nossa, p. 93.

<sup>189</sup> RUIZ, Miguel *apud* HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 99.

<sup>190</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 99.

estabeleceriam órgãos (como comitês de ética) para a proteção da informação genética ou procedimentos adequados para acesso ou retificação de informações genômicas. Por fim, no que diz respeito ao aspecto axiológico, a intimidade genética encontra fundamento na dignidade humana, “ante o fato de que o genoma é o que diferencia todos os seres humanos entre si, e também é o que diferencia a espécie humana das outras espécies”<sup>191</sup>.

Também, nota-se que a intimidade genética requer uma especial proteção frente à obtenção ou difusão de dados sem autorização do titular, bem como exige a criação de limites de ingerência dos poderes públicos e privados legitimados, mesmo quando essas entidades atuem em benefício da pessoa ou da sociedade, pois só o indivíduo sabe considerar o que é benéfico para si<sup>192</sup>. Nesse diapasão, pode-se entender que

A situação não é, contudo, tão simples, porquanto, como já se disse, não pode se reconhecer um direito individual de forma absoluta, já que pode se suscitar, e se suscita, um conflito entre os interesses individuais e a sociedade. Por isso, em relação aos dados genéticos, fala-se já de <<dados genéticos estritamente privados>> e <<dados genéticos de acesso público>><sup>193</sup>.

Dessarte, a doutrina conclui que, em regra, a propriedade dos dados é exclusiva do titular. Entretanto, o princípio da proporcionalidade deve guiar o intérprete no conflito de interesses, não servindo a alegação de mero interesse público para sujeitar a intimidade à ingerência do Poder Público, mesmo se cuidando de dados genéticos de acesso público<sup>194</sup>. No mesmo sentido, ressalta Bittar que o direito à privacidade não é ilimitado, podendo encontrar exceções na persecução penal, porém nunca de modo a sacrificar indevidamente a pessoa<sup>195</sup>.

Por fim, observa-se que o tratamento doutrinário exposto neste item diz respeito à análise constitucional e penal do bem jurídico. Todavia, a literatura tem evoluído para cuidar da privacidade também no que tange à proteção de dados, com a possibilidade ou não de compartilhamento de dados, mormente dos dados sensíveis, como são as informações genéticas. Veremos detalhadamente o tema no capítulo 4 desta obra, ao qual remetemos o leitor.

---

<sup>191</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 103.

<sup>192</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Protección penal de la intimidad genética. *In*: CASADO, María; GUILLÉN, Margarita (coords). **ADN forense: problemas éticos e jurídicos**. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, tradução nossa, p. 94.

<sup>193</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Protección penal de la intimidad genética. *In*: CASADO, María; GUILLÉN, Margarita (coords). **ADN forense: problemas éticos e jurídicos**. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, tradução nossa, p. 94.

<sup>194</sup> BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Protección penal de la intimidad genética. *In*: CASADO, María; GUILLÉN, Margarita (coords). **ADN forense: problemas éticos e jurídicos**. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, tradução nossa, p. 95.

<sup>195</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 177.

### 3.2.3 Direito à proteção de dados pessoais

A Emenda Constitucional nº 115, de 10 de janeiro de 2022, alçou a proteção de dados a direito e garantia fundamental, a ser regulada mediante lei de competência da União<sup>196</sup>. Nesse contexto, ratifica-se que a proteção de dados alcança “todo e qualquer dado pessoal independente do local (banco de dados) e do modo pelo qual é armazenado”<sup>197</sup>, em verdadeira tutela às informações sobre a vida pessoal, privada e social da pessoa.

O direito à livre disposição sobre os dados pessoais também é denominado de autodeterminação informativa, mas, neste trabalho, adotaremos o princípio expressamente previsto na Lei Maior, tendo em vista, inclusive, as críticas feitas ao termo autodeterminação informativa e o seu significado peculiar conferido pela doutrina nacional brasileira ao tratar do tema na legislação infraconstitucional, mormente, na Lei Geral de Proteção de Dados.

No plano internacional, realça importância a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que julgou, conjuntamente, as reclamações constitucionais interpostas contra a Lei do Censo de 1983. Essa lei previa que o cidadão responderia a um questionário de 160 perguntas, abrangendo desde aspirações pessoais até suas práticas religiosas e políticas, as quais seriam posteriormente submetidas a tratamento informatizado e remetidas a autoridades competentes que conservariam os dados por um determinado período de tempo<sup>198</sup>. Diante da referida lei, o Tribunal Federal Alemão extraiu, “do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, a possibilidade de que cada indivíduo pudesse dispor sobre a revelação e uso dos seus dados pessoais com cautela”<sup>199</sup>, seja na fase de coleta, transmissão, modificação ou cancelamento dos dados. Assim, restou consagrado, na Alemanha, o direito de proteção de

---

<sup>196</sup> Art. 5º (...) LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (BRASIL. Emenda Constitucional Nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1), acesso em 21 de abril de 2022).

<sup>197</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 430.

<sup>198</sup> JOELSONS, Marcela. Autodeterminação informativa em direito comparado: análise dos contextos históricos e decisões paradigmas das cortes constitucionais alemã e brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 119/2020, p. 233-272, Maio-Jun/2020.

<sup>199</sup> TADEU, Silney Alves. Um novo direito fundamental: algumas reflexões sobre a proteção da pessoa e o uso informatizado de seus dados pessoais. **Revista do Direito do Consumidor**, vol. 79/2011, p. 83-100, jul-set/2011.

dados ou da autodeterminação informativa e rechaçou-se o censo público de 1983, tornando-o opcional.

O conteúdo do direito à proteção de dados envolve, em suma, “o direito de cada cidadão decidir ele mesmo, quando e dentro de que limites os seus dados pessoais – a sua informação pessoal – podem ser revelados”<sup>200</sup>. Em outras palavras,

Além da proteção que, de uma forma segmentada, tais dados podem ser objeto de tutela, haveria um patamar de tutela compreensiva de tal informação pessoal, reservada, de cuja disponibilidade e autonomia o cidadão não pode querer abdicar, assumindo-se, dessa forma, como garantia do direito à reserva da vida privada, consagrando o n° 3 do art. 35° da CRP [Constituição da República Portuguesa] a proibição da informática para tratamento de dados referentes à vida privada << salvo mediante consentimento expresso do seu titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis>><sup>201</sup>.

Dessarte, o direito à proteção de dados ou à autodeterminação informativa pode ser visto como um elemento subjetivo da intimidade e, no que tange à intimidade genética, constitui-se na “vontade do sujeito de determinar quem e em que condições se pode acessar a informação sobre seu genoma”<sup>202</sup>. Nesse ínterim, segundo Hammerschmidt<sup>203</sup>, o direito à autodeterminação informativa também encontra raízes na liberdade individual, tendo em vista que a pessoa possui a liberdade de escolher se quer conhecer o próprio patrimônio genético. Nas palavras da autora:

a liberdade pode ser invocada por um sujeito que decide voluntariamente submeter-se a provas genéticas, alegando seu direito a conhecer-lhes o resultado. Entretanto, também esse mesmo valor fundamental pode-se aduzir-se em uma hipótese inversa, como é o caso do indivíduo que reclame “não saber” os resultados de provas genéticas praticadas em si ou em um familiar<sup>204</sup>.

Portanto, percebem-se dois vieses do direito à proteção de dados genéticos: o viés de controle e disposição sobre os seus próprios dados genéticos, os quais foram devidamente repassados ao titular; e o viés de não se submeter aos testes genéticos, manifestando o direito a não saber<sup>205</sup>. Nesse ínterim, deve-se levar em consideração que a medicina preditiva, novo ramo

<sup>200</sup> BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso. **Prova genética: implicações em processo penal**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 153-154.

<sup>201</sup> BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso. **Prova genética: implicações em processo penal**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, p. 154.

<sup>202</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. Alguns aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional. **Revista dos Tribunais**, vol. 835/2005, p. 11-42, jul/2005.

<sup>203</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 105-106.

<sup>204</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 105-106.

<sup>205</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. **Genética y derecho: responsabilidad jurídica y mecanismo de control**. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, p. 71-75.

das ciências médicas, tem proporcionado o conhecimento de fatores determinantes para enfermidades. Assim, o conhecimento de fatores genéticos é uma opção do paciente que pode optar por não saber, diante da autonomia informativa que lhe é reconhecida. É dizer, há um direito constitucionalmente assegurado “que se propõe a proteger a intimidade do indivíduo das investigações ilícitas e de um desmascaramento de sua disposição genética”<sup>206</sup>. Nesse sentido, “o direito à autodeterminação da informação genética protege o indivíduo de ser forçado a ‘olhar uma bola de cristal’”<sup>207</sup>, visualizando eventuais enfermidades futuras.

A respeito dos limites à proteção dados, deve-se ter em mente que qualquer levantamento, “armazenamento, utilização e transmissão de dados pessoais, em princípio, constitui uma intervenção no âmbito de proteção do direito, que, portanto, não prescinde de adequada justificação”. Nesse ínterim, na medida em que os dados estiverem mais próximos da intimidade e da dignidade humana, mais sensíveis serão os dados e, por conseguinte, mais restrita deve ser a ingerência pública ou privada sobre os dados, levando em conta sempre o princípio da proporcionalidade<sup>208</sup> e a exigência de lei para disciplinar a matéria, conforme requisição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente, após a Emenda Constitucional de nº 115, 2022.

Por fim, a autodeterminação informativa também foi prevista na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Logo, no próximo capítulo, aprofundaremos mais o tema na seara da proteção de dados.

---

<sup>206</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. Alguns aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional. **Revista dos Tribunais**, vol. 835/2005, p. 11-42, jul/2005.

<sup>207</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 108.

<sup>208</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 433.

#### 4 GENEALOGIA GENÉTICA, CONSENTIMENTO E PROTEÇÃO DE DADOS NA PERSECUÇÃO PENAL

O sistema de proteção de dados pessoais converge em dois modelos, os quais usualmente são adotados, com as devidas alterações, em outros ordenamentos. Um desses modelos surgiu nos Estados Unidos da América, a partir do denominado *right to privacy*. Já o outro modelo surgiu no Velho Mundo, no contexto europeu de *civil law*, almejando à harmonização dos ordenamentos jurídicos internos dos países integrantes da União Europeia. Já, no Brasil, a regulamentação da proteção de dados ganhou impulso com a Magna Carta de 1988 e o Código Civil de 2002, mas é sobretudo com a Lei nº 13.709/2018, intitulada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que a proteção de dados se torna um fenômeno juridicamente relevante no âmbito nacional. Dessarte, analisando os dois principais modelos mundiais e a legislação brasileira sobre a proteção de dados pessoais, é possível concluir como se dá a proteção dos dados genéticos no Brasil.

Nos Estados Unidos da América, em 1890, houve um caso envolvendo a elite de Boston e a publicidade de um casamento com detalhes embaraçosos<sup>209</sup>, resultando no artigo *The Right to Privacy*, publicado na *Harvard Law Review*. Nesse artigo, Warren e Brandeis consagraram a ideia de que a privacidade implicaria no *right to be let alone*, expressão de Thomas McIntyre Cooley, na obra *“Treatise on the law of torts: or the wrongs which arise independently of*

---

<sup>209</sup> Em 1890, a Sra. Warren, uma jovem dona de casa de Boston, Massachusetts, realizava em sua casa uma série de eventos sociais. Ela era filha de um senador de Delaware e mulher de um jovem e bem-sucedido fabricante de papel que tinha desistido da prática jurídica para tomar conta do negócio que havia herdado, Samuel Dennis Warren. A Sra. Warren circulava entre a elite da sociedade e os jornais da época, mais precisamente o *Saturday Evening Gazette*, especializado em temas de “sangue azul”, que cobria suas festas em detalhes altamente pessoais e embaraçosos. Era a era do *yellow journalism* (imprensa marrom é o equivalente português), quando a imprensa, na busca de ampliar suas vendas, começou os excessos que são tão comuns hoje. A cidade de Boston, diz Prosser, talvez fosse, de todas as cidades americanas, aquela em que uma dama e um cavalheiro mantinham seus nomes e seus assuntos pessoais longe dos jornais. O assunto veio à tona quando os jornais tiveram um furo na ocasião do casamento de uma filha, aborrecendo profundamente o Sr. Warren. Nas palavras de William L. Prosser, foi um aborrecimento pelo qual a imprensa, os anunciantes e a indústria do entretenimento dos Estados Unidos tiveram que pagar caro pelos próximos setenta anos. O Sr. Warren se voltou para o seu sócio na advocacia, Louis Dembitz Brandeis. Juntos, reuniram decisões antigas cujas soluções tenham se dado com base em difamação, violação de algum direito de propriedade, violação de confiança ou contrato implícito. O resultado foi o artigo *The right to privacy* publicado em 1890 na *Harvard Law Review*. O artigo concluía que tais casos eram baseados em um princípio mais amplo, o qual merecia reconhecimento em separado. Esse princípio Warren e Brandeis chamaram de direito à privacidade (*right to privacy*), o remédio para os crescentes abusos da imprensa através de um nível mais profundo de proteção do indivíduo contra a imposição de sofrimento mental. (PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 35-36, ab./jun, 2018).

*contract*” (1879)<sup>210</sup>. Anos mais tarde, já como juiz da Suprema Corte norte-americana, Brandeis voltou a contribuir para a proteção de dados pessoais ao elaborar o voto vencido (*dissent*) no caso *Olmstead v. United States*, de 1928<sup>211</sup>. Nesse voto, Brandeis destacou o paralelismo entre a necessidade de proteção de dados e a evolução da informática, nas palavras dele:

Na aplicação da Constituição, nossa preocupação não deve ser somente sobre o que foi, porém o que será. O progresso da ciência, ao munir o governo de meios automatizados de espionagem, não irá parar com a escuta telefônica. Um dia, surgirão meios para que o governo, sem ter que remover papéis de uma gaveta, possa utilizá-los em juízo, tornando possível expor os fatos mais íntimos ocorridos dentro de uma casa. O progresso científico proporcionará meios para explorar crenças, pensamentos e emoções sequer expressas. [...]. Será possível que a Constituição não nos ofereça meios de proteção contra tais invasões da segurança individual?<sup>212</sup>

O voto de Brandeis ainda hoje é paradigmático e fundamenta a proteção de dados pessoais nos Estados Unidos da América. Embora tenha sido voto vencido em 1928, foi adotado posteriormente (mormente no caso *Katz v. United States*, de 1967), consolidando que a Quarta Emenda da Constituição norte-americana passaria a ser aplicada diante de ameaças tecnológicas, de forma a garantir a proteção da privacidade<sup>213</sup>. Em breve síntese, esse foi o surgimento da proteção de dados no modelo norte-americano, o qual se baseou em pesquisa doutrinária e em precedentes judiciais.

No Velho Mundo, a primeira legislação conferindo a proteção de dados pessoais surgiu na Alemanha, mais precisamente, na *Land Hesse*, em 1970. Embora a regra dessa lei estipulasse que os dados não deveriam ser tratados, havia exceções nas quais os tratamentos dos dados eram imperiosos. Nessa lei, também foi consagrada a garantia de uma autoridade com competência para supervisionar o cumprimento das disposições legais<sup>214</sup>.

Em seguida, foram promulgadas outras legislações no continente Europeu. Nesse diapasão, a Suécia aprovou a *Datalog* de 1973, contendo escassas disposições sobre quando e como os dados poderiam ser objeto de tratamento e estabelecendo a necessidade de autorização

<sup>210</sup> PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 35-36, ab./jun, 2018.

<sup>211</sup> DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: **Tratado de proteção de dados pessoais** (coord.) Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021

<sup>212</sup> *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). *apud*: DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: **Tratado de proteção de dados pessoais** (coord.) Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021

<sup>213</sup> DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: **Tratado de proteção de dados pessoais** (coord.) Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021

<sup>214</sup> ALVES, Joel A. **Um novo modelo de proteção de dados pessoais europeus: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 31.

de uma autoridade independente (*Datainspektionem*) para fins de proibição de início ou manutenção de qualquer registro de dados informatizados<sup>215</sup>. Ainda, a Constituição Portuguesa de 1976 consagrou garantias no plano de tratamento de dados automatizados<sup>216</sup>.

Em 1995, entrou em vigor a Diretiva de Proteção de Dados da União Europeia (Diretiva 95/46/CE de 1995). Essa Diretiva visava aproximar as legislações europeias a fim de estipular a circulação transfronteiriça de dados pessoais de forma coerente e em conformidade com o objetivo do mercado interno da União Europeia. Segundo Döhmman, a Diretiva já trazia

a necessidade de justificar um tratamento de dados mediante o consentimento ou um fundamento jurídico; a vinculação do tratamento de dados a diversos princípios, como a vinculação à finalidade, a responsabilidade do agente de tratamento dos dados e a minimização de dados; a instituição de autoridades de fiscalização independentes, bem como a garantia da proteção de dados mediante diversos direitos da pessoa afetada, como informação, retificação, oposição e remoção<sup>217</sup>.

Dessarte, a Diretiva de Proteção de Dados da União Europeia possuía duplo objetivo: assegurar a proteção de dados das pessoas, com fulcro nas liberdades e nos direitos fundamentais; bem como garantir que os Estados-membros não restringissem a circulação de dados no território compreendido pela União Europeia<sup>218</sup>.

Em 2016, após um complexo processo de discussão pública, a Comissão Europeia propôs uma reforma legislativa, constituída por dois diplomas, quais sejam:

- um regulamento, destinado a substituir a Diretiva 95/46/CE, e, bem assim, estabelecer um novo quadro geral da UE em matéria de proteção de dados pessoais;
- uma diretiva, destinada a substituir a Decisão-Quadro 2008/977/JAI[16], e enunciar regras específicas a serem aplicadas no contexto de atividades de tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais e atividades judiciais conexas<sup>219</sup>.

Assim, surgiu o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD), revogando a Diretiva de Proteção de Dados de Pessoais de 1995. O RGPD possui várias abordagens que vão desde um direito frente à tecnologia, passando por um direito de proteção à personalidade e por um direito de regulamentação econômica, e chegando a um direito de

<sup>215</sup> ALVES, Joel A. **Um novo modelo de proteção de dados pessoais europeus: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 32.

<sup>216</sup> ALVES, Joel A. **Um novo modelo de proteção de dados pessoais europeus: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 32.

<sup>217</sup> DÖHMANN, Indra Spiecker gen.. A proteção de dados pessoais sob o regulamento geral de proteção de dados da união europeia. *In*: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão *ebook*, p. 115.

<sup>218</sup> ALVES, Joel A. **Um novo modelo de proteção de dados pessoais europeus: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 38-39.

<sup>219</sup> ALVES, Joel A. **Um novo modelo de proteção de dados pessoais europeus: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 44-45.

defesa do consumidor<sup>220</sup>. Esse Regulamento elenca diversos princípios e formas de proteção aos dados pessoais e aos dados sensíveis. Ademais, o RGPD está vigendo na União Europeia desde 2018 e serviu como inspiração para a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

No Brasil, o debate acerca da proteção de dados culminou em uma estruturação normativa recente. Nesse ínterim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 alçou como direitos fundamentais a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, inciso X<sup>221</sup>), a proibição da invasão ao domicílio (art. 5º, inciso XI<sup>222</sup>), a exigência de lei regulatória da interceptação telefônica (art. 5º inciso XII<sup>223</sup>), o remédio constitucional *habeas data* (art. 5º LXXII<sup>224</sup>). Assim, a Lei Maior entrelaçou a proteção de dados com a proteção da vida privada e da intimidade, bem como a doutrina fez um elo entre os direitos à personalidade e a proteção de dados. Devido a essa proteção, sustentava-se que a tutela de dados era um direito implicitamente protegido pela Constituição, mas, em 2022, pela Emenda Constitucional n° 115, a proteção de dados foi expressamente prevista como direito fundamental.

Na legislação infraconstitucional, por sua vez, deve-se destacar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), o qual zela pelos dados fornecidos pelo consumidor, estabelecendo o período de cinco anos para registro de dados negativos, a comunicação escrita

---

<sup>220</sup> DÖHMANN, Indra Spiecker gen. A proteção de dados pessoais sob o regulamento geral de proteção de dados da união europeia. *In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]*. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, versão *ebook*, p. 117.

<sup>221</sup> Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em : << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >>. Acesso em 30 de maio de 2022)

<sup>222</sup> Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em : << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >>. Acesso em 30 de maio de 2022)

<sup>223</sup> Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em : << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >>. Acesso em 30 de maio de 2022)

<sup>224</sup> Art. 5º. LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

(BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em : << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >>. Acesso em 30 de maio de 2022).

sobre o tratamento de informações em alguns casos, o direito de acesso e de correção dos dados<sup>225</sup>. Nesse contexto, nota-se a inspiração norte-americana ao elaborar o artigo 43 do CDC, nitidamente embasado na proteção de crédito estabelecida pelo *National Consumer Act* e pelo *Fair Credit Reporting Act*, de 1970<sup>226</sup>.

Ademais, a legislação brasileira faz previsões específicas quanto a alguns dados. Nesse íterim, a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) “composta por 18 artigos, tem como objetivo a formação de um banco de dados que facilite a obtenção de crédito à pessoa natural ou jurídica, através da análise de suas informações socioeconômicas”<sup>227</sup>. Por sua vez, a Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/2012) trouxe o tipo penal de invasão de dispositivo informático. Além dessas leis, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2015) “tem como base a liberdade da expressão nos meios digitais, mas com princípios que visam garantir o direito à privacidade e a proteção de dados pessoais”<sup>228</sup>.

Finalmente, em 14 de agosto de 2018, foi publicada a Lei nº 13.709, intitulada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual passou por um período de *vacatio legis*, tornando-se aplicável, em sua maior parte, a partir de 2020<sup>229</sup>. Nesse encadeamento de ideias, a LGPD seguiu os “princípios do Regulamento Europeu, adequando-se à era digital e visando fazer frente a um contexto em que empresas têm ferramentas para coletar, armazenar e comercializar dados pessoais à revelia de autorização dos proprietários”<sup>230</sup>.

<sup>225</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p 277.

<sup>226</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

<sup>227</sup> ANDRÉA, Gianfranco Faggini Mastro; ARQUITE, Higor Roberto Leite; CAMARGO, Juliana Moreira. Proteção de dados pessoais como direito fundamental: a evolução da tecnologia da informação e a lei geral de proteção de dados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 121/2020, p. 115-139, set-out 2020.

<sup>228</sup> ANDRÉA, Gianfranco Faggini Mastro; ARQUITE, Higor Roberto Leite; CAMARGO, Juliana Moreira. Proteção de dados pessoais como direito fundamental: a evolução da tecnologia da informação e a lei geral de proteção de dados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 121/2020, p. 115-139, set-out 2020.

<sup>229</sup> Art. 65. Esta Lei entra em vigor: (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

I - dia 28 de dezembro de 2018, quanto aos arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B; e (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

I-A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54; (Incluído pela Lei nº 14.010, de 2020)

II - 24 (vinte e quatro) meses após a data de sua publicação, quanto aos demais artigos. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 31 de maio de 2022).

<sup>230</sup> BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. **Liberdade de pesquisa genética humana e a necessidade de proteção de dados genéticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 79.

Na seara jurisprudencial, merece ser lembrado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, endossando o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>231</sup>, segundo o qual o art. 5º, inciso XII, da Lei Maior Brasileira tutelaria o sigilo da comunicação, mas não os dados em si. Em outras palavras, protege-se o sigilo da informação, ou seja, garante-se que o indivíduo possa guardar para si as informações que só a ele dizem respeito e, também, dispõe-se que, se a pessoa deseja transmitir ou revelar informações privadas, ser-lhe-á assegurado o sigilo da comunicação, mas não necessariamente do que foi comunicado, pois terceiro detém uma informação que antes era privada. No sentido de que a proteção recai sobre a comunicação, e não sobre os dados, colaciona-se o julgado da Excelsa Corte:

1. Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos art. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 - AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00). II. Quebra de sigilo bancário: prejudicadas as alegações referentes ao decreto que a determinou, dado que a sentença e o acórdão não se referiram a qualquer prova resultante da quebra do sigilo bancário, tanto mais que, dado o deferimento parcial de mandado de segurança, houve a devolução da documentação respectiva. III. Decreto de busca e apreensão: validade. 1. Decreto específico, que somente permitiu que as autoridades encarregadas da diligência selecionassem objetos, dentre aqueles especificados na decisão e na sede das duas empresas nela indicadas, e que fossem "interessantes à investigação" que, no caso, tinha pertinência com a prática do crime pelo qual foi efetivamente condenado o recorrente. 2. Ademais não se demonstrou que as instâncias de mérito tenham invocado prova não contida no objeto da medida judicial, nem tenham valorado qualquer dado resultante da extensão dos efeitos da decisão determinante da busca e apreensão, para que a Receita Federal e a "Fiscalização do INSS" também tivessem acesso aos documentos apreendidos, para fins de investigação e cooperação na persecução criminal, "observado o sigilo imposto ao feito". IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastando, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º. XII, da

---

<sup>231</sup> “A distinção é decisiva: o objeto protegido no direito a inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas sim a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação. Doutro modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa ficaria impedido de cumprir seu dever de denunciá-los” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, < <https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/sigilo-de-dados>>. Acesso em 01 de jun. de 2022).

Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. **A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador.** (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal)<sup>232</sup>. **(grifo nosso).**

O entendimento sobre a proteção de dados na Suprema Corte está em constante evolução, a qual pode ser percebida na histórica decisão das ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.387/DF, 6.388/DF, 6.389/DF e 6.390/DF, responsáveis por suspender a medida provisória nº 954/2020. Nessa decisão<sup>233</sup>, o Supremo Tribunal Federal acolheu a argumentação da Ministra

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418416**, Relator: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jun. 2022.

<sup>233</sup> 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 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 de observar 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

Rosa Weber, referente à inconstitucionalidade do art. 2º da medida provisória nº 954/2020, pois esse artigo previa que “as empresas de telecomunicação prestadoras do STFC<sup>234</sup> e do SMP<sup>235</sup> deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas”<sup>236</sup> para fins de entrevista em caráter não presencial no âmbito das pesquisas domiciliares. A decisão do Plenário da Corte fundamentou-se nos artigos 5º, incisos X e XII, da Lei Maior, bem como no respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, positivada no artigo 2º, inciso I e II, da Lei nº 13.709/2018<sup>237</sup>. Ademais, segundo Martins e Ramos<sup>238</sup>:

O dispositivo em questão da Medida Provisória, ou seja, o art. 2º, § 1º, não delimitou o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a sua amplitude. Da mesma forma, não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados, nem como se serão efetivamente utilizados. Além disso, embora o artigo 1º, parágrafo único, da Medida Provisória se limite a afirmar que o ato normativo terá aplicação durante a situação de emergência da saúde pública de importância internacional decorrente da COVID-19, não há qualquer referência expressa à pandemia como finalidade ou justificativa da edição daquele ato normativo.

Diante disso, a Ministra Rosa Weber verificou a ausência de interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia, tendo em vista a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida. Embora o artigo 3º, I e II, da MP afirme que os dados compartilhados terão caráter sigiloso e serão utilizados especificamente para a finalidade do artigo 2º, § 1º (para a produção estatística oficial, com o objetivo de entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares), sendo vedada a sua disponibilização com outros entes, públicos ou privados (art. 3º, § 1º, da MP), aparece como argumento central da mencionada decisão cautelar a circunstância de que a MP 954/2020 (LGL\2020\4849) não apresenta mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento:

---

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.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387 MC**. Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020)

<sup>234</sup> STFC – Serviço Telefônico Fixo Consultado

<sup>235</sup> SMP – Serviço Móvel Consultado.

<sup>236</sup> BRASIL. **Medida Provisória nº 954**, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm)>. Acesso em 01 de jun. de 2022.

<sup>237</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães; RAMOS, André Luiz Arnt. da privacidade à proteção de dados pessoais o julgamento histórico do STF e a MP 954/2020. **Revista dos Tribunais**, vol. 1036/2022. P. 123-139, feve – 2022.

<sup>238</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães; RAMOS, André Luiz Arnt. da privacidade à proteção de dados pessoais o julgamento histórico do STF e a MP 954/2020. **Revista dos Tribunais**, vol. 1036/2022. P. 123-139, feve – 2022.

