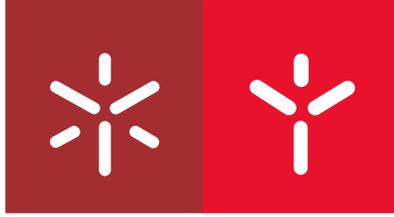




Universidade do Minho
Escola de Direito

Dora Gabriela Gonçalves Rodrigues

O paradigma constitucional da criação de bases de dados genéticos para arguidos condenados: análise crítica ao artigo 8.º, n.º2, da lei n.º5/2008, de 12 de fevereiro



Universidade do Minho
Escola de Direito

Dora Gabriela Gonçalves Rodrigues

O paradigma constitucional da criação de bases de dados genéticos para arguidos condenados: análise crítica ao artigo 8.º, n.º2, da lei n.º5/2008, de 12 de fevereiro

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Flávia Novera Loureiro

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Agradecimentos

Aos meus pais, porque sem eles nada disto seria sequer possível e por serem os grandes pilares da minha vida. Ao meu irmão, por estar sempre presente em todas as minhas conquistas, e por ser o meu grande amor. Obrigada pelo apoio e amor incondicional, devo-vos tudo.

Ao Bruno, por ser o meu porto seguro e me apoiar em tudo na minha vida.

À minha orientadora, Professora Doutora Flávia Noversa, por ter aceite a orientação deste trabalho, pela disponibilidade e profissionalismo, e por todos os conhecimentos transmitidos ao longo dos últimos dois anos.

Às minhas amigas, Jessica, Rita, Francisca, pela amizade, apoio e por acreditarem em mim mesmo quando eu própria não acreditava. Guardo-vos no coração.

Por fim, resta-me agradecer à minha avó Alegria, por toda a preocupação, dedicação e apoio em todos os momentos mais difíceis que tive de enfrentar nesta caminhada.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Resumo

O paradigma constitucional da criação de bases de dados genéticos para arguidos condenados: análise crítica ao artigo 8.º, n.º2, da lei n.º5/2008, de 12 de fevereiro

A utilização de perfis genéticos no domínio forense assumiu já uma importância impossível de ignorar. Com a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal através da Lei n.º5/2008, de 12 de fevereiro, o processo penal encontrou no ADN um recurso poderoso de combate ao crime, nomeadamente, na área forense da identificação criminal. De facto, tal arsenal científico-tecnológico apresentou-se ao direito com toda a sedução que um meio de prova altamente determinista pode deter devido ao elevado rigor e certeza na descoberta da verdade material. No entanto, a verdade não se pode alcançar a qualquer custo. E sendo o direito processual penal, muitas vezes conhecido como Direito Constitucional aplicado, compete-lhe a realização da justiça no estrito respeito pelos direitos fundamentais, que muitas vezes a sua conciliação se mostra complexa devido aos interesses em confronto, as exigências de realização da justiça e a efetivação do *ius puniendi* do estado, por um lado, e a necessidade de respeitar os direitos fundamentais, por outro.

Ainda que a Constituição autorize restrições aos direitos, ela submeta-os a estritos pressupostos materiais previstos no artigo 18.º, n.º2 – idoneidade, necessidade e proporcionalidade. O que não parece encontrar legitimidade penal e quiçá constitucional é justamente o artigo 8.º, n.º2, da lei supra-mencionada, que prevê a inserção de perfis genéricos de arguidos já condenados, aos quais foi aplicada, concretamente, pena de prisão igual ou superior a 3 anos, pressupondo que, delinquindo uma vez, estes poderão voltar a incidir na atividade criminosa, e que, por isso, deverão suportar esta restrição dos seus direitos fundamentais. Desta maneira, no estudo a que nos propomos pretendemos contribuir para o aperfeiçoamento do desenho legal do referido artigo 8.º, n.º2, da Lei n.º5/2008, de forma a encontrar uma solução normativa mais aproximada do ponto de equilíbrio dos interesses em jogo, que potencie a eficácia da medida, bem como minimize os seus custos para os direitos fundamentais dos cidadãos, onde à balança da ponderação terão de ser levados o valor subjacente à administração da justiça, à gravidade do crime, a idoneidade da medida enquanto adequação e utilidade para os fins que pretende alcançar, a necessidade, e ainda que haja um interesse que contrabalance o suficiente com os interesses individuais constitucionalmente garantidos. Só assim, esta medida legislativa será processualmente válida.

Palavras-chave: Arguidos condenados, Base de Dados, Investigação Criminal, Perfil de ADN, Restrição de Direitos Fundamentais.

Abstract

The constitutional paradigm of the creation of genetic databases for convicted defendants: critical analysis of article 8, no. 2 of law no. 5/2008, of 12 February

The use of genetic profiles in the forensic domain has already assumed an importance impossible to ignore. With the creation of a database of DNA profiles for civil and criminal identification purposes through Law no. 5/2008 of February 12, the criminal process found in the DNA a powerful resource to fight crime, especially in the area forensics of criminal identification. In fact, such scientific-technological arsenal presented itself to the law with all the seduction that a highly deterministic means of proof can hold due to the high rigor and certainty in the discovery of material truth. However, the truth cannot be reached at any cost. And since criminal procedural law, often known as applied Constitutional Law, it is incumbent upon it to carry out justice in strict respect for fundamental rights, whose conciliation often proves to be complex due to the conflicting interests, the demands of carrying out justice and the enforcement of the state's *ius puniendi*, on the one hand, and the need to respect fundamental rights, on the other.

Although the Constitution authorizes restrictions on rights, it submits them to strict material assumptions provided for in article 18, paragraph 2 – suitability, necessity and proportionality. What does not seem to find criminal and perhaps constitutional legitimacy is precisely article 8, n. 2 of the aforementioned law, which provides for the insertion of generic profiles of defendants who have already been convicted, to whom a prison sentence of 3 years or more has been applied, assuming that, if they commit criminal offenses once, they may return to the criminal activity, and who, therefore, must bear this restriction of their fundamental rights. Thus, in the study we propose, we intend to contribute to the improvement of the legal design of the aforementioned article 8, paragraph 2, of Law 5/2008, in order to find a normative solution that is closer to the balance of interests at stake, which enhances the effectiveness of the measure, as well as minimizes its costs for the fundamental rights of citizens, where the underlying value of the administration of justice, the seriousness of the crime, the suitability of the measure as adequacy and usefulness for the purposes it intends to achieve, the need, and even if there is an interest that sufficiently counterbalances the constitutionally guaranteed individual interests. Only then, this legislative measure will be procedurally valid.

Keywords: Convicted Defendan, Criminal Investigation, Data Base, DNA Profiles, Restriction of Fundamental Rights.

Índice

Agradecimentos.....	ii
Resumo.....	v
Abstract.....	vi
Lista de abreviaturas	ix
Introdução.....	1
Capítulo I: O ADN enquanto prova genética.....	4
1. Breve enquadramento científico e histórico.....	4
2. Estrutura e funções do ADN	6
2.1 A Importância da distinção entre ADN codificante e ADN não codificante.....	7
2.2 O ADN nuclear e o ADN mitocondrial.....	9
3. Breve referência às técnicas de identificação genética.....	10
4. Utilização do ADN na investigação criminal.....	12
4.1 Alusão às preocupações éticas	15
4.2 Enquadramento probatório da prova genética	18
4.3 Relevância da prova obtida através da análise do ADN.....	20
Capítulo II: Recolha de amostras de ADN em arguidos imputáveis condenados.....	23
1. Iniciativas para a criação de uma base de dados de perfis de ADN.....	23
2. Ordem de recolha em arguido e ordem de recolha em condenado.....	26
3. Pressupostos da recolha de amostras de ADN em arguidos imputáveis condenados	27
3.1 Momento processual de determinação da recolha de amostra de ADN.....	28
3.2 Critério da Reincidência.....	30
3.3 Pena concreta de 3 anos.....	33
3.4 Trânsito em julgado da sentença de condenação	36
3.5 Automaticidade	37
3.6 Consentimento e coercibilidade	40

3.7	Permanência e eliminação de perfis de ADN.....	45
Capítulo III: O estatuto jurídico-constitucional da utilização de amostras biológicas em processo penal		48
1.	A base de dados de perfis de ADN com finalidades identificativas à luz do paradigma constitucional dos Direitos Fundamentais.....	48
1.1	Dignidade da pessoa humana	50
1.2	Direito à reserva da vida privada.....	52
1.3	Direito à integridade pessoal.....	55
1.4	Direito à não autoincriminação	57
2.	O regime próprio dos Direitos, Liberdades e Garantias do artigo 18.º da CRP: a admissibilidade da restrição dos direitos fundamentais.....	62
3.	Proposta de uma nova redação para o artigo 8.º, n.º2	65
Conclusões.....		67
Bibliografia		71

Lista de abreviaturas

ADN: Ácido Desoxirribonucleico

CEDH: Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CNPD: Comissão Nacional de Proteção de Dados

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

CRP: Constituição da República Portuguesa

DUDH: Declaração Universal de Direitos Humanos

INMLCF: Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses

LPC: Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária

n.º: Número

p.: Página

pp.: Páginas

PCR: *Polymerase Chain Reaction*

Proc.: Processo

ss.: Seguintes

STJ: Supremo Tribunal de Justiça

STR: *Short Tandem Repeats*

TC: Tribunal Constitucional

Introdução

A temática fundamental deste estudo assenta na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e investigação criminal, e que se assumiu para o direito com toda a sua sedução inerente.

De facto, com o desenvolvimento da ciência e as descobertas relacionadas com a genética o recurso à tecnologia de identificação genética no âmbito da investigação criminal tem vindo a dar uma nova solução aos problemas jurídicos. Contendo o ácido desoxirribonucleico todas as características e informações genéticas de um indivíduo permite que, a partir de qualquer tipo de material ou vestígio biológico, o perfil genético seja estabelecido e o sujeito identificado, contribuindo assim para a resolução de investigações criminais.

Deste modo, com a presente dissertação pretendemos indagar acerca das questões que surgem da aplicabilidade da genética forense no direito, porém, com maior pormenor, sobre as fragilidades que podem resultar da recolha e inserção de perfis genéticos de arguidos condenados por crime doloso em pena de prisão igual ou superior três anos, como consta nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da lei supra-citada. Esta opção legislativa, em concreto, será objeto de escrutínio conceptual, doutrinal e reflexivo. Sem prejuízo de uma abordagem mais global e genérica dos grandes problemas que a lei suscita em si, desde problemas de carácter ético-jurídico a problemas de cariz jurídico-penal.

Apesar das vantagens relacionadas com o elevado grau de fiabilidade e segurança que os perfis de ADN trouxeram para o processo penal, tem-se assistindo à proliferação dos meios de agressão e de devassa aos direitos fundamentais, que se deve não só ao facto de existir, com tal utilização de perfis genéticos após condenação, a inserção e permanência de dados altamente sensíveis e eventualmente reveladores de muitas outras informações, como também de se suporem crimes futuros, que ainda não aconteceram, acarretando uma restrição permanente de direitos fundamentais. Por conseguinte, pode gerar-se uma perturbação entre as finalidades do processo penal, mediante a realização da justiça e a descoberta da verdade, e os direitos fundamentais que podem ser potencialmente ameaçados.

Assim, de forma a responder à problemática objeto de investigação, introduziremos o tema r Capítulo I, fazendo uma aproximação prévia e sumária do progresso da genética a nível científico, histórico e ético, bem como, da importância que esta tem assumido nas resoluções das investigações criminais.

A posteriori, no Capítulo II, e sendo este um dos capítulos centrais deste estudo, procuraremos analisar e identificar os pressupostos, procedimentos e problemas que estão na base da ordem de recolha de amostras biológicas em condenados, isto é, iremos apresentar as motivações que estiveram na base da consagração da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, porém, incidiremos com maior rigor, numa análise crítica ao regime da medida de recolha de amostras biológicas em arguidos condenados, nos termos do artigo 8.º, n.º 2. Cumpre averiguarmos se o pressuposto inerente a esta medida, segundo o qual quem já cometeu um crime terá tendência a cometê-lo novamente, arrumando estes indivíduos condenados num grupo de pessoas com interesse criminógeno, se dá com a mesma frequência para todos aqueles que cometam crimes e aos quais, em concreto, foi aplicada uma pena de prisão superior a três anos, ou se, pelo contrário, a distinção entre pequena e grave criminalidade não é elemento definidor e diferenciador suficiente de um maior interesse persecutório destes indivíduos e já não daqueles.

Ter-se-á ainda em consideração a discussão acerca do acesso a esta base de dados, restrito às finalidades de investigação criminal e civil, para a qual foi criada. Permite-se ainda questionar se o cruzamento futuro poderá configurar um juízo de antecipação comportamental, quando o condenado, cumprida que está a pena, é um sujeito sem dívidas para com a sociedade e que não deverá, em princípio, ver-se estigmatizado pela inclusão do seu perfil numa base de dados de condenados, avaliação a ser feita tendo como suporte e considerações relativas à finalidade de prevenção especial positiva da aplicação da penal. Mais, não está esclarecido na medida que conduta se adota quando o arguido condenado não consinta com a ordem de recolha de ADN, questão esta que tem sido alvo de diversas discussões, quer a nível doutrinal, quer a nível jurisprudencial.

Por fim, e chegados ao núcleo essencial desta dissertação, no Capítulo III, pretendemos identificar os direitos fundamentais que são potencialmente ameaçados e restringidos com a utilização de provas genéticas, mais especificadamente, nos perfis inseridos ao abrigo do artigo anteriormente mencionado, onde procuraremos abordar os problemas jurídico-constitucionais decorrentes da utilização das amostras de ADN e da criação da base de dados com finalidades de identificação civil e investigação criminal. Deste modo, procederemos à análise da legitimidade penal e da legalidade do ficheiro de perfis genéticos em arguidos condenados à luz do paradigma constitucional e legal português, aferindo do seu cumprimento pelos requisitos de admissibilidade de medidas restritivas de direitos fundamentais previstos no artigo 18.º, n.º 2, da CRP.

O nosso estudo focar-se-á, apenas, na investigação da base de dados e nos problemas que dela decorrem no âmbito do ordenamento jurídico nacional, fazendo breves referências a casos e situações que ocorreram noutros ordenamentos jurídicos. Desta maneira, debruçar-nos-emos sobre questões que têm sido recorrentemente discutidas na doutrina e jurisprudência nacional, quer fazendo alusão às questões numa perspetiva anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto, quer atendendo também ao quadro normativo vigente.

De facto, muito do que se possa dizer acerca do conhecimento atual sobre a aplicação de métodos da genética em contexto forense de investigação criminal pode, a breve trecho, ser considerado ultrapassado e desatualizado pelos incessantes avanços científicos que vão surgindo neste ramo.

Capítulo I: O ADN enquanto prova genética

1. Breve enquadramento científico e histórico

É comum apelidar Gregor Mendel como o “pai da genética” uma vez que foi este quem marcou o momento do arranque do seu nascimento. Mendel descobriu as leis da genética que mudaram o rumo da biologia, as experiências realizadas através do cruzamento de diferentes qualidades de ervilhas de jardim¹, permitiram reconhecer as primeiras bases científicas da hereditariedade e estabelecer os primeiros fundamentos científicos da genética². Deste modo, através da observação do modo de transmissão dos caracteres parentais aquando da formação dos gâmetas³, concluiu que a transmissão entre gerações de certas características da planta seguia um padrão estatístico surgindo a presença de unidades hereditárias discretas, atualmente conhecidas por genes, que permaneciam intactas durante o processo – encontrando-se assim as suas conclusões plasmadas nas designadas – Leis de Mendel. A primeira, a “Lei da segregação independente dos fatores”, estatui que os pares de fatores ou caracteres se agregam aquando da formação dos gâmetas⁴. A Segunda Lei de Mendel, também conhecida como “Lei da segregação independente dos caracteres”, estabelece que duas ou mais características localizadas em cromossomas diferentes são herdadas de forma independente, o que significa que a transmissão de um gene não exerce qualquer influência na transmissão de outro gene⁵. Já a Terceira Lei de Mendel determina que os descendentes de progenitores que diferem quanto a uma característica herdam apenas um carácter deles, o dominante, embora o recessivo permaneça em estado latente, podendo reafirmar-se nas gerações seguintes. A característica recessiva apenas se manifesta se ambos os fatores forem recessivos⁶.

Dito isto, é importante sublinhar que as Leis de Mendel foram apenas um ponto de partida, e não um ponto de chegada. Concomitantemente com os estudos de Mendel, Johann Friedrich Miescher

¹ Tanto, quanto se sabe, Mendel, foi o primeiro a elaborar um modelo teórico baseado no cruzamento de ervilhas de diversas qualidade e cores, registando a frequência segundo a qual cada um dos caracteres originários de progenitores morfologicamente diferentes se manifestava na primeira e depois na segunda geração. Observo, então, que havendo diferença nos caracteres parentais (por exemplo, cruzando uma ervilha verde com uma amarela) a primeira geração era uniforme, ou seja, nela predominava apenas um e sempre o mesmo caráter (todas as ervilhas eram amarelas). Contudo, na segunda geração, os caracteres parentais reapareciam, segundo proporções estatisticamente previsíveis (na proporção de ¼ de ervilhas verdes para ¾ de ervilhas amarelas) - Botelho, Marta, *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico – em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 32 e 33.

² A genética é o ramo da biologia que «permite compreender a evolução das espécies através do estudo da transmissão dos caracteres hereditários, das causas da sua estabilidade e da sua mudança». Neste sentido, Alvarez, Manuela, *O contributo da genética para a evolução do pensamento evolutivo*, 2010, p. 123, disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/21457/1/AP26.27.pdf>

³ Os gâmetas é cada uma das células que se unem durante a fecundação para formar o ovo (ou zigoto), primeira fase do desenvolvimento de um indivíduo, isto é, são as células dos seres vivos (espermatozoide e óvulo).

⁴ Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 34.

⁵ Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 35.

⁶ Barbas, Stela, *Direito do Genoma Humano*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 40.

descobriu o ácido desoxirribonucleico⁷ no decorrer de uma série de investigações em que tinha como objetivo identificar os componentes químicos do núcleo da célula, concluindo que a composição desta substância era rica em átomos de fósforo e nitrogénio. Substância essa que, atualmente, chamamos-lhe ADN.

Posteriormente, Wather Flemming, considerado o fundador da ciência citogenética, foi o primeiro a testemunhar de forma metódica, em 1882, os cromossomas humanos através de estudos efetuados em células tumorais. Mais tarde, em 1902, Walter Sutton publicou um artigo no qual afirmava que os cromossomas se comportavam como fatores mendelianos e que se separavam durante a meiose⁸, sendo que cada um deles provinha de um progenitor diferente.

Muito tempo passou, e em 1944, Oswald Avery, Colin Macleod e Maclyn MCarty demonstraram que o ADN isolado por Miescher é uma molécula com capacidade informacional que transmite informação entre gerações⁹.

Depois de alguns progressos científicos, em 1953, James Watson e Francis Crick descreveram a estrutura em dupla hélice do ADN. Passo este que veio revolucionar o desenvolvimento da biologia molecular e permitir à ciência o conhecimento das transmissões genéticas¹⁰.

Nas décadas que se seguiram, desenvolveu-se o Projeto Genoma Humano, que tinha como principais finalidades o mapeamento e sequenciação do genoma humano, o desenvolvimento de tecnologia para a análise do ADN, e o estudo das implicações éticas, sociais e legais decorrentes do conhecimento do genoma¹¹. Ainda assim, esta “descodificação do genoma “não constitui a descoberta absoluta das atividades genéticas, muito pelo contrário, fica por explicitar várias “funções dos componentes das estruturas genéticas decifradas”¹².

De facto, a despeito de todos os estudos já feitos aos longos dos anos, muito ainda permanece para ser entendido neste mar de informação, como concluem os cientistas envolvidos nestes estudos “quanto mais aprendemos sobre o genoma humano, mais há para ser explorado”.

⁷ Doravante, ADN.

⁸ Barbas, Stela, *op. cit.*, p. 3. Meiose é o processo de divisão celular, aquando da formação do óvulo ou espermatozoide, “que permite a obtenção de células com metade dos cromossomas da célula inicial; tal redução permite que o zigoto apresente uma quantidade de informação genética igual à das células dos progenitores”, Bravo, Jorge dos Reis/Leal, Celso, *Prova Genética: Implicações em processo penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 243.

⁹ Regateiro, Fernando J., *Manual de Genética Médica*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1.ª Edição, 2.ª Reimpressão, Coimbra, p.4.

¹⁰ Botelho, Marta, *op. cit.*, p.52.

¹¹ Regateiro, Fernando J., *op. cit.*, p. 5.

¹² Bravo, Jorge dos Reis, /Leal, Celso, *op. cit.*, p. 30.

2. Estrutura e funções do ADN

O ADN é uma molécula formada por um conjunto de substâncias químicas elementares em que avultam quatro elementos que se agrupam em pares e formam os intermináveis degraus da escala helicoidal que designamos de dupla hélice. Melhor dizendo, estruturalmente, uma molécula de ADN consiste em duas cadeias polipeptídicas compostas de quatro tipos de subunidades nucleótidos. Cada nucleótido é constituído por uma base (que pode ser Adenina, Citosina, Guanina ou Timina¹³), cujo cerne é constituído por um açúcar, uma base azotada e um grupo fosfato¹⁴ de que a ordem difere de indivíduo para indivíduo¹⁵.

O ADN encontra-se ainda dividido por cromossomas e cada um deles representa nada mais do que uma única e enorme molécula de ADN com proteínas relacionadas¹⁶ que se comprimem em uma estrutura mais consistente. A função destes é a de portar os genes¹⁷ – segmentos de ADN que estão dispostos linearmente nos cromossomas ao longo do núcleo da célula¹⁸ e que são responsáveis pelas características fenotípicas do indivíduo, como a fisionomia, a cor dos olhos e do cabelo, a altura, bem como a propensão do indivíduo para o aparecimento de doenças genéticas como a diabetes, a hipertensão, obesidade ou o cancro¹⁹.

Isto posto, o ADN é a base da hereditariedade, já que os genes contêm todos os caracteres físicos dos seres vivos, que se transmitem de pais para filhos, assegurando ainda que se transmitam à descendência exclusivamente as características próprias de cada espécie. Sendo por isso mesmo considerada a molécula informacional por excelência²⁰. E se assim é, facilmente se depreende que o ADN cumpre várias funções importantes nos seres vivos. A principal é a sua função discriminativa, cada indivíduo é geneticamente distinto do outro. Ora, uma vez que o ADN não é completamente

¹³ As duas cadeias mantêm-se unidas através de pontes de hidrogénio.

¹⁴ Watson, J. D. e Crick, H.C., Molecular Structure of Nucleic Acid: A structure for desoxirribose nucleic acid. Nature, n.º 171, p.737 -738, *apud* Pinheiro, Maria Fátima, “Aplicação do estudo do DNA em criminalística”, in *Polícia e Justiça – Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária, e Ciências Criminais*, III Série, n.º 3, janeiro-junho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 168.

¹⁵ Com exceção dos gémeos homozigóticos. Os gémeos homozigóticos, também comumente conhecidos por “gémeos verdadeiros”, são irmãos que se desenvolveram do mesmo zigoto (resultante da fecundação de um único óvulo por um único espermatozoide). São, por isso, considerados geneticamente iguais, “por ser idêntica a quase totalidade da extensão dos respetivos genomas”, pelo que «pode dizer-se metaforicamente, que se trata geneticamente de um mesmo indivíduo”. Bravo, Jorge dos Reis, / Leal, Celso, *op. cit.*, pp. 19, 42 e 43.

¹⁶ A cromatina consiste num filamento formado pela combinação de ADN e proteína. Carvalho, João Serra de/Carvalho, Víglío Serra de/Carvalho, Hamilton Serra de Direito *Genómico e Dignidade Humana: Estudos Avançados sobre Direito à vida, à identidade pessoal e genética do ser humano*, 1.ª Edição, Chiado Editora, 2016, pp. 32 e 33.

¹⁷ Oliveira, Guilherme Freire Falcão de “Implicações jurídicas do conhecimento do genoma”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, 128.º ano, n.º 3850-3861, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 325-326; “Os genes são fragmentos de ADN que ocupam sempre a mesma posição no cromossoma em que residem”. “(...) Os genes são unidades hereditárias que contêm a informação para a produção de substâncias bioquímicas específicas na célula”. ADN e Direitos Fundamentais, adaptado do texto DNA Databases and Human Rights, Genewatch, UK, janeiro 2011, disponível em: https://www.cfbdadosadn.pt/pt/conexoes/adndireitos/Paginas/ADN_DireitosFundamentais.aspx

¹⁸ A célula é a mais pequena unidade estrutural e funcional dos seres vivos, com capacidade para se reproduzir.

¹⁹ Significa isto que o gene é responsável pela transmissão do conjunto de instruções que a célula terá de desempenhar para produzir determinadas proteínas, permitindo que o corpo humano conserve a sua estrutura através do processo de duplicação e replicação, se desenvolva e funcione normalmente.

²⁰ Regateiro, Fernando J., de “Implicações jurídicas do conhecimento do genoma”, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, 128.º ano, n.º 3850-3861, Coimbra Editora, Coimbra, 1996 p. 9. Embora o Autor também acrescente que esta molécula “não pode ser vista de um modo restrito como a única molécula transmissora de informação”.

idêntico entre os indivíduos da mesma espécie, existem pequenas diferenças genéticas que permitem discriminar os sujeitos, e consequentemente, identificá-los²¹.

Para além disto, e por absurdo que pareça, o ADN assegura a evolução da espécie, em virtude de poder existir eventuais erros de transmissão dos caracteres. A replicação de ADN não é isenta de erros, podendo ocorrer mutuações. Essas mutações são normalmente incompatíveis com a célula. Contudo, há casos excepcionais em que, por qualquer circunstância, a mutação se torna compatível, e a partir daqui toda a descendência receberá o ADN mutado, o que dá origem à evolução da espécie²².

2.1 A Importância da distinção entre ADN codificante e ADN não codificante

Em 2001, quando finalmente foi apresentado o mapeamento do genoma²³ humano tal permitiu o conhecimento da organização dos genes nos cromossomas humanos, inclusive daquela quantidade de genoma utilizado para codificar proteínas e, por isso, chamado de ADN codificante²⁴. O ADN codificante contém informação relevante e sensível que determina e encarrega os diferentes genes de produzirem proteínas e determinarem a sequência de aminoácidos das proteínas que estes codificam²⁵. Representando cerca de 3% do genoma²⁶, é o responsável por armazenar a informação genética, determinado, tanto o nível interior como o exterior do indivíduo, por exemplo, a cor dos olhos, do cabelo, da pele, bem como dá a conhecer as patologias comportamentais e psicológicas. Todavia, trata-se de um ADN que é formado por sequências altamente conservadoras com poucas variações interindividuais e intergeracionais²⁷ e, por isso, não pode ser usado com efeitos de identificação criminal, pois não há qualquer interesse forense neste tipo de ADN.

²¹ Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 68.

²² *Ibidem*.

²³ De acordo com o artigo 1.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, o "genoma humano tem subjacente a unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como o reconhecimento da sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, constitui o património da Humanidade" Cfr. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, publicado em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/III/PAG3_19_1.htm

²⁴ Trata-se ADN constituído por "aqueles fragmentos de ácido nucleico que determinam, pela ordem dos seus nucleótidos, os diferentes genes que definirão as características das pessoas, através da síntese proteica, determinado a sequência dos aminoácidos das proteínas que codificam o grau de extensão do gene em cada tecido e em cada tempo". Cfr. Lorente, Costa José e Lorente Costa, Miguel, 1995, p.48 e 55, *apud* Rodrigues, Benjamim Silva, *Da Prova Penal, Tomo I: A Prova Científica: Exames, Análises ou Substâncias Psicotrópicas (à luz do paradigma da ponderação constitucional codificado em matéria de intervenção no corpo humano, face ao direito à autodeterminação corporal e à autodeterminação informacional genética)*, Lisboa, Rei dos Livros, 2010. p.63

²⁵ Guimarães, Ana Paula, *A pessoa como objecto de prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à luz da dignidade humana*, Nova Causa – Edições Jurídicas, 2016, p.139.

