



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
9ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2020.0000139464

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2057654-47.2019.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é paciente [REDACTED] (E OUTROS(AS)) e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, CONCEDERAM EM PARTE A ORDEM, VENCIDO O E. DESEMBARGADOR GRASSI NETO, QUE A DENEGAVA E DECLARA. O E. DESEMBARGADOR ALCIDES MALOSSI JUNIOR DECLARA VOTO CONVERGENTE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), GRASSI NETO E ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2020

FÁTIMA GOMES

Relatora

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

VOTO nº 990

HABEAS CORPUS nº 2057654-47.2019.8.26.0000

Comarca: Taubaté

Paciente: [REDACTED] e outros

Impetrante: Dr. Leandro de Castro Gomes - Defensoria Pública do Estado de São Paulo

HABEAS CORPUS – Extração de material genético determinado pelo Juiz de custódia na fase de investigação como medida cautelar probatória – INADMISSIBILIDADE – Necessário que a decisão Judicial esteja adequada aos dispositivos legais, sendo vedada decisão genérica e indiscriminada – Ordem Concedida.

Vistos.

Trata-se de pedido de *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de [REDACTED] e outros onze pacientes, contra ato do MMº Juiz de Direito Plantonista atuante na 47ª Circunscrição Judiciária, consistente na extração de material genético para abastecimento do Banco Nacional de Perfis Genéticos, de todas as pessoas submetidas à audiência de custódia.

Sustenta o impetrante, em breve síntese, que, nas duas oportunidades em que o Magistrado tido como autoridade coatora, presidiu as audiências de custódia da Circunscrição Judiciária, como plantonista, determinou a extração de material genético para posterior realização de exames de DNA em todas as pessoas que foram submetidas à audiência, com a finalidade de abastecimento do Banco Nacional de Perfis Genéticos, sem haver pedido de representação da autoridade policial ou do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

Ministério Público. Afirma que, independente do delito em tese praticado, dos antecedentes, da identificação civil, pedido das partes, decretação de prisão ou concessão de liberdade, todos os custodiados foram submetidos à coleta de material genético compulsória, apresentando o Magistrado *a quo* a mesma fundamentação em todos os casos. Argumenta o impetrante que o juiz plantonista não possui competência para determinar indiscriminadamente a extração de material genético, sem que se comprove e fundamente a necessidade da produção de tal prova. Fortalece seu argumento, informando que ao ser requerido pedido de providência semelhante em audiência de custódia (requerimento para realização de perícia na arma de fogo apreendida), esse é indeferido, sob a alegação de que se trata de questão de mérito a ser apreciado pelo juízo natural. Assevera que as decisões da autoridade coatora, ferem o direito à privacidade, à proteção de dados pessoais, bem como violam o princípio da proporcionalidade, ao equiparar investigados à condenados em crimes que autorizariam a extração de material genético, nos termos do artigo 9º-A da Lei de Execuções Penais. Menciona ainda, que a matéria está sendo questionada junto à Corte Suprema, no RE 973.937, pendente de julgamento. Por fim, diante do alegado constrangimento ilegal, requereu, liminarmente que a autoridade apontada como coatora, abstenha-se de determinar a coleta compulsória de material genético dos custodiados, quando atuar como plantonista. Postula a concessão da ordem para anular as decisões proferidas nos processos 500182-37.2019, 1500188-44.2019, 1500190-14.2019, 1500193-66.2019, 1500195-36.2019, 1500196-21.2019, 1500198-88.2019, 1500199-73.2019, 1500278-52.2019 e 1500279-37.2019, apenas na parte em que determina a extração compulsória de material genético, bem como que se imponha, à autoridade apontada como coatora, a obrigação de não fazer, para que se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
9ª Câmara de Direito Criminal

abstenha de determinar a extração de material dos futuros custodiados. Subsidiariamente, requer que caso a Câmara não entenda a necessidade de concessão da ordem, que seja feita sob alguns critérios, ou seja, mediante expresse pedido da autoridade policial, do Ministério Público ou da Defesa; com o consentimento do custodiado, a ser colhido na própria audiência de custódia, sendo esclarecido as consequências do ato e que a medida seja fundamentada como essencial para as investigações do próprio caso.

Negada a medida liminar (fls. 1067/1069), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 1076/1078).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 1081/1086).