“[...] limita-se a delegar a ato do Presidente da Fundação IBGE o procedimento para compartilhamento dos dados, sem oferecer proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo. Ênfase: ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados, a MP 954/2020 (LGL\2020\4849) não satisfaz as exigências que exsurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção de direitos fundamentais dos brasileiros.”

Logo, pode-se observar a influência do sistema Europeu, porquanto a decisão do Excelso Tribunal também faz referência a informações coletadas para fins de um censo público. Assim, nota-se a preocupação do Supremo com a vigilância, a qual está historicamente vinculada ao perigo de retrocesso no sentido de que os dados coletados sejam usados em contextos diversos daqueles que justificaram a sua coleta<sup>239</sup>.

A partir dessa análise perfunctória sobre o surgimento da proteção de dados no modelo estadunidense e europeu, finalizando com o desenvolvimento do tema no contexto brasileiro, é possível aprofundar o conhecimento sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, com relevância para os dados genéticos. Dessarte, no próximo capítulo, será desenvolvido o estudo sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, relacionando-a com os dados genéticos.

#### 4.1 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DADOS GENÉTICOS

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, promulgada em 2018, foi fruto da convergência normativa internacional sobre o tema referente a tratamento de dados pessoais. Os fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais foram elencados no artigo 2º da LGPD e são eles: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Percebe-se, pois, que a LGPD objetiva resguardar dados pessoais, assentando fundamentos básicos na comunidade jurídica, ao mesmo tempo que propicia o surgimento de

---

<sup>239</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães; RAMOS, André Luiz Arnt. da privacidade à proteção de dados pessoais o julgamento histórico do STF e a MP 954/2020. **Revista dos Tribunais**, vol. 1036/2022. P. 123-139, fev – 2022.

novas tecnologias, não desconhecendo a nova realidade que se transforma de forma alucinante<sup>240</sup>.

Também, a LGPD, em seu artigo 6º, dispõe sobre os princípios que devem ser concretizados na proteção de dados, *in verbis*:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas<sup>241</sup>.

Dessarte, a partir da ordem legal, é possível aferir princípios básicos a serem observados na proteção de dados pessoais. Esse rol de princípios merece que alguns comentários sejam traçados.

Primeiramente, no que tange à boa-fé (*caput*, do art. 6º), ela corresponde à boa-fé objetiva, a qual estipula a existência de uma expectativa legítima por parte do titular dos dados de que a contraparte utilizará os dados em conformidade com o pactuado. Em outras palavras,

A boa-fé objetiva, decorrente da concepção da obrigação como processo, implica uma conduta de cooperação, lealdade e expectativas legítimas das partes, em especial o titular, face ao controlador (art. 10, II, LGPD), o que se delinea a partir das circunstâncias concretas em que se deu o consentimento, a finalidade de uso e o tratamento de dados indicado, assim como as informações prévias oferecidas. A tutela

<sup>240</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. Os fundamentos da lei de proteção de dados pessoais: *In* POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (coordenadores). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: THomosn Reuters, Brasial, 2020.

<sup>241</sup> BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 31 de maio de 2022.

da confiança do consumidor abrange tanto a crença nas informações prestadas quanto de que aquele que tenha acesso aos seus dados, por força do consentimento dado, não se comporte de modo contraditório a elas e respeite à vinculação à finalidade de utilização<sup>242</sup>.

Concernentemente ao princípio da finalidade, deve ser observado que é exigida uma disposição específica sobre a finalidade da coleta e tratamento dos dados. Assim,

Não basta que o controlador obtenha um consentimento geral e irrestrito para o tratamento, prática esta, inclusive, muito comum antes da promulgação da LGPD. Deverá o controlador buscar sempre descrever, de forma pormenorizada e detalhada possível, de maneira destacada das demais cláusulas contratuais: (a) o propósito/finalidade do tratamento; (b) os meios empregados para a realização do tratamento; (c) a extensão e duração do tratamento, estabelecendo um marco temporal para o seu encerramento e eliminação dos dados, (d) informações de contato do controlador, e (3) informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador<sup>243</sup>.

Ainda, cabe tecer algumas considerações sobre a finalidade e o consentimento. Nesse diapasão, o art. 8º, §§4º e 6º, da LGPD determina que o consentimento deve referir-se a finalidades determinadas, sendo nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados. Ademais, cuidando-se de dados sensíveis, o tratamento de dados somente pode ocorrer quando o titular de dados consentir, de forma especial e destacada, para finalidades específicas (artigo 11, inciso I, LGPD).

Por sua vez, o princípio da adequação estipula “a vinculação necessária entre a finalidade de utilização dos dados informada pelo titular e seu efetivo atendimento na realização concreta dos dados”<sup>244</sup>. Assim, é necessária uma adequação (isto é, uma vinculação) entre as finalidades admitidas pela lei e autorizadas pelo titular com a utilização e tratamento dos dados.

O princípio da necessidade “determina que os dados pessoais tratados deverão ser pertinentes, proporcionais e não excessivos, limitando-se, portanto, ao mínimo necessário para o atingimento da finalidade pretendida com o tratamento”<sup>245</sup>. Logo, o uso de dados é restrito ao mínimo necessário para alcançar a finalidade desejada e expressada no consentimento do titular dos dados.

---

<sup>242</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. A lei geral de proteção de dados pessoais (lei 13.709) e sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, vol. 1027/2021, p. 203 -243, maio 2021.

<sup>243</sup> SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. *In*: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 31.

<sup>244</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. A lei geral de proteção de dados pessoais (lei 13.709) e sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, vol. 1027/2021, p. 203 -243, maio 2021.

<sup>245</sup> SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. *In*: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 34.

A respeito do princípio do livre acesso, existe a prerrogativa do titular dos dados consultar, de forma gratuita e facilitada, a forma e a duração do tratamento dos dados. É dizer, “os agentes de tratamento deverão disponibilizar procedimento que garanta ao titular a possibilidade de obter, a seu exclusivo critério, informações precisas acerca do tratamento de seus dados”<sup>246</sup>.

No que concerne ao princípio da qualidade de dados, destaca-se, além da garantia de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, a previsão contida no artigo 9º, §2º da LGPD, segundo a qual, para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, é necessária a informação prévia do titular sobre a mudança da finalidade pelo controlador<sup>247</sup>.

O princípio da transparência preconiza que “todo o sistema de coleta, registro, tratamento, processamento, transmissão e de banco de dados deve ser do conhecimento público”<sup>248</sup>. Todavia, a Lei limita esse princípio quanto à existência de “segredos comerciais e industriais que impeçam a divulgação das informações relativas ao tratamento”<sup>249</sup>.

A aplicação do princípio da segurança, a seu turno, implica a adoção de “medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas”<sup>250</sup>. Ainda, nota-se que a violação da segurança dos dados pode gerar a responsabilização objetiva do controlador pelos danos causados, “inclusive na hipótese de os dados serem acessados sem autorização ou acidentalmente, o que compreende ainda as hipóteses de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”<sup>251</sup>.

---

<sup>246</sup> SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 35.

<sup>247</sup> SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 36.

<sup>248</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. A lei geral de proteção de dados pessoais (lei 13.709) e sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, vol. 1027/2021, p. 203 -243, maio 2021.

<sup>249</sup> SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 37-38.

<sup>250</sup> SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39-40.

<sup>251</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. A lei geral de proteção de dados pessoais (lei 13.709) e sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, vol. 1027/2021, p. 203 -243, maio 2021.

E mais, o princípio da prevenção reforça o princípio da segurança, porquanto “impõe aos agentes de tratamento a obrigação de adotar medidas preventivas contra a ocorrência de eventuais danos decorrentes do tratamento de dados”<sup>252</sup>.

O princípio da não discriminação, previsto também na LGPD, proíbe o tratamento de dados com fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos. Assim, é vedada a discriminação que adote a diferenciação em razão de sexo, credo ou raça, bem como que esteja baseada em outros dados sensíveis.

Finalmente, o princípio da responsabilização estipula a obrigação de os agentes de tratamento adotarem medidas eficazes, a fim de comprovar a observância e o cumprimento de normas de proteção de dados pessoais<sup>253</sup>. Nesse sentido, a LGPD prevê mecanismos de *compliance* e possibilidade de tutela coletiva dos interesses e direitos previstos nessa legislação<sup>254</sup>.

Os princípios elencados na LGPD aplicam-se à coleta e ao tratamento de dados pessoais, devendo-se compreender a conceituação legal dos dados para fins de aplicabilidade da norma. Nesse ínterim, a lei designa o dado pessoal como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, inciso I)<sup>255</sup>. Por sua vez, dados sensíveis referem-se a “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, inciso II)<sup>256</sup>. Assim, nota-se que o legislador optou por uma conceituação exemplificativa concernentemente aos dados sensíveis, mas há um elemento comum entre esses exemplos legislativos:

Os dados sensíveis são dados pessoais especialmente suscetíveis de utilização para fins discriminatórios, como estigmatização, exclusão ou segregação, de modo que seu tratamento atinja a dignidade de seu titular, lesionando sua identidade pessoal ou privacidade. O próprio anteprojeto da legislação identifica que o fim precípua do tratamento dos dados sensíveis é impedir a discriminação da pessoa humana com base

---

<sup>252</sup> SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 40.

<sup>253</sup> SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. Disposições Preliminares. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 43.

<sup>254</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. A lei geral de proteção de dados pessoais (lei 13.709) e sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, vol. 1027/2021, p. 203 -243, maio 2021.

<sup>255</sup> BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 31 de maio de 2022.

<sup>256</sup> BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 31 de maio de 2022.

nas suas informações. Por essa razão, somente podem ser sensíveis dados referentes à pessoa humana, em virtude do valor intrínseco da sua dignidade<sup>257</sup>.

A conceituação dos dados sensíveis é de suma importância, pois eles recebem um tratamento especial da LGPD. Isso porque é exigido, cuidando-se de coleta e tratamento de dados sensíveis, um consentimento livre, informado, inequívoco e destacado, sempre atrelado a uma finalidade específica. Excepcionalmente, os dados sensíveis podem ser coletados e tratados de forma a dispensar o consentimento, isso quando indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos; e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais<sup>258</sup>.

As disposições legais que tornam o consentimento despicando encontram críticas na doutrina, dentre as quais se destacam a seguinte:

Neste último caso, o consentimento do titular dos dados sensíveis, seja genérico, seja específico, ficaria dispensado em decorrência de uma ponderação de interesses realizada pela lei, aprioristicamente, que considera mais relevantes e preponderantes os interesses de natureza pública frente aos interesses do titular, ainda que estes tenham qualidade de Direito Fundamental. No entanto, críticas devem ser feitas a este posicionamento legislativo, especialmente se considerarmos que a proteção do conteúdo dos dados pessoais sensíveis é fundamental para o pleno exercício de Direitos Fundamentais, tais como os da igualdade, liberdade e privacidade (...)O princípio da dignidade da pessoa humana será identificado em cada uma das situações reais em que se possa verificar a concretização dos princípios da liberdade, da igualdade, da integridade ou da solidariedade social. Perfaz-se, assim, o princípio em uma cláusula geral de tutela da pessoa, servindo como princípio “prevalente no momento da concretização normativa e [n]a ponderação de princípios” (RUZYK, 2002, p.131). Significa isto dizer que para toda e qualquer situação em que esteja em jogo ou discussão a situação jurídica existencial, esta deverá prevalecer sobre aquelas patrimoniais se com elas incompatíveis (MULHOLLAND, 2009, p. 69). A análise do princípio da dignidade da pessoa humana se realiza, portanto, e com razão, considerando-se sempre a plena tutela da pessoa, seja considerando aspectos relacionados à sua liberdade, seja à sua identidade e privacidade, como no caso dos dados pessoais<sup>259</sup>.

<sup>257</sup> KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 450-451.

<sup>258</sup> SANTOS, Fabíola Meira de Almeida Santos; TALIBA, Rita. Lei geral de proteção de dados no Brasil e os possíveis impactos. **Revista dos Tribunais**, vol. 998/2018, p. 225 – 239, Dez / 2018.

<sup>259</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018, p. 168 e 170. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603/pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

Portanto, pode-se aferir que a qualificação do dado pessoal como sensível opera-se no plano concreto, quando verificada a “potencialidade de que seu tratamento possa servir como instrumento de estigmatização ou discriminação, à luz da privacidade, identidade pessoal e, de modo geral, dignidade da pessoa humana”<sup>260</sup>.

Analisando o artigo 5º da LGPD, é perceptível que os dados genéticos possuem particularidades que os tornam dados sensíveis. Nesse contexto, segundo Casabona<sup>261</sup>, os dados genéticos seriam dados supersensíveis, de forma que devem ter garantias reforçadas, tal como a vedação ao acesso da informação e do tratamento em arquivos automatizados, se não há consentimento do titular.

Cabe lembrar o polimorfismo da intimidade genética, o qual se divide em três níveis: um primeiro nível que corresponde à constituição genética da pessoa individual; um segundo equivalente à aferição de características genotípicas a partir da condição hereditária da família; e um terceiro nível relacionado à esfera social da genética humana (universal)<sup>262</sup>. Dessarte, em razão da sensibilidade e intimidade envolvida nos dados genéticos, cabe a cada pessoa decidir a quem os revela, quando e com que extensão, sendo vedada a transmissão a terceiros da informação obtida mediante análise genética sem expresso consentimento do interessado<sup>263</sup>, consubstanciando, assim, a garantia da confidencialidade dos dados genéticos.

Vale recordar, ainda, os direitos vinculados aos dados genéticos obtidos. No que concerne aos direitos vinculados, é essencial o consentimento do titular, porquanto esse “consentimento é indispensável para cruzar dados genéticos, amostras biológicas conservadas com fins de diagnóstico, assistência sanitária, ou investigações médicas ou científicas”<sup>264</sup>. Logo, os dados genéticos são singulares,

na medida em que são sensíveis, constituindo informações acerca das características hereditárias das pessoas, obtidas através de análise ácidos nucleicos e outras análises científicas. Desse modo, por fornecer um imenso volume de dados, a informação genética leva à ideia de homem “transparente” ou “de cristal”<sup>265</sup>.

<sup>260</sup> KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 455-456.

<sup>261</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. **Genética y derecho: responsabilidad jurídica y mecanismo de control**. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, p. 72

<sup>262</sup> CASADO, María; GUILLÉN, Margarita (coords). **ADN forense: problemas éticos e jurídicos**. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, p. 93.

<sup>263</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. **Genética y derecho: responsabilidad jurídica y mecanismo de control**. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, p. 73

<sup>264</sup> CASADO, María; GUILLÉN, Margarita (coords). **ADN forense: problemas éticos e jurídicos**. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, p. 42.

<sup>265</sup> BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. **Liberdade de pesquisa genética humana e a necessidade de proteção de dados genéticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 97.

Certamente, as disposições legais apresentadas aplicam-se à coleta de dados para fins de genealogia genética, porquanto as empresas privadas disponibilizam no mercado de consumo testes genéticos, a fim de aferir parentalidade e existência de predisposições genéticas para certas doenças. Assim, as empresas que possuem banco de dados genéticos próprio não podem compartilhar livremente os dados sensíveis, como, por exemplo, com a indústria farmacêutica, com o mercado de seguros ou com sindicatos de empregadores. O compartilhamento e a venda de dados são vedados tanto pela Lei Geral de Proteção de Dados, quanto pelas Declarações Internacionais advindas da UNESCO. Dessarte, a regra é a vedação do compartilhamento de dados, salvo expressa e específica autorização do titular.

Questão relevante é a análise do compartilhamento de dados genéticos para fins criminais e de segurança pública. Esse ponto torna-se ainda mais interessante diante da inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados na seara criminal, consoante o artigo 4º, inciso III, da LGPD. Assim, a restrição da incidência da LGPD

relativamente ao manejo de dados exclusivos de segurança pública, defesa nacional e segurança do Estado visa à garantia desses interesses públicos e o combate às infrações penais, ao crime organizado e à fraude digital e ao terrorismo. Nesse aspecto, seguiu a mesma orientação do Regulamento Europeu de proteção de dados, excetuando as hipóteses no art. 4º, III<sup>266</sup>.

Levando em consideração a inaplicabilidade da LGPD para fins criminais, deve ser ressaltado que as Declarações da UNESCO continuam eficazes, nos termos pontuados no capítulo 3 desta monografia. Em sequência, será visto como se dá a proteção de dados e seu eventual compartilhamento na seara penal.

## 4.2 A PROTEÇÃO DE DADOS NA SEARA PENAL

Tradicionalmente, os dados somente seriam protegidos quando considerados sigilosos, pois estariam afetos à proteção da privacidade. Assim, haveria a distinção entre os aspectos privado e público, diante do que os dados privados seriam sigilosos e os dados públicos não gozariam de proteção. Nas palavras de Abreu,

[entender os] “dados pessoais” como “dados sigilosos” remonta a uma noção do “direito à privacidade” que se estendeu longamente sob o paradigma “público x

---

<sup>266</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica? *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 182.

privado”. Privacidade consistiria em manter informações, aspectos e áreas da vida em caráter “privado”. Por isso mesmo, informações e dados pessoais compartilhados com o público não poderiam ser protegidos com base nesse direito: nome, números de identificação, face, imagem não são privados nesse sentido, e por isso não poderiam ser protegidos tecnicamente pelo “direito à privacidade” (ainda que o possam ser por outro direito de personalidade, na tradição do direito civil). Já as informações não disponíveis ao público em geral são consideradas “privadas” e em regra protegidas contra intrusões de terceiros. Sendo “privadas”, quanto mais “íntimas” as informações, maior é a preocupação em protegê-las<sup>267</sup>.

A Lei Geral de Proteção de Dados vai operar uma mudança de paradigma, superando a dicotomia de dados públicos e privados. Isso porque a nova legislação estabelece que todos os dados serão protegidos e destinados a uma finalidade específica, mas vale lembrar que a LGPD não se aplica à segurança pública e ao processo penal, searas em que ainda não existe regulamentação específica no Brasil.

Seguindo o modelo europeu em que há o Regulamento Geral de Proteção de Dados (para a área cível) e a Diretiva de Proteção de Dados 2016/680 – DPD - (para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou de execuções penais, e à livre circulação desses dados), está em tramitação, no Congresso Nacional, o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal (Anexo 01 desta monografia). Nesse encadeamento de ideias, seria natural pensar em agasalhar, no ordenamento jurídico brasileiro, uma legislação similar à DPD da União Europeia, porém é necessário perceber a diferença entre o contexto europeu e o brasileiro a fim de concluir pelo não aconselhamento de normatização semelhante.

É sabido que a Diretiva de Proteção de Dados (DPD) é direcionada aos Estados-membros da União Europeia, e não diretamente ao aplicador do direito (diferentemente do Regulamento Geral de Proteção de Dados que é direcionado à população). Por ser a DPD uma norma estabelecida como simples diretiva, garante-se aos Estados-membros maior liberdade na implementação de suas próprias normas<sup>268</sup>. Dessarte, a diretiva é resultado de esforços de integração na área de segurança pública e processo penal, tendo em vista que a atividade punitiva e policial integram a noção de soberania nacional<sup>269</sup>. Em última análise, a DPD visa harmonizar os ordenamentos jurídicos internos dos países-membros da União Europeia e

<sup>267</sup> ABREU, Jacqueline de Souza. Tratamento de dados pessoais para segurança pública: contornos do regime jurídico pós-Igpd. In: DONEDA, Danilo [et al]. **Tratado de proteção de dados pessoais** (coord.) Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>268</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 73.

<sup>269</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 72.

conferir uma proteção mínima aos dados pessoais, “uma vez que a implementação da DPD dá-se paralela e complementarmente às normas existentes nos Estados-membros, os quais regulam as formas de tratamento cada um à sua maneira”<sup>270</sup>. E mais, ciente da normatização interna dos Estados-membros, foram estabelecidas, na DPD, apenas regras de caráter genérico, enfatizando-se definições, princípios gerais, garantias procedimentais para assegurar os direitos do afetado e regras para a transferência internacional de dados<sup>271</sup>.

Ante o exposto, percebe-se a diferença entre o contexto brasileiro e europeu, levando em consideração que não existe um modelo supranacional de integração semelhante ao europeu envolvendo o Brasil e, além disso, não há legislação interna brasileira regulando a proteção de dados pessoais de forma específica na seara de segurança pública e no âmbito de persecução criminal. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro não deve acolher a normatização estabelecida pela Diretiva de Proteção de Dados, sob pena de conferir uma proteção genérica e insuficiente aos dados pessoais.

No contexto brasileiro, a partir da constitucionalização da proteção de dados pessoais como direito fundamental (Emenda Constitucional nº 115<sup>272</sup>), bem como da consagração de garantias originárias na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (referimo-nos ao sigilo das telecomunicações, integridade dos sistemas informáticos, inviolabilidade de domicílio etc), foram criados deveres gerais de abstenção do Estado ante a pessoa, deveres esses de aplicação imediata. Segundo Gleizer, Montenegro e Viana,

Isso quer dizer que, em regra, o Estado não pode intervir; e que exceções a essa regra têm de ser especialmente justificadas a título de *intervenções* nessa esfera protegida. É o paradigma de abstenção que deve orientar a proteção de dados nas áreas de segurança pública e do processo penal. E assim se compreende por que a primordial tarefa de uma legislação de dados consiste em estabelecer quais formas de tratamento de dados pelo Estado- ou seja, quais formas de intervenção – são constitucionalmente legítimas<sup>273</sup>.

No âmbito da proteção de dados, a abstenção do Estado significa um âmbito de proteção do cidadão, o qual pode dispor dos seus dados pessoais conforme o seu consentimento e

---

<sup>270</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 73.

<sup>271</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 73.

<sup>272</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 115**, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1), acesso em 21 de abril de 2022.

<sup>273</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 39.

entendimento (autodeterminação informacional). É dizer, há uma esfera de não intervenção estatal em dados pessoais do cidadão, porquanto esses dados estão fulcrados em uma das camadas dos direitos da personalidade. Isso se aplica também aos dados genéticos coletados para fins de genealogia genética, os quais estão vinculados às finalidades autorizadas, muito bem especificadas e destacadas, pois se cuidam de dados sensíveis, os quais, em regra, não podem ser acessados pelo Estado ou por outrem sem expressa autorização do titular.

Diante do princípio da convivência das liberdades públicas, é sabido ser possível intervir em direitos individuais, mormente, para proteger os indivíduos e a sociedade, bem como para atingir finalidades do Estado. Cuida-se de hipóteses excepcionais, nas quais o Estado, para intervir em direitos fundamentais, necessitará de uma justificação especial, porquanto há uma restrição a um direito fundamental. Em um Estado Democrático de Direito, essa justificação especial cinge-se em lei autorizativa e atuação do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, conforme os ditames da lei e do postulado da proporcionalidade. É dizer,

O povo, em sua Constituição, por meio de direitos fundamentais, estabelece o que estaria sob proteção geral, reservando, assim, a si próprio a posterior decisão sobre exceções que atendam a eventuais interesses circunstanciais. Daí surge, na dogmática constitucional, o conceito de *normas autorizativas* (art. 5º II CF) – por meio das quais o parlamento autoriza intervenções em direitos fundamentais – em contraponto a *normas de competência*. A máxima que fundamenta essa distinção entre competência e autorização é a de que “*de competências não se derivam autorizações*”<sup>274</sup>.

Assim, pode-se afirmar que “as intervenções não previstas em lei são intervenções em que nós, cidadãos, não consentimos, de forma que o Estado carece de uma autorização para as impor”<sup>275</sup>. Cuida-se da expressão do princípio da legalidade democrática. Nesse ínterim, surge o impasse do artigo 9º do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal, porque esse artigo permite que a autorização, para tratamento de dados para fins de persecução penal, quando houver decisão da autoridade competente, nos ditames da lei ou regulamento. O fato de o regulamento poder ser utilizado para permitir intervenções em dados pessoais e sensíveis é criticado pela doutrina, em razão de violar o princípio da legalidade na restrição aos direitos fundamentais, sendo isso inadmissível em um Estado de Direito, além de contrariar os princípios estabelecidos no anteprojeto (como a licitude)<sup>276</sup>.

<sup>274</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 42.

<sup>275</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 45.

<sup>276</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 47.

A genealogia genética investigativa traz a questão da coleta, tratamento e compartilhamento de dados entre as empresas privadas coletoras de dados genéticos e sensíveis para com o Poder Público. Nesse contexto, acresce salientar a necessidade de uma lei sobre a proteção de dados na seara criminal, pois a legalidade democrática exige autorização legislativa para ingerir sobre direitos fundamentais (como o é a autodeterminação informacional) e o princípio da proporcionalidade é insuficiente para lidar com a questão de restrição de direitos fundamentais, tendo em vista que, por vezes, esse princípio é aplicado por juízes solipsistas, alterando o posicionamento, conforme o caso *sub judice*. Assim, tendo em conta a imprescindibilidade de lei disciplinando a proteção e compartilhamento de dados pessoais na seara criminal, imprescindível trazer à tona o Anteprojeto com as suas especificações para o compartilhamento e tratamento de dados genéticos, tais considerações sobre o Anteprojeto da LGPD-Penal serão feitas no próximo capítulo.

#### 4.3 O ANTEPROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PARA A SEGURANÇA PÚBLICA E PERSECUÇÃO PENAL

O Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal (Anteprojeto da LGPD-Penal), em sua exposição de motivos, esclarece que o diploma legislativo tem como norte duas problemáticas centrais, quais sejam, a eficiência investigativa dos órgãos brasileiros e o déficit na proteção dos cidadãos frente às novas tecnologias utilizadas pelo Estado para fins de segurança pública e persecução penal. Para a consecução dos objetivos de eficiência investigativa e proteção de dados dos cidadãos, estruturou-se um Anteprojeto com doze capítulos, contendo sessenta e oito artigos, inspirados na LGPD cível brasileira e na Diretiva 680/2016 da União Europeia. Nesse ínterim, serão destacados alguns artigos e feitas algumas considerações sobre o tratamento, a coleta e o compartilhamento de dados genéticos, de forma a comparar alguns artigos do Anteprojeto da LGPD-Penal com o parecer do Ministério Público Federal, com a Diretiva de Proteção de Dados da União Europeia e com a Legislação de Portugal correlata ao tema de proteção de dados pessoais.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais em atividades de segurança pública e de persecução penal tem como fundamentos:

- I - a dignidade, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - o respeito à vida privada e à intimidade;
- IV - a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- V - a presunção de inocência;
- VI - confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos pessoais; e
- VII - garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal.

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por autoridades competentes em atividades de segurança pública e de persecução penal.

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de defesa nacional e segurança do Estado.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou dado biométrico, quando vinculado à pessoa natural;
- III - dado pessoal sigiloso: dado pessoal protegido por sigilo constitucional ou legal;
- IV - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;
- V - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;
- VI - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;
- VII - controlador: autoridade competente responsável pelas decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
- VIII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;
- IX - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ);
- X - agentes de tratamento: o controlador e o operador;
- XI - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, uso compartilhado, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;
- XII - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;
- XIII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

XIV - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados;

XV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado;

XVI - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organização internacional;

XVII - uso compartilhado de dados: divulgação por transmissão, comunicação, transferência, difusão ou qualquer forma de disponibilização, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicas no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

XVIII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

XIX - análise de impacto regulatório: documentação para instruir o processo legislativo acerca da autorização para a utilização de tecnologias de vigilância e o tratamento de dados pessoais por autoridades competentes que implique elevado risco aos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados;

XX - autoridade competente: autoridade pública, órgão ou entidade do Poder Público responsável pela prevenção, detecção, investigação ou repressão de atos infracionais e infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, ou qualquer outro órgão ou entidade que, nos termos da lei, exerça autoridade ou execute políticas públicas para os referidos efeitos, total ou parcialmente;

XXI - atividade de segurança pública: toda e qualquer atividade exercida para a preservação da ordem pública e para prevenção e detecção de infrações penais, inclusive aquelas de inteligência institucional, policial e financeira, realizada por autoridades competentes para a finalidade de segurança pública;

XXII - atividade de persecução penal: toda e qualquer atividade exercida para a investigação, apuração, persecução e repressão de infrações penais e execução de penas, por autoridades competentes, inclusive aquelas de inteligência policial, institucional e financeira realizada por autoridades competentes para a finalidade de persecução penal;

XXIII - tecnologia de monitoramento: equipamento, programa de computador ou sistema informático que possa ser usado ou implementado para tratamento de dados pessoais captados ou analisados, entre outros, em vídeo, imagem ou áudio;

XXIV - registros criminais: informações sobre investigações, indiciamentos, medidas cautelares, processos, condenações ou execução da pena.