²⁶ Bravo, Jorge dos Reis/Leal, Celso, *op. cit.*, p. 41.

²⁷ Lorente, Costa José e Lorente Costa, Miguel, 1995, p. 55, *apud* Rodrigues, Benjamim Silva, *op. cit.* p.16.

Por sua vez, o ADN não codificante, que por sinal ocupa 97% de todo o genoma, é aquele que não codifica nenhuma proteína, e à data desconhece-se a sua função²⁸. Não obstante, apesar da aparente irrelevância, é o mais interessante do ponto de vista da sua aplicação no âmbito jurídico. Relembramos as palavras de Guilherme Oliveira, quando diz que estas zonas intergénicas mostram certas sequências químicas que são características de cada indivíduo: em cada pessoa elas têm uma localização específica, têm uma extensão constante e repetem-se a um certo ritmo²⁹. O que permite que funcione enquanto instrumento de discriminação, de diferenciação e de identificação dado ser exatamente ao nível do ADN não codificante que cada ser humano é único e irrepetível.

Deste modo, o ADN que se analisa para efeitos de investigação criminal é o ADN não codificante, que apresenta grande variabilidade e diferenciação entre as pessoas. Esta característica é designada por polimorfismo³⁰. O culminar desta distinção probatória reside no facto, de a partir dele, não ser possível conhecer outros dados pessoais do indivíduo, particularmente, propensões para determinadas anomalias ou características da personalidade, deixando incólume a sua utilização para fins de investigação criminal.

Ainda assim, importa atentar ao que Artur Pereira reforça quando diz que o marcador genético pode revelar informação sensível do indivíduo, devido ao “*linkage desequilibrium*”, isto é, pode revelar informação codificante, desaconselhando assim aquela distinção, considerando mais apropriado distinguir entre “marcadores distintivos”, os que providenciam um específico perfil individual, e “marcadores preditivos”, os capazes de fazer inferências estatísticas sobre características fenotípicas³¹.

²⁸Atualmente acredita-se que apenas tem a função de regulação do funcionamento dos genes, o que significa que futuramente, se forem descobertas novas funções, passe a ser considerado ADN codificante. Bravo, Jorge dos Reis, “Perfis de ADN de arguidos-condenados”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 20, n.º 1, janeiro-março, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 98.

²⁹ Oliveira, Guilherme Freire Falcão de, *op. cit.*, 326. Neste seguimento, Fátima Pinheiro afirma que este tipo de ADN “proporciona a ocorrência de uma grande variação entre os indivíduos de uma população. Esta consiste no número de vezes que a sequência se repete e é variável de indivíduo para indivíduo. Cfr. Edwards, A.; Civitello, A.; Hammond, H. A e Caskey, C.T.- DNA typing and genetic mapping with trimeric and tetrameric tandem repeats, *Am. J. Hum. Genet.*, n.º 49, 1991, p. 746-756, *apud* Pinheiro, Maria Fátima, *op. cit.*, p.169.

³⁰ Costa, Susana/Machado, Helena/Nunes, João, *O ADN e a Justiça: A biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos*, 2002, p, 208, disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/5320>

³¹ Pereira, Artur, *Base de Dados Genéticos: Interesse e Limitações*, Conselho de Fiscalização da Base de dados de perfis de ADN, 2015, p. 27. O Regulamento de Funcionamento da Base de Dados de Perfis de ADN, veio estabelecer, no artigo 11.º, n.º 1, que “no caso de algum dos marcadores de ADN revelar informação relativa à saúde ou a características hereditárias específicas, esse marcador é excluído dos perfis de ADN incluídos na Base de Dados e deixa de ser estudado nas amostras a analisar posteriormente.”

2.2 O ADN nuclear e o ADN mitocondrial

De acordo com a posição do ADN, este pode ainda ser definido como nuclear ou mitocondrial³². O primeiro encontra-se dentro do núcleo da célula, representando cerca de 99% do conteúdo do ADN presente nas células³³, enquanto o segundo encontra-se situado fora do núcleo, num dos órgãos celulares do citoplasma, em particular, nas mitocôndrias³⁴.

O ADN nuclear é transportado pelos dois progenitores, à exceção do cromossoma Y que é de herança uniparental paterna³⁵. Já o ADN mitocondrial, é de ascendência materna, e numa mesma célula, existem inúmeras cópias desta molécula, enquanto o núcleo celular contém apenas uma molécula de ADN nuclear. E é precisamente nesta peculiaridade que se prende a sua importância na ciência genética, pois como cada célula contém várias mitocôndrias, assim quando as amostras de ADN se encontrem degradadas ou existam em pequena quantidade, faz com que a probabilidade de encontrar pelo menos um exemplar intacto seja elevada.

Pode-se afirmar que a obtenção do perfil genético é efetuada através do ADN nuclear, uma vez que possui um grau de discriminação muito maior, fornecendo mais informações quanto à compatibilidade da identidade do titular da amostra. Ao invés do ADN mitocondrial cuja utilização sofre de uma certa inutilidade, pelo facto de ser menos polimórfico, o que faz com que a maior parte do genoma presente seja codificante³⁶, não demonstrado assim qualquer relevância para a investigação criminal visto trata se de um ADN pouco variável de pessoa para pessoa.

³² Rodrigues, Benjamim Silva, *op. cit.*, p.62. "A informação genética das células humanas organiza-se em dois genomas. O grande genoma nuclear, de herança partilhada por ambos os progenitores, e o pequeno genoma mitocondrial que se transmite exclusivamente por parte das mães ao nível dos seus óvulos".

³³ Bravo, Jorge dos Reis, /Leal, Celso, *op. cit.*, p. 45.

³⁴ Júnior, Arthur Pinto de Lemos, "A aplicação da perícia de análise do ADN no Processo Penal para fins de identificação criminal – Principais aspectos", i/n *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n. °3, ano 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p.86. As mitocôndrias são "um organito citoplásmico que existe em todas as células vegetais ou animais, com a forma de grão, bastonete ou filamento que se torna visível por técnicas especiais de fixação e coloração". Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 64. São "fundamentais na produção de energia, assegurando o bom funcionamento das células". Guimarães, Ana Paula, *op. cit.*, p. 139.

³⁵ Pinheiro, Maria Fátima, "Identificação genética: passado, presente e futuro", in *Revista do Ministério Público*, ano 30, n.º 118, abril-junho, Lisboa, 2009, p. 176

³⁶ *Ibidem*, p. 177.

3. Breve referência às técnicas de identificação genética

As primeiras técnicas forenses de identificação genética eram utilizadas apenas para a análise de amostras biológicas que contivessem ADN nuclear. Nos dias de hoje, com o sequenciamento do ADN mitocondrial, esta questão já se encontra ultrapassada. Se antes eram empregues as impressões digitais para desvendar os crimes, atualmente, são diversas as fontes dos quais o ADN pode ser extraído, desde amostras de sangue, saliva, sémen, cabelo, dentes, unhas e outros fluídos.

Desta maneira, a capacidade identificativa do ADN através de vestígios biológicos tornou-se numa das mais poderosas ferramentas de identificação humana no âmbito das investigações e processo criminais, já que permite com uma grande carga de segurança, obter conclusões na determinação ou exclusão da culpabilidade de um suspeito. O uso da cientificidade da prova de ADN, imbuída dos qualificativos de objetividade e discriminação é indubitavelmente um auxiliar valioso na realização da justiça criminal. Contendo o ADN todas as características e informações genéticas de um indivíduo permite que, a partir de qualquer tipo de material ou vestígio biológico, o perfil genético seja estabelecido e o sujeito identificado, contribuindo assim para a resolução de investigações criminais.

Foi Jeffreys quem pela primeira vez utilizou a expressão *ADN fingerprinting* (ou impressão digital genética), referindo-se ao seu exponencial progresso que contribuiu para a identificação de cadáveres. No entanto, esta técnica sofre de um grande *handycap* devido à dificuldade da sua standardização, de criação de base de dados, bem como da interpretação estatística dos seus resultados³⁷.

Atualmente, para que se possa identificar uma pessoa por meio do seu ADN é necessário obedecer a um conjunto de operações que constituem a sua análise. A primeira etapa de uma análise de ADN consiste na extração do ADN contido numa amostra biológica. Portanto, uma vez extraído o ADN, é necessário conferir qual a quantidade de que se dispõe, averiguando também o seu estado de conservação, nomeadamente, a antiguidade, fonte de extração e natureza³⁸. Esta fase é indispensável, pois na recolha pode acontecer que se encontre em quantidade diminuta, ou até mesmo passível de degradação ou de contaminação devido a fatores químicos, físicos ou biológicos, não obstante a sua resistência a temperaturas extremamente baixas ou elevadas³⁹.

E, por vezes, de modo a assegurar que haverá ADN bastante para realizar a análise forense, é preciso replicar o material genético. A primeira tripagem a ser usada foi a técnica-*Restriction Fragment*

³⁷ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, p. 72.

³⁸ Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 167.

³⁹ *Ibidem*.

Length Polymorphisms (ou RFLP), porém, como necessitava de fragmentos de ADN de grande dimensão em bom estado de conservação, tal levaria várias semanas, daí ser adotada com pouca frequência.

Hoje, o método de replicação mais empregue nos laboratórios forenses é o *Polymerase Chain Reaction* (ou abreviadamente PCR), que por meio pequenas quantidades de ADN ou até mesmo de amostras degradadas, permite a reprodução de várias cópias a partir de um fragmento de ADN. Para o efeito é necessário isolar uma região polimórfica, permitindo depois a ampliação das pequenas amostras de ADN, daí dizerem que esta técnica é uma replicação *in vitro* do ADN, uma vez que permite criar artificialmente outros alelos de ADN. Esta técnica é composta por diversas fases. Num primeiro momento, procede-se à desnaturação⁴⁰, pois cada ciclo requer um breve tratamento de calor para separar as duas cadeias de dupla hélice de ADN. De seguida, através de uma brusca descida de temperatura, consegue-se uma nova ligação entre as duas cadeias, com isso, a ligação dos *primers*⁴¹. Por último, esta técnica requer a utilização de uma polimerase especial, isolada a partir de uma bactéria termofílica, que é estável a temperaturas muito elevadas a partir do qual se gera a replicação em cadeia.

Em seguida, após a extração e sequenciação, é preciso separar as moléculas de ADN com base no seu tamanho, carga elétrica e compactação na carga elétrica de uma fita de ADN, os fragmentos de ADN são colocados em gel electroforético, fazendo passar uma carga elétrica pelos mesmos, e analisando os que migram, “pois, as mais pequenas e mais leves progridem mais rapidamente no gel do que as maiores e mais pesadas, que têm tendência a ficarem retidas na matriz de agarose, o que permite separá-las”. Esta separação dos segmentos designa-se por electroforese, que permite a separação das sequências nucleotídicas, permitindo identificar o indivíduo e proceder a comparações com outros ADN, que é feita através de um sequenciador⁴².

Na ciência forense o número de repetições das sequências nucleótidos ideais é o que se dá em *tandem*, isto é, que se dá em repetições baixas. Dentro deste podemos falar em microsatélites que se designam também de *Short Tandem Repeats* (STR). Deste modo, o perfil de ADN consiste no número de vezes que a sequência se repete e é variável de indivíduo para indivíduo. Assim sendo, procura-se que o perfil de ADN corresponda a um código alfanumérico, insuscetível de, por si só, fornecer quaisquer elementos informativos sobre as características físicas e patologias do seu titular⁴³. Ainda

⁴⁰ A desnaturação do ADN dá origem à separação das pontes de hidrogénio das cadeias de ADN através da elevação da temperatura ou da ação de soluções básicas. Regateiro, Fernando J., *op. cit.*, p. 462.

⁴¹ Os *primers* são “sequências de ADN que se utilizam para iniciar a síntese enzimática de ADN como a polimerasa”. Rodrigues, Benjamim, *op. cit.* p. 77.

⁴² O sequenciador é uma máquina que contém um elétrodo com carga positiva e outro com carga negativa, que permite agrupar as moléculas de acordo com a sua carga. Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 170.

⁴³ Bravo, Jorge dos Reis, / Leal, Celso, *op. cit.*, p. 47.

assim, esta técnica está mais sujeita a contaminações, o que assume extrema importância no domínio de aplicação forense. Finalmente, após a realização da análise laboratorial, é elaborado um relatório, onde os resultados inscritos são posteriormente apreciados pelo tribunal⁴⁴.

4. Utilização do ADN na investigação criminal

No nosso ordenamento jurídico, o ADN tem vindo a assumir uma importância crescente como importante meio de identificação, constituindo, em certa medida, um elemento definidor das particularidades únicas de cada ser humano, sendo considerado o padrão de ouro para a identificação⁴⁵. Deste modo, a sua relevância para a ciência forense prende-se precisamente com a sua idoneidade de estabelecer a identidade de uma pessoa de forma inequívoca, graças à sua individualidade, exclusividade e irrepetibilidade em cada ser vivo, tornando-o num mecanismo definidor em sede de investigação criminal pela segurança e precisão. Por força destas virtudes, a receção da prova do ADN ancora-se no ditame da verdade, pois é a verdade que o nosso sistema penal procura em vista de uma justiça justa.

Ora, a fiabilidade das suas conclusões decorre dos seguintes princípios: universalidade, diversidade e estabilidade.

Como já tivemos oportunidade de dizer, o material genético está presente em todas as células nucleadas que compõem o nosso organismo. O que quer dizer que, independentemente do órgão ou tecido de onde seja extraído, são portadores do mesmo ADN⁴⁶, pois provêm da mesma pessoa. Este facto é a manifestação do princípio da universalidade.

Por outro lado, outra característica indispensável que faz do genoma humano uma ferramenta de diferenciação humana é a diversidade. Na verdade, o código é diferente em cada indivíduo, salvo no caso dos gémeos homozigóticos⁴⁷. E é esta diversidade que possibilita a distinção precisa de cada ser humano.

⁴⁴ Botelho, Marta, *op. cit.*, pp. 171 a 173.

⁴⁵ M. Linch et a., Truth Machin. *The Contentions History of DNA Fingerprinting*, Chicag, University of Chicago Press, 2008. Para Simon Cole, o ADN representa uma espécie de "miraculosa demonstração do poder da ciência para atingir a verdade", Cfr. Cole, Simon, *Suspect Identities: A History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Harvard University, 2002, p.169.

⁴⁶ Note que tal não resulta que a atividade química desenvolvida em todas as células pela codificação do ADN seja a mesma, apenas que "antes que a síntetização das proteínas é feita [...] de acordo com as distintas necessidades das células, dos tecidos e dos órgãos do organismo humano". Bravo, Jorge dos Reis/ Leal, Celso, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁷ Outra das limitações à utilização de perfis de ADN para fins de investigação forense prende-se diretamente com a atual impossibilidade de distinção de perfis genéticos em gémeos homozigóticos, já que em termos genéticos são idênticos e, por isso, podemos dizer que se trata do "mesmo indivíduo genético". *Ibidem*, p. 43.

Por fim, a última característica é a imutabilidade do ADN. O ADN apresenta uma grande estabilidade quer nos fluidos biológicos, quer nos diversos tecidos humanos. E esta imutabilidade mantém-se ao longo de toda a vida do indivíduo, desde o nascimento à morte, independentemente do quer que ele faça da sua vida. Assim sendo, a prova científica apresenta-se atrativa, por representar o rigor, a exatidão, a objetividade e a neutralidade que são aqui emprestadas à prova criminal por ser um poderoso meio de identificação⁴⁸, permitindo comparar o perfil genético obtido dos vestígios deixados no local do crime com o perfil do agente.

Com efeito, apesar do seu grande potencial, o ADN é apenas uma ferramenta probatória ao serviço da investigação e da punição, por isso não é seguro que, a coincidência técnica entre uma amostra problema e uma amostra referência⁴⁹ dê como certo que o agente cuja identificação tenha sido feita seja o autor do crime que se pretende apurar⁵⁰. Podem ser várias as circunstâncias e razões para que o ADN de um indivíduo esteja presente no local da prática do facto. Prova, quando muito, que o agente por ali passou ou ali esteve. Ou nem tanto. A título de exemplo, e acompanhando o teorema de *Bayes*, que se baseia na lei das probabilidades e estatísticas, veja-se a seguinte ocorrência: foi traçado o perfil genético a partir do vestígio de esperma deixado numa vítima de um crime de violação; esse perfil é muito raro e coincide com o do suspeito com uma probabilidade de 93%; vem, posteriormente, a apurar-se que o suspeito, à data da prática da infração, estava preso em cumprimento de pena e que nunca se havia evadido do estabelecimento prisional. Por esse motivo, há que atentar na probabilidade de uma qualquer outra pessoa coincidir com o perfil obtido; essa probabilidade é de 7%⁵¹.

Apesar das vantagens relacionadas com o elevado grau de fiabilidade e segurança, existindo inclusive autores que defendem ser a prova de identificação mais segura que existe⁵², não se deve descuidar a eventual colocação de objeções à infabilidade dos métodos, pois os seus resultados não são absolutos⁵³, assentam em juízos de racionalidade probabilísticos e de análise estatísticas, que

⁴⁸ Pereira, Artur, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁹ A "amostra problema" consiste, basicamente, na amostra de vestígio biológico que se encontra em investigação e cuja identificação se pretende estabelecer. Por outro lado, a "amostra referência" é a amostra utilizada para efetuar a comparação.

⁵⁰ Neste sentido, Jorge Bravo e Celso Leal apresentaram como exemplo da utilização desta tecnologia na reanálise de casos criminais passados. Em alguns casos concluiu-se que não existia qualquer possibilidade de os arguidos condenados "terem sido os autores dos factos pelos quais foram condenados, precisamente por se ter demonstrado [...] não ter havido identificação através da comparação [...] [d]os perfis das "amostra-problema" de material biológico recolhido por ocasião da investigação dos factos, e os perfis das amostras biológicas recolhidas posteriormente, junto do suposto autor dos mesmos". Bravo, Jorge dos Reis, / Leal, Celso, *op. cit.*, p. 38.

⁵¹ B. Hoste, *La preuve par l'ADN dans les affaires criminelles: impact des résultats et calculs de probabilité*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, Ano 79, n.º 5, Mai. 1999, pp. 612 e 613.

⁵² Com este entendimento, Oliveira, Guilherme Freire Falcão de *op. cit.*, p. 327; Fidalgo, Sónia, "Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal", in *Revista portuguesa de ciência criminal*, n.º 1, anoº 16, 2006, janeiro-março, Coimbra Editora, Coimbra, p. 116.

⁵³ Guimarães, Ana Paula, A base de dados de perfis de ADN na investigação criminal- Uma inevitabilidade da sociedade contemporânea? – *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, p. 412.

apenas nos fornecem uma probabilidade-coincidência⁵⁴ do perfil obtido na análise efetuada com outros perfis genéticos, não admitindo assim uma leitura totalitária dos seus resultados. Cremos que esta leitura é um risco provável, mas indesejável, por isso é crucial não confundir a justeza da decisão com a fiabilidade que os elementos de prova científica possam transmitir.

Um mero indício encontrado na vítima ou no local do crime não nos confere um grau absoluto de certeza, nem pode ser considerada completamente infalível⁵⁵. Pelo que esta prova não pode ser alheia ao peso ou impacto que os outros meios de prova poderão refletir neste juízo de probabilidade⁵⁶. Não terá sido por acaso que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no seu parecer n.º 52, sublinhou que a confiança no potencial identificativo do ADN e o mito da infalibilidade da análise genética cria um sentimento de falsa segurança, podendo comprometer o sucesso da investigação criminal através da desvalorização de outros métodos de investigação criminal que poderão ser, para o caso em concreto, mais fiáveis. Daí que se aconselhe o seu uso apenas para reforçar e corroborar os restantes meios de prova⁵⁷.

Acontece, porém, que o êxito do resultado destes meios de prova pode sair comprometido por interferência de diversas variáveis. O aviso vem de vários lados: poderá estar em causa os chamados falsos positivos, seja por contaminação da amostra, seja por erros laboratoriais. Já em 2001, Simon Cole chamou a atenção para o “mito da infalibilidade das impressões digitais e sua validade científica”, declarando que, após exames efetuados, se podia concluir que cerca de um em cada cinco examinadores de impressões digitais havia procedido à identificação errada a partir das amostras de impressões digitais, muitas vezes, em consequência da técnica utilizada -, o que é um dado assustador face à frequência com que tem sido utilizada a credibilidade que esta prova científica tem merecido⁵⁸.

Acresce a estes receios, as situações de quimerismo ou mosaicismo⁵⁹, que resulta da existência de mais de um perfil de cada indivíduo. Daí ser imprescindível o uso de marcadores estabelecidos e o

⁵⁴Neste sentido, Vera Lúcia alude ao facto de os resultados da prova de ADN estão dependentes principalmente da frequência com que as características da amostra em causa podem ser encontradas na população de referência. Raposo, Vera Lúcia, “CSI – Quando a ficção se torna realidade”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 10, ano 5, Janeiro-Junho, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 84.

⁵⁵ Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁶ Acompanhando este entendimento, Ana Paula Guimarães, diz que a coincidência entre as amostras não significa, por si só, que o sujeito em causa cometeu o crime, mas apenas a probabilidade de o ter feito, que terá de ser corroborada por outros meios de prova. Ana Paula, *op. cit.*, pp. 214 e 215.

⁵⁷ Cfr. Parecer n.º 52 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o regime jurídico da base de dados de ADN, p. 2, disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasedadosADN.pdf. Pense-se no exemplo, que ocorreu nos Estados Unidos, em que em virtude do aumento de 7 para 12 marcadores genéticos na análise de perfis genéticos, foi possível inocentar 197 pessoas que tinham sido acusadas por crimes com base nesse tipo de prova. Inclusive, 14 dessas pessoas tinham sido condenadas à morte. Neste sentido, vários autores, tais como: Bravo, Jorge dos Reis, / Leal, Celso, *op. cit.*, pp. 17 e 18; Farinha, Carlos, “Comunicação”, *A ciência na Luta contra o Crime-Potencialidades e Limites*, (Susana Costa- Helena Machado, org.) Húmus, Lisboa, 2013, p.24.

⁵⁸ Simon, Cole, em artigo publicado em 03 de Maio de 2001, no The New York Times, “The Myth of Fingerprints:A forensic science stands trial”, disponível em: [Cole.pdf \(dartmouth.edu\)](http://www.dartmouth.edu/~cole/pdf/Cole.pdf).

⁵⁹ O quimerismo ocorre pela fusão de dois ou mais ovos, produzindo um único indivíduo. Já o mosaicismo resulta de erros de cópia do material genético, que se produzem ao longo de gerações celulares.

seguimento de diretrizes, metodologias e técnicas internacionalmente estabelecidas para a análise forense, bem como o rígido controlo de qualidade que se encontra previsto nos artigos 5.º, n.º 3, e 40.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro⁶⁰.

Deste jeito, o estatuto da cientificidade do ADN, não lhe confere, redizemos, um grau de certeza absoluta⁶¹, configura, sim, uma probabilidade acrescida de confirmação de uma hipótese. Apesar dos contributos sedutores que tal método possa apresentar, pelo elevado grau de certeza científica, de uma quase infabilidade, não se pode traduzir um estatuto de inquestionabilidade deste método. As limitações a uma “porventura irrestrita expectativa confiança num método tão fiável”⁶², permitem-nos concluir pela necessidade e precaução de uma vigilância rigorosa na produção e valoração dos seus resultados em sede probatória.

Assim, e reconhecendo como muito significativa a revolução destas metodologias de investigação para a identificação e resolução de casos criminais, é pertinente evocar aqui em aviso: *Science is not about answering questions, it is to questioning answers.*

4.1 Alusão às preocupações éticas

Desde a década de noventa do século XX, tem-se assistido a uma progressiva sofisticação da ciência forense, designadamente, na utilização do ADN. Esta metodologia tem vindo a ganhar cada vez mais acolhimento nas barras dos tribunais por parte dos Estados, quer a nível nacional, quer internacionalmente, devido à sua capacidade diferenciadora e individualizadora, desempenhando assim um importantíssimo papel na resolução das investigações criminais.

É inegável que a ciência permitiu revelar elementos probatórios que até agora permaneciam desconhecidos. Contudo, também é certo que as repercussões éticas de um cada vez maior conhecimento do ADN destacam-se de cada vez que nos deparamos com avanços científicos mais relevantes, suscitando assim questões cruciais de natureza ética. E uma destas questões prende-se, precisamente, com a eventualidade do conhecimento sobre o enorme potencial científico que gira em torno de ADN ser manipulado para fins que ultrapassam os limites razoáveis de uma sociedade baseada na dignidade humana.

⁶⁰ Cfr. Artigo 40.º Acreditação “O LPC e o INMLCF, I. P., bem como os laboratórios previstos no n.º 2 do artigo 5.º, devem adotar as condições necessárias para o preenchimento dos requisitos internacionalmente fixados para acreditação da área laboratorial de análise de ADN dos respetivos laboratórios, em sede de validação de análises, controlo de procedimentos, padronização de metodologias e certificação de equipamentos.” (sublinhado nosso); Artigo 5.º Entidades competentes para a análise laboratorial:”3 - Todos os laboratórios que procedem à análise laboratorial devem cumprir os requisitos científicos, técnicos e organizacionais internacionalmente estabelecidos”.

⁶¹ Bravo, Jorge dos Reis, *Corpo e Prova em processo penal, admissibilidade e valoração*, Almedina, 2020, p. 75.

⁶² *Ibidem*, p. 358.

De facto, as conceções criminológicas positivas dos finais do século XIX partiam do entendimento da alegada propensão genética para o cometimento de determinado crime, assentando na descoberta “de causas genéticas para certos comportamentos, entre eles, o comportamento criminógeno”⁶³. No fundo, havia a tentação de explicar a diferença comportamental e psíquica entre a população em termos genéticos, que, segundo estes entendimentos estava diretamente relacionada com propensões hereditárias, étnicas ou raciais para a prática de crimes, dando origem a variadas correntes de pensamentos que procuraram determinar os fatores biológicos que estavam na base daquela conduta desviante. Assim, foram vários os estudos em torno da existência de um componente inato no comportamento criminoso, onde procura comprovar-se a existência de um gene que aliciasse o indivíduo a praticar determinados crimes⁶⁴.

Estes estudos conduziram à interrogação sobre a eventual existência de um «gene de criminalidade». Porém, afirmar que um comportamento tão complexo e circunstancial, está ligado a fatores genéticos é sem sombra de dúvida muito discutível – e quanto a nós de rejeitar⁶⁵ – visto que pode originar um desinteresse do sistema de execução de penas pela reinserção dos agentes, irremediavelmente prisioneiros também de um património genético que alegadamente não lhes apresentará quaisquer perspetivas de afastamento do crime e vida em sociedade⁶⁶, arrumando estes sujeitos num grupo de maior propensão para o crime com base em “sequências genéticas”⁶⁷. Fomenta-se assim, inevitavelmente, discriminação e estigmatização desse grupo, recriando “estereótipos de minorias como perigosas, criminosas e moralmente inferiores”, pelo que nos atrevemos mesmo a dizer que poderá surgir aqui uma “nova era de racismo científico”⁶⁸. Concordamos, por isso, com Benjamim Rodrigues quando diz que estamos perante um “novo perigo” no domínio penal, pois “não falta quem atribua ao crime origens genéticas”⁶⁹.

