

A importância da decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário n. 973837-MG como norte indicativo político-criminal para além do uso de material genético com o objetivo de manter banco de dados estatal

The importance of The Supreme Federal Court's decision in extraordinary appeal no. 973837-MG as indicative political-criminal guidance beyond the use of genetic material for the purpose of maintaining a state database

Pedro Guilherme Borato¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente estudo detém como objetivo específico a ponderação acerca da importância da futura decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 973837-MG como marco que fundamentará a política criminal brasileira acerca, e para além, da criação de bancos de dados de material genético quando envolver situações delituosas. O tema é atual, complexo, controverso e demanda reflexões científicas. A decisão que se aguarda definirá traços importantes que orientarão a política criminal nacional no tratamento de novas possibilidades tecnológicas e sua utilização em questões criminais. O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida ataca a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei n. 7.210/84, introduzido pela Lei n. 12.654/12 que estabelece a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. Questiona-se a violação a direitos da personalidade e do princípio *nemo tenetur se detegere*, que se refere à garantia de não produção de provas contra si mesmo (art. 1º, III e art. 5º, X, LIV e LXIII da Constituição Federal). Orbitam ao redor da temática uma série de elementos contrapostos, como a manutenção de uma estrutura garantista e de maior tutela do valor da dignidade humana e a necessidade contemporânea de absorção por parte do Sistema Jurídico-Penal das novas tecnologias que ampliam a eficiência tanto processual penal quanto da própria estrutura

¹ Doutorando em Direito Penal pela Universidad de Salamanca (USal-ES). Professor de Direito Penal da Universidade Anhembi Morumbi (UAM-BR). Orientador vinculado aos Programas de Pós-Graduação Internacional em Direito Penal Econômico e *Criminal Compliance* do IBCCrim em parceria com a Universidade de Coimbra (BR-PT). Pesquisador do SindPFA (BR). Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP-BR).

dogmática jurídico-penal. Para atingir o objetivo eleito utilizar-se-á de uma combinação metodológica de elementos tópicos e sistemáticos, de orientação indutiva na análise do *hard-case* e dedutivo-bibliográfico na parcela reflexiva acerca dos resultados possíveis a depender da posição adotada pela Suprema Corte no tempo vindouro.

Palavras-chave: direito penal; novas técnicas; direitos da personalidade.

Abstract: The present study has as its specific objective the consideration of the importance of the future decision of the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal No. 973837-MG as a landmark that will ground the Brazilian criminal policy on, and beyond, the creation of databases of genetic material when it involves criminal situations. The theme is current, complex, controversial and demands scientific reflection. The expected decision will define important features that will guide the national criminal policy in dealing with new technological possibilities and their use in criminal matters. The Extraordinary Appeal with recognized General Repercussion attacks the constitutionality of art. 9-A of Law 7.210/84, introduced by Law 12.654/12, which establishes the identification and storage of genetic profiles of people convicted of violent or heinous crimes. The violation of personality rights and of the principle *nemo tenetur se detegere* is questioned, which refers to the guarantee of not producing evidence against oneself (art. 1, III and art. 5, X, LIV and LXIII of the Federal Constitution). A series of opposing elements orbit around the theme, such as the maintenance of a guarantee structure and greater protection of the value of human dignity and the contemporary need for the Legal-Criminal System to absorb the new technologies that increase the efficiency of criminal procedure as well as of the legal-penal dogmatic structure itself. In order to reach the chosen objective, a methodological combination of topical and systematic elements will be used, of inductive orientation in the hard-case analysis and deductive-bibliographical in the reflective part about the possible results depending on the position adopted by the Supreme Court in the time to come.

Keywords: criminal law; new techniques, personality rights.

1. Introdução

A Lei n. 12.654/12 introduziu o art. 9º-A na Lei de Execução Penal e, posteriormente, a Lei n. 13.964/2019 realizou algumas adições ao elemento. O dispositivo normativo detém, atualmente, a seguinte redação:

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

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 1º-A. A regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

§ 3º Deve ser viabilizado ao titular de dados genéticos o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa.