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - licitude: embasamento do tratamento de dados pessoais em hipótese legal, nos termos do Capítulo II desta Lei;

II - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

III - adequação: pertinência e relevância do tratamento com os objetivos pretendidos, de acordo com o contexto do tratamento;

IV - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

V - proporcionalidade: compatibilidade do tratamento com os objetivos pretendidos, de acordo com o contexto do tratamento;

VI - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

VII - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VIII - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

IX - segurança da informação: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

X - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

XI - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

XII - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Art. 7º No tratamento de dados pessoais, o responsável pelo tratamento deve, na medida do possível, fazer uma distinção clara entre as diferentes categorias de titulares dos dados, especialmente:

I - pessoas em relação às quais existem indícios suficientes de que cometeram uma infração penal;

II - pessoas em relação às quais existem indícios suficientes de que estão prestes a cometer uma infração penal;

III - pessoas processadas pela prática de infração penal;

IV - pessoas condenadas definitivamente pela prática de infração penal;

V - vítimas de uma infração penal ou pessoas em relação às quais certos fatos indicam que podem ser vítimas de uma infração penal; e

VI - outras pessoas, tais como testemunhas, pessoas que possam fornecer informações, ou contatos ou associados das pessoas referidas nos incisos I a V.

Art. 8º No tratamento de dados, o responsável deve distinguir, na medida do possível, os dados pessoais baseados em fatos dos dados pessoais baseados em avaliações pessoais.

Parágrafo único. Caso o responsável verifique que tratou dados pessoais inexatos ou que tratou dados pessoais de forma ilícita, o destinatário deve ser informado tão logo seja possível e os dados pessoais devem ser retificados ou apagados.

Primeiramente, em relação ao artigo 1º do Anteprojeto da LGPD-Penal, o parecer do Ministério Público Federal<sup>277</sup> critica a sua redação e propõe o seguinte acréscimo “§1º O intercâmbio de dados pessoais entre autoridades legalmente competentes não será limitado, nem proibido, por razões relacionadas com a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”<sup>278</sup>. A nosso ver, tal acréscimo não merece ser acolhido, porquanto o Anteprojeto cuida especificamente de como se dará o compartilhamento de dados sigilosos e sensíveis. Logo, se o compartilhamento de dados deve ser disciplinado em lei,

<sup>277</sup> BRASIL. **Ministério Público Federal**. OFÍCIO N° 539/2020/Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (PPEA)/Procuradoria Geral da República (PGR). Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA\\_-\\_PGR-00456556-2020\\_NT.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA_-_PGR-00456556-2020_NT.pdf). Acesso em 10 de nov. de 2022.

<sup>278</sup> BRASIL. **Ministério Público Federal**. OFÍCIO N° 539/2020/Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (PPEA)/Procuradoria Geral da República (PGR). Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA\\_-\\_PGR-00456556-2020\\_NT.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA_-_PGR-00456556-2020_NT.pdf). Acesso em 10 de nov. de 2022.

respeitando-se o princípio da legalidade estrita, tendo em vista que a proteção de dados pessoais é constitucionalmente assegurada, permitir o amplo acesso de qualquer autoridade viola a confidencialidade dos dados pessoais, bem como infringe o princípio da adequação entre a finalidade e a coleta dos dados. Ademais, o artigo 2º da Diretiva Europeia<sup>279</sup> regula o compartilhamento de dados entre os diferentes países da União Europeia, e não quanto aos países e os seus cidadãos. Assim, a justificativa do Ministério Público Federal, para o acréscimo supracitado, não prospera.

Concernentemente ao artigo 3º do Anteprojeto da LGPD- Penal, pode ser feita a ressalva de que o Anteprojeto da LGPD-Penal não se aplica aos dados constantes de processo penal, nos exatos moldes da legislação portuguesa<sup>280</sup> sobre a matéria. Isso porque os registros criminais merecem sigilo a ser regulado de maneira específica, pois o compartilhamento com os demais órgãos deve ser possibilitado, inclusive, para fins de cumprimento de ordens judiciais.

Já no artigo 5º, é proposto o conceito de dados pessoais sigilosos, que são aqueles protegidos por disposição constitucional ou legal e, por esse motivo, merecem tratamento especial. O parecer do Ministério Público Federal<sup>281</sup> propõe a exclusão de tal conceito porque o tratamento de dados que implica autorização judicial já é regulado pela lei processual, bem

<sup>279</sup> UNIÃO EUROPEIA. **DIRETIVA (UE) 2016/680 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016.** Arts. 2 e 3. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HR> . Acesso em 10 de nov. de 2022. 2. *Nos termos da presente diretiva, os Estados-Membros asseguram: a) A proteção dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares e, em especial, o seu direito à proteção dos dados pessoais; e b) Que o intercâmbio de dados pessoais entre autoridades competentes na União, caso seja previsto pelo direito da União ou do Estado-Membro, não seja limitado nem proibido por razões relacionadas com a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.* 3. *A presente diretiva não obsta a que os Estados-Membros prevejam garantias mais elevadas do que as nela estabelecidas para a proteção dos direitos e liberdades do titular dos dados no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes*

<sup>280</sup> PORTUGAL. **Lei 59/2019, de 08 de Agosto.** Dados Pessoais para a prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais. Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=) . Acesso em 10 de nov. de 2022. Arts. 68 e 69. **Artigo 68.º** *Dados referentes ao sistema judiciário*

*1 - O tratamento de dados constante de processo penal, de decisão judicial ou do registo criminal é regulado nos termos da lei processual penal.*

*2 - Ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial é aplicável o regime jurídico próprio, constante da Lei n.º 34/2009, de 14 de julho.*

*Artigo 69.º Sistema integrado de informação criminal*

*O disposto na presente lei não implica qualquer restrição ou limitação na partilha e intercâmbio de dados entre os órgãos de polícia criminal e destes com as autoridades judiciais, no âmbito do dever de cooperação estabelecido na lei de organização da investigação criminal, designadamente do sistema integrado de informação criminal instituído nos termos da Lei n.º 73/2009, de 12 de agosto, alterada pela Lei n.º 38/2015, de 11 de maio.*

<sup>281</sup> BRASIL. **Ministério Público Federal.** OFÍCIO N° 539/2020/Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (PPEA)/Procuradoria Geral da República (PGR). Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA\\_-\\_PGR-00456556-2020\\_NT.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA_-_PGR-00456556-2020_NT.pdf) . Acesso em 10 de nov. de 2022.

como a jurisprudência permite a transferência do dever de sigilo desses dados. Com a devida vênia, ousamos discordar do *Parquet*, pois a transferência do dever de sigilo é questionada pela doutrina, bem como o tratamento especial destinado pela LGPD-Penal, além de pacificar a matéria, traz uma proteção adequada para os dados sigilosos, os quais merecem especial proteção.

Do mesmo modo, a crítica feita ao conceito de uso compartilhado de dados (art. 5º, inciso XVII), propondo a exclusão desse conceito, não merece ser acolhida, porquanto o compartilhamento diz respeito ao princípio da finalidade, o qual exige fundamento legal específico e juízo de proporcionalidade, a fim de autorizar o uso de dados para outra finalidade<sup>282</sup>.

Vale notar, também, que o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal também elenca os princípios que devem ser seguidos para o tratamento de dados. Nesse contexto, observa-se que os princípios elencados reprisam aqueles já previstos na LGPD cível, ao menos em parte, devendo ser destacado o princípio da finalidade para fins de posterior análise de possibilidade de compartilhamento.

O princípio da finalidade deixa transparecer que a regra é o não compartilhamento de dados, pois os dados devem seguir as finalidades para as quais foram coletados. Consoante Gleizer, Montenegro e Viana:

Se o tratamento de dados está vinculado à finalidade que condicionou o levantamento, o compartilhamento de dados entre órgãos de persecução penal, segurança pública e inteligência significa um *desvio de finalidade*. Toda forma de compartilhamento consiste em uma intervenção autônoma em direitos informacionais, porque implica uma quebra de violação finalística (cf. também E). A rigor, é o próprio paradigma da separação que possibilita o compartilhamento: numa unidade informacional, em que todos podem saber de tudo, sequer há que se falar em compartilhamento. Por isso é intolerável a existência de um banco comum de dados de *livre acesso* para distintos órgãos estatais. O acesso a bancos de dados precisa estar restrito a hipóteses concretas, previstas em normas autorizativas claras e delimitadas<sup>283</sup>.

Enfim, as considerações feitas refletem que o Ministério Público Federal propõe a exclusão do termo “uso compartilhado de dados” a fim de possibilitar um amplo acesso do Poder Público a dados pessoais e sensíveis. Tal proposta, a nosso ver, não merece ser adotada por um Estado Constitucional Democrático de Direito, comprometido com o fundamento dignidade humana, agasalhadora da proteção da personalidade, em especial, da intimidade e da

---

<sup>282</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 62.

<sup>283</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 57.

vida privada. Outrossim, as sugestões do Ministério Público Federal vão de encontro a proteção de dados pessoais conferida pelos países europeus e a União Europeia aos seus cidadãos.

## CAPÍTULO II DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

### Seção I

#### Dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais

Art. 9º O tratamento de dados pessoais para atividades de segurança pública e de persecução penal somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - quando necessário para o cumprimento de atribuição legal de autoridade competente, na persecução do interesse público, na forma de lei ou regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei;

II - para execução de políticas públicas previstas em lei, na forma de regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei;

III - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, contra perigo concreto e iminente.

Art. 10. É vedado o tratamento de dados pessoais para atividades de segurança pública e de persecução penal por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico ao Conselho Nacional de Justiça, sem prejuízo de outras exigências legais.

Art. 11. O acesso de autoridades competentes a dados pessoais controlados por pessoas jurídicas de direito privado somente ocorrerá mediante previsão legal, respeitados os princípios desta Lei.

§1º É admitida a colaboração voluntária, quando em conformidade com a Lei nº 13.709/18.

§2º Toda e qualquer requisição administrativa ou judicial indicará o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação concreta, incluindo sua adequação, necessidade e proporcionalidade, sendo vedados pedidos que sejam genéricos ou inespecíficos.

§3º Ressalvadas as hipóteses de dever legal de coleta e de retenção, a pessoa jurídica de direito privado que não coletar ou não mais reter dados pessoais para a realização de sua atividade econômica ficará desobrigada de fornecer tais dados.

§4º É vedada a proibição desmotivada e genérica de notificação dos titulares de dados cujos dados pessoais forem fornecidos em razão de requisição administrativa ou judicial sigilosa, devendo a autoridade competente especificar quando será possível a notificação.

Art. 12. O Conselho Nacional de Justiça emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às operações de tratamento e deverá solicitar às autoridades competentes responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.

### Seção II

#### Do Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis

Art. 13. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser realizado por autoridades competentes se estiver previsto em lei, observadas as salvaguardas desta Lei.

Parágrafo único. A autoridade competente responsável pelo tratamento de dados pessoais sensíveis elaborará relatório de impacto à proteção de dados pessoais e informará o Conselho Nacional de Justiça.

### Seção III

#### Do Tratamento de Dados Pessoais Sigilosos

Art. 14. O tratamento de dados pessoais sigilosos por autoridades competentes somente poderá ser realizado se estiver previsto em lei e para atividades de persecução penal.

§1º O acesso a dados pessoais sigilosos por meio de ferramentas de investigação e medidas cautelares de obtenção de prova deve observar a legislação especial aplicável.

§2º O acesso a dados pessoais sigilosos controlados por pessoas jurídicas de direito privado será específico a pessoas investigadas e dependerá de ordem judicial prévia baseada em indícios de envolvimento dos titulares de dados afetados em infração penal e na demonstração de necessidade dos dados à investigação, na forma da lei, sem prejuízo da comunicação de operações suspeitas, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.613.

#### Seção IV

##### Dos Limites e do Término do Tratamento de Dados

Art. 15. A autoridade competente deve manter procedimentos para evitar que, no curso de suas atividades, obtenha e trate dados pessoais irrelevantes ou excessivos à finalidade da operação de tratamento, devendo descartá-los imediatamente.

Art. 16. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

- I - verificação de que os dados não são ou deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada;
- II - verificação de que a finalidade foi alcançada; III - fim do período de tratamento; ou
- IV - determinação do Conselho Nacional de Justiça, quando houver violação ao disposto nesta Lei.

Art. 17. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

- I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; ou
- II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais.

No que tange ao artigo 9º do Anteprojeto da LGPD-Penal, merece ser ressalvado o princípio da licitude. De acordo com a DPD<sup>284</sup>, a licitude compreende a previsão em lei das

<sup>284</sup> UNIÃO EUROPEIA. **DIRETIVA (UE) 2016/680 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Artigos 8º e 9º, bem como exposição de motivos, itens 26, 27 e 28. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HR>. Acesso em 10 de nov. de 2022. *Artigo 8.o Licitude do tratamento 1. Os Estados-Membros preveem que o tratamento só seja lícito se e na medida em que for necessário para o exercício de uma atribuição pela autoridade competente para os efeitos previstos no artigo 1.o, n.o 1, e tiver por base o direito da União ou de um Estado-Membro. 2. O direito de um Estado-Membro que rege o tratamento no âmbito da presente diretiva especifica pelo menos os objetivos do tratamento, os dados pessoais a tratar e as finalidades do tratamento. Artigo 9.o Condições específicas do tratamento 1. Os dados pessoais recolhidos pelas autoridades competentes para os fins do artigo 1.o, n.o 1, não podem ser tratados para fins diferentes dos previstos no artigo 1.o, n.o 1, a não ser que esse tratamento seja autorizado pelo direito da União ou de um Estado-Membro. Caso os dados pessoais sejam tratados para esses outros fins, é aplicável o Regulamento (UE) 2016/679, salvo se tratamento for efetuado no âmbito de uma atividade não sujeita à aplicação do direito da União. 2. Caso o direito dos Estados-Membros confie às autoridades competentes o exercício de atribuições diferentes das exercidas para os fins do artigo 1.o, n.o 1, o Regulamento (UE) 2016/679 é aplicável ao tratamento para esses fins, inclusive para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, salvo se o tratamento for efetuado no âmbito de uma atividade não sujeita à aplicação do direito da União. 3. Caso o direito da União ou dos Estados-Membros aplicável à autoridade transmissora competente preveja condições específicas para o tratamento, os Estados-Membros preveem que a autoridade transmissora competente informe o destinatário dos dados pessoais dessas condições e da obrigação de as cumprir. 4. Os Estados-Membros preveem que a autoridade transmissora competente não aplique condições ao abrigo do n.o 3 a destinatários situados noutros Estados-Membros nem a agências, organismos e órgãos criados nos termos do Título V, Capítulos 4 e 5, do TFUE, diferentes das aplicáveis a transmissões de dados similares no Estado-Membro da autoridade transmissora competente (26) O tratamento de dados pessoais tem de ser feito de forma lícita, leal e transparente para com as pessoas singulares em causa, e exclusivamente para os efeitos específicos previstos na lei. Tal não obsta, em si mesmo, a que as autoridades de aplicação da lei exerçam atividades tais como investigações encobertas ou videovigilância. Tais atividades*

finalidades que o tratamento de dados pode oferecer. É dizer, o tratamento de dados em matéria de persecução penal e segurança pública deve respeitar os limites legais e, somente dentro desses limites, é possível o tratamento de dados. Logo, a previsão segundo a qual o regulamento pode tratar de coleta e tratamento de dados pessoais viola a reserva de lei. Colaciona-se, nesse sentido, a lição da doutrina:

aspecto mais relevante é a exigência de uma reserva de lei para todas as intervenções estatais no acesso a dados pessoais, o que significa dizer que a ideia alemã é a de que, se o cidadão tem sua esfera afetada pela produção, uso, transferência e armazenamento dos dados, ele deve ter, de alguma forma, consentido nisso. Se ele não a consentiu, deve ser criado um consentimento a partir de seu representante, que é o parlamento. Portanto, a proteção do cidadão contra essas intervenções começa na existência de uma lei que as prevê e, ainda, diante de requisitos para que elas sejam possíveis<sup>285</sup>.

Assim, para Luís Greco, as “exigências da reserva de lei, no Brasil, advindas do artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal, não foram atendidas pelo artigo 9º”<sup>286</sup>. Logo, merece ser feita uma emenda supressiva ao artigo em questão, a fim de retirar a possibilidade de previsão de tratamento de dados em “regulamento”.

---

*podem ser executadas para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, desde que estejam previstas na lei e constituam uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática, tendo devidamente em conta os interesses legítimos da pessoa singular em causa. A lealdade de tratamento, que constitui um dos princípios da proteção de dados, é uma noção distinta do direito a um tribunal imparcial, tal como definido no artigo 47.º da Carta e no artigo 6.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH). As pessoas singulares deverão ser alertadas para os riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento dos seus dados pessoais e para os meios de que dispõem para exercer os seus direitos relativamente ao tratamento desses dados. Em especial, os efeitos específicos do tratamento deverão ser explícitos e legítimos, e deverão estar determinados no momento da recolha dos dados pessoais. Os dados pessoais deverão ser adequados e relevantes para os efeitos para os quais são tratados. É especialmente necessário garantir que os dados pessoais recolhidos não sejam excessivos nem conservados durante mais tempo do que o necessário para os efeitos para os quais são tratados. Os dados pessoais só deverão ser tratados se a finalidade do tratamento não puder ser atingida de forma razoável por outros meios. A fim de assegurar que os dados são conservados apenas durante o período considerado necessário, o responsável pelo tratamento deverá fixar prazos para o seu apagamento ou revisão periódica. Os Estados-Membros deverão prever garantias adequadas aplicáveis aos dados pessoais conservados durante períodos mais longos a fim de fazerem parte de arquivos de interesse público ou de serem utilizados para fins científicos, estatísticos ou históricos. (27) Para efeitos de prevenção, investigação ou repressão de infrações penais, é necessário que as autoridades competentes tratem os dados pessoais, recolhidos no contexto da prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais específicas para além desse contexto, a fim de obter uma melhor compreensão das atividades criminais e de estabelecer ligações entre as diferentes infrações penais detetadas. (28) A fim de preservar a segurança do tratamento e de evitar o tratamento em violação da presente diretiva, os dados pessoais deverão ser tratados de uma forma que garanta um nível adequado de segurança e confidencialidade, nomeadamente para evitar o acesso ou a utilização desses dados e do equipamento utilizado para o seu tratamento por parte de pessoas não autorizadas, e que tenha em conta as técnicas e tecnologias mais avançadas, os custos da sua aplicação em função dos riscos e a natureza dos dados pessoais a proteger.*

<sup>285</sup> OLIVEIRA, Luciano Rocha de. **Proteção de Dados Pessoais no Processo Penal e na Segurança Pública** (p. 155). São Paulo: Editora Dialética, 2022. Edição do Kindle.

<sup>286</sup> GRECO *Apud* OLIVEIRA, Luciano Rocha de. **Proteção de Dados Pessoais no Processo Penal e na Segurança Pública** (p. 154). São Paulo: Editora Dialética, 2022. Edição do Kindle.

Sobre esse mesmo artigo 9º, O Ministério Público Federal<sup>287</sup> fez uma proposta de emenda aditiva, segundo a qual, uma vez coletados os dados, eles possam ser transferidos para esferas diversas, mediante decisão da autoridade competente. Consoante já destacado nesta monografia, tal ato representaria um desvio de finalidade e, portanto, depende de previsão em lei. Acresce salientar que a redação sugerida pelo Ministério Público permite que quaisquer dados, inclusive aqueles que podem ser coletados exclusivamente para fins de persecução penal – por exemplo, a interceptação telefônica – sejam transferidos para o âmbito civil, burlando algumas disposições constitucionais, inclusive.

Seguindo na análise do Anteprojeto da LGPD-Penal, adita-se que a redação do artigo 10 recebe várias críticas, pois esse dispositivo veda a coleta e tratamento de dados por pessoa de direito privado para fins de segurança pública e persecução penal, exceto em procedimento sob tutela de pessoa jurídica de direito público. De fato, a redação do artigo impediria a atividade de *compliance*, a qual tem se revelado útil para a prevenção e repressão de delitos. Ainda, a genealogia genética investigativa poderia ser prejudicada, pois nela é necessário o compartilhamento de dados entre empresas privadas que oferecem serviços de genética com o Poder Público. Ademais, de acordo com a doutrina poderiam ser prejudicadas apurações de infrações internas, *in verbis*:

Esse tipo de previsão, sem nenhuma adequação de redação, acaba proibindo apurações internas, feitas por pessoas jurídicas de direito privado, para coleta e compartilhamento de dados de clientes ou de outras pessoas, de seus próprios agentes, de funcionários de um banco ou funcionários de uma empresa que pratiquem crimes, por exemplo. Assim, no artigo 10, o legislador enuncia que o tratamento de dados pessoais feito por determinada empresa que observou a possível prática de um crime, nas suas atividades, com seus próprios empregados ou por terceiros, viola direitos fundamentais. Conforme pontua Calabrich, isso, além de impor uma “camisa de força” às empresas que eventualmente realizam essas atividades, acaba por dar margem a um questionamento nos tribunais. Se as provas, colhidas numa investigação privada, forem utilizadas em processos criminais, poderia se invocar a ilicitude do tratamento de dados e, conseqüentemente, a ilicitude da prova obtida a partir dessa atividade?<sup>288</sup>

Logo, sugere-se a supressão do artigo 10 da LGPD-Penal, pois se entende que as pessoas de direito privado podem fazer a coleta e o tratamento de dados para fins de segurança pública

---

<sup>287</sup> BRASIL. **Ministério Público Federal**. OFÍCIO N° 539/2020/Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (PPEA)/Procuradoria Geral da República (PGR). Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA\\_-\\_PGR-00456556-2020\\_NT.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA_-_PGR-00456556-2020_NT.pdf). Acesso em 11 de nov. de 2022. Proposta de emenda ao artigo 9º: §2º *Os dados pessoais tratados para as finalidades desta lei poderão ser utilizados para outras finalidades públicas, a serem apontadas em ato motivado da autoridade competente, o que, se e quando possível, deverá ser informado aos titulares dos dados.*

<sup>288</sup> OLIVEIRA, Luciano Rocha de. **Proteção de Dados Pessoais no Processo Penal e na Segurança Pública** (pp. 155-156). São Paulo: Editora Dialética, 2022. Edição do Kindle.

e persecução penal, desde que seja respeitado o princípio da proporcionalidade, bem como o cidadão seja alertado de que está sendo feita a coleta dos dados na esfera privada. Diante dessa coleta na esfera privada, torna-se necessário o consentimento ou lei autorizadora para compartilhar os dados com o Poder Público.

Ademais, no que diz respeito aos dados sensíveis, o artigo 13 do Anteprojeto da LGPD-Penal prevê que o tratamento desses dados sensíveis depende de lei específica, bem como deve ser autorizado por autoridade competente (leia-se, autoridade judicial). Logo, para fins de genealogia genética investigativa e fenotipagem, por se tratar de operações que analisam dados sensíveis, imprescindível lei específica autorizando o tratamento de dados para fins de persecução criminal, bem como autorização da autoridade competente. Assim, a coleta de dados específicos para fins criminais (e não para empresas privadas) depende de lei e autorização judicial, já a coleta destinada às empresas privadas que buscam aferir parentalidade e doenças genéticas terá a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD cível), de forma que essas empresas podem oferecer o seu produto diretamente ao consumidor, não sendo aplicável a futura lei advinda do Anteprojeto, exceto no que diz respeito ao compartilhamento de dados entre empresas privadas e o Poder Público – disposições que poderão e deverão ser aplicadas-.

Também a respeito do artigo 13, sugere-se redação similar à legislação portuguesa. Dessarte, o tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderia ser efetuado se *for estritamente necessário, se estiver sujeito a garantias adequadas de proteção dos direitos e liberdades do titular e se: (a) for autorizado por lei; (b) se destinar a proteger os interesses vitais do titular de dados ou de outra pessoa singular; ou (c) Estiver relacionado com dados tornados públicos pelo titular dos dados*<sup>289</sup>. Dessa forma, as fontes abertas de dados sensíveis poderiam ser acessadas pelo Poder Público.

---

<sup>289</sup> PORTUGAL. **Lei 59/2019, de 08 de Agosto.** Dados Pessoais para a prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais. Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=) . Acesso em 10 de nov. de 2022. Artigo 6.º *Artigo 6.º Tratamento de categorias especiais de dados pessoais. 1 - O tratamento dos dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas ou a filiação sindical, bem como dos dados genéticos, dos dados biométricos destinados a identificar uma pessoa singular de forma inequívoca, dos dados relativos à saúde ou dos dados relativos à vida sexual ou à orientação sexual, só pode ser efetuado se for estritamente necessário, se estiver sujeito a garantias adequadas de proteção dos direitos e liberdades do titular dos dados, e se: a) For autorizado por lei; 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. 2 - São proibidas as definições de perfis que conduzam*

Quanto ao artigo 17 do Anteprojeto da LGPD-Penal, recomenda-se que o prazo para a conservação de dados seja compatível com a finalidade do tratamento de dados ou com o compartilhamento efetuado de acordo com a lei. Nesse diapasão, sugere-se redação similar ao artigo 12º da legislação portuguesa<sup>290</sup>.

O próximo capítulo do Anteprojeto da LGPD-Penal que interessa aos nossos estudos envolve a possibilidade de compartilhamento de dados, motivo pelo qual não faremos uma análise exaustiva do Anteprojeto, mas sim analisaremos os capítulos mais importantes para o tema da genealogia genética investigativa. Assim, prosseguimos com o capítulo VIII do Anteprojeto, *in verbis*:

#### CAPÍTULO VIII COMPARTILHAMENTO DE DADOS

Art. 45. Qualquer modalidade de uso compartilhado de dados pessoais entre autoridades competentes somente será possível com autorização legal, com autorização judicial ou no contexto de atuações conjuntas autorizadas legalmente, observados os propósitos legítimos e específicos para o tratamento, os direitos do titular, bem como os fundamentos, princípios e obrigações previstos nesta Lei.

§ 1º Ressalvadas as hipóteses legais, é vedado o compartilhamento direto e contínuo de bancos de dados que contenham dados pessoais estabelecidos no âmbito de atividades de segurança pública com órgãos responsáveis pela persecução penal, exceto:

I - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei;

---

*à discriminação de pessoas singulares com base nas categorias especiais de dados pessoais previstos no número anterior.*

<sup>290</sup> PORTUGAL. Lei 59/2019, de 08 de Agosto. Dados Pessoais para a prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais. Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=). Acesso em 10 de nov. de 2022. Artigo 12.º Prazos para conservação e avaliação. 1 - Os dados pessoais só podem ser tratados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha, ou do tratamento posterior autorizado nos termos do artigo 7.º, findo o qual devem ser apagados, sem prejuízo da sua pseudonimização logo que as finalidades do tratamento o permitam. 2 - O responsável pelo tratamento avalia periodicamente a necessidade de conservar os dados pessoais tratados, de acordo com procedimentos internos adotados para esse efeito, nos quais se deve fixar, nomeadamente, a periodicidade da avaliação. 3 - A periodicidade de avaliação da necessidade de conservar os dados pessoais deve ser determinada em função das diferentes categorias de titulares de dados previstos no artigo 9.º, bem como da necessidade de conservação dos dados em causa para as finalidades do tratamento. 4 - A decisão de conservar os dados pessoais por períodos adicionais ao prazo de conservação original deve ser documentada, justificada e notificada aos titulares dos dados, sem prejuízo do disposto no artigo 16.º 5 - As autoridades competentes devem utilizar sistemas informáticos que facilitem a avaliação periódica da necessidade de conservar os dados e o seu apagamento ou pseudonimização, nomeadamente através de alertas e de medidas de proteção automáticas, tais como a limitação de acesso ou a ocultação dos dados.

