

**TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES | PENAL**

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
468/16.3GAPER-A.G1	26 de fevereiro de 2020	Ausenda Gonçalves

**DESCRITORES**

Recolha amostras condenados > Regime legal > Omissão cometida sentença > Mera irregularidade > Correção da sentença > ARTºS 380º DO CPP > 8º/2 DA LEI 5/2008 > De 12/2 > ALTERADA PELA LEI N.º 40/2013 > De 25/6 > E POSTERIORMENTE PELA LEI N.º 90/2017 > De 22/8

**SUMÁRIO**

I. A Lei n.º 5/2008, de 12/2, alterada pela Lei n.º 40/2013, de 25/6, e posteriormente pela Lei n.º 90/2017, de 22/8, regula a constituição e funcionamento da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e de investigação criminal (artigos 1.º e 4.º), definindo os termos e condições da identificação genética de pessoas, sendo que a recolha de amostras de condenados p. no art.8.º/2 do diploma não tem como escopo a produção de prova no processo em que é determinada, antes se destina a integrar ficheiro de base de perfis de ADN, para cruzamento futuro com amostras, e é sempre ordenada na sentença.

II. Se, apesar da sua obrigatoriedade, não tiver sido ordenada na sentença a recolha de tal amostra (de arguido condenado numa pena de três anos de prisão, suspensa na sua execução), é cometida uma irregularidade que, em si mesma, não contende com a validade da sentença, por não afectar a decisão no que concerne ao objecto do processo, e deve ser suprida mediante a correção da sentença, ao abrigo do art 380º do CPP, por forma a ordenar a recolha.

**TEXTO INTEGRAL**

**Acordam, em conferência, na Secção Penal do Tribunal da Relação de Guimarães:**

**I - Relatório**

1.1. No supra identificado processo, o Ministério Público interpôs recurso do despacho proferido a 21/10/2019 que, por intempestividade, indeferiu o requerimento por ele apresentado, em que solicitava o cumprimento do art. 8º, n.º 1 da Lei 5/2008, através da correcção da sentença ao abrigo do disposto no art. 380º do Código de Processo Penal, proferida em 4/4/2019, transitada em julgado, que condenou o F. S. na pena de 3 anos de prisão, suspensa na sua execução por igual período, com regime de prova, como autor de um crime de violência doméstica, p. e p. pelo art. 152º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 do C. Penal, formulando na sua motivação as seguintes **conclusões** (sic):

«1. Nos presentes autos, o arguido foi condenado na pena de 3 anos de prisão, suspensa por igual período, não se tendo determinado, em sede de sentença, a recolha de amostra ao arguido e a inserção do perfil de ADN na respectiva base de dados.

2. Através do despacho recorrido, o Tribunal a quo recusou ordenar aquela recolha e inserção do perfil de ADN, com fundamento na circunstância do art.º 8º/2 da Lei 5/2008 determinar que tal decisão seja tomada na sentença.

3. As alterações introduzidas pela Lei 90/2017 ao art.º 8º/2 da Lei 5/2008 apenas pretenderam resolver as dúvidas que se tinham suscitado na jurisprudência sobre o carácter obrigatório e automático da decisão de recolha de perfil de ADN, determinando que a recolha e a inserção “é **sempre** ordenada”, tudo de forma a instituir e a manter uma efectiva base de dados de perfis de ADN para efeitos, entre outros, de investigação criminal (art.º 1º/1 da Lei 5/2008).

4. Neste contexto histórico e teleológico, a circunstância do despacho cumpridor do art.º 8º/2 da Lei 5/2008 (redacção actual) estar ou não inserido uma sentença é secundário, uma vez que o crucial é cumprir a obrigação legal de recolha e inserção do perfil de ADN, não o momento em que esse cumprimento é satisfeito.

5. Assim, a exigência legal de prolação da decisão em sede de sentença tem um valor meramente ordenador, não preclusivo da possibilidade de tomada posterior da decisão, que é legalmente obrigatória e automática.

6. Mesmo que assim não se entenda, sempre será de corrigir a sentença, de modo a fazê-la incluir a decisão obrigatória/automática, nos termos do art.º 380º do Código de Processo Penal, tal como se decidiu no Ac. do TRC de 02/20/2019, proferido no proc. 269/16.9GAACB-A.C1.»