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no **caput** deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.¹

A norma em análise foi alvo de questionamento acerca de sua constitucionalidade. Dessa maneira, em 2016 no RE n. 973837-MG o relator, Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a existência de Repercussão Geral na matéria tendo, após, decisão unânime do plenário no mesmo sentido já que seria evidente a relevância jurídica e social dessa questão constitucional. Segue ementa do acórdão:

Repercussão geral. Recurso Extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da

¹ BRASIL. Lei de execução penal. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 24/02/2021.

personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.

(RE 973837 RG, Relator (a): Min Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

(STF – RG RE: 973837 MG – Minas Gerais, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 23/06/2016, Tribunal Pleno – meio eletrônico, Data de Publicação: DJe-2017 11-10-2016)

A importância da decisão da Suprema Corte brasileira no *case* em análise é inegável. Além da evidente temática constitucional que já escancara, orbitam ao redor do objeto uma série de questões complexas e controversas que se inserem no debate jurídico-criminal contemporâneo. O avanço tecnológico que se presencia na contemporaneidade irrita o sistema jurídico de diversas maneiras e, em seu quinhão criminal, essa irritação adquire proporções ainda maiores.

O presente estudo apresenta, portanto, como objetivo específico uma reflexão sobre a importância do futuro veredito do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 973837-MG como marco que fundamentará a política criminal brasileira acerca, e para além, da criação de bancos de dados de material genético quando envolver situações delituosas. Para atingir o objetivo se adota uma opção metodológica que combina elementos sistemáticos e tópicos, de caráter indutivo na análise do *hard-case* e dedutivo-bibliográfico em sua porção analítica e reflexiva acerca dos resultados possíveis a depender da posição adotada pela Suprema Corte brasileira no julgamento.

2. O uso de novas tecnologias e a política criminal

Nunca na história humana se presenciou um avanço técnico e científico da magnitude que vislumbramos no momento presente. As novas possibilidades que esse avanço proporciona promovem uma série de alterações nas mais diversas áreas do conhecimento e trazem uma série de desafios que se necessita refletir e, estrategicamente, aproveitar. Quando se reflete sobre as possibilidades que a contemporânea técnica oferece para o campo do direito penal é natural que surja uma variedade de questionamentos já que é no campo do direito penal onde se debate uma infinidade de tópicos que se relacionam com elementos fundamentais da vida em sociedade como vida, liberdade, patrimônio, economia etc.

Como apresenta Silva Sánchez, a sociedade contemporânea é caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história. O extraordinário desenvolvimento da técnica tem repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também as detém a dinâmica dos fenômenos econômicos. Mas não se pode olvidar de suas consequências negativas. Interessa ressaltar a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural, já que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos. Riscos mais ou menos diretos para os cidadãos que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na energia nuclear, na informática etc. O progresso técnico cede espaço no âmbito da delinquência dolosa tradicional, cometida com dolo direto e em primeiro grau, a adoção de novas técnicas como instrumento lhe permite produzir resultados especialmente lesivos, de modo a fazer surgir modalidades delitivas dolosas de novas nuances que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia (SILVA SÁNCHEZ, 2011. p. 35-36).

