



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000546345

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2102009-06.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante REGINALDO BARBÃO e Paciente GELSON SOUZA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Ratificada a liminar, concederam a ordem para cassar a decisão que determinou a coleta de material genético (DNA) do paciente para inserção em Banco Nacional de Identificação de Perfis Genéticos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS E CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 30 de junho de 2023.

MAURICIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



VOTO Nº 18139

HABEAS CORPUS Nº 2102009-06.2023.8.26.0000

COMARCA: São Paulo

VARA DE ORIGEM: DEECRIM UR1

IMPETRANTE: *Reginaldo Barbão* (Advogado)

PACIENTE: **Gelson Souza dos Santos**

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo Advogado *Reginaldo Barbão*, em favor de **Gelson Souza dos Santos**, objetivando a cassação da decisão que determinou a coleta compulsória de material genético do paciente.

Relata o impetrante que “o *paciente teve sua liberdade restringida em 19 de novembro de 2022, ocasião em que foi abusado de violar, em tese, os tipos penais de lesão corporal e ameaça (artigos 129, § 9º e 147 do Código Penal)*”, sendo que, ao final, foi condenado como incurso no “*artigo 129, § 13, do Código Penal*” ao cumprimento de “*03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado (...) sendo certo que o processo se encontra neste momento em grau de recurso*” (sic).

Alega que “*restou expedido guia de recolhimento*”

provisória, tendo sido elaborado o cálculo da pena e as partes se manifestaram. Sobreveio decisão recorrida que homologou o cálculo e em razão da condenação (ainda não transitada em julgado) do paciente, com base no disposto no caput do art. 9º-A, da LEP (art. 129, § 13 do CP), ordenou no prazo de 15 dias, a realização da identificação do perfil genético, mediante extração de DNA do sentenciado, para inserção no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG)” (sic).

Sustenta, no entanto, que “o paciente não foi condenado definitivamente por nenhum dos crimes dispostos em lei que autorizaria o deferimento da coleta e inserção dos perfis genéticos no banco de dados” e, além disso, “a Lei de Identificação Criminal Genética ofende o princípio do devido processo legal e o direito de não produzir prova contra si mesmo ao prever a coleta compulsória de material genético de investigados e de acusados” (sic).

Deste modo, requer “a concessão da liminar para suspender os efeitos da decisão recorrida até a decisão final deste habeas corpus” e “ao final, no mérito, seja concedida a Ordem impetrada para ratificar a liminar” (sic).

A liminar foi deferida pelo e. Desembargador Tristão Ribeiro “para sobrestar a decisão impugnada até o julgamento do habeas corpus pela Colenda Câmara” (fls. 25/26) e, dispensadas as informações da autoridade indicada coatora, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem (fls. 32/40).

É o relatório.

Trata-se de paciente que foi condenado aos 13/02/2023 como incurso no artigo 129, § 13, do Código Penal, ao

cumprimento de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 277/287).

Inconformado, o paciente apelou (fls. 340/352), sendo que, após apresentação das contrarrazões pelo Ministério Público (fls. 363/368), os autos foram remetidos para este Tribunal de Justiça 13/03/2023 (fl. 371), tendo a Procuradoria Geral de Justiça apresentado parecer em 11/06/2023 (fls. 380/397), estando conclusos ao relator sorteado (Des. Tristão Ribeiro) desde o dia 12/06/2023 (fl. 398).

Nesse interim, a guia de recolhimento provisória foi expedida em 17/02/2023 (fls. 330/331), gerando o processo de execução nº 0005022-13.2023.8.26.0041, por meio do qual foi determinada, em 26/04/2023, a coleta do perfil genético do paciente, nos termos do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal (fls. 103/104).

A ordem deve ser concedida.

Dispõe o artigo 9º-A e seus parágrafos da Lei de Execução Penal:

*“Art. 9º-A: o condenado por crime doloso praticado com **violência grave** contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genérico, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional.*

(...)

§ 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.” (sic – g.n.).*

Não se olvide que o dispositivo acima referido é objeto de discussão sobre sua constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 973.837/MG (Tema dos Recursos Repetitivo nº 905), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, mas cujo julgamento ainda não foi encerrado, de modo que prevalece a presunção de constitucionalidade, conforme, aliás, entendimento sufragado na mesma Corte Suprema a respeito do assunto, *in verbis*:

"Não se desconhece que o art. 9º-A da Lei de Execução Penal teve a constitucionalidade questionada no Recurso Extraordinário n. 973.837, afetado à sistemática da repercussão geral (Tema 905), Relator o Ministro Gilmar Mendes, no qual se discute a possibilidade de o Estado colher o material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, armazená-los e utilizar esses dados em investigações criminais. Também o inc. VIII do art. 50 é objeto da Ação Direta de Constitucionalidade n. 6.345, estando ambos pendentes de apreciação

pelo Plenário. Entretanto, pesa em favor daqueles dispositivos a presunção de constitucionalidade, devendo ser aplicados até que sobrevenha eventual declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente.” (STF - Habeas Corpus nº 198072 / SP – Relatora Ministra Cármen Lúcia – J. 2.3.2021 – Publicação 5.3.2021).