1.2. O recurso foi admitido a subir imediatamente em separado e com efeito meramente devolutivo.

1.3. O arguido apresentou resposta ao recurso, dizendo que a sentença proferida já havia transitado em julgado, não existindo fundamento legal para a sua correcção.

E, neste Tribunal, o Exmo. Sr. Procurador-Geral Adjunto emitiu parecer, secundando o argumentado pelo Ministério Público em 1ª instância.

1.4. Cumprido o art. 417º, n.º 2, do CPP e efectuado exame preliminar e colhidos os vistos, vieram os autos

à conferência.

\*

## II – **Fundamentação.**

Na medida em que o âmbito dos recursos se delimita pelas respectivas conclusões (art. 412º, n.º 1, do CPP), sem prejuízo de questões que importe conhecer oficiosamente por obstarem à apreciação do seu mérito, no recurso suscita-se a questão de saber se, ao abrigo do art. 380º do CPP, deve proceder-se à correcção da sentença transitada em julgado, de modo a cumprir o disposto no art. 8º, n.º 2 da Lei 5/2008.

\*

Importa decidir, considerando-se o teor do despacho recorrido e demais incidências processuais:

O despacho recorrido:

«Dispõe o art.º 380.º n.º 1 do CPP que: “O tribunal procede, oficiosamente ou a requerimento, à correcção da sentença quando: a) Fora dos casos previstos no artigo anterior, não tiver sido observado ou não tiver sido integralmente observado o disposto no artigo 374.º; b) A sentença contiver erro, lapso, obscuridade ou ambiguidade cuja eliminação não importe modificação essencial.”

Por seu turno, reza o art.º 374.º do CPP que: “1 - A sentença começa por um relatório, que contém:

- a) As indicações tendentes à identificação do arguido;
- b) As indicações tendentes à identificação do assistente e das partes civis;
- c) A indicação do crime ou dos crimes imputados ao arguido, segundo a acusação, ou pronúncia, se a tiver havido;
- d) A indicação sumária das conclusões contidas na contestação, se tiver sido apresentada.

2 - Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

3 - A sentença termina pelo dispositivo que contém: a) As disposições legais aplicáveis;

- b) A decisão condenatória ou absolutória;
- c) A indicação do destino a dar a coisas ou objetos relacionados com o crime, com expressa menção das disposições legais aplicadas;
- d) A ordem de remessa de boletins ao registo criminal;
- e) A data e as assinaturas dos membros do tribunal.

4 - A sentença observa o disposto neste Código e no Regulamento das Custas Processuais em matéria de custas.”

Assim, tendo em atenção tais preceitos legais, entendemos que o cumprimento do disposto no art.º 8.º n.º 1 da Lei 5/2008, não cabe naqueles. Isto é, a ordem de recolha de amostra com vista a obtenção do seu perfil de ADN não compreende um caso de aplicação do art.º 380.º do Código de Processo Penal.

Ora, dispõe o art.º 8.º n.º 2 da Lei 5/2008 de 12 de Fevereiro que “A recolha de amostra em arguido condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, é sempre ordenada na sentença.”.

Deste modo, de acordo com tal dispositivo legal, o momento em que é ordenada a recolha de amostra é na sentença. Nos autos a sentença já transitou em julgado pelo que, nesta fase, cremos que o promovido é intempestivo.

Pelo exposto, indefere-se o promovido por ser intempestivo. Notifique.».

Incidências processuais que se retiram dos autos:

- Por sentença transitada em julgado a 30/09/2019, foi o F. S. condenado, como autor de um crime de Violência doméstica, na pena na pena de 3 anos de prisão, suspensa por igual período.
- A mencionada sentença é omissa quanto à recolha e inserção do perfil de ADN, como determina o art.º 8º, nº. 2 da Lei 5/2008.

### III. O Direito.

Sustenta o Ministério Público que a recolha e inserção de perfil de ADN tem carácter obrigatório e automático, como determina o art.º 8º, n.º 2 da Lei 5/2008, após as alterações introduzidas pela Lei 90/2017, sendo, pois, crucial ordenar esse cumprimento através da correcção da sentença não obstante esta ter transitado em julgado.

Vejamos.

A Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, alterada pela Lei n.º 40/2013, de 25 de Junho, e posteriormente pela Lei n.º 90/2017, de 22 de Agosto regula a constituição e funcionamento da base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e de investigação criminal (artigos 1.º e 4.º), definindo os termos e condições da identificação genética de pessoas (1).

