



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2023.0000696619**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0012722-40.2023.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DIEGO DA SILVA ROCHA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E MARCELO SEMER.

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

**MARCELO GORDO**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

Agravo em Execução Penal nº 0012722-40.2023.8.26.0041

Voto nº 25960

*Agravo em Execução – Determinada a colheita de material genético do agravante – Sentenciado condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa – Alegação de violação do princípio constitucional da presunção de inocência e do direito de não produzir prova contra si mesmo – Inocorrência – Inteligência do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, que não padece de inconstitucionalidade – Recurso desprovido.*

Trata-se de recurso de agravo em execução interposto por **Diego da Silva Rocha** em face da r. decisão de fls. 15/16, proferida pela MM<sup>a</sup>. Juíza de Direito do DEECRIM da 1<sup>a</sup> RAJ – Comarca da Capital –, que determinou a extração de amostra de seu DNA para identificação de seu perfil genético.

Sustenta, em síntese, a inexistência de previsão legal que autorize a coleta de material genético no que toca aos crimes pelos quais condenado. Aduz, outrossim, que a providência é ilegal, por violar os princípios constitucionais da presunção de inocência e da vedação à autoincriminação (CF, artigo 5º, incisos LVII e LXIII). Ressalta, ainda, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria no RE nº 973.837/MG. Requer-se, assim, a cassação da decisão, ou, alternativamente, caso o material já tenha sido coletado, a declaração da nulidade da coleta compulsória com a retirada dos dados do Banco Nacional de Perfis Genéticos (fls. 01/09).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 23/25), anexou-se o juízo de retratação, negativo (fl. 26).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 38/42).

É o relatório.

O agravante cumpre pena de 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pela prática de roubo majorado e extorsão (cf. Boletim Informativo de fls. 52/56).

A r. decisão de fls. 15/16, proferida em 22 de junho de 2023, determinou a coleta de DNA do sentenciado, com fundamento no artigo 9º-A da LEP.

E, em que pese a argumentação defensiva, reveste-se de acerto o *decisum*.

Por proêmio, destaca-se que, não obstante a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal esteja sendo tratada no bojo da Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 973.837/MG (Tema 905) do Supremo Tribunal Federal, não houve determinação de suspensão dos demais processos que versam sobre o tema pelo relator do feito, pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes, a quem cabia decidir acerca de eventual sobrestamento, nos moldes do art. 1.035, §5º, do Código de Processo Civil.

Desta feita, considerando que se cuida de sentenciado condenado pela prática de crimes em que empregada grave violência contra a vítima, era mesmo imperativa a aplicação do art. 9º-A da Lei nº 7.210/84, o qual foi incluído pela Lei nº 12.654/2012, porquanto em plena vigência.

Vale dizer, a extração do perfil genético no caso é medida necessária, tratando-se de comando normativo expresso e obrigatório, de acordo com o disposto no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, com a atual redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, com determinação de identificação do perfil genético (DNA) para os crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, *in verbis*:

**"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 genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional*

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

*§ 2 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.*

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

*§ 6º Uma vez identificado o perfil genético, a amostra biológica recolhida nos termos do caput deste artigo deverá ser correta e imediatamente descartada, de maneira a impedir a sua utilização para qualquer outro fim.*

*§ 7º A coleta da amostra biológica e a elaboração do respectivo laudo serão realizadas por perito oficial.*

*§ 8º Constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao*

*procedimento de identificação do perfil genético.*” (negritou-se).

E insta registrar que, em consulta ao processo nº 1523769-26.2021.8.26.0228, verifica-se que o ora agravante fora condenado porque, juntamente com outros três comparsas, após a subtração de celular e dinheiro da vítima, a manteve trancada em um quarto de hotel, ocasião em que foi obrigada, mediante ameaças e agressões, a realizar transações via PIX, tendo o ofendido destacado haver sofrido empurrões e arranhões.

