

O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira

The Yara Gambirasio case and the (im)possibility of mass collection of genetic material from the brazilian population

Cinthia Obladen de Almendra Freitas¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba, PR, Brasil
cinthia.freitas@puopr.br

 <http://lattes.cnpq.br/1058846722790485>

 <https://orcid.org/0000-0002-7015-094X>

Rafael Junior Soares²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Londrina, PR, Brasil
rafael@advocaciabittar.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>

 <https://orcid.org/0000-0002-0035-0217>

Raissa de Cavassin Milanezi³

Centro Universitário de Tecnologia de Curitiba – Curitiba, PR, Brasil
raissadcm@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7079660890731850>

 <https://orcid.org/0000-0003-1108-8266>

RESUMO: O caso Yara Gambirasio parou a comunidade de Brebiate di Sopra, na Itália, tendo em vista o desaparecimento da adolescente e a

¹ Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. Doutora em Informática Aplicada. Membro da Comissão de Direito Digital e Proteção de Dados da OAB/PR. Membro da Diretoria do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD).

² Doutor em Direito no PPGD da PUCPR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Penal na PUC/PR, Campus Londrina.

³ Mestre em Direito no PPGD da PUCPR. Pós-graduada em Ciências Criminais e em Direito, Tecnologia e Inovação com ênfase em Lei Geral de Proteção de Dados. Professora de Direito Processual Penal na UNIFATEC. Advogada.

maneira com a qual a investigação foi conduzida para localização do suspeito. A equipe de investigação coletou o material genético de mais de 22 mil moradores para então chegar à autoria de Massimo Bosseti. Analisa-se o caso e traça-se um paralelo com a legislação brasileira, que permite a coleta de DNA em prol da persecução penal, com o objetivo de responder às seguintes interrogações: (i) a legislação brasileira permite a coleta em massa de DNA para elucidação de uma investigação criminal? (ii) a legislação brasileira autoriza a coleta de prova genética com finalidade diversa da informada ao investigado? A pesquisa utilizou método dedutivo, com procedimento teórico e técnica bibliográfica e documental. Conclui-se que, no Brasil, não é possível a coleta de material genético em massa para subsidiar investigação criminal, visto ferir direitos fundamentais, Direitos Humanos e a legislação infraconstitucional em matéria penal. Além disso, tem-se que não é possível a coleta de provas pessoais maculando o consentimento do acusado, sob pena de violar o direito à não autoincriminação.

PALAVRAS-CHAVES: Dados Genéticos; Investigação Criminal; Direitos Humanos; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: *The Yara Gambirario case stopped the community of Brembate di Sopra, in Italy, due to the disappearance of a teenager and the way in which the investigation was conducted to locate the suspect's DNA. The investigation team collected the genetic material of more than 22,000 residents to then reach the perpetrator Massimo Bosseti. The case is analyzed and a parallel is drawn with Brazilian legislation, which allows the collection of DNA in favor of criminal prosecution, in order to answer the following questions: (i) does Brazilian legislation allow the mass collection of DNA to elucidate a criminal investigation? (ii) does Brazilian legislation authorize the collection of genetic evidence for a purpose other than that informed to the investigated person? The research used a deductive method, with a theoretical procedure and bibliographical and documental technique. It is concluded that, in Brazil, it is not possible to collect genetic material en masse to support criminal investigation, as it violates fundamental rights, human rights and criminal. In addition, it is not possible to collect personal evidence without the consent of the accused, due the violation of the right to non-self-incrimination.*

KEYWORDS: *Genetic Data; Criminal investigation; Human Rights; Fundamental Rights.*

INTRODUÇÃO

A temática relaciona-se ao uso do material genético em proveito da persecução penal brasileira. A utilização do perfil genético como método de identificação de autoria delitiva é adotada em diversos países desde 1985, quando o recurso tecnológico foi desenvolvido e utilizado pela primeira vez pelo geneticista Alec Jeffreys, tendo a técnica se espalhado por todo o globo. No Brasil, o material genético foi incorporado no ordenamento pátrio em 2012, por meio da Lei nº 12.654/2012.

Considerando os quase quarenta anos da introdução do perfil genético em processos judiciais no mundo, a utilização do aludido recurso tecnológico está longe de ser um consenso na comunidade jurídica, o que ocorre especialmente em razão do caráter sensível conferido ao DNA. Aqueles que defendem o uso do material genético no procedimento judicial, advogam que o perfil genético não revela qualquer informação física ou da saúde do indivíduo⁴, visto se tratar de armazenamento de DNA não codificante, bem como que a técnica confere maior segurança jurídica ao processo judicial, e que é preciso garantir a segurança pública da população.

Por outro lado, de acordo com um levantamento feito por Schiочhet, a distinção entre DNA codificante e não codificante é falaciosa, eis que muitos biólogos apontam que, com o avanço científico, o perfil genético poderá revelar informações sensíveis⁵. Aqueles que defendem pela impossibilidade de utilizar do material genético na persecução também

⁴ “(...) é preciso que fique clara a distinção entre o DNA (uma molécula que contém muitas informações) e o perfil genético (uma pequena informação extraída do DNA). O DNA como um todo pode, realmente, revelar muitas informações sensíveis, como a propensão a doenças, entre outras. O perfil genético, entretanto, é incapaz de revelar qualquer característica física ou de saúde. A única aplicação do perfil genético é a individualização.” JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. *Revista Perícia Federal*, Ano IX, n. 26, p. 17-20, jun./2007-ago./2008, p. 18. Disponível em: https://apcf.org.br/wp-content/uploads/2020/06/Revista_APCF26.pdf. Acesso em: 10 abril 2024.

⁵ SCHIOCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, p. 518-529, set./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5137>.

o fazem com uma série de argumentos, sendo os principais: (i) o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo; e (ii) o aumento de técnicas intrusivas de vigilância no corpo de outrem.

No Reino Unido, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu que a extração de DNA para o processo penal é admitida, desde que não se mantenha este dado sensível por período indeterminado e que, tampouco, se guarde informações de pessoas que foram absolvidas⁶. No Brasil, a temática da utilização do perfil genético no processo penal já chegou ao Supremo Tribunal Federal, mas o tema ainda está pendente de julgamento⁷.