Artigo 7.º Finalidades do tratamento. 1 - É permitido o tratamento dos dados pessoais, pelo mesmo ou por outro responsável pelo tratamento, para finalidades diferentes daquelas para as quais os dados pessoais foram recolhidos, desde que essas outras finalidades se enquadrem nos fins previstos no artigo 1.º e que: a) O responsável pelo tratamento esteja autorizado por lei a tratar os dados pessoais para essa finalidade; e b) O tratamento seja necessário e proporcional a essa outra finalidade, nos termos da lei. 2 - O tratamento pelo mesmo ou por outro responsável inclui o arquivo de interesse público e a utilização científica, estatística ou histórica dos dados para os efeitos previstos no artigo 1.º, sob reserva de garantias adequadas dos direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.

II - para investigação ou processo criminal específico.

§ 2º Requisições de acesso a dados entre autoridades competentes para uso compartilhado ocorrerão de forma devidamente motivada quanto ao contexto específico do pedido, à base legal, finalidade, necessidade e proporcionalidade, devendo o registro de acesso e de uso por agentes de autoridades competentes ser mantido por período de no mínimo 5 anos.

Art. 46. O uso compartilhado de dados pessoais entre uma autoridade competente e um órgão ou entidade da administração pública não competente para os fins desta lei dependerá da demonstração de que o tratamento é compatível com a finalidade original da coleta, observadas as expectativas legítimas de titulares de dados e os objetivos de políticas públicas que ensejaram a coleta original.

Parágrafo único. Nas situações compatíveis, o acesso de agentes de autoridades competentes dependerá de requisição e autorização administrativa devidamente motivada quanto ao contexto específico do pedido, à base legal, à finalidade, necessidade e proporcionalidade, resguardada a reserva de jurisdição para dados pessoais sigilosos, quando exigida por lei ou pela Constituição, e devendo ser mantido o registro de acesso e de uso por período de no mínimo 5 anos.

Art. 47. É vedado a autoridades competentes praticar quaisquer das modalidades de uso compartilhado de dados pessoais com pessoas jurídicas de direito privado, exceto:

I - em casos de execução descentralizada de atividade pública, autorizada em lei, e que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observadas as demais disposições desta Lei;

II - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as demais disposições desta Lei e da Lei nº 13.709/18;

III - por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público e esteja na qualidade de operadora de tratamento de dados.

Art. 48. É vedado a pessoas jurídicas de direito privado praticar modalidades de uso compartilhado de dados com autoridades competentes, exceto nas hipóteses específicas previstas em lei ou mediante cooperação voluntária, desde que observadas as demais disposições dos Capítulos I e II desta Lei e da Lei nº 13.709/18.

Art. 49. Toda e qualquer parceria institucional para uso compartilhado de dados será informada ao público, nos termos e limites do Capítulo VI, e comunicada ao Conselho Nacional de Justiça, que poderá determinar a sua imediata suspensão e posterior adequação, limitação e interrupção se configurada violação a dispositivo desta Lei.

Art. 50. Os registros a que se referem o artigo 45, §2º e o parágrafo único do artigo 46 incluirão a identificação funcional do agente, o endereço IP, a data e o horário do acesso e poderão ser objeto de análise no âmbito de processos administrativos e judiciais, inclusive por titulares de dados pessoais.

Art. 51. O Conselho Nacional de Justiça poderá requisitar, a qualquer momento, às autoridades competentes, informe específico sobre o âmbito e a natureza dos dados e demais detalhes do tratamento realizado e poderá emitir parecer técnico para garantir o cumprimento desta Lei.

Art. 52. O Conselho Nacional de Justiça poderá estabelecer normas complementares para as atividades de que trata o artigo 45.

A par da crítica já existente quanto Conselho Nacional de Justiça ser órgão do Poder Judiciário e possuir competências estranhas ao tratamento de dados – pois sua atividade é administrativa -, é possível aferir que o Anteprojeto não prevê expressamente, porém não afasta, peremptoriamente, o modelo de duas portas e o método do levantamento hipotético para o compartilhamento de dados.

O modelo de duas portas consiste em exigir duplo fundamento legal para efetuar o compartilhamento de dados pessoais. Assim,

Seria necessário, em primeiro lugar uma norma que autorizasse o controlador primário, aquele que primeiro levantou e armazenou os dados, a dar acesso às informações. Além disso, exige-se do controlador secundário, ou seja, do órgão que receberá os dados, autorização para isso. Somente se presentes ambos os fundamentos autorizadores – metaforicamente, apenas se abertas ambas as portas – seria possível o compartilhamento de dados pessoais<sup>291</sup>.

Aplicando o modelo de duas portas à genealogia genética investigativa, deve ser notado que, para a empresa privada compartilhar os dados, é necessária a autorização legislativa, bem como é imprescindível nova autorização legal para o Poder Público receber os dados pessoais sensíveis.

Por sua vez, o método de levantamento hipotético<sup>292</sup> estabelece que o “compartilhamento só é possível se o órgão que recebe os dados contar com autorização semelhante para levantá-los”<sup>293</sup>. Isso significa que o compartilhamento de dados pessoais somente será possível se o controlador secundário tiver autorização para ele mesmo levantar os dados que estão sendo compartilhados.

---

<sup>291</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 137.

<sup>292</sup> Vale notar que o levantamento hipotético foi adotado pela legislação portuguesa: *Artigo 7.º Finalidades do tratamento. 1 - É permitido o tratamento dos dados pessoais, pelo mesmo ou por outro responsável pelo tratamento, para finalidades diferentes daquelas para as quais os dados pessoais foram recolhidos, desde que essas outras finalidades se enquadrem nos fins previstos no artigo 1.º e que: a) O responsável pelo tratamento esteja autorizado por lei a tratar os dados pessoais para essa finalidade; e b) O tratamento seja necessário e proporcional a essa outra finalidade, nos termos da lei. 2 - O tratamento pelo mesmo ou por outro responsável inclui o arquivo de interesse público e a utilização científica, estatística ou histórica dos dados para os efeitos previstos no artigo 1.º, sob reserva de garantias adequadas dos direitos, liberdades e garantias do titular dos dados.*

*Artigo 8.º. Condições específicas de tratamento. 1 - Os dados pessoais recolhidos pelas autoridades competentes para os fins previstos no artigo 1.º não podem ser tratados para fins diferentes, salvo se esse tratamento for autorizado por lei, sendo neste caso aplicável ao tratamento de dados para esses e outros fins o disposto no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, e na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto. 2 - Nos casos em que as autoridades competentes exerçam atribuições para efeitos diversos dos previstos no artigo 1.º, é aplicável ao tratamento de dados para esses outros fins, incluindo os de arquivo de interesse público, de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos, o disposto no Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, e na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto. 3 - Se a autoridade competente proceder a uma transmissão de dados cujo tratamento esteja sujeito a condições específicas, a autoridade transmissora informa o destinatário dos dados pessoais dessas condições e da obrigação de as cumprir. 4 - Na transmissão de dados à Eurojust, à Europol e a outros organismos de cooperação judiciária e policial em matéria penal criados no âmbito da União Europeia, bem como às autoridades competentes de outros Estados-Membros, não podem ser aplicadas condições específicas diferentes das previstas para as transmissões de dados similares entre autoridades nacionais. (PORTUGAL. **Lei 59/2019, de 08 de Agosto**. Dados Pessoais para a prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais. Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=) . Acesso em 10 de nov. de 2022).*

<sup>293</sup> GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p 139.

Acerca do levantamento hipotético, pode ser questionado se o Poder Público pode levantar dados para fins de genealogia genética investigativa. Nesse ínterim, merece ser destacada a redação do artigo 9º-A, §5º da Lei nº 7.210/1984, literalmente:

§ 5º A amostra biológica coletada só poderá ser utilizada para o único e exclusivo fim de permitir a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar.

Diante da vedação à busca familiar, parece-nos que é vedado ao Poder Público fazer a genealogia genética investigativa, motivo pelo qual, levando em consideração método de levantamento hipotético, estaria proibido o compartilhamento de dados com esse fim, sob pena, inclusive, de burlar a vedação legal.

Acresce salientar que a Diretiva de Proteção de Dados da União Europeia, igualmente à legislação portuguesa, propõe o modelo do levantamento hipotético, literalmente:

Princípios Artigo 4.o Princípios relativos ao tratamento de dados pessoais. 1. Os Estados-Membros preveem que os dados pessoais sejam: a) Objeto de um tratamento lícito e leal; b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e não tratados de uma forma incompatível com essas finalidades; c) Adequados, pertinentes e limitados ao mínimo necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados; d) Exatos e atualizados sempre que necessário; devem ser tomadas todas as medidas razoáveis para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para as quais são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora; e) Conservados de forma a permitir a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados; f) Tratados de uma forma que garanta a sua segurança adequada, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidentais, recorrendo a medidas técnicas ou organizativas adequadas; 2. **É permitido o tratamento pelo mesmo ou por outro responsável pelo tratamento para as finalidades previstas no artigo 1.o, n.o 1, diferentes da finalidade para a qual os dados pessoais foram recolhidos, desde que: a) O responsável pelo tratamento esteja autorizado a tratar esses dados pessoais com essa finalidade, nos termos do direito da União ou dos Estados-Membros; e b) O tratamento seja necessário e proporcionado para essa outra finalidade, nos termos do direito da União ou dos Estados-Membros.** 3. O tratamento pelo mesmo ou por outro responsável pelo tratamento pode incluir o arquivo de interesse público e a utilização científica, estatística ou histórica dos dados para as finalidades previstas no artigo 1.o, n.o 1, sob reserva de garantias adequadas dos direitos e liberdades do titular dos dados. 4. O responsável pelo tratamento é responsável pelo cumprimento do disposto nos n.os 1, 2 e 3 e deve poder comprovar esse cumprimento (**grifo nosso**).<sup>294</sup>

Percebe-se, pois, que a Diretiva sugere o acatamento do modelo de levantamento hipotético, mas submete tal opção ao regramento dos Estados Europeus, porquanto é a lei interna de cada Estado-membro que deverá regular a matéria.

<sup>294</sup> UNIÃO EUROPEIA. DIRETIVA (UE) 2016/680 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016. Artigos 8º e 9º, bem como exposição de motivos, itens 26, 27 e 28. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HR>. Acesso em 10 de nov. de 2022.

Ademais, nos termos dos artigos 47 e 48 do Anteprojeto da LGPD-Penal brasileira, a regra é a proibição de uso compartilhado de dados pessoais com pessoas jurídicas de direito privado, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos do artigo 47, destacando-se as exceções:

I - em casos de execução descentralizada de atividade pública, autorizada em lei, e que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observadas as demais disposições desta Lei;

II - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as demais disposições desta Lei e da Lei nº 13.709/18;

III - por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público e esteja na qualidade de operadora de tratamento de dados.

Art. 48. É vedado a pessoas jurídicas de direito privado praticar modalidades de uso compartilhado de dados com autoridades competentes, exceto nas hipóteses específicas previstas em lei ou mediante cooperação voluntária, desde que observadas as demais disposições dos Capítulos I e II desta Lei e da Lei nº 13.709/18.

Assim, percebe-se que, consoante o inciso II, se os dados forem acessíveis publicamente, é possível o uso compartilhado deles. Logo, as fontes abertas de dados genéticos podem ser utilizadas para fins de genealogia genética investigativa. Assim, se a pessoa optar por expor seus dados genéticos em redes sociais ou abri-los ao público de qualquer forma não viciada por um consentimento de caráter genérico em contrato de adesão, os dados poderão ser utilizados.

Ainda, ressalta-se que, a nosso ver, o banco de dados coletados para fins de testes de DNA *fingerprinting* não pode ser usado, sem o consentimento do titular dos dados ou previsão legislativa, para a realização de genealogia genética investigativa, porquanto consistiria em desvio de finalidade dos dados genéticos sem autorização legal.

Por fim, acresce salientar que o Ministério Público Federal propõe a supressão de vários artigos que versam sobre o compartilhamento de dados, bem como a inclusão dos seguintes dispositivos:

Art. 45. O disposto na presente lei não implica em qualquer restrição ou limitação ao compartilhamento de dados entre os órgãos federais, distritais, estaduais e municipais incumbidos legalmente de atividades de segurança pública e de persecução penal, no âmbito do dever de cooperação estabelecido no art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

§1º. O compartilhamento de dados pessoais entre autoridades competentes ou entre uma autoridade competente e um órgão ou entidade da administração pública não competente para os fins desta lei é permitido para cumprimento das tarefas que são da responsabilidade da autoridade competente transmissora ou da autoridade competente a quem os dados são transmitidos.

§2º. O registro de acesso e de uso por agentes de autoridades competentes ser mantido por período de no mínimo 5 anos<sup>295</sup>.

<sup>295</sup> PORTUGAL. Lei 59/2019, de 08 de Agosto. Dados Pessoais para a prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais. Disponível em

Vale notar que a justificativa do Ministério Público Federal sustentando as emendas<sup>296</sup> não condiz com o ordenamento jurídico português como um todo, pois a legislação portuguesa disciplinou, por meio da Lei nº 73/2009 de 12 de agosto, como seriam as condições e procedimentos para instruir o sistema integrado de informação criminal. Logo, o compartilhamento de dados, inclusive, por autoridades policiais, é regulado por lei em sentido estrito em Portugal. Em virtude dessa regulação específica, o artigo 69 da Lei nº 59/2019<sup>297</sup> excepciona a aplicabilidade da Lei de Proteção de Dados Portuguesa. No entanto, gize-se, todas as hipóteses de compartilhamento de dados estão reguladas por lei, lei em sentido estrito, em Portugal, mesmo para as autoridades policiais. Assim, a justificativa trazida pelo Ministério Público Federal, para alterar e suprimir dispositivos sobre o uso compartilhado de dados, distorce a legislação portuguesa, bem como deixa de considerar que a Diretiva da União Europeia é destinada aos Estados-membros para que estes legislem de forma específica como se dará o compartilhamento dos dados no âmbito interno dos Estados. Conclui-se que devem ser afastadas as propostas do Ministério Público Federal, porquanto não se revelam justificadas as suas alterações do Anteprojeto da LGPD-Penal quanto ao uso compartilhado de dados.

Enfim, superada a dicotomia de dados sigilosos e dados livres de acesso, tem-se que todos os dados pessoais gozam de proteção e, em virtude disso, os dados devem ser coletados para determinadas finalidades. Excepcionalmente, os dados podem ser compartilhados quando houver autorização legal ou consentimento do titular, bem como quando se cuidar de dados tidos como fontes abertas. Tal entendimento é plenamente aplicável à genealogia genética investigativa. Ainda, hodiernamente, ante a ausência de lei autorizativa do tratamento e compartilhamento de dados, o consentimento no caso específico é o elemento legitimador da utilização da genealogia genética investigativa. Assim, rechaçamos o princípio da proporcionalidade para o compartilhamento de dados, em virtude de ele ser subjetivista.

---

<sup>296</sup> por exemplo, destaca de forma expressa as suas disposições não implicam qualquer restrição ou limitação na partilha e intercâmbio de dados entre os órgãos de polícia criminal e destes com 81 as autoridades judiciais, no âmbito do dever de cooperação estabelecido na lei de organização da investigação criminal (cf. art. 69 da Lei nº 59/2019), dispositivo que merece ser internalizado no âmbito da presente proposta de diploma legislativo.

<sup>297</sup>PORTUGAL. **Lei 59/2019, de 08 de Agosto.** Dados Pessoais para a prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais. Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=) . Acesso em 10 de nov. de 2022. *Artigo 69.º Sistema integrado de informação criminal. O disposto na presente lei não implica qualquer restrição ou limitação na partilha e intercâmbio de dados entre os órgãos de polícia criminal e destes com as autoridades judiciais, no âmbito do dever de cooperação estabelecido na lei de organização da investigação criminal, designadamente do sistema integrado de informação criminal instituído nos termos da Lei n.º 73/2009, de 12 de agosto, alterada pela Lei n.º 38/2015, de 11 de maio.*

Ademais, ressaltamos a urgência da elaboração e promulgação de lei regulamentadora sobre a utilização das novas tecnologias genéticas e o compartilhamento de dados. Logo, levando em consideração o consentimento como legitimador da utilização das novas tecnologias genéticas, passa-se a analisar o consentimento do investigado.

#### 4.4 O CONSENTIMENTO DO INVESTIGADO PARA O USO DE DADOS NA GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA

Fundamentado na autodeterminação informativa, o consentimento assumiu papel de destaque na regulamentação de dados. De acordo com o paradigma do consentimento estabelecido pela legislação brasileira e tratados internacionais, os dados pessoais somente poderiam ser acessados com o consentimento do titular. No entanto, pode-se indagar se o consentimento possui, de fato, a eficácia esperada. Em outras palavras, se por um lado o consentimento está fulcrado na autodeterminação informacional; por outro lado, o consentimento legitima a intervenção nos dados pessoais. Nesse ínterim, vale destacar que a doutrina contemporânea já admite existir uma falácia do consentimento e, conseqüentemente, o uso de dados pessoais poderia ser arbitrário, porquanto seria duvidosa a legitimidade conferida pelo consentimento.

Para Mendes e Fonseca, “os pressupostos que delineiam o paradigma do consentimento, atualmente, demonstram-se insuficientes para garantir um regime protetivo efetivo e material, em especial, para assegurar um verdadeiro controle sobre o fluxo de dados pessoais”<sup>298</sup>. Nesse sentido, Bioni explica, com quatro estudos empíricos – quais sejam, *Mental models* (Universidades de Stanford e Carnegie Mellon), *Trackers* e a corrida armamentista tecnológica como elemento neutralizador da capacidade do usuário em controlar as suas informações pessoais (Universidade de Berkeley), resignação pela assimetria de poder no fluxo das informações pessoais: o problema estrutural do câmbio-troca (*trade-off*) da economia de dados pessoais (Universidade da Pensilvânia), aviso de *Cookies*: o cenário pós-GDPR e a contínua

---

<sup>298</sup>MENDES, Laura Schertel; FOSENCA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: técnicas de materialização. DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de proteção de dados pessoais** (coord.) Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

evasão das escolhas do titular de dados (Universidade de Bochum)<sup>299</sup> – a assimetria e a (hiper) vulnerabilidade no âmbito da proteção de dados pessoais, sob o paradigma do consentimento. Ademais, de acordo com Mendes e Fonseca,

elucidam as insuficiências do consentimento como foco regulatório: (i) as limitações cognitivas do titular dos dados pessoais para avaliar os custos e benefícios envolvidos quanto aos seus direitos de personalidade; (ii) as situações em que não há uma real liberdade de escolha do titular, por exemplo, em circunstâncias denominadas “*take it or leave it*”; e (iii) as modernas técnicas de tratamento e análise de dados a partir de *Big Data* que fazem com que a totalidade do valor e a possibilidade de uso desses dados não sejam completamente mensuráveis no momento em que o consentimento é requerido<sup>300</sup>.

Em breve síntese, há traços de vulnerabilidades informacional, técnica e econômica. “Isso é o saldo da assimetria, igualmente própria do mercado informacional, que agrava a condição de vulnerável do cidadão”<sup>301</sup>. Assim, consoante Bioni, “a lógica do mercado e da sociedade da informação arquitetam essa (falsa) escolha, já que, para fazer parte do jogo, deve-se aceitar o convite mediante o ‘concordo’ em compartilhar ‘meus dados pessoais’”<sup>302</sup>. Logo, a não concordância em compartilhar os dados pessoais geraria um custo social, qual seja, não participar dessa sociedade da informação. Nas palavras de Bioni,

O consentimento tem sido visto como o pilar dessa estratégia regulatória, mais como um meio para legitimar os modelos de negócio da economia digital, do que um meio eficiente para desempenhar a proteção de dados. Ele tem sido encarado como uma verdadeira ficção legal deformadora e voraz do teorizado regime legal de proteção de dados pessoais e da sua aplicação prática. Não seria mais do que uma mistificação, na medida em que não é confrontado com o anotado contexto socioeconômico que estrangula a prometida liberdade da autodeterminação informacional<sup>303</sup>.

Diante da insuficiência da normativa baseada no consentimento para garantir uma verdadeira autodeterminação informacional, é imprescindível pensar em uma nova estratégia regulatória. Assim, não basta garantir uma adjetivação do consentimento – como ocorre com os dados sensíveis, por exemplo, os dados genéticos – a fim de promover a proteção de dados, mas sim é imprescindível “pensar em disposições normativas complementares que interfiram

<sup>299</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 145-157.

<sup>300</sup> MENDES, Laura Schertel; FOSENCA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: técnicas de materialização. DONEDA, Danilo [et al.]. **Tratado de proteção de dados pessoais** (coord.) Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 98.

<sup>301</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 161.

<sup>302</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 161.

<sup>303</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 163-164.

no próprio fluxo informacional, não deixando apenas sobre os ombros dos titulares de dados pessoais, o fardo normativo da proteção de dados pessoais”<sup>304</sup>.

É sabido que uma estratégia regulatória puramente liberal é incoerente quando há uma posição de vulnerabilidade do cidadão. Logo, faz-se necessário certo intervencionismo estatal, a fim de que se alcance uma autonomia por parte do elo mais fraco no processo de tomada de decisão<sup>305</sup>.

Transpondo o raciocínio da vulnerabilidade informacional, técnica e econômica do cidadão para o âmbito da proteção de dados genéticos, entendemos que o consentimento dado, para fins de teste de ancestralidade ou de teste de predisposições genéticas para doenças, deve ser interpretado restritivamente. Isso significa que o consentimento deve ser restringido para as finalidades e legítimas expectativas do cidadão, sendo nulas cláusulas genéricas ou cláusulas específicas autorizadas de compartilhamento dos dados para fins de persecução penal inculpidas em contrato de adesão (seguindo a regra de “tudo ou nada” / “*take it or leave it*”). Em síntese, considerar nulas as cláusulas autorizadas de compartilhamento de dados para fins de persecução penal em contrato de adesão e em cláusulas genéricas, cuida-se de intervencionismo estatal que visa coibir o desvio de finalidade do consentimento, assegurando que os dados genéticos sejam utilizados para os fins esperados pelo titular dos dados.

Assim, o tratamento normativo do consentimento para fins genéticos deve seguir a lógica de intervencionismo estatal, a fim garantir a equalização das posições jurídicas entre os envolvidos – a saber: empresas privadas criadoras de bancos genéticos e titulares dos dados genéticos -. Logo, o consentimento deve respeitar as legítimas expectativas dos titulares de dados e se restringir a essas expectativas. Nesse diapasão, o consentimento colhido no âmbito cível não autoriza o compartilhamento de dados para a seara criminal, pois a proteção de dados foi alçada a direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil e, assim, somente por lei específica ou consentimento específico, este mediante termo de consentimento dado na seara penal, pode ser restringido tal direito. Eventual liberalismo para que o cidadão consinta em expor seus dados para quaisquer fins, inclusive de persecução penal, esbarraria na garantia da proteção de dados constitucionalmente assegurada.

---

<sup>304</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 164.

<sup>305</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 165.

Ante o exposto, pode-se concluir que o compartilhamento de dados depende de lei ou consentimento específicos, porquanto a proteção de dados pessoais é direito fundamental. Ademais, o Anteprojeto de lei de proteção de dados para fins de persecução penal exige lei autorizadora para o compartilhamento de dados. Logo, o consentimento geral, concedido para utilizar os dados pessoais para quaisquer fins, não pode suprir a falta de legislação, mormente por se estar numa relação desigual, com presença de parte vulnerável em aspectos informacional, técnico e econômico. Nesse diapasão, entendemos que essa é a regra na seara cível: não compartilhamento de dados para com a seara penal, exceto se houver lei autorizadora ou consentimento específico do titular. Ainda, a falta de lei autorizadora não pode ser suprida pelo consentimento inespecífico do titular, porquanto se cuida de relação com a presença de cidadão-vulnerável. Nesse mesmo sentido, leciona Souza, ao tratar da coleta de dados para fins de pesquisa sobre o DNA na área da medicina preditiva, *in verbis*:

Os dados genéticos coletados com determinados objetivos não podem ser utilizados para outra finalidade, distinta da análise realizada, a menos que se tenha obtido o consentimento prévio da pessoa interessada nesse sentido (5). Apesar de ser um dilema frequente em medicina, diante do qual não existe resposta universal (28), em geral, os dados genéticos humanos, os dados proteômicos e as amostras biológicas de uma pessoa não devem ser revelados nem postos à disposição de terceiros, salvo por uma razão importante prevista em lei ou quando se tenha obtido o consentimento prévio livre, informado e expresso do sujeito de pesquisa (29)<sup>306</sup>.

Acrescente-se que, em artigo sobre o tema do consentimento e uso arbitrário dos dados genéticos, Souza destaca a premente necessidade de “criação de uma lei sobre proteção de dados de saúde, incluindo os dados genéticos, que regulamente, inclusive no âmbito penal, os testes genéticos para fins médicos arbitrários (42) para proteger a intimidade genética”<sup>307</sup>. Nesse contexto, Alho destaca que “tão importantes quanto a seriedade no desenvolvimento das atividades científicas e técnicas são as responsabilidades e preocupações com as consequências delas oriundas”<sup>308</sup>. Portanto, é fundamental que a genética seja acompanhada da ética<sup>309</sup>, a qual

---

<sup>306</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, 56 (3) 268-273, jul-set. 2012. Disponível em: [Biobancos\\_dados\\_geneticos\\_e\\_protECAo\\_juridico\\_penal\\_da\\_intimidade.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos_dados_geneticos_e_protECAo_juridico_penal_da_intimidade.pdf) [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos\\_dados\\_geneticos\\_e\\_protECAo\\_juridico\\_penal\\_da\\_intimidade.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos_dados_geneticos_e_protECAo_juridico_penal_da_intimidade.pdf) (pucrs.br) . Acesso em: 30 de nov. de 2022.

<sup>307</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, 56 (3) 268-273, jul-set. 2012. Disponível em: [Biobancos\\_dados\\_geneticos\\_e\\_protECAo\\_juridico\\_penal\\_da\\_intimidade.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos_dados_geneticos_e_protECAo_juridico_penal_da_intimidade.pdf) [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos\\_dados\\_geneticos\\_e\\_protECAo\\_juridico\\_penal\\_da\\_intimidade.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos_dados_geneticos_e_protECAo_juridico_penal_da_intimidade.pdf) (pucrs.br) . Acesso em: 30 de nov. de 2022.

<sup>308</sup> ALHO, Clarice Sampaio. Ética no desenvolvimento científico e tecnológico: questões da genética atual. *In: Ciência e ética: os grandes desafios*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p.18

<sup>309</sup> De acordo com Alho, “Genética e ética devem caminhar juntas. Tal união ocorrerá em resposta a estratégias educacionais e culturas voltadas para cientistas em atuação e em formação. Consciente disso, a Comissão Mundial

poderá desempenhar um “papel prospectivo como uma sistema de alarme prévio ou um sensor de perigos”<sup>310</sup>. Dessarte, será possível, por meio do consentimento específico e restrito para a área cível, amparar um melhor caminho para a genética, desde que os dados sejam utilizados para as finalidades autorizadas e haja previsão em lei de sanções (cíveis ou penais) para quem utilizar arbitrariamente os dados genéticos.

Por sua vez, na seara penal, pode-se questionar sobre o consentimento dado voluntariamente para submissão à genealogia genética investigativa. Tal consentimento, específico para a seara penal, seria válido frente ao direito de não produzir provas contra si? Ainda, seria necessário um consentimento intergeracional para fins de genealogia genética investigativa?

Vale notar que, na seara penal, o consentimento e o acordo são vistos sob enfoque diverso, pois poderá haver (ou não) uma tensão entre a liberdade individual (autonomia) e a proteção de bens jurídicos considerados indisponíveis (coercitividade sistêmico-social). Nesse ínterim, tanto o consentimento quanto o acordo, à luz da teoria dualista de Andrade<sup>311</sup>, possuem um fundamento em comum, a saber, a liberdade de ação constitucionalmente assegurada como tutela direta da liberdade pessoal<sup>312</sup>. Entretanto, segundo a corrente dualista, é imprescindível ressaltar as diferenças entre o acordo e o consentimento em sentido estrito.