E podemos observar tal risco justamente numa entrevista realizada, entre 2011 e 2012, a elementos da Polícia Judiciária, Polícia de Segurança Pública, Guarda Nacional Republicana e peritos

⁶³ Oliveira, Guilherme Freire Falcão de *op. cit.*, p.77. Nesta perspetiva, Machado, Helena, / Silva, Susana, / Amorim, António, “Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal”, in *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, n.º 196, Volume XLV, 3.º Trimestre, Lisboa, 2010, p. 549.

⁶⁴ Em consequência, a revista *Nature* deu à estampa, em 1965, um artigo intitulado “Comportamento agressivo, subnormalidade mental e o varão XYY”, no qual concluiu e conclui que dos 197 elementos do sexo masculino selecionados, a vasta maioria apresentava propensão para a violência e criminalidade. Este e outros exemplos deram corpo à ideia de que existe predeterminação genética para nosso comportamento. A posteriori, concluiu-se que não há qualquer relação entre este cariótipo e o comportamento agressivo ou criminoso. Nunes, Rui, *GeneÉtica*, Edições Almedina, Coimbra, 2013, p. 82.

⁶⁵ Neste sentido, Jordan, lança o alerta: gene do crime, cromossoma da criminalidade, gene da homossexualidade... são apenas alguns dos exemplos de como os meios de comunicação social, ajudados por vezes pelos próprios cientistas, ampliam, deformam e, de vez quando inventam resultados num domínio que nos é particularmente sensível. Estes excessos dão-nos vontade de rejeitar a priori qualquer posição que defenda que os comportamentos humanos são influenciados pela genética, apesar de essa tentação nos levar a recusar factos constatados e incontornáveis. Jordan, Berthand – *Os impostores da Genética* (tradução: Augusto Joaquim), Lisboa, Terramar, pp. 26-27.

⁶⁶ Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁷ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, 56.

⁶⁸ Pereira, Artur, *op. cit.*, pp. 24 e 25.

⁶⁹ *Ibidem*.

do INMLCF e do Laboratório de Polícia Científica da Polícia Judiciária⁷⁰, onde um de um dos entrevistados sugeria uma certa noção de determinismo genético, referindo que “existem fatores genéticos que podem determinar uma propensão para o comportamento criminoso”. Inclusive, um membro do INMLCF, chegando a referir que as pessoas que cometem crimes, “muitas vezes têm perfis mesmo genéticos patológicos que os levam a cometer esses tipos de crimes. Portanto, eles cometem uma vez e assim voltam”⁷¹. Isto dito, mais uma vez aqui se encontram reproduzido argumentos que parecem refletir os princípios defendidos pelas teorias baseadas em arquétipos metodológicos científicos antropométricos da existência de um tipo morfológico de homem criminoso⁷².

Por outro lado, face a acontecimentos causadores do medo e terror, mundialmente conhecidos, como terrorismo e outra criminalidade organizada ou de grande dimensão, a utilização da prova genética trouxe um securitarismo e garantismo ao processo penal, aprofundando o aparente enraizamento na coletividade da supremacia da segurança e proteção face à criminalidade em detrimento da liberdade, e, por conseguinte, o progresso da justiça baseada na ciência e na necessidade de se acompanhar os demais na evolução tecnológica e científica. Acompanhamos as palavras de Helena Machado quando alude ao facto de que a sobrevalorização das promessas tecnológicas e a suavização dos respetivos riscos produzem determinados efeitos sociais, culturais e éticos que convergem para dispositivos retóricos destinados a apoiar mecanismos de construção da confiança pública⁷³.

Portanto, não podemos deixar que o sentimento de insegurança emergente na nossa comunidade, fruto do desenvolvimento tecnológico, venha justificar o repensar de toda uma conquista humana que deu origem ao paradigma humanista liberal. Nunca é demais lembrar que a utilização da genética para fins de investigação criminal, coloca o sujeito numa posição bastante vulnerável, cujo conteúdo é sensível, por envolver informações íntimas e pessoalíssimas. O fascínio do Estado perante formidável fonte de informação coloca constantes ameaças sobre princípios como o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, da presunção de inocência, do direito à não autoincriminação informacional e o reclamado direito ao silêncio corporal, que mais adiante iremos escrutinar. Reconhece-se, por isso a necessidade de um direito penal apto a responder aos desafios da criminalidade pós-moderna, mas

⁷⁰ Doravante designado por LPC.

⁷¹ Costa, Susana, *A trajetória dos vestígios biológicos: da cena de crime à base de dados – Questões da operacionalização da Lei n.º 5/2008 na perspetiva dos órgãos de polícia criminal e dos peritos forenses*, pp. 17 e 18, disponível em: <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/atividade/Documents/Assembleia%20da%20Republica%2027%20mar%C3%A7o.pdf>

⁷² No extrato acima reproduzido, o argumento parece refletir, paradoxalmente, os princípios enunciados por Lombroso, cuja conceção do crime assenta num fator antropológico e na ideia de que existe um tipo morfológico de homem criminoso, exteriormente identificável por determinados traços físicos e sinais particulares, marcado pela propensão para a reincidência, que no extrato citado tratar-se-ia de um “perfil genético patológico”. *Ibidem*, p. 18.

⁷³ Machado, Helena; *Construtores da Bio (in)segurança na base de dados de perfis de ADN*; n.º 15; fevereiro; 2011, p. 155.

não invertendo e pervertendo as orientações humanísticas e liberais como se elas tivessem deixado de ser louváveis.

Apesar da utilização do ADN ser encarada como uma das maiores promessas na prevenção e dissuasão do crime, o que com efeito não ignoramos, não deixa de ser igualmente verdade que nos suscita fortes reservas e dúvidas a sua utilização, ainda mais quando a genética possa ser invocada para fins menos positivos. E é justamente este o grande desafio que se coloca ao direito penal da pós-modernidade, que sente a pressão de responder a uma sociedade globalizada, onde o crime trespassa fronteiras nacionais, complexificando-se e sofisticando-se, acabando o direito penal por eventualmente perder a sua componente liberal e humana em defesa de um direito “penal do inimigo”⁷⁴.

4.2 Enquadramento probatório da prova genética

Avançando, agora, para a dimensão mais operativa, pretendemos dar resposta neste subcapítulo à questão de saber se os perfis genéticos, enquanto meio de prova processual, se integram no regime dos exames ou das perícias. A resposta passa, desde logo, pela distinção entre ambas. Enquanto os exames se configuram como meios de obtenção de prova⁷⁵ e, por isso mesmo, são instrumentos de que se servem as autoridades, para investigar e recolher meios de prova, não sendo instrumentos de demonstração do *thema probandum*⁷⁶; as perícias, consagradas no artigo 151.º do Código Processo Penal⁷⁷, são meios de prova, levadas a cabo por peritos, a quem a lei reconhece qualidades especiais em atenção aos seus qualificados conhecimentos em matéria técnica, artística ou científica. Assim sendo, são elementos portadores de informação que permite a formação da convicção do juiz sobre a realidade desses factos.

Portanto, desde logo não foi pacífica a resposta a este quesito por causa da divergência que gira em redor da natureza jurídica desta prova. Duma banda, há quem considere que constitui em exame, de outra banda, há quem configure como sendo uma perícia. E ainda há quem aponte para uma dupla caracterização⁷⁸.

⁷⁴ Construções como o chamado "Direito Penal do inimigo", pretendem despojar da categoria de cidadãos determinados sujeitos, que devem ser tratados como meras fontes de perigo, os quais devem ser neutralizados a qualquer preço, diante do qual cabe perguntar se a correspondente modernização representa realmente uma evolução, ou melhor, pelo contrário, uma lamentável involução.

⁷⁵ O Código de Processo Penal português diferencia meios de prova, previstos no artigo 128.º e ss., dos meios de obtenção de prova, consagrados no artigo 171.º e ss.

⁷⁶ Silva, Germano Marques, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Verbo, Lisboa, 2003, p. 233-234.

⁷⁷ Daqui em diante apenas CPP.

⁷⁸ Em Espanha também se discute sobre a classificação probatória do meio de identificação por perfis de ADN, apesar que a doutrina majoritária tem entendido estar-se perante uma perícia. Por todos, Cfr. "La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN", *Genética e Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, VI, CJPJ – ESCUELA JUDICIAL, Madrid, 2005, p. 209-237.

Para Benjamim Rodrigues, as recolhas de amostras de ADN constituem verdadeiras perícias com as diversas implicações que daí extrai, pois exigem conhecimentos técnicos e científicos, não sendo suficientes os vários sentidos humanos (visão, olfato, audição, paladar, tato) – usados nos simples “exames” – para a compreensão desse tipo de conhecimento genético⁷⁹. Com igual entendimento, Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal consideram que o meio probatório de determinação de perfis genéticos constitui uma “perícia-tecnológica” devido à “significativa especificidade de conhecimentos técnico-científicos exigidos para a sua realização, desde a própria recolha ou obtenção da amostra de material biológico até às tarefas mais a jusante, como o processamento computadorizado de determinação do perfil e de valoração e interpretação estatística da probabilidade de coincidência ou identificação”⁸⁰.

Já Paulo Pinto Albuquerque considera que a recolha de vestígios humanos para identificação de ADN constitui um exame, e apenas a comparação desse perfil de ADN com outros, é que constitui uma perícia, pois, num primeiro momento, existe apenas a deteção e identificação de vestígios humanos, e só, posteriormente, com a avaliação e comparação do perfil de ADN dos vestígios encontrados com o perfil genético de outras pessoas, são necessários especiais conhecimentos científicos⁸¹.

Também Marta Botelho manifesta-se no mesmo sentido, pois considera que a deteção e recolha da matéria biológica, consiste num simples exame, não exigindo especiais conhecimentos técnico-científicos, ao passo que a obtenção do perfil de ADN e interpretação do resultado após comparação dos perfis genéticos é uma perícia, por exigir especiais conhecimentos técnicos e científicos. Esta autora defende que a obtenção e interpretação dos dados obtidos do perfil de ADN constitui uma perícia, mais concretamente uma perícia médico-legal⁸².

Acompanhamos Sónia Fidalgo quando sustenta que não se deve separar a recolha do material biológico enquanto exame da posterior análise como uma perícia, dado que a recolha exige “já especiais conhecimentos técnicos que fazem com que não se possa falar de um mero exame”⁸³. Como tal, entende que se trata de uma perícia única, pelo que não fará sentido autonomizar momentos. Também Inês Torgal da Silva encara a questão da técnica de identificação genética por perfis de ADN

⁷⁹ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, pp. 95 a 99 e 300.

⁸⁰ Bravo, Jorge dos Reis, / Leal, Celso, *op. cit.*, p. 173.

⁸¹ Albuquerque, Paulo Pinto de *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 434 e 478.

⁸² Botelho, Marta, *op. cit.*, pp. 221 e 223. De igual modo, Helena Moniz manifesta-se no mesmo sentido, de que a recolha constitui um exame, já o procedimento laboratorial de obtenção do perfil de ADN constitui uma perícia. Para a Autora “uma coisa é a recolha da amostra, que deve seguir as regras dos exames médico-legais; outra coisa, é a obtenção do perfil, que exige uma análise científica, tratando-se nitidamente de uma perícia. Nestas duas partes rege-se a autora pelas normas do CPP”. Cfr. Moniz, Helena, “Condições e Limites da Utilização da Prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)”, *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal (Atas das Conferências CNECV em 13 de Abril de 2012 em Coimbra)*, Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012, p. 84.

⁸³ Fidalgo, Sónia, *op. cit.* p.138.

globalmente, dizendo que se trata de uma prova pericial, pois implica especiais conhecimentos técnico-científicos⁸⁴, fazendo remissão para o artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2008.

Isto dito, não apoiamos a doutrina que determina a caracterização da prova genética enquanto exame e enquanto perícia⁸⁵. Apesar dos dois momentos serem complementares, entendemos que o objeto de prova que adquire aqui relevância para a convicção do juiz é o produto da leitura dos resultados, e, isto sim, é o que releva para o processo penal, na medida em que são necessários conhecimentos técnicos e científicos para a análise da amostra laboratorial e a comparação com outros perfis, pelo que o procedimento se deverá enquadrar no âmbito da prova pericial. Como resulta da leitura dos artigos 13.º, n.ºs 4 e 5 da Lei n.º 5/2008, a obtenção de perfis de ADN e os resultados da sua comparação constituem perícias, que podem ser realizadas pelo INMLCF ou pelo LPC, logo não podem ser realizadas por pessoas sem formação no ramo da genética forense.

Todavia, é certo que esta matéria tem sido tratada de forma algo fragmentada no regime geral das perícias, no dos exames no CPP, e no regime das perícias médico-legais previstas na Lei n.º 45/2004, sendo na nossa opinião inconveniente a persistência de um regime disperso às diversas modalidades de ingerências probatórias. O desejável seria uma previsão legal coerente neste domínio, mesmo até porque tem repercussões distintivas a nível das competências do juiz de instrução e da polícia judicial.

4.3 Relevância da prova obtida através da análise do ADN

O regime previsto para a prova pericial é também ele diferente, pois aqui o juízo científico ou artístico inerente à prova está subtraído à livre apreciação do julgador, isto é, subtraído aos conhecimentos e competências das autoridades processuais que as solicitam, avaliam e se pronunciam sobre os seus resultados e conclusões⁸⁶.

Sendo assim, de acordo com o preceituado no artigo 127.º do CPP, a apreciação da prova pericial constitui uma exceção ao princípio da livre apreciação da prova, como refere e bem Figueiredo Dias: perante um certo juízo cientificamente provado, de acordo com as exigências legais, o tribunal

⁸⁴ Silva, Inês Torgal M. P., "A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal", in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 8, n.º 15, janeiro - junho, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Coimbra, 2011, p.174.

⁸⁵ Sem ignorarmos que por vezes a própria lei considera alguns métodos probatórios indistintamente como perícias ou exames periciais a título de exemplo, os artigos 3.º e 5.º, n.º 6, e 25.º da Lei n.º 45/2004, de 24/08, contudo, parece-nos inadequado as mesmas se reportarem a regime comum, pois abrangem probatórias distintas.

⁸⁶ Bravo, Jorge dos Reis/ Leal, Celso, *op. cit.*, p. 228.

guarda a sua inteira liberdade no que toca à apreciação da base de facto pressuposta, quanto, porém, ao juízo científico, a apreciação há de ser científica também e estará, por conseguinte, subtraída em princípio à competência do tribunal, salvo inequívocos erros, mas em que o juiz terá de motivar essa divergência⁸⁷.

Significa isto que o juiz não tem de aceitar, sem mais os resultados perícias, pois de acordo com o artigo 163.º, n.º 2, do CPP (“uma regra quase absoluta devido ao estatuto epistemológico de máxima fiabilidade e rigor e de extrema especificidade”⁸⁸), o juiz até pode ter um parecer contrário ao do perito, contudo, tem de motivar a sua discordância através de argumentos assentes no grau da lógica e na força do estado dos conhecimentos científicos em vigor sobre a matéria e nunca a partir de juízos meramente subjetivos ou emocionais⁸⁹ –, nestes termos, nem sequer faz sentido admitir a divergência de interpretação crítica por parte do julgador. Explícita o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça⁹⁰ de 15 de dezembro de 2012 que “[o] juízo de valor científico resultante de perícia integra prova vinculada; a esse juízo de valor científico, nos termos do art. 163.º, n.º 2, do CPP, o juiz só pode dissentir opondo o “juízo, contrário ou divergente, igualmente científico; o juiz tem que jogar, então, no mesmo plano e no mesmo campo do perito. Terá que deixar claro as razões do porquê do seu afastamento do perito, sem que lhe seja conforme à lei argumentar com razões de ciência pessoal, como conhecedor enciclopédico, que não é”⁹¹.

Contudo, não se acha realmente ao alcance da grande maioria dos juristas a possibilidade de discutir os aspetos relacionados com a genética molecular e o cálculo probabilístico apresentados nas conclusões periciais⁹². O que, por conseguinte, pode implicar as seguintes inquirições: o perito passou a assumir um papel de co-decisor, em vez de mero auxiliar do tribunal? Como dissentir de uma conclusão pericial que culmina num processo de valoração sobre o qual não se tem domínio ou, pelo menos, o completo domínio?⁹³ Estas questões são muito pertinentes, pois aqui, a possibilidade de indagação e interpelação crítica por parte do julgador face aos peritos, perante os resultados da perícia,

⁸⁷ Dias, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, dezembro de 2004, pp. 209-210.

⁸⁸ Bravo, Jorge dos Reis, *op. cit.* p. 357

⁸⁹ Guimarães, Ana Paula, *op. cit.*, p. 214.

⁹⁰ Doravante, com a designação STJ.

⁹¹ Acórdão do STJ de 15/12/2011, proc. n.º 549/08.PVLSB.S1, (rel. Armindo Monteiro), disponível em: <http://www.dgsi.pt/istif.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c2a9ed20a0ea51e080257b900033eea6?OpenDocument> No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05/05/2015 podemos ver posição que propende em igual sentido, “O juízo científico inerente à prova pericial está subtraído à livre apreciação do julgador relativamente ao juízo científico inerente à descrição daquilo que foi objecto de análise pelo perito e ao juízo técnico desenvolvido a partir dessa análise científica, que o juiz não tem. Se os dados de facto que servem de base ao parecer estão sujeitos à livre apreciação do juiz – que contrariando-os pode furta validade ao parecer – já o juízo científico ou parecer propriamente dito só é passível de uma crítica igualmente material ou científica”(sublinhado nosso) Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05/05/2015, proc.493/08.8TACBR.C1,(rel. Belmiro Andrade),disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/efdc34bf2af54b9980257884003999e2?OpenDocument>

⁹² Bravo, Jorge dos Reis/ Leal, Celso, *op. cit.*, p. 229 a 232.

⁹³ Bravo, Jorge dos Reis, *op. cit.* p. 74-75.

está prejudicada por uma falta de competência e até mesmo de uma impreparação para avaliar os métodos empregues e das conclusões produzidas.

Embora, a verdade processual não seja uma verdade em sentido ontológico, a verdade processual” há-de ser fáctico probatoriamente fundamentada”⁹⁴. O efeito probatório da análise de perfis de ADN não se satisfaz, nem se esgota com a mera coincidência entre perfis, nem tal seria suficiente para provar a autoria, pois pode surgir contaminação ou outras falhas procedimentais, ou até mesmo que o resultado apresentado constitua um falso positivo. Configura um importante indício, pelo que terão de interceder na sua apreciação outras variáveis indiciárias que concorram naquele processo. É a esta interação e complementaridade probatória entre perito e julgador que se dá o nome de *paradigma da verosimilhança*⁹⁵. Por isso, o cuidado com a conjugação da prova pericial e articulação com elementos probatórios de outra natureza atribui ao decisor um “renovado e relevante papel de gestor de matéria probatória”⁹⁶.

Em boa verdade, as promessas de objetividade e fiabilidade da prova por ADN revelam-se tentadoras para o direito, que tenta escapar à subjetividade, falando-se hoje de uma isomorfização do direito, que procura atenuar as adversidades existente entre o sistema técnico e jurídico. Porém, acreditamos que não se mostrará tarefa fácil devido a toda a complexidade do setor científico, e que por consequência impede que haja um acesso a um código global e linguagem comum.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Guimarães, Ana Paula, *op. cit.*, p. 224.

⁹⁶ *Ibidem*.

Capítulo II: Recolha de amostras de ADN em arguidos imputáveis condenados

1. Iniciativas para a criação de uma base de dados de perfis de ADN

O perfil de ADN, dadas as particularidades do material genético, tem sido considerado o “Livro da Vida”⁹⁷. Desde logo, por ter raiz científica, por ser um processo de identificação individualizante, e por ser atrativo e sedutor, permitindo revelar elementos probatórios decisivos que sem ele permaneciam na opacidade. A sofisticação deste instrumento tem o dom de deslumbrar pela sua capacidade de resposta rigorosa e exata e por dar acesso aos mais altos padrões de evidência no processo penal, afastando ou demonstrando a culpabilidade do autor de determinado crime.

Deste modo, face a uma prova pericial com esta importância capital, era indispensável a sua consagração num corpo legal que adequadamente regulamentasse por um lado, os aspetos fundamentais do uso das perícias de ADN para efeitos de identificação civil⁹⁸ e investigação criminal⁹⁹, e, por outro, que assegurasse a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos¹⁰⁰.

Previamente à publicação e entrada em vigor da Lei n.º 5/2008, em Portugal a comparação entre perfis era feita apenas em casos isolados, isto é, se ocorresse um crime e a partir daí se conseguisse recolher um vestígio biológico, só após a constituição como arguido ou suspeito é que se poderia fazer a correspondência entre o perfil de ADN recolhido no local do crime e o perfil de amostra conhecida, a chamada “comparação direta”. Desta forma, o estudo comparativo entre perfis de ADN decorria apenas no âmbito do processo penal, nos termos das perícias médico-legais¹⁰¹. Ainda não existia a possibilidade de cruzamento da chamada “amostra problema” com outros perfis existentes.

Consciente da importância e potencial desta prova por ADN, no contexto de uma maior eficácia no âmbito das investigações criminais, o legislador facilmente se empenhou na criação de uma base de dados em Portugal, que culminou na publicação da Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que veio disciplinar e estabelecer os termos da “recolha, tratamento e conservação de amostras de células humanas, a respetiva análise e obtenção de perfis de ADN e a metodologia de comparação de perfis de

⁹⁷ Serrão, Daniel, “Os Desafios Contemporâneos da Genética”, in *Estudos de Direito da Bioética*, volume II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 371.

⁹⁸ A lei vem determinar que as finalidades de identificação civil “são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN relativos a amostras de material biológico colhido em pessoa, em cadáver, em parte de cadáver ou em local onde se proceda a recolhas com aquelas finalidades, bem como a comparação daqueles perfis com os existentes na base de dados de perfis de ADN” Cfr. artigos 4.º, n.º 1, e 7.º da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

⁹⁹ Relativamente às finalidades de investigação criminal o artigo 4.º, n.º 3 da mesma lei estabelece que “são prosseguidas através da comparação de perfis de ADN relativas a amostras de material biológico colhidas em locais de crime 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”

¹⁰⁰ Botelho, Marta, *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico – em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 243.

¹⁰¹ Bravo, Jorge dos Reis Bravo/Leal, Celso, *Prova Genética: Implicações em Processo Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 112.

ADN extraídos das amostras, bem como o tratamento e conservação da respetiva informação em ficheiro informático” – diploma que sofreu significativas alterações recentemente introduzidas pela Lei n.º 90/2017, de 22 de agosto.

Uma das questões mais debatidas com a edição desta lei de criação de uma base de dados foi, justamente, depois das alterações ao CPP impostas pela Lei n.º 48/2008, a admissibilidade de mais do que um regime de identificação de perfis, uma vez que o CPP admitia a comparação direta no âmbito das perícias. A este respeito, uma corrente doutrinal defende a derrogação desta parte do CPP, submetendo toda a comparação de perfis de ADN ao regime da Lei n.º 5/2008¹⁰². O aditamento de um n.º 4 ao artigo 1.º da lei veio deslindar este problema, ficando esclarecido que pode “haver regimes legais de recolha, de tratamento e conservação de células humanas para fins de identificação civil e investigação criminal em que não se torne necessário recorrer a base de dados de perfis de ADN”¹⁰³. Deste modo, recorre-se ao diploma nas situações em que não exista uma “amostra-referência” para se efetuar a comparação direta, sempre que, por virtude das circunstâncias da investigação, seja necessário a comparação com recurso aos ficheiros existentes na base de dados.

A criação da base de dados de perfis de ADN para fins criminais, segundo Ana Paula Guimarães, teve na sua base três ideias essenciais: “a) que o crime cometido e que se pretende ver esclarecido e investigado deixa facilmente ou com grande probabilidade vestígios biológicos; b) que o titular do perfil de ADN armazenado no respetivo ficheiro vai provavelmente perpetrar um outro crime, embora não necessariamente da mesma natureza – por exemplo, a nível de crimes contra a liberdade sexual, o grau de reincidência, conforme se sabe, é muito elevado, sendo de grande utilidade o perfil de ADN na investigação de crimes desta natureza; c) que a informação contida no ficheiro poderá ser instrumento útil, emprestando um valioso auxílio à investigação na revelação da verdade relativa ao cometimento de futuros crimes”¹⁰⁴.

Já a Comissão Nacional de Proteção de Dados¹⁰⁵ apontou como justificação, no seu parecer n.º 18/2007, uma ideologia securitária, indicando que um dos motivos principais da criação da base de dados para fins criminais, esteve relacionado com a necessidade de resposta ao clima de medo e terror que tem vindo a ser sentido pela comunidade, resultante da difusão da criminalidade organizada

¹⁰² Por todos, neste sentido, José Morgado, Maria “Perigos e Certezas. Lei n.º 5/2008 de 12 de fevereiro” in *A base de dados de perfis de ADN em Portugal* (Atas das Conferências CNECV em 1 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as ciências da Vida, Lisboa, 2012, pp. 153-159.

¹⁰³ Bravo, Jorge dos Reis, *Corpo e Prova em processo pena, admissibilidade e valorção*, Almedina, 2020, p.360.

¹⁰⁴ Guimarães, Ana Paula, *A pessoa como objecto de prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à luz da dignidade humana, Nova Causa* – Edições Jurídicas, 2016, p. 227.

¹⁰⁵ Doravante designada por CNPD.

e transnacional, do terrorismo, das crises económicas e dos perigos que os progressos técnico-científicos podem originar. E é este tipo de discursos de cariz securitário de prevenção e repressão criminal que convoca o direito penal de hoje a reforçar meios invasivos e ocultos de investigação criminal, restringindo para isso os direitos fundamentais dos cidadãos¹⁰⁶. Tal como afirma Winfried Hassemer, “os direitos fundamentais já não são direitos de defesa contra o Estado. De um certo modo eles deixaram de cumprir essa função. Os Direitos Fundamentais tendem a constituir um obstáculo na luta eficaz do Estado contra a criminalidade”¹⁰⁷. Na nossa opinião, os interesses securitários acabaram por subverterem os postulados garantísticos humanistas.

Mais, já o presidente do INMLCF, I. P., Francisco Corte-Real, admitiu, em 2017, que a base de dados de perfis de ADN ficou bastante aquém das expectativas iniciais em termos de resultados, pois tinham sido inseridos, nesses anos de funcionamento, cerca de 8 mil perfis (dos quais 5820 diziam respeito a arguidos condenados), um valor inferior ao dos restantes países europeus¹⁰⁸. E, por isso, o Partido Social Democrata apresentou, em 2017, uma proposta de alteração à lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, que culminou com a publicação da lei n.º 90/2017, de 22 de agosto.

Se analisarmos o relatório anual de 2018¹⁰⁹ elaborado pelo do Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, podemos constatar que foram inseridos 1779 perfis de ADN, o que representa menos 77 perfis do que no ano de 2017. A 31 de dezembro de 2018, a Base de Dados contava com 11774 perfis de ADN: 4 amostras de voluntários, 29 amostras problema de identificação civil, 15 amostras referência de identificação civil, 2455 amostras problema de investigação criminal, 9128 amostras de condenados e 143 amostras de profissionais.

O que é extremamente curioso aqui e que tem muita relevância no nosso estudo é que esta base de dados, que permite o cruzamento rápido de perfis de ADN com amostras recolhidas nos locais dos crimes, entrou em funcionamento em fevereiro de 2010 e até 31 de dezembro de 2018, apenas tinham sido inseridas 11.774 amostras, das quais 9128 são de condenados (77%)¹¹⁰, observando-se que este tipo de perfis tem vindo a aumentar de uma forma constante, enquanto que o número de amostra-problema de investigação criminal tem mantido um ritmo de inserção baixo.