Julgado o *Habeas Corpus*, acordaram os membros desta Câmara, por votação unânime, pelo não conhecimento da ordem (fls. 1090/1096).

Diante do resultado do julgamento, o paciente impetrou novo *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do recurso, todavia concedeu de ofício a ordem para determinar ao Tribunal *a quo* que aprecie a existência de eventual constrangimento ilegal perpetrado em desfavor dos pacientes nestes autos (fls. 1106/1116).

É o relatório.

Insurge-se o impetrante contra ato do MMº Juiz de Direito Plantonista da 47ª Circunscrição Judiciária – Dr. João Costa Ribeiro Neto (fls. 01/19), consistente na extração de material genético para abastecimento do Banco Nacional de Perfis Genéticos, de todas as pessoas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

submetidas à audiência de custódia.

Apenas para permitir o entendimento da situação fática delineada, observa-se o que constou da petição da Defensoria Pública: *“A autoridade apontada como coatora, sempre que atua na função de juízo plantonista de custódia, determina, compulsoriamente, independente de pedido do Ministério Público, da natureza do crime, da decretação de prisão ou concessão da liberdade provisória, a intervenção corporal inclusive contra a vontade do custodiado para o fim de extrair-lhe material genético, a fim de inclusão em banco de dados. Todos os pacientes qualificados nesta impetração foram ou serão submetidos ao procedimento de extração compulsória de seu material genético. Não se colocando um freio à postura da autoridade coatora, os futuros custodiados que foram apresentados em audiência perante a autoridade coatora sofrerão o mesmo constrangimento ilegal” (fls. 02).*

Do que se desprende dos autos e da documentação acostada, verifico que o Magistrado plantonista atuante nas audiências de custódia da circunscrição, durante a presidência de tais audiências, decidiu pela extração de material genético como medida cautelar probatória, fundamentando sua decisão com base na Lei 12.654/2012 e que a extração desse material não fere o direito precípua da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Veja-se, o que diz a Lei 12.037/2009, com a nova redação dada pela Lei 12.654/2012:

“Art. 3º - Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

[.....]



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

[.....]

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

Observa-se pelo próprio texto da Lei, que a identificação criminal somente poderá ser aferida, com certos critérios, em especial quando essencial à investigação criminal dos autos em questão, de ofício pelo Magistrado, desde que fundamentada a decisão ou a pedido das partes (Autoridade Policial, Ministério Público ou Defesa), também com pedido fundamentado.

Respeitado entendimento do Douto Magistrado, não é o caso do presente. Dessume-se que, embora a decisão venha fundamentada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

de maneira clara, necessário verificar que não se encontra em total consonância com os ditames legais. Mister se faz que o Magistrado ao determinar diligência de tal preponderância, o faça de acordo com o que a letra da lei permite, sem ferir princípios individuais, não podendo a decisão abranger as pessoas de forma indiscriminada.

No caso vertente, do que se pode observar, as decisões que determinaram a coleta do material genético, foram todas de forma uníssona e indistinta, sem que houvesse o juízo original fundamentado as razões da necessidade de tal extração para os autos, bem como, se pairavam dúvidas a respeito da identidade de cada custodiado ou qual a relevância naquele momento (audiência de custódia) de tal coleta.

Veja-se as razões de decidir do nobre magistrado:

“Inicialmente, verifico a necessidade de coleta do material genético do acusado, como medida cautelar probatória. No Brasil, a coleta de material genético de condenados a certos crimes é obrigatória. Já no caso de investigados, a coleta será obrigatória a depender de ordem judicial que a repute essencial à elucidação dos fatos. São essas as inovações da Lei n. 12.654/12. Embora a coleta de DNA não tenha sido devidamente efetivada, já há várias amostras no Banco Nacional. Nesse contexto, o Relatório do Banco Nacional de Perfis Genéticos, disponível da página do Ministério da Justiça, demonstra que muitos crimes notadamente de estupro, no DF e na Paraíba, por exemplo, só foram solucionados graças ao Banco. A constitucionalidade do Banco Nacional de Perfis Genéticos será decidida no Recurso Extraordinário (RE) 973837. Há ao menos dois importantes argumentos a favor da constitucionalidade da lei: a) a Procuradoria-Geral da República sustenta que a identificação por DNA é como a identificação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