O consentimento em sentido estrito seria uma causa de justificação e, portanto, excludente da ilicitude na teoria tripartida do crime. Isso porque, no consentimento justificante, “subsiste invariavelmente a lesão ao bem jurídico que, mesmo quando justificada pela autonomia pessoal, não deixa de dar corpo à expressão de danosidade social própria das condutas típicas”<sup>313</sup>. Assim, haveria a lesão ao bem jurídico, considerada uma lesão sistêmico-social, em relação à qual se afastaria a ilicitude, em virtude da autonomia pessoal permissiva quanto à ofensa. Vale notar

---

da Ética do Conhecimento Científico e Tecnológico da UNESCO (COMEST) registrou uma série de sugestões que levam à promoção de reflexões e à providência da compreensão acerca das questões éticas dentro das instituições de ensino e pesquisa”. (ALHO, Clarice Sampaio. *Ética no desenvolvimento científico e tecnológico: questões da genética atual*. In: **Ciência e ética: os grandes desafios**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p.18)

<sup>310</sup> ALHO, Clarice Sampaio. *Ética no desenvolvimento científico e tecnológico: questões da genética atual*. In: **Ciência e ética: os grandes desafios**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p.18

<sup>311</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal** (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

<sup>312</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal** (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 192.

<sup>313</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal** (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 172.

que, para Andrade, o consentimento deve recair sobre o resultado da conduta<sup>314</sup>, pois este é fruto de uma heterolesão (isto é, relação social com relevância jurídico-penal) consentida<sup>315</sup>.

Por sua vez, o acordo afasta a tipicidade na teoria tripartida do crime, pois não haveria sequer lesão ao bem jurídico, inexistindo danosidade social, na conduta (ação ou omissão). Nesse diapasão, o bem jurídico consiste em expressões de liberdade concretamente protegidas. Em outras palavras:

O acordo assegura a continuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico protegido e, reflexamente, a congruência entre a mesma autonomia e o programa sistémico-social de tutela penal. O que exclui, por definição, os coeficientes de conflitualidade próprios do consentimento. E retira todos o fundamento e pertinência dos conceitos – como ofendido, renúncia, lesão, etc. – nucleares do discurso do consentimento<sup>316</sup>.

Levando em consideração que o bem jurídico protegido, no compartilhamento de dados, é a autodeterminação informacional, o nosso posicionamento é no sentido de que a ação de autorizar o compartilhamento de dados para a seara penal é, dogmaticamente, um acordo, pois o bem jurídico autodeterminação informacional, fulcrado na privacidade ou intimidade e com base em uma das camadas do direito da personalidade, reflete expressão de liberdade concretamente protegida. Dessarte, pode-se concluir que o acordo sobre o compartilhamento de dados para a seara penal retira o caráter típico, a danosidade social, da conduta em questão.

Em relação aos testes genéticos que envolvem a medicina preditiva, é imprescindível analisar o acordo/consentimento sob diferente viés. Nesse contexto, acresce notar que há uma relação médico-paciente, na qual são características marcantes o termo de consentimento livre e esclarecido (fulcrado no dever de informação do médico e no direito à autonomia do paciente), bem como o sigilo médico. Segundo Souza,

Assim, como ocorre em qualquer tipo de intervenção médica, o teste genético, para ser legítimo, tem de se assentar no consentimento válido e eficaz do paciente. Por sua vez, este, além de não ser obrigado a suportar uma determinada análise, pode recusar-se a tomar conhecimento da investigação procedida. De outra banda, os dados genéticos coletados com determinados objetivos não podem ser utilizados com outra finalidade distinta da análise realizada, a menos que tenha obtido o consentimento prévio da pessoa interessada nesse sentido<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal** (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 358.

<sup>315</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal** (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 319.

<sup>316</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal** (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 517.

<sup>317</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos e a proteção jurídico-penal de dados genéticos. **Revista de Estudos Criminais**, v. 62, p. 191-192, 2016.

No que tange ao sigilo médico, merecem ser tecidas algumas considerações sobre a sua proteção jurídico-penal. A um, observa-se que proteção jurídico-penal visa proteger a intimidade do paciente, pois são passadas informações confidenciais, em razão da confiança na relação médico-paciente<sup>318</sup>. A dois, nota-se que o sigilo médico é um direito-dever, possuindo matiz deontológica. Dessarte, a violação ao segredo médico implica sanções de caráter ético, civil e penal<sup>319</sup>. A três, o Código Penal prevê como crime a conduta descrita no artigo 154, literalmente: “revelar alguém, sem *justa causa*, segredo de que tenha ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”<sup>320</sup>. Tal conduta criminal é plenamente aplicável no âmbito da divulgação de segredo médico, incluindo a revelação de dados genômicos. Por conseguinte, imprescindível averiguar a *justa causa* para divulgação das informações médicas.

No sentido de sindicar a justa causa para divulgação de dados médicos genéticos, vale destacar que a revelação deve sempre ocorrer no limite do estritamente necessário<sup>321</sup>. Segundo Souza,

a lei determina diversas circunstâncias que afastam o dever médio de manter sigilo profissional, permitindo-se a eventual revelação de um fato considerado confidencial; são os casos de justa causa impostos pelo dever legal (*justa causa legal*). Por conseguinte, o dever de guardar segredo pelo médico pode ser quebrado em situações especiais quando estiver em jogo outro interesse relevante, como, por exemplo, salvar a vida do próprio paciente ou de outra pessoa a ele ligada; notificar doença infectocontagiosa; apurar fato delituoso; realizar perícias médico-legais e outras requisições da justiça<sup>322</sup>.

Assim, a justa causa caracteriza-se por opção legal, mas também por motivos éticos ou por consentimento do paciente. A respeito dos princípios éticos, são eles: a não maleficência, a beneficência, a autonomia e a justiça; assim, a justa causa por motivos éticos afasta o delito da revelação de sigilo médico. No que concerne ao consentimento do paciente, tal ato afasta a tipicidade do crime do artigo 154 do Código Penal, por excluir a adequação típica da conduta de revelar segredo profissional-médico<sup>323</sup>. Enfim, conclui-se que, para fins de genealogia

<sup>318</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos e a proteção jurídico-penal de dados genéticos. **Revista de Estudos Criminais**, v. 62, p. 199-200, 2016.

<sup>319</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos e a proteção jurídico-penal de dados genéticos. **Revista de Estudos Criminais**, v. 62, p. 200, 2016.

<sup>320</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União.

<sup>321</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos e a proteção jurídico-penal de dados genéticos. **Revista de Estudos Criminais**, v. 62, p. 202, 2016.

<sup>322</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos e a proteção jurídico-penal de dados genéticos. **Revista de Estudos Criminais**, v. 62, p. 202, 2016.

<sup>323</sup> SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos e a proteção jurídico-penal de dados genéticos. **Revista de Estudos Criminais**, v. 62, p. 205, 2016.

genética investigativa, o consentimento do paciente excluirá a tipicidade da revelação dos dados médicos quanto ao genoma do paciente, em virtude da caracterização da justa causa. Por sua vez, não há justa causa legal para fins de genealogia genética investigativa, uma vez que inexistente previsão no ordenamento brasileiro quanto à revelação do genoma do paciente para fins de genealogia genética investigativa.

Pelas razões expostas, entendemos que o acordo/consentimento supre a falta de lei. É dizer, apesar de ser necessário lei disciplinando o prazo em que os dados genéticos poderiam ser colhidos, acessados, processados, tratados e excluídos, o acordo/consentimento do titular dos dados genéticos concedido específica e voluntariamente para a seara penal torna lícita e legítima a utilização dos dados genéticos para fins de genealogia genética. No entanto, para o acordo ser válido e eficaz, é preciso que o titular do material genético saiba, de antemão, com o que ele está concordando (resultado). Isso significa que o acordo não pode ser vago, pois, cuidando-se a genealogia genética de nova fonte científica, deve ser esclarecido ao titular dos dados sobre o método científico que ele está sendo exposto e acordando.

Ademais, consoante mencionado alhures, o acordo para uso de dados genéticos, para fins de genealogia genética, exige uma adequação ao Anteprojeto da LGPD- Penal, porquanto o artigo 13 do Anteprojeto apenas permite o tratamento de dados sensíveis se houver previsão legal, mas seria necessária fazer a previsão de que o tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderia ser efetuado se *for estritamente necessário, se estiver sujeito a garantias adequadas de proteção dos direitos e liberdades do titular e se: (a) for autorizado por lei; (b) se destinar a proteger os interesses vitais do titular de dados ou de outra pessoa singular; ou (c) Estiver relacionado com dados tornados públicos pelo titular dos dados*<sup>324</sup>.

---

<sup>324</sup> PORTUGAL. **Lei 59/2019, de 08 de Agosto.** Dados Pessoais para a prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais. Disponível em [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?artigo\\_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so\\_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3123A0001&nid=3123&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=?area=Identifica%E7%E3o%20civil%20e%20criminal&nversao=). Acesso em 10 de nov. de 2022. Artigo 6.º *Artigo 6.º Tratamento de categorias especiais de dados pessoais. 1 - O tratamento dos dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas ou a filiação sindical, bem como dos dados genéticos, dos dados biométricos destinados a identificar uma pessoa singular de forma inequívoca, dos dados relativos à saúde ou dos dados relativos à vida sexual ou à orientação sexual, só pode ser efetuado se for estritamente necessário, se estiver sujeito a garantias adequadas de proteção dos direitos e liberdades do titular dos dados, e se: a) For autorizado por lei; 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. 2 - São proibidas as definições de perfis que conduzam à discriminação de pessoas singulares com base nas categorias especiais de dados pessoais previstos no número anterior.*

Logo, para fins de genealogia genética investigativa, por se tratar de operação que analisa dados sensíveis, imprescindível lei específica ou o acordo/consentimento do titular, autorizando o tratamento de dados para fins de persecução criminal. Nesse diapasão, ainda seria possível perquirir sobre o princípio do *nemo tenetur se detegere* e a exigência de um consentimento intergeracional. Tal tema merece estudo específico, conforme se fará a seguir.

#### 4.4.1 O consentimento do investigado e o princípio do *nemo tenetur se detegere*

O princípio-garantia do *nemo tenetur se detegere*, resultado de uma conquista histórica diante das amarras inquisitoriais da persecução penal, possui previsão em convenções internacionais. Assim, pode-se aferir que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, consagrou tal garantia no artigo 14, n 3, alínea g, dispondo que a pessoa acusada tem o direito de *não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpada*. Outrossim, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, no art. 8, parágrafo 2º, alínea g, estabeleceu o *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*. Nesse diapasão, merece ser ressaltado que ambas convenções internacionais foram internalizadas pelo Estado Brasileiro em 1992 e produzem efeitos no ordenamento jurídico interno do Brasil<sup>325</sup>.

Ainda, o princípio-garantia do *nemo tenetur se detegere* está implicitamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois ele decorre dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, há disposição expressa de que será garantido o direito ao silêncio ao preso (art. 5º, inciso, LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), mas a doutrina e a jurisprudência adotam uma interpretação extensiva dessa garantia, a qual engloba outros direitos, além de não depor contra si, bem como converge sobre pessoas presas ou libertas.

O conteúdo do *nemo tenetur se detegere* versa sobre o “direito à não autoincriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio”<sup>326</sup>. Em outras palavras, essa garantia fundamental

---

<sup>325</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79-80.

<sup>326</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

A partir do caso *Miranda vs. Arizona*, havendo oscilações jurisprudenciais no decorrer do tempo, gize-se, foram estabelecidos importantes marcos civis nos Estados Unidos da América, dentre os quais destaca-se o aviso Miranda. De acordo com Giacomolli:

Segundo as conhecidas “Regras de Miranda” (*Miranda Rules*), antes de ser efetuada qualquer pergunta, o sujeito há de ser identificado de seu direito a não declarar, do direito da presença de um advogado constituído ou nomeado, e de que, ao optar em falar, o que disser poderá ser usado como prova<sup>327</sup>.

Ante o exposto, percebe-se que o *nemo tenetur se detegere* diz respeito tanto a um aviso prévio à produção de alegação (ato investigativo) ou prova (ato processual) contra si, quanto a uma garantia de não produzir ato algum. É dizer, em virtude da possibilidade de não produzir atos investigativos ou probatórios que prejudiquem a própria pessoa, esta deve ser avisada desse direito de não produzir esses atos. No entanto, se alertada de acordo com as Regras de Miranda, a pessoa voluntariamente consentir em produzir a prova ou o ato investigativo, não há impedimento a esse ato/prova, o qual poderá ser admitido e valorado na persecução penal. Isso significa dizer que o *nemo tenetur se detegere* é um princípio-garantia disponível pelo investigado, desde que livre de coerção.

Feitas essas considerações iniciais sobre o princípio-garantia *nemo tenetur se detegere*, cabe sindicar a sua aplicabilidade às tecnologias genéticas. Senão, vejamos.

Acerca da identificação genômica (DNA *fingerprinting*), é amplamente debatida, pela doutrina, a colisão entre o *nemo tenetur se detegere* e a coleta compulsória de material genético. De acordo com Giacomolli, “a nova lei, se considerada constitucional, sepultará o *nemo tenetur*, na medida em que permite a extração coativa do material genético”<sup>328</sup>. De fato, se há uma garantia de não produção de provas autoincrimatórias no Estado Constitucional Democrático de Direito, a produção de prova coercitivamente (contra a vontade do investigado), viola frontalmente a garantia, razão pela qual novamente defendemos a inconstitucionalidade de tal coleta compulsória de DNA, remetendo o leitor ao capítulo 2.2 desta monografia, no qual já salientamos haver Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida, no Supremo Tribunal Federal, versando sobre o tema.

<sup>327</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 201.

<sup>328</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200.

Concernentemente à fenotipagem, não há risco ao *nemo tenetur se detegere*, pois a amostra de DNA é encontrada entre os vestígios do crime ou desastre humano (catástrofe) para fins de averiguação a quem, de fato, pertence (aferição de características externas visíveis ou ancestralidade biogeográfica). Logo, a pessoa investigada deixou vestígios, e esses podem ser analisados cientificamente, sem violar o princípio-garantia.

No que tange à genealogia genética investigativa, a questão torna-se mais tormentosa, porquanto essa técnica pode vir desacompanhada do DNA *fingerprinting*, trazendo diversas implicações. Dentre as implicações possíveis, algumas merecem destaque, vejamos.

A um, o entendimento de que o *nemo tenetur se detegere* é uma garantia disponível aplica-se à genealogia genética investigativa. É dizer, se houver acordo voluntário (isto é, livre de erro, coação, etc.), restará possível a coleta do material genético para fins de persecução criminal. Vale ressaltar que tal acordo deve ser concedido em termo específico, e não constar de cláusula em contrato de adesão ou de tudo ou nada (*take it or leave it*) advindo da área cível. Assim, a disposição espontânea do material genético, para fins de persecução penal, suprirá a falta de legislação sobre o tratamento de dados genéticos, tendo em vista que a pessoa optou por auxiliar uma investigação mesmo que em prejuízo de algum familiar seu (de acordo com o modelo de árvore genealógica).

A dois, o aviso Miranda deve ser respeitado na coleta do material genético para fins de genealogia genética criminal. Isso quer dizer que o cedente do material genético deve ser informado da potencialidade de incriminar parente seu ou a si próprio.

A três, se houver lei autorizando o compartilhamento de dados e a busca familiar – de acordo com o modelo de duas portas e levantamento hipotético-, o consentimento dado para a realização da genealogia genética na seara cível pode ser compartilhado com a seara criminal.

A quatro, se concedido o material genético e logrado identificar um possível suspeito, este se recusar a realizar o DNA *fingerprinting*, deve prevalecer a presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*, consoante fundamentado quanto à impossibilidade de coleta compulsória e à inviabilidade de inversão do ônus da prova no processo penal, ante a presunção de inocência.

Enfim, o *nemo tenetur se detegere* é um princípio-garantia polimorfo, pois adquire diferente roupagem a depender da espécie de ato investigativo ou processual a ser produzido. Por conseguinte, para fins de corroboração da voluntariedade do acordo sobre a concessão do material genético destinado à persecução penal, recomenda-se um acordo por escrito ou

gravado por filmagem. Logo, o investigado poderá dispor do seu direito de fazer prova contra si mesmo, por meio do aceite em realizar a perícia para fins de genealogia genética, desde que seja comunicado do seu direito (aviso Miranda), o faça por escrito (ou por filmagem) e livre de coação. E mais, cumpre salientar que o uso da genealogia genética para fins de absolvição é sempre possível, mesmo diante da ausência do consentimento do titular, pois a utilização da tecnologia para absolver protege a liberdade, a qual é direito fundamental e merece proteção, mesmo diante de proibição do meio probatório.

#### 4.4.2 A Genealogia Genética Investigativa e o Consentimento Intergeracional

Em estudo sobre os termos de consentimento envolvendo as empresas que oferecem serviços de genealogia genética, Wallace, Gourn, Nikolova e Sheehan concluíram ser necessário levar terceiros em consideração quando houver teste genético de busca familiar <sup>329</sup>. Nesse ínterim, a pesquisa realizada categorizou as empresas em quatro tipos de provedores: (1) empresas que fornecem serviços de genealogia com base apenas em dados, como histórico pessoal ou familiar; (2) empresas que fornecem serviços de genealogia baseados principalmente em uma amostra de DNA fornecida pelo cliente; (3) empresas que fornecem serviços de genealogia usando ambos dados anteriores (1 e 2); e 4) empresas que também possuem componente de pesquisa<sup>330</sup> (isto é, utilizam os dados fornecidos pelo cliente para pesquisa de terceiros). Vejamos o quadro abaixo:

---

<sup>329</sup> Wallace SE, Gourn EG, Nikolova V, Sheehan NA (December 2015). Family tree and ancestry inference: is there a need for a 'generational' consent?. **BMC Medical Ethics**. 16 (1): 87. doi:10.1186/s12910-015-0080-2. PMC 4673846. PMID 26645273.

<sup>330</sup> Wallace SE, Gourn EG, Nikolova V, Sheehan NA (December 2015). Family tree and ancestry inference: is there a need for a 'generational' consent?. **BMC Medical Ethics**. 16 (1): 87. doi:10.1186/s12910-015-0080-2. PMC 4673846. PMID 26645273.

Figura 03: Características das empresas provedoras do serviço de genealogia genética

**Table 1** Characteristics of companies included in the analysis

Companies	Ancestry services based on self-reported data	Ancestry services based on a DNA sample	Ancestry services based on self-reported data and a DNA sample	Offers a Research Component in addition to other services
23andMe (23andMe Research)			√	√
African Ancestry		√		
African DNA		√		
Ancestry by DNA		√		
Ancestry <sup>a</sup>	√			
AncestryDNA <sup>a</sup> (Ancestry Human Diversity Project)			√	√
AncestryHealth <sup>a</sup> (Ancestry Human Diversity Project)	√			
Archives <sup>b</sup>	√			√
Archives <sup>b</sup>	√			
DNA Testing Systems		√		
DNA Tribes		√		
Family Search	√			
Family Tree DNA (various projects)			√	
FamilyLink <sup>b,c</sup>	√			
Find My Past	√			
Genes Reunited	√			
Geni <sup>b</sup>	√			
MyHeritage <sup>b,c</sup>	√			
Oxford Ancestors		√		
Roots for Real		√		
The Genealogist <sup>b</sup>	√			
World Vital Records <sup>b,c</sup>	√			

<sup>a</sup>AncestryDNA and AncestryHealth are subsidiaries of Ancestry

<sup>b</sup>These companies outsource DNA testing to other companies (FamilyLink, GENI and The Genealogist, World Vital Records use FTDNA; Archives use Ancestry; and MyHeritage uses FTDNA or 23andMe)

<sup>c</sup>FamilyLink, GENI and World Vital Records are subsidiaries of MyHeritage

Fonte: Wallace SE, Gournal EG, Nikolova V, Sheehan NA (December 2015). Family tree and ancestry inference: is there a need for a 'generational' consent?. **BMC Medical Ethics**. 16 (1): 87. doi:10.1186/s12910-015-0080-2. PMC 4673846. PMID 26645273.

Após a categorização foi feita a análise dos termos de consentimento, destacando-se os seguintes:

## Figura 04: Modelos de cláusulas de temo de consentimento

**Table 2** Quotes from company privacy policy or T&C documents referring to the need to obtain consent from family members

Company	Quote from privacy policy/T&C document
Ancestry	You should obtain the consent from the living persons about whom you want to post personal information on the Websites, or, if the person is under the age of 18, the consent of their parent or guardian [48].
AncestryHealth	Before providing health and lifestyle information about others, you represent that you have obtained the consent from them, or, if the person is under the age of 18, the consent of their parent or guardian [49].
Archives	[...]You should only submit or share User Provided Content that belongs to you (or where you have obtained all necessary permissions or consents) and that will not violate the rights of others [50].
Family Search	When providing personal information about anyone other than yourself, you must first obtain the other person's informed consent if his or her consent is legally required [according to local law] [51].
FindMyPast	You should always seek permission from people who are living before you make their personal information available in your tree, or anywhere else online. [...] We reserve the right (at our own discretion) to remove any personal data which you have included in your family tree about people who are living if we are alerted to the fact that this personal data was used without that person's permission [52].
GenesReunited	You promise that you are the original owner of any Submission you make or you have the necessary licences, rights, consents, and permissions to authorise us to use your Submission. In particular, you promise that you have obtained the permission of all of the living people featured or referred to in the Submission (and if they are under 18 their parents' or guardians' permission as well).[...] You agree to give us evidence of all such licences, rights, consents, and permissions if so requested by us [19].
Geni	[I]s prohibited to [...] posting any third party's (including without limitation any family member's) information on the Geni Services without permission [53].
MyHeritage	In addition you should also make sure that information or material you wish to place on the Website about anyone living is only posted with their prior knowledge and consent. If the person is under the legal age to enter into agreements (typically 18 years old), you represent that you have obtained the consent of the parent or guardian of the person under the legal age [...]. In all cases, you must make the implications of the consent clear to the person (or, if applicable, to the parent/guardian) [54].

Fonte: Wallace SE, Gourn EG, Nikolova V, Sheehan NA (December 2015). Family tree and ancestry inference: is there a need for a 'generational' consent?'. **BMC Medical Ethics**. 16 (1): 87. doi:10.1186/s12910-015-0080-2. PMC 4673846. PMID 26645273.

Analisando os dados colhidos, percebeu-se que a quantidade de texto discutindo a necessidade de levar em consideração terceiros, seja biologicamente relacionado ou não, variou substancialmente. Nesse diapasão, importante ressaltar a discussão trazida pelos autores da pesquisa:

Empresas que apenas oferecerem serviços de ancestralidade mais 'tradicionais', sem análise de DNA, destacam mais claramente as questões. Elas reconhecem que as informações de ancestralidade são compartilhadas entre as famílias e que o seu consentimento deve ser solicitado. No entanto, quando há análise de DNA, há uma mudança da linguagem para um foco na proteção do uso de informações pessoais ou confidenciais de cliente cuja titularidade pertence a amostra de DNA, com pouca informação sobre terceiros. Uma vez que as atividades passam de recreativas para "pesquisas", como as quatro empresas que oferecem um componente de pesquisa aos clientes, a linguagem reflete os regulamentos e normas existentes, como a necessidade de supervisão ética independente, mas não se verifica advertências para implicações de terceiros. Com a exceção da 23andMe, pouco foco é colocado sobre as implicações para o uso e disseminação de dados além do indivíduo<sup>331</sup>.

<sup>331</sup> Wallace SE, Gourn EG, Nikolova V, Sheehan NA (December 2015). Family tree and ancestry inference: is there a need for a 'generational' consent?'. **BMC Medical Ethics**. 16 (1): 87. doi:10.1186/s12910-015-0080-2. PMC 4673846. PMID 26645273, tradução nossa.

Em conclusão, os autores da pesquisa ressaltam que tradicionalmente a tomada de decisão é marcada pelo individualismo. No entanto, quando há uma busca familiar e uma utilização de dados genéticos, deveria existir um consentimento mais amplo, com o envolvimento da família em análise. Dessarte, os autores sugerem que “as empresas notifiquem os potenciais clientes sobre as implicações para terceiros e informem esses terceiros sobre os planos de participação”<sup>332</sup>. Assim, “embora continue a ser responsabilidade do cliente decidir quem deve ser notificado, sugerimos que as empresas não devem ignorar as possíveis ramificações para seus clientes”<sup>333</sup>.

Certamente, o consentimento (em sentido amplo) intergeracional seria possível por meio de notificações aos terceiros, especialmente, aqueles que podem ser afetados com a genealogia genética (parentes biológicos ou não), porém se cuida de um tema muito profícuo para discussões, pois sua aplicação (no mundo fenomênico) é complexa. Nesse encadeamento de ideias, pode-se pensar em uma advertência, porquanto a alegria de um cidadão ao encontrar seus parentes biológicos pode não ser a mesma das pessoas que foram encontradas.

Além da complexidade envolvendo as notificações de terceiros possivelmente afetados pela pesquisa de genealogia genética, deve ser ressaltado que, para o compartilhamento de dados entre a seara cível e criminal, o acordo deve ser hígido e completo. Assim, se não houver o acordo ou este se encontrar viciado, o compartilhamento de dados caracterizar-se-á como nulidade. Por fim, se o acordo for dado diretamente na seara criminal, a lei específica deverá pormenorizar a situação dos terceiros que podem ser afetados pela genealogia genética investigativa.

#### 4.5 OS RISCOS EPISTÊMICOS DA PROVA CIENTÍFICA: A GENEALOGIA GENÉTICA INVESTIGATIVA

O princípio da necessidade do processo penal, baseado no adágio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*, estabelece a obrigatoriedade do processo penal para apurar fatos

---

<sup>332</sup> Wallace SE, Gourn EG, Nikolova V, Sheehan NA (December 2015). Family tree and ancestry inference: is there a need for a 'generational' consent?. **BMC Medical Ethics**. 16 (1): 87. doi:10.1186/s12910-015-0080-2. PMC 4673846. PMID 26645273, tradução nossa.

<sup>333</sup> Wallace SE, Gourn EG, Nikolova V, Sheehan NA (December 2015). Family tree and ancestry inference: is there a need for a 'generational' consent?. **BMC Medical Ethics**. 16 (1): 87. doi:10.1186/s12910-015-0080-2. PMC 4673846. PMID 26645273, tradução nossa.

delituosos e fixar a pena. Para a apuração de tais fatos delituosos, o processo penal volta-se para o passado, analisando os vestígios que permitem chegar o mais próximo possível da reconstituição da conduta criminosa. Uma das formas de vestígios deixados pelos crimes é a amostra de DNA, a qual pode ser submetida a diversas tecnologias científicas, dentre as quais destacam-se as técnicas da genética forense. Nesse sentido, ensinam Callegari, Wermuth e Engelmann que

Se por um lado, o desenvolvimento das tecnologias da informação e de conhecimento sobre o genoma humano e sua aliança com o Direito Penal pode redundar em resultados positivos no que se refere à identificação de delinquentes e vítimas, por outro lado, se esses dados não forem utilizados de forma adequada, coloca-se em risco os direitos e garantias fundamentais do ser humano – em especial, frise-se, em um momento de expansão do raio de intervenção do Direito Punitivo, marcado pela flexibilização de garantias<sup>334</sup>.

O perigo da busca da verdade real (com matiz inquisitivo), possível de ser extraída pela verdade genética, somado à eficiência punitiva pode vir a pôr em risco as garantias e direitos fundamentais do cidadão. Nesse sentido, é imprescindível que a prova genético-científica seja balizada por alguns critérios, para fins de admissibilidade no processo. Por conseguinte, cabe trazer à tona a falibilidade e os vetores de admissibilidade da prova científica. Nesse encadeamento de ideias, neste capítulo, serão vistos quais são os princípios basilares da prova algorítmica – método matemático utilizado pela genealogia genética. E, por fim, será analisada a (im)possibilidade da inserção da genealogia genética investigativa no processo penal, se desacompanhada da identificação genômica (DNA *fingerprinting*).

De acordo com a Resolução 332 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), algoritmo é uma *sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico*<sup>335</sup>. Logo, consoante salientado no capítulo 2.4, a genealogia genética usa algoritmos para encontrar segmentos idênticos de DNA entre familiares (IBD). Diante do uso do algoritmo, o uso da genealogia genética investigativa deve respeitar os princípios da publicidade e transparência. Nesse ponto, vale citar a Resolução do CNJ:

Art. 8º Para os efeitos da presente Resolução, transparência consiste em:  
I – divulgação responsável, considerando a sensibilidade própria dos dados judiciais;  
II – indicação dos objetivos e resultados pretendidos pelo uso do modelo de Inteligência Artificial;  
III – documentação dos riscos identificados e indicação dos instrumentos de segurança da informação e controle para seu enfrentamento;

<sup>334</sup> CALLEGARI, André Luís; Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi; Engelmann, Wilson. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 62.