A realidade atual demanda uma gestão da utilização da tecnologia de modo racional e que compreenda que as novas possibilidades podem tanto ser utilizadas no cometimento de delitos quanto na sua prevenção. Em ambas, existe a geração do risco. Segundo Amaral, a ciência e a tecnologia são, atualmente, a causa dos principais problemas da sociedade industrial. Isso se deve à concepção das instituições da sociedade contemporânea de uma maneira a não realizar uma gestão eficiente na criação e distribuição de seus fatores negativos, ou seja, dos riscos relacionados à produção industrial. Tais riscos criados pela Ciência e pela tecnologia surgem como um paradoxo, pois é exatamente o progresso da Ciência que vicia o papel dos especialistas. Os riscos industriais agora são divididos entre os que são visíveis e quantificáveis e os que são invisíveis e difusos. A invisibilidade de certos riscos não justifica mais o adiamento em sua gestão, conferindo a necessidade de se promover ações e decisões acerca deles. O dano que pode ser causado por esses riscos detém consequências crescentes, com efeitos também difusos e que aceleram o processo de antecipação na intervenção. Tal contexto faz com que decisões sejam tomadas em todo e qualquer plano, inclusive decisões que dialogam com a questão criminal, a partir de políticas públicas com baixo teor de justificação empírica e teórica. Surge um direito penal que se orienta, também, para a administração de riscos (AMARAL, 2007. p. 71-72).

Nesse contexto, o direito penal se vê desafiado por uma série de itens que convocam atenção sob variados prismas. Decisões precisam ser tomadas já que o processo de aceleração que paira sobre a contemporaneidade exige respostas imediatas para a solução de problemas jurídico-criminais. O avanço da técnica oferece uma variabilidade de soluções que tensionam concepções clássicas da estrutura normativa. Um exemplo claro disso são os desafios que se apresentam à própria organização da Teoria do Delito onde elementos como a Culpabilidade Jurídico-criminal passa por um intenso debate na tentativa de adequar suas bases para as novas possibilidades delitivas no campo do direito penal econômico.

Quando refletimos sobre os progressos no campo da genética em parceria com as novas dinâmicas da tecnologia da informação, elemento alvo do presente estudo, vislumbramos questões que interferem em uma série de tópicos jurídicos tanto no plano do direito penal quanto no do direito processual penal. A possibilidade de catalogação genética de indivíduos que cometem delitos e o armazenamento dessas informações trazem ao debate reflexões como a garantia de não produção de provas contra si próprio, a estigmatização, a capacidade de gestão segura por parte do Estado dessas informações, a limitação da intervenção do Estado nas decisões que os indivíduos fazem acerca de seus dados e, conseqüentemente, sobre os direitos da personalidade, entre tantas outras possibilidades de ponderação.

Essas decisões estão alocadas no plano da política criminal. Figueiredo Dias define política criminal como “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas”(DIAS, 1999. p. 24). É no âmbito da política criminal que se define a estratégia estatal para a prevenção dos delitos. Ou seja, quando se reflete sobre a absorção por parte do Estado dessas novidades técnicas, as decisões a serem tomadas estão intrinsecamente conectadas a esses princípios sistematicamente organizados, com base na Ciência, para que se organize a inclusão e a utilização racional dessas possibilidades. A questão mais problemática se encontra no choque que se faz dos princípios com as técnicas inovadoras.

Quando se reflete acerca dos princípios que regem a política criminal rapidamente conectamos vários deles com os próprios princípios do direito penal e do direito processual penal. Isso ocorre por causa óbvias, se a dogmática jurídico-penal é o meio normativo pelo qual se materializa a política criminal eleita, os princípios que regem os dois âmbitos devem ser coincidentes, já que para se promover uma política pública na área criminal o Princípio da

Legalidade exige que isso se dê a partir de normas que viabilizem a comunicação da política pública com a sociedade na qual ela visa interferir.

Se existe a tentativa de se absorver novas tecnologias e, conseqüentemente, suas possibilidades e resultados, no objetivo de prevenção de delitos, a reflexão deontológica que emerge da adoção dessa política criminal e sua relação com os mandamentos que regem o Sistema Jurídico-Criminal é inevitável. Com foco no objetivo do estudo que se apresenta, a possibilidade de catalogação genética de indivíduos condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra pessoa praticados na modalidade dolosa é uma política criminal inovadora para o sistema e que acarreta essa reflexão acerca da compatibilidade entre a política pública e os mandamentos supracitados.