por meio de impressão digital. Logo, é perfeitamente constitucional; b) a Academia de Ciências Forenses defende que a colheita de DNA é passiva e não invasiva. Logo, seria constitucional. A Lei nº 12.654/12 que criou o Banco Nacional de Perfis Genéticos impõe a coleta de DNA de condenados por crimes violentos e hediondos e, desde que com autorização judicial, de investigados. Registro que a Lei nº 12.654/12 não fere o direito à não autoincriminação. O exame de DNA adotado para fins forenses é realizado com a utilização do suabe (espécie de cotonete) passado suavemente na superfície interna da boca (céu da boca), procedimento indolor e que não implica nenhum risco para a saúde do fornecedor. O direito de não produzir prova contra si mesmo veda apenas: (1) que o acusado seja obrigado a colaborar, por meio de comportamentos ativos, à produção de provas; e (2) meios de extração de prova invasivos. Não se pode exigir, por exemplo, que o réu participe da reconstituição do crime, porque isso exigiria uma colaboração ativa do acusado contra seus próprios interesses. Também não se pode extrair sangue do acusado coercitivamente, já que a extração é considerada invasiva e diz respeito diretamente à integridade corporal do acusado. Mas nada impede que o acusado seja obrigado a participar de um reconhecimento de pessoas. Sempre se entendeu na jurisprudência que o acusado pode ser coercitivamente enfileirado junto de outras pessoas para que a vítima ou uma testemunha possa indicar se, dentre os presentes, está aquele que teria cometido o crime. Isso porque o reconhecimento é meramente passivo. O mesmo ocorre na coleta de DNA. Nesse contexto, também se pode obrigar o acusado a permitir que um cotonete seja levemente passado no céu da sua boca. É só isso que o suabe bucal envolve: passar um cotonete no céu da boca de uma pessoa. Diferentemente da extração de sangue, o cotonete não penetra no corpo do acusado. A coleta de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

provas é totalmente superficial. Com efeito, não se trata de meio invasivo. Em suma: a extração de DNA pelo chamado suabe bucal não é nem invasiva, nem demanda comportamento ativo do acusado. Logo, não fere o direito a não autoincriminação. No caso do condenado, a coleta do material genético configura verdadeiro efeito extrapenal genérico da condenação. Se o Estado pode tomar a liberdade e a propriedade do condenado por crime, se pode impedi-lo de dirigir ou de exercer sua profissão, então é certo que o Estado também pode obrigar o condenado a fornecer material genético, em nome de interesses coletivos cogentes. Mas e no caso do investigado? A colheita seria constitucional? Afinal, o investigado, diferentemente do condenado, não pode ser tratado como culpado. Trata-se de decorrência da própria regra de tratamento inerente à presunção de inocência. No caso do investigado, a colheita do material genético que se submete à reserva de jurisdição (o Richtervorbehalt do direito alemão) é uma verdadeira medida cautelar probatória. Se o Juiz, após pedido do MP, pode determinar a apreensão de escritos do acusado para realizar futuro exame grafotécnico, também pode determinar, de maneira circunstanciada e com base na gravidade concreta do crime, que seja recolhido o material genético do acusado seja na investigação, seja no processo penal. No Brasil, aquele que ainda não foi condenado só poderá ter o material genético recolhido se o Juiz, em decisão adequadamente fundamentada, entender que esse material é importante para a investigação ou para o processo penal em curso. Não se trata de recolher material genético indiscriminadamente. A reserva de jurisdição oferece uma garantia ao réu, que poderá, inclusive, impugnar a decisão nas instâncias superiores, se o Juiz agir de forma arbitrária. Esse raciocínio é totalmente compatível com a Constituição Federal. A CF/88 estabelece em seu art. 5º, LVIII, que o “ (...) civilmente identificado não será



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Já o art. 3º, IV, da Lei 12.037/09 (Lei de Identificação Criminal) permite a identificação criminal, ainda que apresentado documento de identificação, quando a (...) identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa. A coleta de material genético não viola, portanto, a CF/88. Consigno que, no exterior, as democracias civilizadas têm entendido pela admissibilidade do DNA. É o caso, por exemplo, dos EUA, merecendo menção o caso Maryland v. King, 569 U.S. 435 (2013), julgado pela Suprema Corte norte americana. O STF já decidiu várias vezes, inspirado no Tribunal Constitucional Federal alemão, que a máxima da proporcionalidade inclui o princípio da proibição da proteção insuficiente (Untermaßverbot). Isso significa que cabe ao Estado desincumbir-se do seu dever de proteção (Schutzpflicht). O dever de proteger a população obriga o Estado a instituir mandamentos de criminalização; a combater o crime; e a efetivar todos os meios ao seu alcance que permitam o esclarecimento de infrações penais, a exoneração de inocentes acusados de maneira injusta, e também a condenação dos culpados. A Lei 12.654/2012 não é apenas constitucional. Ela é uma exigência da própria Constituição. O Estado tem o dever de usar a tecnologia para exonerar os injustamente acusados, para proteger os direitos fundamentais das vítimas e para punir os criminosos”.