¹⁰⁶ Rodrigues, Benjamim, Da Prova Penal, Tomo I: *A Prova Científica: Exames, Análises ou Substâncias Psicotrópicas (à luz do paradigma da ponderação constitucional codificado em matéria de intervenção no corpo humano, face ao direito à autodeterminação corporal e à autodeterminação informacional genética)*, Lisboa, Rei dos Livros, 2010, p. 397.

¹⁰⁷ Lúcio, Álvaro Laborinho, *O Julgamento? Uma narrativa crítica da justiça*- Dom Quixote, 2012, p.264.

¹⁰⁸ Artigo de imprensa – «É preciso mudar a Lei que enquadra a base de dados de ADN», de 04/07/2017, autor Lusa, fonte TSF, disponível em: <https://www.tsf.pt/sociedade/interior/base-de-dados-de-adn-aquem-do-esperado-admite-presidente-do-instituto-de-medicina-legal-8613180.html>.

¹⁰⁹ Dados disponibilizados no relatório anual sobre o funcionamento da base de dados de perfis de ADN, elaborado pelo Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, conforme o disposto no art.º 2, n.º 3, alínea h) da Lei n.º 40/2013, DR, 1ª série, n.º 120, de 25 de junho de 2013, disponível em: [Relatório Anual 2018_CFBDP ADN.pdf \(cfbdadosadn.pt\)](#)

¹¹⁰ Artigo de imprensa- “Base de dados de perfis de ADN conseguiu 11.774 amostras em oito anos”, fonte público, disponível em: [Base de dados de perfis de ADN conseguiu 11.774 amostras em oito anos | Justiça | PÚBLICO \(publico.pt\)](#)

2. Ordem de recolha em arguido e ordem de recolha em condenado

De acordo com o estabelecido no artigo 8.º, n.º1¹¹¹ a recolha de amostra em arguido em processo criminal pendente é “realizada a pedido ou com consentimento do arguido ou ordenada, oficiosamente 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”. Nesta medida, a intervenção do juiz é sempre exigida, uma vez que está em causa a restrição de diversos direitos fundamentais do arguido (artigos 269.º, do CPP e 32.º, n.º4, da CRP¹¹²). Com a alteração efetuada pela lei n.º90/2017, o preceito passou a exigir expressamente que o juiz pondere sobre a necessidade de realização da recolha, tendo em conta a lesão que acarreta ao direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado. Desta maneira, apenas podem ser sujeitos à ordem de recolha de amostra de ADN os arguidos cuja colheita cumpra os pressupostos de necessidade, adequação e proporcionalidade, previstos no artigo 18.º da CRP.

Já o n.º2 do respetivo artigo, com as alterações introduzidas pela lei n.º90/2017, passou a estabelecer 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”. Desde logo, a ordem de recolha de amostra nos termos do n.º2 do artigo 8.º pressupõe que não tenha ocorrido uma recolha de amostra de ADN durante processo de investigação criminal, nos termos do n.º1 do mesmo preceito, ou no âmbito de «comparação direta». Implica ainda uma decisão condenatória por crime doloso, com pena concreta de pelo menos três anos de prisão, ficando assim excluída a prática negligente de qualquer crime

Dito isto, pode-se, portanto, fazer uma distinção relativamente à ordem de recolha de material biológico para a determinação do perfil genético. Na primeira medida, aquela ocorre em fase de investigação criminal na pendência do processo, exercendo essencialmente funções de identificação criminal para a qual é ordenada, através da comparação com a amostra-problema encontrada na cena do crime. Contrariamente, na segunda medida, a determinação do perfil genético obedece a uma forma distinta, pois sucede numa fase pós-produção de prova (pressupondo-se que não se revelou necessária a sua obtenção na fase investigatória), em que o interesse investigatório- probatório é

¹¹¹ Daqui em diante, todos os artigos em que não esteja mencionada a sua fonte pertencem à Lei n.º 5/2008 de 12 de fevereiro.

¹¹² Doravante designada por CRP.

apenas diferido, isto é, a inserção do perfil do condenado só no futuro poderá ter quaisquer implicações probatórias no âmbito de uma concreta investigação criminal¹¹³, destinando-se apenas a integrar perfis na base de dados para cruzamentos futuros, tal como previsto no artigo 15.º, n.º1, al.e).

Deste modo, afigura-se-nos, claro, que são medidas que diferem etiologicamente, uma vez que atuam em momentos processuais distintos, e por isso obedecem a princípios processuais distintos, portanto afetam diferentes direitos fundamentais e perseguem finalidades opostas. Por este motivo, analisaremos neste capítulo, com maior detalhe, os diversos pressupostos para o procedimento de recolha de ADN em arguido condenado nos termos do artigo 8.º, n.º2 – que antecipamos desde já, nos coloca imensas reservas, devido à dificuldade de legitimação penal que poderá ter de enfrentar, por assentar em premissas de uma antecipação futura e hipotética da atividade criminosa, para um agente cuja intervenção institucional já se operou.

3. Pressupostos da recolha de amostras de ADN em arguidos imputáveis condenados

Se a recolha de amostras biológicas que se faz nos termos do artigo 8.º, n.º1, respeita a um momento processual da fase de investigação em que se colocam hipóteses de identificação de um autor de determinado crime, outra questão que assume já distinta natureza é a obtenção de perfis de ADN mediante ordem judicial imposta a arguidos condenados¹¹⁴. Aqui, não existe verdadeiramente um propósito investigatório, isto é, em termos processuais situa-se já numa fase pós-sentencial¹¹⁵.

O artigo 8.º, n.º2, da lei n.º5/2008, com as alterações introduzidas pela lei n.º90/2017, passou a determinar 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, esta ordem para recolha em indivíduos condenados por crime é condicionada por um conjunto de pressupostos objetivos, qual seja o trânsito em julgado da decisão por crime doloso com pena concreta igual ou superior a três anos de prisão (mesmo que substituída). De facto, esta

¹¹³ Bravo, Jorge dos Reis, *op. cit.*, p.398.

¹¹⁴ Bravo, Jorge dos Reis, “I. O Aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética; II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN – Abordagens preliminares”, Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, Coimbra, 2014, disponível em: https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/TRABALHOCFBDADNJORGE_RBRAVO.pdf

¹¹⁵ Bravo, Jorge dos Reis, *op. cit.*,398.

medida depende de um critério particularmente exigente, e de acordo com certos limites, que procuraremos analisar criticamente de seguida.

3.1 Momento processual de determinação da recolha de amostra de ADN

Anteriormente, à alteração legislativa introduzida pela Lei n.º90/2017, de 22 de agosto, do n.º2 do artigo 8.º, a recolha de amostra de ADN era ordenada através de despacho fundamentado do juiz de julgamento, após trânsito em julgado. E, além deste despacho, teria de haver outro despacho para a sua inserção na base de dados, por força legal do n.º3 do respetivo artigo. Atualmente, com a alteração introduzida pela citada lei, deixou de ser necessário a duplicação de despachos, bastando-se a sua inserção na base de dados e constatação na sentença condenatória, isto é, passou a ser exigida apenas uma única decisão¹¹⁶.

Muitos são os que assemelham esta medida a um requisito adicional da sentença¹¹⁷. Com igual entendimento, Jorge Reis Bravo e Celso Leal, admitem que o legislador, ao determinar que a recolha é sempre ordenada na sentença, está a colocar um requisito adicional à sentença, e por isso “faria todo o sentido colocar tal normativo legal no artigo 374.º do CPP”, devendo a ordem de recolha de amostra de ADN constar sempre na sentença que condene o arguido em pena de prisão igual ou superior a três anos¹¹⁸. E detetada qualquer omissão ulteriormente à decisão, tal lacuna deve ser corrigida nos termos do artigo 380.º do CPP, oficiosamente ou por requerimento¹¹⁹.

Contudo, a nosso ver, uma conclusão que se impõe desde já é que, se a recolha do perfil de ADN é feita após a condenação do arguido, obtida a partir da amostra de material biológico deste, que ocorre num momento posterior à decisão do processo, não tem qualquer relação com a comprovação factual que condenou o arguido naquele processo¹²⁰. Por isso, a recolha já não será realizada com o

¹¹⁶ Acerca desta exigência de duplicação de despacho, é muito interessante observar que Helena Moniz considerava que tal se devia à preocupação do legislador em submeter a escrutínio judicial qualquer ato lesivo de direitos fundamentais - Cfr Moniz, Helena, “Se uma gota...uma gotinha apenas...”, *Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Volume 5 – Saúde e Direito: entre a tradição e a novidade*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 29.

¹¹⁷ A doutrina nacional tem-se inclinado maioritariamente para a classificação da ordem de recolha de bioamostra para obtenção de perfil de ADN do arguido condenado e respetiva inserção na base, como efeito substantivo da decisão condenatória- Cfr. Por todos, Albuquerque, Pinto de *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.º. ed. actualiz. Universidade Católica Ed., Lisboa, 2009, p. 467.

¹¹⁸ Bravo, Jorge dos Reis Bravo/Leal, Celso, *op. cit.*, pp. 208 e 209.

¹¹⁹ Bravo, Jorge dos Reis, *Corpo e Prova em processo pena, admissibilidade e valoração*, Almedina, 2020, p.401.

¹²⁰ Para Jorge dos Reis, o facto de não se ter procedido à recolha antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, pode ter resultado da desnecessidade ou impossibilidade de efetuar a recolha para determinação do perfil de ADN no processo em curso, por inexistência de “amostra-problema” para cruzamento com amostra do arguido. Cfr. Bravo, Jorge dos Reis, “Perfis de ADN de arguidos-condenados (o art. 8.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 20, n.º 1, Janeiro-Março, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 111 e 112“l. O Aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética; II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para

objetivo de auxiliar a investigação criminal que esteve em curso e, assim sendo, não tem qualquer efeito na comprovação dos factos que conduziram à condenação do arguido.

Posto isto, cabe agora perguntar: qual a finalidade de se recolher uma amostra de ADN, quando esta não serve para fins de investigação criminal? Esta medida serve apenas para justificar motivações de investigações futuras, de antecipação à atividade criminosa para um agente cuja intervenção institucional já se operou. Assim, a ordem de recolha de amostra em arguido condenado e a posterior inserção do perfil de ADN obtido no ficheiro de condenados da base de dados não se destina a servir de meio de prova no processo em que é determinada, pois, tendo em conta o momento em que o arguido é condenado e o momento em que a recolha é ordenada, não pode ter servido como meio de prova nesse mesmo processo. Deste modo, não colhe o argumento de Jorge Reis, quando diz que independentemente de não servir como meio de prova no processo em que é ordenada a recolha da amostra, o perfil de ADN obtido integrará, apesar disso, um ficheiro da base de perfis (art. 15.º, n.º1, al. e)), devendo assim reconhecer-se que, afinal, a lei contempla essa possibilidade relativamente a uma categoria de indivíduos a quem atribui um especial interesse em registar a respetiva informação do perfil genético, para fins de “investigação criminal”, dirigida para o futuro¹²¹.

Mais, se formos analisar a redação dos artigos 4.º, n.º1, e 1º, n.º3, e o disposto no artigo 8.º, n.º2, há uma certa incongruência na própria lei. Se as finalidades de inserção na base de dados de perfis genéticos visam “exclusivamente finalidades de investigação criminal”, redizemos que essa finalidade não é a pretendida quando ocorre somente após a condenação do arguido, não servindo assim um propósito investigatório. Para além disto, é “expressamente” proibido a utilização e tratamento de perfis de ADN que não sirvam as finalidades previstas no artigo 4º. Com isto, erguem-se dúvidas de maior proporção: como pode permitir-se uma recolha de ADN proibida na própria lei onde a mesma é admitida? Portanto, para não se tornar proibida tal recolha de ADN, a sua finalidade é apenas integrar um perfil no ficheiro de condenados? Lamentavelmente, parece-nos que sim. A única finalidade que parece servir o n.º2 do artigo 8.º, tendo em conta o momento em que a recolha é feita, como não pode ter servido como meio de prova, será, de facto apenas a de integrar o perfil do condenado na base de dados, com a finalidade de identificação criminal preventiva, pensada para futuras investigações. Desta maneira, uma conclusão que retiramos de tudo isto é que a ordem de

análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN – Abordagens preliminares”, Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, Coimbra, 2014, disponível em: https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/TRABALHOCFBDADNJORGE_RBRAVO.pdf

¹²¹ *Ibidem*, p.43

recolha em arguido condenado procura antecipar-se e acautelar eventuais repetições na atividade criminosa, procurando auxiliar e resolver futuras investigações criminais¹²².

Logo, sendo a ordem de recolha condicionada ao trânsito em julgado da decisão, “é posterior a qualquer momento que fosse aceitável a produção de prova, em termos comuns”¹²³. A obtenção de perfis genéticos em condenados a ser-lhe atribuído uma função investigatória, esta será sempre indireta, cuja origem remonta à constatação de carreiras delinquentes e personalidades criminógenas para posterior cruzamento futuro, permitindo-nos questionar se tal cruzamento não poderá configurar aqui um juízo de antecipação comportamental, quando o condenado, cumprida que está a pena, se vê estigmatizado pela inclusão do seu perfil numa base de dados de condenados.

Dito isto, há considerações a ter em conta quanto à finalidade de prevenção especial positiva da aplicação da pena, e citando o n.º1 do artigo 40.º do CP, “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Como bem explica Helena Moniz, todo o sistema de política criminal subjacente às normas de direito penal não poderá seguir uma lógica de intimidação, retribuição, expiação ou reparação do mal do crime pois são “finalidades básicas das nossas reações criminais a finalidade de prevenção geral de integração e a de prevenção especial de socialização”¹²⁴.

3.2 Critério da Reincidência

Como anteriormente se constatou, a razão que nos parece ter servido de critério à criação de um ficheiro de perfis para condenados na base de dados foi a de auxiliar a investigação criminal na constatação de personalidades criminógenas e carreiras delinquentes, cujas investigações futuras se pretende acautelar. Melhor dizendo, estamos a referir-nos a este respeito à reincidência, não como conceito jurídico, ou em sentido técnico, previsto no artigo 75.º do CP, mas apenas à recidiva, à repetição da atividade criminosa.

Deste modo, limita-se as razões da conservação destes perfis de condenados à prevenção de que o autor de um determinado crime possa voltar a delinquir em algum crime futuro. Tal como em

¹²² Bravo, Jorge dos Reis/Leal, Celso, *op. cit.*, p.205.

¹²³ *Ibidem*, p. 207. Costa, Susana, A trajetória dos vestígios biológicos: da cena de crime à base de dados – Questões da operacionalização da Lei n.º 5/2008 na perspetiva dos órgãos de polícia criminal e dos peritos forenses, 2015, p. 1, disponível em: <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/atividade/Documents/Assembleia%20da%20Republica%2027%20mar%C3%A7o.pdf>

¹²⁴ Moniz, Helena; “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, abril-junho de 2002, p.245.

Portugal, são vários os países que partem deste critério, como por exemplo Espanha e Alemanha¹²⁵, onde facilmente se entendeu que a existir investigação esta deve ser futura e hipotética, havendo assim uma maior eficácia da medida.

Todavia, a verdade, é que é de difícil compreensão como pode o legislador aferir da reincidência, se os estudos e dados sobre a mesma em Portugal são praticamente inexistentes. Ora vejamos, para aferir esta probabilidade de reincidência, dos estudos estatísticos de caracterização de comportamentos criminais, importa mencionar a investigação feita por Francisco Navalho, onde o autor conclui que há fatores que nos permitem prever com alguma segurança e probabilidade o risco de reincidência dos ofensores. Distingue, para o efeito, dois grupos: por um lado, os aspetos associados ao comportamento criminal passado e carreiras criminais, fatores criminógenos atuariais ou estáticos, utilizados sobretudo para ponderar o nível de risco de reincidência; e, por outro lado, os aspetos psicossociais que mostraram correlação com a prática e as carreiras criminais¹²⁶.

Importa ainda referir Francisco Corte Real quando diz que a maior probabilidade de reincidência, da qual possam resultar vestígios biológicos identificáveis, ocorre em crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e em homicídios dolosos. Todavia, por outro lado também sustenta que o crime de menor gravidade também tem permitido obter resultados otimistas, o que vai ao encontro da argumentação apresentada pelo *Forensic Science Service* britânico, no sentido de a base de dados também servir para a prevenção da pequena criminalidade, por considerarem que a atividade criminosa normalmente inicia-se na pequena criminalidade antes de passar à grande criminalidade¹²⁷.

Para além disso, ainda há quem considere que o perfil genético pode se visto como “fator dissuasor da prática do crime”, intimidando os agentes com a ameaça de que, se voltarem a cometer certo crime, aumenta a probabilidade de ser detetado o seu perfil genético através da base de dados. Atuará assim a base de dados com uma verdadeira função utilitária e intimidatória¹²⁸.

Isto disto, importa tomar algumas considerações acerca do critério da reincidência. Em primeiro lugar, não nos parece que atemorizar os potenciais criminosos através da teoria da intimidação seja

¹²⁵ Na Alemanha os condenados devem apresentar um risco de reincidência em ofensas específicas, ofensas de crimes contra a vida, contra a integridade sexual, contra a liberdade; terrorismo, roubos e ameaças, furtos, roubo de automóveis, fogo posto, até outros crimes que preencham o critério de crimes graves. Cfr. Guimarães, Ana Paula, *Entre a segurança e a liberdade: A introdução do perfil de ADN do condenado na base de dados*. Revista Diálogos Possíveis, v. 19, n. 1, pp. 266-279, janeiro- junho de 2020.

¹²⁶ Navalho, Francisco, *“A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal”*, Conferências do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Coleção Bioética, Coimbra, 2012, p.190, disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf

¹²⁷ Corte Real Francisco, “Bases de dados genéticos com fins forenses”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume Especial, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004, pp. 143 e 144.

¹²⁸ Patto, Pedro Maria Godinho Vaz, *“Os fins das penas e a prática judiciária – Algumas questões”*, Comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, Ação de formação do Conselho Superior da Magistratura, 2011, p. 9, disponível em: http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf

um caminho a seguir, pois que se instrumentaliza a pessoa para prosseguir um interesse futuro de combate à criminalidade, baseando-se na sua hipotética reincidência¹²⁹. Depois, não entendemos qual a necessidade deste critério, quando não há dados precisos sobre a reincidência¹³⁰, o que faz com que não se consiga explorar este instituto ou sequer ter uma noção clara do que se fala. Só a Provedoria da Justiça tinha dados recolhidos, mas de há 16 anos, pelo que neste momento tal informação encontra-se completamente desatualizada. A única fonte onde conseguimos encontrar alguns dados, indiretamente, sobre este instituto, é no relatório anual de 2019 onde consta que são os crimes patrimoniais que mais levam os reclusos a regressarem à prisão¹³¹. Assim, e partindo-se do princípio de que estes são um grupo de indivíduos com interesse criminógeno, constata-se que são os crimes patrimoniais que terão alguma relevância e prática produtiva, realizando a finalidade para que foram criados os perfis de condenados.

Todavia, na nossa perspetiva, é injustificável a possibilidade de inserção de dados deste tipo de crimes, pois nem é sequer expeável que existam amostras biológicas por esses contornos não corresponder a elementos do tipo de crime. Questiona-se a necessidade de criar uma base de dados de perfis para condenados, quando os crimes com maior reincidência, são crime patrimoniais, em que é não provável que haja sequer vestígios biológicos.

Tornou-se claro que a inclusão destes perfis de ADN em condenados, não necessita de averiguar a idoneidade da medida tendo em conta o crime cometido, pois independentemente de não ser adequada para aquele crime do qual resultou a condenação, sê-lo-á para outro que venha a cometer. E é precisamente aqui que recomendamos que o legislador conheça, que a reincidência não pode ser avaliada em termos gerais, numa mera especulação, porque a mesma não é geral, está associada a padrões. Normalmente, a reincidência dá-se em crimes da mesma natureza, não podendo assim basear se num juízo probabilístico geral. E, mesmo assim, a nosso ver, não é possível descredibilizar o papel da reinserção social, tal seria desconforme à finalidade das penas.

Deste modo, não se compreende o alcance que o legislador quis dar a este critério: se, por um lado o compreendeu como uma grande probabilidade de cometer um futuro crime da mesma natureza; ou se por outro, assumiu a probabilidade de cometer-se um crime seja que natureza for.

¹²⁹ *Ibidem.*, p. 9.

¹³⁰ Cfr. Estatísticas prisionais portuguesas, p.6, disponível em: https://www.fd.uc.pt/idpee/pdfs/bd_2018.pdf

¹³¹ Cfr. Relatório anual de atividades de 2019 da Direção Geral de Reinserção e dos Serviços Prisionais, disponível em [RA-2019.pdf \(justica.gov.pt\)](#)

3.3 Pena concreta de 3 anos

O legislador, no n.º2 do artigo 8.º, ao estabelecer que a recolha de ADN de arguidos condenados seria ordenada quando o crime praticado tivesse pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, admitiu que a inserção de tais perfis é baseada na pena concreta aplicada ao caso, ao invés de optar pela moldura abstrata prevista para determinado tipo de crime. Assim sendo, este foi o marco que o legislador considerou suficiente para legitimar a aplicação de uma medida de controlo sobre o património genético do indivíduo.

Porém, quanto mais nos enredamos na investigação científica e doutrinal, mais nos apercebemos que nenhuma consideração sobre a dignidade penal esteve subjacente a este critério, nem qualquer consideração pela distinção entre a pequena, média e alta criminalidade. Conhecemos destas intenções através de Jorge dos Reis Bravo quando afirma que a opção por este critério terá ficado a dever-se fundamentalmente a razões de praticabilidade-exequibilidade de inserção de perfis por parte do INMLCF, I. P¹³².

Para Francisco Corte Real, um dos argumentos que mais peso teve neste critério consistiu na constatação de que a genética forense pode cada vez mais fornecer resultados não apenas nos crimes contra a vida e as pessoas, em que com maior probabilidade pode existir material biológico facilmente identificável, mas também noutra qualquer tipo de crime, em que pode ser conseguida a identificação de um perfil genético num documento manuseado ou num objeto agarrado. Porém, também entendeu, e indo ao encontro do que Jorge dos Reis Bravo afirmou, que não deveria ser apresentada uma proposta que não fosse possível concretizar com os meios laboratoriais ao dispor no País ou, pelo menos, que não implicasse investimentos muito avultados para as capacidades financeiras nacionais¹³³. Pensamos ser neste ponto evidente a desconsideração e desprezo total pelo grau de lesão que uma base de dados pode implicar. Só uma tal ignorância justifica que não tenham estado presentes juízos de necessidade e adequação, numa medida que, como veremos mais detalhadamente no próximo capítulo é altamente restritiva de direitos fundamentais.

Já Marta Botelho, considera que a pena concreta igual ou superior a 3 anos, não deveria constituir um critério de determinação da colheita de material genético de um condenado na base de dados, pois pode ser um dado irrelevante em certos crimes puníveis com aquela pena. Entende a

¹³² Bravo, Jorge dos Reis, "I. O Aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética; II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN – Abordagens preliminares", *op. cit.*, p. 45.

¹³³ Corte Real, Francisco, *op. cit.*, pp. 155 e 156.

Autora que a pena não deveria ser inferior a 5 anos, sendo exigível ainda um despacho fundamentado, com referência aos critérios de proporcionalidade, adequação e necessidade¹³⁴. Afigurando-se-lhe assim excessiva e desproporcional a fixação no limite de 3 anos, para habilitar o juiz a ordenar a inserção do perfil genético na base de dados. Em concordância, Paulo Pinto Albuquerque também defende que o limite deveria ser o de cinco anos de prisão, pronunciando-se pela inconstitucionalidade da fixação em medida inferior a esse limite, o qual deveria ser proporcional e necessário, combinado com o do conceito legal de “criminalidade grave” do art. 1.º, al. j), do CPP¹³⁵.

Por outro lado, Helena Moniz defende que este critério é muito amplo, o que faz com que abranja diversos tipos de crimes, desde crimes contra as pessoas, criminalidade violenta e altamente organizada, crimes patrimoniais ou até mesmo crimes tributários, como também qualquer arguido condenado numa pena de prisão igual ou superior a três anos poderá ser sujeito a esta recolha, “ainda que se trate, por exemplo, de delinquente primário e/ou delinquente económico”, o que suscita certas dúvidas quanto à proporcionalidade da medida em causa. Assim esta Autora sustenta que se o objetivo era não contender com os direitos fundamentais, pelo que a lei pretenderia ser restritiva ao abranger crimes dolosos com pena igual ou superior a 3 anos, acabando por ter o efeito inverso, abrangendo uma grande variedade de crimes¹³⁶.

Para esta autora o melhor critério para determinar a recolha e inserção de ADN a condenados deveria ter sido a adoção de um catálogo de crimes gravosos, tal como o legislador optou para as escutas telefónicas ao abrigo dos artigos 187.º e ss. do CPP. Deste modo, facilmente se conseguiria justificar a integração na base de dados perfis de condenados por crimes de homicídio (doloso), homicídio qualificado, ou crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, embora reconheça que, numa primeira fase, podia ser difícil justificar a possibilidade de integração na base de perfis de condenados em crimes de furto simples¹³⁷. Neste sentido, Benjamim Rodrigues entende que o legislador devia ter optado por consagrar um catálogo de crimes gravosos para os quais a recolha seria admitida, tendo em conta a sua grande danosidade para determinados direitos fundamentais do visado, à semelhança do que já acontece com a apreensão de correspondência e com as escutas telefónicas¹³⁸.

¹³⁴ Também, a CNPD se pronunciou no mesmo sentido no Parecer 18/2007: https://www.cnpd.pt/bin/decisoes/Par/40_18_2007.pdf

¹³⁵ Albuquerque, Paulo Pinto de, *op. cit.*, nota 12, pp. 481 e 482.

¹³⁶ Moniz, Helena, “Se uma gota... uma gotinha apenas”, *op. cit.*, pp. 28 e 34.

¹³⁷ *ibidem*, p.36.

¹³⁸ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, pp. 534 e 535.

Contudo, tal como tem ocorrido noutros ordenamentos jurídicos, ainda que num primeiro momento o elenco de crimes fosse mais restrito, abrangendo apenas a integração de perfis de arguidos condenados em crimes de maior gravidade, paulatinamente a lei, numa segunda fase, poderia ser alterada, ampliando o leque de crimes passando a abranger a integração na base de perfis de condenados em pequenos crimes contra o património, principalmente quando se trata de condenados em pequena criminalidade, mas com um número elevado de crimes (da mesma espécie) praticados¹³⁹.

Porém, tem-se observado que as opções seguidas nos diversos Estados europeus, não têm sido uniformes: –países como a Holanda, a Suécia, a Dinamarca ou a Suíça optaram por ter como critério a medida da pena, já a França, a Finlândia ou a Noruega, entre outros, definiram um catálogo de crimes como critério de inclusão¹⁴⁰. Acompanhamos as palavras de Helena Moniz quando diz que poderia suceder-se que num primeiro momento o elenco de crimes fosse mais restrito, abrangendo apenas a integração de perfis de arguidos condenados em crimes de maior gravidade, paulatinamente a lei, mas que numa segunda fase, poderia ser alterada, ampliando o leque de crimes passando a abranger a integração na base de perfis de condenados em pequenos crimes¹⁴¹.