<sup>335</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 332**, art. 3º, inciso I. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429> Acesso em: 28 nov. de 2022.

- IV – possibilidade de identificação do motivo em caso de dano causado pela ferramenta de Inteligência Artificial;
- V – apresentação dos mecanismos de auditoria e certificação de boas práticas;
- VI – fornecimento de explicação satisfatória e passível de auditoria por autoridade humana quanto a qualquer proposta de decisão apresentada pelo modelo de Inteligência Artificial, especialmente quando essa for de natureza judicial.<sup>336</sup>

Do artigo transcrito, é possível concluir que o algoritmo, para ser utilizado pelo Poder Judiciário, deve ser passível de auditoria. Ousamos aplicar essa regra para as provas judiciais, pois um algoritmo não passível de auditoria, não é fiável, cientificamente, e não é contraditável, processualmente.

A genealogia genética investigativa utiliza algoritmos em sua técnica e, portanto, para valer no processo como prova científica, o algoritmo deve ser passível de auditoria. Todavia, em razão de as empresas que prestam o serviço de genealogia genética diretamente ao consumidor não revelarem o algoritmo que usam, deve ser gizado que o algoritmo é mantido sob sigilo. Conseqüentemente, esse algoritmo não é passível de auditoria e não pode valer como prova: a um, pois não é fiável; a dois: porque não permite o contraditório; a três: porquanto sequer são respeitados os critérios para a admissibilidade da prova.

Acerca da admissibilidade da prova, mais propriamente, sobre os momentos da prova, de acordo como Badaró, devem-se levar em considerações cinco períodos, quais sejam, (1) o direito à investigação; (2) o direito à proposição; (3) o direito à admissão, (4) direito à produção; e (5) o direito à valoração da prova. A nosso ver, a genealogia genética investigativa, caso não revelado o algoritmo e desacompanhada da identificação genômica (DNA *fingerprinting*), não deve ser admitida (fase 3) no processo penal, porquanto não satisfaz os vetores de admissibilidade da prova científica. Esses pressupostos de admissão da prova científica são conhecidos como padrão *Daubert*.

O padrão *Daubert*, advém do direito norte-americano e estabelece um critério de credibilidade da prova científica. Assim, foi estabelecido *standard* da prova científica, a fim de aclarar os limites da utilização de novas tecnologias no campo probatório. Afinal, não é qualquer teoria ou tecnologia não avalizada que pode entrar validamente no processo. Nesse ínterim, para a admissão da prova científica, devem-se respeitar os seguintes vetores:

- Controlabilidade e falsidade da teoria científica sobre a qual se funda a prova; 2) Determinação da percentagem de erro relativamente à técnica empregue; 3) Existência de um controle exercido por outro peritos através da ‘peer review’; 4) A existência de um consenso geral da comunidade científica de referência; 5) A prova

---

<sup>336</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 332**, art. 8º. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429> Acesso em: 28 nov. de 2022.

científica seja diretamente relevante (*fit*) relativamente aos casos que devem ser determinados no caso concreto<sup>337</sup>.

Percebe-se que, se o algoritmo da genealogia genética investigativa é desconhecido pelos demais pesquisadores (pois está sob sigilo industrial), há um risco epistêmico de se construir um conhecimento (no processo penal) sem bases sólidas (*vieses*). Vale notar que a regra de exclusão (inadmissibilidade) da prova, por não ser cientificamente fiável, é uma garantia que diz respeito à epistemologia da prova penal. Lado outro, se possível inferir o algoritmo utilizado, a prova deve ser admitida no processo penal. Assim, a admissibilidade da prova depende da possibilidade da inferência do algoritmo utilizado, pois esse algoritmo conferirá a legitimidade científica.

Ademais, pode-se acrescentar que, diante do sigilo do algoritmo, é impossível aferir-se se a cadeia de custódia da prova foi seguida sem máculas. De mais a mais, a genealogia genética investigativa sem o DNA *fingerprinting* está lidando com meros suspeitos e probabilidades, não devendo ser admitida no processo, pois neste prevalecerá a presunção de inocência (se for feito em sede de valoração, hipótese que não acreditamos ser acolhida juridicamente).

Finalmente, a genealogia genética somente deve ser admitida no processo quando acompanhada de um positivo DNA *fingerprinting* ou quando houver a inferência do algoritmo. No entanto, nada impede que a genealogia genética seja utilizada pela polícia, em sede de investigação. Nessa condição, a fim de preservar a originalidade cognitiva do juiz da instrução, o qual não deve deter o conhecimento do que foi produzido no inquérito policial ou outro procedimento investigativo, faz-se mais um apelo à adoção do sistema que implanta o juiz das garantias no direito processual penal brasileiro.

---

<sup>337</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6ª ed. Florianópolis: EMais, 2020, p. 705.

## 5 CONCLUSÃO

A partir do estudo sobre a gênese da vida e a transmissão de características hereditariamente, chegou-se ao conhecimento da estrutura biomolecular das partículas de DNA e RNA. Diante dessas descobertas científicas, na década de 70 do século XX, Jeffreys deparou-se com a identificação genômica, denominando-a como a técnica de DNA *fingerprinting*, em virtude da sua semelhança com a datiloscopia tradicional. O geneticista não tinha percebido a sua aplicação no âmbito forense, mas foi essa seara que primeiro utilizou a tecnologia. Hodiernamente, surgiram as técnicas da fenotipagem e da genealogia genética investigativa e questiona-se se o ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização delas pelos órgãos de persecução criminal, e se isso exige consentimento dos titulares dos dados genéticos.

Com o intuito de aferir a possibilidade de as autoridades brasileiras utilizarem as novas tecnologias genéticas, foram analisados os tratados internacionais envolvendo o genoma humano, bem como os princípios concernentes ao tema e previstos, explícita e implicitamente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Conferiram-se as principais Declarações Internacionais sobre o genoma humano que foram editadas pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Assim, as principais declarações podem ser resumidas em três, quais sejam, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO – 1997), a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (UNESCO – 2003) e a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (UNESCO/2005), as quais, em suma, declararam ser o genoma humano a base fundamental dos membros da família humana e patrimônio da humanidade. Outrossim, consignou-se que a Magna Carta Brasileira de 1988 não é axiologicamente neutra, pois, embora não faça previsão específica a respeito de direitos envolvendo a genética, a Lei Maior protege, como fundamento do Estado, a dignidade da pessoa humana, bem como elenca uma série de direitos individuais, coletivos e difusos, tais como, direito à privacidade e à intimidade, à identidade e à proteção de dados.

A respeito da proteção de dados, foi visto que as leis brasileiras têm características de ambos os sistemas legislativos mundiais, a saber, os sistemas estadunidense e europeu. O primeiro sistema foi estruturado com a contribuição da doutrina e dos precedentes judiciais. Já o segundo, em típico sistema de *civil law*, descortinou-se a partir de legislações esparsas no

Velho Mundo. Dessarte, no Brasil, aferiu-se que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e outras leis consumeristas têm inspirações norte-americanas. No entanto, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira recebeu influência europeia e elenca finalidades e princípios para a proteção de dados na seara cível. Vale notar que a LGPD não é aplicável ao campo criminal e, por isso, está em tramitação o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal, o qual fará previsões específicas sobre o compartilhamento de dados. Acerca do compartilhamento de dados, o Anteprojeto de Lei é silente sobre a adoção do modelo de duas portas e do levantamento hipotético, mas se acredita que tais critérios devem guiar a doutrina e a jurisprudência para fins de cruzamento de dados.

Também, foi estudado o consentimento do titular de dados genéticos, verificando-se que o titular é um cidadão hipervulnerável, pois este possui insuficiência informacional, técnica e econômica no âmbito da proteção de dados genéticos. Logo, o consentimento dado, para fins de teste de ancestralidade ou de teste de predisposições genéticas para doenças, deve ser interpretado restritivamente, significando que o consentimento deve ser restringido para as finalidades e legítimas expectativas do cidadão, sendo nulas cláusulas genéricas ou cláusulas inespecíficas autorizadoras de compartilhamento dos dados para fins de persecução penal inculpidas em contrato de adesão. Ademais, para compartilhamento de dados entre as searas cível e criminal, é indispensável lei específica ou consentimento do titular dos dados. Por sua vez, na seara criminal, consignou-se que o acordo supre a falta de legislação sobre o tratamento e compartilhamento de dados genéticos, tornando atípica, isto é, sem danosidade social, a coleta de dados. Nesse encadeamento de ideias, sindicou-se a possibilidade de produzir prova contra si mesmo, desde que o investigado seja advertido sobre o *nemo tenetur se detegere*, isto é, desde que haja o aviso Miranda.

Ainda, foi visto o risco epistêmico da genealogia genética investigativa desacompanhada do exame de DNA *fingerprinting*. Diante disso, chegou-se à conclusão de que a genealogia genética pode ser utilizada para fins investigativos (procedimentos prévios ao processo penal), mas somente deve ser admitida, em juízo, se acompanhada do DNA *fingerprinting*, pois é este que confere credibilidade e fiabilidade à prova genética, em virtude daquela primeira técnica manter o algoritmo utilizado em sigilo industrial.

Enfim, levando em consideração os estudos sobre o estado da arte das tecnologias genéticas na investigação criminal, a análise dos tratados internacionais sobre o genoma humano, a aferição do sistema de proteção de dados genéticos brasileiro e a apreciação do

acordo do investigado como suficiente para suprir a ausência de lei específica, podem-se tecer, algumas considerações finais. Nesse ínterim, merece ser destacado que o ordenamento jurídico brasileiro vigente não permite a utilização da tecnologia da fenotipagem. Todavia, admite-se a utilização da genealogia genética investigativa pelos órgãos de persecução criminal, principalmente na fase pré-processual, quando houver o consentimento dos titulares dos dados genéticos ou autorização em lei específica. Já a respeito da tecnologia do DNA *fingerprinting*, ela é lícita e admitida no processo penal, mas há Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida quanto à coleta compulsória do DNA.

## 6 REFERÊNCIAS

ALHO, Clarice Sampaio. Ética no desenvolvimento científico e tecnológico: questões da genética atual. *In: Ciência e ética: os grandes desafios*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

ALVES, Joel A. **Um novo modelo de proteção de dados pessoais europeu: da heterorregulação à autorregulação publicamente regulada**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2021.

AMELUNG, Nina; MACHADO, Helena. (2021) Governing expectations of forensic innovations in society: the case of FDP in Germany, **New Genetics and Society**, 40:4, 498-519, DOI: 10.1080/14636778.2020.1868987.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal** (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista). Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; ARQUITE, Higor Roberto Leite; CAMARGO, Juliana Moreira. Proteção de dados pessoais como direito fundamental: a evolução da tecnologia da informação e a lei geral de proteção de dados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 121/2020, p. 115-139, set-out 2020.

BEAUCHAMP, T.; CHILDRESS, J. **Principles of Biomedical Ethics**. 4ª ed. New York, Oxford, 1994.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. **Liberdade de pesquisa genética humana e a necessidade de proteção de dados genéticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAVO, Jorge dos Reis; LEAL, Celso. **Prova genética: implicações em processo penal**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em : << [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >>. Acesso em 30 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm), acesso em 21 de abril de 2022

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 31 de maio de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 115**, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1), acesso em 21 de abril de 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954**, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm)>. Acesso em 01 de jun. de 2022.

BRASIL. **Ministério Público Federal**. OFÍCIO Nº 539/2020/Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (PPEA)/ Procuradoria Geral da República (PGR). Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA\\_-\\_PGR-00456556-2020\\_NT.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ENCCLA_-_PGR-00456556-2020_NT.pdf). Acesso em 10 de nov. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 418416**, Relator: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233). Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387 MC**. Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020 CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CALLEGARI, André Luís; Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi; Engelmann, Wilson. **DNA e investigação criminal no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Genética y derecho: responsabilidad jurídica y mecanismo de control**. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.

CASADO, María (org.). **Sobre a dignidade e os princípios: uma análise da declaração universal sobre bioética e direito humanos da Unesco**. Janaína de Azevedo Baladão (trad.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

CASADO, María; GUILLÉN, Margarita (coords). **ADN forense: problemas éticos e jurídicos**. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014.

CORTE-REAL, Francisco. VIEIRA, Duarte Nuno (orgs.). **Princípios da Genética Forense**. Coimbra: Imprensa de Universidade de Coimbra, 2015.

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <Constituição da República Portuguesa (parlamento.pt)>. Acesso em 06 de julho de 2021.

DIAS FILHO, Claudemir Rodrigues *et al.* **Introdução à genética forense**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados**. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DONEDA, Danilo [et al]. **Tratado de proteção de dados pessoais** (coord.) Danilo Doneda ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DOWDESWELL, Tracey Leigh. Forensic genetic genealogy: A profile of cases solved. **Forensic Science International: Genetics**. Volume 58, 2022, 102679, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2022.102679>

FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, < <https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/sigilo-de-dados>>. Acesso em 01 de jun. de 2022.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

G. Samuel, D. Kennett. The impact of investigative genetic genealogy: perceptions of UK professional and public stakeholders. **Forensic Science International: Genetics** 48 (2020) 102366.

GARCÍA, Óscar. Forensic genealogy. Social, ethical, legal and scientific implications. **Spanish Journal of Legal Medicine**, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

GOLDIM, José Roberto. **10 ensaios de Bioética**. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2018.

GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena. Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation: Views of forensic geneticists in Europe. **Social Studies of Science**. Julho, 2020, doi:10.1177/0306312720945033.

GRANJA, Rafaela; MACHADO, Helena; QUEIRÓS, Filipa. The (De)materialization of Criminal Bodies in Forensic DNA Phenotyping. **Body & Society**. 2021;27(1):60-84. doi:10.1177/1357034X20919168

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Identificación genética, discriminación y criminalidad: un análisis de la situación jurídico penal en España y en Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Intimidade genética e direitos da personalidade**. Curitiba: Juruá, 2013.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Alguns aspectos da informação, intimidade e discriminação genética no âmbito jurídico internacional. **Revista dos Tribunais**, vol. 835/2005, p. 11-42, jul/2005.

HOPMAN, Roos (2020) Opening up forensic DNA phenotyping: the logics of accuracy, commonality and valuing, **New Genetics and Society**, 39:4, 424-440, DOI: 10.1080/14636778.2020.1755638.

International Society of Genetic Genealogy. **Identical by descent**. [https://isogg.org/wiki/Portal: Identical by descent](https://isogg.org/wiki/Portal:Identical_by_descent). Acesso em 11 de março de 2022.

JOBIM, Luiz Fernando *et al.* **Identificação humana: identificação médico-legal, perícias odontológicas, identificação pelo DNA**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2018.

JOELSONS, Marcela. Autodeterminação informativa em direito comparado: análise dos contextos históricos e decisões paradigmas das cortes constitucionais alemã e brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 119/2020, p. 233-272, Maio-Jun/2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Jus Cogens E A Validade Normativa: Ruptura Ao Paradigma Das Tradicionais Fontes Na Teoria Do Direito Internacional. **Terminínós Revista Científica**, v. 05, nº 02, jul-dez 2015

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KATSARA, Maria-Alexandra; BRANICKI, Wojciech; WALSH, Susan; KAYSER, Manfred; NOTAHNAGEL, Michael. Evaluatio of supervised machine-learning methods for predicting

appearance traits of DNA. **Forensic Science International: Genetics**, volume 53, 2021, 102507, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2021.102507>.

KLING, Daniel; PHILLIPS, Christopher; KENNET, Debbie; TILMAR, Andreas. Investigative genetic genealogy: Current methods, knowledge and practice. **Forensic Science International: Genetics**, 2021.

MADRIGAL, L. y GONZÁLEZ-JOSÉ, R. (2016) Introducción a la Antropología Biológica. Asociación Latinoamericana de Antropología Biológica. 679 pags. ISBN: 978-987-33-9562-8

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus *et al.* **Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato.** Barueri, SP: Manole, 2019.

MARCHETTO, Patrícia Borba; BERGEL, Salvador Dario; FALAVINHA, Diego Hermínio Stefanutto; RAPIN, Talita Tatiana Dias. **Temas Fundamentais de Direito e Bioética.** São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2012.

MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Letícia Pereira; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo de Oliveira. Banco de Dados Genético e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 161/2019, p. 75-99, nov. 2019.

MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A lei geral de proteção de dados pessoais (lei 13.709) e sua principiologia. **Revista dos Tribunais**, vol. 1027/2021, p. 203 -243, maio 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães; RAMOS, André Luiz Arnt. da privacidade à proteção de dados pessoais o julgamento histórico do STF e a MP 954/2020. **Revista dos Tribunais**, vol. 1036/2022. P. 123-139, fev – 2022.

MELO, Bricio Luis de Anunciação. **A submissão obrigatória à identificação de perfil genético para fins criminais: uma reflexão crítica sob a luz da dignidade da pessoa humana.** 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018 Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603/pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

MURPHY, Erin. Law and policy oversight of familial searches in recreational genealogy databases. **Forensic Science International**, v. 292, nov. de 2018.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. A salvaguarda de princípios bioéticos e o Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n.35, p. 28 a 41, jul/dez 2009.

OLIVEIRA, Luciano Rocha de. **Proteção de Dados Pessoais no Processo Penal e na Segurança Pública** (p. 155). São Paulo: Editora Dialética, 2022. Edição do Kindle.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**, 1997. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por) . Acesso em 06 de nov. de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos**, 2003. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112\\_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000136112_por?posInSet=1&queryId=d7bab8e3-2fd8-465f-bade-382b852432a0) . Acesso em 06 de nov. de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos**, 2005. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180\\_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por?posInSet=1&queryId=be5a6237-17a7-4b1d-ab22-c0a8d48644e1) . Acesso em 06 de nov. de 2022.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Tomo I, 3ª reimpressão da edição de setembro de 2007, Coimbra: Almedina, 2020

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a ressignificação da privacidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**, RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 35-36, ab./jun, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Maria Cristina de Cicco (trad.), 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Policy Forensic Genetic Genealogical DNA Analysis and Searching. Approved by the Scientific Working Group on DNA Analysis Methods --February 18, 2020. **Overview of Investigative Genetic Genealogy**. <https://www.justice.gov/olp/page/file/1204386/download>. Acesso em: 13 jul. 2021

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** de 2 de abril de 1976. Disponível em: <Constituição da República Portuguesa (parlamento.pt)>. Acesso em 06 de julho de 2021.

POZZO, Augusto Neves Dal; MARTINS, Ricardo Marcondes (coordenadores). **LGPD e administração pública: uma análise ampla dos impactos**. São Paulo: Thompson Reuters, Brasil, 2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RALF, Arwin; KAYSER, Manfred. Investigative DNA analysis of two-person mixed crime scene trace in a murder case. **Forensic Science International: Genetics**, volume 54, 2021, 102557, ISSN 1872-4973, <https://doi.org/10.1016/j.fsigen.2021.102557>.

REGALADO, Antonio (11 February 2019). "More than 26 million people have taken an at-home ancestry test". **MIT Technology Review**. Acesso em: 13 jul. 2021.

ROEWER, Lutz. DNA fingerprinting in forensics: past, present future. **Investigative Genetics**, 2013, 4:22. <<<http://investigativegenetics.com/content/4/1/22>>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 6ª ed. Florianópolis: EMais, 2020.

RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire e Navas; OLIVEIRA, Bruno Torquato. **Bioética e biodireito**. 5ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida Santos; TALIBA, Rita. Lei geral de proteção de dados no Brasil e os possíveis impactos. **Revista dos Tribunais**, vol. 998/2018, p. 225 – 239, Dez / 2018.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (orgs). **Direitos fundamentais e biotecnológica**. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil e possíveis impactos. **Revista dos Tribunais**, vol. 998/2018, p. 225-239, dez/2018.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.) **Biodireito: ciência da vida e novos desafios**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais 1ª ed., 2001

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

SCHNEIDER, Peter M; PRAINSACK, Barbara; KAYSER, Manfred. The use of forensic DNA phenotyping in predicting appearance and biogeographic ancestry. *Dtsch arztebl* int 2019; 116: 873-80. DOI: 10.3238/arztebl.2019.0873

SILVA, Emílio de Oliveira e. **Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Editora Pilhares, 2008.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos, dados genéticos e proteção jurídico-penal da intimidade. *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, 56 (3) 268-273, jul-set. 2012. Disponível em: [Biobancos dados geneticos e protecao juridico penal da intimidade.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos%20dados%20geneticos%20e%20protecao%20juridico%20penal%20da%20intimidade.pdf)[https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos dados geneticos e protecao juridico penal da intimidade.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11358/2/Biobancos%20dados%20geneticos%20e%20protecao%20juridico%20penal%20da%20intimidade.pdf) (pucrs.br) . Acesso em: 30 de nov. de 2022.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Biobancos e a proteção jurídico-penal de dados genéticos. *Revista de Estudos Criminais*, v. 62, p. 191-192, 2016.

SOUZA, Valdir Monteiro de. **Direito de recusa do paciente à transfusão de sangue e a outros procedimentos médicos**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

SUÍÇA. **Constituição da Confederação Federal da Suíça**. Disponível em: <RS 101 - Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (admin.ch) >. Acesso em: 01 abr. 2022.

TADEU, Silney Alves. Um novo direito fundamental: algumas reflexões sobre a proteção da pessoa e o uso informatizado de seus dados pessoais. *Revista do Direito do Consumidor*, vol. 79/2011, p. 83-100, jul-set/2011

UNIÃO EUROPEIA. **DIRETIVA (UE) 2016/680 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016**. Arts. 2 e 3. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HR> . Acesso em 10 de nov. de 2022.

United States Department of Justice. Interim policy. Forensic Genetic Genealogical DNA analysis and searching, p. 3 < United States Department of Justice Interim Policy: Forensic Genetic Genealogical DNA Analysis and Searching >. Acesso em 13, jul., 2021.

Wallace SE, Gournon EG, Nikolova V, Sheehan NA (December 2015). Family tree and ancestry inference: is there a need for a 'generational' consent?'. **BMC Medical Ethics**. 16 (1): 87. doi:10.1186/s12910-015-0080-2. PMC 4673846. PMID 26645273.

WATSON, James D; BERRY, Andrew. **DNA: o segredo da vida**. Carlos Afonso Malferrari (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

WICKENHEISER, Ray A. Forensic Genealogy, bioethics and Golden State Killer case. **Forensic Science International: Synergy**, 2019, 114-125.

## 7 ANEXO

### EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS:

#### Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal

O texto que ora se apresenta é um Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal, elaborado pela Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, de 26 de novembro de 2019. Esta breve exposição pretende demonstrar a necessidade, a estrutura e os principais conceitos da proposta legislativa para regular o tratamento de dados no âmbito da segurança pública e de atividades de persecução e repressão de infrações penais.

Desde logo, cabe destacar que foi opção do legislador não contemplar o tratamento de dados para segurança pública e investigação criminal no âmbito de aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei n. 13.709/2018), estabelecendo expressamente a necessidade de aprovação de lei específica para esse tema (art. 4, caput, inciso III, alíneas “a” e “d” c/c § 1º, da LGPD): “O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III [tratamento de dados realizado para fins de: segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais] será 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 nesta Lei”. Trata-se de um mandamento legal para legislar sobre a matéria, a partir da constatação de que está sujeita a ponderações específicas sobre o uso de dados pessoais e que expressa reivindicação da sociedade e das autoridades competentes para regulação do tema, surgida no processo de debate da própria LGPD.

Nesse contexto, a elaboração de uma legislação específica fundamenta-se na necessidade prática de que os órgãos responsáveis por atividades de segurança pública e de investigação/repressão criminais detenham segurança jurídica para exercer suas funções com maior eficiência e eficácia – como pela participação em mecanismos de cooperação internacional –, porém sempre de forma compatível com as garantias processuais e os direitos fundamentais dos titulares de dados envolvidos. Trata-se, portanto, de projeto que oferece balizas e parâmetros para operações de tratamento de dados pessoais no âmbito de atividades de segurança pública e de persecução criminal, equilibrando tanto a proteção do titular contra

mau uso e abusos como acesso de autoridades a todo potencial de ferramentas e plataformas modernas para segurança pública e investigações.

De fato, destaca-se que a grande lacuna legislativa existente hoje no ordenamento jurídico brasileiro nessa matéria se manifesta em duas problemáticas centrais.

O primeiro problema diz respeito à própria eficiência investigativa dos órgãos brasileiros, visto que a falta de adequação aos padrões internacionais de segurança quanto ao fluxo e ao tratamento de dados obsta a integração do Brasil com órgãos de inteligência e de investigação de caráter internacional (v.g., INTERPOL), obstando o próprio acesso a bancos de dados e a informações relevantes, e coloca o uso de aplicações tecnológicas em segurança pública e a adoção de técnicas modernas de investigação sob questionamento de sua validade jurídica.

Em segundo lugar, há um enorme déficit de proteção dos cidadãos, visto que não há regulação geral sobre a licitude, a transparência ou a segurança do tratamento de dados em matéria penal, tampouco direitos estabelecidos ou requisitos para utilização de novas tecnologias que possibilitam um grau de vigilância e monitoramento impensável há alguns anos. Apesar do crescimento vertiginoso de novas técnicas de vigilância e de investigação, a ausência de regulamentação sobre o tema gera uma assimetria de poder muito grande entre os atores envolvidos (Estado e cidadão). Nesse contexto, o titular dos dados é deixado sem garantias normativas mínimas e mecanismos institucionais aplicáveis para resguardar seus direitos de personalidade, suas liberdades individuais e até a observância do devido processo legal.

Reconhecida esta lacuna e elucidada a justificativa para a elaboração de uma nova lei para regular o tratamento de dados pessoais em matéria penal, passa-se então à apresentação da estrutura do anteprojeto de lei.

Primeiramente, importa destacar que se trata de uma Lei Geral de Proteção de Dados voltada para a investigação criminal e de segurança pública (LGPD-Penal). Ou seja, o intuito deste anteprojeto é disciplinar os princípios, as diretrizes e as linhas mestras da proteção de dados no referido âmbito. Busca-se, portanto, harmonizar, de um lado, os deveres do Estado na prevenção e na repressão de ilícitos criminais, protegendo a ordem pública; de outro, assegurar a observância das garantias processuais e as prerrogativas fundamentais dos cidadãos brasileiros no que tange ao tratamento de dados pessoais para tais fins.

Nesse sentido, tendo em vista a pretensão de introduzir normas gerais, esta “LGPD-Penal” pretende complementar o microsistema legislativo de tratamento de dados para fins de

segurança pública e de investigação criminal hoje existente em leis esparsas e voltadas sobretudo à regulamentação de quebras de sigilo no contexto processual penal (v.g., disposições do Código de Processo Penal, da Lei das Interceptações Telefônicas e Telemáticas, da Lei Complementar n. 105, do Marco Civil da Internet, entre outras), modernizando-o à luz da nova realidade tecnológica e aprimorando-o com vistas a conferir maior segurança jurídica para todos os atores envolvidos.

O presente anteprojeto está estruturado em 12 capítulos, com 68 artigos. A sua estrutura e seu conteúdo estão inspirados, sobretudo, em duas legislações: uma nacional e outra internacional. Ademais, insta destacar que parte específica sobre tecnologias de vigilância e tratamento de elevado risco se inspira em leis dos Estados Unidos.

Das principais inspirações, a primeira é a própria Lei Geral de Proteção de Dados, que em seu artigo 4º, § 1º, determina que para fins da Lei vinculada a este anteprojeto devem ser “observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.”. Diante disso, constata-se devida previsão dos princípios que norteiam a atividade interpretativa e disciplinam o tratamento, uso, coleta de dados (art. 6º, LGPD), bem como a garantia dos direitos dos titulares dos dados às informações acerca do tratamento (arts. 17 a 22, LGPD). No anteprojeto, correspondem a esses artigos, respectivamente, o seu artigo 6º e os seus artigos 18 a 28.

A outra fonte importante para este anteprojeto consiste na Diretiva 680/2016, da União Europeia, que, em sentido convergente à experiência brasileira, regulou o tratamento de dados para fins de segurança pública e persecução penal separadamente de seu marco normativo aplicável ao tratamento de dados como um todo (Regulamento 679/2016, da União Europeia). Nessa dimensão, destacam-se pontos deste anteprojeto de confluência com os da supracitada Diretiva, a saber: (i) os registros de atividade de tratamento; (ii) a segurança e o sigilo dos dados; e (iii) a transferência internacional de dados.