Ainda que a temática da utilização do perfil genético no processo penal tenha sido submetida ao STF no ano de 2016, a discussão recebeu mais destaque com as alterações legislativas efetuadas pelo Pacote Anticrime em 2019 (Lei 13.964/19). A nova lei reconheceu como falta grave a recusa do apenado em fornecer seu material genético, o que é abordado no desenvolvimento do artigo para fins de compreensão do estágio de debate sobre o tema no cenário nacional.

Este estudo decorre exatamente desta problemática, com recorte nas discussões levantadas no caso Yara Gambirasio. Na mencionada investigação criminal, realizada pela polícia italiana, foi coletado o material genético de mais de 22 mil pessoas, para então se chegar ao possível autor do delito. Além disso, o material genético do suspeito foi coletado diretamente de seu corpo sem a sua cientificação. Em razão disso, o artigo é estruturado de maneira a tratar o caso Yara Gambirasio por intermédio do divulgado pelos veículos de comunicação italiano, para, posteriormente, explicar os contornos jurídicos voltados à coleta de DNA nas hipóteses de investigação e de identificação criminal, de acordo com a legislação brasileira.

⁶ EUROPE COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of S. and Marper v. The United Kingdom. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: 27 abril 2024.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 973.837/MG – Minas Gerais. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>. Acesso em: 27 abril 2024.

No último capítulo, estabelece-se a conexão do caso Gambirasio com a legislação nacional, para então responder a dois problemas de pesquisa, quais sejam: (i) A legislação brasileira permite a coleta em massa de DNA para elucidação de uma investigação criminal? (ii) A legislação brasileira autoriza a coleta de prova genética com finalidade diversa da informada ao investigado? Para isso, foi aplicado o método dedutivo, com procedimento teórico e técnica bibliográfica e documental.

Frisa-se que a menção do caso Gambirasio foi utilizada como meio de contextualizar o problema de pesquisa, bem como para apontar de que forma surgiram as interrogações que fundamentaram este estudo. O artigo, ao não abordar ou enfrentar questões envolvendo a legislação italiana, não consultou os autos judiciais, justamente porque o problema de pesquisa não perpassa por isso.

A pesquisa reveste-se de importância, uma vez que resta configurada a impossibilidade de coleta de material genético em massa da população brasileira, para subsidiar uma investigação criminal, visto ferir direitos fundamentais, Direitos Humanos e a legislação infraconstitucional em matéria penal.

1. O CASO YARA GAMBIRASIO

O caso Yara Gambirasio ficou extremamente conhecido na Itália, eternizado no mundo do streaming com a Netflix, que lançou o filme Yara, no ano de 2021. A obra cinematográfica, baseada em fatos, apresenta a história de uma adolescente que desapareceu em 26 de novembro de 2010, quando caminhava em direção ao ginásio de esportes localizado na cidade de Brembate Di Sopra, na Itália. O corpo da adolescente foi encontrado três meses após o desaparecimento, com lesões na cabeça e no corpo, provocadas por uma pedrada e por seis facadas⁸.

O filme demonstra a busca pela polícia por provas da autoria do fato criminoso. Os noticiários divulgaram que a investigação foi uma

⁸ Ressalta-se, mais uma vez, que a transcrição fática do caso ocorreu mediante a análise de informações veiculadas pela mídia local, pois os pesquisadores não tiveram acesso aos autos judiciais. A exposição do caso Gambirasio apenas foi feita para contextualizar o problema de pesquisa.

tarefa difícil para polícia, eis que o corpo da ofendida ficou submetido a condições não favoráveis do tempo, do ambiente e do próprio processo de degradação do cadáver. Contudo, após a inspeção do corpo da vítima com luz forense, localizou-se nas vestes inferiores a presença de alelos não relacionados à vítima⁹.

Ao confrontar o perfil masculino biométrico localizado pela perícia com a base de dados do Estado, o perfil do investigado não foi encontrado, quando então a Promotoria do caso decidiu realizar uma coleta em massa daqueles que residiam próximos à cena do crime.

Após a coleta de material genético de parte da população que residia próxima à cena do crime, a polícia coletou a amostra de um homem chamado Damiano Guerinoni, parente próximo do autor do fato. Em investigação, a polícia descobriu que a mãe de Guerinoni havia trabalhado como empregada doméstica na casa da família Gambirasio. Porém, a mulher não cooperou com as investigações e durante todo esse período, mais material genético era coletado da população local.

Algum tempo depois, a polícia recriou a árvore genealógica de Guerinoni, descobrindo que o pai de Damiano Guerinoni tinha um irmão, Giuseppe, que havia morrido em 1999¹⁰. Ao visitarem a viúva de Giuseppe no ano de 2011, os investigadores encontraram selos que haviam sido lambidos pelo falecido, os quais identificaram Giuseppe como genitor do autor do homicídio de Yara. Contudo, realizado o confronto genético nos filhos sanguíneos de Giuseppe, os dois filhos homens não tiveram compatibilidade integral com a amostra genética coletada na vítima, o que levou a polícia a trabalhar com a hipótese de que Giuseppe havia tido um filho fora do casamento¹¹.

⁹ STAITI, Nicola; GENTILE, Fabiano; PILLI, Elena; LAGO, Giampietro. The Yara Gambirasio case: Collection strategy and mass screening used to find the perpetrator DNA in a difficult scenario. Disponível em: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1875176819300915>. Acesso em 03 out. 2022.

¹⁰ JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

¹¹ JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

Após a referida descoberta e com a finalidade de localizar o homem suspeito, a coleta de amostras de DNA ocorreu em mulheres idosas, que poderiam ser a genitora do autor do homicídio de Yara, já que Giuseppe tivera um relacionamento extraconjugal. Depois disso, descobriu-se a pessoa de Ester Arzuffi, que havia se relacionado com o pai do suspeito e tinha tido dois filhos homens. A amostra da Ester Arzuffi já estava inserida no sistema italiano, e apenas não fora confirmada antes em face de erro do geneticista responsável, que comparou a amostra de Arzuffi com Yara. Ester Arzuffi tivera dois filhos, um rapaz que à época dos fatos possuía 42 anos, laborava como pedreiro e residia próximo da cidade de Yara¹², a polícia tinha então um suspeito.