Face ao exposto, no nosso parecer, a legitimidade penal da recolha e inclusão do perfil de ADN de condenados, só deve aplicar-se face aos crimes mais graves, a cuja dignidade penal corresponderá uma justa medida de restrição. Mas não deve ficar por aqui. Deve ainda ser um mecanismo adequado para a prossecução do fim visado com a mesma, que é o mesmo que dizer “cuja lesão se revele digna da medida”¹⁴², sendo equivalente aos interesses que se visa acautelar. Desta maneira, para nós e de forma a tornar o critério o menos restritivo possível dos direitos fundamentais, a catalogação dos crimes, a par da fixação do limite da pena superior a 5 ou 10 anos de prisão seria o melhor critério a adotar. Em primeiro lugar, porque ficariam de fora crimes aos quais não corresponda uma “cena de crime”, veja-se, crimes informáticos, crimes patrimoniais, em que não é expectável que deixem vestígios biológicos¹⁴³, uma vez que, só releva a obtenção de perfis de ADN em crimes em que seja possível encontrar vestígios biológicos– caso contrário, que sentido justificável teria uma medida que veremos perversa de direitos fundamentais, em crimes que não corresponda uma “cena de

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 36 e 37. O registo de perfis de ADN em função do tipo de crime verifica-se na «Alemanha, em Espanha, em França, na Hungria, na Noruega e na Suíça, enquanto noutros, como na Dinamarca, na Finlândia, no Luxemburgo, na Holanda e na Suécia, tem em conta a duração da pena que é infligida ao suspeito». Albuquerque, Paulo Pinto, “As bases de Dados de Perfis de ADN à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *Conferência Parlamentar: A Base de Dados de Perfis de ADN face ao Direito Penal e Processual Penal e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, 24 de abril de 2015*.

¹⁴⁰ Corte real, Francisco, *op. cit.*, p.156.

¹⁴¹ Moniz, Helena, *op. cit.*, pp. 36 e 37.

¹⁴² Dias, Jorge de Figueiredo, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, 2001, p. 43.

¹⁴³ No mesmo sentido, Botelho Marta, *op. cit.* p.255.

crime”? E, em segundo lugar, limitar-se-ia a recolha, não permitindo que esta fosse admissível para qualquer crime, catalogando-se os crimes em que tal recolha seria permitida, assim, com a proposta de pena abranger-se-ia crimes de alta criminalidade, dos quais à partida já se disponha de perfis genéticos em fase de investigação criminal.

Contudo, ainda que a alternativa à opção legislativa do artigo 8.º, n.º2 possa passar pela catalogação dos crimes, não basta que o arguido seja condenado por um dos crimes do elenco legal, é necessário que haja uma ponderação em concreto por parte do aplicador do direito, sob pena desta medida não passar de uma previsão automatizada de mecanismos excepcionais sem uma avaliação de conjunto da sua necessidade e dos valores colidentes.

3.4 Trânsito em julgado da sentença de condenação

No que respeita a este critério, a dúvida que poderá eventualmente surgir deve-se ao facto de, na versão originária da lei n.º5/2008, o artigo 8.º, n.º2 dispor expressamente: “(...) após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado (...)”, enquanto, na sua atual versão, não há qualquer referência quanto a isto.

Contudo, concordamos com Jorge dos Reis Bravo e Celso Leal quando dizem que a lei deixou de fazer referência à necessidade de trânsito em julgado para a realização da recolha em arguido condenado, por uma questão de desnecessidade sistémica, pois a exequibilidade de qualquer decisão condenatória depende sempre do seu trânsito em julgado (artigo 467.º, n.º 1, CPP)¹⁴⁴. Assim, o facto de o preceito não exigir expressamente o trânsito em julgado que este tenha sido dispensado.

Aliás, há outros dados que ao longo da lei reforçam esta opção por parte do legislador. Desde o artigo 15.º, n.º 1, al. e), que faz referência à existência de um ficheiro de amostras de pessoas condenadas “por decisão judicial transitada em julgado”, ao artigo 19.º, n.º 3, al. c), que também admite o cruzamento de amostras-problema para identificação civil com os perfis de “pessoas condenadas em processo criminal, por decisão transitada em julgado”.

E, por fim, também o artigo 26.º, n.º8, faz alusão às exceções da eliminação de perfis e dados pessoais, onde menciona expressamente a “condenação por crime doloso, com trânsito em julgado, em pena igual ou superior a 3 anos”.

Assim, encontramos ao longo da lei n.º5/2008, referências à necessidade de ocorrer o trânsito em julgado da sentença de condenação em pena igual ou superior a três anos de prisão.

¹⁴⁴ Bravo, Jorge dos Reis/Leal, Celso, *op. cit.*, p. 209.

3.5 Automaticidade

Associada à natureza da ordem de recolha de perfis de ADN em condenados está a problemática da automaticidade ou não de tal ordem. Esta inquietação já foi intensivamente discutida no contexto anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º90/2017, e agora, com a atual versão do artigo 8.º, n.º2, as dúvidas sobressaem ainda mais quanto à determinação da sua natureza, pois a sua formulação é ainda mais indutora da automaticidade da ordem de recolha.

Na formulação legal originária, entre nós já a questão havia sido aflorada quer doutrinariamente, quer jurisprudencialmente. Em termos doutrinários, Inês Ferreira Leite apontava inequivocamente para a automaticidade da ordem de recolha de ADN, afirmando que a redação da lei não dá margem para dúvidas sobre esta conclusão, pois se a recolha de material biológico em arguidos será, e bem, meramente facultativa durante a pendência do processo, devendo ocorrer apenas quando haja necessidade para efeitos de produção de prova ou a pedido do arguido, já a recolha em condenado a pena de prisão igual ou superior a 3 anos é obrigatória. Por isso, os juizes de julgamento têm o dever legal de emitir despacho no sentido de que seja realizada a recolha do material biológico¹⁴⁵. Nesta sequência, já houve oportunidade de a jurisprudência se pronunciar, nomeadamente, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05/05/2015, onde podemos ver posição que propende para a automaticidade da ordem: "Da leitura dos n.ºs 1 e 2 do art. 8.º, da Lei n.º5/08, de 12.2, resulta que a recolha de ADN é automática, não dependendo de qualquer pressuposto, que a Lei não impõe (com exceção da condenação por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída) e sendo certo que pode ser ordenada logo após a constituição de arguido"¹⁴⁶. Decorre também tal caráter automático do Acórdão Tribunal da Relação de Évora de 13/12/2011 onde refere que o automatismo da decisão "dispensa a ponderação da necessidade da recolha de tais amostras"¹⁴⁷.

Contrariamente, a este entendimento, Paulo Pinto Albuquerque defende que a obtenção de perfil de condenados nunca é automática¹⁴⁸, sustentando não se tratar de um efeito automático decorrente da sanção principal e que a decisão sobre a recolha da amostra para obtenção de perfil de ADN de arguido condenado deve ser fundamentada, atendendo ao perigo de continuação da atividade

¹⁴⁵ Leite, Inês Ferreira, «A nova base de dados de perfis de ADN», Boletim Informativo da FDUL-IDPCC, ano 1, edição 5, outubro-novembro, 2009, nota 16, disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=XFmkf-Zy5pM%3D&tabid=622>

¹⁴⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05/05/2015, proc. n.º 241/11.5JELSB.L1-5, relator Alda Tomé Casimiro, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5ae02635d8f26b4780257e5a005474a7?OpenDocument>

¹⁴⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13/12/2011, proc. n.º 8/10.8GATVR-A.E1, relator Alberto João Borges, que refere que o automatismo da decisão, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8a9cb7c6bbfee54580257de10056fdc7?OpenDocument>

¹⁴⁸ Albuquerque, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p.8.

criminosa¹⁴⁹. Igual entendimento decorre do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/10/2011, que vem dizer que “a recolha de amostras de ADN, a que se refere o art.8.º, n.º2, da Lei n.º5/08, de 12.2, não é automática face a uma condenação transitada em julgado, pressupondo a existência de grave perigo de continuação criminosa ou outros receios relevantes que possam ou permitam inferir a necessidade daquela recolha e subsequente conservação”¹⁵⁰.

Também Helena Moniz se manifesta contra o carácter automático da ordem de recolha, sustentando o seu entendimento nos artigos 30.º, n.º4, da CRP e 65.º, n.º1, do CP, que consagram o princípio do carácter não automático das penas, segundo o qual “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos”¹⁵¹. Colocando a este respeito uma questão que nos parece muito pertinente e deveras relevante: “será que se justifica que se insira na base um perfil de um condenado de 66 anos de idade, que cometeu um crime de homicídio e foi condenado numa pena de prisão de 20 anos? Não será diferente o caso, por exemplo, do rapaz de 17 que comete um crime de ofensa à integridade física grave e que é condenado numa pena de 8 anos?” Esta autora concluiu dizendo que se se entendesse que o simples preenchimento dos requisitos previstos no artigo 8.º, n.º 2 da Lei n.º5/2008 fosse suficiente para que o juiz automaticamente determinasse a inserção do perfil na base, então não íamos poder diferenciar os dois casos referidos, isto é, não íamos determinar a inserção do perfil com respeito por exigências de prevenção e em função da perigosidade do delincente concreto¹⁵².

Importa ainda fazer referência a Jorge Reis e Celso Leal, que referem que da formulação legal antes das alterações introduzidas pela lei n.º90/2017 parecia emergir uma “relação de “previsão-

¹⁴⁹ *Ibidem*, notas 12 e 13, p. 482.

¹⁵⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/10/2011, proc.º 721/10.0PHSNT.L1-5, rel. Agostinho Torres, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/0/b4b271fe2382e5f78025793e004317f3?OpenDocument>. Salientando que “Determinando aquela recolha, a sentença deve fundamentar em concreto aquele perigo, de modo a convencer da sua necessidade e proporcionalidade”

¹⁵¹ Moniz, Helena, *op. cit.*, pp. 38 e 39.

¹⁵² *Ibidem*. Neste mesmo sentido, está encabeçado nos seguintes acórdãos posição idêntica à da autora:

i. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/06/2016, proc. n.º 1805/09.2T3AVR.1, rel. Artur Oliveira, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/7F14D87C1D9C97CC80257FE000467D3E>

“I – A necessidade de recolha, nos termos da Lei n.º5/2008 de 12/2, do perfil de ADN, deve ser objecto de fundamentação específica, e justificada à luz dos critérios de culpa, necessidade e proporcionalidade, gerando nulidade a omissão de tal fundamentação.

II – Se dos factos e da personalidade do arguido não se vislumbram indícios de perigo de continuação de actividade criminosa nem de uma tendência criminosa, nem se vislumbram outros receios que permitam inferir a necessidade de recolha e conservação desses dados de ADN, a mesma não é justificada pelo que não deve ser ordenada.” (sublinhado nosso)

ii. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/10/2011, proc.º 721/10.0PHSNT.L1-5, rel. Agostinho Torres, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/0/b4b271fe2382e5f78025793e004317f3?OpenDocument>

“II- Determinando aquela recolha, a sentença deve fundamentar em concreto aquele perigo, de modo a convencer da sua necessidade e proporcionalidade.”(sublinhado nosso)

iii. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15/12/2015, relator Clemente Lima, proc. n.º 453/13..7TDEVR.E1, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9716bb87708f2a2b80257f330050241c?OpenDocument>

“I - A recolha de amostras de ADN, a que se refere o artigo 8º, nº 2, da Lei nº 5/2008, de 12/02, não é automática face a uma condenação transitada em julgado, pressupondo a existência de grave perigo de continuação criminosa ou outros receios relevantes que possam ou permitam inferir a necessidade daquela recolha e subsequente conservação.

II - Determinando aquela recolha, a sentença deve fundamentar, em concreto, aquele perigo, de modo a convencer da sua necessidade e proporcionalidade.” (sublinhado nosso)

estatuição”, que não deixaria lugar à livre discricionariedade do julgador. O que havia era “uma vinculação do tribunal relativamente a certos pressupostos legais”. Segundo estes autores, a apreciação casuística da ordem de recolha de amostras poderia afetar os princípios da igualdade e da legalidade criminal, o que parecia concorrer para a solução da automaticidade. Contudo, para corroborar tal entendimento, vêm argumentar que o facto da eliminação dos perfis de ADN e dados pessoais de condenados ocorrer, nos termos do artigo 26.º, n.º1, alínea f), da Lei n.º5/2008 vigente à data, no momento em que se procedesse ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal, parecia indicar “estar-se em presença de um sistema indexado ao do registo criminal, o qual é enformado por critérios de automaticidade¹⁵³.”

Todavia, estes autores vêm recordar ainda que o despacho de determinação da ordem deve ser sempre fundamentado, ao menos verificando os pressupostos negativos da ordem, pelo que não se deverá confundir a necessidade de fundamentação – por não revestir carácter de despacho de mero expediente (artigos 205.º, n.º1, da CRP e 97.º, n.º5, do CPP) – de uma tal decisão e a automaticidade (ou não) da mesma¹⁵⁴. Assim, tal não significa que o despacho do juiz do julgamento prescindia de fundamentação, o problema reside apenas em saber em que termos se manifestará tal fundamentação: se cabe ao juiz indagar se, no caso, se verificam os pressupostos que o legislador contemplou em termos gerais e abstratos para justificar a ordem de recolha, ou se, ao invés, intercederia alguma razão que, excecionalmente, desaconselhasse ou tornasse desnecessária a ordem de recolha de amostra. Deste modo, para os autores vigorava um regime de quase automaticidade, enquanto efeito substantivo derivado de uma condenação penal, não dispensando a concreta exigência constitucional da respetiva fundamentação (art. 205.º, n.º1, da CRP)¹⁵⁵.

Posto isto, com a alteração introduzida pela lei n.º90/2017 ao n.º2 do artigo 8.º da lei n.º 5/2008, passou a estabelecer que “(...) a recolha de amostra (...) é sempre ordenada na sentença”. Assim, como referem Jorge Reis e Celso Leal esta alteração (e mal) veio reforçar a natureza automática da ordem de recolha de amostra de ADN, passando a ser sempre proferida na decisão condenatória¹⁵⁶. Ou, na formulação mais explícita do acórdão da mesma Relação de 20/02/2019, “a nova redação do n.º 2 do art. 8.º da Lei n.º5/2008, de 12/02, dada pela Lei n.º 90/2017, de 22/08, não impõe

¹⁵³ Bravo, Jorge dos Reis, /Leal, Celso, *op. cit.*, pp. 211 a 213. Todavia, como iremos analisar adiante, nos dias de hoje já não é assim, existindo prazos autónomos e distintos de conservação e eliminação, no artigo 26.º da Lei n.º 5/2008.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.214.

qualquer ponderação sobre a necessidade da recolha de amostra de ADN”¹⁵⁷. De facto, a letra da lei nada diz quanto aos contornos da necessidade de fundamentação do despacho, nem o grau de discricionariedade do juiz permitido para tal despacho.

Pelo exposto, seria necessário um enorme esforço para se compreender este critério, porque para confirmar a prognose de perigo há que fundamentá-lo, devendo operar-se numa ponderação devidamente alicerçada e motivada, em que em concreto se justifique a necessidade de tal recolha, sob pena de o legislador aqui se tornar um verdadeiro déspota. E só o conseguirá provar atendendo a todas as circunstâncias do específico caso, do tipo de crime, não bastando ser possível o cometimento do crime, é necessário que o despacho defina o porquê daquela ordem lesiva com base na gravidade do crime, aferir da necessidade e utilidade da inclusão para a identificação futura que se pretende acautelar. Só estes três elementos, harmonizados, podem justificar a ordem de recolha de material biológico para condenados, sob pena da mesma ser arbitrária e desproporcional e nesses termos inconstitucional, por imposição do artigo 18.º, n.º2, da CRP, sobre tal teceremos mais adiante considerações.

3.6 Consentimento e coercibilidade

A questão do consentimento e da coercibilidade assume-se como uma das questões mais controversas no quadro das ingerências corporais probatórias. Relativamente a esta problemática deixaremos breve nótulas, com a consciência que este problema suscita muitas outras implicações que não cabe nas finalidades deste capítulo tratar. Desta maneira, importa aqui analisar a densidade normativa necessária para se poder concluir pelos termos e modos da admissibilidade de sujeição coerciva de um imputado a determinadas medidas probatórias com incidência corporal.

Contudo, antes de avançarmos para a temática propriamente dita, importa questionarmo-nos se, mesmo antes da entrada em vigor da lei n.º5/2008, ao abrigo do artigo 172.º do CPP, a sujeição a exames genéticos contra a vontade do agente era já possível. Quanto a nós, a resposta a esta pergunta será sempre negativa, desde logo porque não nos parece que a norma possua um grau de determinação do seu conteúdo suficiente, e também porque, havendo um elevado grau de lesão dos direitos fundamentais, seria necessária uma garantia constitucional que reconhecesse o grau de

¹⁵⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20/02/2019 , proc. n.º269/16.9GAACB-A.C1, relator: Relbrizida Martins. , disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/0aead7e109bdb0e3802583a9003d0f41?OpenDocument>

determinabilidade e precisão da lei, de modo a garantir a destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar.

Costa Andrade defendia que, apesar de a Constituição não se opor à recolha não consentida de amostras biológicas, no regime legal vigente não era admissível compelir o arguido à recolha de amostras biológicas quando este não consentisse na colheita. Pela sua especificidade e tendo em contas as exigências de reserva de lei – com os corolários de clareza e determinabilidade – o recurso ao ADN em processo penal reclamava uma consagração expressa e preferencialmente na lei processual codificada. Logo pelo seu conhecido e qualificado potencial de intromissão e devassa na perspetiva de Direitos Fundamentais, à luz dos quais pode antecipar-se e compreender-se que a lei condicione o acesso ao ADN à investigação de crimes acima de determinado limiar de gravidade e danosidade social mediante uma concreta e razoável ponderação¹⁵⁸. Com igual entendimento, Gomes Canotilho partia do pressuposto de que as restrições aos direitos, liberdades e garantias estavam subordinadas a “uma reserva de lei qualificada [...] devendo ser expressamente previstas, claramente determinadas, devidamente fundamentadas e objecto de interpretação restritiva”. Deste modo, o Autor concluía que “o quadro normativo existente” não era suficiente para legitimar a recolha compulsiva de amostras de ADN, e, por isso, reclamava a criação de uma lei específica sobre a recolha e utilização de material genético, em virtude de estarem em causa materiais portadores de dados sensíveis e potencialmente reveladores de informações pessoais, que necessitavam, assim, ser devidamente regulados¹⁵⁹.

Na versão originária da lei n.º5/2008, só o n.º 1 do artigo 8.º referia que “(...) a recolha de amostras em processo-crime era realizada (...) ao abrigo do disposto no artigo 172.º do CPP”. Do artigo 172.º, podemos ver expressamente que, em caso de recusa, o arguido “pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. Todavia, no n.º2 do artigo supramencionado, o legislador não teve a mesma cautela e não fez quaisquer referências às consequências da recusa de arguido condenado para a recolha de amostras. Assim, o preenchimento desta lacuna foi fruto de entendimentos doutrinários que foram estabelecendo tendências. Podemos encontrar vários

¹⁵⁸ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de agosto de 2007, proc. n.º 6553/2007-5, relator Vieira Lamim, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a5e619a00096ddb80257385003d8d11?OpenDocument>.

I - Opondo-se o arguido à realização de zaragatoa bucal para recolha de saliva, destinada à definição do seu perfil genético e subsequente comparação com vestígios hemáticos encontrados no local do crime, pode o JJC compeli-lo a submeter-se a tal exame, pois entre os interesses em confronto, deve prevalecer o da realização da justiça, já que para concretização forçada de tal exame a autodeterminação corporal é violada de forma pouco significativa. (sublinhado nosso).

¹⁵⁹ Parecer junto ao recurso apreciado no Tribunal da Relação do Porto, em 3 de maio de 2006, citado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, op. cit. No mesmo sentido, e defendendo a inadmissibilidade da utilização da força física nos casos de recusa do arguido na recolha de amostras biológicas para determinação do perfil de ADN antes da entrada em vigor da Lei n.º 5/2008, encontramos Maria do Carmo Dias, apoiando-se também na inexistência de lei expressa para regular a recolha sem consentimento. Dias, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial.”, in Revista do CEJ, n.º 3, 2.º semestre, 2005, p. 211.

posicionamentos de Autores que admitem a coercibilidade através da utilização da força física, bem outros que a rejeitam em absoluto, havendo ainda um terceiro grupo de autores a assimilar a coercibilidade a uma cominação sancionatória de prática do crime de desobediência, mas não admitindo a utilização da *vis physica*.

Para Paulo Pinto Albuquerque, a coercibilidade poder assumir diferentes facetas, defendendo, que nos termos do n.º1 do artigo 8.º, pela circunstância de se tratar de uma medida excecional, se pode fazer uso da força física. Segundo este autor, primeiramente, ordena-se a realização do exame com a cominação do artigo 348.º, n.º 1, al. a b), do CP, e, caso a recusa persista, ordena o uso da força (“ser compelido”). E, ao recusar, o examinando comete o crime de desobediência cominado e torna justificável o uso da força. Todavia, o mesmo autor, quando confrontado com a admissibilidade da utilização de coercibilidade com recurso à força física, no tocante à recolha de amostras biológicas de condenados (nos termos do art. 8.º, n.º2) já rejeita tal hipótese, sustentando que a natureza excecional da norma do art. 172.º, n.º1, do CPP enquanto meio de obtenção de prova, restando ao “(...) tribunal fazer acompanhar a ordem de recolha da amostra com a incriminação do artigo 348.º, n.º 1, al. b) do CP¹⁶⁰.

Por outro lado, Inês Torga, distanciando-se da construção de Paulo Albuquerque, sustenta que, apesar de lhe reconhecer aparente correção no seu raciocínio, existe um mínimo de suporte legal para sustentar uma extensão teleológica no sentido de aos condenados também ser possível a colheita coerciva, sem enveredar pelo domínio da analogia proibida¹⁶¹. Com esta asserção, a autora admite alargar-se a coercibilidade, com o uso da força, quer em sede de investigação criminal, quer relativamente à colheita de amostras em condenados.

Também Artur Pereira relembra, e quanto a nós de modo procedente, que o descartar das versões propostas aos projetos do CDS e do PCP¹⁶², bem como as alterações introduzidas no CPP em 2007, na sequência dos Acs. TC n.º 155/ 2007 e 288/2007¹⁶³, em relação ao artigo 172.º, n.º1, do CPP, deveriam ter inequivocamente esse sentido: o entendimento de ser compelido a fazer um exame só pode significar poder sê-lo pela força.

¹⁶⁰ Albuquerque, Paulo Pinto de, *op. cit.*, nota 2, p. 478. Neste mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13 de dezembro de 2011 (rel. Alberto João Borges), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8a9cb7c6bbfee54580257de10056fdc7?OpenDocument> vem dizer que “art. 8º nº2 não permite que, em caso de recusa, o condenado possa ser forçado à recolha das amostras” ai referidas; se essa fosse a intenção do legislador tê-lo ia dito, como o disse no n.º 1 daquele preceito”. (sublinhado nosso)

¹⁶¹ SILVA, Inês Torgal Mendes Pedroso., “A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal”, in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 8, n.º 15, janeiro - junho, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Coimbra, 2011, pp. 177 a 179.

¹⁶² Projeto de Lei n.º 368/X, in DAR, II Série A, N.º 52, de 09-03-2007, pp.24 e 53.

¹⁶³ Mais adiante teceremos considerações sobre estes acórdãos.

Ainda poderá debater-se o conteúdo que a expressão pode «ser compelido» pode assumir. Em data anterior à entrada em vigor da lei n.º5/2008, Sónia Fidalgo abordou esta questão concluindo que a mesma não podia traduzir-se na admissibilidade do recurso à força física perante a recusa do arguido em sujeitar-se ao referido exame, mas antes que o arguido em causa não tinha o direito de recusar, podendo incorrer, neste caso, num crime de desobediência (artigo 348.º, n.º1, al. b) do CP)¹⁶⁴. Como refere, e bem, Benjamim Rodrigues a expressão não admite a possibilidade de o arguido ser sujeito, através de coação física, “a uma intervenção corporal lesiva da integridade moral e física da pessoa alvo dessa medida”. Com efeito, para o autor esta expressão tem de ser encarada apenas como uma “solene advertência que o juiz pode fazer ao indivíduo”, não admitindo a possibilidade de se traduzir no uso de força física, uma vez que “seria introduzir uma insanável contradição entre o vetor do artigo 25.º, n.º1, 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º, n.º2, al. a), c), do CPP e o art. 172.º, n.º 1, do CPP”¹⁶⁵.

Porém, na alteração introduzida pela lei n.º90/2017, já podemos encontrar expressamente no artigo 8.º, n.º4, a resposta do legislador a esta problemática, que passou por uma mera remissão para o artigo 172.º, do CPP: “em caso de recusa do arguido na recolha de amostra que lhe tenha sido ordenada nos termos dos números anteriores, o juiz competente pode ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º, do CPP (...)”.

Já no projeto de lei n.º 484/XIII58, relativamente à 2.ª alteração à lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, podemos ver que a resposta seria diferente, pois em caso de recusa, tal comportamento cominaria num crime de desobediência, sendo de desobediência simples nos casos do artigo 8.º, n.º1, e de desobediência qualificada nos casos do artigo 8.º, n.º2 e n.º3. Tratando-se de condenação em pena de prisão superior a 8 anos ou a pena de prisão superior¹⁶⁶, o projeto de lei mencionado entendia que a recolha de amostra de ADN e a consequente inserção do perfil genético na base de dados, poderia ser coercivamente imposta em caso de recusa, mediante decisão judicial, se houvesse especial receio da prática de novos factos da mesma espécie, atendendo à natureza do crime e aos seus antecedentes criminais (proposta de alteração ao artigo 8.º).

¹⁶⁴ Fidalgo, Sónia, *op.cit.* p. 135.

¹⁶⁵ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, pp. 546 e 547. O Autor considera, por isso, que o artigo 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004, que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais, deve sofrer uma redução teleológica e ser alvo de uma interpretação restritiva, devendo a expressão “Ninguém pode eximir-se...” significar “Ninguém deve eximir-se”, em nome de uma “cidadania ativa e colaboradora da justiça”, não obstante “não ser exigível que alguém não possa “eximir-se” em nome do seu irrenunciável direito de defesa, presunção de inocência e privilege against self-incrimination ou proibição de autoincriminação”.

¹⁶⁶ Cfr. Artigo 8º do Projeto de Lei n.º 484/XII – 2.ª alteração à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro – Exposição de Motivos, disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734e4467304c56684a53556b755a47396a&fich=pjl484-XIII.doc&inline=true>

“4 – A recusa do arguido na recolha de amostra que lhe tenha sido ordenada nos termos dos números anteriores é punida:

a) No caso do n.º 1, por crime de desobediência;

b) Nos casos dos n.ºs 2 e 3, por crime de desobediência qualificada.”

Rebatendo esta proposta, o Parecer da Procuradoria Geral da República veio dizer que tal proposta criaria bloqueios à utilização da base de dados, uma vez que, a mera cominação do crime de desobediência não permitiria que a base de dados cumprisse a sua importante função de esclarecimento dos crimes, fazendo apenas aumentar o número de processos criminais e penas aplicadas.

Posto isto, parece evidente que o legislador quis manifestamente que se recorresse, em caso de recusa do arguido, a uma forma opressiva para se obter a amostra de ADN. Apesar de concordamos que, numa situação de conflito entre as finalidades do processo penal, os direitos fundamentais do cidadão poderão ter de sofrer restrições, não nos podemos esquecer que as finalidades de descoberta da verdade material e realização da justiça “não podem sobrepor-se aos direitos fundamentais do arguido em todas as situações que caem sob a alçada do processo penal, para justificar atuações que sejam passíveis de constituir violação desses direitos”¹⁶⁷.

Na discussão do projeto de lei n.º484/XIII, foi ainda afirmado que tal matéria ainda não tinha tido repercussão prática, não sendo conhecido, até essa altura, qualquer caso de recolha coerciva, não tendo sido necessário recorrer à força física para se proceder à recolha. Contudo, tal argumento peca por defeito, desde logo porque, apesar de, até à data, não se terem afrontado situações de concretização da força física, mas apenas a iminência da sua utilização, não deixa de ser verdade que caso surja uma situação em que a recusa persista, a lei deixa em aberto uma margem de admissibilidade da sua utilização, que seja possível que o arguido possa ser imobilizado, seja impedindo a respiração do arguido tapando-lhe o nariz e obrigando-o a abrir a boca, seja simplesmente esticando-lhe o lábio para proceder à introdução da zaragatoa bucal, ou ainda aqueles casos em que varia em função do grau de resistência ou oposição do visado.