Noutro giro, aprofundando-se nas principais disposições legislativas introduzidas por este anteprojeto, busca-se uma breve análise dos seguintes eixos: (i) âmbito de aplicação da Lei; (ii) condições de aplicação; (iii) base principiológica; (iv) direitos e obrigações; (v) segurança da informação; (vi) tecnologias de monitoramento; (vii) transferência internacional de dados e; (viii) a autoridade de supervisão.

No que diz respeito ao âmbito de aplicação, destaca-se a necessidade de o tratamento ser realizado sempre, no papel de “controlador”, por uma autoridade competente (artigo 9º, I).

Baseada em terminologia comum no campo a nível internacional, confere-se ao conceito de “autoridade competente” o seu sentido constitucional, ou seja, é a autoridade pública à qual está atribuída a responsabilidade para o exercício de atividades atinentes ao conteúdo deste anteprojeto, inclusive a execução de políticas públicas relacionadas à segurança pública.

O segundo ponto diz respeito às condições de licitude e de legitimidade para o tratamento de dados no âmbito de investigação criminal e de garantia da segurança pública. Consoante depreende-se do art. 9º, I, II e III, do anteprojeto, além da evidente necessidade de conformidade com a base principiológica, as bases legais que autorizam o tratamento de dados são as seguintes: "I - quando necessário para o cumprimento de atribuição legal de autoridade competente, na persecução do interesse público, na forma de lei ou regulamento, observados princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei; II - para execução de políticas públicas previstas em lei, na forma de regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei; III - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, contra perigo concreto e iminente."

Destarte, percebe-se o requisito de licitude para o tratamento de dados pessoais em geral, conforme o art. 9º, I, diz respeito à necessidade para o cumprimento de atribuição legal de autoridade competente, na persecução do interesse público, na forma de lei ou regulamento, observados os princípios gerais de proteção e os direitos do titular da lei. É dizer: torna-se indispensável um comando legal para que o tratamento de dados ocorra, visto que a atribuição legal da autoridade é o primeiro aspecto a ser considerado como parâmetro de licitude. Ocorre que essa atribuição para o tratamento de dados precisa ser conferida por lei em sentido estrito, mas pode ser detalhada tanto em leis, como em regulamentos.

Já a legalidade estrita é exigida somente nas hipóteses cuja repercussão e o dano são mais sensíveis, quais sejam: (i) no tratamento de dado sensível, definido como “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou dado biométrico”, tal como na LGPD; (ii) no tratamento de dado sigiloso, terminologia referente aos dados para os quais a Constituição ou leis infraconstitucionais resguardam o direito ao sigilo, alicerçado em maiores expectativas de privacidade do titular – como se vê em regulamentos e procedimentos para quebra de sigilo em leis esparsas; e (iii) na

utilização de tecnologia de monitoramento e/ou tratamento de dado de elevado risco, nas quais a potencialidade de dano a direitos, garantias e liberdades de titulares é alta.

Esse recorte metodológico, que estabelece diferentes requisitos para o tratamento de dados, a depender dos tipos de dados tratados e da forma pelo qual se realiza, se justifica à luz dos diferentes riscos gerados à esfera de direitos do cidadão e está alinhado com uma moderna e atual concepção de proteção de dados pessoais.

Acerca dos princípios, com forte inspiração na LGPD, o anteprojeto consolida uma robusta base principiológica que deve conformar todas as etapas e as cadeias do tratamento de dados pessoais no âmbito da investigação. No ponto, o artigo 6º, do anteprojeto, elenca uma série de princípios, os quais, em síntese, vinculam o seguinte conteúdo: (I) licitude: embasamento do tratamento em hipótese legal; (II) finalidade: fins devem ser legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; (III) adequação: pertinência do tratamento com suas finalidades; (IV) necessidade: o dados devem ser o mínimo suficiente para consecução dos objetivos do tratamento; (V) proporcionalidade: compatibilidade do tratamento com seus objetivos; (VI) livre acesso: garantia de facilidade e gratuidade aos titulares ao acesso às informações do tratamento de seus dados; (VII) qualidade dos dados: garantia aos titulares de dados de exatidão, clareza, relevância e atualização dos seus dados; (VIII) transparência: garantia aos titulares de informações claras, precisas e acessíveis sobre o tratamento e seu responsável; (IX) segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas para a não violação de dados; (X) prevenção: adoção de medidas de prevenção de violações; (XI) não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e (XII) responsabilização e prestação de contas: demonstração de medidas que comprovem a observância e a eficácia das normas de proteção de dados.

Após a análise dos princípios estabelecidos no anteprojeto, vale salientar os direitos dos titulares e as obrigações dos agentes de tratamento, pontos de grande relevância na proposta legislativa. Quanto aos direitos dos titulares, o texto prevê, por um lado, os direitos clássicos de acesso aos dados e retificação, cuja base encontra-se até mesmo no remédio constitucional do habeas data, e por outro, direitos alinhados às tendências contemporâneas de regulação das decisões automatizadas, como o direito à proteção contra a discriminação e o direito à explicação de processos automatizados.

Sob a ótica das obrigações dos agentes de tratamento, destaca-se a necessidade de elaboração de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais em casos de tratamento de dados pessoais sensíveis, sigilosos, ou operações que apresentem elevado risco aos direitos, liberdades e garantias dos titulares de dados. Além disso, é obrigatória a manutenção de registros das atividades de tratamento, detalhados no artigo 33 do anteprojeto.

Como destacado, a parte relativa à segurança e ao sigilo de dados teve forte influência da Diretiva 680/2016. Nesse contexto, no artigo 36, está prescrito um extenso rol de medidas que devem ser adotadas para fins de proteção de dados contra possíveis violações, à guisa de exemplo: controle de acesso ao equipamento, controle dos utilizadores e controle do acesso aos dados. Ademais, em um grande passo para a modernização desse tema no país, o artigo 37 traz os conceitos de *privacy by design* e *privacy by default* para o contexto da proteção de dados em matéria penal.

Paralelamente, um dos principais pilares do anteprojeto é a noção de acesso a informações e transparência. Como se sabe, qualquer operação que pretenda gerar confiança acerca de sua legitimidade e integridade, acompanhada de mecanismos de supervisão e controle institucional, passa pela garantia de publicidade aos tipos, escopo finalidades específicas de usos de dados. Nesse sentido, e em linha com o modelo internacional sobre a matéria, o anteprojeto inclui o dever de conferir transparência a modalidades de tratamento de dados realizadas por uma autoridade competente.

Outro eixo relevante do anteprojeto diz respeito ao conceito de tecnologia de monitoramento, compreendida como equipamento, programa de computador ou sistema informático que possa ser usado ou implementado para tratamento de dados pessoais captados ou analisados em vídeo, imagem, texto ou áudio, condicionada sempre a previsão legal específica, análise de impacto regulatório e a relatório de impacto à proteção de dados (art. 42). Os critérios para identificação de utilizações desse tipo de tecnologia que representem alto risco estão expressos no §1º desse dispositivo, que traz a natureza dos dados envolvidos, as finalidades específicas do tratamento ou mesmo a possibilidade de tratamento discriminatório como critérios mínimos para tal avaliação. Como antecipado, trata-se de abordagem regulatória que tem inspiração em legislações americanas modernas, sobretudo da cidade de Nova York e do estado de Washington.

O anteprojeto também endereçou a realidade do compartilhamento de dados entre autoridades públicas competentes para os fins da lei; entre estas e autoridades públicas cuja

atribuição legal não versa sobre investigações e segurança pública; bem como entre autoridades competentes e pessoas jurídicas de direito privado. Em linha com os parâmetros fixados como requisitos para o tratamento, esses diferentes fluxos devem estar regrados por autorização legal ou judicial, resguardada a possibilidade de atuações conjuntas e colaborações, quando estas também forem lícitas. Dessa forma, endereçou-se a importante função do compartilhamento de dados em matéria penal, ao tempo em que se garantiu a proteção dos direitos e princípios previstos no anteprojeto.

Quanto à transferência internacional de dados, em similitude com o previsto pela legislação europeia, em especial a Diretiva 680 e a legislação portuguesa, o anteprojeto prevê critérios para esse fluxo internacional de dados, que podem ser consolidados em três tipos: transferências com base numa decisão de adequação, transferências sujeitas a garantias adequadas e derrogações aplicáveis em situações específicas. Também aqui, a construção de uma arquitetura regulatória compatível com modelos internacionais amplia as capacidades de integração e parcerias a nível internacional do Brasil.

Impende destacar que a Comissão optou por criar um tipo penal relacionado à transmissão ilegal de dados, realizada para obter vantagem indevida ou causar prejuízos a outrem. A introdução de uma figura penal para a tutela dos ataques mais graves à proteção de dados pessoais pareceu-nos recomendável, tendo sido considerados os seguintes pontos: a) A tutela estendida aos ataques cometidos no âmbito do Anteprojeto (segurança pública e persecução penal) e da LGPD; b) Inclusão do dispositivo diretamente no Código Penal, em um novo capítulo destinado expressamente à tutela deste direito fundamental; c) Redação empregando os termos constantes nas definições da LGPD e do Anteprojeto para evitar remissão em bloco aos diplomas legais; d) Dosagem da gravidade a ser feita mediante causas de aumento da pena ou figuras qualificadas pela qualidade dos dados e/ou pelo agente infrator; e) Não introdução de figuras culposas; e f) Gradação de penas que levem em conta a possibilidade de medidas alternativas ao processo e à pena privativa de liberdade (transação penal, acordo de não persecução penal etc. Por fim, o tipo penal tem uma abrangência restrita, visto que só é aplicável caso o agente busque uma de duas finalidades específicas (prejudicar o titular dos dados ou terceiro ou obter vantagem indevida) e, naturalmente, estão excluídas do seu âmbito todas as hipóteses lícitas de tratamento de dados, como a atuação da imprensa, por exemplo.

Por fim, uma importante inovação trazida por esta Lei é a autoridade criada para sua aplicação, supervisão e monitoramento (enforcement): o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A escolha do CNJ como a autoridade responsável deu-se em razão da sua autonomia e da pluralidade de sua composição. Sabe-se que a autonomia e imparcialidade do órgão supervisor é fundamental para que um país esteja apto a pleitear uma decisão quanto à adequação de sua legislação de proteção de dados ao nível de proteção europeu, que permitiria às autoridades de investigação no país acessar e compartilhar uma maior quantidade de dados com autoridades e instituições europeias, como Europol, Interpol e Eurojust.

Dessa forma, a indicação do CNJ como órgão supervisor é importante na medida em que: (i) evita o dispêndio de novos gastos com a criação de um órgão específico; (ii) aproveita a expertise dos setores, dos Conselheiros e dos servidores do CNJ que já vêm expedindo atos normativos importantes sobre a proteção de dados no âmbito brasileiro (v.g. Recomendação CNJ n. 73, de 20/08/2020 e Portaria CNJ n. 63/2019); e (iii) permite a formulação de políticas públicas uniformes para todo território nacional, a partir de uma composição plural e independente com membros de instituições diversas à luz do art. 103-B, da Constituição Federal (v.g. Poder Judiciário estadual, federal e trabalhista, Ministério Público estadual e federal, Ordem dos Advogados do Brasil, Câmara dos Deputados e Senado Federal).

## CAPÍTULO I

### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais em atividades de segurança pública e de persecução penal tem como fundamentos:

- I - a dignidade, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - o respeito à vida privada e à intimidade;
- IV - a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

- V - a presunção de inocência;
- VI - confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos pessoais; e
- VII - garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal.

Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por autoridades competentes em atividades de segurança pública e de persecução penal.

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de defesa nacional e segurança do Estado.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

- I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
- II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou dado biométrico, quando vinculado à pessoa natural;
- III - dado pessoal sigiloso: dado pessoal protegido por sigilo constitucional ou legal;
- IV - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;
- V - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;
- VI - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;
- VII - controlador: autoridade competente responsável pelas decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
- VIII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;
- IX - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ);
- X - agentes de tratamento: o controlador e o operador;
- XI - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, uso compartilhado, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação,

avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

XII - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo;

XIII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

XIV - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados;

XV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado;

XVI - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organização internacional;

XVII - uso compartilhado de dados: divulgação por transmissão, comunicação, transferência, difusão ou qualquer forma de disponibilização, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicas no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados;

XVIII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco;

XIX - análise de impacto regulatório: documentação para instruir o processo legislativo acerca da autorização para a utilização de tecnologias de vigilância e o tratamento de dados pessoais por autoridades competentes que implique elevado risco aos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados;

XX - autoridade competente: autoridade pública, órgão ou entidade do Poder Público responsável pela prevenção, detecção, investigação ou repressão de atos infracionais e infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, ou qualquer outro órgão ou entidade que, nos termos da lei, exerça autoridade ou execute políticas públicas para os referidos efeitos, total ou parcialmente;

XXI - atividade de segurança pública: toda e qualquer atividade exercida para a preservação da ordem pública e para prevenção e detecção de infrações penais, inclusive aquelas de inteligência institucional, policial e financeira, realizada por autoridades competentes para a finalidade de segurança pública;

XXII - atividade de persecução penal: toda e qualquer atividade exercida para a investigação, apuração, persecução e repressão de infrações penais e execução de penas, por autoridades competentes, inclusive aquelas de inteligência policial, institucional e financeira realizada por autoridades competentes para a finalidade de persecução penal;

XXIII - tecnologia de monitoramento: equipamento, programa de computador ou sistema informático que possa ser usado ou implementado para tratamento de dados pessoais captados ou analisados, entre outros, em vídeo, imagem ou áudio;

XXIV - registros criminais: informações sobre investigações, indiciamentos, medidas cautelares, processos, condenações ou execução da pena.

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - licitude: embasamento do tratamento de dados pessoais em hipótese legal, nos termos do Capítulo II desta Lei;

II - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

III - adequação: pertinência e relevância do tratamento com os objetivos pretendidos, de acordo com o contexto do tratamento;

IV - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

V - proporcionalidade: compatibilidade do tratamento com os objetivos pretendidos, de acordo com o contexto do tratamento;

VI - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

VII - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VIII - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

IX - segurança da informação: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

X - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

XI - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

XII - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Art. 7º No tratamento de dados pessoais, o responsável pelo tratamento deve, na medida do possível, fazer uma distinção clara entre as diferentes categorias de titulares dos dados, especialmente:

I - pessoas em relação às quais existem indícios suficientes de que cometeram uma infração penal;

II - pessoas em relação às quais existem indícios suficientes de que estão prestes a cometer uma infração penal;

III - pessoas processadas pela prática de infração penal;

IV - pessoas condenadas definitivamente pela prática de infração penal;

V - vítimas de uma infração penal ou pessoas em relação às quais certos fatos indicam que podem ser vítimas de uma infração penal; e

VI - outras pessoas, tais como testemunhas, pessoas que possam fornecer informações, ou contatos ou associados das pessoas referidas nos incisos I a V.

Art. 8º No tratamento de dados, o responsável deve distinguir, na medida do possível, os dados pessoais baseados em fatos dos dados pessoais baseados em avaliações pessoais.

Parágrafo único. Caso o responsável verifique que tratou dados pessoais inexatos ou que tratou dados pessoais de forma ilícita, o destinatário deve ser informado tão logo seja possível e os dados pessoais devem ser retificados ou apagados.

## CAPÍTULO II DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

### Seção I

#### Dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais

Art. 9º O tratamento de dados pessoais para atividades de segurança pública e de persecução penal somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - quando necessário para o cumprimento de atribuição legal de autoridade competente, na persecução do interesse público, na forma de lei ou regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei;
- II - para execução de políticas públicas previstas em lei, na forma de regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo VI desta Lei;
- III - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, contra perigo concreto e iminente.

Art. 10. É vedado o tratamento de dados pessoais para atividades de segurança pública e de persecução penal por pessoa de direito privado, exceto em procedimentos sob tutela de pessoa jurídica de direito público, que serão objeto de informe específico ao Conselho Nacional de Justiça, sem prejuízo de outras exigências legais.

Art. 11. O acesso de autoridades competentes a dados pessoais controlados por pessoas jurídicas de direito privado somente ocorrerá mediante previsão legal, respeitados os princípios desta Lei.

§1º É admitida a colaboração voluntária, quando em conformidade com a Lei nº 13.709/18.

§2º Toda e qualquer requisição administrativa ou judicial indicará o fundamento legal de competência expressa para o acesso e a motivação concreta, incluindo sua adequação, necessidade e proporcionalidade, sendo vedados pedidos que sejam genéricos ou inespecíficos.

§3º Ressalvadas as hipóteses de dever legal de coleta e de retenção, a pessoa jurídica de direito privado que não coletar ou não mais reter dados pessoais para a realização de sua atividade econômica ficará desobrigada de fornecer tais dados.

§4º É vedada a proibição desmotivada e genérica de notificação dos titulares de dados cujos dados pessoais forem fornecidos em razão de requisição administrativa ou judicial sigilosa, devendo a autoridade competente especificar quando será possível a notificação.

Art. 12. O Conselho Nacional de Justiça emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes às operações de tratamento e deverá solicitar às autoridades competentes responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais.

## Seção II

### Do Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis

Art. 13. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser realizado por autoridades competentes se estiver previsto em lei, observadas as salvaguardas desta Lei.

Parágrafo único. A autoridade competente responsável pelo tratamento de dados pessoais sensíveis elaborará relatório de impacto à proteção de dados pessoais e informará o Conselho Nacional de Justiça.

## Seção III

### Do Tratamento de Dados Pessoais Sigilosos

Art. 14. O tratamento de dados pessoais sigilosos por autoridades competentes somente poderá ser realizado se estiver previsto em lei e para atividades de persecução penal.

§1º O acesso a dados pessoais sigilosos por meio de ferramentas de investigação e medidas cautelares de obtenção de prova deve observar a legislação especial aplicável.

§2º O acesso a dados pessoais sigilosos controlados por pessoas jurídicas de direito privado será específico a pessoas investigadas e dependerá de ordem judicial prévia baseada em indícios de envolvimento dos titulares de dados afetados em infração penal e na demonstração de necessidade dos dados à investigação, na forma da lei, sem prejuízo da comunicação de operações suspeitas, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.613.

## Seção IV

### Dos Limites e do Término do Tratamento de Dados

Art. 15. A autoridade competente deve manter procedimentos para evitar que, no curso de suas atividades, obtenha e trate dados pessoais irrelevantes ou excessivos à finalidade da operação de tratamento, devendo descartá-los imediatamente.

Art. 16. O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

- I - verificação de que os dados não são ou deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada;
- II - verificação de que a finalidade foi alcançada; III - fim do período de tratamento; ou
- IV - determinação do Conselho Nacional de Justiça, quando houver violação ao disposto nesta Lei.

Art. 17. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

- I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; ou
- II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais.

### CAPÍTULO III DOS DIREITOS DO TITULAR

Art. 18. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei, sendo que qualquer restrição a estes direitos deverá ser proporcional, limitada no tempo e necessária para finalidades de atividades de segurança pública e de persecução penal.

Art. 19. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, mediante requisição:

- I - confirmação da existência de tratamento;
- II - acesso aos dados;
- III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
- IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; e
- V - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados.

§ 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante o Conselho Nacional de Justiça ou em juízo, quando cabível habeas data.

§ 2º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento.

§ 3º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 2º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá:

- I - comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou
- II - indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência.

§ 4º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou

o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional.

Art. 20. A prestação de informações e a concessão e acesso a dados pode ser adiada, limitada ou recusada se e enquanto tal for necessário e proporcional para:

- I - evitar prejuízo para investigações, inquéritos ou processos judiciais;
- II - evitar prejuízo para a prevenção, detecção, investigação ou repressão de infrações penais ou para a execução de sanções penais;
- III - proteger a segurança do Estado ou a defesa nacional; ou
- IV - proteger os direitos e garantias de terceiros.

§1º Nos casos previstos, o responsável pelo tratamento deve informar o titular dos dados, por escrito e sem demora injustificada, dos motivos da recusa ou da limitação do acesso, bem como indicar quando cessarão os motivos da recusa ou da limitação de acesso;

§2º A comunicação pode ser omitida apenas na medida em que a sua prestação possa prejudicar uma das finalidades enunciadas no caput, caso em que o titular deve ser informado da possibilidade de levar o questionamento ao Conselho Nacional de Justiça ou de iniciar ação judicial.

§3º O controlador deve disponibilizar ao Conselho Nacional de Justiça informação sobre os motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão de recusa ou de limitação do direito de acesso, bem como da omissão de informação ao titular dos dados.

Art. 21. O direito à retificação de dados pessoais não alcançará informações baseadas em percepções pessoais colhidas por agentes de autoridades competentes e testemunhas.

Art. 22. A confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais serão providenciados, mediante requisição do titular:

- I - em formato simplificado, imediatamente; ou
- II - por meio de declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial, fornecida no prazo de até 15 (quinze) dias, contado da data do requerimento do titular.

§1º Os dados pessoais serão armazenados em formato que favoreça o exercício do direito de acesso.

§2º As informações e os dados poderão ser fornecidos por meio de documento eletrônico, desde que inteligível, seguro e idôneo.

§3º O Conselho Nacional de Justiça poderá dispor de forma diferenciada acerca dos prazos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo para os setores específicos.

Art. 23. As decisões tomadas com base no tratamento automatizado de dados pessoais, que afetem os interesses do titular, devem ser precedidas de autorização do Conselho Nacional de Justiça e de publicação de relatório de impacto, que comprove a adoção das garantias adequadas para os direitos e liberdades do titular, incluído o direito de solicitar a revisão da decisão por uma pessoa natural e observado o disposto no artigo 25.

§1º O relatório de impacto à proteção de dados pessoais deve ser publicado na página da autoridade competente e enviado ao Conselho Nacional de Justiça, demonstrando as garantias para a proteção dos direitos e liberdades do titular requeridas no caput, que deverão ser adequadas à natureza dos dados tratados.

§2º O Conselho Nacional de Justiça deverá examinar o relatório de impacto e decidir acerca da possibilidade da decisão automatizada com base no tratamento automatizado de dados, à luz das garantias para os direitos e liberdades do titular e dos riscos apresentados.

§3º O titular será notificado da utilização de decisões automatizadas.

§4º As decisões a que se refere o caput deste artigo não podem basear-se em dados sensíveis, com exceção de dados biométricos.

Art. 24. As decisões tomadas com base no tratamento automatizado de dados que ensejem um elevado risco para os direitos fundamentais do titular ou que possam acarretar medidas coercitivas ou restritivas de direitos deverão ser precedidas de autorização do Conselho Nacional de Justiça e autorizadas por lei, que estabeleça as garantias adequadas para os direitos e liberdades do titular, observado o disposto nos artigos 25 e 44.

§ 1º O processo legislativo será instruído de análise de impacto regulatório, que demonstre as garantias para a proteção dos direitos e liberdades do titular e a respectiva mitigação de riscos.

§ 2º O controlador elaborará relatório de impacto de proteção de dados pessoais à luz das circunstâncias concretas do tratamento em questão.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça deverá examinar o relatório de impacto e decidir acerca da possibilidade da decisão automatizada com base no tratamento automatizado de dados, à luz das garantias para os direitos e liberdades do titular frente aos riscos apresentados.

§ 4º O titular será notificado da utilização de decisões automatizadas.

§ 5º As decisões a que se refere o caput deste artigo não podem basear-se em dados sensíveis, com exceção de dados biométricos.

Art. 25. Os sistemas responsáveis por decisões automatizadas a que se referem os artigos 23 e 24 devem ser auditáveis, não discriminatórios e passíveis de comprovação acerca de sua precisão e grau de acurácia.

§ 1º A autoridade competente deverá disponibilizar informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça poderá solicitar a realização de auditoria para verificação do disposto no caput, em especial, da precisão do algoritmo, da relevância dos fatores estatísticos ou da existência de vieses e aspectos discriminatórios no tratamento automatizado de dados pessoais.

§ 3º É garantido ao titular o direito de solicitar a revisão da decisão por uma pessoa natural.

§ 4º É vedada a adoção de qualquer medida coercitiva ou restritiva de direitos exclusivamente com base em decisão automatizada.

Art. 26. O relatório de impacto à proteção de dados que fundamentar decisões automatizadas nos termos desta lei verificará, entre outros, as medidas tomadas para a garantia da não-discriminação e transparência.

§ 1º Os parâmetros para verificação da natureza discriminatória contemplarão o peso de dados pessoais, incluindo aqueles referentes à situação socioeconômica e os dados demográficos relacionados à residência ou os demais, sejam potencialmente capazes de revelar informações sensíveis.

§ 2º Os sistemas responsáveis por decisões automatizadas conforme o caput devem ser auditáveis nos termos a serem determinados pelo Conselho Nacional de Justiça, que não serão restringidos pelo segredo industrial e comercial.

§ 3º Os parâmetros a serem considerados na auditoria prevista no § 2º contemplarão, entre outros:

- I - a precisão, incluindo a taxa de falsos positivos ou falsos negativos;
- II - a reprodutibilidade e disponibilidade de documentação acerca do seu funcionamento.

Art. 27. O controlador deve assegurar o direito do titular de dados de realizar denúncias confidenciais a respeito de violações a esta Lei.

Art. 28. A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.

## CAPÍTULO IV DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

### Seção I

#### Do Controlador e do Operador

Art. 29. É obrigatória a elaboração de relatório de impacto à proteção de dados pessoais para tratamento de dados pessoais sensíveis, sigilosos, ou em operações que apresentem elevado risco aos direitos, liberdades e garantias dos titulares de dados.

§ 1º O Conselho Nacional de Justiça poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, referente a suas operações de tratamento de dados.

§ 2º A elaboração e apresentação de relatório de impacto à proteção de dados pessoais também poderá ser requisitada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública na defesa de direitos individuais ou coletivos, quando cabível no exercício de suas atribuições.

§ 3º Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

Art. 30. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria.

Art. 31. O Conselho Nacional de Justiça poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência.

### Seção II

#### Registros das atividades de tratamento

Art. 32. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem.

Art. 33. O controlador deve manter registro de todas as categorias de atividades de tratamento sob a sua responsabilidade, o qual conterá:

- I – o nome e os contatos de operadores, co-controladores e encarregados;
- II – a descrição das categorias de titulares de dados e das categorias de dados pessoais;
- III – as finalidades das operações de tratamento;
- IV – a indicação da base legal do tratamento;

- V – a origem da coleta ou recebimento dos dados e as categorias de destinatários com quais os dados pessoais foram compartilhados;
- VI – a utilização de técnicas e políticas de agrupamento de titulares em perfis, se for o caso;
- VII – as categorias de transferências de dados pessoais para um país terceiro ou para uma organização internacional, se for caso disso;
- VIII – os prazos de conservação das diferentes categorias de dados pessoais ou os procedimentos previstos para revisão periódica da necessidade de conservação;
- IX – uma descrição geral das medidas técnicas e organizativas em matéria de segurança referidas no capítulo V; e
- X – os pedidos apresentados pelos titulares dos dados e a respectiva tramitação, bem como as decisões do responsável pelo tratamento com a correspondente fundamentação.

Art. 34. Controladores e operadores devem conservar em sistemas de tratamento automatizado registos cronológicos das seguintes operações de tratamento: de coleta, alteração, consulta, acesso, divulgação, transferências, interconexão, apagamento.

§ 1º Os registos cronológicos das operações de consulta e de divulgação devem permitir determinar o motivo, a data e a hora dessas operações, a identificação da pessoa que consultou ou divulgou dados pessoais e, sempre que possível, a identidade dos destinatários desses dados pessoais.

§ 2º Os registos cronológicos, cuja integridade e cuja reserva devem ser observadas pelos controladores e operadores, serão mantidos por no mínimo 5 anos e poderão ser utilizados para efeitos de verificação da licitude do tratamento, controle administrativo, exercício do poder disciplinar, garantia da integridade e segurança dos dados pessoais, análise pelo Conselho Nacional de Justiça e instrução de processos penais, inclusive a pedido da defesa.