Em razão dos testes em massa, da confirmação genética dos genitores, a polícia italiana montou um bloqueio em uma estrada, sob o argumento de que estariam realizando testes de bafômetro, ocasião em que abordaram Massimo Bossetti, que fez o teste e soprou o equipamento que media o índice de alcoolemia no sangue. Do equipamento, a polícia coletou a amostra de DNA do suspeito, que foi compatível com o material genético encontrado no corpo de Yara¹³.

De tal caso se extrai dois problemas que poderiam ser contestados na ótica da legislação brasileira, quais sejam: (a) a coleta em massa de dados genéticos; e (b) a coleta de prova com finalidade diversa daquela informada ao acusado, os quais serão analisados nos tópicos subsequentes.

3. COLETA DE DNA PARA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

De início, antes de tratar especificamente da legislação brasileira vigente, é importante compreender que as novas tecnologias devem ser integradas ao processo penal. No entanto, a adoção de recursos técnicos

¹² JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

¹³ JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

e científicos deve necessariamente ser compatibilizada com os direitos fundamentais do cidadão,¹⁴ como explica Vinicius Vasconcellos:

(...) nova legislação apresenta questões passíveis de pertinentes críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade, além de conter lacunas que podem ocasionar graves violações a direitos fundamentais. Assim, não se pode sustentar que o direito processual penal fique alheio às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado. O poder punitivo precisa ser constantemente limitado e criticado, sob pena de uma expansão sem limites da arbitrariedade e do autoritarismo.¹⁵

Em âmbito penal brasileiro, a coleta de material genético para subsidiar uma investigação criminal tem previsão legal em duas legislações, quais sejam: (i) Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e a (ii) Lei de Identificação Criminal (Lei 12.037/09).

Na Lei de Execução Penal (LEP) a matéria está disciplinada no art. 9º-A, que ganhou nova redação após a promulgação do Pacote Anticrime. A LEP prevê que o condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.

Ainda segundo a legislação, a amostra colhida se presta para o fim exclusivo de identificação do perfil genético, não estando autorizadas

¹⁴ Nesse sentido, tem-se que a adoção de recursos tecnológicos não podem ser incorporados no Processo Penal de forma acrítica, com a máxima de que recursos biométricos e genéticos são eficientes, imparciais e irrefutáveis. MILANEZI, Raissa de Cavassin. *Banco de Perfil Genético e Multibiométrico desde a perspectiva da proteção de dados pessoais e do Pacote Anticrime*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2024.

¹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 110, p. 329-366, Set-Out/2014.

as práticas de fenotipagem genética ou de busca familiar¹⁶. Entretanto, a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação de perfil genético constitui falta grave na execução da pena, o que acaba por interferir na progressão de regime e na aplicação de benefícios ao apenado, nos termos do estipulado no § 8º, do art. 9-A, da LEP¹⁷.

Nota-se que a referida alteração legislativa atribui caráter compulsório ao fornecimento de material genético, já que o não fornecimento do DNA resultará em uma punição ao preso. Em outras palavras, trata-se de uma ameaça ao apenado, que ao se recusar a fornecer dados genéticos de seu corpo perderá benefícios típicos do procedimento de execução da pena. Entende-se que este dispositivo é incompatível com a Constituição Federal, vez que afronta a garantia da não autoincriminação e ainda pode prolongar a saída do apenado do sistema prisional.

Tal entendimento está em consonância com a posição da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que em manifestação no Recurso Extraordinário nº 973.837/MG, argumentou que o art. 9-A, da LEP, viola a garantia constitucional contra a autoincriminação forçada. Segundo o ente, o dispositivo prolonga a saída do preso, que deve optar

¹⁶ O objetivo da fenotipagem é dizer como é a aparência do indivíduo, a exemplo, altura, características do crânio, olhos e do cabelo, idade, sexo e outras características individuais. CERQUEIRA, Caio Cesar. Viabilidade de predição de fenótipos humanos na prática da genética forense: aspectos técnicos e jurídicos. In: SCHIOCCHE, Thaise; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil: práticas periciais e impactos jurídico-sociais. V. I. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 31-51.

¹⁷ Acerca de tal alteração do art. 9º-A, § 8º, da LEP, advinda com o Pacote Anticrime, a doutrina diverge na temática. Para Cambi e Porto, por exemplo, a tipificação da falta grave é pertinente. CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Pacote Anticrime e Banco de Perfis Genéticos. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. *Pacote Anticrime: volume II*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 180. Em sentido oposto, para Ávila e Corazza, a alteração legislativa demonstra o caráter coercitivo da coleta de DNA, o que acaba por violar a Constituição Federal, o direito à privacidade e força o investigado a produzir provas contra si. ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antônio. Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019, artigo por artigo – incluindo a rejeição de vetos*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 98-120, p. 170.

pelo exercício do direito fundamental ou permitir que seu material genético seja recolhido¹⁸.

Em contraponto, para Cambi e Porto, a tipificação da falta grave é correta¹⁹. Aqueles que defendem pela manutenção do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e pela aplicação da falta grave como meio de punição pelo não fornecimento, o fazem com fundamento na segurança pública, defendendo a razoabilidade em punir aquele que se recusa a fornecer seu material genético²⁰.

Entretanto, o entendimento que homenageia a Constituição Federal e os Direitos Humanos é aquele que reconhece como inconstitucional a tipificação da falta grave elencada no artigo 9-A, da LEP, na medida em que (i) o apenado não é obrigado a fornecer provas contra si mesmo e o BNPG tem por objetivo a prospecção para investigações futuras. É evidente que o material corporal será utilizado como fonte de prova para outros procedimentos além daquele em que originalmente foi colhido – essa inclusive é a razão da existência do Banco, a de auxiliar investigações futuras.

A entrega de amostra biológica para confecção do perfil genético, ainda que por técnica indolor, é uma espécie de prova ativa produzida pelo investigado. Acerca da participação ativa do investigado no fornecimento de provas, o STF, no Habeas Corpus nº 83.096/RJ, reconheceu o direito de o investigado não fornecer amostra de sua voz para perícia que entende lhe ser desfavorável²¹. A Corte decidiu que o direito à não autoincriminação

¹⁸ Habilitação processual como *amicus curiae* e concessão de tutela provisória de urgência cautelar incidental da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 973.837/MG – Minas Gerais*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>. Acesso em: 20 abril 2024.