Como se afirma no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 333/2018 de 27/6 que apreciou a constitucionalidade das normas que ordenam a mencionada recolha «A criação de uma base de dados de perfis de ADN ampliou as possibilidades de identificação dos responsáveis pela prática de um crime, permitindo comparar os perfis constantes da base de dados com os perfis resultantes das amostras biológicas colhidas durante uma investigação criminal. Uma tal ferramenta pressupõe a recolha do maior

número de amostras possível. Se não existirem amostras a base de dados não pode funcionar. Neste contexto, a recolha de perfis de ADN a condenados constitui uma importante fonte de inserção de perfis para comparação.

A referida lei foi alterada uma primeira vez pela Lei n.º 40/2013, de 25 de junho, e viria a ser de novo alterada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto. A última alteração teve em vista reforçar a eficácia da Base de Dados de Perfis de ADN por se ter verificado que os resultados iniciais ficaram muito aquém das expectativas, provocando um subaproveitamento daquela base de dados (designadamente, ficando muito aquém da capacidade de auxiliar a investigação criminal alcançada em outros países), em face do reduzido número de perfis recolhidos tanto nos locais do crime (amostras problema) como relativos a pessoas condenadas (amostras referência), a que acresce números também muito baixos de ficheiros de perfis que visam fins de identificação civil. Os últimos dados disponíveis, relativos a 10 de abril de 2017 registam um total de apenas 8726 perfis na Base de dados (Cfr. parecer do Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, aquando do processo legislativo que conduziu à segunda alteração da Lei n.º 5/2008)».

De harmonia com o disposto no art. 4.º, n.º 3, da citada Lei, as finalidades de investigação criminal são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN relativas a amostras de material biológico colhidas em locais de crimes e em pessoas que, direta ou indiretamente, a eles possam estar associadas, com os perfis de ADN existentes na base de dados de perfis de ADN, com vista à identificação dos respetivos agentes, sem prejuízo das limitações previstas nos artigos 19.º e 19.º-A.

Relativamente à recolha de amostras com finalidades de investigação criminal refere-se o art. 8.º, cujos n.ºs 1 e 2 têm o seguinte teor:

«1 - A recolha de amostra em arguido em processo criminal pendente, com vista à interconexão a que se refere o n.º 2 do artigo 19.º-A, é realizada a pedido ou com consentimento do arguido ou ordenada, officiosamente ou a requerimento escrito, por despacho do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

2 - A recolha de amostra em arguido condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, é sempre ordenada na sentença».

Embora ambos os preceitos respeitem à recolha de amostra em processo criminal, os n.ºs 1 e 2 têm âmbitos de previsão diversos, correspondendo a duas situações diferenciadas que justificam as diferenças de regime verificadas em mais que um aspecto da regulamentação legal.

No n.º 1 não está em causa demonstrar a prática do crime já em investigação, pois nesse caso a comparação pode ser directa com a amostra recolhida no caso. Por isso o n.º 4 do artigo 1.º dispõe agora, na sequência da revisão do diploma operada pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto que “A presente lei não prejudica os regimes legais de recolha, tratamento e conservação de células humanas para fins de identificação civil e de investigação criminal em que não seja necessário recorrer à base de dados de perfis de ADN”.

A recolha de amostras a arguidos prevista nesse normativo visa apurar, através do recurso à base de

dados, se um arguido constituído como tal, por fundadas suspeitas da prática de um crime, praticou outros crimes face aos quais tenham sido recolhidos vestígios de células humanas. O recurso à base de dados só é necessário quando se indicia, pois, a prática de outros crimes nos quais não se conseguiu identificar qualquer suspeito ou o respectivo auto.

Nestes casos a que se reporta o art.8.º, n.º 1, a recolha de amostras pode ser realizada a pedido do arguido e pode ser ordenada por despacho judicial, oficiosamente (nas fases do processo sob a sua titularidade) ou a requerimento, máxime do MP na fase de inquérito.

Por sua vez, com o n.º 2 do mesmo artigo, o legislador procura satisfazer uma preocupação de índole diversa: a recolha de amostras de condenados não tem como escopo a produção de prova no processo em que é determinada, antes se destina a integrar ficheiro de base de perfis de ADN, para cruzamento futuro com amostras.

O que está em causa nestes autos é precisamente a segunda de tais situações: trata-se de saber se, atenta a condenação imposta, deve ordenar-se a recolha de amostra no condenado, com a consequente inserção na dita base de dados do respectivo perfil de ADN.