Como visto, a base da decisão se funda na medida cautelar probatória, no método não invasivo da coleta e na constitucionalidade da Lei, todavia, não podemos olvidar que o Estado possui limites a serem respeitados e, a extração desse material genético nessa fase de investigação deve ser somente nos casos de essencial necessidade, afastando



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

assim, qualquer constrangimento ilegal para o agente.

Além disso, a extração e coleta compulsória do material genético para fins de alimentação de banco de dados, sem o devido consentimento do acusado, nessa fase processual, fere de maneira irreversível o direito de não produção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), não podendo obrigar o acusado a fornecer tal material.

Lado outro, o artigo 9-A da Lei de Execução Penal, com as alterações elencadas pela Lei 12.654/2012, determina:

“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 nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, a 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.

§ 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.

Verifica-se, portanto, que no que tange às pessoas com condenação, a Lei traz exigências mais rígidas, porém com ressalvas. Determina que os condenados por crimes com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei 8.072/90, artigo 1º, serão submetidos compulsoriamente a extração do material genético, para armazenamento em banco de dados sigiloso.

Essa matéria ainda está pendente de julgamento no Tema de Repercussão Geral no recurso Extraordinário nº 973.837, perante a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

Corte Suprema, a fim de aferir a constitucionalidade do referido artigo:

“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 personalidade e da prerrogativa de não se auto incriminar – 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. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. (STF RE 973837 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2016)”

Assim, pelo exposto acima, necessário frisar que é possível a extração de material genético do acusado na fase investigativa, desde que obedecidas as hipóteses previstas na Lei e de maneira individualizada e não genérica.

Nesse sentido, a D. Procuradoria Geral de Justiça também se manifestou às fls. 1122/1135:

“Destarte, por tratar-se de direito fundamental do acusado, a extração de material genético somente poderá ser determinada nas hipóteses legais que regulamentam a matéria, e não de forma indiscriminada para todo e qualquer delito, e na fase de investigação, sem que estejam satisfeitas as exigências legais. A questão é de respeito à legalidade, que é a base do nosso ordenamento jurídico, principalmente no que se refere a hipóteses de restrição de liberdades individuais.”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 9ª Câmara de Direito Criminal

Assim sendo, é importante frisar a possibilidade de coleta de material genético em sede de investigações, para fim de identificação criminal, quando for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, nos termos do inciso IV do artigo 3º e do parágrafo único do artigo 5º, da Lei nº 12.037/2009; e não meramente para alimentar um banco de perfis genéticos, que se aplica a pessoas condenadas, e não apenas investigadas, nos termos do disposto no artigo 9º-A da Lei de Execução Penal.

Nesses termos, opino pelo conhecimento do writ, e, no mérito, pela concessão da ordem de Habeas Corpus Coletivo, para que a d. autoridade apontada como coatora se abstenha de determinar a extração de material genético fora das hipóteses legais, com a consequente exclusão do banco de dados de perfis genéticos que lá já foram incluídos indevidamente e a nulidade dos atos judiciais que impuseram a medida.”

Diante do exposto, pelo meu voto, **CONCEDO A ORDEM** do presente *Habeas corpus* para anular as decisões proferidas nos processos 500182-37.2019, 1500188-44.2019, 1500190-14.2019, 1500193-66.2019, 1500195-36.2019, 1500196-21.2019, 1500198-88.2019, 1500199-73.2019, 1500278-52.2019 e 1500279-37.2019, apenas na parte em que determina a extração compulsória de material genético, bem como que se imponha, à autoridade apontada como coatora, a obrigação de não fazer, consistente em se abster de determinar a extração de material dos futuros custodiados.

FÁTIMA GOMES
 RELATORA