¹⁹ CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. Pacote Anticrime e Banco de Perfis Genéticos. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. *Pacote Anticrime*: volume II. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 180.

²⁰ Nesse sentido, para Nucci, a tipificação da falta grave pelo não fornecimento de material genético é razoável. NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime comentado*: Lei 13.964. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 97.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). Habeas Corpus nº 83.096/RJ – Rio de Janeiro. Habeas Corpus perícia de confronto de voz em gravação

permite que o investigado não forneça os próprios padrões vocais para perícia. Ora, sendo esse o entendimento para dado biométrico (voz), por coerência, deverá ser o mesmo para o genético, que revela informações evidentemente mais sensíveis em comparação com àquele.

Em contrapartida, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 407.627,²² de relatoria do Ministro Felix Fischer, entendeu que a coleta de material biológico para identificação do perfil genético não viola o princípio da presunção de inocência e a não autoincriminação, na ocasião em que a pessoa já foi condenada, o que, em outras palavras, é admitir a coleta compulsória do material genético, bastando o marco temporal do “trânsito em julgado”. Contudo, tal entendimento não observa que o objetivo do Banco Genético é justamente o de subsidiar investigações futuras, razão pela qual se entende como desacertado. É certo, entretanto, que a matéria ainda será decidida pelo STF no Recurso Extraordinário nº 973.837.

Desta forma, “a edição da norma que obriga o condenado a realizar extração de seu material genético apresenta-se como tema extremamente complexo e de intensa controvérsia doutrinária, uma vez que ofende o princípio da não autoincriminação”²³, violando a intimidade, privacidade e a autonomia de vontade do cidadão.

No que tange à Lei de Identificação Criminal, a coleta de DNA poderá ocorrer tanto para identificação civil daquele que não for civilmente identificado, quanto na hipótese em que a identificação criminal for essencial às investigações policiais, mediante despacho da autoridade

de escuta telefônica. Relatora: Min. Ellen Gracie, 12 dez. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em: 20 abril 2024.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 407.627. Habeas Corpus para coleta de DNA. Relator: Min. Felix Fischer. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%28+%28%28H-C+E+407627%29.NOME.%29..PART.%29%29+E+%2215503+82774760%22.COD.&thesaurus=&p=false&operador=E>. Acesso em: 20 abril 2024.

²³ DAGUER, Beatriz; SARTORIO; Anna Beatriz Ramos da Silva; SOARES, Rafael Junior. A extração compulsória do DNA prevista no art. 9-A da Lei de Execução Penal: uma análise dos avanços tecnológicos frente às garantias constitucionais do indivíduo. In: MARANHÃO, Douglas (Coord.). *Lei de Execução Penal*. Londrina: Editora Thoth, 2023, no prelo.

judiciária, que decidirá de ofício ou por representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa, consoante o contido no art. 3º, IV, da Lei 12.037/2009.

No entanto, ainda que a Lei de Identificação Criminal estabeleça a possibilidade de coleta de material genético para identificação do civilmente não identificado, se o material genético foi colhido com base em tal finalidade – a de identificar alguém - ele não poderá ser destinado para finalidade diferente daquela vinculada na determinação judicial – identificação da autoria delitiva - sob pena de violação ao princípio da vinculação finalística. Sobre o tema, Gleizer, Montenegro e Viana explicam que tal princípio, típico da proteção de dados, associa o tratamento do dado coletado com a finalidade inicial que condicionou aquele tratamento²⁴. Assim, entende-se pela aplicação deste princípio na temática aqui abordada. Exemplificando, se o material genético foi colhido com a finalidade A, ele não poderá ser utilizado para finalidade B, sob pena de ofensa ao direito fundamental à proteção de dados.

Segundo Queijo, a Lei de Identificação Criminal, por vezes, acaba mascarando um procedimento investigativo, já que permite que os dados coletados com fundamento nesta lei também sejam utilizados como elemento probatório²⁵. Diante disso, a situação descrita pode ocasionar vício no consentimento do titular do dado genético.

Outro ponto de destaque refere-se à proteção dos dados genéticos. A Constituição Federal, por intermédio da emenda nº 115/2022, tratou a proteção de dados entre o rol dos direitos fundamentais²⁶. Contudo, o Brasil não conta com uma legislação específica para proteção de dados

²⁴ GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 35.

²⁵ Na íntegra, dispõe a autora que: “ou seja, a finalidade não é a identificação criminal, como se sugere na Lei, mas a comprovação de autoria/participação em delito. A finalidade é inegavelmente probatória. Pretende-se, por meio da coleta desse material, realizar perícia.” QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio do nemo tenetur se detegere e a coleta do material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova? Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. São Paulo, 02 set. 2013. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5857/>. Acesso em: 30 abril 2024.

²⁶ BRASIL. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.

em âmbito penal, o que não é um impeditivo para o aumento expressivo da captura de dados genéticos. Prova disso é que, em maio/2019, antes da aprovação do Pacote Anticrime, havia 30.809 amostras genéticas no BNPG. Já em maio/2022, os dados saltaram para 153.111, representando um crescimento de 496,9%²⁷.

Em consulta via Lei de Acesso à informação, realizado por Milanezi,²⁸ o Ministério da Justiça e Segurança Pública, ao ser questionado sobre tentativas de acesso externo ao BNPG, respondeu que não é possível divulgar a informação por se tratar de tema sob sigilo. Portanto, a preocupação com a proteção dos dados genéticos é um dos fatores que precisa ser sopesado com a utilização do BNPG, que rapidamente capta mais dados, o que torna a discussão ainda mais intensa, haja vista que o material genético pode revelar informações do acusado e de seus familiares.

Ainda, tem-se que não é legítimo utilizar do simples argumento do combate à criminalidade para captura indiscriminada dos dados genéticos da população brasileira. Na justificação do Pacote Anticrime, por exemplo, a segurança pública foi a principal motivação para a coleta deste dado e para criação do Banco Multibiométrico²⁹. Sérgio Moro, quando do protocolo do Pacote, argumentou que a aprovação era necessária, eis que era preciso distinguir pessoas de bem de meliantes³⁰. Todavia, o

²⁷ Gráfico 1 - Crescimento do número total de perfis genéticos no BNPG. BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos: XVI Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos*. Brasília, maio/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg>. Acesso em: 03 out. 2022.