Desde já é importante deixar claro qual é o objetivo que tal política criminal busca atingir: facilitar a identificação futura na autoria de delitos dessa natureza a partir de um banco de dados que já deteria o perfil genético de agentes previamente condenados por crimes dessa espécie. Ou seja, é uma política pública com a orientação de aumentar o nível de eficiência na identificação da autoria.

Sobre esse objetivo, Aury Lopes Júnior (2020, p.698), por exemplo, infere que o material genético coletado irá para o banco de dados visando ser utilizado como prova em relação a fatos futuros. Quanto à natureza do crime objeto da condenação, aparentemente o legislador parte de uma absurda presunção de periculosidade de todos os agentes de determinados tipos penais abstratos. Dessa maneira, ter-se-ia inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. O legislador fez a opção por (re)estigmatizar os crimes hediondos e o agora chamado “crime doloso cometido com violência de natureza grave contra pessoa”. Nesse contexto, haveria a necessidade de uma maior definição do que seria “violência grave contra pessoa”, sendo isso, no mínimo, crimes dolosos que tenham como resultado lesões graves, gravíssimas ou morte da vítima. Portanto, violência real contra pessoa, com resultado grave, logo, lesão grave, gravíssima ou morte. Questiona-se, assim, o limite desta intervenção. Ainda que a norma remeta apenas a condenados, considerando a gravidade da restrição de direitos fundamentais, é imprescindível a existência de sentença condenatória com trânsito em julgado. Não surge como proporcional, e tampouco compatível com a presunção de inocência, impor-se tal medida em caso de sentença recorrível.

Como se infere do posicionamento acima exposto, rapidamente se identifica uma série de questionamentos na eleição dessa política criminal voltada ao armazenamento de

informações genéticas. Nota-se, principalmente, dúvidas quanto a delimitação real dos criminosos a serem incluídos no mapeamento genético e se a tal “absurda presunção de periculosidade” não estaria em desconformidade a um direito penal do fato, que é o modelo eleito por nossa estrutura sistemática. Outro elemento apresentado é o aparente descompasso com o Princípio da Presunção de Inocência, de modo que se ainda fosse possível algum recurso e a condenação não tivesse trânsito em julgado não haveria a possibilidade de se realizar o recolhimento do material genético para inclusão no banco de dados.

Como se observa, a adoção de tal política criminal se encontra no núcleo do debate apresentado acerca das tensões que acontecem quando as novas técnicas são contrapostas às estruturas clássicas de nosso Sistema Jurídico-Criminal. Isso é um fato quando se reconhece a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário que visa atacar a constitucionalidade na utilização dessa política pública. O que há de se refletir é se com essas inovadoras possibilidades há de se promover uma nova visão sobre essas estruturas, atualizando-as para a realidade contemporânea ou realizar a manutenção dessa concepção e descartar a política criminal, pelo menos no modelo que se observa na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984) a partir das alterações promovidas pela Lei n. 12.654/12 e, também, pela Lei n. 13.964/2019.

3. O uso de material genético com o objetivo de manter banco de dados estatal para questões criminais e a importância da futura decisão do Supremo Tribunal Federal para a política criminal relacionada com as novas tecnologias

O *case* em análise reúne ao redor de si uma série de questões determinantes para o Sistema Jurídico-Criminal e as possibilidades que a contemporaneidade oferece. É inegável que vivemos o ápice do que podemos chamar de Era da Informação. Em tempos pretéritos a dificuldade que se encontrava era de acesso à informação, a comunicação era limitada o que ocasionava um menor trânsito informacional. Com o advento da Internet banda larga já no início do Novo Milênio (anos 2000) e o avanço do processo de Globalização, a gestão da informação sofreu sérias mudanças que detém seu lado positivo e seu lado negativo. O acesso se tornou muito mais fácil, hoje qualquer cidadão com acesso à internet navega pelos museus ao redor do mundo sem sair de sua casa, acompanha em tempo real acontecimentos ao redor do

planeta e possui à disposição uma série de recursos informacionais ampliando seus horizontes. Entretanto, esse acesso facilitado à informação trouxe também uma série de novos desafios como, por exemplo, a circulação facilitada de informações falsas, as famosas *fake news*.