### Seção III

#### Do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais

Art. 35. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

§ 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

§ 2º As atividades do encarregado consistem em:

- I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;
- II - receber comunicações do Conselho Nacional de Justiça e adotar providências;

III - orientar os servidores e funcionários da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e

IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e as atribuições do encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

## CAPÍTULO V

### DA SEGURANÇA E DO SIGILO DOS DADOS

Art. 36. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

§ 1º O Conselho Nacional de Justiça poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do artigo 6º desta Lei.

§ 2º Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

§ 3º As medidas de que trata o caput devem ser adotadas com as seguintes finalidades:

I - controle de acesso ao equipamento: impedir o acesso de pessoas não autorizadas ao equipamento utilizado para o tratamento;

II - controle de suporte de dados: impedir que os suportes de dados sejam lidos, copiados, alterados ou retirados sem autorização;

III - controle da conservação: impedir a introdução não autorizada de dados pessoais, bem como qualquer inspeção, alteração ou apagamento não autorizados de dados pessoais conservados;

IV - controle dos utilizadores: impedir que os sistemas de tratamento automatizado sejam utilizados por pessoas não autorizadas por meio de equipamento de comunicação de dados;

V - controle do acesso aos dados: assegurar que as pessoas autorizadas a utilizar um sistema de tratamento automatizado só tenham acesso aos dados pessoais abrangidos pela sua autorização de acesso;

VI - controle da comunicação: assegurar que possa ser verificado e determinado a organismos os dados pessoais que foram ou podem ser transmitidos ou facultados utilizando equipamento de comunicação de dados;

VII - controle da inserção: assegurar que possa ser verificado e determinado a posteriori quais os dados pessoais introduzidos nos sistemas de tratamento automatizado, quando e por quem;

VIII - controle do transporte: impedir que, durante as transferências de dados pessoais ou o transporte de suportes de dados, os dados pessoais possam ser lidos, copiados, alterados ou suprimidos sem autorização;

IX - recuperação: assegurar que os sistemas utilizados possam ser restaurados em caso de interrupção; e

X - assegurar que as funções do sistema funcionem, que os erros de funcionamento sejam assinalados (fiabilidade) e que os dados pessoais conservados não possam ser falseados por um mau funcionamento do sistema.

Art. 37. Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares.

§ 1º As medidas de que trata o caput deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

§ 2º Os dados pessoais serão tornados anônimos ou pseudonimizados o quanto antes, de acordo com a finalidade do processamento.

§ 3º O responsável pelo tratamento deve implementar medidas técnicas e organizacionais adequadas para garantir que, por padrão, apenas os dados pessoais necessários para cada finalidade específica do tratamento sejam processados.

Art. 38. O controlador deverá comunicar ao Conselho Nacional de Justiça e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

§ 1º A comunicação será feita no prazo de 72 (setenta e duas) horas e deverá mencionar, no mínimo:

I - a descrição da natureza dos dados pessoais afetados;

- II - as informações sobre os titulares envolvidos;
- III - a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial;
- IV - os riscos relacionados ao incidente;
- V - os motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata; e
- VI - as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça verificará a gravidade do incidente e poderá, caso necessário para a salvaguarda dos direitos dos titulares, determinar ao controlador a adoção de providências, tais como:

- I - ampla divulgação do fato em meios de comunicação; e
- II - medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente.

§ 3º No juízo de gravidade do incidente, será avaliada eventual comprovação de que foram adotadas medidas técnicas adequadas que tornem os dados pessoais afetados ininteligíveis, no âmbito e nos limites técnicos de seus serviços, para terceiros não autorizados a acessá-los.

Art. 39. O tratamento de registros criminais deverá atender aos princípios e fundamentos desta lei, em especial a presunção da inocência e a finalidade de integração social do condenado.

§ 1º O Poder Judiciário, o Ministério Público, as Polícias e todos os demais agentes de tratamento que tenham acesso a autos sigilosos deverão adotar as medidas de segurança para garantia do sigilo decretado judicialmente em todas as fases e instâncias processuais.

§ 2º Nos autos de investigação e nos processos relativos a atos infracionais, os elementos identificadores das crianças ou adolescentes envolvidos serão protegidos em todas as fases e instâncias processuais, independentemente da decretação de sigilo do processo.

§ 3º Nos autos de investigação e processo penal que tiverem por objeto crimes contra a dignidade sexual, os elementos identificadores dos ofendidos serão protegidos em todas as fases e instâncias processuais, independentemente da decretação de sigilo do processo.

## CAPÍTULO VI

### ACESSO À INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA

Art. 40. As autoridades competentes informarão as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e

atualizadas sobre a base legal, a finalidade, os objetivos específicos, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades.

§ 1º As informações a que se refere este artigo serão pormenorizadas em lei ou regulamento, conforme a base legal, observadas as normas do Capítulo II;

§ 2º O acesso facilitado às informações sobre o tratamento de dados se dará em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos, de forma clara, adequada e ostensiva, devendo incluir informações previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso, sobre:

- I - finalidade específica do tratamento;
- II - forma, escopo e duração do tratamento; III - políticas de retenção, descarte e acesso;
- IV - identificação do controlador;
- V - informações de contato do controlador;
- VI - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;
- VII - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e
- VIII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos nesta Lei.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça poderá dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento, especialmente tendo em vista a garantia da segurança pública e atividades de repressão, investigação e persecução de infrações penais e execução da pena.

Art. 41. A autoridade máxima de cada autoridade competente publicará anualmente em seu sítio na internet relatórios estatísticos de requisição de dados pessoais sigilosos para atividades de persecução penal, contendo:

- I - o número de pedidos realizados;
- II - a natureza dos dados solicitados;
- III - as categorias de pessoas jurídicas de direito privado aos quais os dados foram requeridos;
- IV - quando o dado for protegido por reserva de jurisdição, o número de pedidos deferidos e o número de pedidos indeferidos judicialmente à luz dos pedidos totais realizados; e
- V - o número de titulares afetados por tais solicitações.

## CAPÍTULO VII

### TECNOLOGIAS DE MONITORAMENTO E TRATAMENTO DE DADOS DE ELEVADO RISCO

Art. 42. A utilização de tecnologias de monitoramento ou o tratamento de dados pessoais que representem elevado risco para direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados por autoridades competentes dependerá de previsão legal específica, que estabeleça garantias aos direitos dos titulares e seja precedida de relatório de impacto de vigilância.

§ 1º Para fins de avaliação do risco, deve-se considerar, pelo menos:

- I - a natureza dos dados pessoais envolvidos;
- II - as finalidades específicas do tratamento;
- III - a quantidade de agentes de tratamento de dados envolvidos;
- IV - a quantidade de titulares de dados potencialmente atingidos;
- V - se é utilizado algum tipo de nova tecnologia;
- VI - a possibilidade de tratamento discriminatório; e
- VII - as expectativas legítimas do titular de dados.

§ 2º O processo legislativo será instruído de análise de impacto regulatório que contenha:

- I - uma descrição do escopo do tratamento e das capacidades da tecnologia de vigilância;
- II - quaisquer testes ou relatórios relativos aos efeitos do tratamento e da tecnologia de vigilância na saúde e na segurança de pessoas;
- III - quaisquer impactos potencialmente díspares do tratamento de dados e da tecnologia de vigilância ou de sua política de uso em quaisquer populações específicas;
- IV - as medidas previstas para fazer frente aos riscos mencionados nos incisos anteriores;
- V - as garantias, as medidas de segurança e os mecanismos para assegurar a proteção dos dados pessoais e demonstrar a conformidade do tratamento com a presente lei; e
- VI - a política de uso e as garantias dos direitos dos titulares, conforme o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º A lei deve estabelecer política de uso que garanta os direitos dos titulares de dados e contenha:

- I - regras, processos e diretrizes emitidas pela autoridade competente que regulem o tratamento de dados, incluindo o acesso e o uso interno de tal tecnologia de vigilância;
- II - salvaguardas ou medidas de segurança destinadas a proteger as informações coletadas por tal tecnologia de vigilância contra o acesso não autorizado, incluindo, mas não se limitando à existência de criptografia e mecanismos de controle de acesso;
- III - políticas e práticas relacionadas à retenção, acesso e uso dos dados tratados;

- IV - políticas e procedimentos relativos ao acesso ou uso dos dados tratados por meio de tal tecnologia de vigilância por membros do público;
- V - as hipóteses de uso compartilhado, se admitido;
- VI - se algum treinamento é exigido pela autoridade competente para um indivíduo realizar o tratamento, usar tal tecnologia de vigilância ou acessar informações tratadas;
- VII - uma descrição da auditoria interna e mecanismos de supervisão dentro da autoridade competente para garantir a conformidade com a política de uso que rege o uso de tal tecnologia de vigilância.
- VIII - diretrizes sobre realização, atualização e revisão do relatório de impacto de proteção de dados pessoais.

§ 4º No processo legislativo, a análise de impacto regulatório deverá ser submetida à consulta pública com ampla participação social.

§ 5º Quando admitida por lei, a utilização de tecnologias de monitoramento ou o tratamento de dados pessoais de alto risco por autoridade competente será objeto de relatório de impacto de proteção de dados pessoais, que abrangerá os mesmos quesitos do artigo 42, §2º e §3º.

Art. 43. No âmbito de atividades de segurança pública, é vedada a utilização de tecnologias de vigilância diretamente acrescida de técnicas de identificação de pessoas indeterminadas em tempo real e de forma contínua quando não houver a conexão com a atividade de persecução penal individualizada e autorizada por lei e decisão judicial.

Art. 44. O Conselho Nacional de Justiça emitirá opiniões técnicas ou recomendações referentes à utilização de tecnologias de vigilância ou o tratamento de dados pessoais que representem elevado risco para direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados.

§ 1º O Conselho Nacional de Justiça deverá publicar relatório anual acerca do uso de tecnologias de monitoramento pelas autoridades competentes no território nacional.

§ 2º Em caso de denúncia de uso de tecnologia de monitoramento em descumprimento a esta Lei, o Conselho Nacional de Justiça realizará auditoria para verificação da base legal, da publicação de relatório de impacto e da implementação das medidas e garantias para preservação do direito dos titulares, sem prejuízo de outros mecanismos de controle e supervisão administrativo e judicial.

## CAPÍTULO VIII

### COMPARTILHAMENTO DE DADOS

Art. 45. Qualquer modalidade de uso compartilhado de dados pessoais entre autoridades competentes somente será possível com autorização legal, com autorização judicial ou no contexto de atuações conjuntas autorizadas legalmente, observados os propósitos legítimos e específicos para o tratamento, os direitos do titular, bem como os fundamentos, princípios e obrigações previstos nesta Lei.

§ 1º Ressalvadas as hipóteses legais, é vedado o compartilhamento direto e contínuo de bancos de dados que contenham dados pessoais estabelecidos no âmbito de atividades de segurança pública com órgãos responsáveis pela persecução penal, exceto:

I - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei;

II - para investigação ou processo criminal específico.

§ 2º Requisições de acesso a dados entre autoridades competentes para uso compartilhado ocorrerão de forma devidamente motivada quanto ao contexto específico do pedido, à base legal, finalidade, necessidade e proporcionalidade, devendo o registro de acesso e de uso por agentes de autoridades competentes ser mantido por período de no mínimo 5 anos.

Art. 46. O uso compartilhado de dados pessoais entre uma autoridade competente e um órgão ou entidade da administração pública não competente para os fins desta lei dependerá da demonstração de que o tratamento é compatível com a finalidade original da coleta, observadas as expectativas legítimas de titulares de dados e os objetivos de políticas públicas que ensejaram a coleta original.

Parágrafo único. Nas situações compatíveis, o acesso de agentes de autoridades competentes dependerá de requisição e autorização administrativa devidamente motivada quanto ao contexto específico do pedido, à base legal, à finalidade, necessidade e proporcionalidade, resguardada a reserva de jurisdição para dados pessoais sigilosos, quando exigida por lei ou pela Constituição, e devendo ser mantido o registro de acesso e de uso por período de no mínimo 5 anos.

Art. 47. É vedado a autoridades competentes praticar quaisquer das modalidades de uso compartilhado de dados pessoais com pessoas jurídicas de direito privado, exceto:

I - em casos de execução descentralizada de atividade pública, autorizada em lei, e que exija a transferência, exclusivamente para esse fim específico e determinado, observadas as demais disposições desta Lei;

II - nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as demais disposições desta Lei e da Lei nº 13.709/18;

III - por aquela que possua capital integralmente constituído pelo poder público e esteja na qualidade de operadora de tratamento de dados.

Art. 48. É vedado a pessoas jurídicas de direito privado praticar modalidades de uso compartilhado de dados com autoridades competentes, exceto nas hipóteses específicas previstas em lei ou mediante cooperação voluntária, desde que observadas as demais disposições dos Capítulos I e II desta Lei e da Lei nº 13.709/18.

Art. 49. Toda e qualquer parceria institucional para uso compartilhado de dados será informada ao público, nos termos e limites do Capítulo VI, e comunicada ao Conselho Nacional de Justiça, que poderá determinar a sua imediata suspensão e posterior adequação, limitação e interrupção se configurada violação a dispositivo desta Lei.

Art. 50. Os registros a que se referem o artigo 45, §2º e o parágrafo único do artigo 46 incluirão a identificação funcional do agente, o endereço IP, a data e o horário do acesso e poderão ser objeto de análise no âmbito de processos administrativos e judiciais, inclusive por titulares de dados pessoais.

Art. 51. O Conselho Nacional de Justiça poderá requisitar, a qualquer momento, às autoridades competentes, informe específico sobre o âmbito e a natureza dos dados e demais detalhes do tratamento realizado e poderá emitir parecer técnico para garantir o cumprimento desta Lei.

Art. 52. O Conselho Nacional de Justiça poderá estabelecer normas complementares para as atividades de que trata o artigo 45.

## CAPÍTULO IX

### TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS E COOPERAÇÃO

#### INTERNACIONAL

##### Seção I

##### Hipóteses

Art. 53. Sem prejuízo de outras condições exigidas em lei, as autoridades competentes só podem transferir dados pessoais para outro país ou para uma organização internacional, inclusive dados que se destinem a transferências ulteriores para outro país ou outra organização internacional, se:

- I - a transferência for necessária para atividades de segurança pública ou persecução penal;
- II - tiver sido adotada uma decisão de adequação, nos termos do disposto no artigo 54 ou tiverem sido apresentadas garantias adequadas, nos termos do artigo 55, ou forem aplicáveis as derrogações previstas no artigo 56;
- III - os dados pessoais forem transferidos para agente responsável no outro país ou na organização internacional competente para fins de atividades de segurança pública ou persecução penal, sem prejuízo do disposto no artigo 57;
- IV - no caso de os dados pessoais terem sido transmitidos ou disponibilizados por país estrangeiro, esse país tiver dado o seu consentimento prévio à transferência, sem prejuízo do disposto no inciso II;
- V - no caso de uma transferência ulterior para outro país ou para uma organização internacional, a autoridade competente que realizou a transferência inicial ou outra autoridade competente do mesmo país autorizar a transferência ulterior, após análise de todos os fatores pertinentes, nomeadamente a gravidade da infração penal, a finalidade para que os dados pessoais foram inicialmente transferidos e o nível de proteção no país ou na organização internacional para os quais os dados pessoais forem ulteriormente transferidos; e
- VI - a transferência não comprometer o nível de proteção das pessoas assegurado pela presente lei.

§ 1º As transferências sem o consentimento prévio a que alude o inciso IV apenas são permitidas se forem necessárias para prevenir uma ameaça imediata e grave à segurança pública do Brasil ou de um país estrangeiro e o consentimento prévio não puder ser obtido em tempo hábil.

§ 2º No caso previsto no §1º, a autoridade responsável por dar o consentimento deve ser informada em até 48 horas.

## Seção II

### Transferências com base em decisão de adequação

Art. 54. A transferência de dados pessoais para um país estrangeiro ou para uma organização internacional pode ser efetuada com base em decisão de adequação que determine que aquele país, território ou uma de suas unidades subnacionais, ou a organização internacional destinatária, asseguram nível de proteção adequado.

§ 1º A transferência de dados pessoais com base em decisão de adequação deve observar o artigo 34 da Lei nº 13.709/2018 e dispensa autorização específica, sem prejuízo dos demais requisitos legais.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça poderá estabelecer procedimento simplificado para a tomada de decisão sobre o nível de adequação de um país, quando este for um Estado Parte da Convenção do Conselho da Europa, de 1981 (CETS 108) e de seus protocolos.

§ 3º Os atos do Conselho Nacional de Justiça que revoguem, alterem ou suspendam a decisão de adequação não prejudicam as transferências de dados pessoais para outro país, território ou uma unidade subnacional, ou para organização internacional, quando efetuadas nos termos dos artigos 55 e 56.

### Seção III

#### Transferências sujeitas a garantias adequadas

Art. 55. Na falta de decisão de adequação, os dados pessoais podem ser transferidos para um país estrangeiro ou para uma organização internacional se:

- I - tiverem sido apresentadas garantias adequadas no que diz respeito à proteção de dados pessoais mediante um instrumento juridicamente vinculativo; ou
- II - o responsável pelo tratamento tiver avaliado todas as circunstâncias inerentes à transferência de dados pessoais e concluído que existem garantias adequadas no que diz respeito à proteção desses dados.

§ 1º O responsável pelo tratamento informará o Conselho Nacional de Justiça sobre as categorias de transferências abrangidas pelo inciso II.

§ 2º As transferências baseadas no inciso II serão documentadas, devendo o responsável pelo tratamento disponibilizar ao Conselho Nacional de Justiça, a pedido deste, toda a documentação pertinente, incluindo informações sobre a data e a hora da transferência, a autoridade competente que as recebe, a justificativa da transferência e os dados pessoais transferidos.

### Seção IV

#### Derrogações aplicáveis em situações específicas

Art. 56. Na falta de uma decisão de adequação ou de garantias adequadas nos termos dos artigos anteriores, a transferência ou as categorias de transferências de dados pessoais para país estrangeiro ou para uma organização internacional só podem ser efetuadas se forem necessárias:

- I - para proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa;
- II - para salvaguardar os legítimos interesses do titular dos dados;

III - para prevenir uma ameaça imediata e grave contra a segurança pública no Brasil ou em país estrangeiro;

IV - em casos específicos, para exercer direitos de defesa no âmbito de processo judicial ou administrativo punitivo, sem prejuízo das demais exigências legais; ou

V - em casos específicos, para a cooperação jurídica internacional, de acordo com regras e instrumentos de direito internacional.

§ 1º Ainda que se verifiquem os fundamentos previstos no inciso IV, os dados pessoais não serão transferidos se a autoridade competente para proceder à transferência considerar que os direitos, liberdades e garantias fundamentais do titular dos dados em causa prevalecem sobre as finalidades que motivariam a transferência por interesse público.

§ 2º As transferências de dados efetuadas com base neste artigo serão limitadas aos dados estritamente necessários para a finalidade almejada.

§ 3º O responsável pelo tratamento documentará a informação pertinente referente às transferências realizadas com base no caput, devendo disponibilizar a documentação ao Conselho Nacional de Justiça, a pedido deste, incluindo informações sobre a data e a hora da transferência, a autoridade competente que as recebe, a justificação da transferência e os dados pessoais transferidos.

#### Seção V

Transferências de dados pessoais para destinatários estabelecidos em outros países

Art. 57. Em derrogação do disposto do inciso III do artigo 53 e sem prejuízo de um acordo internacional tal como definido no §1º deste artigo, autoridade pública com poderes de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, incluindo a prevenção de ameaças à segurança pública, pode, em casos específicos, transferir dados pessoais diretamente a destinatários estabelecidos em outros países desde que, respeitadas as disposições da presente lei, estejam preenchidas as seguintes condições cumulativas:

I - A transferência ser estritamente necessária a uma função desempenhada pela autoridade competente que efetua a transferência e prevista por lei, tendo em vista as finalidades indicadas no artigo 1º;

II - A autoridade competente que efetuar a transferência considerar que os direitos, liberdades e garantias fundamentais do titular dos dados a serem transferidos não prevalecem sobre as finalidades que exigem a transferência no caso em apreço;

III - A autoridade competente que efetua a transferência considerar que a transferência para uma autoridade competente para os fins do artigo 1º, no outro país, revela-se ineficaz ou inadequada, especificamente por não ser possível efetuar-la em tempo hábil;

IV - A autoridade competente para os efeitos referidos no artigo 1º no outro país, seja informada sem demora injustificada, a menos que tal comunicação se revele ineficaz ou inadequada; e

V - A autoridade competente que efetua a transferência informar o destinatário da finalidade ou das finalidades específicas para as quais deve tratar os dados pessoais, desde que o tratamento seja necessário.

§ 1º Para os fins previstos no caput, por acordo internacional entende-se um acordo internacional bilateral ou multilateral em vigor entre o Brasil e o outro país no campo da cooperação jurídica internacional ou da cooperação policial.

§ 2º A autoridade competente que efetuar a transferência deve informar a autoridade de controle sobre as transferências realizadas na forma deste artigo.

§ 3º As transferências efetuadas nos termos do presente artigo devem ser documentadas pelo responsável pelo tratamento.

## Seção VI

### Cooperação internacional no domínio da proteção de dados pessoais

Art. 58. Em relação a países estrangeiros e a organizações internacionais, os agentes responsáveis pelo tratamento adotarão as medidas necessárias destinadas a:

I - estabelecer procedimentos internacionais de cooperação que visem facilitar a aplicação efetiva da legislação em matéria de proteção de dados pessoais;

II - prestar assistência mútua em matéria de aplicação da legislação de proteção de dados pessoais, nomeadamente através da notificação, da transmissão de reclamações, da assistência na investigação e do intercâmbio de informações, sob reserva das garantias adequadas para a proteção dos dados pessoais e dos outros direitos e liberdades fundamentais;

III - associar as partes interessadas aos debates e às atividades que visem promover a cooperação internacional no âmbito da aplicação da legislação relativa à proteção de dados pessoais;

IV - promover o intercâmbio e a documentação da legislação e das práticas em matéria de proteção de dados pessoais, inclusive sobre conflitos jurisdicionais com outros países.

## CAPÍTULO X

### UNIDADE ESPECIAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM MATÉRIA PENAL

Art. 59. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da sua Unidade Especial de Proteção de Dados em Matéria Penal (UPDP), será responsável por zelar, implementar e fiscalizar a presente lei em todo o território nacional.

Art. 60. A diretoria da Unidade Especial de Proteção de Dados em Matéria Penal (UPDP) será composta por 1 (um) Diretor, 3 (três) coordenações especializadas para a aplicação da lei e assessoria técnica.

§ 1º É assegurada autonomia técnica e decisória à Unidade Especial de Proteção de Dados em Matéria Penal (UPDP).

§ 2º O Diretor será escolhido pelo Conselho Nacional de Justiça dentre brasileiros que tenham reputação ilibada, nível superior de educação e notório saber no campo da proteção de dados ou segurança pública e persecução penal.

§ 3º O mandato do Diretor será de 4 anos e este não poderá perder o cargo, salvo em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou pena de demissão decorrente de processo administrativo disciplinar.

§ 4º A natureza jurídica da Unidade Especial de Proteção de Dados em Matéria Penal (UPDP) é transitória e deverá ser avaliada após 2 (dois) anos de sua instituição.

Art. 61. A estrutura necessária ao funcionamento da Unidade Especial de Proteção de Dados em Matéria Penal (UPDP) será provida pelo Conselho Nacional de Justiça mediante o remanejamento de servidores e serviços já existentes, nos termos da regulamentação, bem como de dotação orçamentária, se necessária, nos termos da legislação.

Parágrafo único. Ato do Conselho Nacional de Justiça disporá sobre a estrutura e o funcionamento da Unidade Especial de Proteção de Dados em Matéria Penal (UPDP).

Art. 62. Compete à Unidade Especial de Proteção de Dados em Matéria Penal (UPDP):

- I - zelar pela proteção dos dados pessoais na segurança pública e persecução penal, nos termos da legislação;
- II - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;
- III - apreciar petições de titular contra o controlador no prazo estabelecido em regulamentação;

- IV - promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais na segurança pública e persecução penal;
- V - promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais na segurança pública e persecução penal;
- VI - promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional;
- VII - solicitar, a qualquer momento, às autoridades competentes submetidas a esta lei informe específico sobre o âmbito, a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, com a possibilidade de emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei;
- VIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade na segurança pública e persecução penal;
- IX - solicitar relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco aos direitos previstos nesta Lei;
- X - ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante e prestar contas sobre suas atividades e planejamento;
- XI - realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelas autoridades competentes;
- XII - comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento;
- XIII - comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei pelas autoridades competentes;
- XIV - implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei;
- XV - elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades.

## CAPÍTULO XI

### SANÇÕES

Art. 63. As infrações às normas previstas nesta Lei ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

- I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
- II - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

- III - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização, quando cabível;
- IV - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração, quando cabível;
- V - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador, quando cabível;
- VI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, quando cabível.

§ 1º O agente público que facilitar ou der causa à infração das normas desta Lei responderá administrativamente, conforme a lei disciplinar aplicável, incluindo, conforme o caso, a Lei de Improbidade Administrativa.

§ 2º Se o mesmo fato constituir simultaneamente crime e infração administrativa contra a mesma pessoa natural, o procedimento administrativo será suspenso quando iniciada medida de investigação de infração penal, retomando-se caso não sobrevenha sentença declarando a inexistência material do fato ou sua prática em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito ou cumprimento de um dever.

Art. 64. A fixação da sanção aplicável será feita de maneira fundamentada e considerará: I - A gravidade da lesão;

- II - A culpabilidade do agente;
- III - A capacidade econômica do infrator.

§ 1º São circunstâncias que agravam a sanção:

- I - A reiteração de infrações;
- II - A motivação político-partidária, preconceituosa ou de qualquer forma direcionada a grupos ou instituições determinadas;
- III - A condição de funcionário público no exercício da função.

§ 2º São circunstâncias que atenuam a sanção:

- I - A comunicação espontânea da infração ao Conselho Nacional de Justiça e aos titulares dos dados;
- II - O emprego espontâneo dos meios disponíveis para mitigação do dano;
- III - A reparação espontânea dos danos;
- IV - A adoção de política eficaz de proteção de dados;

§ 3º Quando a lesão for de menor magnitude e presentes as atenuantes do § 2º, o Conselho Nacional de Justiça poderá, em decisão motivada e fundamentada, deixar de aplicar a sanção, ausentes as agravantes do § 1º.

## CAPÍTULO XII

### DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 65. As autoridades fiscais e aduaneiras, as unidades de inteligência financeira, as autoridades administrativas independentes, as autoridades de supervisão dos mercados financeiros e de valores mobiliários, obrigadas legalmente à comunicação de suspeita de prática de infração penal às autoridades definidas no artigo 1º, submetem-se ao disposto nesta Lei, restringindo-se a transmissão aos dados necessários para o atendimento da finalidade legal específica, sem prejuízo de prévia autorização judicial quando exigida em lei.

Art. 66. O Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Capítulo V - Dos crimes contra a proteção de dados pessoais (NR)

Transmissão ilegal de dados pessoais (NR)

Art. 154-C. Transmitir, distribuir, usar de forma compartilhada, transferir, comunicar, difundir dados pessoais ou interconectar bancos de dados pessoais sem autorização legal para obter vantagem indevida ou prejudicar o titular dos dados ou a terceiro a ele relacionados: (NR)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro), anos e multa. (NR)

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um a dois terços se: (NR)

I - os dados pessoais forem sensíveis ou sigilosos; (NR)

II - o crime for praticado por funcionário público em razão do exercício de suas funções. (NR)

Art. 67. A adequação do tratamento de dados às normas previstas nesta lei deverá ser implementada pelos agentes de tratamento até a sua entrada em vigor, sob pena de ilicitude do tratamento.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Justiça deverá supervisionar o cumprimento do disposto neste artigo, emitindo orientações e estabelecendo normas sobre a adequação progressiva de bancos de dados constituídos até a entrada em vigor desta lei, considerando a complexidade das operações de tratamento, a natureza dos dados e a amplitude do compartilhamento de bancos de dados.

Art. 68. Esta lei entrará em vigor 365 dias após a data de sua publicação.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 1 – Térreo  
Porto Alegre – RS – Brasil  
Fone: (51) 3320-3513  
E-mail: [propesq@pucrs.br](mailto:propesq@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)