²⁸ MILANEZI, Raissa de Cavassin. *Banco de Perfil Genético e Multibiométrico desde a perspectiva da proteção de dados pessoais e do Pacote Anticrime*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2024.

²⁹ MILANEZI, Raissa de Cavassin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *A mesclagem de dados eleitorais em proveito do Banco Multibiométrico: Lei de Identificação Penal e Proteção de Dados pessoais*. In: FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; CASTRO, Matheus Felipe de. *Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*. XI Encontro Internacional do Conpedi Chile - Santiago. Florianópolis, 2022.

³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Mensagem nº 50. *Projeto de Lei nº 882/2019*. Senador Fernando Moro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL%20882/2019. Acesso em: 27 abril 2024.

discurso do combate à criminalidade de tudo aceita, sobretudo em um país que vive do populismo penal.³¹ Assim, é preciso ponderar sobre a legitimação do Estado para submeter os cidadãos à vigilância constante, com a “digitalização” de seus corpos. A vigilância constante, por si só, gera problemas³².

Portanto, em face do aumento exponencial do uso do material genético, bem como do histórico de falha do Estado na proteção de direitos fundamentais, não se pode negar que a desconfiança no tocante ao “(ab)uso acerca do material genético do identificado é questão relevante e que deve ser apreciada com cautela”³³, somado ao fato de que o Estado brasileiro, ao ser formalmente questionado sobre eventuais acessos externos aos dados do Banco de Perfil Genético, opta por não responder o questionamento, conforme mencionado acima, o que certamente não contribui para uma política de proteção de dados sensíveis.

4. A COLETA DE DNA E OS DIREITOS HUMANOS

O genoma humano foi protegido de forma universal pela Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos da UNESCO, em 1997, que logo em seu artigo primeiro anuncia que o genoma humano “subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade”³⁴.

³¹ PRATT, John. *Penal Populism*. London: Routledge, 2007, p. 5-30.

³² Segundo Wolter, “diante da bandeira do “combate” à criminalidade organizada, não são mais levantadas questões sobre a legitimação do Estado para submeter os cidadãos à vigilância sem qualquer ensejo para investigação. WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alaar Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 161.

³³ BORRI, Luiz Antonio; NORONHA, Gustavo Noronha de. Capítulo 5 – Lei de Execução Penal - 7.210/84. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 105.

³⁴ Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/decl-genomadh.pdf>. Acesso em: 03 out. 2022.

Além da proteção do genoma, o Estado moderno reconhece o direito de defesa, integridade física, privacidade, proteção de dados e os direitos de personalidade como direitos fundamentais. Na perspectiva constitucional e na Convenção Americana de Direitos Humanos, o direito de não produzir prova contra si mesmo também possui proteção jurídica, dispostos, respectivamente, no art. 5º, LXIII e art. 8º, seção 2, g.

Dito isso, a manutenção dos bancos de dados de perfis genéticos, tanto de investigados quanto de condenados, “está indissociavelmente conectado ao dever de confidencialidade sobre essas informações como corolário dos direitos fundamentais à intimidade genética e à proteção dos dados genéticos”³⁵.

O direito à não autoincriminação encontra-se expressamente previsto nos diplomas legais, produzindo importantes efeitos em julgados nacionais, que o tratam como direito subjetivo do investigado/acusado, conforme decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal (HC nº 79.812/SP³⁶; HC nº 93.916/PA³⁷; RHC 122.279³⁸; HC nº 99.289/RS³⁹)⁴⁰.

Por exemplo, no caso do bafômetro, a Corte Suprema reconheceu que o investigado não é obrigado a se submeter ao teste e a negativa não pode ser utilizada em seu prejuízo, vedando a polícia exercer qualquer tipo de pressão física ou mental para o fim de obter informação do suspeito ou de testemunhas, conforme Manual de Formação em Direitos

³⁵ SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes de. Da (in)constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 165, p. 159-185, Mar/2020.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 79812, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93916, Relator(a): Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 122279, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99289, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009.

⁴⁰ DAGUER, Beatriz; SARTORIO; Anna Beatriz Ramos da Silva; SOARES, Rafael Junior. A extração compulsória do DNA prevista no art. 9-A da Lei de Execução Penal: uma análise dos avanços tecnológicos frente às garantias constitucionais do indivíduo. In: MARANHÃO, Douglas (Coord.). *Lei de Execução Penal*. Londrina: Editora Thoth, 2023, no prelo.

Humanos para Forças Policiais da ONU – o que se discutiu nos últimos anos foi se a multa dada ao motorista que recusa fazer o teste do bafômetro é válida, tendo a Corte Suprema decidido, neste ponto, não haveria inconstitucionalidade⁴¹.

De tais enunciados e do precedente do bafômetro se observa, em um primeiro momento, que o sujeito que responde a uma investigação criminal não está obrigado a produzir provas contra si mesmo ou a colaborar com o processo, de igual forma. O acusado não é e não pode ser obrigado a fornecer seu material genético. Nesse sentido, tem-se que “o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita etc.) etc”⁴².

Como não há qualquer consequência quanto ao silêncio do réu no interrogatório, “deve ser a mesmo quando a pessoa se nega a fornecer material para exames periciais, como exame de sangue, ou exame de DNA, pois, em sendo um corolário constitucional a presunção de inocência, passa-se a obrigação de provar o alegado à acusação”⁴³.

A doutrina, a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e do direito à não autoincriminação, aduz que existiria óbice quanto à execução coercitiva das intervenções corporais, exceto se o material já estiver desintegrado do corpo humano, visto que naquela hipótese haveria violência física ou moral contra o acusado⁴⁴. Ainda na mesma perspectiva, caso o sujeito se recuse em fornecer material

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1224374. Não viola a Constituição a previsão legal de imposição das sanções administrativas ao condutor de veículo automotor que se recuse à realização dos testes, exames clínicos ou perícias voltados a aferir a influência de álcool ou outra substância psicoativa (art. 165-A e art. 277, §§ 2º e 3º, todos do Código de Trânsito Brasileiro, na redação dada pela Lei 13.281/2016). Relator: Min. Luiz Fux, 19 de maio de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5742361>. Acesso em: 03 out. 2022.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 42.