Por este motivo, parece ser um “dado elementar a conveniência da definição do critério de densidade normativa que habilite o aplicador do direito”¹⁶⁸. Ou seja, tal densidade normativa deve decorrer de opções precisas e claras do legislador, diminuindo a possibilidade de serem cometidos excessos e fornecendo à administração regras de conduta dotadas de critérios que devem definir tanto a decisão da sua pertinência, como os termos em que devem reger a sua execução.

É incontestável que o legislador deveria ter tido algumas cautelas procedimentais quanto ao modo de recolha de ADN em caso de recusa, nomeadamente, esclarecer a sua execução ou produção. Não é sustentável a ambiguidade do legislador, que, após todas as controvérsias existentes a nível doutrinal e jurisprudencial, continua a não fixar um procedimento único de emprego da força, e ao

¹⁶⁷ Botelho, Marta, *op. cit.*, pp. 241 e 242

¹⁶⁸ Bravo, Jorge dos Reis, *op. cit.*, p.491.

deixar em aberto a sua execução, abre igualmente a possibilidade de serem cometidos excessos e desproporcionalidades. Com isto, deve o legislador apressar-se a clarificar o modo de como se deve proceder a esta diligência, optando pelo método menos lesivo ou danoso para o arguido, e ponderando devidamente os critérios da necessidade, proporcionalidade e adequação que de acordo com a situação em concreto justificam tal recurso à força, e não apenas o facto de o arguido recusar a recolha.

Por isso, somos da opinião que perante a recusa do arguido em sujeitar-se ao exame não devia admitir-se o recurso à força física. Consideramos que as necessidades de prevenção e de resolução da investigação criminal não deviam assumir força normativa bastante para legitimar a utilização de força física ou coação¹⁶⁹. Assim, admitir-se a recolha coerciva de ADN para a obtenção de um perfil genético com finalidades de auxiliar a investigação, presente ou futura, constitui, uma lesão excessiva e desproporcional aos direitos fundamentais do arguido, por não ser necessário uma intervenção de tal forma danosa. Contudo, não tendo sido esta a opção do legislador, consideramos que a sua admissibilidade deve ser ponderada apenas nas circunstâncias do caso concreto, pelo que o que importa apreciar é se, nessas circunstâncias é exigível, no sentido não apenas de ser objetiva e tecnicamente possível, mas também se aquela recolha seria indispensável, adequada e proporcional a prosseguir os fins visados, e, por isso, deva considerar-se justificado o uso da força, e não apenas que da recusa do arguido decorra, sem mais, a possibilidade de recorrer à força física.

3.7 Permanência e eliminação de perfis de ADN

Previamente às alterações introduzidas pela lei n.º90/2017 à lei n.º5/2008, podíamos ler que, ao abrigo do 34.º, n.º1: “[a]s amostras de voluntários e as amostras de pessoas condenadas, obtidas nos termos do n.º1 do artigo 6.º e dos n. os 2 e 3 do artigo 8.º, bem como as amostras obtidas de arguidos em processos pendentes, nos termos do n.º1 do artigo 8.º, eram destruídas imediatamente após a obtenção do perfil de ADN.” Deste modo, a lei n.º5/2008 determinava a destruição das amostras de ADN recolhidas de voluntários, arguidos condenados e arguidos em processos pendentes, logo após ser obtido e inserido o respetivo perfil genético na base de dados. Nos restantes casos, o n.º2 do artigo 34.º estabelecia que as amostras de material genético são eliminadas nos prazos previstos no n.º1 do artigo 26.º, sem prejuízo de a amostra relativa ao perfil transferido nos termos do n.º8 do artigo 26.º ser imediatamente destruída, quando o paradeiro do arguido seja conhecido.

¹⁶⁹ Dias, Augusto Silva/ Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 3.

Antes da referida alteração da Lei, o artigo 26.º, n.º1, alínea f), determinava que os perfis de ADN de arguidos condenados eram eliminados na mesma data em que se procedesse ao cancelamento definitivo das respetivas decisões no registo criminal. Todavia, com a alteração introduzida pela lei n.º90/2017, o artigo 26.º, n.º3, passou a estabelecer prazos autónomos de conservação e eliminação de perfis de ADN. Desta maneira, passou a estabelecer-se que os ficheiros contendo perfis de ADN relativo a arguidos condenados e os correspondentes dados pessoais são eliminados, oficiosamente, decorrido, sobre a inserção do perfil na base de dados, o tempo de duração da pena de prisão concretamente aplicada ou da duração da medida de segurança, acrescido de: 5 anos, quando a pena tiver sido inferior a 5 anos (alínea a); de 7 anos, quando a pena se situe entre 5 e 8 anos (alínea b); 10 anos, quando a pena seja superior a 8 anos (alínea c); 23 anos, no caso de condenação por crime previsto no capítulo V do título I do livro II do Código Penal (crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual) (alínea d); e acrescido de 5, 7, 10 ou 23 anos se a duração da medida de segurança tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos, superior a 8 anos ou se a medida de segurança tiver sido aplicada por crime previsto no capítulo V do título I do livro II do Código Penal (crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual), respetivamente (alínea e).

O n.º4 do mesmo preceito estabelece que: "(...) se ocorrer nova condenação em medida de segurança ou por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que tenham sido substituídas, que possa implicar atualização da data de eliminação do perfil no ficheiro de dados pessoais, esta terá lugar após o trânsito em julgado da nova condenação". Contudo, se se verificar "alguma das causas de extinção da pena ou da cessação da sua execução, previstas no artigo 128.º do CP, é atualizada a data de eliminação do perfil no ficheiro de dados pessoais, oficiosamente ou mediante requerimento do titular ou, no caso de morte deste, de qualquer interessado" (artigo 26.º, n.º5).

Relativamente aos perfis de ADN de arguidos em processo pendente, uma vez integrados no ficheiro que procede à guarda provisória dos seus perfis," os perfis de ADN e os correspondentes dados pessoais são eliminados no termo do processo criminal, mediante despacho do magistrado competente, ou, oficiosamente, 15 anos após a inserção do perfil" (n.º 7 do artigo 26.º), exceto se no termo do processo criminal o arguido for condenado por crime doloso, com trânsito em julgado, em pena igual ou superior a 3 anos de prisão. Neste caso, o n.º 8 do artigo 26.º estabelece que o perfil de ADN e os respetivos dados pessoais transitam para o ficheiro relativo a pessoas condenadas previsto

na alínea e) do n.º1 do artigo 15.º, mediante despacho judicial, que poderá decidir ser necessária nova recolha de amostra, oficiosamente ou a requerimento, nos termos do n.º7 do artigo 8.º.

Capítulo III: O estatuto jurídico-constitucional da utilização de amostras biológicas em processo penal

1. A base de dados de perfis de ADN com finalidades identificativas à luz do paradigma constitucional dos Direitos Fundamentais

Chegados aqui, facilmente nos apercebemos de que a questão da admissibilidade desta inserção e tratamento de dados genéticos para arguidos condenados não se esgota na sua incoerência normativa, mas, antes, que se levantam verdadeiras objeções de cariz jurídico-constitucional. A par das vantagens que o progresso científico trouxe para o processo penal, temos assistido à proliferação dos meios de agressão e devassa dos direitos fundamentais do indivíduo, que enfrenta cada vez mais uma perda de excelência no espaço jurídico-penal. Prova disso é a panóplia de previsões e concretizações legislativas, veja-se o agente infiltrado, as escutas telefónicas¹⁷⁰, e com maior relevância para esta investigação, as perícias genético-forenses.

Hoje, entregamos ao legislador uma tarefa árdua de concordância prática entre o interesse de realização da justiça e descoberta da verdade material e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Todavia, devido à impossibilidade de harmonização integral de todas estas exigências, deve operar-se uma solução “de modo a que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais”, para que todas possam ser satisfatoriamente realizadas¹⁷¹. Todavia, a dicotomia entre interesses comunitários é lhe característico um equilíbrio muito ténue que parece escorregar muitas vezes entre os dedos do próprio legislador, por isso é fundamental não esquecer que a procura pela verdade material e a realização da justiça devem ser sempre logradas de forma processualmente válida e com respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, não podendo nunca ser obtida a qualquer custo, “pois não pode simplesmente invocar-se o interesse comunitário da perseguição e punição dos criminosos para restringir os direitos fundamentais e a liberdade das pessoas”¹⁷².

De facto, o paradigma constitucional e legal de aplicação da genética forense na investigação criminal tem levado, como não deixaria de o ser, a árduos debates, tanto acerca do funcionamento da

¹⁷⁰ Fidalgo, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, n.º 1, anoº 16, 2006, janeiro-março, Coimbra Editora, Coimbra, p. 116.

¹⁷¹ Dias, Jorge de Figueiredo, “O novo Código de Processo Penal”, *Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”*, n.º 369, Lisboa, 1987, pp. 12 e 13.

¹⁷² Botelho, Marta, *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico – em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 228 e 230.

base de dados, como do seu fundamento e finalidades, sendo certo, quanto a nós, que as medidas processuais só podem ser legítimas e por consequência legais se perseguirem finalidades do processo penal. Todavia, não se esgota aqui o seu debate, tanto mais que a própria recolha de vestígios biológicos dos arguidos ou condenados *per sí* contendem com inúmeros direitos constitucionalmente garantidos¹⁷³, que só deverão ser restringidos nos estritos termos do artigo 18.º da CRP, como veremos adiante.

Deste modo, o que estará sempre em causa é o “ponto de equilíbrio na determinação dos limites até onde é ou deve ser, face à Constituição e à Lei, consentida a compressão dos direitos fundamentais (...), tendente à prossecução de procedimentos de investigação, segundo critérios de imprescindibilidade, de idoneidade, de proporcionalidade e de subsidiariedade”¹⁷⁴. E este ponto de equilíbrio resultará numa tensão entre as finalidades de realização da justiça e da descoberta da verdade material por um lado, e a proteção dos direitos, por outro¹⁷⁵.

Tanto na recolha de material biológico para fins de investigação criminal, como na inclusão dos perfis genéticos na base de dados para ali ficarem inseridos a fim de se acautelarem investigações futuras, deparamo-nos com um processo penal que, perante novos mecanismos de ingerências probatórias sobre o corpo de um indivíduo, deixa em aberto novas formas de violação de determinados direitos fundamentais que urge tutelar juridicamente. Reiteramos Maria de Fátima, quando diz que “apesar da consciência existente de que os meios coercivos constituem interferências em direitos fundamentais, os ensinamentos desenvolvidos no direito constitucional neste domínio, designadamente, ao nível dos especiais cuidados a acautelar, tanto na legislação como na sua aplicação prática não foram ainda devidamente assimilados pela dogmática processual penal nacional”¹⁷⁶.

Com efeito, neste capítulo iremos procurar identificar quais os direitos fundamentais afetados pela utilização desta prova, porém, com maior pormenor sob a medida prevista no n.º2 do artigo 8.º, e

¹⁷³ Neste mesmo sentido, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida no Parecer n.º 52, ponto C., afirma que “a constituição e manutenção de bases de dados de ADN reforçam os poderes e a eficácia do Estado em matéria de segurança, mas podem condicionar maior vulnerabilidade dos cidadãos, designadamente quanto à salvaguarda dos seus direitos, liberdades e garantias” Cfr-Parecer n.º 52 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o regime jurídico da base de dados de ADN, disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasedadosADN.pdf

¹⁷⁴ Bravo, Jorge dos Reis, *Corpo e Prova em processo penal, admissibilidade e valoração*, Almedina, 2020, p.85.

¹⁷⁵ Sobre esta questão confrontar Mora Sánchez, admitindo que os direitos fundamentais deva ser uma barreira intransponível e os dados essenciais a resolver a tensão entre o interesse público na descoberta dos crimes e na punição dos culpados e o interesse da defesa na proteção da liberdade e direitos da pessoa, reconhecendo que a sua consagração de uma forma extrema, inviabiliza praticamente too o processo penal. Cfr Mora Sánchez J. M., *Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnología del ADN: Identificación Criminal a través de la Huella Gnética (Cátedra de Derecho y Genoma Humano)*, Comares Ed.Granada, 2001, p.81.

¹⁷⁶ Mata-mourós; Maria de Fátima; Juiz das Liberdades – Demonstração de um Mito do Processo Pena -Teses; Edições Almedina S.A; 2011.

a *posteriori*, determinar se esta medida preenche os critérios materiais do artigo 18.º, n.º1 da CRP, de idoneidade, necessidade e proporcionalidade.

1.1 Dignidade da pessoa humana

Falar em restrições de direitos fundamentais à luz do paradigma constitucional nunca poderá ser feito sem aludir ao princípio basilar do Estado de Direito Democrático – princípio da dignidade humana – que se encontra expressamente previsto no artigo 1.º da CRP. Em anotação a este preceito, escreveram Gomes Canotilho e Vital Moreira que: “ao basear a República na dignidade da pessoa humana, a Constituição explicita de forma inequívoca que o “poder” ou “domínio” da República terá de assentar em dois pressupostos ou precondições: (1) primeiro está a pessoa humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais”¹⁷⁷.

Tal como a atual doutrina constitucional tem afirmado, o valor da dignidade da pessoa humana “não se trata efetivamente (...) de uma mera proclamação retórica (...) despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor, o valor eminente do homem enquanto “pessoa” como ser autónomo, livre e responsável (...) – como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto da “validade” das respetivas normas¹⁷⁸. Mais do que um direito, a dignidade da pessoa humana constitui o “direito fundacional”¹⁷⁹, de onde emergem os demais direitos fundamentais da nossa sociedade, servindo assim de limite e critério à atuação processual penal¹⁸⁰, daí que o referente à dignidade humana vede qualquer lei ou interpretação restritiva que constituía um tratamento desprezível da condição humana ou crie obstáculos à sua realização.

Deste modo, num processo equitativo que postula a exigência da procura da verdade material com respeito pela dignidade da pessoa humana, só a sua aquisição mediante provas processualmente válidas poderá traduzir uma conformidade constitucional. Contudo, como vimos no capítulo anterior, o

¹⁷⁷ Canotilho, J.J. Gomes, /Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1.º a 107.º, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, nota VI e VII, pp. 198 e 199.

¹⁷⁸Cfr. Por todos, o Acórdão do TC n.º 105/90, proc. n.º 39/88, relator Conselheiro Bravo Serra, disponível em:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>

¹⁷⁹ Bravo, Jorge dos Reis, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸⁰ Agostinho, Patrícia Naré, “O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha da amostra biológica para inserção na Base de Dados – Perspectivas”, in *Revista do Ministério Público*, ano 37, n.º 148, Outubro-Dezembro, Lisboa, 2016, p. 57.; Rodrigues, Benjamim, *Da Prova Penal, Tomo I: A Prova Científica: Exames, Análises ou Substâncias Psicotrópicas (à luz do paradigma da ponderação constitucional codificado em matéria de intervenção no corpo humano, face ao direito à autodeterminação corporal e à autodeterminação informacional genética)*, Lisboa, Rei dos Livros, 2010, p.232.

critério que serviu de fundamento à criação de um ficheiro de perfis genéticos de arguidos condenados na base de dados foi o de auxiliar a investigação criminal na constatação de personalidades criminógenas e carreiras delinquentes, cujas investigações futuras se pretende acautelar. Desta forma, parte-se da ideia de que quem cometeu o crime irá praticá-lo novamente, e, assim, com a conservação dos perfis, se conseguirá mais facilmente identificar quem foi o autor do crime com um mero recurso à base de dados.

Dito isto, é incontestável que julgamos o critério do n.º2 do artigo 8.º um atentado ao princípio da dignidade humana, uma vez que provoca um tratamento desprezível da pessoa, baseando o comportamento do condenado numa probabilidade hipotética sobre um futuro comportamento, pressupondo assim que a pena aplicada ao indivíduo não é bastante para sua ressocialização. É preciso encarar o indivíduo como um sujeito de direitos e não um simples objeto de pretensões e interesses estatais, impedindo-se assim que a pessoa seja instrumentalizada e utilizada como um meio para atingir determinados objetivos¹⁸¹.

E, como refere, e bem, Figueiredo Dias, “o pior serviço (...) que pode prestar-se à defesa dos direitos individuais é invocá-los sem razão bastante como entidades absolutas que recusam à partida todo o equilíbrio com direitos inalienáveis da comunidade. Se é certo que existe aqui um limite inultrapassável – o do respeito pela eminente dignidade pela pessoa, em tudo o resto os direitos e liberdades (...) têm inevitavelmente de entrar em conjugação, transação ou concordância com os direitos de proteção e de realização da vida comunitária”¹⁸², permanecendo respeitado o núcleo essencial do direito fundamental em causa, e que sua restrição esteja de acordo com os estritos princípios da proporcionalidade e da necessidade, como exprime a nossa Constituição no seu artigo 18.º.

Assim, a nosso ver, não é possível descredibilizar o papel da reinserção social, tal seria desconforme à finalidade das penas, bem como uma violação do princípio da dignidade humana. Deste modo, não é legítimo conceber uma espécie de “irrecuperabilidade” do criminoso, pois a sua capacidade de mudança nunca poderá ser posta em causa. Mais, a sua dignidade como pessoa nunca se perde, por mais indignos que sejam os atos que possa ter praticado¹⁸³.

¹⁸¹ Agostinho, Patrícia Naré, *op.cit.* pp. 57 e 58.

¹⁸² Dias, Jorge Figueiredo, *Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2011, p. 27.

¹⁸³ Patto, Pedro Maria Godinho Vaz, “*Os fins das penas e a prática judiciária – Algumas questões*”, Comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, Ação de formação do Conselho Superior da Magistratura, 2011, p. 17, disponível em: [Microsoft Word - OS FINS DAS PENAS e a PRÁTICA JUDICIÁRIA algumas questões - Desembargador Pedro Vaz Patto.doc \(mi.pt\)](#)

1.2 Direito à reserva da vida privada

A manutenção de uma esfera privada por parte dos cidadãos nunca conheceu terras tão gélidas como são as atuais. Ora, contendo as bases de perfis genéticos informações de foro íntimo e pessoal dos indivíduos, são estas mesmas bases, que por porventura, constituirão os riscos que podem ser concebidos relativamente ao valor da privacidade, por conterem os genes as informações mais básicas e elementares de cada indivíduo. Deste modo, exige-se uma cuidada avaliação sobre a afetação deste direito constitucionalmente plasmado nos artigos 26.º e 35.º, da CRP.

O conceito de “direito à reserva da vida privada e familiar” tem vindo a ser considerado pela nossa jurisprudência como o “direito a uma esfera própria inviolável”, onde ninguém deve imiscuir-se sem o consentimento do seu titular¹⁸⁴. Sob este conceito Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem abrigarem-se dois direitos menores: “o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”¹⁸⁵.

Tal como se estabelece no artigo 8.º, n.º2, da CEDH, só pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, quando essa ingerência estiver prevista na lei e se tratar de uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária para a defesa da ordem e segurança pública nacional, para a prevenção de infrações penais, ou para a proteção dos direitos e liberdades dos cidadãos¹⁸⁶. Assim, enquanto garantia do direito fundamental consagrado no artigo 26.º, da CRP, este tratamento de dados deve estar sujeito ao regime previsto para os Direitos Liberdades e Garantias e por isso mesmo só pode ser restringido nos casos limite impostos pelo artigo 18.º, da CRP, melhor dizendo, este direito não é considerado um direito absoluto, pelo que através de consentimento livre e esclarecido do seu titular, ou nos casos previstos na lei, pode sofrer restrições, perante a proteção de outros direitos constitucionalmente garantidos¹⁸⁷.

Com efeito, do direito à reserva da vida privada decorre o direito à autodeterminação informacional e o direito à intimidade genética que, embora radiquem no próprio direito à reserva da

¹⁸⁴Acórdão do TC n.º 355/97, proc. n.º 182/97, relator Conselheiro Tavares da Costa, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html>

¹⁸⁵ Canotilho, J.J. Gomes, /Moreira, Vital, op. cit., p.388. Sobre o conceito do direito à privacidade cfr, igualmente os Acs. do TC n.º 128/92 , 319/95 e 368/2002.

¹⁸⁶ Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos, disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

¹⁸⁷ Moniz, Helena, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, in *Revista Portuguesa de Ciência-Criminal*, ano 12, n.º 2, Abril-Junho, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 243. Antes da publicação da lei n.º 5/2008, no Acórdão do TC n.º 155/2007, proc. n.º 695/06, relator Conselheiro Gil Galvão, entendeu-se que a “realização coativa de um exame destinado à recolha de saliva para posterior análise genética, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso à força física, consubstanciaria uma intromissão não autorizada na esfera privada do arguido”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>

vida privada, acabam por assumir uma relevância própria. A designação de direito à autodeterminação informacional veio pela primeira vez a ser utilizado pelo Supremo Tribunal Alemão, numa decisão de 15 de Dezembro de 1983, que o considerou como a “capacidade de o indivíduo, a partir da ideia de autodeterminação, decidir basicamente sobre si mesmo quando e dentro de que limites pode revelar situações referentes à sua vida” acrescentando ainda que “o direito à autodeterminação informacional constitui um direito fundamental que garante ao indivíduo a competência para em princípio ser ele próprio a decidir sobre a utilização e divulgação dos seus dados pessoais”¹⁸⁸. Acompanhamos Helena Moniz quando refere que “no direito de reserva da vida privada o que está em causa é evitar que terceiros tenham informações sobre nós, ao passo que aqui a tónica é colocada na forma e na extensão da comunicação a terceiros das informações que queremos dar”¹⁸⁹.

Assim sendo, o direito à autodeterminação informacional concretizar-se-á num direito de acesso aos dados pessoais informatizados, um direito ao esclarecimento (quanto aos fins, objetivos ou finalidades que preside aquela recolha), um direito de contestar ou retificar, direito à atualização, direito de eliminação, o direito à não difusão dos dados¹⁹⁰. Por isso, este direito impede a inserção dos dados na base de dados sem consentimento do seu titular. Este consentimento abrange a recolha da amostra e a inserção do material genético no ficheiro de dados, com conhecimento das finalidades da inserção, das condições e duração do armazenamento, das medidas tomadas para garantir a confidencialidade e a possibilidade de comunicação ou não dos resultados obtidos com aquele material¹⁹¹.

Portanto, se os dados relativos ao perfil de ADN do arguido forem inseridos na base de dados sem o consentimento do arguido, estaremos perante uma violação do direito à autodeterminação informacional. Aliás, a CNPD posiciona-se com muitas reservas quanto à constitucionalidade de uma base de dados genética, quando incorporada por perfis genéticos, obtidos sem o consentimento do seu titular. No seu parecer n.º18/2007, denota-se essas mesmas reticências, dando nota de que é com muita prudência que o Estado se pode apropriar de dados tão sensíveis como os genéticos. Não nos restam dúvidas, que, tratando-se de dados genéticos, os problemas relativos ao direito à autodeterminação informacional intensificam-se, uma vez que possivelmente nada poderá ser mais

¹⁸⁸ Andrade, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico – SIDA: Testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 22 e 24.

¹⁸⁹ Moniz, Helena, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 2, Abril-Junho, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 247.

¹⁹⁰ A Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, estabelece nos artigos 9.º, 24.º e 25.º, os direitos de informação, acesso e retificação dos dados, e estabelece no artigo 15.º, n.º 2, que “o sistema deve garantir que os perfis de ADN e os dados pessoais correspondentes sejam armazenados em ficheiros separados lógica e fisicamente, manipulados por utilizadores distintos, mediante acessos restritos, codificados e identificativos dos utilizadores”.

¹⁹¹ Botelho, Marta, *op. cit.*, pp. 201 e 202.

íntimo e genuíno do que a informação contida nos genes humanos e a potencialidade de informação que o exame genético pode constituir.

Por seu turno, o segundo direito relacionado com o direito à reserva da vida privada, é o direito à identidade genética. Consideramos que a criação de uma base de dados de perfis genéticos com finalidades de investigação criminal não chocará com o direito à identidade genética, na medida em que as utilizações das informações genéticas estarão vedadas e o seu acesso impossibilitado para outros fins que não especificamente enumerados na lei de base de dados. Tal como afirma Marta Botelho, “limitando-se o uso do ADN ao tipo não codificante, não poderá falar-se, em rigor, numa ingerência na intimidade, pois o âmbito nuclear da vida privada não é afetado”¹⁹². Por este motivo, a lei n.º5/2008, de 12 de fevereiro, estabeleceu algumas medidas que pretendem assegurar, em certa medida, o respeito pelo direito à intimidade genética, como a proibição de utilização dos dados obtidos através dos perfis de ADN para finalidades distintas das previstas no artigo 4.º da citada lei, a limitação da análise da amostra aos marcadores de ADN que sejam absolutamente necessários para a identificação do seu titular (artigo 12.º, n.º1), a imposição do sigilo a todos os intervenientes no processo de análise e tratamento da informação (artigos 27.º, 28.º, 35.º e 36.º), a fiscalização do funcionamento e condições de armazenamento dos dados genéticos (artigos 29.º, 30.º e 37.º).

Todavia, como já vimos no primeiro capítulo, o genoma é constituído por blocos contínuos de ADN, e, por se encontrarem fisicamente próximos, existe a dificuldade de separar, em termos rigorosos, o ADN codificante do não codificante. O que significa que há sempre o risco de se conseguir revelar informações sobre as características biológicas e fenotípicas do seu titular. E, além de tudo isto, a verdade é que os atentados à identidade genética dos indivíduos encontram-se hoje em constante iminência, dadas as conquistas da engenharia genética e as manipulações que já são possíveis operar a nível genético, de forma a permitirem-se perfeitas artificializações de identidades genéticas.

Dito isto, é indubitável o grau de afetação que a medida do n.º2 do artigo 8.º comporta a este direito. A inclusão de um perfil genético numa base de dados é altamente castradora do sentido de privacidade e intimidade do agente, porque, a obtenção, gestão e inserção na base de dados das informações obtidas do perfil de ADN do indivíduo, associam os dados genéticos com outros elementos de identificação e categorização da pessoa¹⁹³, pois no auto de colheita de amostras e de identificação é necessário fornecer dados pessoais, como nome, data de nascimento, residência, número de telefone, número de documento de identificação, estado civil, profissão, grupo étnico (do próprio e dos seus

¹⁹² Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 206.

¹⁹³ Bravo, Jorge dos Reis, / Leal, Celso, *op. cit.*, p. 162.

progenitores) e ainda indicar se já recebeu transfusões de órgãos ou de sangue¹⁹⁴. Por isso, se a falha foi durante muito tempo a do legislador¹⁹⁵, é agora do aplicador do direito que pouco conhece da matéria e ignora, menospreza ou descredibiliza a invasão pessoal como uma coisa sem importância, quando na realidade não poderá ser indiferente a este escrutínio manifesto pela privacidade alheia, mesmo que legitimado por interesses securitários.

1.3 Direito à integridade pessoal

Estipula o artigo 25.º, da CRP, que “a integridade moral e física das pessoas é inviolável “e que “[n]inguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”. O direito à integridade física constitui num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo, consistindo numa verdadeira “autodeterminação corporal”¹⁹⁶, ao passo que a integridade moral se configura como uma agressão ao espírito¹⁹⁷, operada por exemplo através de humilhação pública ou racial¹⁹⁸. Assim, emerge a obrigação para terceiros e para o Estado do dever de respeito do corpo de qualquer pessoa, na sua dimensão integral, sendo considerada civilmente ilícita qualquer violação ou ameaça de violação, ao real ou potencial desse corpo, desde que não haja causas de justificação da ilicitude civil¹⁹⁹.