Ressalte-se, por oportuno, que a permissão/fornecimento de material genético *“não tem por finalidade a produção de prova, mas a composição de banco de dados, nos termos do que determina a Lei que rege a matéria. No caso posto, portanto, não há como se conceber a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA seria capaz de configurar ilegalidade ou violação à garantia constitucional da não autoincriminação. Com o advento da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos.”* (STJ, HC nº 407.627, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 27/04/2018 – g.n.).

Os escólios de Renato Brasileiro e de Guilherme de Souza Nucci pontuam:

“Não há, in casu, qualquer inconstitucionalidade decorrente de violação ao princípio constitucional (e convencional) que veda a autoincriminação (nem tenetur se detegere), nem mesmo nas hipóteses em que pessoa certa e determinada se

negar a fornecer material biológico para a obtenção de seu perfil genético, ou seja, quando o exame recair sobre fonte conhecida sem que esta esteja disposta a consentir com a identificação genética.” (LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime, 2021, Salvador: ed. JusPodivum, 2ª ed.).

“Não se trata a identificação criminal de uma aceitação de culpa, mas de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, direito do Estado, evitando-se com isto o nefasto erro judiciário. Não se confunda, ainda, a identificação criminal com o reconhecimento da pessoa. Neste caso, terceiros poderão apontar o indiciado ou réu como autor do crime. Naquela situação, nada disso tem relevo, pois se busca, apenas, identificar a pessoa que está sob investigação ou respondendo a processo-crime.” (NUCCI, Guilherme Souza, Leis penais e processuais penais comentadas - 5ª edição - São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, pg. 692).

Queira-se ou não, é providência evolutiva que pode até servir para a salvaguarda do próprio periciado, de sorte a desincompatibilizá-lo com outras imputações, da espécie ou não. Evolutiva, pois transcende aos parcos métodos de investigação até aqui pelezados no geral, que se fundam, basicamente, em elementos orais, ditos e reditos como passíveis de falha.

Nesse sentido o entendimento do Superior

Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. EXAME DE DNA. ALEGADA PROVA ILÍCITA. NÃO OCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO ACERCA DA CONDENAÇÃO. LEI 12.654/12. COLETA DE PERFIL GENÉTICO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - A condenação do recorrente pelos delitos de estupro e estupro na forma tentada, na hipótese, fundamentou-se em elementos concretos extraídos dos autos que comprovaram a materialidade e a autoria delitivas, de modo que os laudos periciais (exame de DNA) não consistiram no único elemento de prova produzido. Além da confissão extrajudicial, realizada de maneira clara e detalhada, aliada aos depoimentos das duas vítimas - e ainda de uma terceira, corroborada pelo depoimento de um vizinho -, foram uníssonas no sentido de apontar o recorrente como autor dos delitos. Logo, desinfluyente a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA teria sido colhida de forma ilegal, até porque o recorrente autorizou a realização do exame (precedente). II - Outrossim, com o advento da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as

investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos (arts. 1º e 3º). Recurso ordinário desprovido." (STJ, RHC 69.127/DF, 2016/0076101-5, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 27/09/2016, DJe de 26/10/2016. Com idêntico pensar: HC 536.114/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. em 04/02/2020, DJe de 10/02/2020).

Em outra esfera, crucial apontar que o procedimento de coleta é indolor, de forma a não atingir a integridade física do apenado em qualquer âmbito.

No entanto, no caso concreto, verifica-se o não preenchimento dos requisitos legais exigidos para a colheita do material genético do paciente.

Primeiro, porque o paciente foi condenado por crime de lesão corporal no âmbito da violência doméstica (artigo 129, § 13, do Código Penal), cuja materialidade se antevê no exame de corpo de delito de fls. 111 do processo de conhecimento nº 1526068-39.2022.8.26.0228, no qual constou que a vítima sofreu lesões corporais de **natureza leve** produzidas por agente contundente, consistentes em *“escoriações de forma tolinear com crosta hemática localizada em região temporal à direita, próxima à sobrancelha direita; equimose irregular e vinhosa em região de pálpebra inferior de olho direito; edema em região malar direita; equimose irregular ora vinhosa ora arroseada associada a edema e raras escoriações localizadas por toda a*

região de glúteo esquerdo até a proporção proximal de face lateral de coxa esquerda” (sic).

Ora, a natureza do delito não se encaixa no rol taxativo previsto no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, anteriormente descrito.

Segundo, porque a condenação ainda não transitou em julgado definitivamente, na medida em que pendente o julgamento do recurso de apelação interposto pelo paciente.

Conforme esclarecido pelo e. Desembargador Vico Mañas, *“apesar de a lei não conter tal requisito, o art. 9º-A da LEP refere-se a ‘condenados’, de modo que, em obediência à garantia da legalidade em matéria penal, a melhor interpretação é a de que a norma incide apenas em **situações nas quais já não caiba mais recurso.**”* (sic – Agravo de Execução Penal nº 0001888-17.2019.8.26.0041, 12ª Câmara de Direito Criminal, j. 18/06/2019. Na mesma linha de inteligência: Agravo de Execução Penal nº 0002850-40.2019.8.26.0041, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Newton Neves, j. 15/08/2019 – g.n.).

Ante o exposto, **ratificada a liminar, concede-se a ordem** para cassar a decisão que determinou a coleta de material genético (DNA) do paciente para inserção em Banco Nacional de Identificação de Perfis Genéticos.

Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Relator