A gestão das informações se tornou pauta de discussão e a questão jurídica também foi convocada a inserir tal situação em suas reflexões. Jochen Schneider, sobre a temática, aponta que:

A automatização crescente postula a “sociedade de informação” ou a mencionada “informatização da sociedade”. A informação torna-se, por isso, não só um sector da economia, mas também tanto um potencial de perigos como um bem jurídico. No domínio da protecção de dados individuais, por exemplo, ao direito do indivíduo ao respeito dos seus direitos da personalidade ou do seu direito de “autonomia informacional” opõe-se o direito do lugar do processamento de dados, no âmbito da liberdade de informação e, especialmente, do exercício da liberdade de empresa. Além disso, em virtude dos esforços de automatização em domínios particulares, também podem ser transformadas as estruturas que até agora determinaram o recuso da informação (*Informationshaushalt*), por exemplo nas relações do parlamento com a administração, mas também nas relações dos serviços administrativos entre si, por exemplo no âmbito da chamada “separação interna dos poderes”, à qual corresponde o direito de “compartimentação” ou de proibição do uso desviado da informação, no interesse do direito de personalidade individual. Foi um dos grandes serviços da informática jurídica o ter dado, a tempo, um importante impulso não só quanto à problemática da protecção de dados, mas também aos princípios de solução do problema. (SCHNEIDER,2009. p. 581-582)

É evidente que se a informação se tornou um item tão diferente no contexto atual do que foi no passado a gestão dessa informação passa, também, por todo um novo processo de atualização e de adaptação. O debate encontra-se em uma das áreas sensíveis da norma alvo de questionamento, mais precisamente em seus §§ 1º, 1º-A, 2º e 3º. Caso a decisão do STF seja pela constitucionalidade do dispositivo, o gerenciamento do fluxo dessas informações genéticas será elemento extremamente complexo na garantia dos direitos do indivíduo, principalmente no que se refere à proibição de uso desviado da informação. A garantia do sigilo e da transferência segura dessas informações há de ser total. Item problemático em um país com uma frágil segurança em suas bases informacionais que no final do ano de 2020 sofreu um ataque *hacker* nos sistemas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que suspenderam não apenas os sistemas, mas também os prazos processuais além da interrupção de audiências que aconteciam por videoconferência. O maior receio era que todas as informações dos processos que lá tramitam e dos servidores do Tribunal poderiam ser expostas.

A norma questionada possui em seu interior a flexibilização de direitos da personalidade e, também, uma compreensão (questionável) do princípio *nemo tenetur se detegere* que ganham novos contornos frente às possibilidades informacionais e genéticas. Essa relação das Ciências Criminais com a tecnologia acelera o processo de atualização/adequação da estrutura dogmática às possibilidades desenvolvidas nas sociedades do Século XXI.

A tensão criada na contraposição da utilização da coleta de material genético para inclusão em um banco de dados estatal com o princípio de não produção de prova contra si mesmo demonstra a necessidade de se atualizar, também, os ditames principiológicos com as necessidades atuais. Desde já se defende que não há nenhuma ofensa ao princípio, que necessita se adequar à contemporaneidade no sentido de não ser um entrave à inclusão e utilização das novas técnicas. De modo que a coleta desse material genético necessita da condenação do agente, ou seja, é uma coleta que se orienta para a prevenção de fatos futuros que podem jamais acontecer. No mesmo sentido, não parece razoável que nesse âmbito da criminalidade não se promova certas flexibilizações no intuito de promover uma real capacidade por parte do Estado em responsabilizar agentes que violem tais normas se o avanço científico isso permite. Afinal há de se aproveitar as parcelas positivas do desenvolvimento.