Como é sabido, acerca da ordem de recolha de amostra com vista a obtenção do perfil de ADN do condenado, alguma jurisprudência suscitou várias dúvidas sobre os pressupostos e os termos em que a mesma haveria de processar-se, inclusivamente no plano da sua conformidade constitucional.

Contudo, não só tal conformidade foi sempre asseverada, como todas as demais dúvidas foram dissipadas com a Lei n.º 90/2017, ao conferir ao preceito do art. 8º/2 da Lei n.º 5/2008 a seguinte redacção: «A recolha de amostra em arguido condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída, com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados, é sempre ordenada na sentença.».

Assim, ao estipular que incumbe ao juiz o dever de determinar sempre a recolha de ADN, na situação de condenação em pena de prisão igual ou superior a 3 anos pela prática de crime doloso, o legislador explicitou que se trata de uma obrigatoriedade legal, não de um poder-dever exercitável em função das particularidades de cada caso.

É incontroverso que no caso em apreciação se verificavam todos os pressupostos para que o Sr. Juiz devesse ter ordenado na sentença a recolha de amostra com vista a obtenção do perfil de ADN do arguido por ter sido condenado numa pena de três anos de prisão, suspensa na sua execução.

Não tendo assim sucedido, apesar da sua obrigatoriedade, impõe-se aquilatar da consequência deste incumprimento/omissão.

Entende o Ministério Público que o Tribunal a quo o deve ainda fazer, de modo a obter-se o cumprimento obrigatório (e automático) do disposto no art. 8º/2 da Lei 5/2008, através da correcção da sentença.

Diferentemente, o arguido sustenta a impossibilidade de ordenar esse cumprimento porque a sentença transitou em julgado e por não se enquadrar em qualquer das situações que permite a sua correcção, ao abrigo do disposto no art. 380º do CPP.

Ponderadas ambas as posições, é indubitável que a razão se encontra do lado do recorrente.

Paulo Pinto de Albuquerque, no seu “Comentário do Código de Processo Penal” (UCE, 4.ª ed. actualizada, ao anotar o art. 374.º do CPP a p. 966, oferece como exemplo dos elementos ou requisitos que o

dispositivo da sentença deve conter a ordem para recolha da amostra com vista a obtenção do perfil de ADN do condenado.

Nesta linha de pensamento, apesar de a recolha de amostras de ADN não constar expressamente do diploma adjectivo como um dos requisitos da sentença, o certo é que essa é uma obrigatoriedade automaticamente imposta, ainda que avulsamente por diploma com cariz essencialmente substantivo, como é a Lei 5/2008.

Ora, é imediatamente perceptível a razão de ser da estatuição legal de que o cumprimento do dever de ordenar a recolha de amostra de ADN de arguido condenado em pena de prisão igual ou superior a três anos, substituída ou não, seja feito no contexto da própria sentença (ou acórdão), uma vez que a decisão final do processo constitui o acto e o momento adequado para aquele efeito.

O que, por assim ser, também significa que, sendo esse o momento para o cumprimento regular de tal dever, não é impreterivelmente o único.

Como bem se compreende, aquela regra tem um alcance meramente ordenador da actividade do juiz: omitido na decisão final o cumprimento do dever de ordenar, obrigatória e automaticamente, a recolha de amostra de ADN, o juiz comete uma irregularidade processual que deverá suprir, oficiosamente ou a impulso, corrigindo a omissão.

Com efeito, o processo penal está submetido ao primado do princípio da legalidade e deste emana o princípio da tipicidade dos trâmites legalmente cominados, bem como das invalidades decorrentes da sua inobservância, que se afirma no numerus clausus das invalidades processuais e dos respectivos fundamentos.

Desse princípio da tipicidade/legalidade em matéria de nulidades, resulta que a inobservância de trâmites processuais impostos só determine a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei, acarretando, nos demais casos, a sua mera irregularidade (cfr. art. 118º do CPP).

Do que flui que a omissão cometida na sentença ora recorrida de ordenar a recolha de amostras de ADN ao condenado em pena de prisão de três anos não gera qualquer nulidade, mas uma mera irregularidade: a não indicação no dispositivo da sentença da recolha de amostras de ADN não se encontra prevista no elenco taxativo de nulidades da sentença constante do art. 379º, n.º 1 do CPP, constituindo uma mera irregularidade que, em si mesma, não contende com a validade da sentença, por não afectar a decisão que verdadeiramente concerne ao objecto do processo.