⁴³ MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Leticia Pereira; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 161, p. 75-99, Nov/2019.

⁴⁴ CARVALHO, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, nemo tenetur se detegere e inovações tecnológicas: é o fim do direito de

genético, isso não pode ser utilizado em seu prejuízo para fundamentar eventual decreto condenatório ou para justificar a tipificação no crime de desobediência⁴⁵, sob pena de violar o art. 5º, LVI, da Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.

Além disso, em um caso ocorrido no Brasil, em que o deputado estadual Carli Filho foi acusado de homicídio ocorrido no trânsito, reconheceu-se que a extração de sangue do sujeito que se encontra hospitalizado, ou seja, inconsciente, para verificar o índice de alcoolemia é ilícita⁴⁶.

Assim como no caso paradigma, a pessoa que tem seu material biométrico ou genético retirado para subsidiar uma investigação criminal, deve ser informada e consentir com a prática do ato, entendendo-se que consciente se refere à capacidade de consentir/permitir que algo seja feito. No tocante à extração de material biométrico, deverá ocorrer por método indolor, conforme já entendido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Van der Velden Contra Holanda, sob pena de ofensa à integridade física⁴⁷.

Ao ponderar o fato de que no caso Yara a polícia mentiu que estava realizando uma espécie de blitz para prender pessoas que dirigiam embriagadas e então coletar o dado genético do suspeito por meio da saliva, tal prática investigativa, caso fosse adotada no Brasil, violaria o direito de não produzir provas contra si mesmo e ofenderia a integridade física, à intimidade e o dever de informação que o Estado tem para aquele que está na posição de investigado.

não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 42.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 342512. Habeas Corpus. Sucedâneo Recursal. Inadmissibilidade. Homicídio ocorrido no trânsito. Ilegalidade do teste de alcoolemia realizado no réu inconsciente. Exclusão da denúncia de referência a tal prova, considerada ilícita. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 15 de março de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=CARLI+FILHO&b=ACOR&p=true&tp=T>. Acesso em: 04 out. 2022.

⁴⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Van der Velden v. The Netherlands. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-78858%22%5D%7D>}. Acesso em: 29 abr. 2024.

Além disso, a prática violaria o direito fundamental à proteção de dados, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2022. Tal direito dá primazia ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação informacional, sendo direito do cidadão, sendo ele investigado, acusado ou apenado, o de saber de que forma o Estado está fazendo uso de seus dados,⁴⁸ o que, segundo o entendimento dos autores, inclui o dado genético.

Os direitos fundamentais, conforme exposto por Greco, são dirigidos, primeiramente, contra o Estado, que tem um dever de abstenção⁴⁹. Assim, não pode o Estado, ainda que sob o pretexto de garantir a segurança pública, investigar alguém mediante fraude ou de forma desproporcional, inexistindo “investigação de verdade ao preço da violação de direitos fundamentais intocáveis (...) o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos permanece a condição inarredável de um processo penal eficiente e justo”⁵⁰.

O direito à não autoincriminação poderá ser relativizado desde que o investigado tenha ciência que sua postura colaborativa resulta em potencial prejuízo processual à sua esfera de liberdade. Não há como se admitir posturas veladas ou fraudulentas por parte do Estado, que deve

⁴⁸ GRECO, Luiz. O inviolável e o intocável no Direito Processual Penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alair Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21-82. p. 44.

⁴⁹ GRECO, Luiz. O inviolável e o intocável no Direito Processual Penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alair Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 21-82. p. 22-32.

⁵⁰ WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alair Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 95.

orientar a persecução penal nos limites constitucionais, legais e éticos, sob pena de inutilização da prova que escape aos referidos parâmetros. Afinal de contas, o Estado tem o dever de abstenção e deve se abster da produção de provas ilícitas.

Entretanto, não se olvida que é admitida a extração de dados genéticos por intermédio de restos orgânicos, conforme já decidido no Supremo Tribunal Espanhol:

(...) O Supremo Tribunal espanhol considerou que os restos orgânicos livremente expulsos pelo arguido podem ser tomadas pelas autoridades policiais sem necessidade de autorização judicial por se tratar de simples medidas de controle realizadas por acaso face a um acontecimento totalmente inesperado e sem intervenção corporal. Além disso, por meio dessas medidas, nenhuma coerção é exercida e os resultados são aleatórios.⁵¹

Entendimento similar também foi adotado pelo STJ, destacando-se dois julgados, em que se entendeu pela possibilidade de coletar material biológico de escovas de dentes, talheres, copos, barbeadores e roupas íntimas, por exemplo⁵². O entendimento, seja do Superior Tribunal de Justiça brasileiro ou do Supremo Tribunal espanhol, parece coerente, mas entende-se prudente condicionar a coleta do material genético de itens descartados à autorização judicial. Admitir o contrário, seria permitir um

⁵¹ JIMINIÁN, Miguel Ernesto Valerio. *Registros de ADN y prevención del delito*. Barcelona, ES: Atelier, Libros Jurídicos, 2019. p. 104.

⁵² Em que pese o entendimento aqui adotado não seja o do STJ, em outros julgados. O STJ entendeu que o DNA pode ser obtido em objetos descartados. Por exemplo, em cigarros, copos de plástico etc. Em relação à coleta de materiais utilizados ou eliminados pelo acusado, o STJ já se manifestou: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 Turma). Recurso em Habeas Corpus 104.516/RN – Rio Grande do Norte. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 07 fev. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201802746247. Acesso em: 19 jan. 2024. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6 Turma). Habeas Corpus n. 495.694/SP – São Paulo. Relatora: Min. Laurita Vaz, 07 mar. 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900585350. Acesso em: 19 jan. 2023.

verdadeiro devassamento na vida das pessoas, em que qualquer autoridade policial poderia, por exemplo, revirar o lixo de uma pessoa ou até mesmo, coletar a saliva de um etilômetro.