Debate que parece ser mais pertinente é o que pondera sobre a prova que se pode produzir no processo penal a partir da identificação desse material genético. Lopes Júnior coloca que há de se refletir sobre a gestão processual do laudo que reconhece a compatibilidade do material genético. Dúvida naturais poderiam surgir como a se o magistrado poderia emitir uma decisão contraposta ao indicado pelo laudo. Ele coloca que o discurso científico é sedutor porque se orienta pela ambição de encontrar a verdade. Sob o manto do saber científico, há a possibilidade de se erigir uma (pseudo) verdade, com pretensão de irrefutabilidade, de modo incompatível com o processo penal e o convencimento do juiz formado a partir do contraditório e do conjunto das provas. Não se negando o imenso valor do saber científico na área probatória, mas apontando que não existe a “rainha das provas” no processo penal (LOPES JÚNIOR, 2020, p.701). Concordando em partes com o autor, há de se ponderar sobre a maneira que essa prova será manejada no interior dos processos criminais, entretanto o avanço da técnica objetiva exatamente ampliar a segurança na delimitação da autoria. Obviamente que não se resolvem todos os problemas processuais com o reconhecimento de um material genético através do banco de dados estatal, mas os níveis de segurança se ampliam de modo interessante de maneira que tal política criminal há de ser bem-vinda.

Outros elementos aparecem no interior desse debate, como que uma prova pericial como essa demonstra apenas um aspecto, maior ou menor, de probabilidade de uma parte do crime, que não pode se confundir como prova de toda a complexidade que o fato detém. Por exemplo, o exame de DNA realizado a partir da comparação do material genético do réu “A” com vestígios de material genético encontrados no corpo da vítima comprova apenas que aquele material coletado pertence ao réu. Daí até se provar que o réu em questão violentou a vítima demanda a existência de outros elementos probatórios. Existe a possibilidade, também, de se questionar a validação científica dos métodos de análise, discutir a validade dos testes a partir da natureza das amostras biológicas utilizadas já que as amostras, por vezes, são recolhidas em superfícies não-estéreis, podendo sofrer danos que levariam a equívocos na identificação genética. De qualquer maneira, o Lopes Júnior reconhece a importância do exame de DNA e a influência que ela deterá na formação do julgador, mas sendo essa mais uma prova, sem qualquer supremacia jurídica sobre a prova testemunhal, por exemplo (LOPES JÚNIOR, 2020, p.702-704).

Novamente concordamos em parte com o exposto pelo autor. Os laudos que atestarem compatibilidade genética entre um material recolhido com informações do banco de dados não podem ser encarados como a verdade absoluta, retirando a necessidade de se corroborar o que indica a prova pericial produzida no processo a partir desse reconhecimento com outros elementos probatórios. Mas é inegável que em um escalonamento a ser realizado quanto à confiabilidade de provas, essa confirmação de DNA se apresenta como muito mais confiável do que uma prova testemunhal. Não se nega que uma série de questões surgirão a partir da adoção dessa política criminal, mas há de se reconhecer que essas possibilidades trazem maior nível de confiabilidade às decisões.

A prevenção da criminalidade, ainda mais no contexto de crimes em apreço, deve ser orientada não apenas com o seu desestímulo, tornando maiores os custos para a ação delitiva (sanção), mas também através da ampliação das alternativas legais que sejam mais vantajosas (SILVA-SÁNCHEZ, 2004, p.19). Se objetiva-se reduzir o cometimento de crimes hediondos e de crimes cometidos com violência contra pessoa na modalidade dolosa, a criação de um banco de dados genéticos por parte do Estado está no interior de uma política social que absorve a política criminal, fazendo uso do que a Ciência e a tecnologia podem oferecer.