Por outro lado, a supressão dessa irregularidade não é adversada por um putativo obstáculo advindo do, entretanto, consumado trânsito em julgado da sentença (ou acórdão). E assim é pela evidente e simples razão de que a sua actuação só emerge quando o dispositivo da decisão não inclui a determinação da recolha de ADN, não havendo, pois, trânsito sobre uma inexistente pronúncia acerca da mesma: não se trata da possibilidade de reapreciação de uma questão sobre a qual já tenha havido decisão – com o risco, tutelado pelo instituto em causa, de a reproduzir ou contradizer –, mas de uma mera omissão ou inobservância de uma regra processual avulsa, que não se prende com o mérito do objecto do processo.

Aliás, o instituto do caso julgado tem na base a necessidade de assegurar a estabilidade das decisões dos tribunais, mas ressalva a necessidade da correcção da sentença ou de outra decisão judicial, desde que não importe a sua modificação essencial, para a expurgar dos defeitos que a afectem, constituídos pelos

casos em que não tiver sido observado ou não tiver sido integralmente observado o disposto no art. 374º (alínea a) ou por erros materiais, lapsos (alínea b), nos termos do art. 380º do CPP.

No caso vertente, independentemente do trânsito em julgado da sentença e da definitiva fixação de tudo quanto nela se determina, não se pode olvidar que o processo continua a reclamar, imprescindivelmente, o cumprimento do art. 8º, n.º 2 da Lei 5/2008, por forma a ordenar a recolha de amostra de ADN ao condenado.

A solução do problema que ora se coloca, afinal, em nada difere da adoptada nos casos em que na sentença se omite a regularização de diversos aspectos mencionados nos arts. 380º e 374º do CPP, alguns deles laterais, como o da remessa de boletins ao registo criminal ou o do destino a dar aos estupefacientes ou a objectos do crime apreendidos nos autos, sob pena de se entender que o tribunal os teria de restituir (nos termos do art. 186º, n.º 2 do CPP) (2).

Salvo o devido respeito, este entendimento é o que melhor se coaduna com o texto e o espírito da lei. Acolher outra posição conduziria a soluções processuais pouco ou nada perceptíveis para o cidadão comum e, mormente, para a realização da justiça, frustrando por completo as razões que presidiram à criação da dita Lei com as finalidades supra identificadas.

Por conseguinte, deve o Tribunal de 1ª instância proceder à correcção da sentença, ao abrigo do art 380º do CPP, por forma a ordenar a recolha de amostra de ADN ao condenado, nos termos do art. 8º/2 da Lei 5/2008.

\*

#### IV. **Decisão:**

Pelo exposto, acorda-se em julgar procedente o recurso interposto pelo Ministério Público e, por consequência, revogar o despacho recorrido o qual deverá ser substituído por outro que ordene a recolha de amostra com vista a obtenção do perfil de ADN do arguido, nos termos sobreditos.

Sem tributação.

Guimarães, 26/02/2020

Ausenda Gonçalves

Fátima Furtado

**1** Sobre este diploma, seus antecedentes, processo legislativo e múltiplas questões suscitadas, cfr., v.g., Helena Moniz “Os problemas jurídico-criminais da criação de uma base de dados genética para fins criminais”, RPCC, Ano 12.º, N.º 2, Abril-Junho 2002, pp. 237-264, Idem, “A base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal e a cooperação transfronteiras em matéria de transferência de perfis de ADN” RMP, N.º 120, Ano 30 – Out.-Dez. 2009, pp. 145-156, Marta Maria Maio Madalena Botelho,

“Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico: em especial, os problemas jurídico-penais”, Coimbra, Almedina, 2013, Francisco Corte-Real, “Base de dados de perfis de ADN”, in Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira (coord), Princípios de genética forense Coimbra, Imprensa da Universidade, 2015, págs. 143-175, Ana Paula Guimarães, “A base de dados de perfis de ADN na investigação criminal: uma inevitabilidade da sociedade contemporânea?” in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra, 2017, vol. II, págs. 407-422 e Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal, Prova genética: Implicações em Processo Penal, Universidade Católica, Lisboa, 2018).

**2** Já não se refere a omissão de condenação em custas por a mesma ser explicitamente prevista no art. 616º CPC, ex vi art. 2º do CPP.

**Fonte:** <http://www.dgsi.pt>