O ficheiro de base de dados contendo amostras-referência e perfis de ADN na lei n.º5/2008 implica uma recolha de material biológico do seu titular. Atualmente, e com o progresso na área da genética, esta lei quis, diga-se reduzir, ao mínimo possível o grau de invasão operado com esta recolha, utilizando métodos como saliva, suor ou urina. Contudo, pode dizer-se que este tema não assume dimensão de relevo se houver manifestação do consentimento do visado na sujeição à recolha de ADN. Não assim, quando este não preste o seu consentimento e, nos termos do artigo 172.º, n.º1, do CPP a recolha se faça coercivamente – será justamente nestas situações em que dois interesses se guerreiam, o interesse do estado na administração da justiça e os direitos individuais consagrados na constituição sob o nome de direitos fundamentais, que só poderão e deverão ser restringidos em confronto com valores e direitos de ordem valorativa igual ou superior.

¹⁹⁴Anexos II do Regulamento de Funcionamento da Base de Dados de perfis de ADN, disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/108030503>

¹⁹⁵ Dado que retrospectivamente falando, após a consagração meritória deste artigo 35º na CRP só 15 anos depois o legislador concretizou e materializou em legislação necessária para a efetivação deste preceito constitucional. Veja-se o Ac. do TC 182/89 de 1/02, disponível em: [Acórdão n.º 182/89 - Tribunal Constitucional \(dre.pt\)](https://www.tribunalconstitucional.dre.pt)

¹⁹⁶ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, p. 244.

¹⁹⁷ Acórdão do TC n.º 155/2007, processo n.º 695/06, relator Conselheiro Gil Galvão, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>

¹⁹⁸ Miranda, Jorge/ Medeiros, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 269.

¹⁹⁹ Bravo, Jorge dos Reis, *op. cit.*, p.122.

Para Sónia Fidalgo, a recolha de material genético não constitui, por si só, um verdadeiro atentado à integridade física, uma vez que é realizada através de métodos pouco intrusivos e, por isso, considera-a uma agressão insignificante. Acrescenta ainda esta autora, que estamos perante uma ofensa à integridade física quando há recusa do arguido em colaborar e a colheita é realizada com recurso à força física. Desta maneira, conclui que não é a colheita do material biológico que viola o direito à integridade física, mas o modo como a recolha é realizada²⁰⁰.

Com igual entendimento, Lúcia Raposo afirma que a colheita de ADN realizada através de zaragatoa bucal constitui uma agressão insignificante, para o qual entende nem ser necessário exigir o consentimento do visado por não constituir uma ofensa à sua integridade física, desde que essa possibilidade esteja prevista por lei e o sujeito em causa se enquadre nos respetivos pressupostos. Não obstante considerar não ser necessário o consentimento do visado, a autora entende que será sempre de exigir que o indivíduo esteja consciente do ato e seja informado do procedimento e das suas finalidades. Porém, acrescenta que se for necessário recorrer à coação ou à agressão física quando o arguido recuse colaborar com a recolha estaremos perante uma ofensa corporal ilícita²⁰¹.

Todavia, acompanhamos as palavras de Benjamim Rodrigues, quando refere, e bem, que reputar a perícia de ADN como sendo uma “intervenção “banal ou irrelevante” abre a porta ao esvaziamento deste direito. Nestes termos, considera o autor que se o visado se opuser à recolha de amostras de ADN existirá uma lesão do seu direito à integridade física, que, segundo o Autor configura “prova inadmissível”, uma vez que não só a integridade pessoal é inviolável, como a prova será nula sempre que seja obtida através de “tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa” (artigo 126.º, n.º1, do CPP)²⁰². A este respeito, também Marta Botelho entende que, para que uma lesão seja qualificada como insignificante, é necessário que se integre num critério de adequação social. Decorre deste critério que os comportamentos que correspondam “à ordenação social historicamente desenvolvida de uma sociedade não podem constituir ilícito”. Assim, a Autora conclui que não é possível classificar a recolha de material genético “como um comportamento socialmente adequado, reflexivo da ordenação social historicamente desenvolvida de uma sociedade” e que a falta de consentimento do visado para a realização da colheita viola o direito à integridade física, preenchendo assim a factualidade típica do crime de ofensa à integridade física²⁰³.

²⁰⁰ Fidalgo, Sónia, *op. cit.*, p. 122.

²⁰¹ Raposo, Vera Lúcia, *op. cit.*, pp. 937 a 940. A Autora entende que quando a recolha implique uma amostra sanguínea, poderemos estar perante uma violação do direito à integridade física, uma vez que acarreta uma diminuição da substância corporal. Ainda assim, considera que justificar-se-ia atendendo à finalidade que se pretende atingir.

²⁰² Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, pp. 247 e 248.

²⁰³ Botelho, Marta, *op. cit.*, pp. 212 e 213.

Concordamos com Mário Monte quando afirma que “a zaragatoa implica sempre uma ofensa à integridade física, implica com a autodeterminação corporal e com tudo o que esta envolve, pois que a saliva é uma parte dessa integridade corporal que, para ser obtida mediante zaragatoa, pressupõe a violação da integridade física”²⁰⁴. Assim, as diligências de prova que implicam a recolha de material genético, mesmo que realizadas de forma não intrusiva, constituem, na nossa opinião, uma ofensa à integridade física, uma vez que independentemente da intensidade da agressão, a recolha implica a colheita de elementos que são parte do indivíduo, afetando sempre o seu direito à integridade física.

Contudo, a grande dificuldade é que não se disciplina qual a forma ou modalidade permitida para a recolha de ADN caso seja contra a vontade do arguido ou condenado. Ora, socorrendo-se de fórmulas abertas, como é a remissão para o artigo 172.º, do CPP, virtualmente compatível com a admissão de qualquer interferência corporal, o legislador não resolve este assunto, muito pelo contrário. Não é sustentável uma situação de ambiguidade onde se pode recorrer a meios coercivos para a recolha que variam em função do grau de resistência do visado, violando o seu direito à integridade física. Por isso, admitir-se a recolha coerciva de ADN para a obtenção de um perfil genético com finalidades de auxiliar a investigação, presente ou futura, constitui, na nossa opinião, uma lesão excessiva e desproporcional aos direitos fundamentais do arguido.

1.4 Direito à não autoincriminação

Não é só no plano sensível de harmonização com os princípios que têm consagração explícita que a aplicação de conhecimentos de ciência forense coloca problemas, mas também com aqueles que se situam no coração do direito a um processo equitativo e se relacionam estreitamente com o direito à defesa e à presunção da inocência²⁰⁵, como o é o princípio da não autoincriminação, também conhecido por *nemo tenetur se ipsum accusare*²⁰⁶. Princípio este, que significa que nenhum indivíduo

²⁰⁴ Monte, Mário Ferreira, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida? – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Setembro de 2006”, in Revista do Ministério Público, ano 27, n.º 108, outubro-dezembro, Lisboa, 2006, p. 262.

²⁰⁵ Relativamente ao fundamento jurídico-constitucional do princípio, podemos distinguir duas correntes que têm vindo a ser defendidas: por um lado há quem defenda que se trata de um fundamento processual, que assenta nas garantias processuais de defesa, consagradas no artigo 32.º da CRP, destinadas a assegurar um processo equitativo e a salvaguarda do princípio da presunção de inocência; e por outro, um fundamento material ou substantivo, que decorre dos valores da dignidade humana, do direito à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (artigos 1.º, 25.º e 26.º da CRP)- Cfr. Loureiro, Flávia Novera, “O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono”, in *Direito na Lusofonia – Diálogos constitucionais no espaço lusófono, 3.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia*, vol. II, Escola de Direito da Universidade do Minho – Edição, 2017, p. 22. Entre nós tem prevalecido a vertente processual – Cfr. Dias, Augusto Silva, / Ramos, Vânia Costa, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 19

²⁰⁶ Neste sentido, o nosso TC já afirmou no acórdão n.º 340/2013 que este princípio “é uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objeto da atividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual, armado com os direitos de defesa e tratado como presumivelmente inocente», acórdão do TC n.º 340/2013, proc. n.º 817/12, relator Conselheiro João Cura Mariano, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>

pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente²⁰⁷.

Nas palavras do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o privilégio contra a auto-incriminação significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória²⁰⁸. Já no que toca à jurisprudência do nosso TC, veja-se o Ac. n.º228/2007, Processo n.º980/2006, no que ao direito à não auto-incriminação se refere que diz que “a não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações”²⁰⁹, não abrangendo, como igualmente se concluiu na sentença do TEDH *supra* citada, o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN. Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado.

Com efeito, o princípio da não autoincriminação decompõe-se numa série de corolários, sendo o direito ao silêncio considerado o mais importante²¹⁰. Contudo, faremos ainda uma breve referência ao princípio da presunção de inocência, que veremos ter muita relevância na medida aqui em estudo.

Perante a definição do alcance do direito ao silêncio, acompanhamos Costa Andrade quando diz que” (...) o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, a carrear ou a oferecer meios de prova contra sua defesa. Quer no que toca aos factos relevantes para a chamada questão da “culpabilidade” quer no que respeita aos atinentes à medida da pena. Em ambos os domínios, não impende sobre o arguido um dever de colaboração nem sequer um dever de verdade”²¹¹.

Já o TEDH, em sentença proferida em 17 de Dezembro de 1996 (caso *Sauders vs. Reino Unido*), concluiu que o direito à não autoincriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio, acrescentando que esse direito

²⁰⁷ Dias, Jorge de Figueiredo; Direito Penal Português – Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime, 2009.

²⁰⁸ Acórdão de 3 de maio de 2001, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *J. B. c. Suíça*.

²⁰⁹ Ac. n.º 228/2007, Processo n.º 980/2006, disponível em: [Acórdão 228/2007, 2007-05-23 - DRE](#)

²¹⁰ Dias, Augusto Silva, / Ramos, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 20.

²¹¹ Andrade, Manuel da Costa, Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.

se não estende ao uso, em processo penal, de elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, por exemplo as colheitas, por expiração, de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com finalidade de análises de ADN. No mesmo sentido daquele, o Tribunal Constitucional espanhol, a propósito da obrigatoriedade de submissão a testes de alcoolemia, afirmou que a realização dos mesmos não constitui, em si mesmo, uma declaração ou incriminação, para efeitos de *nemo tenetur*, uma vez que não se obriga o agente a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo a sua culpa, mas apenas a tolerar que sobre ele recaia uma especial modalidade de perícia²¹².

Em concordância, Gomes Canotilho, no Parecer entregue ao TC no Acórdão n.º155/2007, esclarece que a doutrina e a jurisprudência nacional e internacional têm entendido que este princípio abrange apenas o direito a permanecer em silêncio e a “beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA”. O Tribunal em questão concordou e decidiu que a colheita de amostras de ADN não constitui nenhuma declaração, e, por isso, não viola o direito à não autoincriminação, ou seja, a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Conclui, assim, que a recolha de ADN constitui, apenas, “a base para uma mera perícia de resultado incerto”, não podendo considerar-se como uma obrigação de autoincriminação²¹³.

Segundo este critério da dependência ou independência da vontade do arguido, o princípio abrange apenas as declarações orais, ficando excluídas as prestações pessoais exigidas e impostas sob ameaça de sanção, que existam independentemente da vontade do seu titular, e que não careçam de nenhuma conceção mental e espiritual. Assim, a utilização de elementos de prova que se obtenham através de poderes compulsivos e que existam independentemente da sua vontade, como é o caso das perícias de ADN, não violam o direito à não auto-incriminação²¹⁴. Como tal, o princípio da não autoincriminação é aplicável apenas aos casos em que o arguido é obrigado a declarar contra si próprio e não quando a prova existe independentemente da vontade do arguido e é coercivamente retirada. Considera, assim, que não compete ao arguido determinar, por sua vontade, quais as provas que podem ser contra si apresentadas²¹⁵.

Porém, concordamos com Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos quando afirmam que não entendem como se pode considerar que as declarações proferidas pelo arguido dependem da sua

²¹²STC 103/1985. Cfr. Neste mesmo sentido, Diretiva n.º 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, ponto (29) dos considerandos. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>.

²¹³ Parecer entregue ao TC no Acórdão n.º 155/2007.

²¹⁴ Dias, Augusto Silva/ Ramos, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 24.

²¹⁵ Guimarães, Ana Paula, *A pessoa como objecto de prova em processo penal: Exames, perícias e perfis de ADN – reflexões à luz da dignidade humana*, Nova causa Edições Jurídicas, 2016, p. 121.

vontade e as colheitas de amostras de ADN ou urina contra a vontade do visado não. Hoje, com todos os meios técnicos e científicos disponíveis, não são apenas as declarações orais que o arguido profere que contribuem para a sua autoincriminação, pois passou a ser possível que o próprio corpo produza elementos que podem ser utilizados contra o agente, surgindo o corpo do arguido como um banco de elementos de prova que podem ser utilizados contra si e contra a sua vontade. É, por isso, inquestionável a conclusão apresentada pelos Autores supracitados, segundo os quais, “quem é forçado (sob ameaça de sanção) a prestar declarações, a entregar documentos ou a ceder ar, sangue, saliva ou urina, não só se torna objeto de prova como pode produzir prova contra si mesmo”²¹⁶.

O que não é consensual é a determinação exata do conteúdo e do alcance do direito à não autoincriminação. Como diz Sónia Fidalgo “há situações em que não é fácil decidir se estamos no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coercivamente impostos, ou quando se invade já o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva”²¹⁷. A solução parece estar, segundo o critério adotado pela generalidade da doutrina tradicional alemã, na distinção entre a conduta ativa e a tolerância passiva do arguido, isto é, tratar-se-á de distinguir as diligências de prova que, pela atitude passiva que lhes é inerente, não interferem com o direito à não autoincriminação do imputado, ainda que tornem o corpo num “suporte disponível para estabelecer, ou não, a sua culpabilidade”, como é o caso das perícias de ADN, das diligências em que fosse constrangido a contribuir de forma ativa para a sua incriminação, como por exemplo, a apresentação de documentos incriminatórios²¹⁸. Todavia, é muito importante lembrar que em ambos os casos o lesado expressa a oposição em submeter-se à recolha de material biológico, seja sob a forma de recolha de zaragatoa bucal ou outra. Como refere Wolfslast, “não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta ativa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova”²¹⁹.

De resto será difícil discernir porque é que a dignidade humana do arguido só é atingida quando forçado a uma ação e já não quando compelido a ter de tolerar uma ação. Deste modo, a resposta à questão de saber se a recolha de material biológico do arguido de forma coativa para posterior obtenção de um perfil genético configurará uma violação do *princípio nemo tenetur se ipsum accusare* será, no nosso entender positiva, e o fundamento para tal posição prende-se com o seu carácter *anti*

²¹⁶ Dias, Augusto Silva/ Ramos, Vânia Costa, *op. cit.*, pp. 24 e 25.

²¹⁷ Fidalgo, Sónia; Determinação do perfil genético como meio de prova em Processo Penal; *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*; n.º 16; Janeiro Março; pág.: 122- 147; 2006;

²¹⁸ Bravo, Jorge dos Reis, / Leal, Celso, *op. cit.*, p. 133.

²¹⁹ Wolfslast, NStZ 1987, p. 104, apud., Andrade, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 127

natura, de contrariedade ao conceito de auto-preservação, de obrigar determinado arguido oferecer prova contra si mesma. Acompanhamos Benjamim Rodrigues quando diz que “não são apenas as declarações que o sujeito profere que podem contribuir para a sua incriminação, na medida em que, atualmente, é possível retirar através do corpo várias informações que fornecem elementos que podem ser utilizados contra o seu titular”. Assim, o Autor não compreende, tal como nós, “como alguém que é alvo de uma ingerência corporal não está a contribuir para a sua auto-incriminação, sobretudo se a prova, a final, apenas vier a assentar em tal meio de prova que, de outro modo – sem tal colheita coerciva ou mediante consentimento do visado – não existiria”²²⁰.

Por último, o que nos parece ainda mais discutível, é o grau de afetação que a medida do n.º 2 do artigo 8.º comporta no direito à presunção de inocência – sendo este, na nossa perspetiva, o grande calcanhar de Aquiles desta medida. A legitimidade de uma medida pós sentença condenatória–, e por isso fora, há, muito, do âmbito investigatório –, indaga-se, se não está inerente a esta medida uma perversão à presunção de inocência, podendo mesmo originar uma inversão deste princípio para uma presunção de culpabilidade. Se é certo que a medida que se pretende concretizar resulta de um juízo de prognose sobre o interesse criminalístico que nada tem a ver (já) com a investigação criminal do processo em que o arguido foi condenado, então a inserção do perfil genético com virtual utilidade futura, é sempre uma violação da presunção de inocência e por reflexo do próprio princípio da não autoincriminação.

Aqui, coloca-se um grande problema de fundo, que nem sempre é visto como tal, nomeadamente, a nível de jurisprudência do TEDH. Este já teve oportunidade de se pronunciar acerca deste artigo, suscitando que “tem vindo a ponderar, caso a caso, se a legislação nacional do Estado em causa oferece garantias adequadas contra a extração e a retenção indiscriminada e genérica de amostras e perfis de ADN – nomeadamente por se tratar de pessoas condenadas por infrações que atingiram um certo grau de gravidade – e se assegura a proteção efetiva dos dados pessoais retidos contra uso indevido e abuso. Afere, assim, se foi alcançado um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados concorrentes, encontrando-se a regulação nacional dentro da margem de apreciação do Estado-parte demandado”²²¹. Todavia, a jurisprudência utilizada pelo TEDH neste âmbito, não se refere a casos de condenação, na verdade, a argumentação expendida no ac. do TEDH S. e Marper c. Reino Unido versa sobre situações de arquivamento de processo, assimiláveis a situações de

²²⁰ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, p. 277.

²²¹ Cfr. Ac. N.º 333/2018, Processo n.º 195/2018, 1.ª Secção, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180333.html>

absolvição, que em nada tem a ver com as situações que abarca a medida do artigo 8.º, n.º2. O que nos causa alguma preocupação, pois a recolha de ADN em condenados é uma problemática que devia estar no centro das discussões do TEDH, uma vez que respeita a uma violação do princípio da presunção de inocência, onde a inserção de ADN é feita com uma virtualidade futura.

2. O regime próprio dos Direitos, Liberdades e Garantias do artigo 18.º da CRP: a admissibilidade da restrição dos direitos fundamentais

É indubitável que a lei n.º5/2008 de 12 de fevereiro impõe uma restrição de direitos fundamentais. Em concreto, o direito à reserva da vida íntima e privada, o direito à autodeterminação informacional, o direito à não auto-incriminação e o direito à presunção da inocência. Uma vez prevista a restrição, propomo-nos aquilatar se, à previsão legal da medida, e à sua decretação por parte do paradigma da ponderação constitucional legal da criação de bases de dados genéticos para condenados do órgão jurisdicional, estão inerentes os princípios de necessidade, adequação e proporcionalidade, bem como se à mesma corresponde um interesse digno de tutela constitucional.

O artigo 18.º da CRP expressa um princípio de autorização constitucional da restrição dos direitos fundamentais, como manifestação de preocupações de segurança jurídica e garantia de estrita obediência e consagração das previsões constitucionais. Apesar de o seu alcance e sentido, como observámos doutrinalmente e mesmo jurisprudencialmente, ter sido suavizado, sob pena, de uma fidelidade absoluta daquele se consubstanciar num bloqueio excessivo à intervenção legislativa restritiva, não resultando uma ponderação adequada e justa dos interesses em confronto.

Com efeito, a Constituição admite que, atendendo aos interesses em causa e à necessidade de salvaguardar outros direitos com igual dignidade e relevância, os direitos fundamentais possam ser restringidos, desde que verificados os requisitos consagrados no artigo 18.º da CRP, de modo a salvaguardar a extensão e o alcance do conteúdo essencial de cada direito fundamental²²². Este preceito consagra, no seu n.º2, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, considerada a «trave-mestra» de legitimação do *ius puniendi* estatal e de toda a restrição dos direitos fundamentais²²³, que se desdobra em três subprincípios fundamentais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade (em sentido estrito).

²²² Raposo, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 968.

²²³ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, p. 525

A adequação de uma medida restritiva afere da idoneidade do meio para o fim que se propõe atingir a partir de um juízo de razoabilidade, mostrando que aquele meio é apto a atingir aquele fim de interesse público que justifica a intervenção do estado. Isto é, as medidas restritivas de Direitos Liberdades e Garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, sempre com a salvaguarda de outros constitucionalmente protegidos. Assim, num primeiro momento, pergunte-se se se mostra útil e adequada uma medida cujo fim é o acautelamento de investigações futuras, face ao enormíssimo de afetação de direitos fundamentais que com ela se aplica?

Como sabemos, as perícias de ADN, quer no momento de recolha das amostras e do tratamento laboratorial, quer com a inserção dos perfis na base de dados, limitam vários direitos fundamentais do indivíduo. Desta maneira, a opção legislativa presente no n.º2 do artigo 8.º só se legitima se perseguir finalidades da investigação criminal, ou seja, para comprovar os factos que constituem o objeto do processo penal. Significa isto que, quando a realização da diligência não tiver qualquer utilidade para a investigação criminal em curso, esta intervenção considerar-se-á desadequada²²⁴. E é justamente neste ponto, que esta medida se mostra desadequada, pois esta medida apenas servirá finalidades de identificação criminal preventivas, pensadas para futuras investigações, de antecipação à atividade criminosa para um agente cuja intervenção institucional já se operou.

Note-se que a simples referência aos fins que se pretendem alcançar não é suficiente para que a medida seja considerada adequada para prosseguir determinadas finalidades. É necessário ponderar e estabelecer um raciocínio de adequação entre o direito restringido e o fim visado. Assim, a resposta quanto à adequação desta medida restritiva afigura-se-nos clara, o grau de afetação que tal medida comporta aos direitos fundamentais, é, quanto a nós, considerável, e o grau de desadequação com que, no caso português, a mesma é aplicada contende profundamente com o carácter garantístico e humanista da nossa Constituição, atentando o conteúdo do artigo 18.º, n.º2 da CRP.

Todavia, não basta que a medida seja apenas adequada a atingir o fim proposto, como também deverá ser a que impõe menores restrições. Ou seja, a necessidade de uma medida restritiva significa que esta tem de se mostrar essencial e indispensável para alcançar determinado fim, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato²²⁵. Com efeito, como a realização de perícias de ADN implica uma ingerência no corpo do arguido, apenas será considerada necessária quando demonstre ser o único modo apto a comprovar, relacionar ou afastar o visado dos

²²⁴ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, p. 528.

²²⁵ Bravo, Jorge dos Reis, *op. cit.* p. 243.

factos em investigação. Para isso, o juiz terá de justificar que aquela prova é indispensável, e por isso necessária, para a descoberta da verdade material²²⁶.

Assim sendo, a medida só se mostrar idónea se se mostrar necessária para a “constatação de factos significativos para o processo”²²⁷. É indubitável que a incidência corporal de recolha de amostra de ADN que opera em arguidos condenados é inútil, desnecessária e evitável, porque se não se deu numa fase investigatória, por desnecessária, ainda para mais quando não está o resultado dessa determinação sujeito a qualquer condição que possa influir na decisão de condenação do suspeito, e quando este é um sujeito sem dívidas para com a sociedade e, não deverá, em princípio, ver-se estigmatizado pela inclusão do seu perfil numa base de dados de condenados.

Por fim, a proporcionalidade afere do equilíbrio e correspondência axiológica entre a restrição e o bem jurídico que se pretende proteger evitando a excessividade em relação aos fins obtidos. Exige-se que se efetue uma ponderação entre todos os direitos e interesses envolvidos que se pretendem defender ou restringir. Benjamim Rodrigues afirma que este princípio procura “fixar os limites da intervenção do Estado, na busca de um equilíbrio entre os interesses gerais que aquele deve perseguir e os interesses fundamentais do indivíduo ou grupos que apenas em casos contados e legalmente determinados podem ser lesados”²²⁸.

Acompanhamos Marta Botelho quando diz que “a lei não acautela devidamente a exigência de proporcionalidade que a restrição dos direitos fundamentais pressupõe”, pois, “a realização da justiça e a obtenção da verdade material, bem como o restabelecimento da paz jurídica não podem sobrepor-se aos direitos fundamentais do arguido em todas as situações que caem sob a alçada do processo penal, para justificar atuações que sejam passíveis de constituir a violação desses direitos”. Por isso, é inquestionável que o resultado que se pretende com a medida do n.º2 do artigo 18.º é desproporcional à carga coerciva que comporta, sendo o seu carácter manifestamente excessivo e desproporcional em relação às vantagens que se pretende advir com tal recolha. A Lei n.º5/2008 fez “uma clara opção pelo interesse coletivo da realização da justiça e restabelecimento da paz jurídica, em detrimento dos direitos fundamentais individuais de liberdade e integridade física, reserva da vida privada e autodeterminação informacional”, e, por isso, esta opção do legislador justificar-se-ia apenas nos casos que não implicasse um prejuízo desproporcional e exagerado ao cidadão²²⁹.

²²⁶ Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 240.

²²⁷ *Ibidem*, p.244

²²⁸ Rodrigues, Benjamim, *op. cit.*, p. 532.

²²⁹ Botelho, Marta, *op. cit.*, p. 239 a 242.

3. Proposta de uma nova redação para o artigo 8.º, n.º2

Dito isto, somos forçados a concluir que há certos aspetos nucleares em que houve uma falta de discernimento e cuidado por parte do legislador quanto à ordem de recolha de ADN prevista no artigo 8.º, n.º2, e seria importante que se apressasse a esclarecer certas incongruências existentes neste regime. Deveriam ser preocupações do legislador e fonte da sua reflexão, desde logo, o facto de este não ter esclarecido nem clarificado os procedimentos e modalidades de atuação das autoridades quando o arguido não consinta com a ordem de recolha de ADN, pois tal pode abrir caminhos perigosos para a discricionariedade e livre arbítrio das autoridades quanto ao uso de meios coercivos. A simplificação técnica e a maior coerência das disposições normativas e procedimentais, são uma dessas fontes de preocupação. Mais, a remissão para o artigo 172.º do CPP, não clarifica em nada, é ainda mais dúbio, pois o legislador não especificou o que quais dizer com compelir, gerando várias interpretações.

Assim sendo, a esta altura já ficou demonstrado o nosso posicionamento relativamente ao regime do artigo 8.º, n.º2 da lei n.º5/2008 de 12 de fevereiro, pois que é indiscutível a controvérsia existente em redor desta medida, por assentar em premissas de uma atividade futura e causadora da violação de direitos fundamentais. Negamos, assim, o seu carácter constitucional, manifestamente desrespeitoso do artigo 18.º, n.º2, da CRP, dado que “as exceções das restrições constitucionalmente autorizadas implicam que as restrições legais e as intervenções restritivas decididas ou autorizadas pelo juiz estejam sujeitas aos princípios jurídico-constitucionais das leis restritivas referidas no artigo 18º (necessidade, adequação e proporcionalidade)²³⁰”. À luz da redação do n.º2 do artigo 8.º, parece-nos que este critério, não atendendo às circunstâncias do caso concreto, torna-se excessivo e desproporcional.

Além do mais, o TC já foi chamado a pronunciar-se sobre este artigo²³¹, concluindo pela não inconstitucionalidade da norma, sustentado que tal medida “se apresenta como uma medida útil, necessária e proporcional aos fins prosseguidos, e que independentemente, da opção legislativa concretizada na norma em análise poder não corresponder à melhor solução de regulação dos bens que põe em confronto, isso não demonstra a sua inadequação, desnecessidade ou excesso”²³². Todavia, quanto a nós, é inaceitável esta resposta, pois tal medida só seria de admitir, se a sua

²³⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital; *op. cit.*, p.61.