A submissão de uma perícia genética ao escrutínio judicial pode evitar o abuso no uso indevido do recurso tecnológico, já que ainda que a coleta de material genético descartado em uma bituca de cigarro, por exemplo, provoque uma intervenção no corpo do sujeito de forma mínima, ainda assim não deixa de ser uma intervenção estatal⁵³.

Conforme apontado acima, no caso Yara a polícia coletou o material do suspeito por ter-lhe informado que ele apenas participaria de um teste de bafômetro, anulando, assim, a capacidade de consentir do sujeito investigado, induzindo-o ao erro. Não há como se admitir a superação do direito de não produzir prova contra si na hipótese de a decisão tomada pelo investigado não ter sido objeto de reflexão e compreensão quanto à utilidade da prova produzida e suas consequências legais. Em sentido semelhante, “evidenciado que o investigado ou o acusado contribuiu para sua autoincriminação, induzido em erro pelo agente estatal incumbido da investigação, a consequência será a nulidade da prova”⁵⁴.

Ora, o Estado tem por dever o de fazer a devida cientificação do investigado sobre seus direitos, tal qual como apregoa o Aviso de Miranda, homenageando o direito ao silêncio, à ampla defesa e o contraditório, à presunção de inocência e, sobretudo, o direito de não autoincriminação. A obrigação do Estado de informar os direitos ao preso, até mesmo o de permanecer calado, estabelece especial âmbito de proteção, obrigando que a persecução penal tenha limites a serem respeitados, o que não se constata a partir da obtenção de DNA por meio de engodo ou fraude dos agentes estatais.

⁵³ Para Louzada, a coleta de material genético colhida em uma bituca de cigarro não implica em uma violação ao corpo da pessoa. LOUZADA, Luiza. *Bancos de Perfis Genéticos para fins de investigação criminal: reflexões sobre a regulamentação no Brasil*. 2015. 116f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais e Jurídicas). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Rio de Janeiro, 2015.

⁵⁴ BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A extração não compulsória de DNA para fins criminais e o direito ao silêncio. *Boletim do IBCCRIM*, nº. 272, julho de 2015, p. 3-5.

Em relação ao outro problema apontado no início do presente artigo, qual seja, se a legislação brasileira permite a coleta em massa de dados genéticos, tal qual como aconteceu no caso Yara, entende-se que não, isso porque, para o início das coletas de provas pessoais, exige-se requisitos mínimos de autoria e materialidade, sem olvidar que o investigado tem a discricionariedade de fornecer ou não seu material genético, não sendo obrigado a adotar postura proativa em favor da persecução penal.

Sem se ignorar que se está diante de um dispositivo de duvidosa constitucionalidade, na hipótese de determinação para coleta de material genético em desfavor de eventual investigado, isso deverá ocorrer por meio de despacho da autoridade judiciária competente, nos termos do art. 3º, IV, da Lei de Identificação Criminal, que precisará individualizar a ordem, face a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

A individualização para coleta de provas já foi alvo de análise por parte do Superior Tribunal de Justiça, que considerou ilegal a decisão judicial que autoriza busca e apreensão coletiva em residências, nos termos do habeas corpus 435.934.⁵⁵ Um dos argumentos utilizados na referida decisão foi no sentido de que a casa é asilo inviolável, não se admitindo ordem judicial genérica e indiscriminada de busca e apreensão para verificação da polícia em qualquer residência.

De igual sorte, tal raciocínio deve ser aplicado para garantir a proteção ao patrimônio genético e à vida, sendo a última protegida por vários tratados internacionais, em especial destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na eventualidade de uma busca geral de coleta de dados biométricos ser realizada, tal prova será considerada ilícita e, portanto,

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 435.937. Apuração de crimes praticados em comunidades de favelas. Busca e Apreensão em residências. Declaração de nulidade da decisão que decreto a medida de busca e apreensão coletiva, genérica e indiscriminada contra os cidadãos e cidadãs domiciliados nas comunidades atingidas pelo ato coator. Relator: Min. Sebastião Reis Junior, 20 de novembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800269307&dt_publicacao=20/11/2019. Acesso em: 04 out. 2022.

inadmitida no processo penal, em face da necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Em outras palavras, a postura adotada pela polícia italiana aproxima-se muito da pesca probatória, tendo em vista que se realiza verdadeira investigação indiscriminada. Segundo a doutrina, “uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que ‘lança’ suas redes com a esperança de ‘pescar’ qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação”⁵⁶.

Portanto, somente se admite a obtenção de DNA de pessoa concreta e individualizada, a partir de uma justa causa que autorize a intervenção judicial. Não é possível que a polícia, ainda mais de forma dissimulada, faça investigação de todos, sob pena de ofensa às regras basilares do Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

O trabalho levou em consideração o noticiado pela mídia internacional e nacional em relação ao caso Yara Gambirasio. Optou-se pela escolha do caso dada sua excepcionalidade consistente na captura em massa de dados genéticos da população italiana para desvendar a autoria do homicídio da referida adolescente.

O objetivo da pesquisa foi traçar um paralelo com o caso italiano para responder se (i) a legislação brasileira permite a coleta em massa de DNA para elucidação de uma investigação criminal? E se (ii) a legislação brasileira autoriza a coleta de prova genética com finalidade diversa da informada ao investigado?

Abordou-se ao longo do artigo as hipóteses em que a legislação brasileira admite a coleta de material genético em proveito de uma investigação criminal, bem como a discussão travada no Supremo Tribunal Federal em relação à inconstitucionalidade da coleta de material genético em proveito da persecução criminal. Apesar do tema não estar pacificado, a

⁵⁶ MELO E SILVA, Philippe Benoni. Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos da investigação. *Jota*. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>. Acesso em: 25 abr. 2022.

legislação brasileira inadmita a coleta de provas anunciadas no problema de pesquisa, porque tal prática ofende liberdades fundamentais conquistadas ao longo da secularização, em especial o direito à não autoincriminação.