Outro elemento significativo está no momento político-criminal vivenciado no âmbito nacional de incorporação de mandamentos de eficiência. Sabe-se que a sociedade brasileira

vive momento de baixa expectativa normativa (JAKOBS, 2003, p.40-41), de modo a reclamar uma intervenção punitiva que traga maior validação para as normas que regem a comunicação social. Ou seja, é sensível no corpo social um apoio a medidas que fomentem uma maior segurança na eficácia das normas (problema fenomenológico do direito, conforme BOBBIO, 2012, p.50), de maneira que a própria repercussão jurídica e social, reconhecida pela Suprema Corte ao verificar Repercussão Geral no Recurso Extraordinário em apreço, traz um componente político de grande intensidade à decisão.

É inegável que o corpo social reclama por mais eficiência no plano do processo penal, o momento comporta uma nova compreensão dessa situação. A estrutura garantista que orienta a dogmática processual-criminal necessita de atualizações para que deixe de ser uma espécie de “escudo” para a criminalidade. A flexibilização de mandamentos garantistas não importa em um pleno abandono da estrutura e adoção de um programa de eficiência completa, mas sim compreender que certas traves mestras necessitam de nova hermenêutica. Vislumbra-se isso no plano da redução das nulidades absolutas e na incorporação de medidas compositivas, como exemplos. Reconhecer que as novas tecnologias ampliam os níveis de segurança processual é passo importante para que a adoção dessas possibilidades, de modo racional, auxilie na prevenção que o Sistema Jurídico-Criminal detém por função.

Nesse contexto, a decisão que o Supremo Tribunal Federal terá no *case* em análise se mostra como marco para a política criminal que se seguirá. Se a decisão for pela constitucionalidade do art. 9º-A da Lei de Execução Penal, reconhece-se que as novas tecnologias estão promovendo uma atualização da estrutura garantista do processo penal nacional, com novos paradigmas e possibilidades, ampliando os níveis de eficiência a partir do uso dessas contemporâneas alternativas. Se a decisão for pela inconstitucionalidade da norma em apreço, notar-se-á que o modelo ainda não recebe a política criminal advinda desse campo tecnológico, pelo menos da forma como se apresentou até agora, demandando outra estratégia de inclusão. De qualquer modo, cada vez mais as novas tecnologias ganham maior espaço e uso nas diversas áreas da sociedade contemporânea, e, mais cedo ou mais tarde, o direito penal haverá de absorver essas possibilidades.

4. Considerações finais

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 973837-MG será marco que fundamentará a política criminal brasileira acerca, e para além, da criação de bancos

de dados de material genético quando envolver situações delituosas. Além de decidir exatamente sobre a possibilidade de criação e utilização desse banco de dados que tanto a genética quanto a tecnologia da informação oferecem, a jurisprudência que se formará possuirá caráter de chancela para outras propostas de inclusão de maior eficiência por intermédio de novas tecnologias.

A sociedade contemporânea se modifica de forma constante e acelerada, cabe ao direito e, conseqüentemente, ao direito penal e processual penal acompanhar essas alterações sob a pena de estarem plenamente desatualizados com as possibilidades que se apresentam. Obviamente que a adoção das novas tecnologias há de ser alternativa realizada de modo racional, compreendendo que todas as flexibilizações necessárias no plano dogmático para esse ingresso necessitam de amplo debate. Porém, adotar uma postura de completa problematização de cada proposta não parece ser positiva para a elucidação das melhores estratégias. Reconhecer que as novas técnicas chegaram para ficar e, mais cedo ou mais tarde, surtirão seus efeitos no Sistema Jurídico-penal alterando muitos itens nesse contexto é o primeiro passo a ser dado.

5. Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. São Paulo: EDIPRO, 5ª ed. revista, 2012.

BRASIL. Lei de execução penal. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 24/02/2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. (Estudos de direito penal; v. 6).

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHNEIDER, Jochen. Processamento electrónico de dados – Informática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. (Estudos de direito penal; v. 11).

_____. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.