²³¹ Cfr. Ac. N.º 333/2018, Processo n.º 195/2018, 1.ª Secção, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180333.html>

²³² *Ibidem*, ponto 26.

aplicabilidade e previsão partisse da seleção de crimes com dignidade penal suficiente para justificar um interesse comunitário axiologicamente igual ou superior aos direitos fundamentais afetados, e no artigo 8.º, n.º2, é evidente que não foi levado à balança da ponderação a idoneidade e necessidade da medida enquanto adequação e utilidade para os fins que pretende alcançar. Desta maneira, não restam dúvidas de que tais considerações obrigam a uma alteração do desenho legal do referido n.º2 do artigo 8.º, de forma a encontrar-se uma solução que potencie a eficácia da medida, bem como, minimize os seus custos para os direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, quanto à nova solução legislativa que propormos apresentar, pensamos ser a mais próxima de uma harmonização dos interesses em jogo e do respeito pelo artigo 18.º, n.º2, da CRP enquanto legado humanista e liberal, que neste momento se encontra um pouco desarmado. Como *supra* referimos, a solução passará por ter em conta o merecimento penal ou dignidade penal, isto é, os crimes com maior dignidade penal como o sejam os crimes contra as pessoas, pois são os privilegiados pela medida, por ser provável a existência de vestígios biológicos na cena do crime. Assim, a idoneidade da medida aferir-se-ia tendo em conta se, para aquele tipo de crime, seria de prever que a medida se mostrasse capaz de assegurar, a respetiva viabilidade prática. Ao invés da utilização do critério da reincidência, pois que, como se verificou, a maior taxa de reincidência dá-se em crimes patrimoniais, onde dificilmente haverão amostrar para cruzamento, esvaziando a medida de praticabilidade –, ainda que o bem jurídico afetado seja digno de merecimento penal ao ponto de justificar uma restrição desta ordem, a viabilidade da medida é praticamente nula. Colmatando se isto através de medida concreta de pena, em que se fixaria o limite da pena superior a 5 ou 10 anos de prisão, e nunca menos²³³, sob pena de contender com razões de unidade e coerência do ordenamento jurídico²³⁴.

Para além de que, proceder-se-ia à criação de um catálogo de crimes, para os quais fosse admitida a recolha e a inclusão de perfis de ADN de arguidos condenados na base de dados nacional. Depois, na ordem de recolha deve ficar clarificado expressamente os critérios para a inserção de perfis de condenados, que por despacho fundamentado, demonstre a motivação e preenchimento dos critérios da necessidade, proporcionalidade e adequação previstos no artigo 18.º, n.º2, da CRP. Deste modo, não bastaria que o arguido fosse condenado por um dos crimes do elenco legal, mas seria

²³³ A medida prevista no artigo 8º/2º da lei nº5/2008 de 12/2 é excessivamente baixa, o que implicaria que crimes de baixa dignidade penal, nomeadamente, crimes informáticos, crimes patrimoniais, em que não seja expectável que se deixem restos biológicos por a esses contornos não corresponder os elementos do tipo de crime, não havendo assim há justificação prática para incluírem estes perfis genéticos.

²³⁴ A distinção operada entre média e grave criminalidade reflete se no limite temporal de 5 anos de prisão.

ainda necessário que o juiz fizesse uma ponderação, atendendo aos interesses em causa, e concluísse que a medida seria o meio necessário, proporcional e adequado para prosseguir o fim visado²³⁵.

Assim propomos a seguinte redação:

Artigo 8.º

Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal

2 - Quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado quando:

- a) For condenado por crime doloso com pena concreta superior a 8 anos; e
- b) A medida de mostre idónea ao fim que se propõe atingir.

3 – Independentemente da al. a) e b) do número anterior, a recolha de mostras em condenados far-se-á sempre para crimes contra a liberdade sexual, terrorismo, criminalidade altamente organizada, escravidão e tráfico de pessoa.

Conclusões

1. Não se nega a enorme sedução que os perfis de ADN apresentam nas investigações criminais. O ADN contém todas as características genéticas fundamentais do indivíduo. Daí, que seja hoje indiscutível que a identificação por perfis de ADN tenha sido considerada um mecanismo precioso na resolução de investigações criminais.

2. Não se nega a fiabilidade e a facilidade que estas perícias trazem ao processo penal ao ficarem arrumados potenciais criminosos *ab initio* por um cruzamento genético podendo evitar-se meses de investigação e mesmo o risco de impossibilidade e insuficiência probatória de reunião de provas suficientes para imputar a determinado agente a prática de um crime.

²³⁵ Apesar de que com a alteração da lei n.º 90/2017 ao n.º 2 do artigo 8.º da lei n.º 5/2008, ao passar a estabelecer-se que “[a] recolha de amostra [...] é sempre ordenada na sentença”, tal alteração veio reforçar a natureza automática da ordem de recolha de amostra de ADN, no caso de condenação em pena de prisão igual ou superior a três anos, sendo desnecessária uma fundamentação específica do juiz, ponderando a conveniência ou necessidade para ordenar a recolha. Contudo, discordámos desta opção feita pelo legislador, pois deveria ser o contrário, sendo necessário fundamentar a idoneidade, e necessidade que motivou a ordem de recolha de ADN num determinado caso em concreto.

3. No entanto, estes avanços científicos e tecnológicos não se farão com o sacrifício do avanço civilizacional no campo ético-jurídico e humano, nem num retrocesso normativo-axiológico da ordem jurídico-penal. A procura pela verdade material e a realização da justiça deve ser sempre lograda de forma processualmente válida e com respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, não podendo ser obtida a qualquer custo.

4. A irresistibilidade da prova por ADN faz muitos esquecerem o contrapeso da balança punitiva: a dignidade humana e a sua inviolabilidade e integridade. Daí, que respostas e soluções apressadas devam ser acauteladas e evitadas, e, uma vez mais o legislador quis criar a aparência que a justiça vai no “bom caminho”. No entanto, nada mais ilusório, a medida prevista no n.º2 do artigo 8.º, da lei 5/2008, de 12 de fevereiro, veio justamente demonstrar isso.

5. Afigura-se- claro que o objetivo fundamental que presidiu à criação de um ficheiro de perfis de arguidos condenados foi o de servir finalidades de identificação criminal preventivas, pensadas para futuras investigações, de antecipação à atividade criminosa, para um agente cuja intervenção institucional já se operou.

6. Perante a recolha e inclusão de perfis genéticos de condenados em bases de dados de ADN, aquilo a que se aspira é que através de um *match* em futuras investigações se resolvam todos os problemas ao órgão titular da investigação. Sempre se dirá ainda que, tendo em conta que medidas restritivas de direitos fundamentais devem ser sempre subsidiárias relativamente a outras menos onerosas para os visados, e que por isso só serão decretadas quando não existam outros meios de prova suficientes, se naquela hipotética investigação futura em que apenas temos uma amostra problema e um perfil de condenado retirado num outro processo.

7. O n.º2 do artigo 8.º, da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, estabelece que a recolha e inserção de perfis de arguidos condenados seja ordenada quando o arguido tenha sido condenado em pena concreta de prisão igual ou superior a três anos. O legislador optou por admitir a recolha e inserção de perfis de ADN de arguidos condenados baseando-se na pena concreta aplicada ao caso.

8. Atualmente, qualquer crime admite que a recolha seja efetuada desde que o arguido tenha sido condenado em pena superior a três anos. Parece-nos que este critério, não atendendo às circunstâncias do caso concreto, é totalmente excessivo e desproporcional.

9. A obtenção de perfis de ADN releva apenas nos crimes em que habitualmente encontramos vestígios biológicos no local do crime ou na vítima. Veja-se, os crimes com maior dignidade penal como o sejam

os crimes contra as pessoas são os privilegiados pela medida, por ser provável a existência de vestígios biológicos na cena do crime.

10. Consideramos que a ordem de recolha de amostras biológicas e a inserção do perfil de arguidos condenados na base de dados, ao afetar e restringir direitos fundamentais do visado, só deveria considerar-se uma medida adequada, necessária e proporcional relativamente a certos tipos de crimes.

11. Num Estado Social de Direito Democrático que tem como pressuposto e limite a dignidade da pessoa humana, medidas penais atentatórias de direitos fundamentais com o grau de afetação que uma base de dados de ADN para arguidos condenados implica, não nos parece ser de aceitar nos termos em que está atualmente configurada.

12. A recolha de perfis de ADN de arguidos condenados colide com diversos direitos fundamentais do arguido, nomeadamente, o direito à reserva da vida privada, à autodeterminação informacional, à identidade genética, o direito à liberdade (caso a recolha tenha de ser efetuada com o recurso à força física), à não autoincriminação e o direito à integridade pessoal.

13. Tal medida enquanto restritiva de Direitos Fundamentais deverá forçosamente preencher os critérios materiais do artigo 18.º, n.º2, da CRP- de idoneidade, necessidade e proporcionalidade e exige ainda um interesse que contrabalance o suficiente com os interesses individuais constitucionalmente garantidos.

14. A solução chamará a considerações o conceito de dignidade penal ou merecimento penal do crime enquanto correspondência entre esta e os bem/interesses que se pretendem acautelar pela adoção da restrição, a idoneidade da medida enquanto meio útil e adequado a atingir o fim que se propõe alcançar e a reincidência enquanto elemento integrante desta utilidade e necessidade da inserção de medidas de perfis de ADN para condenados.

15. A dignidade penal poderá colmatar-se estipulando-se um limite da pena superior a 5 ou 10 anos de prisão, e nunca menos, sob pena de fragmentação, incoerência e desarmonia da dogmática processual penal.

16. A idoneidade da medida aferir-se-ia em concreto, tendo em conta se para aquele tipo de crime seja de prever que a medida se mostre proveitosa, a sua viabilidade prática. Para este não são juízos de proporcionalidade ou excessividade, mas pura e simplesmente de desadequação da medida penal, uma vez que para aqueles tipos de crimes não há justificação prática para incluírem estes perfis genéticos.

17. Só assim esta medida legislativa que impõe a inserção de perfis genéticos para condenados por crime cuja pena concretamente foi igual ou superior a 3 anos, não estará ferida de morte.

18. Deste modo, propomos a seguinte alteração legislativa:

Artigo 8.º

Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal

(...)

2 - Quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado quando:

- a) For condenado por crime doloso com pena concreta superior a 8 anos; e
- b) A medida de mostre idónea ao fim que se propõe atingir.

3 – Independentemente da al. a) e b) do número anterior, a recolha de amostras em condenados far-se-á sempre para crimes contra a liberdade sexual, terrorismo, criminalidade altamente organizada, escravidão e tráfico de pessoas.

Bibliografia

Agostinho, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

_____, “O regime legal da recusa de arguido condenado à recolha da amostra biológica para inserção na Base de Dados – Perspectivas”, in *Revista do Ministério Público*, ano 37, n.º 148, outubro-dezembro, Lisboa, 2016

Albuquerque, Paulo Pinto de *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011

_____, “As bases de Dados de Perfis de ADN à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *Conferência Parlamentar: A Base de Dados de Perfis de ADN face ao Direito Penal e Processual Penal e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, 24 de abril de 2015, disponível em: [doc.pdf \(parlamento.pt\)](http://doc.pdf(parlamento.pt))

Alvarez, Manuela, *O contributo da genética para a evolução do pensamento evolutivo*, 2010, disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/21457/1/AP26.27.pdf>

Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 126

_____, *Direito Penal Médico – SIDA: Testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

Antunes, Maria João, *Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra, 2016

Archer, Luís, “O progresso da genética e o espírito eugénico”, in *Cadernos de Bio-Ética*, n.º 10, Novembro, Edição CEB, Coimbra, 1995

Barbas, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito do Genoma Humano*, Almedina, Coimbra, 2007

Benjamim Silva, Da Prova Penal, Tomo I: A Prova Científica: *Exames, Análises ou Substâncias Psicotrópicas (à luz do paradigma da ponderação constitucional codificado em matéria de intervenção no corpo humano, face ao direito à autodeterminação corporal e à autodeterminação informacional genética)*, Lisboa, Rei dos Livros, 2010.

Botelho, Marta Maria Maio Madalena, *Utilização das técnicas de ADN no âmbito jurídico – em especial, os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados de ADN para fins de investigação criminal*, Coimbra, Almedina, 2013.

Bravo, Jorge dos Reis, “Perfis de ADN de arguidos-condenados (o art. 8.º, n.º 2 e 3, da Lei n.º 5/2008, de 12-02)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 20, n.º 1, Janeiro-Março, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

_____, “I. O Aprofundamento da cooperação transnacional em matéria de intercâmbio de prova genética; II. A ordem de recolha de amostras em condenados, para análise e inserção na Base de Dados de Perfis de ADN – Abordagens preliminares”, *Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN*, Coimbra, 2014, disponível em:

https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/TRABALHOCFBDDAD_NJORGE_RBRAVO.pdf

_____, “Recolha de amostra, inserção, e interconexão de perfis de ADN de arguidos não condenados”, *Colóquio «A Lei 5/2008, de 12 de fevereiro, que aprovou a criação da base de dados de perfis de ADN, e a investigação criminal – balanço e perspectivas»*, 2015,

disponível em: <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/ADN%20-%20Arguidos%20-%20J.%20Reis%20Bravo%20%28VF%29.pdf>

_____”Corpo e Prova em processo penal, admissibilidade e valoração”, Almedina, 2020

Bravo, Jorge dos Reis Bravo/Leal, Celso, *Prova Genética: Implicações em Processo Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018

B. Hoste, *La preuve par l'ADN dans les affaires criminelles: impact des résultats et calculs de probabilité*, *Revue de droit pénal et de criminologie*, Ano 79, n.º 5, Mai. 1999

Canotilho, J.J. Gomes,/Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1.º a 107.º, Volume I, 4.ª Edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Carvalho, João Serra de,/ Carvalho, Vigilio Serra de,/ Carvalho, Hamilton Serra de, *Direito Genómico e Dignidade Humana: Estudos Avançados sobre Direito à vida, à identidade pessoal e genética do ser humano*, 1.ª Edição, Chiado Editora, 2016

Cole, Simon, *Suspect Identities: A History of Fingerprinting and Criminal Identification*, Harvard University, 2002

Corte-Real, Francisco, “Bases de dados genéticos com fins forenses”, in *Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume Especial, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004

_____, “Base de Dados de Perfis de ADN”, in *Princípios de Genética Forense*, (coord.) Francisco Corte-Real e Duarte Nuno Vieira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015

Costa, Susana/ Machado, Helena/ Nunes, João, *O ADN e a Justiça: A biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos*, 2002, disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/5320>

Costa, Susana, *A trajetória dos vestígios biológicos: da cena de crime à base de dados – Questões da operacionalização da Lei n.º 5/2008 na perspectiva dos órgãos de polícia criminal e dos peritos forenses*, 2015, disponível em: <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/atividade/Documents/Assembleia%20da%20Republica%2027%20mar%C3%A7o.pdf>

Dias, Augusto Silva/ Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

Dias, Jorge de Figueiredo, “O novo Código de Processo Penal”, *Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 369, Lisboa, 1987*

_____, *Acordos sobre a sentença em processo penal – O «fim» do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2011

_____, *Direito Penal, Tomo I – Parte Geral, Questões Fundamentais: A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, 2.ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2012

_____, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2004

_____, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001

_____, *Direito Penal Português – Parte Geral II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Gestlegal, 2009

Dias, Jorge de Figueiredo,/ Andrade, Manuel da Costa,/ Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova, Estudos sobre o mercado de valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2009

Dias, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial.”, *in Revista do CEJ*, n.º 3, 2.º semestre, 2005

Farinha, Carlos, “Comunicação”, *A ciência na Luta contra o Crime- Potencialidades e Limites*, (Susana Costa- Helena Machado, org,) Húmus, Lisboa, 2013

Fidalgo, Sónia, “Determinação do perfil genético como meio de prova em Processo Penal”, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, ano 16, Janeiro-Março, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

Guimarães, Ana Paula, *A pessoa como objecto de prova em Processo Penal: Exames, Perícias e Perfis de ADN – Reflexões à luz da dignidade humana*, Nova Causa – Edições Jurídicas, 2016

_____, A base de dados de perfis de ADN na investigação criminal- Uma inevitabilidade da sociedade contemporânea? – *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*.

_____, “Entre a segurança e a liberdade: A introdução do perfil de ADN do condenado na base de dados.” *Revista Diálogos Possíveis*, v. 19, n. 1, pp. 266-279, janeiro- junho de 2020.

Jordan, Berthand – *Os impostores da Genética* (tradução: Augusto Joaquim), Lisboa, Terramar, 2000

José Morgado, Maria “Perigos e Certezas. Lei n.º 5/2008 de 12 de fevereiro” in *A base de dados de perfis de ADN em Portugal* (Atas das Conferencias CNECV em 1 de abril de 2012 em Coimbra), Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as ciências da Vida, Lisboa, 2012

Júnior, Arthur Pinto de Lemos, “A aplicação da perícia de análise do ADN no Processo Penal para fins de identificação criminal – Principais aspectos”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 3, ano 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

Leite, Inês Ferreira, *A nova base de dados de perfis de A.D.N.*, Texto da Conferência do Mestrado de Biologia Humana e Ambiente, na Faculdade de Ciências de Lisboa, Boletim Informativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano I, n.º 5, Outubro/Novembro, 2009, disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=XFmkf-Zy5pM%3D&tabid=622>

Loureiro, Flávia Novera, “O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono”, in *Direito na Lusofonia – Diálogos constitucionais no espaço lusófono*, 3.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia, vol. II, Escola de Direito da Universidade do Minho – Edição, 2017

Lúcio, Álvaro Laborinho, *O Julgamento? Uma narrativa crítica da justiça- Dom Quixote*, 2012, p.264.

Machado, Helena; *Construtores da Bio (in)segurança na base de dados de perfis de ADN*; n.º 15; fevereiro; 2011

Machado, Helena, / Silva, Susana, / Amorim, António, “Políticas de identidade: perfil de DNA e a identidade genético-criminal”, in *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, n.º 196, Volume XLV, 3.º Trimestre, Lisboa, 2010

Mata-mouros; Maria de Fátima; Juiz das Liberdades – *Demonstração de um Mito do Processo Pena*-TESES; Edições Almedina S.A; 2011.

M. Linch et a., Truth Machin. *The Contentions History of DNA Fingerprinting*, Chicag, University of Chicago Press, 2008

Miranda, Jorge, /Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

Moniz, Helena, “Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática (o caso especial dos dados pessoais relativos à saúde)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, fascículo 2.º, Abril-Junho, Coimbra Editora, Coimbra, 1997

_____, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 2, Abril-Junho,

Coimbra Editora, Coimbra, 2002

_____, “*Se uma gota...uma gotinha apenas...*”, Direito da Saúde – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Volume 5 – Saúde e Direito: entre a tradição e a novidade, Coimbra, Almedina, 2016

_____, “Condições e Limites da Utilização da Prova por ADN em Processo Penal (a Lei n.º 5/2008)”, *A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal (Atas das Conferências CNECV em 13 de Abril de 2012 em Coimbra)*, Coleção Bioética, 15, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa, 2012

Monte, Mário Ferreira, “O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?”, *in Revista do Ministério Público*, número 108, ano 27, Outubro- Dezembro, Lisboa, 2006

Mora Sánchez J. M., Aspectos Sustantivos y Procesales de la Tecnologia del ADN: Identificación Criminal a través de la Huella Gnética (Cátedra de Derecho y Genoma Humano), Comares Ed.Granada, 2001

Navalho, Francisco, “*A Base de Dados de Perfis de DNA em Portugal*”, Conferências do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Coleção Bioética, Coimbra, 2012, disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf

Nunes, Rui, *GeneÉtica*, Edições Almedina, Coimbra, 2013

Oliveira, Guilherme Freire Falcão de “Implicações jurídicas do conhecimento do genoma”, *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 128.º ano, n.º 3850-3861, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

Patto, Pedro Maria Godinho Vaz, *Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões, Comunicação apresentada nas Jornadas de Direito Penal e Processual Penal*, Ação de formação do Conselho Superior da Magistratura, 2011, disponível em: http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS_PRACTICA%20JUDICIARIA.pdf

Pereira, Artur, “Da Prova. Âmbito, Especificidades e Valor Probatório”, *in Genética Forense: Perspectivas da identificação genética* (coord. Maria de Fátima Terra Pinheiro, Edições Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2010

_____, *Bases de dados genéticos: interesse e limitações – Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN*, 2015, disponível em: <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/estudosjurisprudencia/Documents/Bases%20de%20Dados%20Gen%C3%A9ticos%20artur%20pereira.pdf>

Pinheiro, Maria Fátima, “Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, Abril-Junho, Lisboa, 1998

_____, “Aplicação do estudo do DNA em criminalística”, in *Polícia e Justiça – Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais*, III Série, n.º 3, Janeiro-Junho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

_____, “Identificação genética: passado, presente e futuro”, in *Revista do Ministério Público*, ano 30, n.º 118, Abril-Junho, Lisboa, 2009

Raposo, Vera Lúcia, “CSI – Quando a ficção se torna realidade”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 10, ano 5, Janeiro-Junho, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

Regateiro, Fernando J., *Manual de Genética Médica*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1.ª Edição, 2.ª Reimpressão, Coimbra, 2007

_____, “Implicações jurídicas do conhecimento do genoma”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 128.º ano, n.º 3850-3861, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

Rodrigues, Benjamim Silva, *Da Prova Penal, Tomo I: A Prova Científica: Exames, Análises ou Substâncias Psicotrópicas (à luz do paradigma da ponderação constitucional codificado em matéria de intervenção no corpo humano, face ao direito à autodeterminação corporal e à autodeterminação informacional genética)*, Lisboa, Rei dos Livros, 2010

Serrão, Daniel, “Os Desafios Contemporâneos da Genética”, in *Estudos de Direito da Bioética*, volume II, Almedina, Coimbra, 2008

Silva, Inês Torgal M. P., “A (i)legitimidade da colheita coerciva de ADN para efeitos de constituição da base de dados genéticos com finalidades de investigação criminal”, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 8, n.º 15, janeiro - junho, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Coimbra, 2011

Silva, Germano Marques, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Verbo, Lisboa, 2003

Vargas Ávila Rodrigo “La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN”, *Genética e Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, VI, CJPJ – Escuela Judicial, Madrid, 2005

Artigos de imprensa e relatórios:

- ADN e Direitos Fundamentais, adaptado do texto DNA Databases and Human Rights, Genewatch, UK, janeiro 2011, disponível em: https://www.cfbdadosadn.pt/pt/conexoes/adndireitos/Paginas/ADN_DireitosFundamentais.aspx

- Artigo de imprensa – «É preciso mudar a Lei que enquadra a base de dados de ADN», de 04/07/2017, autor Lusa, fonte TSF, disponível em: <https://www.tsf.pt/sociedade/interior/base-de-dados-de-adn-aquem-do-esperado-admite-presidente-do-instituto-de-medicina-legal-8613180.html>

- Artigo de imprensa- “*Base de dados de perfis de ADN conseguiu 11.774 amostras em oito anos*”, fonte público, disponível em: [Base de dados de perfis de ADN conseguiu 11.774 amostras em oito anos | Justiça | PÚBLICO \(publico.pt\)](https://publico.pt/Justica/11774-amostras-de-perfis-de-adn-conseguiu-em-oito-anos)

- Artigo de imprensa- publicado em 03/05/2001, no The New York Times, “The Myth of Fingerprints:A forensic science stands trial”, disponível em: [Cole.pdf \(dartmouth.edu\)](https://www.dartmouth.edu/~col/pdf/Cole.pdf).

-Estatísticas prisionais portuguesas, disponível em: https://www.fd.uc.pt/idpee/pdfs/bd_2018.pdf

- Relatório Anual de 2018, elaborado pelo Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, conforme o disposto no art.º 2, n.º 3, alínea h) da Lei n.º 40/2013, DR, 1ª série, n.º 120, de 25 de junho de 2013, disponível em: [Relatório Anual 2018_CFBDP ADN.pdf \(cfbdadosadn.pt\)](https://www.cfbdadosadn.pt/pt/RelatorioAnual2018)

- Relatório anual de atividades de 2019 da Direção Geral de Reinserção e dos Serviços Prisionais, disponível em [RA-2019.pdf \(justica.gov.pt\)](https://www.justica.gov.pt/RA-2019.pdf)

Diretivas, projetos de lei e pareceres:

- Diretiva n.º 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>.

- Conselho de Fiscalização da Base de Dados de Perfis de ADN, disponível em: <https://www.cfbdadosadn.pt/pt/Paginas/default.aspx>

- Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos, disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

- Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19_1.htm

- Parecer n.º 52 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o regime jurídico da base de dados de ADN, disponível em:

http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054082_Parecer_052_CNECV_2007_BasedadosADN.pdf

- Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados n.º 18/2007 de 13/04/2017 (rel. Eduardo Campos) Disponível em:

<http://www.cnpd.pt/bin/decisooes/2007/htm/par/par018-07.htm>

- Projeto de Lei n.º 484/XII – 2.ª alteração à Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro –Exposição de Motivos, disponível em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734e4467304c56684a53556b755a47396a&fich=pjl484-XIII.doc&Inline=true>

- Projeto de Lei n.º 368/X, in DAR, II Série A, N.º 52, de 9 de Março de 2013, disponível:

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=33419>

- Anexos II do Regulamento de Funcionamento da Base de Dados de perfis de ADN, disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/108030503>

Jurisprudência:

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 105/90, proc. n.º 39/88, relator Conselheiro Bravo Serra, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 128/92, proc. n.º 260/90, relator Conselheiro Messias Bento disponível em:

<https://blook.pt/caselaw/PT/TC/464729/>

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º368/2002, proc. n.º577/98, relator Conselheiro Artur Maurício disponível em:

https://dre.pt/pesquisa/-/search/1291207/details/maximized?print_preview=print-preview&q=Lei+n.%C2%BA%2010%2F97%2Fen%2Fen

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º319/95, proc. n.º200/94 relator Conselheiro Messias Bento disponível em: <https://blook.pt/caselaw/PT/TC/466467/>

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º355/97, proc. n.º182/97, relator Conselheiro Tavares da Costa, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html>

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º155/2007, proc. n.º695/06, relator Conselheiro Gil Galvão, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º340/2013, proc. n.º817/12, relator Conselheiro João Cura Mariano, disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º333/2018, Processo n.º195/2018, 1.ª Secção, Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180333.html>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011, proc. n.º 549/08.PVLSB.S1, relator Armindo Monteiro, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c2a9ed20a0ea51e080257b900033eea6?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13/12/2011, proc. n.º 8/10.8GATVRA.

E1, relator Alberto João Borges, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8a9cb7c6bbfee54580257de10056fdc7?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15/12/2015, proc. n.º 453/13.7TDEVR.E1, relator Clemente Lima, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/9716bb87708f2a2b80257f330050241c?OpenDocument>

-Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05/05/2015, proc. n.º 493/08.8TACBR.C1,(rel. Belmiro Andrade), disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/efdc34bf2af54b9980257884003999e2?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20/02/2019, proc. n.º 269/16.9GAACB-A.C1, relator: Relbrizida Martins, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/0aeed7e109bdb0e3802583a9003d0f41?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/08/2007, proc. n.º6553/2007-5, relator Vieira Lamim

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a5e619a00096ddbc80257385003d8d11?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/10/2011, proc. n.º721/10.0PHSNT.L1-5, relator Agostinho Torres

<http://www.dgsi.pt/jtrl1.nsf/0/b4b271fe2382e5f78025793e004317f3?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05/05/2015, proc. n.º 241/11.5JELSB.L1-5, relator Alda Tomé Casimiro, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5ae02635d8f26b4780257e5a005474a7?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/06/2016, proc. n.º 1805/09.2T3AVR.P1, relator Artur Oliveira, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/7F14D87C1D9C97CC80257FE000467D3E>