Além disso, no tocante ao recolhimento de prova genética com finalidade diversa da informada ao investigado, tal qual como ocorreu no caso Yara Gambirasio, a legislação brasileira não permite a coleta de prova obtida mediante fraude, na medida em que o investigado tem o direito de não produzir provas contra si mesmo, máxima de caráter constitucional que deve prevalecer no curso das persecuções penais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antônio. Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019, artigo por artigo – incluindo a rejeição de vetos*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

BORGES, Clara Maria Roman; NASCIMENTO, Deise dos Santos. A utilização de bancos de perfis genéticos para fins criminais: antigos e novos dilemas no cenário da necropolítica brasileira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 66, n. 2, p. 155-183, maio/ago. 2021. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v66i2.74454>

BORRI, Luiz Antonio; NORONHA, Gustavo Noronha de. Capítulo 5 – Lei de Execução Penal - 7.210/84. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A extração não compulsória de DNA para fins criminais e o direito ao silêncio. *Boletim do IBCCRIM*, nº. 272, julho de 2015.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. Pacote Anticrime e Banco de Perfis Genéticos. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda. *Pacote Anticrime: volume II*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021.

CARVALHO, Maria Paes Barreto de Araujo. Intervenções corporais coercitivas, nemo tenetur se detegere e inovações tecnológicas: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 188. ano 30. p. 291-336. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022.

CERQUEIRA, Caio Cesar. Viabilidade de predição de fenótipos humanos na prática da genética forense: aspectos técnicos e jurídicos. In: SCHIOCCHET,

Thaise; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil: práticas periciais e impactos jurídico-sociais. V. I. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 31-51.

DAGUER, Beatriz; SARTORIO; Anna Beatriz Ramos da Silva; SOARES, Rafael Junior. A extração compulsória do DNA prevista no art. 9-A da Lei de Execução Penal: uma análise dos avanços tecnológicos frente às garantias constitucionais do indivíduo. In: MARANHÃO, Douglas (Coord.). *Lei de Execução Penal*. Londrina: Editora Thoth, 2023, no prelo.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

GRECO, Luiz. O inviolável e o intocável no Direito Processual Penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência). In: WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alaor Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos. *Revista Perícia Federal*, Ano IX, n. 26, p. 17-20, jun./2007-ago./2008.

JIMINIÁN, Miguel Ernesto Valerio. *Registros de ADN y prevención del delito*. Barcelona, ES: Atelier, Libros Jurídicos, 2019. p. 104.

JONES, Tobias. The murder that has obsessed Italy. *The Guardian*. Europa, 8, janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/jan/08/-sp-the-murder-that-has-obsessed-italy>. Acesso em 03 out. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

MARGRAF, Alencar Frederico; CASTRO, Leticia Pereira; OLIVEIRA, Marcelo Geraldo. Banco de dados genético e o princípio nemo tenetur se detegere. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 161/2019, p. 75-99, Nov/2019.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos da investigação. *Jota*. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017>. Acesso em: 25 abr. 2022.

MILANEZI, Raissa de Cavassin. *Banco de Perfil Genético e Multibiométrico desde a perspectiva da proteção de dados pessoais e do Pacote Anticrime*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime comentado: Lei 13.964*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEIXOTO JR., Hélio; MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Lei anticrime e o banco de dados genéticos: a expansão da vigilância e a falta grave na execução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Vol. 6, n; 1, jun.2021, p. 257-258.

PRATT, John. *Penal Populism*. London: Routledge, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio do nemo tenetur se detegere e a coleta do material genético: identificação criminal ou colaboração na produção de prova? Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. São Paulo, 02 set. 2013. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/5857/>. Acesso em: 30 abr. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHIOCCHET, Taysa. A regulamentação da base de dados genéticos para fins de persecução criminal no Brasil: reflexões acerca do uso forense do DNA. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, p. 518-529, set./dez. 2013. <https://doi.org/10.14210/nej.v18n3.p518-529>

SOUZA, Rosane Feitosa de; SOUZA, Hudson Fernandes de. Da (in) constitucionalidade do banco de dados com perfil genético de condenados no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 165, p. 159-185, Mar/2020.

STAITI, Nicola; GENTILE, Fabiano; PILLI, Elena; LAGO, Giampietro. The Yara Gambirasio case: Collection strategy and mass screening used to find the perpetrator DNA in a difficult scenario. Disponível em: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1875176819300915>. Acesso em 03 out. 2022.

SUX BERGER, Antonio H. G.; FURTAD O, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Novas tecnologias e antigos clamores punitivos na justiça criminal: considerações em busca de critérios para a utilização

de exames genéticos no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 110, p. 329-366, Set-Out/2014.

WOLTER, Jünger. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Trad. Alaor Leite, Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Authorship information

Cinthia Obladen de Almendra Freitas. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. Doutora em Informática Aplicada. Membro da Comissão de Direito Digital e Proteção de Dados da OAB/PR. Membro da Diretoria do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD). cinthia.freitas@pucpr.br

Rafael Junior Soares. Doutor em Direito no PPGD da PUCPR. Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Professor de Direito Penal na PUC/PR, Campus Londrina. rafael@advocaciabittar.adv.br

Raissa de Cavassin Milanezi. Mestre em Direito no PPGD da PUCPR. Pós-graduada em Ciências Criminais e em Direito, Tecnologia e Inovação com ênfase em Lei Geral de Proteção de Dados. Professora de Direito Processual Penal na UNIFATEC. Advogada. raissadcm@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Os autores agradecem ao PROCAD-SPCF (Segurança Pública e Ciências Forenses) da CAPES.

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Cinthia Obladen de Almendra Freitas:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Rafael Junior Soares:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Raissa de Cavassin Milanezi:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates (<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 11/04/2023
 - Desk review and plagiarism check: 20/04/2023
 - Transfer to V10N1: 30/06/2023
 - Review 1: 02/12/2023
 - Review 2: 06/01/2024
 - Preliminary editorial decision: 11/02/2024
 - Editorial process suspended by author's request: 12/02/2024
 - Correction round return 1: 30/04/2024
 - Preliminary editorial decision: 02/06/2024
 - Correction round return 2: 04/06/2024
 - Final editorial decision: 05/06/2024
- Editorial team**
 - Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Assistant-editor: 1 (LEC)
 - Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

FREITAS, Cinthia O. A.; SOARES, Rafael Junior; MILANEZI, Raissa C. O caso Yara Gambirasio e a (im)possibilidade da coleta de material genético em massa da população brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 2, e847, mai./ago. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.847>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.