Destarte, tendo em vista que, a despeito do alardeado, o artigo 9º - A da LEP não exige que, do crime praticado pelo penitente, resulte lesão corporal grave ou morte, mas, apenas, que tenha sido “*condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa*”, o que, como visto, se deu por aqui.

Neste sentido, já decidiu este E. Tribunal, como se infere do julgado a seguir colacionado:

**“AGRAVO EM EXECUÇÃO *Identificação do perfil genético do sentenciado Condenado pela prática de crimes de roubo Delito que se caracteriza pela violência que visa alcançar o art. 9º-A, da LEP* Dispositivo legal que se encontra vigente - Violação aos princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação - Inocorrência Princípios e garantias outros que devem ser igualmente observados Decisão que, ademais, ressalvou a coleta de material por meios não invasivos Sentenciado que, no curso do cumprimento das penas, deve acatar as ordens recebidas, sob pena de cometimento de falta grave Decisão de primeiro grau que se revela escorreita - Recurso desprovido.”** (Agravado de Execução Penal nº 9000669-80.2019.8.26.0050, 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Edison Brandão, j. em 13 de agosto de 2019).

Mais a mais, não vislumbro ofensa ao princípio da não autoincriminação

ou violação de qualquer garantia constitucional. O material biológico não busca a produção de provas, mas sim o abastecimento/armazenamento de dado em banco de perfil genético, como aliás transparece do próprio texto legal.

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 pelejados no geral, que se fundam, basicamente, em elementos orais, ditos e reditos como passíveis de falhas.

A mais disso, por se tratar de medida a ser executada após reconhecimento da culpabilidade em decisão transitada em julgado, não se verifica qualquer ofensa ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), à presunção de inocência ou, ainda, a qualquer outro princípio estampado na Constituição Federal.

Nesse sentido o entendimento do C. 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" (RHC 69.127/DF, 2016/0076101-5, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 27/09/2016, DJe de 26/10/2016) - negritei.*

***“PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO. PACIENTE CONDENADO POR CRIME COM VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA E CRIME HEDIONDO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 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. 2. No caso em exame, o paciente cumpre pena pela prática dos crimes de homicídio qualificado (duas vezes), ocultação de cadáver, crueldade contra animais e posse irregular de arma de fogo de uso***

*permitido, restando atendidos, assim, os requisitos legais estatuídos pelo dispositivo supracitado: condenação por crime com violência de natureza grave contra pessoa ou aqueles constantes do rol do art. 1º da Lei n. 8.072/1990.” 3. Habeas corpus denegado”. (HC 536.114/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, j. em 04/02/2020, DJe de 10/02/2020) - negritei.*

Na mesma direção o entendimento desta C. Corte:

*“AGRAVO EM EXECUÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE DEVE SER AFASTADA A DETERMINAÇÃO DE COLETA DE MATERIAL GENÉTICO DO AGRAVANTE, VEZ QUE TAL VIOLA SEU DIREITO A NÃO SE AUTOINCRIMINAR, BEM COMO O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CASO EM QUE A MEDIDA, QUE NÃO VIOLA NENHUM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, ENCONTRA-SE EMBASADA EM LEI QUE ESTÁ EM PLENO VIGOR - Recurso desprovido” (Agravado de Execução Penal nº 0009573-77.2021.8.26.0050, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Marco Antônio Cogan, j. em 12.06.2021).*

*“AGRAVO EM EXECUÇÃO - Decisão que determina a identificação, mediante extração de DNA, para inserção no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) - Alegação de violação do princípio constitucional da presunção de inocência e do direito de não produzir prova contra si mesmo - Inocorrência - Forma de identificação criminal - Inteligência do artigo 9º-A da Lei de Execução Penal - Precedentes do STJ - Recurso desprovido” (Agravado de Execução Penal nº 9003098-20.2019.8.26.0050, 10ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Dr. Nelson Fonseca Júnior, j. em 12.03.2020).*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Preserva-se, pois, a r. decisão.

Assim, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

**MARCELO GORDO**

Relator